



İslam Hukukunda Gayrimenkul Mallarla İlgili Hükümler
(Borçlar Hukuku Çerçevesinde)

Ahmad ALMOMANI
Doktora Tezi

Eskişehir, 2025

İslam Hukukunda Gayrimenkul Mallarla İlgili Hükümler
(Borçlar Hukuku Çerçevesinde)

Ahmad ALMOMANI

T.C

Eskişehir Osmangazi Üniversitesi
Sosyal Bilimleri Enstitüsü

Temel İslam Bilimleri Anabilim Dalı
DOKTORA TEZİ

Eskişehir, 2025

T.C.
ESKİŞEHİR OSMANGAZİ ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ

Ahmad ALMOMANI tarafından **İslam Hukukunda Gayrimenkul Mallarla İlgili Hükümler (Borçlar Hukuku Çerçevesinde)** başlıklı bu çalışma 11/06/2025 tarihinde Eskişehir Osmangazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Lisansüstü Eğitim ve Öğreti Yönetmeliğinin ilgili maddesi uyarınca yapılan savunma sınavı sonucunda başarılı bulunarak, jürimiz tarafından Temel İslam Bilimleri Dalında Doktora tezi olarak kabul edilmiştir.

Doç. Dr. Yunus ARAZ (Danışman)	
Üye Prof. Dr. Adnan ADIGÜZEL	
Üye Dr. Öğr. Üyesi Ahmet ÇETİNKAYA	
Üye Dr. Öğr. Üyesi Kadir SAYIM	
Üye Dr. Öğr. Üyesi Mehmet Emin NAS	

ONAY

..... / /2025

Doç. Dr. Şafak AĞDENİZ
Enstitü Müdürü

23/ 06/ 2025

ETİK İLKE VE KURALLARA UYGUNLUK BEYANNAMESİ

Bu tezin Eskişehir Osmangazi Üniversitesi Bilimsel Araştırma ve Yayın Etiği Yönergesi hükümlerine göre hazırlandığını; bana ait, özgün bir çalışma olduğunu; çalışmanın hazırlık, veri toplama, analiz ve bilgilerin sunumu aşamalarında bilimsel etik ilke ve kurallara uygun davrandığımı; bu çalışma kapsamında elde edilen tüm veri ve bilgiler için kaynak gösterdiğimi ve bu kaynaklara kaynakçada yer verdiğimi; bu çalışmanın Eskişehir Osmangazi Üniversitesi tarafından kullanılan bilimsel intihal tespit programıyla taranmasını kabul ettiğimi ve hiçbir şekilde intihal içermediğini beyan ederim. Yaptığım bu beyana aykırı bir durumun saptanması halinde ortaya çıkacak tüm ahlaki ve hukuki sonuçlara razı olduğumu bildiririm.

AHMAD ALMOMANI

İmza

T.C.
ESKİŞEHİR OSMANGAZİ ÜNİVERSİTESİ
ÜRETKEN YAPAY ZEKÂ KULLANIMI BEYAN FORMU

Bu tezi/projeyi hazırlarken aşağıdaki Üretken Yapay Zekâ (ÜYZ) araçlarından destek aldığımı/almadığımı beyan ederim:

Aşağıdaki ÜYZ araçlarını kullandım. (Birden fazla seçenek işaretlenebilir)

- ☐ Claude
- ☒ ChatGPT
- ☐ DeepSeek
- ☐ Gemini
- ☐ Microsoft Copilot
- ☐ DALL-E
- ☐ Diğer (Belirtiniz):

ÜYZ araçlarını tezimin/projemin aşağıdaki aşamalarında ilgili amaçlar için kullandım. (Birden fazla seçenek işaretlenebilir):

- ☐ Metin oluşturma
- ☐ Literatür tarama
- ☒ Çeviri
- ☐ Düzenleme/dil kontrolü
- ☐ Veri işleme ve analizi
- ☐ Veri görselleştirme
- ☐ Görüntü üretme
- ☐ Kaynakça düzenleme
- ☐ Diğer (Belirtiniz):

Bu çalışmada ÜYZ kullanımı ***Yükseköğretim Kurumları Bilimsel Araştırma ve Yayın Faaliyetlerinde Üretken Yapay Zekâ Kullanımına Dair Etik Rehber***'e ve akademik dürüstlük ilkelerine uygun şekilde gerçekleştirilmiş olup ÜYZ araçlarından alınan destek etik kurallar ve kaynak gösterme esaslarına uygun biçimde belirtilmiştir.

ÜYZ araçlarının sağladığı bilgilerin doğruluğunu kontrol ettiğimi, yanlış veya eksik bilgi bulunması halinde tüm sorumluluğun tarafıma ait olduğunu; ayrıca çalışmamla ilgili bu beyana aykırı bir durumun herhangi bir zamanda tespit edilmesi durumunda ortaya çıkabilecek akademik ve hukuki sonuçları kabul ettiğimi beyan ederim.

513220191014

Ahmad ALMOMANI

(İmza)

ÖZ

İslam Hukukunda Gayrimenkul Mallarla İlgili Hükümler (Borçlar Hukuku Çerçevesinde)

Ahmad ALMOMANİ

Doktora-2025

Temel İslam Bilimleri Anabilim Dalı

Danışman: Doç. Dr. Yunus ARAZ

Bu çalışma, gayrimenkul mallarla ilgili hükümleri İslam Borçlar Hukuku çerçevesinde incelemeyi amaçlamaktadır. Çalışma, mal türlerinden birini bağımsız olarak ele alarak bu malın diğer mal türlerinden ayırt edilmesini ve özelliklerinin net bir şekilde ortaya konmasını hedeflemiştir. Zira bu tür mallar, bireylerin ve toplumların temel ihtiyaçlarını karşılayabilmek için elde etmeleri gereken mallardır. Gerek bireylerin birbiriyle ilişkilerinde gerekse birey devlet ilişkilerinde bu mallar çokça gündeme gelmektedir. Bu malların elde edilmesi ve üzerinde hukuki tasarrufların yapılmasında bir çok mesele hukukun kapsamına girmektedir. Bu çalışma ile İslam Hukuku açısından gayrimenkul mallar üzerinde mülkiyet edinme, üzerinde tasarruf yapma, zarar durumunda tazmin gibi hükümler ele alınmış dolayısıyla borçlar hukuku bağlamında oluşabilecek meseleler mümkün mertebe ele alınarak İslam gayrimenkul hukuku ile ilgili meseleler bütüncül olarak incelenmeye çalışılmıştır.

Bu tez dört bölümden oluşmaktadır Birinci bölümde, malın tanımı, kısımları ve bu ayrımın önemi ele alınmış, böylece diğer bölümlere giriş niteliğinde bir temel oluşturulmuştur İkinci bölümde, gayrimenkul mallara ilişkin akitler incelenmiş; ivazlı akitler, teberru akitleri, tevsik (belgelendirme) akitleri, irfak hakları ve iştirak akitleri gibi sözleşme türleri ayrıntılı şekilde değerlendirilmiştir. Üçüncü bölümde ise, gayrimenkul malların zilyetliği (mülkiyetin fiili kullanımı) konusu ele alınmış; gasp edilen taşınmazın zilyetliği ve buna ilişkin hükümler, ikta veya

hıma yoluyla edinim, şufa hakkı (ön alım) ve zamanaşımı yoluyla taşınmaz mülkiyetinin kazanılması gibi hususlar incelenmiştir.

Dördüncü ve son bölümde, gayrimenkul mallara ilişkin miras, zekât, mehir, hul‘ (boşanma bedeli), davalar ve ihtilaflar gibi çeşitli fıkhi hükümler ele alınmıştır. Ayrıca çağdaş uygulamalara da yer verilmiş; istisna sözleşmesiyle finansman, müteahhitlik sözleşmeleri, kira finansmanı, ortaklıklar ve gayrimenkul üzerinde intifa hakkı senetleri (sukuk) gibi modern finansal uygulamalar değerlendirilmiştir.

Anahtar Kelimeler: İslam Hukuku, Muamelat, Akit, Gayrimenkul Hukuku, Gayrimenkul Mallar.

ABSTRACT

Provisions Regarding Immovable Properties in Islamic Law (Within the Framework of Law of Obligations)

ALMOMANI, Ahmad

Doktora-2025

Department of Basic Islamic Sciences

Supervisor: Assoc. Prof. Dr. Yunus ARAZ

This study focused on the current state of the immovable property sector, focusing on the analysis of this category within the framework of the Law of Obligations, which is referred to by jurists as "real estate." The aim was to conduct an independent study of a specific category of property, to clarify its nature and distinguish it from other forms of wealth. This type of property plays a vital role in producing a fundamental need—housing—and contributes to expanding the scope of exchange between individuals and nations. Given its connection to all sectors and components of the economic system, property serves as one of the most effective tools for economic interaction, facilitating broader exchanges across borders.

The study comprises four chapters. Chapter One provides a definition of property, its categories, and the significance of its classification, serving as an introduction to the following chapters. Chapter Two discusses contracts involving immovable property, focusing on various types of contracts including commutative contracts, donations, documentation, easements, and partnerships. Chapter Three addresses the possession of immovable property, including possession of usurped property and related issues, as well as possession through allocation, protection (ḥimā), pre-emption (shuf'a), and acquisitive prescription.

Chapter Four explores various legal rulings related to immovable property, including inheritance, zakat (almsgiving), mahr (dowry), khul' (divorce settlement), legal claims, and disputes. It concludes by examining some contemporary applications, such as financing through istiṣnā' contracts, construction agreements, leasing finance, partnerships, and usufruct sukuk related to immovable property.

Keywords: Islamic Law, Transactions, Contract, Real Estate Law, Immovable Properties



شكر وتقدير

الحمد لله حمداً كثيراً طيباً مباركاً فيه، والصلاة والسلام على أشرف الأنبياء والمرسلين، سيدنا محمد، وعلى آله وصحبه أجمعين.

أتقدم بجزيل الشكر والعرفان إلى الله سبحانه وتعالى، الذي منّ عليّ بنعمة العلم والمعرفة، ووفّقني لإتمام هذا البحث العلمي. وأسأله أن يجعل عملي هذا خالصاً لوجهه الكريم، وأن ينفع به الباحثين والمهتمين.

وأخصّ بالشكر والتقدير مشرفي الكريم، الدكتور يونس آراز، على ما قدّمه لي من دعم علمي وإرشاد مستمر، وتوجيهات قيمة، وصبرٍ وتحملٍ طوال فترة إعداد هذه الدراسة، مما كان له الأثر الكبير في إنجاح هذا البحث.

كما أتقدم بالخالص الامتنان والتقدير إلى اللجنة العلمية الموقرة، ممثلةً بعميدها الأستاذ الدكتور عدنان أديغوزيل، والدكتور أحمد جتتكايا، على آرائهم البناءة وملاحظاتهم القيمة، التي أضافت كثيراً إلى جودة هذا العمل.

وأتقدم بجزيل الشكر والامتنان لأعضاء لجنة المناقشة الخارجية، الدكتور محمد أمين ناس، والدكتور قدير سايم، على جهودهم الكريمة وملاحظاتهم العلمية القيمة، التي أسهمت بشكل كبير في تطوير هذا البحث وإثرائه.

وأرفع أسمى آيات الشكر والعرفان إلى والدي العزيز وإلى روح والدتي الغالية، التي رحلت عنا وهي تحمل في قلبها حبي ودعمي. كانت مصدر العطاء والحنان والدعاء، وأسأل الله أن يغفر لها ويرحمها، ويسكنها فسيح جناته. لقد كانت دعواتها الصادقة وصبرها الجميل وسندها الدائم لي خلال مراحل حياتي العلمية أعظم دعمٍ أسهم في تحقيق هذا الإنجاز. لا كلمات تفийها حقها، وأتمنى أن يكون هذا العمل جزءاً من صدقة جارية لها.

ولا أنسى زوجتي الغالية، التي كانت دائماً مصدر الدعم والحنان، ووقفت إلى جانبي في كل مرحلة، فكانت دعائم قوتي وصبري. وأتقدم كذلك بخالص الشكر والتقدير إلى إخوتي وأخواتي الأعزاء، الذين كان دعمهم المستمر وتشجيعهم الدائم لي عوناً كبيراً في مواجهة تحديات الدراسة.

كما أتقدم بجزيل الشكر والعرفان لصديقي العزيز، المهندس حذيفة وليد المومني، الذي كان لي رفيق درب لا يعوّض خلال مسيرة الدراسة. لقد كان دعمه وتشجيعه المتواصل مصدر قوة وإلهام، ووقوفه إلى جانبي في الأوقات الصعبة زاد من عزيمتي وإصراري على إنجاز هذا العمل. فلك مني كل التقدير والامتنان، وأسأل الله أن يحفظ صداقتنا ويبارك في حياتك.

وأخيراً، لا يفوتني أن أتقدم بجزيل الشكر والامتنان للدكتور صادق تانريكولو، على دعمه السخي وإرشاده القيم طوال فترة إعداد هذه الرسالة. لقد كان لتوجيهاته العلمية وملاحظاته البناءة الأثر الكبير في تطوير هذا البحث وتحقيقه.

أتمنى أن يكون هذا العمل إضافة قيمة للمكتبة العلمية، وأن يفتح آفاقاً جديدة للباحثين في هذا المجال.

الملخص

أحكام الأموال غير المنقولة في الشريعة الإسلامية

(في إطار قانون الالتزامات)

أحمد، المومني

قسم العلوم الإسلامية الأساسية

أطروحة دكتوراه، ٢٠٢٥ م.

بإشراف: الأستاذ الدكتور يونس آراز.

تناولت هذه الدراسة التركيز على واقع قطاع الأموال غير المنقولة، وتمحورت حول هذا النوع من المال ضمن إطار قانون الالتزامات، الذي يُعبر عنه الفقهاء بـ "العقارات"، للاستقلال بدراسة نوع من أنواع الأموال، ليتضح ويتميز عن غيره من الأموال الأخرى.

ويأتي الاهتمام بهذا الموضوع نظرًا للأهمية الاقتصادية والاجتماعية؛ في أنه يؤدي إلى إنتاج سلعة أساسية، وهي السكن، ويساعد في توسيع نطاق التبادل بين الأفراد والدول. ويُعدّ هذا النوع إحدى الوسائل، باعتباره يرتبط مع كافة أقسام ومكونات النظام الاقتصادي. وقد اشتملت هذه الدراسة على أربعة فصول: تناول الفصل الأول التعريف بالمال، وأقسامه، وأهمية تقسيمه، وكان بمثابة التمهيد للفصول الأخرى. وفي الفصل الثاني، اشتمل على دراسة العقد على الأموال غير المنقولة، وكانت دراسة مباحثه في: عقود المعاوضات، التبرعات، التوثيقات، الإرفاق، والمشاركات. وفي الفصل الثالث، اشتمل على مباحث تتعلق بـ حيازة المال غير المنقول، كحيازة العقار المغصوب، وما يتعلق به من مسائل، والحيازة بالإقطاع أو الجمى، والشفعة، والتقدم المكسب لملكية المال غير المنقول. وفي الفصل الرابع، دراسة أحكام متفرقة متعلقة بغير المنقول من الأموال، كالميراث، الزكاة، المهر، الخلع، الدعاوى، والمنازعات، ثم الانتهاء ببعض الصور المعاصرة، كـ التمويل بعقد الاستصناع، المقاول، التمويل الإيجاري، المشاركات، وصكوك حق الانتفاع في غير المنقول.

الكلمات المفتاحية: الفقه الإسلامي، المعاملات، العقد، أحكام المال غير المنقول، المال غير المنقول.

İÇİNDEKİLER الْمُحْتَوَيَاتُ

i	ÖZET
iii	ABSTRACT
XVI	شُكْرٌ وَتَقْدِيرٌ
XV	المُلخَص
XVI	المُحتَوَيَاتُ İÇİNDEKİLER
XXVI	الاختِصاراتُ KISALTMALAR
XXVII	المُقَدِّمَةُ ÖNSÖZ
1	الْمَدخلُ GİRİŞ
1	I. مَوْضُوعُ الدِّرَاسَةِ
1	II. مُشْكِلَةُ الدِّرَاسَةِ
2	III. أَهْدَافُ الدِّرَاسَةِ
2	IV. أَهْمِيَّةُ الدِّرَاسَةِ
3	V. مَنَهْجُ الدِّرَاسَةِ
4	VI. الدِّرَاسَاتُ السَّابِقَةُ
6	VII. حُدُودُ الدِّرَاسَةِ
6	VIII. أَسْبَابُ اخْتِيَارِ الدِّرَاسَةِ

الفَصْلُ الْأَوَّلُ BİRİNCİ BÖLÜM

تعريفُ المالِ، أقسامُهُ، وأهمِّيَّةُ تقسيمِهِ

7	1.1. تعريفُ المالِ
7	1.1.1. المالُ لُغَةً
8	1.1.2. المالُ اصطلاحًا
10	1.1.3. مَالِيَّةُ الْمَنَافِعِ
13	1.1.3.1. الْمَنَفَعَةُ الْمُقَوِّمَةُ
13	1.1.3.2. الْمَنَفَعَةُ غَيْرُ الْمُقَوِّمَةِ

14	1.1.4. مَالِيَّةُ الْحُقُوقِ.....
14	1.1.4.1. مَالِيَّةُ الْحُقُوقِ الْمَعْنَوِيَّةِ.....
15	1.1.4.2. مَالِيَّةُ حُقُوقِ الْإِرْتِفَاقِ.....
17	1.1.4.3. قَابِلِيَّةُ الْحُقُوقِ لِلْمُعَاوَضَةِ.....
18	1.2. أَفْسَافُ الْمَالِ.....
18	1.2.1. الْمُتَقَوِّمُ وَغَيْرُ الْمُتَقَوِّمِ.....
19	1.2.2. الْمُثْلِيُّ وَالْقِيَمِيُّ.....
21	1.2.3. النَّامِي وَغَيْرُ النَّامِي.....
22	1.2.4. نُقُودٌ وَعُرُوضٌ.....
22	1.2.5. الظَّاهِرُ وَالْبَاطِنُ.....
23	1.2.6. الْإِسْتِهْلَاقِيُّ وَالْإِسْتِعْمَالِيُّ.....
24	1.2.7. الضِّمَارُ وَالْمَرْجُوءُ.....
25	1.2.8. الْمَالُ الْمَنْقُولُ وَغَيْرُ الْمَنْقُولِ.....
25	1.2.8.1. عِنَايَةُ الشَّرِيعَةِ بِالْمَالِ غَيْرِ الْمَنْقُولِ.....
29	1.2.8.2. تَعْرِيفُ الْمَالِ الْمَنْقُولِ.....
29	1.2.8.3. أَنْوَاعُ الْمَالِ الْمَنْقُولِ.....
29	1.2.8.3.1. مَنْقُولَاتٌ بِطَبِيعَتِهَا.....
30	1.2.8.3.2. مَنْقُولَاتٌ مَعْنَوِيَّةٌ.....
30	1.2.9. الْمَالُ غَيْرُ الْمَنْقُولِ.....
30	1.2.9.1. تَعْرِيفُ الْمَالِ غَيْرِ الْمَنْقُولِ.....
34	1.2.9.2. أَنْوَاعُ الْمَالِ غَيْرِ الْمَنْقُولِ.....
34	1.2.9.2.1. الثَّابِتُ أَصْلًا.....
34	1.2.9.2.1.1. الْأَرْضُ.....
36	1.2.9.2.1.2. الْأَبْنِيَّةُ وَالْمُنْشَأَتُ.....
37	1.2.9.2.1.3. الشَّجَرُ وَالنَّبَاتُ.....
37	1.2.9.2.2. الثَّابِتُ تَبَعًا.....
39	1.2.9.2.2.1. ثَابِتَةٌ بِأَقْفٍ سَمَاوِيَّةٍ.....
39	1.2.9.2.2.2. ثَوَابِتُ صِنَاعِيَّةٌ.....
39	1.2.9.3. شُرُوطُ اعْتِبَارِهَا ثَابِتَةً بِالتَّبَعِ.....
40	1.2.9.4. الْمَالُ بِحَسَبِ فَرْضِيَّتِهِ الْمَالِيَّةِ.....

40.....	1.2.9.4.1. الأَرْضُ الْخَرَاجِيَّةُ.
42.....	1.2.9.4.2. الأَرْضُ الْعَشْرِيَّةُ.
42.....	1.2.9.4.3. الْجَمْعُ بَيْنَ ضَرْبَةِ الْعَشْرِ وَالْخَرَاجِ.
42.....	2.9.2.5. الْمَالُ غَيْرُ الْمَنْقُولِ بِحَسَبِ اسْتِخْدَامِهِ.
43.....	1.3. أَثَرُ تَقْسِيمِ الْمَالِ إِلَى مَنْقُولٍ وَغَيْرِ مَنْقُولٍ.
46.....	1.4. حُقُوقُ الْمَالِ غَيْرِ الْمَنْقُولِ.
47.....	1.4.1. الْحُقُوقُ الْعَيْنِيَّةُ الْأَصْلِيَّةُ.
47.....	1.4.1.1. حَقُّ الْمِلْكِيَّةِ.
48.....	1.4.1.2. حَقُّ الْإِرْتِقَاقِ.
50.....	1.4.1.3. حَقُّ الْإِنْتِفَاعِ.
51.....	1.4.2. الْحُقُوقُ الْعَيْنِيَّةُ التَّسْبِيعِيَّةُ.
51.....	1.5. أَنْوَاعُ مِلْكِيَّةِ الْمَالِ غَيْرِ الْمَنْقُولِ وَأَسْبَابُ كَسْبِهَا.
51.....	1.5.1. أَنْوَاعُ الْمِلْكِيَّةِ.
51.....	1.5.1.1. الْمَلِكُ مِنْ حَيْثُ مَحَلُّهُ.
53.....	1.5.1.2. الْمَلِكُ بِاعْتِبَارِ صَاحِبِهِ.
54.....	1.5.1.3. الْمَلِكُ بِاعْتِبَارِ صُورَتِهِ.
55.....	1.5.2. أَسْبَابُ كَسْبِ الْمِلْكِيَّةِ.
57.....	1.5.2.1. أَسْبَابُ مُنْشِئَةِ لِلْمِلْكِيَّةِ.
56.....	1.5.3. الْمَالُ غَيْرُ الْمَنْقُولِ الْقَابِلُ لِلتَّمَلُّكِ.
59.....	1.5.4. نِطَاقُ مِلْكِيَّةِ الْمَالِ غَيْرِ الْمَنْقُولِ.
59.....	1.5.4.1. الْخُدُودُ فِي الْمَلِكِ.
60.....	1.5.4.2. الْخُدُودُ فِي التَّصَرُّفِ.
60.....	1.5.5. مِلْكِيَّةُ الْمُتَوَلَّدِ وَالْمُسْتَخْرَجِ مِنَ الْمَالِ غَيْرِ الْمَنْقُولِ.
60.....	1.5.5.1. الْمُسْتَخْرَجَاتُ (الْكُنُوزُ وَالْمَعَادِنُ).
62.....	1.5.5.1.1. الْمُسْتَخْرَجُ مِنَ الْمَلِكِ الْخَاصِّ.
63.....	1.5.5.1.2. الْمُسْتَخْرَجُ مِنَ الْمَلِكِ الْعَامِّ.
64.....	1.5.5.1.3. الْمُسْتَخْرَجُ مِنَ الْأَرْضِ الْمَصَالِحِ عَلَيْهَا.
65.....	1.5.5.2. الْمُتَوَلَّدُ مِنَ الْمَالِ غَيْرِ الْمَنْقُولِ.
67.....	1.5.5.2.1. الْمُتَوَلَّدُ الْمُتَّصِلُ.
67.....	1.5.5.2.2. الْمُتَوَلَّدُ الْمُتَفَصِّلُ.

İKİNCİ BÖLÜM الْفَصْلُ الثَّانِي

الْعَقْدُ عَلَى الْأَمْوَالِ غَيْرِ الْمَنْقُولِ فِي الشَّرِيعَةِ الْإِسْلَامِيَّةِ

- 2.1. بَيْعُ الْمَنْقُولِ مَعَ غَيْرِ الْمَنْقُولِ..... 68.
- 2.1.1. التَّوَابِعُ الْمُتَّصِلَةُ وَالْمُسْتَقَرَّةُ..... 68.
- 2.1.2. مَا لَا يُعَدُّ مِنَ التَّوَابِعِ الْمُتَّصِلَةِ..... 70.
- 2.2. بَيْعُ الْوَفَاءِ 72.
- 2.3. بَيْعُ الرَّجَا..... 73.
- 2.4. بَيْعُ الْمَالِ غَيْرِ الْمَنْقُولِ بِالْمُزَادَةِ..... 77.
- 2.5. اسْتِثْنَاءُ الْمَنَافِعِ فِي بَيْعِ الْمَالِ غَيْرِ الْمَنْقُولِ..... 78.
- 2.6. بَيْعُ حُقُوقِ الْمَالِ غَيْرِ الْمَنْقُولِ..... 80.
- 2.6.1. الْحَقُّ الْمُتَّصِلُ..... 80.
- 2.6.2. الْحَقُّ الْمُفْصِلُ..... 81.
- 2.7. إِجَارُ الْمَالِ غَيْرِ الْمَنْقُولِ..... 82.
- 2.7.1. إِجَارُ الْمَشَاعِ..... 84.
- 2.7.2. التَّوَرُّقُ وَالتَّصَكُّيْثُ..... 85.
- 2.7.3. الْإِجَارَةُ الْمُوصَفَةُ فِي الذِّمَّةِ لِلْمَالِ غَيْرِ الْمَنْقُولِ..... 86.
- 2.7.4. التَّاجِيرُ لِمَنْفَعَةٍ مُحَرَّمَةٍ..... 88.
- 2.8. الْخَلْوُ فِي الْمَالِ غَيْرِ الْمَنْقُولِ..... 90.
- 2.9. الصُّلْحُ فِي الْمَالِ غَيْرِ الْمَنْقُولِ..... 95.
- 2.9.1. الصُّلْحُ عَلَى الْأَعْيَانِ..... 98.
- 2.9.1.9. صُلْحُ الْحَطِيطَةِ..... 100.
- 2.9.1.2. صُلْحُ الْمُعَاوَضَةِ..... 101.
- 2.9.2. الصُّلْحُ عَلَى الْمَنَافِعِ..... 102.
- 2.9.3. الصُّلْحُ عَلَى حُقُوقِ الْإِرْتِفَاقِ..... 103.
- 2.10. قِسْمَةُ الْمَالِ غَيْرِ الْمَنْقُولِ..... 105.
- 2.10.1. أَنْوَاعُ الْقِسْمَةِ..... 107.
- 2.10.1.1. قِسْمَةُ الْأَعْيَانِ (الرُّقْبَةُ)..... 107.

107.....	2.10.1.2. قِسْمَةُ الْمَنَافِعِ (الْمَهَائِيَةِ).....
108.....	2.10.1.2.1. الْمَهَائِيَةُ الرَّمَانِيَّةُ.....
108.....	2.10.1.2.2. الْمَهَائِيَةُ الْمَكَانِيَّةُ.....
109.....	2.11. الوَصِيَّةُ بِالْمَالِ غَيْرِ الْمَنْقُولِ.....
106.....	2.11.1. الوَصِيَّةُ بِالْأَعْيَانِ.....
111.....	2.11.2. الوَصِيَّةُ بِالْمَنَافِعِ.....
113.....	2.11.3. الوَصِيَّةُ بِالْعَلَّةِ وَالشَّمَرَةِ.....
114.....	2.11.4. الوَصِيَّةُ بِالْحُقُوقِ الْعَيْنِيَّةِ.....
115.....	2.11.5. وَقْتُ ثُبُوتِ الْمُلْكِيَّةِ الْمُوصِي بِهَا.....
116.....	2.12. وَقْتُ الْمَالِ غَيْرِ الْمَنْقُولِ.....
117.....	2.12.1. وَقْتُ الْمَنْقُولِ وَغَيْرِ الْمَنْقُولِ.....
118.....	2.12.2. شُرُوطُ الْمَوْقُوفِ.....
118.....	4.12.2.1. أَنْ يَكُونَ مَفْرُزًا.....
119.....	4.12.2.2. أَنْ يَكُونَ مَمْلُوكًا.....
119.....	2.12.3. وَقْتُ الْمَرْهُونِ وَالْمُسْتَأْجَرِ.....
120.....	2.12.4. حَقُّ الْقَرَارِ.....
121.....	2.12.4.1. الْخُكْرُ.....
121.....	2.12.4.2. الْكَدْكُ.....
122.....	2.12.4.3. الْمَسْكَةُ.....
122.....	2.12.4.4. الْمَرْصَدُ.....
124.....	2.12.5. بَيْعُ وَاسْتِبْدَالُ الْأَعْيَانِ الْمَوْقُوفَةِ.....
126.....	2.12.6. وَقْتُ الْمَنَافِعِ.....
127.....	2.13. هِبَةُ الْمَالِ غَيْرِ الْمَنْقُولِ.....
128.....	2.13.1. الْعُمَرَى.....
129.....	2.13.2. الرُّقْبَى.....
130.....	2.13.3. الْفَرْقُ بَيْنَ الْهَبَةِ وَالْعُمَرَى وَالرُّقْبَى.....
130.....	2.13.3.1. أَوْجُهُ الشَّبْهِ.....

130	 2.13.3.2. أَوْجُهُ الاختِلَافِ.
130	 2.13.4. هِبَةُ المَشَاعِ.
130	 2.14. تَوْثِيقُ المَالِ غَيْرِ المَنْقُولِ.
133	 2.15. رَهْنُ المَالِ غَيْرِ المَنْقُولِ.
134	 2.15.1. الرَّهْنُ الجِيزِيُّ.
134	 2.15.2. رَهْنُ المَنْفَعَةِ.
135	 2.15.3. رَهْنُ المَشَاعِ.
136	 2.15.4. ثَمَاءٌ وَزَوَائِدُ المَرهُونِ.
137	 2.15.5. اِئْتِفَاعُ الرَّاهِنِ بِالمَرهُونِ.
138	 2.15.6. اِئْتِفَاعُ المَرْتَهِنِ بِالرَّهْنِ.
140	 2.15.7. الرَّهْنُ التَّأْمِينِيُّ.
141	 2.15.8. الفَرْقُ بَيْنَ الرَّهْنِ الجِيزِيِّ وَالتَّأْمِينِيِّ.
141	 2.15.8.1. أَوْجُهُ الشَّبَهِ.
142	 2.15.8.2. أَوْجُهُ الاختِلَافِ.
143	 2.16. حَقُّ (الامْتِيزِ، الاختِصاصِ) فِي المَالِ غَيْرِ المَنْقُولِ.
143	 2.16.1. حَقُّ الامْتِيزِ.
144	 2.16.2. حَقُّ الاختِصاصِ.
145	 2.17. التَّصَرُّفَاتُ فِي المَالِ غَيْرِ المَنْقُولِ.
146	 2.17.1. التَّصَرُّفَاتُ العَقْدِيَّةُ.
147	 2.17.1.1. التَّصَرُّفَاتُ فِي عُقُودِ المَنَافِعِ.
149	 2.17.1.2. التَّصَرُّفَاتُ الوَارِدَةُ عَلَى الحُقُوقِ العَيْنِيَّةِ.
150	 2.18. ضَمَانُ المَالِ غَيْرِ المَنْقُولِ.
151	 2.18.1. تَلَفُ المَالِ غَيْرِ المَنْقُولِ.
153	 2.18.1.1. تَلَفُ الأَعْيَانِ.
153	 2.18.1.2. تَلَفُ المَنَافِعِ.
156	 2.19. قَرْضُ المَالِ غَيْرِ المَنْقُولِ.
159	 2.19.1. قَرْضُ الأَعْيَانِ.

160.....	2.19.2. قَرْضُ الْمَنَافِعِ.....
162.....	2.19.3. قُرُوضُ الْإِسْكَانِ (السَّكَنِ).....
163.....	2.20. عَارِيَةُ الْمَالِ غَيْرِ الْمَنْقُولِ.....
165.....	2.20.1. تَوْرِيثُ الْعَارِيَةِ.....
165.....	2.20.2. إِجَارَةُ الْمُسْتَعَارِ.....
166.....	2.21. الْمُسَاهَمَاتُ بِالْمَالِ غَيْرِ الْمَنْقُولِ.....
167.....	2.21.1. الْمُضَارَبَةُ بِالْأَسْهُمِ.....
168.....	2.21.2. الْعِنَانُ بِالْأَسْهُمِ.....
169.....	2.21.3. شُرُوطُ صِحَّةِ الْمُسَاهَمَاتِ.....
169.....	2.21.4. صُورُ الْمُسَاهَمَاتِ فِي الْمَالِ غَيْرِ الْمَنْقُولِ.....
170.....	2.22. الْمُسَاقَاةُ فِي الْمَالِ غَيْرِ الْمَنْقُولِ.....
172.....	2.22.1. الطَّبِيعَةُ الْقَانُونِيَّةُ لِعَقْدِ الْمُسَاقَاةِ.....
173.....	2.23. الْمَزَارَعَةُ فِي الْمَالِ غَيْرِ الْمَنْقُولِ.....
176	2.24. عَقْدُ الْمُشَارَكَةِ بِالْوَقْتِ فِي الْمَالِ غَيْرِ الْمَنْقُولِ.....
177.....	2.24.1. صُورُ عَقْدِ الْمُشَارَكَةِ بِالْوَقْتِ.....
177.....	2.24.1.1. الْبَيْعُ فِي عَقْدِ الْمُشَارَكَةِ بِالْوَقْتِ.....
178.....	2.24.1.2. الْإِجَارَةُ فِي عَقْدِ الْمُشَارَكَةِ بِالْوَقْتِ.....
178.....	2.24.2. حُكْمُ عَقْدِ الْمُشَارَكَةِ بِالْوَقْتِ.....

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM الْفَصْلُ الثَّلَاثُ

حِيزَةُ الْأَمْوَالِ غَيْرِ الْمَنْقُولِ فِي الشَّرِيعَةِ الْإِسْلَامِيَّةِ

181.....	3.1. عَصَبُ الْمَالِ غَيْرِ الْمَنْقُولِ.....
181.....	3.1.1. ضَمَانُ مَنَافِعِ الْمَغْصُوبِ.....
181.....	3.1.2. الْبِنَاءُ وَالْغِرَاسُ فِي الْأَرْضِ الْمَغْصُوبَةِ.....
182.....	3.1.3. الصَّلَاةُ فِي الْأَرْضِ الْمَغْصُوبَةِ.....

184.....	3.2. إِسْتِمْلَاكُ الْمَالِ غَيْرِ الْمُنْقُولِ.....
186.....	3.2.1. إِسْتِمْلَاكُ الْأَرَاذِي الَّتِي جُلَى عَنْهَا أَهْلُهَا.....
186.....	3.2.2. إِسْتِمْلَاكُ الْأَرَاذِي الَّتِي فُتِحَتْ عَنْوَةٌ.....
188.....	3.2.3. الإِسْتِمْلَاكُ لِلْمَصْلَحَةِ الْعَامَّةِ.....
189.....	3.3. إِفْطَاغُ الْمَالِ غَيْرِ الْمُنْقُولِ.....
192.....	3.4. جَمَى الْمَالِ غَيْرِ الْمُنْقُولِ.....
194.....	3.5. الْبِلَادُ الَّتِي فُتِحَتْ صُلْحًا.....
195.....	3.5.1. الصِّلْحُ عَلَى أَنَّ الْأَرَاذِي لِلْمُسْلِمِينَ.....
195.....	3.5.2. الصِّلْحُ عَلَى أَنَّ الْأَرَاذِي لِلْمُشْرِكِينَ.....
195.....	3.6. الْأَرَاذِي الَّتِي أَسْلَمَ عَلَيْهَا أَهْلُهَا.....
197.....	3.7. التَّقَادُّمُ فِي الْمَالِ غَيْرِ الْمُنْقُولِ.....
198.....	3.8. إِحْيَاءُ الْمَوَاتِ فِي الْمَالِ غَيْرِ الْمُنْقُولِ.....
201.....	3.9. الصَّوَافِي.....
203.....	3.10. الشُّفْعَةُ فِي الْمَالِ غَيْرِ الْمُنْقُولِ.....
205.....	3.10.1. مَوَانِعُ الشُّفْعَةِ.....
206.....	3.10.2. قَابِلِيَّةُ الْمَالِ الْمَشْفُوعِ لِلْقِسْمَةِ.....
207.....	3.10.3. قَابِلِيَّةُ الْمَشْفُوعِ لِلتَّجْزِئَةِ.....
209.....	3.10.4. الشُّفْعَةُ فِي الْبِنَاءِ وَالْغَرَّاسِ.....
210.....	3.10.5. الشُّفْعَةُ فِي الْمَنَافِعِ.....

DÖRDÜNCÜ BÖLÜM الْفَصْلُ الرَّابِعُ

أَحْكَامُ مُتَفَرِّقَةٍ تَتَعَلَّقُ بِالْأَمْوَالِ غَيْرِ الْمُنْقُولَةِ فِي الشَّرِيعَةِ الْإِسْلَامِيَّةِ

211.....	4.1. مِيرَاثُ الْمَالِ غَيْرِ الْمُنْقُولِ.....
211.....	4.1.1. الْإِرْثُ الشَّرْعِيُّ وَالْإِرْثُ الْاِنْتِقَالِيُّ (الْعُثْمَانِيُّ).....
212.....	4.1.2. الْحُقُوقُ: مَا يُورَثُ مِنْهَا وَمَا لَا يُورَثُ.....
214.....	4.1.3. التَّخَارُجُ.....
215.....	4.1.3.1. التَّخَارُجُ بِالْأَعْيَانِ.....
216.....	4.1.3.2. التَّخَارُجُ مِنَ الصُّنَادِيقِ الْاِسْتِثْمَارِيَّةِ الَّتِي تَحْوِي عَلَى مَنَافِعٍ وَأَعْيَانٍ.....

218	4.1.4. نَمَاءُ التُّرْكَةِ.....
219	4.2. زَكَاةُ الْمَالِ غَيْرِ الْمَنْقُولِ.....
220	4.2.1. زَكَاةُ الْمُسْتَعْلَاتِ.....
222	4.2.1.1. مِقْدَارُ زَكَاةِ الْمُسْتَعْلَاتِ.....
222	4.2.1.2. صِفَةُ الْوَاجِبِ فِي زَكَاةِ الْمَالِ غَيْرِ الْمَنْقُولِ.....
223	4.2.2. زَكَاةُ الْمُعَدَّةِ لِلتِّجَارَةِ.....
224	4.2.3. الْحَوْلُ فِي الْمَالِ غَيْرِ الْمَنْقُولِ.....
225	4.2.4. أَثَرُ النِّيَّةِ فِي وُجُوبِ الزَّكَاةِ.....
226	4.2.5. زَكَاةُ الْمَوْزُوثِ.....
227	4.3. الْمَالُ غَيْرُ الْمَنْقُولِ كَمَحَلٍّ لِلْمَهْرِ.....
228	4.3.1. جَعْلُ الْمَهْرِ عَيْنًا.....
228	4.3.2. جَعْلُ الْمَهْرِ مَنَافِعَ.....
230	4.4. الْخُلْعُ فِي الْمَالِ غَيْرِ الْمَنْقُولِ.....
231	4.5. الدَّعْوَى وَالْمُنَازَعَاتُ فِي الْمَالِ غَيْرِ الْمَنْقُولِ.....
232	4.5.1. الدَّعْوَى الْوَفْقِيَّةُ.....
234	4.5.2. التَّعْوِيزُ عَنِ الْاِسْتِمْلَاكِ.....
235	4.5.3. التَّعْوِيزُ عَنِ فَوَاتِ الْمَنَافِعِ.....
237	4.6. تَمْوِيلُ الْمَالِ غَيْرِ الْمَنْقُولِ.....
238	4.6.1. التَّمْوِيلُ بِعَقْدِ الْاِسْتِصْنَاعِ.....
240	4.6.2. التَّمْوِيلُ بِعَقْدِ الْمَقَاوِلَةِ.....
242	4.6.3. التَّمْوِيلُ الْاِيجَارِيُّ.....
245	4.6.4. الْمُشَارَكَاتُ.....
254	4.6.5. صُكُوكُ حَقِّ الْاِئْتِفَاعِ.....
257	النَّتَائِجُ وَالتَّوَصِيَّاتُ SONUÇ.....
260	المَصَادِرُ وَالمَرَاجِعُ KAYNAKÇE.....
295	مُلَخَّصٌ مُوسَّعٌ GENİŞ TÜRKÇE ÖZET.....



قَائِمَةُ الْإِخْتِصَارَاتِ KISALTMALAR

ﷺ: الله جل جلاله

ﷺ: صلى الله عليه وسلم

إ.ش: إشراف

أ.هـ: انتهى

إلخ: إلى آخره

تحق: تحقيق

ج: رمز للجزء من الكتاب المتعدد الأجزاء (المجلد)

د: د: الطبعة الموجودة دون دار نشر

د. ط: دون طبعة

د. م: الطبعة الموجودة ليس عليها بلد أو مكان نشر

د. ن: الطبعة الموجودة دون ناشر

د.ت: الطبعة الموجودة ليس عليها تاريخ النشر

ط: طبعة

ع: عدد.

م: ميلادي

هـ: هجري

المَقْدَمَةُ ÖNSÖZ

تحدث القرآن عن المال، وعن أصنافه، وعن قواعد اكتسابه، وهو مدعاة الحضارة والعُمران، ومعترك النزاع، بُنيت عليه المعاملات. وكما قيل: "المال شقيق الروح"، فلم يُغفل الإسلام شأن المال، بل ربط المال بالإيمان، ليجمع بين الروح والمادة، حيث كان من أهم مقومات الحياة على هذه الأرض.

ولقد تضمنت الشريعة الإسلامية القواعد التي تحكم المال وإنفاقه وتداوله، ولا يليق بأي أمة إسلامية أن تجعل من المال مفهوماً يختلف عن غيره في التشريعات والقوانين الغربية. فالمعاملات المالية الإسلامية تدور مع المصلحة في أحكامها، لأن الشريعة لم تعتبر كثرة المال مقياساً للدرجات، بل هو ملكٌ لله، والإنسان مستخلفٌ في التصرف به. فالإسلام له نظراته وتصوره إلى المال، خُلقاً وتديباً إلهياً، ولا يُقبل من مسلم، بحال، أن يحمل تصوّرات عن المال تخالف ما جاء في القرآن، فكثير من الآيات القرآنية والسنة النبوية لها صلة بتدبير المال أو توزيعه، وفي حين نرى بعض الآيات والأحاديث قد ذمّت التصرف فيه على غير وجهه الذي خُلق له، فلأنه وسيلة وليس غاية، وابتلاءً لاختبار درجة إيمان المسلم.

فالمال هو عصب الحياة وقوامها، وأداة من أدوات النفع العام، فلا تحصل كثيرٌ من مصالح العباد في العاجل والآجل إلا به. وقد جعل الله الأموال قياماً للعباد في قيام مصالح دينهم ودنياهم، ووضع الموضع الصحيح له، قال الله ﷻ: ﴿وَلَا تُؤْتُوا السُّفَهَاءَ أَمْوَالَكُمُ الَّتِي جَعَلَ اللَّهُ لَكُمْ قِيَامًا وَارْزُقُوهُمْ فِيهَا وَاكْسُوهُمْ وَقُولُوا لَهُمْ قَوْلًا مَعْرُوفًا﴾^١. فالمال هو قوام النفوس والحياة، وقيمتها في آنٍ واحد، والإسلام ليس عدواً للمال، بل قد أضافه الله إلى ذاته الكريمة، قال الله ﷻ: ﴿وَأَتَوْهُمْ مِنْ مَالِ اللَّهِ الَّذِي آتَاكُمْ﴾^٢. فالآية أشارت إلى أهم مقصد، وهو أن تكون الأموال قياماً وقيمة. وقد ذُكر المال في القرآن الكريم في أكثر من موضع؛ فتارةً يأتي مفرداً، وتارةً جمعاً، وأحياناً معرفاً، أو منكرًا، أو مضافاً، أو منقطعاً عن الإضافة، وتارةً يُقدّم على النفس والولد، أو يُؤخّر عنهما، مما يدل على نظرة الإسلام إليه نظرة اهتمام وتقدير.

أما فيما يتعلق بأهمية الأموال غير المنقولة، وخصائصها التي تميزها عن غيرها من أقسام الأموال، فهي تمثل أحد أنواع مأوى الإنسان، ومكان راحته واستشفائه، وسلعة رأسمالية يستخدمها في عملياته الإنتاجية المختلفة؛ إذ ما من نشاط اقتصادي أو إنتاجي أو صناعي أو زراعي أو تجاري أو خدمي، إلا ويتم فوق أرض وتحت سقف. وهو عنصر أساسي في للسعادة الدنيوية كقوله ﷻ «إِنَّ مِنْ سَعَادَةِ الْمُسْلِمِ الْمُسْكَنَ الْوَاسِعِ، وَالْجَارَ الصَّالِحِ، وَالْمَرْكَبَ الْهَنِيءَ»^٣. فأهميته، والتعريف بحقيقته، ومدى وجود جذور له في الشريعة الإسلامية، هو موضوع أول أبواب البحث؛ لكونه يؤدي إلى تكوين فهم أساسي لدى القارئ بحقيقته، لأن لكل مال طبيعته الخاصة في الاستثمار به. إذ تتجدّد وتتطور صور وأوجه هذه المعاملات تبعاً لنشاط وتشعب الحياة الحديثة، فالأبنية الزراعية تكون بالتأجير مثلاً، وفي الأموال المنقولة كوسائل النقل من سيارات، وطائرات، وسفن، تكون بالتأجير أو الاستغلال الذاتي، فكل نوع من الأموال صفات وخصائص، يختلف بعضها عن بعض.

^١ النساء ٥/٤.

^٢ النور ٣٣/٢٤.

^٣ البيهقي، أحمد بن الحسين بن علي بن موسى، *الأدب للبيهقي*، باب البناء، اعتنى به: أبو عبد الله السعيد المنذوه، بيروت: مؤسسة الكتب الثقافية، ط ١. (١٩٨٨هـ/١٩٨٨م) ٢٩١/١. البخاري، الأدب المفرد، ح ١١٦، تحق: محمد فؤاد عبد الباقي، بيروت: دار البشائر الإسلامية، ط ٣. (١٩٨٩هـ/١٩٨٩م) ٥٤/١.



المُدْخُلُ GIRİŞ

تُعَدُّ دراسة المال من أهمِّ الدراسات في حياة الناس، لما للمال من وظيفة اجتماعية إلى جانب وظيفته الاقتصادية، إذ به قوام الحياة، واستدامة المعاش، وباعتباره مأوى للأبدان. ويُعَدُّ من أبرز عناصر الثروة التي تحتلُّ مكانة محورية في النظامين الفقهي والقانوني، لصلته الوثيقة بالمعاملات المالية والعقود المدنية، ذلك أنَّ مصالح الناس، والتطوُّر في المساكن، يرتبطان بالحاجة إليه. مما يقتضي البحث في تفاصيل أوسع حوله. ومن خلال هذه الدراسة، تُبيِّن ما يمكن بيانه من أحكام الأموال غير المنقولة في الشريعة الإسلامية، في إطار الالتزامات التي تُعنى ببيان حدود تصرفات الناس فيما بينهم، وبيان حدود ملكية كلِّ أحد في هذا القسم من الأموال.

I. موضوع الدراسة

تناولت الدراسة أحكام الأموال غير المنقولة في الشريعة الإسلامية (في إطار الالتزامات)، وذلك من خلال الوقوف على المسألة بالنظر في أقوال الفقهاء واهتمامهم بها. وقد أصبح هذا النوع من الأموال يختلف عما كان عليه قديمًا؛ فتحول من كونه وسيلةً للسكن، إلى أن أصبح سلعةً يُتجر بها، حتى صار مقياسًا للثراء، لمن يملك أراضي وأبنية. ومن فترةٍ لأخرى، يشهد هذا القطاع نموًا وتطوُّرًا في كافة النواحي، وعلى رأسها قيام المشاريع الاستثمارية، إضافةً إلى أنه يكتسب قوته من ثباته، باعتباره غير منقول، مما يقلل من درجة المخاطرة، ويزيد من ارتفاع عائد الاستثمار؛ فيُعطي أمناً لمالكه، تحقيقاً للمقولة المشهورة: العقار يَمرُض ولا يموت.

II. مشكلة الدراسة

- تمثلت مشكلة الدراسة في كونها مادةً متناثرة في جميع أبواب الفقه، مما يصعب جمعها في رسالة واحدة، لكونها تَمَسُّ أغلب الأبواب الفقهية، فلا تكاد تجد بابًا من تلك الأبواب إلا ولهذا النوع من الأموال حظٌّ منه، لذا كان من الصعوبة جمع كل ما يتعلَّق به في نطاق بحث واحد.
- على الرغم من الوفرة في التراث الفقهي، إلا أن هناك فراغًا بحثيًا في معالجة الأموال غير المنقولة ضمن إطار يجمع بين الرؤية الفقهية التقليدية، والمستجدات القانونية المعاصرة، لا سيما في تنازع الملكيات، وحجية التوثيق، وتنظيم حقوق الانتفاع، مما يستدعي بحثًا علميًا يتناول هذه الإشكالية بعمق تأصيلي وتطبيقي.
- تُعَدُّ كثرة الخلاف بين الفقهاء في مسائل المال غير المنقول، وتعدّد الأنظمة والقوانين الوضعية، والسياسات التي تنتهجها الدول، من العوامل التي تؤدي إلى تغيُّر حكم المال من صورة إلى أخرى.
- رغم أهمية الأموال غير المنقولة في النظامين الفقهي والقانوني، إلا أن التعامل معها يواجه إشكالات عملية ونظرية، من أبرزها: تعدد صور التملك والتصرف، وتباين الفقهاء والقوانين في تعريفها وضبط أحكامها، بالإضافة إلى التحديات التي تفرضها العقود المستحدثة، ووسائل التوثيق الحديثة، وواقع النزاعات العقارية. وهو ما يطرح تساؤلًا جوهريًا حول مدى قدرة الأحكام الفقهية على استيعاب هذه التطورات وضبطها في إطار من العدالة والمرونة.

- تسارع التطور في مجال الأموال غير المنقولة يستدعي تتبعا مستمرا للمستجدات والمسائل، بما يلبي حاجة المكاتب الفقهية والهيئات العلمية المختصة.

III. أهداف الدراسة

تهدف هذه الدراسة إلى التعريف بالأموال بوجه عام، لغةً واصطلاحاً، مع استعراض تعاريف الفقهاء لها، وبيان ما يدخل تحت مسمى المال وما لا يدخل، وصولاً إلى اعتماد تعريف جامع مانع يسهم في ضبط المفهوم، وتيسير البحث في الأبواب الفقهية ذات الصلة.

وتمثلت أهداف الرسالة من خلال ما يأتي:

١. التمهيد بتعريف المال لغةً واصطلاحاً، وفق عادة الفقهاء، مع ترجيح تعريف جامع مانع، وبيان خصائص المال غير المنقول التي تميزه عن المال المنقول
٢. دراسة الأموال غير المنقولة؛ لارتباطها بفقهاء المعاملات، وكثيراً من الأحكام تُبنى على معرفة أحكام الشريعة في المعاملات.
٣. أخذت الأموال غير المنقولة في عصرنا الحالي تطوراً يحتاج إلى مواكبة هذا التطور، وتسهيل أحكامه على الناس، بالأخص المستثمرين في الأموال غير المنقولة.
٤. بيّنا مفهوم المال في أنه لا ينحصر بالمعنى الضيق الذي شاع استعماله بين أوساط الناس في النقود أو الأنعام، بل اتسع ليشمل كل ما قد يُنتفع به من الأعيان أو المنافع.
٥. بيان مقاصد الشريعة في المال، ومنها ما تعلق بقيمته ومكانته، أو ما تعلق بإنتاجه واستهلاكه وتداوله وتوزيعه، وربطه بالإيمان والأخلاق.
٦. المحاولة للوصول إلى نظام مالي، حتى نستطيع بكل سهولة استخراج علم متكامل في مجال المال والاقتصاد.

IV. أهمية الدراسة

- تسليط الضوء على واحدٍ من أهم أقسام الأموال، وهو المال غير المنقول، من خلال التعريف به، وبما يُبنى عليه من أحكام.
- تظهر أهمية هذه الدراسة في إظهار أحكام الأموال غير المنقولة عمّا كانت عليه في السنوات الأخيرة، في صورها وأشكالها وتطبيقاتها، بهدف الوصول إلى دراسة تُبصّر الناس بأمور دينهم، وثوَق غرى روابطهم بالشرع المطهر.
- المحاولة للجمع بين الجانب الفقهي والجانب التطبيقي، من خلال إظهاره بأساليب وصورٍ مختلفة ومتنوعة عمّا كانت عليه.
- تُعدّ دراسة هذا النوع من الأموال مخرجاً لفهم كثيرٍ مما يتعلق بأحكامه وتطبيقاته، باعتبار أن معرفته والتبصّر بمسائله يرشدنا إلى معرفة الحكم المتعلق به، والأثر المترتب عليه.
- كثرة التطور في المال غير المنقول، والتوسع التجاري والزراعي، أنتج نوازل جديدة تتطلب دراستها لمواءمة متطلبات الأسواق التجارية.

- إضافة أحكام جديدة وحديثة تُضاف إلى الشريعة الإسلامية، كالتمويل، والمقولة، والصكوك، والاستصناع، في المال غير المنقول.
- دراسة المال غير المنقول له أهمية في ضبط المعاملات المالية، وحفظ الحقوق، واستقرار التعاملات في المجتمع.
- برز أهمية دراسة المال غير المنقول في كونه يشكل أحد أهم أركان الثروة العقارية والاستثمارية في المجتمعات، كما أنه محلّ غالب المعاملات المدنية، من بيع، ورهن، وهبة، ووقف، وميراث.
- تبرز أهمية دراسة المال غير المنقول في كونه يشكل أحد أهم أركان الثروة العقارية والاستثمارية في المجتمعات، كما أنه محلّ غالب المعاملات من بيع، ورهن، وهبة، ووقف، وميراث، وغيرها من المعاملات.

V. منهج الدراسة

تعتمد هذه الدراسة في البحث على المنهج الاستقرائي لما تناوله العلماء من أقوال حول الأموال غير المنقولة، ومن ثم استخدام المنهج الوصفي في تتبّع مصادر المعلومات، واستخدام المنهج التحليلي لتصنيفها، ثم تلخيصها، وإضافة أفكار جديدة لإعادة صياغتها وتأليفها على نحو يخدم موضوع الدراسة، من خلال جمع واستقراء المعلومات والبيانات، واختيار الوصف التحليلي، لكونه يُعين على تحقيق أهداف البحث المرجوة، وتقريب ذلك إلى لغة العصر، بغرض دراستها بحيث يتم وصفه وصفاً دقيقاً وافياً، بحسب ما يحتاجه كل موضع من مواضيع البحث.

كما تتم دراسة الإشكالات المتعلقة بهذا الموضوع، متمثلة فيما يلي:

- جمعتُ المعلومات المتعلقة بموضوع الأطروحة من مصادرها الأصلية، ووثقتها من مظانها ومراجعها. وعند الحاجة لبيان مسألة قد اختلف الفقهاء فيها، كنتُ أذكر المذاهب الأربعة مرتبةً بحسب الأقدمية لكل مذهب؛ فأبتدئ بمذهب الإمام أبي حنيفة وأصحابه أولاً، ثم مذهب المالكية، ثم مذهب الشافعية، ثم مذهب الحنابلة، وأختار الرأي المختار في المسألة.
- في الفصل الأول، كان التركيز حول تعريف المال وبيان مفهومه، وأقسامه، من خلال الاعتناء ببيان معنى المصطلحات اللغوية والفقهية، بهدف تصوّر المسائل فيما بعد بصورة واضحة إن وُجد، وبعد اختيار تعريفٍ يتم تقوية هذا الرأي بالقانون المعاصر.
- قمتُ بتقسيم هذه الأطروحة إلى أربعة فصول، محاولاً بذلك الاقتداء بمنهج الكتب الفقهية التي جمعت الموضوعات في كتاب متكامل، رغم اختلافها من حيث المعالجة بحسب نوع المال، وسعيّتُ إلى جمعها في إطار واحد شامل، يُسهّل على القارئ وطالب العلم الرجوع إليها عند الحاجة بيسر وسهولة.
- العناية بدراسة ما جدّ من القضايا، مما له صلة واضحة بالدراسة، مع التركيز على موضوع الدراسة، وتجنّب الاستطراد، من خلال الاختصار على أشهر المسائل المتعلقة بهذا الموضوع.
- أضفتُ على هذه الدراسة موضوع العبادات المتعلقة، علماً بأن أغلب الرسائل الجامعية التي بحثت موضوع هذا القسم من الأموال، ركّزت على جانب المعاملات دون العبادات، فوجدتُ علاقةً للأموال غير المنقولة بجانب العبادات، تمثلت في حكم الصلاة في الأرض المغصوبة، والمهر، والخلع، والزكاة، والميراث، فأردنا بيان أن هذا القسم من الأموال يُناقش ليس من جانب المعاملات فقط.

- عزوت الآيات الكريمة إلى سورها، وذكرت أرقامها، وخرجت الأحاديث من مظانها الأصلية، واكتفيت بوضع الأحاديث الصحيحة في الحاشية دون ذكر درجة صحتها.
- استخدام الرسم الهرمي في بعض الأحيان لتسهيل وتفصيل مسائل الباب وجمعها، بهدف سهولة حفظها.
- التركيز على موضوع البحث، وتجنب الاستطراد، والاعتماد على المراجع والمصادر الأصلية في التحرير، والتوثيق، والتخريج، والجمع.
- مقارنة وموازنة وجهات النظر المتعددة في الموضوع الواحد بين الفقهاء، فإذا كانت المسألة من مواضع الاتفاق، فأذكر حكمها بدليلها، مع توثيق الاتفاق من مظانها المعتبرة. وإذا كانت المسألة من مسائل الخلاف، فأتبع ما يلي:
 - (١) تحرير محل الخلاف إذا كان بعض صور المسألة محل خلاف وبعضها محل اتفاق.
 - (٢) بيان المسألة في الشرع مع إدخال بعض نصوص القانون لتقوية ذلك الرأي.
 - (٣) ذكر الأقوال في المسألة، وبيان من قال بها من أهل العلم، ويكون عرض الخلاف حسب الاتجاهات الفقهية.
 - (٤) استقصاء أدلة الفقهاء - قدر الإمكان - مع بيان وجه الدلالة أحياناً، وذكر ما يرد عليها من مناقشات، وما يُجاب به عنها إن وُجد، مع ذكر ذلك بعد الدليل مباشرة.
 - (٥) الاختصار على المذاهب الفقهية المعتبرة، مع العناية بذكر ما تيسر الوقوف عليه من أقوال السلف الصالح.
 - (٦) أذكر أقوال الفقهاء، وأعبر عنها بقولي: "ذهب جمهور الفقهاء"، في مقابل مذهب مخالف له في المسألة، واقتصر على قول لأحد المذاهب عند الجمهور دون ذكر أقوال الآخرين، باعتبار أن رأيهم واحد.
 - (٧) الاعتماد على أمهات المصادر والمراجع الأصلية، أو المواقع الإلكترونية في التحرير، والتوثيق، والتخريج، والجمع.

VI. الدراسات السابقة

نتناول في هذا القسم الدراسات السابقة المتعلقة بموضوع دراستنا، ونُقدّم نبذةً عن محتواها، وفي نهاية ذلك نستعرض أهم ما يميّز دراستنا عن هذه الدراسات. أما الدراسات المتعلقة بموضوع الأموال غير المنقولة، فيمكن تصنيفها ضمن قسمين: دراسات عامة، كالبحث في موضوع الأموال والحقوق المالية. دراسات خاصة، متعلقة بالبحث في نوع من أنواع الأموال. وأما فيما يتعلق بالقانون المعاصر، فمعظم الرسائل والأبحاث تناولت موضوع الأموال غير المنقولة (العقارات) من منظور قانوني وإداري، ومنهم من تناوله على أنه وصف خارجي يخلو من أي ارتباط بالمدلول الشرعي الذي جاء في القرآن والسنة النبوية، ومنهم من تناوله على شكل أبحاث صغيرة يغلب عليها السرد التاريخي. كتاب "الأرض الخاصة بالدولة الإسلامية: أرض الصوافي"، تأليف عبد الهادي عبد الهادي المصري، بيّن فيه أسس نظم ملكية الأراضي في ميزان الفقه الإسلامي، والتطبيقات التاريخية لها في عصر الرسول ﷺ، والخلفاء الراشدين، وسياسة الدولة الأموية... إلخ، مُبعداً ومُجرّداً أحكام تلك الأراضي.

✉ مع بحثي في أحكام الأموال غير المنقولة، وجدت كتاباً بعنوان "أحكام الأراضي والأموال غير المنقولة" للمؤلف شاكر ناصر حيدر الحنبلي، المدرّس بكلية الحقوق في العراق. وقد طُبِعَ هذا الكتاب في أربع طبعات، صدرت أولها في ٢٦ مايس سنة ١٩٤٢م (١٠ جمادى الأولى سنة ١٣٦١هـ)، والطبعة الثانية في ٢٧ آذار سنة ١٩٤٤م (٣ ربيع الثاني سنة ١٣٦٣هـ)، والثالثة في ٢٢ تموز ١٩٤٧م. تناول هذا الكتاب مشروع القانون المدني لأحكام الأراضي الأميرية في العراق، ويغلب عليه الصبغة القانونية والإدارية. والكتاب خاص ببيان وتفصيل أحكام الأراضي الأميرية وما في حكمها،

مع بيان الأنواع الأخرى من الأراضي، وما يتصل بها من قوانين وأنظمة وتعليمات، مع التطرّق – في بعض المواضع – إلى الفقه وأحكام القانون المقارن والقانون المدني العراقي. وما يميّز دراستنا عن هذا الكتاب أن موضوعها فقهي في كل مواضيعه، إلا أننا – في بعض المناسبات – نتطرّق إلى أحكام القانون ذات العلاقة بالموضوع، دون تفصيل في موادّه وتعليماته، من أجل دعم رأي الفقهاء، وتأكيد سلامة رأيهم في المسألة.

✕ رسالة ماجستير تمّت مناقشتها في جامعة الأزهر – مصر بتاريخ (١٩٩٣م)، بعنوان: "الآثار المترتبة على تقسيم المال إلى عقار ومنقول في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي"، للطالب أحمد علي طه ريان. حاولت أن أجدها، ولم أستطع الوصول إليها، والظاهر من عنوانها أنها تناقش الآثار الفقهية لتقسيم المال إلى عقار ومنقول في الفقه، مقارنةً بالقانون الوضعي.

✕ بحثٌ تكميليٌّ مقدّمٌ لنيل درجة الماجستير في الفقه المقارن، بعنوان: "الفروق بين العقار والمنقول في باب المعاملات"، إعداد الطالب حمود بن عبد الله بن حمود المسعر، بإشراف فضيلة الدكتور يعقوب بن عبد الوهاب الباحثين، لعام (١٤٢٥هـ / ١٤٢٦هـ)، جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية – المعهد العالي للقضاء – السعودية. ركز الباحث في دراسته على بيان الفروق بين العقار والمنقول، وكانت السمة البارزة في الدراسة التركيز على الفروق بينهما، حيث حاول البحث في عدة مواضيع ضمن باب من الأبواب الفقهية الخاص بالمعاملات، كالبحث في عقود المعاوضات، وركز في ذلك على قبض العقار وقبض المنقول، وفي الشفعة ذكر الفروق بين العقار والمنقول، وفي عقود التوثيقات وعقود التبرعات اختار التوثيق والرهن لبيان الفرق بين العقار والمنقول، وكذلك الفرق بين الغصب في العقار والمنقول، دون الدخول في شرح وتفصيل للمسائل، فكان يكتفي ببيان الفروق فقط. وتختلف دراستي عن دراسة الباحث في أنها تبحث في الأموال غير المنقولة دون مقارنتها بالمال المنقول، مع ذكر هذا النوع بشكلٍ يسيرٍ فقط، لبيان أنه قسيم للمال غير المنقول، مع إضافة مواضيع أكثر مما في رسالته.

✕ رسالة دكتوراه في الفقه الإسلامي، جامعة الإمام محمد بن سعود – السعودية، بعنوان: "نوازل العقار: دراسة فقهية"، للطالب أحمد عبد العزيز العميرة، نوقشت بتاريخ (١٤٣١/٠٧/١٠هـ)، وطُبعت في دار الميمان بالرياض، الطبعة الأولى (٢٠١١م). اعتنى الباحث بدراسة ما جدّ من القضايا المستجدة على العقار، علماً أن المؤلف استخدم في عنوان رسالته لفظ "العقارات"، في حين استخدمنا في دراستنا عنوان "المال غير المنقول"، تماشيًا مع تعريف الفقهاء لهذا النوع من الأموال. بالإضافة إلى أن دراسة نوازل العقار تتحد في المستجدات الحادثة على العقار، أما دراستنا فكانت تشمل الأحكام القديمة والجديدة معًا.

✕ رسالة ماجستير، جامعة أم درمان – السودان، بعنوان: "أحكام التصرفات في أموال الغير المنقولة: دراسة مقارنة"، للطالبة انتصار إبراهيم عبد القادر، نوقشت في عام (٢٠٠٢م). لم أستطع الوصول إلى قراءة الرسالة، إذ إن الدخول إلى دار المنظومة مسموح لمنسوبي الجامعات المشتركة فقط، إلا أنني وجدت موضوعات الرسالة تتناول المال غير المنقول في الفقه الإسلامي، مقارنةً بالقانون المدني والقانون الجنائي. أما دراستنا، فهي دراسة محددة في الفقه الإسلامي، دون المقارنة بالقوانين المدنية أو الجنائية.

VII. حدود الدراسة

أما الحدود الدراسة للأطروحة تمثلت في البحث في قسم من أقسام المال غير المنقول وأثره في الأحكام الفقهية من خلال تتبع أقوال الفقهاء حول هذا النوع من الأموال محاولاً الاقتصار على المذاهب الفقهية الأربعة وإن احتاج شيء من تفصيل المزيد من ذلك يمكن الاستعانة ببعض نصوص القانون.

VIII. أسباب اختيار الدراسة

١. أن أغلب الرسائل والأبحاث تكتفي بالبحث في الموضوع في حدود باب فقهي معين، كالشفعة، أو الحمى، أو الوقف.. إلخ دون أن يكون هناك محاولة لجمعها بقدر الاستطاعة في رسالة واحدة.
٢. الوقف على ما تيسر لي البحث به في المال غير المنقول من خلال المحاولة على تتبع هذا النوع في الأبواب الفقهية وإضافة فائدة علمية تتمثل في جمع ما استطعت أن أجمعه بهدف التسهيل على القارئ، والباحث في كل ما يتعلق به من خلال جعله مدخلاً للتعريف بهذا النوع من المال.
٣. أن الكلام عن الأموال غير المنقولة جاء بحثه على شكل رسائل مشتتة ومفرقة، ولذا فإنه يحتاج إلى جمع وترتيب، وإبراز وتبويب، فكان من المفيد وجود دراسة على كل باب منفرد ومدخل فجاءت هذه الدراسة بأسلوب يختلف نوعاً ما عن غيره.
٤. الحاجة إلى الدراسات المتعلقة بفقه المعاملات، وخاصة ما يتعلق بالأموال غير المنقولة، فكان اختياري هذا الموضوع، إسهاماً في إمداد المجتمع الإسلامي بما يفيد هذا الجانب.
٥. لا زال موضوع الأموال غير المنقولة في حاجة إلى المزيد من البحث، رغم عناية الفقهاء به على اختلاف مذاهبهم إلا أن العصر الحديث أوجد مسائل تحتاج إلى توضيح، وبعضها غير محقق.

الفصل الأول BİRINCI BÖLÜM

تعريف المال، أقسامه، وأهميته تقسيمه

1.1. تعريف المال

1.1.1. المال لغة: أصل المال "تمول الرجل اتخذ مالا ومال يمال كثر ماله"^٤ وقيل "المال معروف ورجل مال أي كثير المال وتمول الرجل صار ذا مال وموله غيره تمولا"^٥. وجاء المال بمعنى "ما يملك من الذهب والفضة، ثم أطلق على كل ما يُفْتَنَى ويملك من الأغنياء"^٦. فكل ما يحوزه الإنسان وينتفع به ويملكه من عقار أو نبات أو حيوان أو نقد يسمى مالا فكل ما يعرض في السوق وتقدر له قيمة فهو مال وهذا المفهوم كان معروفاً عند العرب قال معاوية (الخليفة الأموي الأول) للأحنف بن قيس التميمي "ما خير المال؟ قال نجعة صفراء في أرض خضراء"^٧

ورد في موطأ مالك عن أبي هريرة قال: «خرجنا مع رسول الله عام خيبر فلم نغنم ذهباً ولا ورقاً، إلا الأموال الثياب والمتاع». بالرغم من التقلب في تعريف المال إلا أننا نجد أن المعاجم قد اتفقت حول مفهومه وخلاصة ذلك بأن المال "كل ما يملك من عقار أو منقول أو نقود أو عروض أو متاع.. الخ وقطع الإمام القرطبي هذا الخلاف بقوله "العلم محيط واللسان شاهد بأن ما تملك يسمى مالا"^٨.

نقل ثعلب عن ابن الأعرابي، عن المفضل الضبي تسمية العرب المال "بالصامت والناطق؛ فالصامت: الذهب، والفضة، والجواهر والناطق: البعير، والبقرة، والشاة. فإذا قُلت عن حضري: كثر ماله، فالمراد: الصامت، وإذا قلت عن بدوي، فالمراد: الناطق".^٩ وإطلاق آخر: "الناض، المتاع المتحول إلى ورق أو ذهب بعدما كان متاعاً، وقال الأصمعي: "هو اسم الدراهم والدنانير عند أهل الحجاز".^{١٠} قال الشافعي: "فاذا نض العرض بعد الحول، أي صار نقداً ببيع أو معاوضة".^{١١} وقيل المال "ما مَلَكَته من كل شيء جمعه أموالاً".^{١٢} فالطعام، العقار، الذهب، واللباس مال... إلخ، وقد سمى الفاروق عمر بن الخطاب - رضي الله عنه - عن ابن عمر، قال: «أصاب غمراً أرضاً بخيبر لم أصب مالا قط أنفس منه»^{١٣}، فالمفهوم للمال: أن كل ما يُنتفع به على أي وجه من وجوه النفع سمي مالا، فمن ملك أرضاً، أو بيتاً، أو شجرة، أو ثمرة شجر، فهو مال. وهذا المفهوم للمال كان معروفاً عند العرب منذ الجاهلية، فالإبل، والغنم، والنخيل، وعيون المياه، كلها أموال، فكل ما يتبادلونه بأعواض، وينتفعون به، فهو مال.

^٤ ابن فارس، أحمد بن فارس. **مقاييس اللغة**. تحقق: عبد السلام محمد هارون، بيروت: دار الفكر، د.م، ط ١ (١٣٩٩ هـ / ١٩٧٩ م)، ٢٨٥/٥.

^٥ الرازي، محمد بن أبي بكر، **مختار الصحاح**. بيروت: مكتبة لبنان ناشرون، ط ١ (١٤١٥ هـ / ١٩٩٥ م) ٦٤٢/١.

^٦ ابن الأثير، مجد الدين المبارك بن محمد. **النهاية في غريب الحديث والأثر**. تحقيق: طاهر أحمد الزاوي ومحمود محمد الطناحي، بيروت: المكتبة العلمية، ط ١ (١٣٩٩ هـ / ١٩٧٩ م)، ٣٧٢/١.

^٧ ابن عبد ربه الأندلسي، أحمد بن محمد. **العقد الفريد**، بيروت: دار الكتب العلمية، ط ١ (١٤٠٤ هـ) ١/٢٦٣.

^٨ مالك بن أنس، **الموطأ**، تحقق: محمد فؤاد عبد الباقي، بيروت: دار إحياء التراث (١٤٠٦ هـ / ١٩٨٥ م) ٥٩/٢.

^٩ القرطبي، محمد بن أحمد. **الجامع لأحكام القرآن**. تحقق: هشام سمير البخاري، الرياض: دار عالم الكتب، ط ١ (١٤٢٣ هـ / ٢٠٠٣ م)، ٢٤٦/٨.

^{١٠} ابن حجر، أحمد بن علي. **فتح الباري بشرح صحيح البخاري**. بيروت: دار المعرفة، ط ١ (١٣٧٩ هـ)، ٤٨٩/٧.

^{١١} ابن منظور، محمد بن مكرم. **لسان العرب**. بيروت: دار صادر، ط ٣ (١٤١٤ هـ)، ٢٣٧/٧.

^{١٢} **الهروي**، محمد بن أحمد بن الأزهر، **الزاهر في غريب ألفاظ الشافعي**، تحقق: د. محمد جبر الألفي، وزارة الأوقاف الإسلامية - الكويت، ط ١، (١٣٩٩ هـ) ١/١٠٩.

^{١٣} الفيروز آبادي، **القاموس المحيط**، د. م، د. ن، د. ت، ١/١٣٦٨.

^{١٤} مسلم بن الحجاج، **صحيح مسلم**، باب الوقف، ح ١٦٣٢، تحقق: محمد فؤاد عبد الباقي، بيروت: دار إحياء التراث العربي، د. ت، ٣/١٢٥٥.

1.1.2. المال اصطلاحاً: اختلف فقهاؤنا في تعريفهم للمال؛ نظراً لاختلاف وجهات نظرهم في المعاني الاصطلاحية المعتمدة

لديهم، ويمكن إرجاع الخلاف بينهم إلى نظريتين: نظرية القيمة التبادلية، ونظرية الإباحة الشرعية للمال. ومن خلال هذا الاختلاف، ظهر اتجاهان يعكسان وجهة نظر كلٍ منهما، أحدهما: الاتجاه الحنفي، والآخر: اتجاه الجمهور. كما أثر في تعريفهم للمال اختلاف المأخذ والوجهة التي عرّفوه منها، فمنهم من عرّفه بصفته، ومنهم من عرّفه بوظيفته، ومنهم من عرّفه بحكمه.. لكن المؤثر الحقيقي في اختلافهم، والذي كان له أثر حقيقي وملحوس على الفروع الفقهية، هو اختلاف الأعراف فيما يُعدّ مالاً^{١٥}. ليس للمال له حد في اللغة ولا في الشرع فكل ما تمول وتملك فهو مال، ودليله قول أبي قتادة السلمي: «قَابِئْتُ بِهِ مَحْرَقًا فِي بَنِي سَلَمَةَ، فَإِنَّهُ لَأَوَّلُ مَالٍ تَأْتَلُّهُ فِي الْإِسْلَامِ»^{١٦}. باع بسلب القتل في غزوة حنين، الذي قتله، مُحْرَقًا بستاناً من النخل، وتأثّلت: جمعته واتخذته أصلاً للمال^{١٧}. وهذا يدل على تموّلهم لهذه الأشياء واعتبارها مالاً.

فَحُكِمَ فِيهِ بِالْعَرَفِ، ويمكن إدراك المعنى الاصطلاحي لمفهوم المال تبعاً للمعنى الخاص. أما الفقهاء، فقد اشترطوا لإطلاق اسم "المال" على الشيء شرطين: أولاً: أن يمكن إحرازه وحيازته. ثانياً: أن يمكن الانتفاع به انتفاعاً معتاداً.

المال عند الحنفية "ما يميل إليه الطبع، ويمكن ادخاره لوقت الحاجة"^{١٨}. فتميل إليه النفوس لشرفه، وحاجة الناس إليه وعرف عند: صاحب البحر بقوله: "مَا خُلِقَ لِمَصَالِحِ الْأَدَمِيِّ وَيَجْرِي فِيهِ الشُّحُّ وَالظَّنَّةُ"^{١٩}. ولم يشترطوا في المال أن يكون مباحاً شرعاً، قال ابن عابدين: "المال ما يمكن ادخاره، ولو غير مباح شرعاً، والمُنَقَّوم ما يمكن ادخاره مع الإباحة، فالخمر مال لا مُنَقَّوم، فلذا فسد البيع بجعلها ثمناً"^{٢٠}. فلم يعتبروا إباحة الانتفاع شرعاً عنصراً من عناصر المالية، بل اعتبروها من عناصر التقوم، وكلها عبارات تُفيد خروج المنافع من جنس الأموال؛ لأنهم يشترطون لإحراز المنافع أن تستقر في وجود مادي لها، وإحراز المنافع غير ممكن.

والفقه الحنفي ميز بين مالية الشيء، وبين تقومه، فالخمر والخنزير تحقق فيه صفة المالية، ولم يتحقق صفة التقوم؛ أن من الأموال ما لا يمكن ادخاره مع بقاء منفعته، مثل أصناف الخضروات والفاكهة، فلا يشملها تعاريفهم؛ لأن هذا الأشياء سرعان ما يسري إليها الفساد، وإذا اشترطنا في مفهوم المال الادخار خرج من صفة المالية، مع أنها أموال محترمة في مذهبهم. واشترط الادخار عند وقت الحاجة، حتى قالوا: "إن السرقة في الأموال التي يتسارع إليها الفساد، لا قطع على سارقها؛ لأن مالية المال في نقصان، وهذا النقصان فيه شبه العدم"^{٢١}.

قولهم أن يكون المال من الأعيان دون المنافع، خرجت المنافع من مفهوم المال، لذا قالوا بعدم جواز رهن منفعة العقار، لأنها ليست بمال عندهم، وغير مقدورة التسليم عند العقد، واستثنوا من ذلك المنافع المعقود عليها كمنفعة العين المؤجرة "المنافع أموال

^{١٥} حماد، نزيه، معجم المصطلحات الاقتصادية في لغة الفقهاء، دمشق - سورية، بيروت - لبنان: دار القلم، الدار الشامية، ط١ (١٤٢٩هـ/٢٠٠٨م)، ٢٩٣-٢٩٤.

^{١٦} البخاري، محمد بن إسماعيل. صحيح البخاري، تحق: محمد زهير بن ناصر الناصر، د.م: دار طوق النجاة، ط١، (١٤٢٢هـ)، ٣٦/٣.

^{١٧} الخطابي، أبو سليمان حمد بن محمد بن إبراهيم، معالم السنن، حلب - سوريا: المطبعة العلمية، ط١ (١٣٥١هـ/١٩٣٢م)، ٣٠١/٢.

^{١٨} ابن عابدين، عبد الله بن عمر. رد المحتار على الدر المختار. بيروت: دار الفكر، ط٢ (١٤١٤هـ/١٩٩٢م)، ٥٠١/٤.

^{١٩} ابن نجيم، زين الدين. البحر الرائق. دمشق: دار الكتاب الإسلامي، ط٢، د.م، د.ت، ٢٧٧/٥.

^{٢٠} ابن عابدين، حاشية رد المحتار، ٥٠١/٤.

^{٢١} السرخسي، محمد بن أحمد بن أبي سهل شمس الأئمة، المبسوط، بيروت: دار المعرفة، (١٤١٤هـ/١٩٩٣م)، ١٥٣/٩.

في العقود".^{٢٢} فالمتعاقدين يملك المحل، فتحقق تملك المنفعة في الوجود، ومنافع الأعيان يجعلها مهراً: "ولو تزوجها على منافع سائر الأعيان، من سكنى داره، وخدمة عبيده، وركوب دابته، والحمل عليها، وزراعة أرضه، ونحو ذلك من منافع الأعيان، مدة معلومة، صحّت التسمية؛ لأن هذه المنافع أموال، أو التحقت بالأموال شرعاً في سائر العقود، لمكان الحاجة، والحاجة في النكاح متحققة".^{٢٣} فكل ما يُورث خللاً وخلاًفاً، أو مظنةً للتنازع، يرفضه الشرع، قالوا بلزوم تعيينه في الحقيقة.

قال الشربيني: "المنافع ليست أموالاً على الحقيقة، بل على ضربٍ من التوسّع والمجاز، بدليل أنها معدومة، لا قدرة عليها".^{٢٤} وهذا القول يؤكد خلاف مذهب الشافعية في مالية المنافع، فالزركشي أورد ذلك: "المنفعة، هل يُطلق عليها مال؟ أعلم أن هذا مما اختلف فيه، وقال الإمام في كتاب الإيمان: أجمع الأصحاب أن المنافع لا تندرج تحت مطلق اسم المال، لكن قالوا في باب الوصايا: الأموال تنقسم إلى أعيان ومنافع، وهذا يدل على إطلاقها عليها، أما على طريق الحقيقة فلا".^{٢٥}

أما بالنسبة لعناصر المال عند الحنفية، فكان يعتمد على عنصرين أساسيين، هما: العُرف، والعينية، واشترطوا في العينية وجود الشيء زمانين فأكثر. فنجدهم حصروا معنى المالية فقط في الأشياء أو الأعيان المادية التي لها جرم محسوس، وأن المالية تثبت بتموّل الناس لها تمؤلاً معتاداً. أما المنافع والحقوق، فليست أموالاً؛ لتجددّها بتجدد الحيّز الزمني الذي تقع فيه، والادخار محال، ولأن المنافع لا يُتصوّر فيها الإتلاف والضمان، لارتباطها بالزمن. فيوجبون أن يكون المال شيئاً ذا وجود خارجي؛ لأنهم ينظرون إلى المنفعة على أنها أعراض لا بقاء ولا استقرار لها: "أعراضٌ تحدث شيئاً فشيئاً، على حسب حدوث الزمان".^{٢٦} لذا أخرجوا المنافع والحقوق المتعلقة بالارتفاق من هذا المعنى وهي من قبيل الملك "أنّ المنفعة ملك لا مال؛ لأنّ الملك ما من شأنه أن يُتصرّف فيه بوصف الاختصاص، والمال ما من شأنه أن يُدخّر للإنتفاع وقت الحاجة".^{٢٧} فعدم اعتبار قيمه لها، يجعلها غير محلّاً للبيع والشراء، واتلافها غير موجب للضمان، ولأن المنافع في نظرهم ليست ذات قيمة في نفسها وإنما جاء تقويمها في الشرع بعقد الإجارة "إنّ الإجارة أُجيزت على خلاف القياس للحاجة".^{٢٨} وما ورد على خلاف القياس فغيره عليه لا يقاس، فكانت ملك لا مال وهذا حق اختصاص يرد على المنافع، وبهذا ظهر نوعين للمال الأعيان والمنافع واستثنوا مالية المنافع في عدة مواضع المادة 596: "إن كان ذلك المال مالاً وفق، أو مال صغير فيجوز يُلزَم ضَمَانُ الْمُنْفَعَةِ، أي: أجرة المثل في كلّ حال".^{٢٩}

المال عند الجمهور: عُرف المال عند المالكية بأنه: "ما يقع عليه الملك، ويستبد به المالك عن غيره، إذا أخذه من وجهه، محلّ الملك".^{٣٠} وتعريف المالكية باعتبار المال محلّ الملك قال أبو عمر: "والمعروف من كلام العرب أنّ كلّ ما تُموّل وتُمَلِّك هو مال".^{٣١} الشافعية على أن المال: "ما لا يقع اسم مالٍ إلا على ماله قيمة يُباع بها، وتلزم متلفة، وإن قلّ، ومالا يطرحه الناس،

^{٢٢} الكاساني، علي بن محمد. *بدائع الصنائع*. تحق: عبد الرحمن الجبلاني، بيروت: دار الفكر، ١٤٠٨هـ/١٩٨٨م)، ٤/ ١٣٩.

^{٢٣} الكاساني، *بدائع الصنائع*، ٢/ ٢٧٩.

^{٢٤} الشربيني، عبد الرحمن بن عبد اللطيف، *معنى المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج*. بيروت: دار الفكر، د.ت، ٢/ ٢.

^{٢٥} الزركشي، محمد بن علي، *المنثور في القواعد الفقهية*. تحق: د. تيسير فائق أحمد محمود، الكويت: وزارة الأوقاف، ط ٢ (١٤٠٥هـ)، ٣/ ١٩٧.

^{٢٦} الكاساني، *بدائع الصنائع*، ٧/ ١٤٥.

^{٢٧} ابن عابدين، *رد المحتار*، ٤/ ٥٠٢.

^{٢٨} ابن نجيم، *البحر الرائق*، ٨/ ٢٨.

^{٢٩} لجنة مكونة من علماء الدولة العثمانية، *مجلة الأحكام العدلية*، تحق: نجيب هواويني، ١/ ١١١.

^{٣٠} الشاطبي، أبو إسحاق إبراهيم بن محمد، *الموافقات*. تحق: مشهور حسن آل سلمان، الرياض: دار ابن عفان، د.م، ط ١ (١٤١٧هـ / ١٩٩٧م)، ٢/ ٣٢.

^{٣١} القرطبي، *الجامع لأحكام القرآن*، م.س، ٨/ ٢٤٤.

مثل الفلاس وما أشبه ذلك".^{٣٢} وضابط معرفة تموله: إذا غلت الأسعار، كانت له قيمة، وكان متمولاً. وأما الحنابلة: "ما يُباح نفعه مطلقاً، أي في كل الأحوال، أو يُباح اجتناؤه بلا حاجة".^{٣٣}

فخرج ما لا نفع فيه، وما فيه نفع محرّم، ويشمل جميع الأشياء من الأعيان والمنافع: "وما لا يُؤذَن فيه، فلا عبرة به، فلا تُعتبر قيمته؛ لأن المعدوم شرعاً كالمعدوم جساً".^{٣٤} فالمال يُطلق على كل ما له قيمة مادية (العُرف) بين الناس، وأجاز الشارع الانتفاع به حال السعة والاختيار: "عدم تمؤل قوّة الطبيعة ليس راجعاً إلى حكم الشرع، بل إلى حكم العادة".^{٣٥} وهذا الحكم ناتج عن سببين: حكم الشرع، وحكم العادة، أي (التمؤل)، بحيث يمكن إخضاعه لعملية التبادل بين الناس مآلاً، ليكون له قيمة مالية.

١. "أن يكون الشيء له قيمة بين الناس، سواء كان عينياً أو منفعة مادياً أو معنوياً، فلو كان الشيء تافهاً لا قيمة له بين الناس، لا يكون مآلاً عينياً أو منفعة كحبة قمح، أو منفعة الاستضلال بظل شجرة أو حائط أو شم تفاحة مثلاً".^{٣٦}
٢. إباحة الشرع الانتفاع به حال السعة والاختيار، دون حالة الضرورة؛ فالانتفاع بالخزير ولحم الميتة ليس مآلاً، فلا يحل للمسلم الانتفاع به، وملكيته لهما ملكية غير محترمة، فيُصبح بذلك عديم القيمة شرعاً؛ لأن المال لا بد أن يدخل تحت تقوّم الشرع، فالتقوّم صفة للمال.

اتفقت النظرة القانونية لمفهوم المال، "ويكاد يتفق مع وجهة نظر المذهب الحنفي، ويتقارب كثيراً من اصطلاح جمهور الفقهاء في اعتبار الأعيان والمنافع أموالاً. المال في الفكر القانوني هو الحق ذو القيمة المالية، وبعبارة أخرى: كل ما له قيمة مادية يُعتبر في النظر القانوني مآلاً، عينياً كان أو منفعةً، أو حقاً من الحقوق العينية أو الشخصي".^{٣٧} حتى عدها القانونيون نوعاً مستقلاً من أنواع المال، لما تتصف به من خصائص تُميزها عن الحقوق العينية، لكونها نتجت عن كون محلّها غير محسوس. فالسنةوري، وعبد الفتاح عبد الباقي، وغيرهم، عرّفوا المال بأنه: "الحق الذي يرد على الشيء".^{٣٨} ومما لا شك فيه: ألا يُحرّص على الأموال إلا لمنافعها، وفي عدم اعتبارها هدرٌ للحقوق، وتسلية للظلمة على منافع الأعيان التي يمتلكها غيرهم.

1.1.3. مالية المنافع ينصرف إلى المنفعة غير العينية، التي تحصل باستعمال العين، وليست الفوائد العينية كالغلات والثمار، إذ لا اختلاف في ماليتها. وقد كثرت تعاريف الفقهاء للمنفعة، فجاءت متقاربة لفظاً ومعنى "ما لا يُمكن الإشارة إليه جساً دون إصافته يُمكن استيفاءه غير جزءٍ ممّا أُضيف إليه".^{٣٩} يرى الحنفية خروج المنافع من جنس الأموال، لأنه عرض غير محسوس فسكنى الدار غير محسوس، ولا يمكن الإشارة إليه في بيع ما لا يمكن نقله "المنفعة عرضٌ، والعرض غير باقٍ، وغير الباقي غير مُحَرَز".^{٤٠} والمنافع والحقوق بالمال من قبيل الملك، لأنها غير قابلة للاذخار، ومعنى ذلك أن الملك لا يقتضي الوجود، والمنافع ينطبق عليها هذا الوصف، فكما تخرج من حيز عدم إلى حيز الوجود تتلاشى فصفة الاحراز والتمول غير متصورة،

^{٣٢} السيوطي، عبد الرحمن بن أبي بكر، جلال الدين، *الأشباه والنظائر*. بيروت: دار الكتب العلمية، ط ١ (١٤٠٣هـ)، ٣٢٧/١.

^{٣٣} البهوتي، محمد الأمين، *شرح منتهى الإرادات*. بيروت: عالم الكتب، (١٩٩٦م)، ٧/٢.

^{٣٤} الرصاع، عبد الرحمن، *شرح حدود ابن عرفة*. بيروت: المكتبة العلمية، ط ١ (١٣٥٠هـ)، ١٣٩/٤.

^{٣٥} علّال الهاشمي الخياري، *منهج الاستثمار في ضوء الفقه الإسلامي*، تقديم الأستاذ الدكتور محمد فاروق النبهان، شارع الحسن الثاني - الدار البيضاء، ط ١ (١٤١٣هـ/ ١٩٩١م) ١١٠/١.

^{٣٦} الرابطة المحمدية للعلماء، "المدونة"، [بدون تاريخ]، على الرابط: <https://www.arrabita.ma/blog>، تم الدخول في ١٣ أكتوبر ٢٠٢٣م.

^{٣٧} عبد القادر، محمود، *المدخل إلى علم القانون*، الإسكندرية: دار الفكر الجامعي، ط ٣ (١٤٢٤هـ/ ٢٠٠٣م)، ٨٧.

^{٣٨} السنةوري، محمد، *الوسيط في شرح القانون المدني*. القاهرة: مطبعة النهضة العربية، ط ١ (١٩٦٥م)، ٦/٨.

^{٣٩} الرصاع، *شرح حدود ابن عرفة* ٣٠٤/٢.

^{٤٠} التفتازاني، جمال الدين، *شرح التلويح على التوضيح*. مصر: مكتبة صبيح، د.م، د.ت، ٣٢٧/١.

ومن أجل ذلك لم يجيزوا في باب الإجارة أن يرد العقد على منفعة موصوفة في عقد الإجارة دون تعيين أو تمييز " الْمُنْفَعَةُ عَرَضٌ، وَالْعَرَضُ غَيْرُ بَاقٍ، وَغَيْرُ الْبَاقِي غَيْرُ مُحَرَّرٍ " ^{٤١} فالنافع: بيع ما لا يمكن نقله، وتثبت المالية في عقد الإجارة. " وتنقوم المنافع بالعقد الشرعي للضرورة " ^{٤٢}؛ العقد أوجد المنفعة، لا أنها ثابتة قبل وجودها.

ثبتت مالية المنافع عند بعض الفقهاء من قوله ﷺ: «إِنِّي أُرِيدُ أَنْ أُنْكَحَكَ إِحْدَى ابْنَتَيَّ هَاتَيْنِ عَلَى أَنْ تُأْجِرَنِي ثَمَانِي حَجَّ»، ^{٤٣} ودليل مالية المنافع: في تأجير شعيب موسى على أن ينكحه إحدى ابنتيه، فالإجارة منفعة، فصَحَّ بذل المنفعة صداقاً، ولو لم تكن مَالاً، لما صَحَّ أَنْ تكون مقابل صداقها، وحديثُ رسول الله ﷺ: أَنَّهُ زَوَّجَ رجلاً على تعليم القرآن، وهو منفعة، وقال له: «فَقَدْ زَوَّجْتُكَهَا بِمَا مَعَكَ مِنَ الْقُرْآنِ» ^{٤٤} والباء في قوله بما معك للعوض فأجرى منفعة التعليم مجرى العين.

والفقهاء متفقون في مالية الأعيان، أما فيما يتعلق بمالية المنافع في الاصطلاح الاقتصادي ينظر للمنفعة "الإشباع الحسي أو النفسي الذي يتحقق للفرد عند استخدامه سلعة ما أو خدمة ما" ^{٤٥} ومحل العقد في المنافع محلٌّ مقدَّر، والمنافع ترد العقود عليها. نلاحظ من تعريف الجمهور أن المنفعة قابلة للتعين، ومحلٌّ معتبرٌ لإيراد العقود عليها، سواء ما كان يعوض كالإجارة، أو بغير عوض كالوصية بالمنافع، وهي ممكنة الحيازة بحيازة أصلها. لذا، يرون شمول المال للمنافع، وبهذا يتسع مفهوم المالية عندهم، فأدخلوا عنصراً جديداً اعترفوا له بالمالية، فقالوا: إن المنافع تنزل منزلة الأموال، وتُعدّ ومحلاً لورود العقد. "وَالْمُنْفَعَةُ مَعْقُولَةٌ مِنْ عَيْنٍ مَعْرُوفَةٍ فَهِيَ كَالْعَيْنِ" ^{٤٦} العقد في المنافع محل مقدَّر، والعقد لا يقلب حقائق الأشياء، والعين وعاءٌ وجسدٌ للمنفعة. "الْمَنَافِعُ كَالْأَعْيَانِ، فَلَمَّا جَارَ عَقْدُ الْبَيْعِ عَلَى الْأَعْيَانِ، جَارَ عَقْدُ الْإِجَارَةِ عَلَى الْمَنَافِعِ" ^{٤٧}.

تُعرَف على أنها منفعة متحصلة من العين، وتظهر "بوجود شخص لديه رغبة نفسية تجعله يطلب هذا المال، إما لإيجاد هذه الرغبة، أو الإحساس أو الزيادة منها، أو لإزالتها أو التقليل منها" ^{٤٨} وتُعدّ المنفعة من العناصر القوية التي تؤثر في تحديد قيمة الأشياء: "تهبؤ العين لذلك المعنى الذي قُصِدَ منها، كالدَّارِ المتهبئة للسكنى، والتهبؤ موجود الآن" ^{٤٩} وملك المنفعة متعلقٌ بمحلٍّ مُقدَّر في العقار، لكن قولهم بعدمية المنافع غير وجيه؛ ذلك أن الناس تعارفت على أن من وضع اليد على دار وسكنها مدةً من الزمن، فقد قوّت منفعتها حقيقةً، وتقويت المنفعة تفويثٌ لشيء من المال.

فمثلاً، في الأموال غير المنقولة من البيوت والشقق والأراضي، المختلفة في الاستعمال فيما بينها، سمّاها علماء الاقتصاد الأولون بقيمة الاستعمال، والتي تُحدّد مقدار تفضيلنا للأشياء. وقد يرتفع إيجار العقار من مكان إلى مكان، ويقلّ بحسب أهميته المكانية والزمانية، وهو ما يُطلق عليه في الاقتصاد السياسي بالمنفعة المتناقصة. فالمنفعة رابطة بين المادة ومنفعتيها الناتجة منها،

^{٤١} التفتازاني، شرح التلويح على التوضيح، ٣٢٧/١.

^{٤٢} ابن نجيم، البحر الرائق، ١٩/٢٨.

^{٤٣} القصص ٢٧/٢٠.

^{٤٤} البخاري، صحيح البخاري، ١٩٢/٦.

^{٤٥} دنيا، شوقي أحمد، مجالات وقفية مستجدة وقف النافع والحقوق، مقدم للمؤتمر الثاني للأوقاف بالسعودية — جامعة أم القرى (١٤٢٧هـ) ٩.

^{٤٦} الشافعي، محمد بن إدريس، الأم. بيروت: دار المعرفة، ط ١ (١٤١٠هـ / ١٩٩٠م)، ٢٦/٤.

^{٤٧} المنهاجي الأسبوطي، شمس الدين محمد بن أحمد بن علي بن عبد الخالق، جواهر العقود ومعين القضاة والموقعين والشهود. تحقق: مسعد عبد الحميد

محمد السعدني، بيروت: دار الكتب العلمية، ط ١ (١٤١٧هـ / ١٩٩٦م)، ٢٠٩/١.

^{٤٨} المحبوب، رفعت، الاقتصاد السياسي. القاهرة: دار النهضة العربية، ط ١٠ (١٩٦٤م)، ٨٠.

^{٤٩} الزركشي، المنشور في القواعد، ٢٤٠/٣.

وكما هو معلوم، يشترط لصحة وصف العين بالمالية أن تكون ذات نفع، وهو تفسيرٌ لقول الفقهاء بأن المنافع تقابل الأعيان، والأعيان هي مصدرٌ للمنفعة التي نشأت عنها، وشكّلت في وعاءٍ حيازي.

"والمنفعة، بطبيعة الحال، هي الأصل في تقييم الأشياء؛ فمالية العين تزيد وتنقص بحسب ما تحويه من منافع، بالإضافة إلى الإباحة الشرعية. وعليه، يتبين أن جوهر الخلاف بين الحنفية وجمهور الفقهاء من المالكية، والشافعية، والحنابلة، والقول الثاني عند الحنفية، هو: (المنفعة)^{٥٠} العين هي المعرفة والمبينة لماهية المنفعة، ومنفعة العقار فائدة مقصودة مقترنة بمحل تتأثر بأصله وصفته، وهي مصدر لتقويم قيمة المنفعة تستمد قيمتها الشرائية قيمة أصلها فلو طبقنا مثلاً على ذلك كمن استأجر شقة في أفضل شوارع مكة المكرمة فبطبيعة الحال ستكون أجرة الشقة مرتفعة عن استأجر في حي من أحياء مكة البعيدة، لأن مواصفات الشقق متفاوتة فعدد الغرف وموقع البناء والظروف المحيطة به عوامل مؤثرة في تسعير بيع الحق، بمعنى أن تقدير قيمة المنفعة في العقار تنشئ من الموقع الطبيعي للأماكن. والقاعدة الفقهية "الأمر بمقاصدها"^{٥١}. ومقصود العين المنفعة الناتجة منها فأصبحت بمنزلة الأعيان القائمة في الماهية وملك الرقبة سبب لملك المنفعة يقول ابن رشد: "فَالْفَيْاسُ أَنَّ تَجْرِي الْمَنَافِعِ وَالْأَعْيَانُ الْمُتَوَلِّدَةُ مَجْرَى وَاحِدًا"^{٥٢}. فإذا زالت المنفعة زال التقويم لذا كانت منفعة الأشياء بالإضافة إلى سلطة العرف في تقديرها تُعد منطاً لمالية الأشياء ويتلخص "أن الملك والمنفعة كليهما معنيان شرعيان، أحدهما: حق، والآخر: مال"^{٥٣}. المنافع أعيان قائمة بذاتها، مُتْلَفُها وغاصبُها ضامنٌ لها، والمقصود في الحيازة ليس معناه احتواء الشيء من قِبَل المالك، إنما اختصاصه بالشيء عن غيره، والتصرف فيه بحسب طبيعته؛ لأن طبيعة التصرف تختلف من نوع لآخر. "الشريعة لا تشترط التأييد لتحقيق معنى الملك، بل إن طبيعة ملك المنفعة، مثلاً، تقتضي أن يكون مؤقتاً، كما في ملك منفعة العين المستأجرة، وملك منفعة العين الموصى بمنفعتها دون رقبته"^{٥٤}.

ورأي ثالث عند الحنفية توسط في الحكم على مالية المنافع، فأثبت ماليتها، ونفى المماثلة بين المنفعة والعين، وكان رأيه بإثبات التفاوت في المالية بينهما، وهو قولٌ عند علاء الدين البخاري الحنفي: "ولعلمائنا رحمهم الله في نفي المماثلة بين المنفعة والعين طريقان:"

١. بإثبات التفاوت في المالية بينهما

٢. نفيها بنفي المالية والتقوم عن المنفعة أصلاً"^{٥٥}.

نتيجة لخلاف الفقهاء في مالية المنافع ظهرت ثمراتها في بعض الأبواب الفقهية كالإجارة، والشفعة، وأداء زكاة بمنفعة سكنى العقار "لو أسكن الفقير داره سنة بنية الزكاة لا يجزيه، لأن المنفعة ليست بعين متقومة"^{٥٦}؛ والمعتبر في نصاب الزكاة: القيمة، وكانّ البديل في النصاب يأخذ حكم الأصل. "لا يجوز أن يُخرج من مال التجارة إلا الدراهم أو الدنانير، أو عَرَضًا بعينه"^{٥٧}. أما

^{٥٠} الرابطة المحمدية <https://www.arrabita.ma/blog>. تاريخ التصفح ١٣ أكتوبر ٢٠٢٣م.

^{٥١} السبكي، أحمد بن عبد الرحمن، *الأشباه والنظائر*. بيروت: دار الكتب العلمية، ط ١ (١٤١١هـ / ١٩٩١م)، ٢٤/١.

^{٥٢} ابن رشد، محمد بن أحمد، *بداية المجتهد ونهاية المقتصد*. القاهرة: دار الحديث، ط (١٤٢٥هـ / ٢٠٠٤م)، ١٠٦/٤.

^{٥٣} الدريني، محمد فتحي، *الفقه الإسلامي المقارن*. دمشق: منشورات جامعة دمشق، ط ٧ (١٤١٧هـ / ١٩٩٨م)، ٢٩٤.

^{٥٤} العبادي، عبد السلام، *الفقه الإسلام والحقوق المعنوية*، بحث مقدم لمجلة مجمع الفقه الإسلامي-ع ٥، ٢٤٧٣/٣.

^{٥٥} البخاري، علاء الدين، *كشف الأسرار*. تحقق: عبد الله محمود محمد عمر، بيروت: دار الكتب العلمية، ط ١ (١٤١٨هـ / ١٩٩٧م)، ٢٥٤/١.

^{٥٦} البخاري، علاء الدين، *كشف الأسرار*، ٣٠٨/١.

^{٥٧} العمراني، أبو الحسين يحيى بن أبي الخير بن سالم، *البيان في مذهب الشافعي*. تحقق: قاسم محمد النوري، جدة: دار المنهاج، ط ١ (١٤٢١هـ / ٢٠٠٠م)، ٣٢٤/٣.

الحنابلة فقالوا: "لا يجزئ إخراج قيمة الزكاة طائعاً أو مكرهاً وكالمنفعة".^{٥٨} بعدم جواز إخراج الزكاة منفعةً " إنما يَتَخَرَّج قولهم بعدم الجواز على أحكام خاصة بالزكاة، لا على عدم المالية في المنافع".^{٥٩} وما يجري على الأعيان يجري في المنافع: "التمليك في الأعيان بعد الوفاة تبعاً لصحة التملك في الحياة، كذلك يصح التملك في المنافع بعد الحياة، تبعاً لصحة التملك في الحياة".^{٦٠} وكبيع منفعة الارتفاق: "لا بأس بشراء ممرٍ في دار، دون أن يشتري من رتبة الدار شيئاً، وذلك إن كان يخرج به إلى انتفاع، مثل أن يفتح فيه باباً، فيمر منها حيث لم يكن يمر".^{٦١} كل ما كان من خلاف بين الفقهاء هو من أجل اثبات للمنافع الصفة المالية مما يعني أنها أصبحت محلاً للتصرفات الشرعية من إجارة وإعارة وبيع... إلخ.

1.1.3.1. المنفعة المتقومة يرد مصطلح المال المتقوم في كتب الفقهاء والمتقوم هو "المال الذي يمكن الانتفاع به"^{٦٢}، ومقصدهم من التقويم ما يباح الانتفاع به شرعاً، والحنفية قسموا الأموال إلى متقوم وغير متقوم وعباراتهم واضحة في ذلك "وَمَا يَكُونُ مُتَقَوِّمًا شَرْعًا فَالْأَعْيَانُ عَنْهُ جَائِزٌ ... وَإِتْلَافُ مَا لَيْسَ بِمُتَقَوِّمٍ لَا يُوجِبُ الضَّمَانَ".^{٦٣} وتعبير الحنفية يختلف عن تعبير الجمهور في استعمال النقوم بالمال وعلى اعتبار أن المنافع أموال قائمة بنفسها كالأعيان فيشترط ما يشترط في الأعيان وعليه يمكن القول بأن المنفعة المتقومة ما كان لها قيمة بين الناس مع إباحة الشرع من الانتفاع بها ومنفعة غير متقومة وهي ما ليس لها قيمة بين الناس وغير معتبرة في نظر الشرع فعند المالكية "تَصِحُّ إِجَارَةُ مَالِهِ مُنْفَعَةٍ مُتَقَوِّمَةٍ مُقْدُورَةٌ عَلَى تَسْلِيمِهَا".^{٦٤} ومن خلال تقسيم الأموال إلى أعيان ومنافع يتبين كلام الشافعية بأن المنافع أموال بنفسها "الْمَالُ مَا كَانَ مُنْتَفَعًا بِهِ أَيْ مُسْتَعْدًّا، لِأَنَّهُ يُنْتَفَعُ بِهِ وَهُوَ إِمَّا أَعْيَانٌ أَوْ مَنَافِعٌ".^{٦٥} أما الحنابلة فقالوا: "أن يكون المبيع مالا وهو ما فيه منفعة".^{٦٦} والمعتبر عند الحنفية إمكانية اعتبار المنفعة متقومة قائمة على الوجود واحرازها في "كل ما كان محرزاً بالفعل، وأباح الشرع الانتفاع به كأنواع العقارات والمنقولات والمطعومات ونحوها".^{٦٧} هذا تفسير لأحد معاني النقوم، وهناك معنى آخر: هل المنفعة أحل الشرع الانتفاع بها أم لا؟ فهناك منافع بذاتها محرمة، أو عُقد على منفعة محرمة، كما في عقد الإجارة. فإذا وُجد الوعاء المادي، بقي النظر: هل العقد على المنفعة محرم أم لا؟ والمنفعة، في المال غير المنقول - كالإجارة، والوصية، وغيرها - محلٌ للتصرفات، وعليه، تدخل في تقدير الضمان والوصية، فالإمام الشريبي يشترط في اعتبار كَوْنِ الْمُنْفَعَةِ مُتَقَوِّمَةً أَنْ يَكُونَ "لَهَا قِيَمَةٌ لِيُحْسَنَ بَذْلُ الْمَالِ فِي مُقَابَلَتِهَا، كَاسْتِجَارِ دَارٍ لِلسُّكْنَى....، فَإِنَّهَا إِذَا لَمْ تَكُنْ لَهَا قِيَمَةٌ إِمَّا لِحَرَمَتِهَا أَوْ لِحُسْنَتِهَا أَوْ قِلَّتِهَا يَكُونُ بَذْلُ الْمَالِ فِي مُقَابَلَتِهَا سَفَهًا وَتَذْوِيرًا".^{٦٨}

1.1.3.2. المنفعة غير المتقومة وكما مر معنا أن المنفعة هي محور التصرفات في العقود المالية "المنفعة التي لم يبيح الشارع استيفاءها أو تحصيلها أو استغلالها أو استعمالها لغير حاجة أو ضرورة".^{٦٩} ولتقوم المنافع أثر كبير في باب البيوع

^{٥٨} ابن مفلح، عبد الله بن أحمد، *الفروع*. تحقق: عبد الله عبد المحسن التركي، الرياض: مؤسسة الرسالة، ط ١٠ (١٤٢٤هـ / ٢٠٠٣م)، ٢٦٦/٤.

^{٥٩} الكردي، أحمد الحجي، *حكم إخراج المنفعة بدلاً عن زكاة المال*، بحث (١٤٢٩هـ / ٢٠٠٨م) ٨.

^{٦٠} السريتي، محمد، *الوصايا والأوقاف والمواريث في الشريعة الإسلامية*. بيروت: دار النهضة العربية، د. ط (١٩٩٧م)، ٨٢.

^{٦١} القيرواني، عبد العزيز، *النواذر والزيادات*. تحقق: د. عبد الفتاح الحلو، بيروت: دار الغرب الإسلامي، ط ١ (١٩٩٩م)، ٢٢٣/١١.

^{٦٢} قلججي، محمد رواس وآخرون، *معجم لغة الفقهاء*. بيروت: دار النفائس للطباعة والنشر والتوزيع، ط ٢ (١٤٠٨هـ / ١٩٨٨م)، ٣٩٧/١.

^{٦٣} السرخسي، المبسوط، ١/٦.

^{٦٤} عليش، عبد الله، *منح الجليل شرح مختصر خليل*. بيروت: دار الفكر، د. ط (١٤٠٩هـ / ١٩٨٩م)، ٤٩٥/٧.

^{٦٥} الزركشي، المنشور في القواعد الفقهية، ٢٢٢/٣.

^{٦٦} أبو النجا، موسى بن أحمد بن موسى الجاوي المقدسي، *الإقناع في فقه الإمام أحمد بن حنبل*. تحقيق: عبد اللطيف محمد موسى السبكي، بيروت: دار

المعرفة، د. ط، د. ب، ٥٩/٢.

^{٦٧} وهبة الزحيلي، محمد، *الفقه الإسلامي وأدلته*. سوريا: دار الفكر، د. ط، د. ب، ٢٨٧٩/٤.

^{٦٨} الشريبي، مغني المحتاج، ٤٥٣/٤.

^{٦٩} برمو، تيسير محمد، *نظرية المنفعة*. الكويت: دار النواذر، ط ٢ (١٤٣٢هـ / ٢٠١١م)، ٦٢/٥.

فالفقهاء قد اشترطوا في المعقود عليه أن يكون "مُنْتَفَعًا بِهِ فِي الْحَالِ أَوْ فِي الْمَالِ".^{٧٠} أي أن تكون المنفعة المعقودة عليها متقومه شرعاً واعتبر الحنفية أن منافع الأعيان غير المتقومة المعقود عليها غير صحيح "بطل بيع مال غير متقوم".^{٧١} فالأعيان العقارية إذا بنى رجل بيت لإقامة بيوت للخناء أصبحت منافعها غير معتد بها شرعاً بحيث تقابل بالمال فيمتنع بيعه تبعاً فلا يجوز بيعه لهذه المنافع المحرمة والمقصودة في العقد فتنتفي عنها القيمة المالية وهذا يعني أن القيمة المالية للأشياء تعني صحة كونه ثمناً أو مثمناً بحيث يكون محللاً للتبادل التجاري قال المواق نقلاً عن ابن شاس المالكي أن: "من أركان الإجارة المنفعة، ومن شروطها أن تكون متقومة".^{٧٢} ومثلوا على ذلك بأثلة كثيرة فما قيمة استئجار نقود من أجل تزيين البيوت والحوانيت فكل ذلك من قبيل المنفعة غير المتقومة التي لا قيمة لها عند الناس ولا عند رب الناس.

الخلاصة أن ما قابل من الأعيان المتقومة قابله المنافع المتقومة، وما قابل الأعيان غير المتقومة قابله المنافع غير المتقومة.

الأثر الفقهي المترتب على تقسيم المنفعة إلى متقومه وغير متقومه:

- ☒ المنافع غير المتقومة مهدورة القيمة ولا اعتبار لها في نظر الشرع، والمنافع المتقومة لها قيمة واحترام في نظر الشرع وبفهم ذلك من قولهم.
- ☒ في المنافع المتقومة لمالكها الحق بالتصرف بها استعمالاً، واستغلالاً، واستثماراً، وتوريثاً، على عكس المنافع غير المتقومة.
- ☒ لا ضمان في المنفعة غير المتقومة عند فواتها، لأنها محرمة لا قيمة لها شرعاً وملغاة لمعارضته نص القرآن "إذا أتلّف إنسان مَالاً متقومًا لغيره وجب عليه ضمان مثله إن كان مثلياً، أو قيمته إن كان قيميّاً. أما غير المتقوم فلا يضمن بالإتلاف إذا كان لمسلم".^{٧٣}
- ☒ لا يصح المعاوضة في المنفعة غير المتقومة بيعاً وإجارة أو تبرعاً وهبة وإعارة قال عليش: "فَلَا يَصِحُّ بَيْعُ بَيْعٍ مَا لَا مَنَفَعَةَ فِيهِ".^{٧٤}

1.1.4. مالية الحقوق الحق بمعناه العام يقسم إلى حق مالي كملكية الأعيان أو الديون أو المنافع وحق غير مالي كحق الولي في التصرف على الصغير، تعليمًا، وتأديبًا، ويختلف الحق المالي من كونه يقوم بالمال أم لا، ويقبل التنازل عنه، والانتقال من شخص لآخر، كحق المرور والمسيل والشرب، وأما الحق غير المالي مالا يقوم بالمال، ولا يقبل التعامل به، والتنازل عنه ولا ينتقل من شخص لآخر، كحق الولاية، وحق الحضانة وغيرها أيضا والحقوق على ثلاث أقسام حقوق عينية، وحقوق شخصية، وحقوق معنوية.

1.1.4.1. مالية الحقوق المعنوية أو ما يسمى بالحق المالي للمؤلف، اختلف في اعتبار مالية الحقوق المعنوية، لأنه لا وجود له، وأنه قسم من أقسام الحقوق العينية، فعُرف بأنه: "العلاقة المباشرة التي يقرها الشرع بين صاحب الحق ومحلّه".^{٧٥} وقد

^{٧٠} شيخ زاده، محمد، **مجمع الأنهر**. بيروت: دار إحياء التراث العربي، دم، دبت، ١٧/٢.

^{٧١} الحصفي، محمد، **الدر المختار شرح تنوير الأبصار**. تحقق: عبد المنعم خليل إبراهيم، بيروت: دار الكتب العلمية، ط ١ (١٤٢٣هـ / ٢٠٠٢م)، ٤١٣/١.

^{٧٢} الشنقيطي، محمد بن محمد سالم المجلسي، **لوامع الدرر في هتاك أستاذ المختصر**. موريثانيا: دار الرضوان، ط ١ (١٤٣٦هـ / ٢٠١٥م)، ١٠٥/١١.

^{٧٣} وهبة الزحيلي، **الفقه الإسلامي وأدلته** ٢٨٧٩/٤.

^{٧٤} عليش، **منح الجليل شرح مختصر خليل**، ٤٥٤/٤.

^{٧٥} مدكور، حمد سامي، **نظرية الحق**. القاهرة: دار الفكر العربي، (١٩٥٧م)، ٣١-٣٢.

اعتبرها مجمع الفقه الإسلامي حقوقاً مالية لأصحابها: "إن مجلس مجمع الفقه الإسلامي الدولي المنعقد في دورة مؤتمره الخامس بالكويت، من ٦-١ جمادى الأولى ١٤٠٩ هـ، الموافق ١٠-١٥ كانون الأول (ديسمبر) ١٩٨٨ م، بعد اطلاعه على البحوث المقدمة من الأعضاء والخبراء في موضوع الحقوق المعنوية، واستماعه للمناقشات التي دارت حوله، قرر ما يلي:

- الاسم التجاري، والعنوان التجاري، والعلامة التجارية، والتأليف والاختراع أو الابتكار، هي حقوق خاصة لأصحابها، أصبح لها في العرف المعاصر قيمة مالية معتبرة لتمول الناس لها. وهذه الحقوق يعتد بها شرعاً، فلا يجوز الاعتداء عليها.
- يجوز التصرف في الاسم التجاري أو العنوان التجاري أو العلامة التجارية، ونقل أي منها بعوض مالي، إذا انتفى الغرر والتدليس والغش، باعتبار أن ذلك أصبح حقاً مالياً.
- حقوق التأليف والاختراع أو الابتكار مصنونة شرعاً، ولأصحابها حق التصرف فيها، ولا يجوز الاعتداء عليها".^{٧٦}

وإذا ثبت أن التمويل مرده إلى العرف والعادة، فلقد أصبح العرف في زماننا يعتبر الحقوق المعنوية حقاً مالياً، وهذه الحقوق كانت موجودة في عصر الإسلام، ولم يطالب الناس بها لعدم اعتيادهم عليها " وهناك فارق كبير بين أن يقر الحق الشرع، وبين أن يقر به القانون الوضعي والذي نشأ في بيئة النظام الرأسمالي، والذي لا يدخل في حسابه أن أحداً يبذل جهده في التأليف لا يبتغي إلا وجه الله والدار الآخرة".^{٧٧} والأمر الآخر أن الحقوق المعنوية حق له وجود خارجي وله مالية معتبرة شرعاً، ذلك أن مثل هذه الحقوق تحتاج إلى جسم تتجسد فيه، وتجعل من صفاته المتكونة في الوعاء المادي مادة تضبط به صفاته، وبغير ذلك أشبه الخيال.

ومن أجل اعتبار مالية الشيء تفريغه بهدف التعريف به، كمن فكر وخطط وكتب، وأراد ترجمة فكره في جسم معين يستطيع محاكمة من يقوم بسرقة ومن أجل الاعتراف بماليته شرعاً وقانوناً، فكيف لمن فكر وتكلم في صناعة طائرة أو إنشاء بناء أو جسر أو برج فباعة دون أن يكون موجود في كتاب يحفظ له حقه، من أجل تمكينه من المعاوضة عليه وحفظه من التعدي عليه من الغير فبدون أن يظهر للفكرة أثر تطبيقي عملي لن يكون للعرف باعتبار ماليته، لكونه بدون قالب مادي يشهد لصاحبه بذلك.

1.1.4.2. مالية حقوق الارتفاق "منفعة مقررة لعقار على عقار آخر مثل حق الشرب، المسيل، المرور، التعلي، والجوار".^{٧٨} مما يقبل الاشتراك، والحق المتقرر في ذلك يجري في المال غير المنقول "تَنَعَّلُ حُقُوقُ الْإِرْتِفَاقِ بِالْعَقَارِ دُونَ الْمُنْقُولِ، فَيَكُونُ حَقُّ الْإِرْتِفَاقِ مُقَرَّرًا دَائِمًا عَلَى عَقَارٍ".^{٧٩} والحق المنتفع به في حقوق الارتفاق، إما أن يكون بين عقارين، أو بين عقار وشخص، وتختلف حقوق الارتفاق بحسب حاجات الناس إليها، بما يفيد الحق العام، أو بذات الشخص بأن يستعمله دون إلحاق الضرر بغيره، وتنشأ حقوق الارتفاق بأسباب متعددة، منها: ٨٤٨

- "الاشتراك العام: كالمرافق العامة من طرقات وأنهار ومصارف عامة.

^{٧٦} مجمع الفقه الإسلامي الدولي، "قرار بشأن الحقوق المعنوية"، [بدون تاريخ]، على الرابط: <https://iifa-aifi.org/ar/1757.html>، تاريخ التصفح

٢ فبراير ٢٠٢٤ م

^{٧٧} أبو عمر، ديبان محمد الدينان، *المعاملات المالية أصالة ومعاصرة*. الرياض: مكتبة الملك فهد، ط٢ (١٤٣٢ هـ)، ١/١٩٢.

^{٧٨} أبو عمر الدينان، *المعاملات المالية أصالة ومعاصرة*، ١/١٦٦.

^{٧٩} وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، *الموسوعة الفقهية الكويتية*، ٤/٢٩٠٥.

• **التقادم:** أن يثبت حق ارتفاق لعقار من زمن قديم لا يعلم الناس وقت ثبوته.

• **الاشتراط في العقود:** كاشتراط البائع على المشتري أن يكون له حق مرور بها".^{٨٠}

أما ثبوت مالية الحقوق لها صورتان، إما أن تثبت مالية الحقوق في عقد المعاوضة تبعاً، وإما بالمعاوضة عنها منفرداً، وإذا أراد شخص بيع حق الارتفاق منفرداً دون ملكية الرقبة اتجاهات الفقهاء مختلفة بالنسبة في جواز المعاوضة عنها أو عدمه.

ذهب الحنفية إلى القول بأن حق الارتفاق تابع للعقار لا يفرد بالبيع، وأن ماليته تثبت تبعاً للأرض والبناء "الحقوق لا تحتل الأفراد بالبيع والشرء".^{٨١} وحجتهم من عدم مالية الحقوق نفس حجتهم في مالية المنافع من كون المال يشترط فيه الإحراز والحقوق والمنافع لا تحاز: "أَنَّ الشَّرْبَ لَيْسَ بِمَالٍ مُتَقَوِّمٍ".^{٨٢} ويرى الحنابلة عدم جواز بيع حق الشرب ليس من قبيل أن الحقوق والمنافع لا يجوز المعاوضة عليها؛ إنما المنع من نهيه ﷺ «عن بيع فضل الماء». ^{٨٣} وعليه اختلف الفقهاء في تأويل هذا النهي بين قائل بعدم جواز بيعه لعموم الحديث، وبين قائل بجواز بيعه، فيرى مشايخ بلخ من الحنفية جواز بيعه "لأنه، حَظٌّ مِنَ الْمَاءِ، وَلِهَذَا يُضْمَنُ بِالْإِتْلَافِ، وَلَهُ قِسْطٌ مِنَ الثَّمَنِ".^{٨٤} وعمل أهل بلخ من قبيل المعرف الخاص، والقول بعدم جواز بيع حق الشرب ليس على إطلاقه فهناك حالات تجوز فيها، وأما النهي الوارد في الحديث "تَحَدَّثُ بِاسْتِنْبَاطٍ أَحَدٍ وَسَعْيِهِ كَمَاءِ الْفَنَى وَالْأَبَارِ وَلَمْ يُحَرِّزْ فِي إِنَاءٍ أَوْ بَرَكَةٍ أَوْ جَدُولٍ مَأْخُوذٍ مِنَ النَّهْرِ".^{٨٥} فالنهي في بيع فضل الماء فيما كان غير محرز، وبغير تعب في تحصيله "ويملك الماء بالنقل والإحراز أو ما في حكمهما فنتبعه أحكام الملك وهو مثلي".^{٨٦} أما ما كان بتعب وسعي ووضعها في مكان خاص به جاز بيعه ويوجه الحديث على النهي قبل حيازته روى أبو عبيد في الأموال عن المشيخة أن النبي ﷺ: «نهى عن بيع الماء إلا ما حمل منه».^{٨٧}

ينقسم حق الشرب باعتبار هذين الحقيين إلى أنواع أربعة:

- ماء العيون والآبار والحياض
- الماء المحرز في أوان خاصة.
- ماء الأنهار العامة. وحكمها أنها لا ملك لأحد فيها لا في الماء ولا في المجرى.
- ماء الأنهار الخاصة كالنهر الذي يجري في ملك شخص ما فحكمها "ليس فيه حق للعامة إلا شربهم لأنفسهم وشرب حيواناتهم مما يفضل بعد أخذ أصحابها حاجتهم منها، وهو حق الشفة، ونفقات النظافة تقع على أصحابه".^{٨٨}

^{٨٠} وهبة الزحيلي، **الفقه الإسلامي وأدلته**، ٢٩٠٣/٤.

^{٨١} الكاساني، **بدائع الصنائع**، ١٨٩/٦.

^{٨٢} شيخ زاده، **مجمع الأنهر**، ٢٤٣/٤.

^{٨٣} مسلم، **صحيح مسلم**، ١١٩٧/٣.

^{٨٤} ابن نجيم، **البحر الرائق**، ٦/٨٨.

^{٨٥} العظيم آبادي، أبو الفضل أحمد بن علي، **عون المعبود**، بيروت: دار الكتب العلمية، ط٢، (١٤١٥هـ)، ٢٦٨/٩.

^{٨٦} الشوكاني، **السييل الجرار**، دار ابن حزم، دم، ط١، ديت، ٦١٠/١.

^{٨٧} أبو عبيد، محمد بن عبد الله، **الأموال**، تحقق: خليل محمد هراس، بيروت: دار الفكر، ديت، ٣٨١/١.

^{٨٨} التويجي، سليمان، **حق الارتفاق داسة مقارنة**، رسالة مقدمة لنيل درجة الدكتوراة جامعة أم القرى مكة المكرمة، إيش، د. محمد شعبان حسين (١٤٠٢هـ/١٩٨٢م) ٥٧.

أما الفرق بين حق المسيل وحق المجري في "أن حق المجري لجلب الماء الصالح للأرض، أما حق المسيل لتصريف الماء غير الصالح عن الأرض أو الدار ونحوها".^{٨٩} كلها حقوق عينية تبعية، وتُعدّ مؤثرة في قيمة العقار واستغلاله.

مالية حق المرور اصطلاح يستخدم للتعبير "أن يكون لشخص حق المرور في أرض شخص آخر".^{٩٠} ويرتبط هذا الحق بممرات النقل، والمرافق، ومناطق البناء، أو استعمال قطعة أرض عامة أو خاصة. ذهب بعض الفقهاء إلى القول بجواز جاء في مدونه الإمام مالك القول بجواز المعاوضة عن حق المرور، عندما سنل فيمن اشترى من رجل ممراً في دار مقصوداً دون رقبة البناء "أيجوز هذا في قول مالك قال: ذلك جائز لهما".^{٩١} فرق الحنفية بين مالية المرور ومالية سائر الحقوق من وجهين:

١. "من حيث المحل والمقدار أي بمعنى أن مالية حق المرور ثابتة على عين معلومة المقدار والمساحة فأجاز بيعها، بينما حق التسبيل مجهول المحل والمقدار الذي يشغله عند جريانه على سطح الأرض فمنع ذلك.

٢. من حيث تعلق الحق ففي حق المرور يتعلق الحق بعين الأرض ومالية حق المرور أخذت بحكم العين المتصلة بها، وأما حق التعليق متعلق بالهواء وليس بعين مال".^{٩٢} أي أن الهواء لا يمكن إحرازه وقبضه والأصل أن البيع في حق التعليق ليس لمادة الهواء، إنما لسطح البناء من أجل الانتفاع به.

مالية حق التعليق "حق القرار الدائم أو الاستناد لصاحب الطبقة العليا، على الطبقة السفلى، والانتفاع بسقوفها، مثل الملكية المشتركة للطوابق الحديثة".^{٩٣} فكل ما ثبت لعقار ما على عقار آخر من الأمور المنتفع بها، مما يقبل الاشتراك يسمى حق التعليق "ثابت لصاحبه وله التصرف فيه بعوض وبدونه بحسب ما تقتضيه الأحكام المنظمة له".^{٩٤} يرى الحنفية أن حق متعلق بالهواء لا بعين حتى أنهم يدخلون ماليته في البيع الفاسد؛ لأنه على شرف الهلاك "حقّ التعلّي يتعلّق بعينٍ لا تبقى، وهو البناء فأشبهه المنافع".^{٩٥} فيرون بأن مالية حق التعليق، كمالية المنافع غير مقدورة إحرازه، وهذا ينافي شرط المالية عندهم.

1.1.4.3. قابلية الحقوق للمعاوضة الأولى ما لا يقبل المعاوضة والمصالحة، والثاني ما يقبل المصالحة ولا يقبل المعاوضة، ففي الأول كحق الشفعة فلا يجوز الاعتياض عنها ولا الصلح؛ لأن الحق ليس ثابت بالأصل بل لدفع الضرر، فإذا تنازل الشفيع عن هذا الحق ظهر أنه لا ضرر عليه في البيع الذي كان سبباً لثبوت حقه "ثبوت حق الشفعة للشفيع... لا يصح الصلح عنه، لأن صاحب الحق لما رضي علم أنه لا يتضرر بذلك، فلا يستحق شيئاً".^{٩٦} وأما فيما يقبل المصالحة ولا يقبل المعاوضة تكون ثابتة لمالكها أصالة كحق الميراث، فأصل الحق غير قابل للمعاوضة كبيع حق الإرث لرجل آخر وسبب المنع أن الشرع هو من أثبت له الحق ولشخص مخصوص بصفة مخصوصة.

^{٨٩} وَهَبَةُ الرَّحِيلِيِّ، **الْفَقْهُ الْإِسْلَامِيُّ وَأَدَلَّتُهُ**، ٦ / ٤٦٧٦.

^{٩٠} شلبي، محمد مصطفى، **المدخل إلى الفقه الإسلامي**، بيروت: الدار الجامعية، ط ١٠ (١٤٠٥هـ/ ١٩٨٥م) ٣٦٢.

^{٩١} الإمام مالك، مالك بن أنس بن مالك، **المدونة**، دار الكتب العلمية، د.م، ط ١ (١٤١٥هـ/ ١٩٩٤م) ٢٦٦ / ٤.

^{٩٢} ابن الهمام، كمال الدين محمد بن عبد الواحد، **فتح القدير**، بيروت: دار الفكر، د.ت ٦ / ٤٦٠.

^{٩٣} وَهَبَةُ الرَّحِيلِيِّ، **الْفَقْهُ الْإِسْلَامِيُّ وَأَدَلَّتُهُ**، ٦ / ٤٦٧٨.

^{٩٤} مجمع الفقه الإسلامي الدولي، "قرار بشأن حقوق الارتفاق وتطبيقاته المعاصرة في الأملاك المشتركة"، قرار رقم ١٧١ (٩/١٨)، الدورة الثامنة

عشرة، ١٤ يوليو ٢٠٠٧م، على الرابط: <https://iifa-aifi.org/ar/1757.html> تاريخ التصفح ٩ أكتوبر ٢٠٢٣م.

^{٩٥} ابن نجيم، **البحر الرائق**، ٦ / ٨٩.

^{٩٦} ابن عابدين، **رد المحتار**، ٤ / ٥٢٠.

1.2. أقسام المال

ينقسم المال، في نظر الفقهاء الإسلامي، باعتبارات مختلفة، إلى أقسام عديدة يختلف بعضها عن بعض في أوصافها وطبيعتها وقابليتها لمعرفة اكتسابه والتعامل به، وتختلف تبعاً لذلك الأحكام الشرعية التي تتعلق بها. ففي باب الزكاة، درج الفقهاء على تقسيم المال باعتبار الخفاء والظهور إلى قسمين: الأموال الظاهرة، وهي السائمة والحبوب والثمار، والأموال الباطنة، وهي الأثمان وعروض التجارة. ويمكن تقسيم المال إلى أصناف متعددة تبعاً للحكمة من كل تصنيف، سواء للدراسات الشرعية أو الاقتصادية أو القانونية، وأهمها ما يلي:

1.2.1. المتقوم وغير المتقوم

يقسم المال باعتبار ما له من حماية وحرمة وصلاحية للانتفاع إلى مُتَقَوِّم، وغير مُتَقَوِّم، وهو وحده الذي يصلح أن يكون مجاًلاً للمعاملات المالية، جاء على ألسنة فقهاء الحنفية المتقوم: "أَلْمَالُ الْمُتَقَوِّمُ يُسْتَعْمَلُ فِي مَغْنَيْنِ: الْأَوَّلُ: مَا يُبَاخُ الْإِنْتِفَاعُ بِهِ بِمَعْنَى الْمَالِ الْمُحَرَّرِ".^{٩٧} أن يبيح الشارع الانتفاع بالمال، ليُخرجوا ما لا يحل الانتفاع به، والحياسة الفعلية.

"تظهر ثمرات هذا التقسم إلى متقوم وغير متقوم:

☒ **الضمان وعدمه** فمن اعتدى على مالٍ متقومٍ فأصابه تلف لزمه الضمان لمالكه، وإذا كان غير المال متقوم

كخمر أو خنزير، وأتلفه إنسان لا يلزم متلفه ضمان لعدم تقومها فالحماية عليه هدر.

☒ **صحة العقود وبطلانها** فالمال المتقوم يصح التصرف فيه بالبيع، والهبة، والوصية، والرهن والشركة وغير

ذلك من سائر التصرفات الشرعية وغير المتقوم يعتبر كل تصرف باطلاً".^{٩٨}

ورد إهدار حرمة المال غير المتقوم قال رسول الله ﷺ: «أَنْ اللَّهَ إِذَا حَرَّمَ أَكْلَ شَيْءٍ، حَرَّمَ ثَمَنَهُ». ^{٩٩} فيعتبر مصطلح التقوم الشرط الأساسي في عدّ المعاملات صحيحة في جميع العقود وإجازة التصرف الشرعي به، فالشئ إذا لم يكن مباح الانتفاع به شرعاً فليس بمال أصلاً "لأن المعدوم شرعاً كالمعدوم حساً".^{١٠٠}

ينبّه: على أن المال المتقوم قد تكون حرمة ذاتية، كالخمر والخنزير، أو تكون حرمة غير ذاتية، مثل ما اكتسب بطريق غير مشروع كالمال المغصوب والمسروق. وعليه، يمكن القول بأن تمول الناس للمال على إطلاقه لا يجعل منه ذات قيمة مالية فيما بينهم، لأن الشرع حظر التعامل بأشياء مخصوصة، كالخمر، والخنزير، وجلود الميتة، ولحومها من المحرمات. فالخمر ذات قيمة مالية عند مستحليه، لكن الإسلام ينفي صفة المالية بسبب فقدان بعض العناصر المكونة للمال شرعاً. لذا، كان من الواضح على المسلم أن يحرم عليه اعتبار هذه المحرمات رزقاً أو كسباً بمعنى مادة استهلاك أو مادة استثمار، والإسلام نفي القيمة المالية وامتنع التصرف فيها بيعاً وشراءً. ويستنتج من عدم الاعتبار أن هذه المحرمات غير قابلة للملكية، وكما يستنتج بعدم اشتراط أن تكون

^{٩٧} لجنة مكونة من علماء وفقهاء في الخلافة العثمانية، **مجلة الأحكام العدلية**، ٣١/١.

^{٩٨} الرابطة المحمدية للعلماء، **الظريّة المال في الشريعة الإسلامية** : تحديث، [بدون تاريخ]، على الرابط: <https://www.arrabita.ma/blo> /نظرية.

المال-في-الشريعة-الإسلامية-تحديث/، تم الدخول في ١٣ أكتوبر ٢٠٢٣ م.

^{٩٩} أحمد بن حنبل. **المسند**، تحق: السيد أبو المعاطي النوري، بيروت: عالم الكتب، ط١، (١٤١٩هـ/١٩٩٨م)، ١/٢٩٣.

^{١٠٠} عليش، **منح الجليل شرح مختصر خليل**، ٤/٤٣١.

الأشياء مملوكة بالفعل لا اعتبارها أموالاً، بل بمجرد قابليتها للملكية يعتبر كافياً لإضفاء هذا الحكم عليها. فالطير في الهواء، والسماك في الماء، والمعادن قبل استخراجها، تعتبر أموالاً بمجرد أنها قابلة للملكية، وإن لم يحصل امتلاكها الفعلي.

1.2.2. المثلي والقيمي

المال المثلي: كثير من المعاملات المالية يحكمها الحل والحرمة، بناء على مثليه المال، أو قيمته وسمي المال المثلي نسبة إلى المثل وتساوي قيمة أجزائه قال الله ﷻ: ﴿وَيَذْهَبَا بِطَرِيقَتِكُمُ الْمُثْلَى﴾.^{١٠١} ومن المبادئ المقررة منذ عهد الرومان أن الجنس لا يهلك، وأكثر ما وردت لفظ المثل في روايات القرض، فإذا هلك لا يفسخ معه العقد لوجود مماثل له، والمال المثلي من الأموال المنقولة التي أساس تفاوت القيم بين أفراد الصنف الواحد منها إنما هو في الكميات والمقادير، وكلها مما يخضع للمقياس في كميته لتقدير قيمته "كل ما يوجد له مثل في السوق بلا تفاوت يعتد به، كالكميل، والموزون، والنقود".^{١٠٢} فالكمية في كل شيء، إما أن تقاس وتقدر بالثقل وزناً، وإما بالحجم كيلاً، وإما بالأحاد عدداً، وإما بطول المسافة ذرعاً أو متراً أو سواهما من المقاييس الطولية، فإذا هدم الحائط، لزم متلفة إعادته، لا قيمته، فالمثلي عند الحنفية "كل ما تضبطه هذه المقاييس الأربعة من الكيل والوزن والعد والذرع تنحصر في أربعة:

١. المكيات التي تقدر بالكيل كالحبوب، وبعض أنواع الزيوت وغيرها.
٢. الموزونات التي تقدر بالوزن، كالسمن، الذهب، الفضة، والتمر وغيرها.
٣. الذرعات وهي الأموال التي تقاس بالذراع، كالأقمشة والسجاد وفي حال "تفاوتت أجزاء المذروع كالنسيج غير المتماثل الأجزاء وكالأراضي، يصبح المال قيمياً لا مثلياً".^{١٠٣}
٤. "العدييات المماثلة أو المتقاربة وهي التي لا يكون بين أحادها فرق كبير يعتد به مما تباع بالعدد بسعر واحد، ومن صنف واحد واعتبرت العدييات المتقاربة من المثليات على الرغم من احتمال وجود تفاوت بين أفرادها وأحاديها؛ لأنه تفاوت جزئي لا تأثير له على أثمانها، كالبيض، والجوز، والبرتقال، والنقود والأقلام، والدفاتر، والأواني الزجاجية المتماثلة وغيرها".^{١٠٤}

أما إذا تفاوتت أفرادها في الحجم بحيث يكون لكل منها قيمة تختلف عن الآخر، كالبطيخ والملفوف ونحوهما، فإنها عندئذ إذا كان العرف على بيعها بالعدد كانت قيمية، والمذهب الحنفي على أن الأموال غير المنقولة من الأموال القيمية وليست المثلية لأن أفراد المال القيمي ولو من نوع واحد غير متماثلة، ولكل واحد منها صفة وقيمة معينة".^{١٠٥}

المال القيمي: نسبة إلى القيمة هو ما تتفاوت أحاده تفاوتاً يعتد به، وعرف شرعاً "ما لا يوجد له مثل في السوق، أو يوجد لكن مع التفاوت المعتد به في القيمة".^{١٠٦} أو لا تتفاوت، ولكن لا نظير لها في مجال التجارة كالعقارات من الأرض، والحيوانات بجميع أنواعها، والأحجار الكريمة من الماس، والياقوت، والكتب المطبوعة إذا نفذت، والآثار القديمة والقيمة تختلف عن الثمن من جهة

^{١٠١} طه ٦٣/١٦.

^{١٠٢} أبو عمر الدُّبَّان، *المُعَامَلَاتُ الْمَالِيَّةُ أَصَالَةٌ وَمُعَاوَرَةٌ*، ١٨/١٧٩.

^{١٠٣} وَهْبَةُ الرَّحِيلِيِّ، *الْفَقْهُ الْإِسْلَامِيُّ وَأَدْلَتُهُ*، ٤/٢٨٨٥.

^{١٠٤} وَهْبَةُ الرَّحِيلِيِّ، *الْفَقْهُ الْإِسْلَامِيُّ وَأَدْلَتُهُ*، ٤/٢٨٨٥.

^{١٠٥} وهبة الزحيلي، *الْفَقْهُ الْإِسْلَامِيُّ وَأَدْلَتُهُ*، ٤/٢٨٨٦.

^{١٠٦} البرككتي، محمد عميم الإحسان المجددي، *التعريفات الفقهية*، دار الكتب العلمية، إعادة صف للطبعة القديمة في باكستان، ط١ (١٤٠٧هـ/١٩٨٦م) (١٤٢٤هـ/٢٠٠٣م) ١/١٧٩.

أن الثمن ما تراضى عليه المتعاقدان، والقيمة ما قدره أهل السوق. وللفقهاء تعاريف: "مَا لَا يُوجَدُ لَهُ مِثْلٌ فِي السُّوقِ، أَوْ يُوجَدُ، لَكِنْ مَعَ التَّفَاوُتِ الْمُعْتَدِّ بِهِ فِي الْقِيَمَةِ".^{١٠٧} وفرق أهل اللغة بين المساواة والمماثلة، قَالَ ابْنُ بَرِّي: "أَنَّ الْمُسَاوَاةَ تَكُونُ بَيْنَ الْمُخْتَلِفِينَ فِي الْجِنْسِ وَالْمُتَّفَقِينَ، لِأَنَّ النَّسَاوِي هُوَ التَّكَافُؤُ فِي الْمِقْدَارِ لَا يَزِيدُ وَلَا يَنْقُصُ، وَأَمَّا الْمُمَائِلَةُ فَلَا تَكُونُ إِلَّا فِي الْمُتَّفَقِينَ".^{١٠٨}

الآثار المترتبة على تقسيم المال إلى مثلي وقيمي:

١. "الضمان: إذا تعدى شخص على مال غيره فأتلفه، فإن كان المال مثلياً، وجب مثله ما دام موجوداً في السوق، أما إذا انقطع المثل من أيدي الناس فتجب القيمة لتعذر رد المثل، وأما إن كان المال قيمياً، كالحايوان والأواني المصوغة، فيجب قيمته يوم التعدي عليه" أن المثلي في حال الإتلاف والضمان يجب رده بالمثل، والقيمي بالقيمة".^{١٠٩}
٢. "الثبوت في الذمة: يصح دينا متعلقاً بالذمة، فيجب على الملتزم به وفاء دينه من أي الأموال المماثلة لما التزم به جنساً وصفة، أما إذا كان المال قيمياً، فإنه لا يقبل الثبوت في الذمة، بل يثبت بعينه لا مثل له.
٣. "القسمة: تدخل القسمة جبراً في المال المثلي المشترك، ولكل شريك أخذ نصيبه في غيبة الآخر دون إذن، أما القيمي، فلا تدخل فيه القسمة الجبرية.
٤. "القيمي والمثلي القابل للقرض فالسلع القيمية من العقارات، والآلات، والسيارات "قابلة للإجارة.. والسلع المثلية هي السلع القابلة للقرض كالنقود والقمح... إلخ".^{١١٠}
٥. رد العين في أموال القيمية ترد قيمته يوم قبضه، بخلاف غيره؛ من الأموال المثلية قد يتغير سعره بين يوم عقد القرض، وبين قبضه بعد ذلك بيوم أو يومين مثلاً.

ملاحظة: أن قاعدة المال القيمي والمثلي كثيرة في كتب الفقه ومسألة، لكن الفقهاء لم يعتمدوا على نظرية واحدة فيما بينهم، إنما المرجع في ذلك هو تحقيق العدالة ورفع النزاع، وهناك كثير من الاستثناءات في كتب الفقه من الاعتداد بالمال القيمي في مقابلة المثلي والعكس وتعريفهم هو مجرد اصطلاح لهم ورأي عندهم من أن المال القيمي يرد بقيمته والمثلي بمثله "وَلِهَذَا كَانَ مَنْ أَوْجَبَ الْمِثْلَ فِي كُلِّ شَيْءٍ بِحَسَبِ الْإِمْكَانِ مَعَ مَرَاعَاةِ الْقِيَمَةِ أَقْرَبَ إِلَى الْعَدْلِ مِمَّنْ أَوْجَبَ الْقِيَمَةَ مِنْ غَيْرِ الْمِثْلِ".^{١١١}

^{١٠٧} علي حيدر أفندي، *درر الحكام في شرح مجلة الأحكام*، تعريب: فهمي الحسيني، دار الجيل، د.م، ط ١ (١٤١١هـ/١٩٩١م) ١/٢٢١.

^{١٠٨} ابن مكرم، *لسان العرب*، ٦١٠/١١.

^{١٠٩} داغي، علي محيي الدين القره، *قاعدة المثلي والقيمي في الفقه الإسلامي*، بيروت: دار البشائر الإسلامية، (١٤٠٣هـ/١٩٨٣م)، ٨١.

^{١١٠} مجلة مجمع الفقه الإسلامي التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي، تصدر عن منظمة المؤتمر الإسلامي- جدة، ١٤، ٢٠٣/٦.

^{١١١} ابن تيمية، *مجموع الفتاوى*، تحقق: عبد الرحمن بن محمد بن قاسم، المدينة المنورة: مجمع الملك فهد لطباعة المصحف الشريف، (١٤١٦هـ/١٩٩٥م) ٣٥٢/٢٠.

1.2.3. النامي وغير النامي

الأموال صالحة لتكون محلًا للنماء بواسطة العمل الإنساني، ليكون وحدة قابلة للزيادة والتنمية. وشجع الإسلام على تنمية الأموال، والمنع من اكتناز المال، ودفعه من خلال فريضة الزكاة إلى تنمية ماله، ففي كل حول أوجب دفع الزكاة، ليكون حافزاً لمن يكتنز المال فينقله إلى ساحة الحركة والعمال. وهذه الغاية التي نادى بها الإسلام غاية اقتصادية محضة، لأن تعطيل جزء من المال عن مهمته الأصلية يشكل شللاً وحرماناً للمجتمع من حق ذلك المال. وخوفاً من هذا الحرمان، شرع الإسلام الزكاة كمخرج شرعي حتى لا يبقى جزء من المجتمع معزولاً عن الاستفادة من ثرواته. ولتنقسم المال إلى نامٍ وإلى غير نامٍ أثر كبير في أحكام الزكاة، كونه يساعد في تحديد وعاء الزكاة أو الأموال الخاضعة للزكاة. نَمَى المال "يُنْمَى نَمَاءً، وَرُبَّمَا قَالُوا: يَنْمُو نُمُوًا زَيْادَةً".^{١١٢} وأشار الحنفية إلى هذا النوع من الأموال "الْمَالُ النَّامِي نَعْنِي بِهِ كَوْنُ الْمَالِ مُعَدًّا لِلِاسْتِنْمَاءِ بِالتَّجَارَةِ أَوْ بِالْإِسَامَةِ".^{١١٣} أما المالكية قسموا المال النامي بحسب مصدره إلى ربح، وغلة، وفائدة وهو أحد إبداعاتهم، وأصله في مدونة الإمام مالك في "باب زكاة الفوائد فرّق فيه بين الفائدة، والربح، والغلة".^{١١٤}

نماء الأموال النقدية: ويقصد به أن الأموال النقدية لا يؤخذ عليها فائدة مقابل الانتفاع بها، لأن الفائدة تعتبر رباً محرم إذا النقود لا توفر المال إلا بتفاعله مع عوامل الإنتاج، فيحتاج إلى طريق تشغيل مع عوامل إنتاج أخرى.

نماء العروض: قسمين نماء عروض القنية: وهو نماء ناتج من عروض القنية للاستخدام ويسمى بالفائدة، إذ نماء عروض القنية هو (الفائدة) ونماء عروض التجارة على نوعين:

☒ **النماء المتصل:** "ما كان جزءاً من الشقص لا ينفصل عنه مع الاستفادة منه".^{١١٥} وهو ينتج من عوامل التقليب والمخاطرة ويسمى الربح، إذا النماء المتصل لعروض التجارة هو (الربح). مرتبط المال غير المنقول من حيث الأحكام والآثار.

☒ **النماء المنفصل:** وهو ينتج من الأصول المعدة للتجارة قبل بيعها. في القاعدة الثَّانِيَّةُ وَالْثَّمَانُونَ: "النَّمَاءُ الْمُنْفَصِلُ تَارَةً يَكُونُ مُتَوَلِّدًا مِنْ عَيْنِ الدَّاتِ، وَتَارَةً يَكُونُ مُتَوَلِّدًا مِنْ غَيْرِهَا".^{١١٦} مثل لبن وصوف الغنم المعد للتجارة، وثمار النخل المشتري للتجارة ويسمى الغلة، إذ نماء عروض التجارة المنفصل هو (الغلة) أو كأن تكون العين المتعاقد عليها داراً فأجرها المشتري، أو سكنها فترة من الزمن، وفائدة بيان النماء المتصل، والمنفصل في كون النماء هل وقع في أثناء ملك المشتري أم كان بعد ذلك، فإذا استغل المشتري المبيع وجوب عليه بيان ذلك بالأخص في بيع المرابحة، وهذا ما ذهب إليه الفقهاء "أن العقد الأول قد تناول هذه الغلة وقابله قسط من الثمن، فوجب إسقاط ما قابله".^{١١٧} متولد من أصل غير منقول وبعد الفصل يعامل معاملة المال المنقول.

^{١١٢} الزبيدي، محمد مرتضى الحسيني، تاج العروس، د.م: دار الهداية، دط، دبت، ٤٠ / ١٣١.

^{١١٣} الكاساني، بدائع الصنائع، ١١ / ٢.

^{١١٤} مالك، المدونة، م.س، ٣١٦ / ١.

^{١١٥} اللاحم، عبد الكريم بن محمد، المطلع على دقائق زاد المستقنع، الرياض: دار كنوز إشبيلية للنشر والتوزيع، ط١ (١٤٢٩هـ/٢٠٠٨م)، ٧٠ / ٥.

^{١١٦} ابن رجب، عبد الرحمن بن أحمد، القواعد الفقهية، د.م: دار الكتب العلمية، دط، دبت، ١٦٣ / ١.

^{١١٧} منظمة المؤتمر الإسلامي، مجلة مجمع الفقه الإسلامي التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي، جدة، دبت، ٧٥٣ / ٥.

فدوران المال، أي (التداول)، بأن يكون المال متناقلًا بين أيدي الناس استثمارًا واستهلاكًا، هو ما حث عليه الإسلام، وذم الإسلام كنز المال عن التداول فيما بين الناس بحيث يصبح المال مدخرًا كالمال المدفون لا يُشغل، ولا يُستثمر، ولا تُؤدى زكاته، لأن كنز المال تعطيل لوظيفة المال، وتقويت لمصلحة الأمة. والحاجة الأصلية هي مناط التفريق بين المال النامي وغير النامي، قال ابن عابدين: "فَسَرَ الْمُشْغُولَ بِالْحَاجَةِ الْأَصْلِيَّةِ فَقَالَ وَلَيْسَ فِي دُورِ السُّكْنَى، وَثِيَابِ الْبَدَنِ، وَأَثَاثِ الْمَنَازِلِ، وَدَوَابِّ الرُّكُوبِ، وَعَبِيدِ الْخِدْمَةِ، وَسِلَاحِ الْإِسْتِعْمَالِ زَكَاةٌ؛ لِأَنَّهَا مُشْغُولَةٌ بِحَاجَتِهِ الْأَصْلِيَّةِ، وَلَيْسَتْ بِنَامِيَّةٍ".^{١١٨} وعليه، لا يتعلق بها حق اجتماعي أي فرض الزكاة، وإذا كانت هذه الأشياء زائدة عن حاجته الأصلية، وضع له الإسلام أيضًا مخرجًا لتنمية ماله، فإذا تركها دون تنمية أو تشغيل اعتُبرت أموالًا معطلة تجب فيها الزكاة، أو أن يُجرها ويتم استغلالها في إخراج منها رأس مال نقدي.

1.2.4. نقود وعروض يقسم المال إلى نقود ويسمى بـ (رأس مال نقدي) وعروض (رأس مال عيني) قسم الفقهاء المال بالنظر إلى اتصافه بالتقديّة إلى قسمين: نقود، وعروض، والعروض جَمْعُ عَرْضٍ "وَهُوَ غَيْرُ الْأَثْمَانِ مِنَ الْمَالِ، عَلَى اخْتِلَافِ أَنْوَاعِهِ، مِنْ النَّبَاتِ وَالْحَيَوَانَ وَالْعَقَارِ وَسَائِرِ الْمَالِ".^{١١٩} ويستخدم هذا المال في عملية المبادلة بين السلع والخدمات، وهو نوعين نقود مطلقة ذهب وفضة، ونقود مقيدة كالأوراق البنكنوت مال مقصود منه الانتفاع: أي كونه اعد للانتفاع به وهو العروض وقد تكون عروض قنية ثابتة: للاستخدام والانتفاع بها "عروض قنية (أصول ثابتة) مما لا يحتاجه حاجة أصلية".^{١٢٠} أو عروض التجارة المتداولة "كل ما أعدّه مالكة للبيع والشراء والمتاجر".^{١٢١} فالبيوت والأراضي، وكل ما يتعلق بالأموال غير المنقولة هي أموال مقصود منها الانتفاع من كونها أعدت للانتفاع، ووسيلة للتبادل بين الناس لكونها ثمنًا لها.

1.2.5. الظاهر والباطن تقسم الأموال التي تجب فيها الزكاة إلى أموال ظاهرة وأموال باطنة ولكل قسم اعتبارات فقهية خاصة به، ولهذا التقسيم أثر في بعض المسائل، منها مسألة ضمان الرهن، فالرهن على قسمين: مضمونة وغير مضمونة، ومسألة العارية على ضربين: مضمونة وغير مضمونة، ومسألة الزكاة والأحكام والمسائل المبنية في مسائل الزكاة حسب تصنيف الأموال بين ظاهرة وباطنة.

☒ المال الظاهر: سمي بذلك لظهوره وبرزوه للناس، ولم يرد مصطلح الأموال الظاهرة والباطنة في الكتاب والسنة، ولا في عصر الصحابة، ولكن درج الفقهاء على استعماله في مصنفاتهم "المال الظاهر كَزَرْعٍ وَثَمَرٍ وَمَاثِيَةٍ وَالْمَعَادِنِ".^{١٢٢} والمال الباطن لا يراه الناس كالذهب المدفون في الأرض، وقد اعتمد الفقهاء مثل هذه التقسيمات لجعل ضابطًا في المسائل وأهم المسائل، وأكثرها بحثًا زكاة الأموال الظاهرة، ولكثرة الأحكام المبنية عليها. عرف الحنفية المال الظاهر بأنه: "الذي يأخذ زكاته الإمام ويشمل السوائم، وما فيه العشر، والخراج، وما يمر به على العاشر".^{١٢٣} وتظهر ثمره هذا التقسيم في ولاية الأخذ من مال الزكاة، فالدولة تجبي زكاة الأموال الظاهرة، وتترك زكاة الأموال الباطنة إلى أصحابها، وقد فصل الكاساني فيمن له الحق بالمطالبة بأداء الواجب، وبين تقسيم المال في ذلك، فقال: "مَالُ الزَّكَاةِ

^{١١٨} ابن عابدين، رد المحتار، م، ج ٢، ص ٢٦٢.

^{١١٩} ابن قدامة، عبد الله بن أحمد، المغني، القاهرة: مكتبة القاهرة، د.م (١٣٨٨هـ/١٩٦٨م)، ٥٨/٣.

^{١٢٠} الغفيلي، عبد الله بن منصور، نوازل الزكاة: دراسة فقهية تأصيلية لمستجدات الزكاة، الرياض: دار الميمان، ط ١، (١٤٣٠هـ/٢٠٠٩م)، ٦٨/١.

^{١٢١} الجريسي، خالد بن عبد الرحمن بن علي، إدارة الوقت من المنظور الإسلامي والإداري، د.م: د.ب.ت، د.ت، ٢٨/١.

^{١٢٢} السيوطي، مصطفى بن سعد بن عيده، مطالب أولى النهي في شرح غاية المنتهى، د.م: المكتب الإسلامي، ط ٢، (١٤١٥هـ/١٩٩٤م)، ٢/١٢٩. النووي، يحيى بن شرف، المجموع شرح المذهب، د.م: دار الفكر، د.ت، ١٦٤/٦.

^{١٢٣} أبو حبيب، سعدى، القاموس الفقهي لغة واصطلاحًا، دمشق: دار الفكر، ط ٢، (١٤٠٨هـ/١٩٨٨م)، ١/٣٤٤.

نَوَّعَان: ظَاهِرٌ وَهُوَ الْمَوَاشِي، وَالْمَالُ الَّذِي يُمَرُّ بِهِ التَّاجِرُ عَلَى الْعَاشِرِ، وَبَاطِنٌ، وَهُوَ الذَّهَبُ، وَالْفِضَّةُ، وَأَمْوَالُ التَّجَارَةِ فِي مَوَاضِعِهَا".^{١٢٤} ما يتعلق بالدين من مال الزكاة قال السرخسي: "كان البلخي - رحمه الله - يفرق على أصل زفر رحمه الله بين دين الزكاة على الأموال الظاهرة والباطنة".^{١٢٥} فحق مطالبة المال لما هو ظاهر من الأموال كدين العباد بخلاف الأموال الباطنة.

❏ **المال الباطن:** ما أمكن إخفاؤه، من الذهب والفضة وتعرف الأموال الباطنة: "بأنها النقد وعروض التجارة وزكاة الفطر".^{١٢٦} واتجه بعض الباحثين المعاصرين إلى عدم اعتبار عروض التجارة من الأموال الباطنة كالدكتور يوسف القرصاوي "ربما أصبحت عروض التجارة في عصرنا أشد ظهوراً وبروزاً للفقراء وغيرهم من الأنعام والزروع".^{١٢٧} وعلى كلا التعريفين هناك اعتراضات وتساؤلات يبدو من خلالها، أن هذا التقسيم ظهر وشاع قديماً لمعرفة ما هي الأموال التي يجوز لولي الأمر جباية زكاتها بالقوة وجبراً؟

والتفريق بينها وبين الأموال الموكلة لأمانة صاحبها في إخراج زكاتها يُعرف ذلك من اتفاق جمهور الفقهاء على أن أداء زكاة الأموال الباطنة مفوض إلى أربابها، والتفصيل في الأموال الظاهرة. ثم إن تقدير وجوب الزكاة بالمال الظاهر والباطن في نفسه أمر نسبي، ولا يعتمد عليه خاصة في العصر الحديث، إذا ما أردنا إدراج المسائل العصرية تحت هذا التقسيم، مثل الأرصدية الحسابية وشركات المساهمة العامة التي في المصارف، والتي تعد بالنسبة لصاحبها مآلاً باطنياً، وهي في الوقت نفسه بالنسبة للمصرف مال ظاهري. يظهر فائدة هذا التقسيم في أداء الزكاة "إن الدين يمنع الزكاة في الأموال الباطنة، ولا يمنع في الظاهرة".^{١٢٨} وابن القيم بين أن الزكاة لا تجب إلا في المال الظاهر، "لأنه ليس من عادة الصحابة الكرام مطالبة أهل الزكاة بأداء المال الباطن والفرق بين الأموال الظاهرة والباطنة أن تعلق الزكاة بالظاهر أكد؛ لظهورها وتعلق قلوب الفقراء بها".^{١٢٩}

1.2.6. الاستهلاكي والاستعمالي من الأمور التي تناولتها الشريعة الإسلامية، تمييزها بين طبيعة المال فهناك أموال مخصصة للاستعمال، وأموال مخصصة للاستهلاك، ومن قرأنا للمال الاستعمالي يتبادر إلى ذهننا أن "الأموال التي تبقى مع استعمالها، كالأشجار، العقارات، السيارات، الأفلام، والأثاث ونحوها".^{١٣٠} يطلق بعض الفقهاء على هذين النوعين أحياناً بالمال بحسب بقاء عينه، أو عدم بقاءه فالمال الاستهلاكي "هو الذي لا يمكن الانتفاع به إلا باستهلاك عينه".^{١٣١} والاستعمالي ما ينتفع به لأكثر من مرة مع بقاء عينه كالأرض، الثياب، والخيل، فالعقارات من الأراضي، المباني، والشقق السكنية هي أموال استعمالية، وليست أموال استهلاكية التي تهلك بمجرد استعمالها وإن ترتب مع مرور الزمن نقص أو تلف فهي أموال استعمالية، والتميز بينهما يوصلنا إلى أن الأموال الاستهلاكية لا ترد عليها بعض العقود كالإجارة، والإعارة، والحقوق كحق الارتفاق، بينما ترد على

^{١٢٤} الكاساني، *بدائع الصنائع*، ٣٥/٢.

^{١٢٥} السرخسي، *المبسوط*، ٣٠٥/٢.

^{١٢٦} ابن حجر الهيتمي، أحمد بن محمد، *المنهاج القويم*، د.م: دار الكتب العلمية، ط١، (١٤٢٠هـ/٢٠٠٠م)، ٢٤٠/١.

^{١٢٧} القرصاوي، يوسف، *فقه الزكاة*، بيروت: مؤسسة الرسالة، ط٢، (١٣٩٣هـ/١٩٧٣م)، ١٠٨/١.

^{١٢٨} العمراني، محمد، *البيان في مذهب الإمام الشافعي*، تحقيق: قاسم محمد النوري، جدة: دار المنهاج، ط١، (١٤٢١هـ/٢٠٠٠م)، ١٤٧/٣.

^{١٢٩} ابن قدامة، *المغني*، م.س، ٦٨/٣.

^{١٣٠} داغي، علي محيي الدين القرعة، *المال في الإسلام: دراسة فقهية تأصيلية*، بحث مقدم للدورة الثامنة عشرة للمجلس، باريس، جمادى الثانية-رجب،

(١٤٢٩هـ/٢٠٠٨م)، ١٠.

^{١٣١} وَهْبَةُ الرَّحِيلِي، *الفقه الإسلامي وأدلته*، م.س، ٢٨٩١/٤.

الأموال الاستعمالية، أما معيار تقسيم الأموال إلى استهلاكي، واستعمالي يرجع إلى طبيعة الشيء ذاته، فالحقوق التي يكون فيها إلزام صاحب الحق عند زوال حقه أن تُرد عليه عين ما استعمل لا تكون، إلا في الأشياء القابلة للاستهلاك.

وقد دلت عبارات الفقهاء على هذا النوع من الأموال عند ذكرهم لأحكام العارية "أن يكون منتفعاً مع بقاء عينه".^{١٣٢} وهذا مقصدهم بالاستعمالي ويسمى الاقتصاديون "المال الاستعمالي بالسلع المعمرة (Durable Goods)"^{١٣٣}، والمال الاستهلاكي بقاء الأجزاء بحيث لا يبقى للعين المستهلكة جرم في الوجود كالطعام والشراب" وَلَا يجوز إِعَارَة الْأَطْعَمَة الَّتِي مَنَفَعَتَهَا فِي الْإِسْتِهْلَاكِ".^{١٣٤}

تظهر آثار هذا تقسيم المال غير المنقول إلى مال استهلاكي واستعمالي من حيث قابلية هذين النوعين لبعض العقود والحقوق وعدم قابليتها للبعض.

- الأموال في الإعارة تكون في الاستعمالي، لأنها منفعة دون مقابلة عوض، فيشترط فيها الانتفاع مع حفظ عينها.
- النقود أموال استهلاكية، واستهلاكها ليس بقاء أصلها، إنما "بخرجها من يد مالكيها، وإن كانت أعيانها باقية بالفعل".^{١٣٥}
- الأموال في الإعارة تكون في الاستعمالي، لأنها منفعة دون مقابلة عوض، فيشترط فيها الانتفاع مع حفظ عينها.
- يشترط في الإجارة، الإعارة، الوديعة أن تكون من الأموال الاستعمالية التي ترد عليه المنفعة، أما في الأموال الاستهلاكية كالنقود لا تصح إيجارها، لأنها أموال استهلاكية "لأنَّ مَنَفَعَةَ الدَّرَاهِمِ بِإِزَالَتِهَا عَنِ الْمَلِكِ وَمَنَفَعَةُ الْمَأْكُولِ بِالْإِسْتِهْلَاكِ".^{١٣٦}
- يصح أن ترد العقود على كلا النوعين من الأموال في عقود المعاوضات والأمانات، ذلك إن لم تحدد طبيعة الحاجة نوعية المال. فيصح "أن يرد على كلا النوعين الاستعمالي والاستهلاكي كالبيع والإيداع".^{١٣٧} بشرط تحديد هدف الحاجة؛ فمن اشترى بيتاً فغرضه الاستعمال والانتفاع بالعين، ومن يشترى طعاماً فغرضه الاستهلاك.

1.2.7. الضمان والمرجو قسم الفقهاء المال بالنظر إلى رجاء صاحبه في عوده إليه بعد زوال يده بالمال المرجو، أو ما يسمى بالمال الغائب أما الضال "أَمَالُ الْغَائِبِ الَّذِي لَا يُرْجَى".^{١٣٨} ولم يخرج تعريف الفقهاء عن المعنى اللغوي فعرف صاحب مجمع الأنهر "مَالٌ زَائِلٌ أَلِيدٌ غَيْرُ مَرْجُوٍّ الْوُصُولِ غَالِبًا".^{١٣٩} وقد اشتهر إطلاق هذا المصطلح عند الحنفية ورد عن علي ابن أبي طالب - رضي الله عنه - أَنَّهُ قَالَ: «لَا زَكَاةَ فِي مَالِ الضَّمَّانِ».^{١٤٠} وموضوعه في الدين المعدوم من المال المنقول وغير المنقول، وثمرة

^{١٣٢} القليوبي، أحمد سلامة، *حاشيتا قليوبي وعميرة*، بيروت: دار الفكر، دط، (١٤١٥هـ/١٩٩٥م)، ١٩/٣.

^{١٣٣} منار الإسلام للأبحاث والدراسات، جعواني، محمد، *مفهوم المال وأقسامه*، <https://islamanar.com/money-concept>، الأربعاء، تاريخ التصفح ١٥ أغسطس ٢٠٢٣م.

^{١٣٤} المنهاجي الأسيوطي، شمس الدين محمد بن أحمد، *جواهر العقود ومعين القضاة والموقعين والشهود*، تحقق: مسعد عبد الحميد محمد السعدني، بيروت:

دار الكتب العلمية، ط١، (١٤١٧هـ/١٩٩٦م)، ١/١٧٠.

^{١٣٥} وَهْبَةُ الرَّحِيلِي، *الفقه الإسلامي وأدلته*، ٢٨٩١/١.

^{١٣٦} الفزني، عبد الله بن يوسف، *الحاوي الكبير*، تحقق: الشيخ علي محمد معوض، بيروت: دار الكتب العلمية، ط١، (١٤١٩هـ/١٩٩٩م)، ٧/٣٩١.

^{١٣٧} وَهْبَةُ الرَّحِيلِي، *الفقه الإسلامي وأدلته*، ٢٨٩١/٤.

^{١٣٨} ابن فارس، *مقاييس اللغة*، ٧٣١/٣.

^{١٣٩} شيخ زاده، *مجمع الأنهر*، ١٩٤/١.

^{١٤٠} الزيلعي، محمد بن أحمد، *نصب الرأية لأحاديث الهداية*، تحقيق: محمد عوامة، بيروت: مؤسسة الريان للطباعة والنشر، ط١، (١٤١٨هـ/١٩٩٧م)، ٣٣٤/٢.

تقسيم المال إلى ضمار ومرجو تكمن في أثر المال على الوعاء الزكوي هل تحسب هذه الأموال من الوعاء الزكوي أم لا؟ لأن الواجب يختلف باختلاف نوع المال المملوك من الأثمان أي الذهب، أو الفضة، أو عروض التجارة من النبات، والعقار، والثياب وسائر المال الموجود للتجارة، ففي نهاية كل عام تقوم العروض التي توفرت فيها شروط الزكاة، والمال الذي لا يقدر صاحبه على الانتفاع في الفترة الميؤوس فيها من عوده لصاحبه لكونه مفقوداً، أو ضالاً، أو مغصوباً، أو مسروقاً لا يُدرى من سرقه، أو مصادراً من السلطات، أو كان ديناً على جاحد للمال فيصبح غير قادرٍ على التصرف "هُوَ الْمَالُ الَّذِي لَا يَتِمَّكُنُ صَاحِبُهُ مِنْ اسْتِنْمَائِهِ لِزَوَالِ يَدِهِ عَنْهُ، وَانْقِطَاعِ أَمْلِهِ فِي عَوْدِهِ إِلَيْهِ".^{١٤١}

1.2.8. المال المنقول وغير المنقول

درج عند الفقهاء تقسيم الأموال إلى أقسام كثيرة، ولكن الذي يهمنا في موضوعنا هو تقسيم الأموال بحسب الثبات وعدمه، وهو المال المنقول والمال غير المنقول، مخصصاً لكل قسم منها أحكاماً. ثم إن في تقسيم المال إلى منقول وغير منقول له أهمية كبيرة، لأن أسباب كسب الملكية بين النوعين تختلف عن بعضها البعض، فلزم التفريق بينهما. فمن خلال ذلك سنرى هل حظي تعريف هذا القسم بتعريف دقيق من جهة الشرع؟ ثم ما معنى الأموال المنقولة وغير المنقولة؟ وكيف نظم الفقه الإسلامي كل واحدة منهما؟ وسنحاول الوقوف على مضامين هذه النقاط من خلال اعتماد تقسيم الفقهاء للأموال بحسب استقرارها وعدمه، ولذا كان لازماً علينا بادئ ذي بدء تحديد ماهية المال المنقول وغير المنقول، وصفة كل واحدة منهما.

1.2.8.1. عناية الشريعة بالمال غير المنقول ساهم التشريع الإسلامي في تشكيل مدن المسلمين، رغم أنه لم يأت بتصور

خاص عن العمارة أو بتفصيلات هندسية تحكم شكل المدينة، لكن الناس استقروا من الشريعة الإسلامية ومقاصدها ما جعلهم يبنون منازلهم ومدنهم بشكل يترجم القيم والأخلاق التي أرسنتها الشريعة، كحرمة البيوت، والوصية بالجار، ونفي الضرر، والإحسان، وما إلى ذلك. ثم تطورت المساكن وطرق بنائها، ومرت بعدة مراحل تتناسب مع الوسائل والمواد المتاحة والمتوفرة في كل زمان ومكان. وقد عرف الإنسان في قديم الزمان سكنى المغارات والكهوف، وتحت الخيام كقوم عاد، إلى أن تطور بصناعة البيوت. وذكر الله تبارك وتعالى تمام نعمته على الناس بما جعل لهم من البيوت التي هي سكن لهم يأوون إليها ويستترون بها. كقوله ﷻ: ﴿وَاللَّهُ جَعَلَ لَكُمْ مِنْ بُيُوتِكُمْ سَكَنًا وَجَعَلَ لَكُمْ مِنْ جُلُودِ الْأَنْعَامِ بُيُوتًا تَسْتَخِفُّونَهَا يَوْمَ ظَعْنِكُمْ وَيَوْمَ إِقَامَتِكُمْ وَمِنْ أَصْوِافِهَا وَأَوْبَارَهَا وَأَشْعَارَهَا أَتَانَا وَمَتَاعاً إِلَى حِينٍ﴾ ﷻ وَاللَّهُ جَعَلَ لَكُمْ مِمَّا خَلَقَ ظِلَالاً وَجَعَلَ لَكُمْ مِنَ الْجِبَالِ أَكْنَاناً وَجَعَلَ لَكُمْ سَرَابِيلَ تَقِيكُمُ الْخَرَّ وَسَرَابِيلَ تَقِيكُمُ بَأْسَكُمْ كَذَلِكَ يُتِمُّ نِعْمَتَهُ عَلَيْكُمْ لَعَلَّكُمْ تُسْلِمُونَ.﴾^{١٤٢} وبين الله ﷻ ما وصل إليه الناس من إتقان فن النحت وأشار القرآن الكريم في آيات متعددة قال الله ﷻ: ﴿وَكَاثُوا يُنْحَتُونَ مِنَ الْجِبَالِ بُيُوتًا آمِنِينَ﴾.^{١٤٣} واختص التشريع الإسلامي بعدد من الصفات التي تُعد ملامح خاصة لا يكاد يتوفر مثلها في أي تشريع، أو قانون وضعي على وجه الأرض.

ذكرت عدد من الكتب الفقهية، والرسائل، والبحوث الجامعية في تاريخ التشريع الإسلامي أو تاريخ الفقه الإسلامي لهذه الخصائص، ووضحوا المقصود من كل واحدة منها، والتي تشتمل العمومية والشمولية وخضوعها للفترة الإنسانية وغيرها. وجاء الفقه الإسلامي على تاريخه المديد، والتطور الفقهي، والأصولي، والبياني، الذي طرح على جوانب من التشريع الإسلامي،

^{١٤١} وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، الموسوعة الفقهية الكويتية، ٦٣ / ٣٨.

^{١٤٢} النحل ٨٠ / ٨٠١٦-٨٣.

^{١٤٣} الحجر ٨٢ / ١٥.

سواء في مجال التأصيل أو التنظير، أو في مجال مواد الآلة الخادمة للفقه الإسلامي. يعكس أطوار التشريع الإسلامي في مراحل المختلفة، واعتمد الإسلام على تقرير عنايته بالمال غير المنقول من مبدأ خلافة الإنسان في الأرض، فالله ﷻ خلق الأرض للإنسان، وورثهم إياها يتملكوها ويتولون ملكها بيعاً، وشراءً، وإجارة، وهبة وغيرها. وقد ورد تقرير هذا المبدأ، أي خلافته للأرض، لتحقيق واجب العبودية واستمرار الحياة، وتحقيق ذلك بإعمار الأرض بالبناء. قال ﷺ: «وَهُوَ الَّذِي جَعَلَكُمْ خَلَائِفَ الْأَرْضِ». ^{١٤٤} فجعل الأرض مكاناً للإعمار، وكثير ما يدل على اهتمام الإسلام بالمال غير المنقول كقوله ﷺ: «مَنْ بَاعَ دَارًا أَوْ عَقَارًا فَلَمْ يَجْعَلْ ثَمَنَهُ فِي مِثْلِهِ، كَانَ قِمْنًا أَنْ لَا يُبَارَكَ فِيهِ» ^{١٤٥} فأشار الحديث إلى أن العقار يمنح مالكة أمناً واطمئناناً وشعوراً بالسلامة من الفقر كونه أصل مادي كبير غير قابل للسرقة أو التلف أو الضياع وكما قيل العقار الابن البار، أو أنه يمرض ولا يموت.

أشار ابن خلدون بضرورة المحافظة عليه، وأن الغاية من اقتناء العقار من الضياع هو "خشية، من يترك خلفه من الذرية الضعفاء، ليكون مرباهم به، ورزقهم فيه، ونشؤهم بفائدته ما داموا عاجزين عن الاكتساب". ^{١٤٦} وأنه ليس مجرد فن لا يمت إلى الفقه بصلة وحصرهم للفقه على أنه في مجالات من الحياة محددة لا يتجاوزها؛ فإذا تقول لأحدهم فقه الصلاة، أو فقه الزكاة، أو فقه الحج، أو فقه الصيام فهو مقبول، أما أن يكون للبنيان فقه فهذا مدعاة للعجب والتساؤل.

وفقه البنيان قد اشتغل به الفقهاء قديماً وحديثاً مع أن أحكام البناء كانت موجودة في وحي الله وفي عهد النبي ﷺ وبناء عليه تم بناء بيوت المسلمين وبلداتهم وتجاوز المسلمون حتى قضية الجانب النفسي في مسألة دخول الضوء إلى البناء، فالضوء أو الشمس لا تدخل إلى المنزل إلا في وقت الحاجة ذكره ابن الأزرقي في "كتاب بدائع السلك في طبائع الملك" واشتمل تقسيمهم على ثلاثة أقسام منها ما هو مذكور في ثانيا أبواب متفرقة لعلاقتها بموضع الباب وهذه النوع موجود في كل كتب المذاهب كلها، ومنها ما اشتمل على جملة من أحكام نفي الضرر، والجوار، والجدار، والقسمة، والعيوب في الدار وذكر كلام أن خلدون: "أَنَّ الْقَصْدَ بِاقتناء العقار والضياع إِنَّمَا هُوَ الْخَشْيَةُ عَلَى مَنْ يَتْرَكَ خَلْفَهُ مِنَ الذَّرِيَّةِ الضَّعَافِ، لِيَتَمَسَّكُوا بِفَوَائِدِهَا مَا دَامُوا عاجزين عَنِ الْاكتِسَابِ". ^{١٤٧} ككتاب "منتخب الأحكام". ^{١٤٨} وشرح فصول الحكام لابي الوليد الباجي، ومفيد الحكام لأبي الوليد الهلالي، ومعين القضاة والحكام لأبي إبراهيم بن عبد الرافع التونسي.

ومنها ما هو مختص بأحكام الأبنية، وما يختص بمنكرات الطرق فكتب الحسبة التي اعتنت بالأسواق والأبنية والصناعات، ككتاب الأحكام السلطانية لأبي الحسن الماوردي ذكر فيه جملة من أحكام الجوار، ومسائل البناء، ومن أقسام التأليف في أحكام العقار تخصيص بعض الفقهاء باب أو أبواب مستقلة قَالَ النبي ﷺ: «إِذَا اخْتَلَفْتُمْ فِي الطَّرِيقِ جُعِلَ عَرْضُهُ سَبْعَ أَذْرُعٍ». ^{١٤٩} كتاب المساقاة باب قدر الطريق إذا اختلفوا فيه فاشتمل التأليف على ما هو معروف وسماه بأحكام البناء أو أحكام الحائط أو الجدار ككتاب أصول البناء اشتمل الكتاب على جملة من أحكام البناء، كالتداعي في الجدار، واتخاذ الباب في الدار للشارع النافذ "كتاب

^{١٤٤} الأنعام/٦، ١٦٥.

^{١٤٥} ابن ماجه، محمد بن يزيد، السنن، تحقق: محمد فؤاد عبد الباقي، دم: دار إحياء الكتب العربية - فيصل عيسى البابي الحلبي، دط، دت، ٢ / ٨٣٢.

^{١٤٦} ابن خلدون، عبد الرحمن، المقدمة، تحقق: علي عبد الواحد وافي، القاهرة: لجنة البيان العربي، طه، (٢٠٠٤م) ١/٢٠٦.

^{١٤٧} ابن الأزرقي، الغرناطي، بدائع السلك في طبائع الملك، تحقيق: د. علي سامي النشار، العراق: وزارة الإعلام، ط١، دت، ٢/٢٨٦.

^{١٤٨} ابن أبي زمنين، أبو عبد الله محمد بن عبد الله بن عيسى بن محمد بن إبراهيم، منتخب الأحكام، تحقق: الدكتور عبد الله بن عطية الرداد الغامدي، مكة المكرمة: المكتبة المكية - مؤسسة الريان، ط١، (١٤١٩هـ/١٩٩٨م).

^{١٤٩} مسلم، صحيح مسلم، ٣/١٢٣٢.

النوادر والزيادات^{١٥٠} من محتوياته كتاب بعنوان كتاب القضاء في البنين، وكتاب **"لسان الحكام ومعرفة الأحكام"**^{١٥١} وفيه فصل خاص في الحيطان، ومن العلماء من أفرد كتب مستقلة في أحكام العقارات يختلف عن سابقها من المؤلفات كثرة وقلة وبالنسبة لجزئيات الموضوع الواحد، كان بعضهم يصرح بلفظ بالبنين ضمن اسم الكتاب ككتاب **"القسمة وأصول الأرضين"**^{١٥٢} لأبي بكر الفرستائي ذكر كثيرًا من المسائل التي تتصل بتخطيط المدن، وكتاب **"الفوائد النفسية الباهرة في بيان حكم شوارع القاهرة في مذاهب الأئمة الأربعة الزاهرة"**^{١٥٣} لأبي حامد المقدسي كان سبب تأليفه أن أراد أحد ولادة الممالك واسمه (يشبك الداودار) أن يعيد تخطيط منطقة في القاهرة اسمها بين القصرين حيث تأثرت هذه المنطقة بالاحتفاظ السكاني، والبناء العشوائي فجاء الداودار وهدم البيوت ومنها أوقف فضج الناس فخرج أبي حامد المقدسي، وألف هذه الرسالة بين من خلالها كيفية البناء وتخطيط الطرقات وفق الشرع الشريف.

ومن المناسب أن أشير في الحديث عن المال غير المنقول إلى جوانب اهتمام العلماء به، وهو في الحقيقة يصعب في التوثيق الشرعي لمسائله وأحكامه وصوره، ويوضح الثروة الهائلة التي تركها هؤلاء العلماء من علم يتعلق بالمال غير المنقول، ولم يقتصر اهتمامهم على الأحكام العامة ونظرًا إلى أن الكثير من الكتب الفقهية، لا تفرد أبوابًا خاصة لأحكامها، ومنها ما اختص بالأحكام في الكتب الفقهية المتخصصة بل اهتموا بأجزائه وأبوابه، كابن زنجويه، والقاسم بن سلام في كتاب الأموال ذكروا المسائل تحت باب أحكام الأرضين وإقطاعها وإحيائها.

وَألف العلماء كذلك المؤلفات سواء ما كان يدخل في أبواب متفرقة مثل أبواب البيع، الإجارة، الصلح، الغصب، الشفعة، القسمة، إحياء الموات، الوقف، والإقطاع وغيرها.. وكتب الفتاوى والنوازل ككتاب **"الإعلام بنوازل الحكام المعروف بالأحكام الكبرى"**^{١٥٤} لابن الأصبغ وكتاب **"الأفضية"**، والأحكام لابن رشد وفي باب الاحتساب من أحدث درجاً في داره بلصق حائط جاره ومن ابتاع داراً قد أحدث عليها باباً أو غيره فأراد مخاصمة محدثه فيه.... وكتب الحسبة، عند الحديث عن الاحتساب على أصحاب العقارات والبنين ومنكراتها، ومن ذلك **"نهاية الرتبة في طلب الحسبة"**^{١٥٥} وفيه أخبار عن حقيقة النظم الإسلامية وخصائص المجتمع الإسلامي، بالإضافة أن مؤلفه لم يسبق أن كتب قبله إلا القلائل، كالماوردي في الأحكام السلطانية، والغزالي في كتاب إحياء الدين، وكلا الكتابين يغلب على مؤلفيهما الصبغة الفقهية البحتة. ثم كان هذا الكتاب الحجر الأساس لمن بعده من العلماء الذين كتبوا في موضوع الحسبة، كابن الأخوة، وابن بسم. ثم أفرد الفقهاء كتب مستقلة في أحكام المال غير المنقول من العلماء القدامى أو المعاصرين كـ **"الإعلان بأحكام البنين"**^{١٥٦} لمحمد بن إبراهيم اللخمي المعروف بابن الرامي البناء جمّع خلاصة تجربته في البناء في هذا الكتاب وذكر آراء غيره من العلماء ورأيه هو، وهذا الفقيه يميز كتابه أنه جمع بين علم المؤلف وخبرته في البناء إذ

^{١٥٠} أبى أبي زيد القيرواني المالكي، ويعد كتاب **النوادر والزيادات من أكبر موسوعة في الفقه المالكي**، ومن الكتب المعول عليها في التفقه ويعد كمسند الإمام أحمد عند المحدثين من المصادر الأصلية للمذهب، مما لم يرد في المدونة، على ما بينه الشيخ في المقدمة.

^{١٥١} ابن التُّخْتَنَة، أحمد بن محمد بن محمد الحلبي الحنفي، **لسان الحكام في معرفة الأحكام**، القاهرة: البابي الحلبي، ط٢، (١٣٩٣هـ/١٩٧٣م).

^{١٥٢} أبو العباس الفرستائي، القسمة وأصول الأرضين: كتاب في فقه العمارة الإسلامية، تحقق: بكثير ابن محمد الشيخ بلحاج والدكتور محمد بن صالح الناصر، الجزائر: جمعية التراث - القرارة - غرداية، ط٢، (١٤١٨هـ/١٩٩٧م).

^{١٥٣} أبي حامد المقدسي الشافعي، تحقق: آمال العمري، القاهرة: وزارة الثقافة، هيئة الآثار المصرية، (١٩٨٨م).

^{١٥٤} تحقق: د. نورة محمد عبد العزيز التويجري، وهو مخطوطة ٤٢٦ ورقة أنجزت المخطوطة كاملة على مرحلتين مرحلة الماجستير في سفرين وفي مرحلة الدكتوراة في سفرين وطبع الكتاب في تاريخ (١٤١٥هـ/١٩٩٥م).

^{١٥٥} عبد الرحمن بن نصر الشيزري، قام على نشره السيد الباز العريني مدرس بمدرسة الخديو إسماعيل الثانوية، إيش: محمد مصطفى زيادة أستاذ تاريخ العصور الوسطى بجامعة فواد الأول، تم نشره في مطبعة لجنة التأليف والترجمة والنشر في عام (١٣٦٥هـ/١٩٤٦م).

^{١٥٦} وضع محمد بن إبراهيم اللخمي المعروف بابن الرامي هو ويُكنى بأبي عبد الله الشهير بابن الرامي البناء كتابه الإعلان بأحكام البنين ليجمع فيه خبرته وقسم كتابه إلى أبواب الأول الأبنية في الجدار والثاني نفي الضرر عن الأبنية والثالث في عيوب البيوت والرابع في الغروس والخامس في الأرحية.

أن مهنته معلم بناء فكان يقول " ليعلم من قرأ كتابي هذا أنني بناء أجبر".^{١٥٧} فأثبت أن القضية لم تكن مجرد تنظير فقهي فحسب، وإنما هو ربطٌ للنظرية بالتطبيق وكان يكثر من قوله نازلةً تونسسية.

وكتاب **"القضاء في البنين"**^{١٥٨} وله عدة مؤلفات في الفقه وغيرها، وكتاب **الجدار لعيسى بن دينار "كتاب الجدار"**.^{١٥٩} لعيسى من موسى التطيلي، و**"كتاب الحيطان أحكام الطرق والسطوح والأبواب ومسيل المياه والحيطان في الفقه الإسلامي"**.^{١٦٠} وهذا الكتاب أصله للعالم للمرجى الثقفي الحنفي قام بجمع مسائل دعوى الحيطان، والطرق، ومسيل المياه من كتب الحنفية، ثم جاء قاضي القضاة الدامغاني الكبير وقام بشرح مسائلته قال ابن قطلوبغا في ترجمته في تاج التراجم: **"له كتاب مسائل دعوى الحيطان والطرق ومسيل الماء"**^{١٦١} وكتاب **"فتح الرحمن في مسألة التنازع في الحيطان"**^{١٦٢}، وكتاب **أحكام البناء في الإسلام** رسالة دكتوراه لإبراهيم بن محمد الفايز كتاب معاصر **"والسكن وأدابه وأحكامه في الإسلام"**^{١٦٣} وكتاب **"بيع العقار والثمار في الفقه الإسلامي"**^{١٦٤} لمحمد بن راشد العثمان، وأطروحة **حق الارتفاق المقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في جامعة أم القرى** من إعداد الدكتور سليمان بن وائل التوبجري، وبنى الفقهاء استنباط أغلب الأحكام المتعلقة بالعمارة، والبنين على دفع الضرر ففي الفقه المالكي اقترن مبحث الارتفاق عند المالكية بالمرافق ومنع الضرر وجميع ما يضر بالمجال العمراني، وقد اكتسبت الأراضي والأبنية كسلعة اقتصادية مميزة عن سائر السلع وأشهر ما تميزت به موقعها الثابت، فالأراضي والأبنية ليست قابلة للنقل ما اكسبها المحلية، وهذا يجذب الأموال إلى المكان الذي هو فيه لا أن يتحرك هو إلى مكان آخر.

وأول منازعة عقارية كانت في حياة رسول الله ﷺ كانت على قطعة أرض، حيث تنازع رجلان على ملكية أرض فأخبر الحضرمي النبي ﷺ أن الرجل الكندي استولى على أرضه، وأخذها غصبًا على قطعة أرض، فكان الفصل في نزاعهم العقاري أمام رسول الله ﷺ كما هو الحال في الفصل في سائر المنازعات الأخرى بصفته ﷺ الحاكم والقاضي فَقَالَ الْحَضْرَمِيُّ يَا رَسُولَ اللَّهِ: «إِنَّ هَذَا غَلْبَنِي عَلَى أَرْضٍ كَانَتْ لِأَبِي فَقَالَ الْكِنْدِيُّ: هِيَ أَرْضِي فِي يَدِي أزرعها، لَيْسَ لَهَا فِيهَا حَقٌّ». وكان أول ديوان وُضع في الإسلام ديوان الإنشاء أي (الشهر العقاري) لحفظ حقوق المالكين.

^{١٥٧} ابن الرامي، **الإعلام بأحكام البنين**؛ تحقق: عبد الرحمن صالح الأطرم، إ.ش: صالح الفوزان، مقدمة لنيل درجة الماجستير من جامعة الإمام محمد بن سعود- الرياض، ١٤٠٣هـ، ص ٢. ودراسة لمحمد عبد الستار اسمها الإعلان بأحكام البنين لابن الرامي دراسة أثرية معمارية طبعت في دار المعرفة الجامعية-الإسكندرية (١٤٠٨هـ).

^{١٥٨} الزركلي، **الإعلام**، دار العلم للملايين، م.س، د.ت، ط ١٥، ج ٤، ص ٩٥. فقيه مصري، من العلماء. كان من أجلة أصحاب مالك. انتهت إليه الرئاسة بمصر بعد أشهب. ولد في الإسكندرية وتوفي في القاهرة. له مصنفات في الفقه وغيره، منها "سيرة عمر بن عبد العزيز - ط" و "القضاء في البنين" و "المناسك" و "الأهوال".

^{١٥٩} يعتبر كتاب الجدار، للإمام أبي الأصمغ عيسى بن موسى بن أحمد بن يوسف بن موسى الأموي المعروف بابن الإمام ولد (٣٢٧هـ) (ت ٣٨٦هـ)، من الكتب النواذر، التي اقتصت بالتأليف في نوازل العمران والفلاحة التي يتنازع الناس فيها، وتبرز قيمة هذا الكتاب في كون صاحبه ينتمي لبيت شهد له بالعلم والجلالة، وأخذ عن علماء مشهورين في مصره وعصره دراسة وتحقيق الدكتور إبراهيم محمد الفايز أول طبعة ١ في عام (١٤١٧هـ/١٩٩٦م).

^{١٦٠} الثقفي، الشيخ المرجي، **كتاب الحيطان**، تحقق: محمد خير رمضان يوسف، دار الفكر المعاصر- بيروت، ط ١ (١٤١٤هـ/١٩٩٤م) تتأوب على هذا الكتاب أربعة من أعلام الفقه الحنفي أولهم الشيخ المرجي والثاني برهان الأئمة عمر ابن عبد العزيز ابن مازة والدامغاني وابن قطلوبغا.

^{١٦١} قطلوبغا، **تاج التراجم**، تحقق: محمد خير رمضان يوسف، دار القلم - دمشق، ط ١ (١٤١٣هـ/١٩٩٢م) ج ١، ص ٣٦٦.

^{١٦٢} محمد البارودي الحنفي التونسي، **رسالة فتح الرحمن في مسألة التنازع في الحيطان**، المتوفى (١٢١٦هـ/ ١٨٠١م) تحقق: د. زياد الساحلي، تاريخ النشر (٢٠٢٢م).

^{١٦٣} الشهري، يحيى، **السكن وأدابه وأحكامه في الإسلام**، رسالة مقدمة لنيل درجة الماجستير إ.ش: الدكتور محمد الزيني غانم، جامعة أم القرى مكة المكرمة (١٤٠٩هـ).

^{١٦٤} العثمان، محمد بن راشد بن علي، **بيع العقار والثمار في الفقه الإسلامي**، وهو كتاب في الفقه الإسلامي متخصص في مسألتين من مسائل البيوع فقط هما بيع العقار وهو ما يسمى في كتب الفقهاء بالأصول، وبيع الثمار، مع تفصيل في ذلك وعرض لأراء المذاهب في جميع ما يتفرع عن هاتين المسألتين، مؤسسة الرسالة، ط ٣ (١٤١٨هـ/١٩٩٧م).

^{١٦٥} **ابو داود**، سليمان بن الأشعث الأزدي، **السنن** تحقق: شعيب الأرناؤوط ومحمد كامل قره بللي، دار الرسالة، د.م، ط ١، (١٤٣٠هـ/٢٠٠٩م) ٢٢١/٣.

تُقسم الأموال من حيث الثبات والانتقال عند الفقهاء إلى أموال منقولة غير المنقولة

1.2.8.2. تعريف المال المنقول

لغةً "اسم مفعول مأخوذ من الفعل نقل، والنقل تحويل الشيء من موضع إلى موضع".^{١٦٦} هو كل مال يمكن نقله وتحويله من مكان إلى آخر من غير نقض في صورته وهيئته، ويشمل مواد البناء، الحيوان، المثليات، الموزونات، القيميات، الغراس، والنقد، وسواء انتقلت بنفسها أو بمؤثر بها كالحوانات، السفن، الطائرات، السيارات، الغاز، الكهرباء، فكل هذه منقولة بطبيعتها، لكن بعض المنقولات كمعادن البناء عبارة عن أدوات تتصف بصفة المنقول، فهي منقولات في الأصل، لكنها قد تكتسب الصفة العقارية بالاتصال وتحويل صورتها التي كانت عليها إلى صورة أخرى.

اصطلاحاً "ما يمكن نقله وتحويله، سواء بقي على حالته أم لا، ويشمل النقود، الحيوانات، الغراس، المكليات، الأبنية، والأشجار المملوكة الوقعة في أرض الوقف أو في الأراضي الأميرية هي في حكم المنقول".^{١٦٧} وما كان مهياً للفصل، عُذ من المنقولات حكماً بالنسبة إلى مستنده المادي: "سندات الديون، والأسهم، والفوائد الناتجة عن شركات مالية أو تجارية أو صناعية، ولو كانت تلك الفوائد ناتجة عن عقارات مملوكة لهذه الشركات".^{١٦٨} الحصّة أو السهم حق شخصي: "الأسهم والحصص أموال منقولة، لا أموال عقارية".^{١٦٩}

1.2.8.3. أنواع المال المنقول

1.2.8.3.1. منقولات بطبيعتها : " هو كل شيء يمكن نقله من موقعه أو مكانه دون أن يتعرض للتلف، أو التغيير في هيئته الأصلية، سواء تم هذا النقل بشكل طبيعي، أو بواسطة تدخل قوة خارجي".^{١٧٠} ذكر الفقهاء المنقولات على أكثر من شكل، فقد تكون موزوناً أو مكياً أو نقوداً، وحددوا ضابطاً لمعرفته، وتميزه عن غيره، بأنه يمكن حمله ونقله وتحويله مع بقاء هيئته وصورته التي عليها، ذلك بأن فقدان الصورة والصفة يرتب أحكاماً تختلف عما كانت عليه في حالتها الأصلية، لكنهم تركوا فسحةً لما كان بينهما وهو تحوله من منقول إلى عقار، والعكس.

فالمنقولات لها ملكية مختصة بها وباتصالها بالعقار يكون اتساع للملكية العقارية، وهي معيار للفرقة بين الشيء التابع من الشيء الأصلي الثابت، ذلك أن المتبوع لا يمكن تصور وجوده دون وجود الشيء الأصلي.

ويكون صور اتصال المنقول بالعقار، إما اتصال عقار بعقار، أو اتصال منقول بعقار، أو اتصال منقول بمنقول، ومن خلال ذلك نستطيع أن نميز بين حقوق المالكين، وأحوالهم، وكيفية فصلها عن غيرها بحسب القواعد المعتمدة عند الفقهاء.

1.2.8.3.2. منقولات معنوية يُقصد الفقهاء بالمنقولات المعنوية، أو غير المادية، "السلطات التي يخولها القانون لشخص ما على إنتاجه الفكري أو الأدبي أو الفني أو الذهني حيث يكون له حق احتكار المنفعة المالية الناتجة عن استغلالها".^{١٧١} التي لا

^{١٦٦} ابن منظور، لسان العرب، ١١/٦٧٤.

^{١٦٧} علي حيدر، درر الحكام، ١/١٠١.

^{١٦٨} عثمان سلطان، شرح أحكام الأراضي الأميرية الصادر بقرار ٣٣٣٩، مكتب النشر العربي - جامعة سورية، ص ١٣، بتصرف.

^{١٦٩} السنهاوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ٢/٢٠٧.

^{١٧٠} "المنقولات بطبيعتها"، محتوى المحاضرة: المطلب الثاني: محل الحق العيني، جامعة سطيف ٢، متاح على: <https://cte.univ-setif2.dz/moodle/mod/book/view.php?id=17746&chapterid=4635>. تاريخ التصفح ١ يونيو ٢٠٢٣ م.

^{١٧١} لقليب، سعد، الامتيازات المترتبة على الحق المعنوي، مجلة التراث، جامعة المسيلة، الجمهورية الجزائرية، ع ١٥٤، (٢٠١٤ م).

تقع تحت الحواس إلا بالوجود، ولا تكون بمتناول الانسان، فالشيء إما أن تكون ماديًا وتندرج تحت موضوع الحق العيني كبيت، أو غير مادي يكون موضوعه الحق الذهني كالاختراعات وحق الارتفاق وشهرة العقار التجاري وبعض الأحياء السكنية ما هي المنقولات المعنوية؟

"إن الأشياء غير المادية هي التي لا تقع تحت الحس كالأفكار والابتكارات والمخترعات لا تدخل بحسب طبيعتها في المنقولات ولا في العقارات غير أن هذه الأشياء قد اعتبرها المشرع من قبيل المنقولات، لأن كل ما لا يدخل في التعريف الذي أعطاه للعقار فهو منقول ولما كان تعريف العقار لا ينطبق على الأشياء غير المادية فلم يبق سوى اعتبار هذه الأشياء منقولات معنوية أو غير مادية".^{١٧٢}

✗ حق مالي استغلالي يختص بذات المؤلف لا يشاطره أحد فلا يستطيع أحد نشر دون رضاه".^{١٧٣} مصدر المنافع عقل الانسان وثمرة ابتكاره وتفكيره.

✗ حق غير قابل للتصرف والمعاوضة عليه لأنه يمثل امتداد لشخصية المؤلف وعقله" فمن باع مصنفا له يبيعه نهائيا يكون بمثابة من باع جزء من شخصيته".^{١٧٤} أي التنازل عنه بالكلية لأنه نتاج جهد مختص به دون غيره.

1.2.9. المال غير المنقول

1.2.9.1. تعريف المال غير المنقول

لغة عُرِفَ المال غير المنقول على أصل كل شي "الدار أصلها في لغة الحجاز، ومنه قيل العقار، وهو المنزل، والأرض، والضيع".^{١٧٥} أصل "مال له نماء".^{١٧٦} في المعجم الوسيط " كل ملك ثابت له أصل كالأرض".^{١٧٧} "الأرض أصل والبناء تبع فكان البناء صفة الكمال".^{١٧٨} المعنى الاصطلاحي مقتبس من المعنى اللغوي ففي المعنى اللغوي يطلق غير المنقول على كل شيء له أصل اتصف بالثبات والدوام. فالمال غير المنقول يشمل الأراضي، والمباني، والأشياء الثابتة التي تُعتبر جزءاً من العقار.

اصطلاحاً يستخدم الفقهاء مصطلح غير المنقول بمعنى يقابل العقار، ويُعتبر العقار هو الأكثر شهرة عن الأموال غير المنقولة، يُعد نوع محدد من المال غير المنقول، يتضمن الأرض والمباني، كما جاءت به المعاجم اللغوية، وكذلك ما ورد أن نبي الله ﷺ رد "ذَرَارِيَهُمْ وَعَقَارَ بُيُوتِهِمْ".^{١٧٩} ويطلق على المال في الفكر المحاسبي المعاصر بالأصول الثابتة، التي تُقننت للمساعدة في أداء النشاط، وليس بغرض البيع والتداول، وتشمل الأراضي، والمباني، والآلات، والمعدات، والمركبات، تتميز بأنها طويلة الأجل، وغيرها من الأصول التي يمكن استخدامها للإنتاج والاستثمار.

^{١٧٢} الحاج، عبد الرحمن، التمييز بين المنقول والعقار في التشريع المدني، مجلة القانون المعاصر، العدد ١٢، (٢٠١٥م) ٤٥-٦٠.

^{١٧٣} الزرقاء، مصطفى، نظرية الالتزام العامة، دمشق: دار القلم، ط٢، (١٤٣٤هـ/٢٠١٣م) ٣١. (بتصرف من الباحث)

^{١٧٤} لقليب، سعد، "خصائص الحق المعنوي". موقع portal.arid.my. د. محمد سعد لقليب، ٢٠٢٠/٠٧/٠١. <https://portal.arid.my/ar-LY>.

^{١٧٥} ابن منظور، لسان العرب، مادة عقر (٥٩١/٤) الزبيدي، وتاج العروس مادة عقر ٣٢٢٩/١.

^{١٧٦} الكجراتي، جمال الدين، مجمع بحار الأنوار، د.م: مجلس دائرة المعارف العثمانية، ط٣، (١٣٨٧هـ/١٩٦٧م)، ٦٤١/٣.

^{١٧٧} مصطفى، إبراهيم وآخرون، المعجم الوسيط، ٦١٥/٢.

^{١٧٨} الكفوي، أيوب بن موسى الحسيني القريمي، الكليات، تحقق: عدنان درويش ومحمد المصري، بيروت: مؤسسة الرسالة، دت، ٢٤٠/١.

^{١٧٩} الشيباني، أبو بكر بن مخلد، الأحاد والمثاني، تحقق: د. باسم فيصل أحمد الجوابرة، الرياض: دار الراية، ط١، (١٤١١هـ/١٩٩١م)، ٤١٢/٢.

وهناك أصول متداولة يمكن تحويلها إلى نقدية بسهولة، ما دام الهدف من اقتنائها هو البيع والتداول، وهناك اتجاه محاسبي آخر يرى ضرورة تقسيم المال إلى أصول نقدية، وغير نقدية.

ومن الأموال غير المنقولة ما هو معد للتداول أو للنقدية، وعُرف: "ما لا يُمكن نقله من محلٍّ إلى آخر كاللُّور والأراضي ممَّا يُسمَّى بالعقار".^{١٨٠} يشغل حيزًا لا يتغير إلا بالتلف، فهي الأشياء المادية التي يكون لها - بالنظر إلى جوهرها - موقع ثابت غير متنقل، كالأرضي.

ويشمل غير المنقول في اصطلاحهم : الأرض، مبنيةً أو غير مبنية؛ " اسمٌ للعروة المبنية، والضبيعة اسمٌ للعروة لا غير".^{١٨١} وقد يطلق "إما على الأبنية بقطع النظر عن الأرض، أو لا يقع".^{١٨٢} وبهذا التعريف يُفهم أن الأموال الثابتة لها صفة الثبات، ما دام أنها باقيةً على صورتها وهيئتها، وانفرادها عن أصلها يجعلها في حالة الانتقال لا الاستقرار، واختلاف المادة المستخدمة لا يغيّر من مسمى المال غير المنقول؛ " فما له أصل وقرار، وأطلق عليه في عُرف الناس بناء".^{١٨٣}، إنما التغير المقصود، والمزيل للاسم الذي تُسمَّى البناء به، وتحولت صفته وهيئته من الاستقرار إلى الانتقال، هو الهدم.

إذاً المال غير المنقول هو: كل محل مادي اتصف بالمحلية؛ "كل شيء مستقرٌ بحيزه، ثابتٌ فيه، لا يمكن نقله منه دون تلف".^{١٨٤} الرأي القانوني يوافق النظر الفقهي من اعتبار التحول، كل ما لم يكن ثابتاً لا يُعدّ مالاً غير منقول؛ "فالأكشاك، والمنازل القابلة للتركيب، والتي يمكن نقلها من مكان لآخر بسهولة، لا تُعتبر مبنية".^{١٨٥} فهذا يعني أن صفة الهدم مرتبطة بالبناء إذا نُقل من مكانه؛ لأن البيوت والأكشاك القابلة للتركيب لا هدم فيها، ولأن قابليتها - من البداية - كانت على صفة واحدة، وهي البناء أو الهدم الذي يُغيّر صفته.

البناء والشجر في النظر الفقهي الحنفي له اعتباران:

١. إذا اعتبرت الأبنية والأشجار منفصلة، كالذي يبيّن في أرض الغير، عُدّ من المنقولات؛ "الضبيعة وقيل ما له أصلٌ من دارٍ وضبيعةٍ وما في حكمه كالألُور دون المنقول كالشجر والبناء".^{١٨٦} وعلى هذا الاعتبار، يختلف كثير من الأحكام، كما لو بيع بيتٌ للهدم والاستفادة من أنقاضه؛ فالبيع الواقع في مثل هذه الصورة يُعدّ بيعاً لمنقول، والدعوى التي تُقام لتنفيذ مقولة البيع تُعتبر دعوى شخصية، لا عقارية.

٢. أن تُعدّ مع الأرض تبعاً؛ ذلك أن الأرض يمكن وجودها بدون بناء، أما البناء بدون الأرض لا يمكن وجوده. فالاعتبار الأول: لا يجري حق الشفعة في الأشجار والأبنية إذا بيعت لوحدها، وتجرى فيما لو بيعت مع الأرض؛ لأن الشفعة مقصورة على العقار دون المنقولات. وقالوا بعدم جواز وقفهما دون الأرض في مكان لم يتعارف فيه الناس وقف البناء والشجر وحدهما؛ لأن الوقف لا يصح إلا في العقار، وفي المنقول المتعارف عليه بين الناس.

^{١٨٠} لجنة مكونة من علماء الدولة العثمانية، مجلة الأحكام، ٣١/١.

^{١٨١} الكفوي، الكليات، ٢٤٠/١.

^{١٨٢} القزويني، العزيز، شرح الوجيز المعروف بالشرح الكبير، تحق: علي محمد عوض وعادل أحمد عبد الموجود، بيروت: دار الكتب العلمية، ط١، (١٤١٧هـ/١٩٩٧م)، ٤٨٦/٥.

^{١٨٣} الفايظ، إبراهيم محمد، البناء وأحكامه في الفقه الإسلامي، ط١، (١٤٣٦هـ)، ٤٦/١.

^{١٨٤} السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ١١/٨.

^{١٨٥} السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ١٠٩/٧.

^{١٨٦} شيخ زاده، مجمع الأنهر، ٤٧١/٢.

وأما إلحاقهم البناء والشجر بالعقار، إنما تبعًا؛ لذا ظهر اعتباران في نظرهم بانفصالهما عن الأرض يُعتبران من المنقولات، وباتصالهما يسرى عليهما مسمى العقار بالتبعية.

فالكاساني، في باب الشفعة، أورد فصلًا في توابع العقار المشفوع، وأدخل كل ما كان متصلًا بالعقار أنه تابع له: "البناء والغرس والزرع والثمر ليست عقارًا وإنما جميعها منقولات قد ثبتت فيها الشفعة استحسانًا".^{١٨٧}

يلاحظ أن المالكية وسعوا من دائرة مفهوم المال غير المنقول، فاعتبروا - تبعًا لذلك - البناء والشجر مالا غير منقول لاتصالهما بالأرض؛ "تناول البناء والشجر الأرض وتناولتهما، قال ابن شاس: الأرض يُنْذَرُجُ تَحْتَهَا الْبِنَاءُ كَمَا تَنْذَرُجُ هِيَ أَيْضًا تَحْتَ الْبِنَاءِ"^{١٨٨} واستندوا في ذلك إلى النص النبوي من اعتبار تسمية الأشجار بالعقار كحديث أنس بن مالك - رضي الله عنه - قال: «لما قدم المهاجرون المدينة من مكة وليس بأيديهم يعني شيئًا، وكانت الأنصار أهل الأرض والعقار فقاسمهم الأنصار».^{١٨٩} والمقصود بالعقار في الحديث النخل، لما اشتهر عن المدينة من أنها عامرة بالنخل.

وكذلك قوله ﷺ: «من باع دارًا أو عقارًا»^{١٩٠} وما جاء عنه ﷺ: «اشتري رجل من رجل عقارًا له فوجد الرجل الذي اشتري العقار في عقاره جرّة فيها ذهب، فقال له الذي اشتري العقار: خذ ذهبك مئى؛ إنما اشتريت منك الأرض ولم أبتع منك الذهب».^{١٩١} قال ابن حجر في شرح الحديث: إن المقصود بالعقار هو "الدار".^{١٩٢}

أن رسول ﷺ كتب لأهل اليمن كتابًا فيه الفرائض والسنن والديات: "رُفِعَ رسولُكم، وأعطيتُم من المغنم خمسَ الله، وما كتب الله على المؤمنين من العُشر في العقار، وما سقت السماء وكان سيقًا أو كان بعلًا، ففيه العُشر إذا بلغ خمسة أوسق"^{١٩٣} نظروا إلى البناء والأشجار على أنها أصل، لورود النص فيها.

ومستند اعتبارهم الشجر والبناء أنها أصل، من قوله ﷺ: «مَنْ بَاعَ نَخْلًا قَدْ أُثِرَتْ، فَتَمَرُّهَا لِلْبَائِعِ، إِلَّا أَنْ يَشْتَرِطَ الْمُبْتَاعُ». ^{١٩٤} وقد أوردوا هذا الباب تحت "بيع الأصول والثمار"، أي أن الشجر أصل، ويسمى بالعقار، والثمر فرع.

فأراد النبي ﷺ بيان حدّ الملك في المتولد من الأصل، بأن جعل التأبير حدًا للملكية، وأن ثمرة العقارات مقصودة بالعقد، فيجوز إفرادها به، وليست متصلة بأصل اتصال التأبير.

وباب "الأصول والثمار" نافذة شرعية لحلّ مشاكل المتبايعين وتحديد حق كل من الطرفين؛ لان بيع العقارات يتعلق به توابع، ومكملات، ومرافق، أو نماء متصل به ومنفصل.

^{١٨٧} الكاساني، *بدائع الصنائع*، ٢٧/٥.

^{١٨٨} المواق، أحمد بن عبد السلام، *التاج والإكليل لمختصر خليل*، د.م: دار الكتب العلمية، ط ١، (١٤١٦هـ/١٩٩٤م)، ٤٤٣/٦.

^{١٨٩} البخاري، *صحيح البخاري*، ١٦٥/٣.

^{١٩٠} ابن ماجه، *السنن*، ٥٣٩/٣.

^{١٩١} البخاري، *صحيح البخاري*، ١٧٤/٤.

^{١٩٢} ابن حجر، *فتح الباري*، ٥١٨/٦.

^{١٩٣} البيهقي، أحمد بن الحسين بن علي بن موسى الخُسْرُو جردى الخراساني، *السنن الكبرى*، تحقق: محمد عبد القادر عطا، بيروت: دار الكتب العلمية، ط ٣، (١٤٢٤هـ/٢٠٠٣م)، ١٤٩/٤.

^{١٩٤} أحمد بن حنبل، *المسند*، ٢٨٦/٤.

فالمالكية، عند تعريفهم للعقار ، قالوا : " هو الارض وما اتصل بها من بناء وشجر".^{١٩٥} أبو الفضل الدمشقي: "العقار صنفان أحدهما المسقع ، وهو الدور ، والفنادق ، والحوانيت ، والحمامات ، والأرحية ، والمعاصر ، والفواخير ، والأفران ، والمدابغ ، والعراض والآخر : المذروع ، ويشتمل على البساتين ، والكروم ، والمراعي ، والغياض ، والأجام (الشجر الملتف) ، وما تحويه من العيون ، والحقوق في مياه الأنهار".^{١٩٦} أما الشافعية ، فقالوا: "الأرض والنخل والضياع" كما قاله الجوهري ، وأراد بالضياع: الأبنية".^{١٩٧} أما الحنابلة ، عند حديثهم عن استحقاق الشفعة ، فأما غير الأرض ، فنوعان:

أحدهما: "البناء والغراس ، فإذا بيعا مع الأرض ، ثبتت الشفعة فيه؛ لأنه يدخل في قوله "حائط" ، وهو البستان المحوط ، لأنه يراد للتأيد ، فهو كالأرض. وإن بيع منفردا ، فلا شفعة فيه؛ لأنه يُنقل ويُحوّل؛ لأن ذلك داخل في مسماهما ، ولا يمكن نزاعها عن صفتها وهيئتها ، ذلك أن الأرض تُعد وعاء ترد عليه سلطات المالك".^{١٩٨} ومن خلال اعتبارهم البناء والأشجار جزءا من الأرض ، نجد في ذلك محافظة على الوحدة العقارية ، من خلال منع تركيب أكثر من حق عيني على العقار ، وبهذا الثبات تأخذ أحكام العقار من وجهه ، إلا إذا انتقلت وتحولت بالهدم ، فيباع أنقاضاً ويأخذ حكم المنقول ، والشجر إلى حطب ، وهكذا. وبالنظر إلى تعريفات الفقهاء للأموال غير المنقولة ، يُلاحظ أنهم اعتبروا الأرض جوهرًا ووعاءً ، ثم اختلفوا في التمثيل لما يُقام عليها ، فمنهم من مثّل لما يقام بالأشجار ، والغرس ، والبساتين ، والطواحين ، والمعاصر فالتباين بين تعريف الفقهاء صوري ليس إلا؛ لأن العقل يُقر بما على الأرض من البناء والأشجار أنه عقار ، واعتباره جزءا منها.

ويؤكد هذا الاعتبار ما قاله صاحب درر الحكام: "فإذا اعتبرت الأبنية والأشجار مع الأراضي الواقعة عليها ، تُعد حينئذٍ عقاراً ، أما إذا اعتبرت وحدها دون الأراضي الواقعة عليها ، فتعد منقولة".^{١٩٩} وأشار الإمام النووي إلى تقسيم الأعيان إلى ثلاثة أنواع ، فقال: "الأعيان ثلاثة أضرب أحدها: المنقولات. والثاني: الأرض.... والثالث: ما كان منقولا ثم أُثبت في الأرض للدوام ، كالأبنية والأشجار".^{٢٠٠} وأما القول بدخول الأشجار والبناء في مفهوم العقار ، ففيه قطع للمنازعات والخصامات؛ فلا يُعقل إذا اشترى رجل أرضاً من آخر أن تبقى أشجار الأرض المبيعة على ملك البائع؛ فكيف نقول بأنه ملك العقار؛ وجزء منه في ملك الأول؟! فيؤدي ذلك إلى تعطيل المشتري من الاستفادة من ملكه كاملاً.

الخلاصة : من أقوال الفقهاء ، اتفق الفقهاء على أن الأرض عقار ، واختلفوا في التمثيل لما يُقام عليها ، فذهب جمهور الفقهاء من الحنفية ، والشافعية ، والحنابلة إلى أن البناء والشجر من العقار على سبيل التبع لا الابتداء ، وخالف المالكية الجمهور ، فأدخلوا في مفهوم العقار: الشجر والبناء وبناء على خلافهم ، يكون مفهوم الأموال غير المنقولة عند المالكية أوسع وأشمل من الجمهور ، ومفهوم الأموال المنقولة أوسع من عند الجمهور من مفهوم المالكية ، لكون الشجر والبناء من المنقولات عندهم ويُلاحظ في العقارات أنها ثابتة : مادة وبناءً ، وأسماء المالكين التي ترد على العقار تتغير.

^{١٩٥} عيش، منح الجليل، ٢٣٢/٥.

^{١٩٦} الدمشقي، أبي الفضل، الإشارة إلى محاسن التجارة، بيروت: دار صادر، (١٩٩٩م)، ٢٥.

^{١٩٧} الشربيني، مغني المحتاج، ٧١/٢.

^{١٩٨} ابن قدامة، موفق الدين عبد الله بن أحمد بن محمد، الكافي في فقه الإمام أحمد، دم، دار الكتب العلمية، ط (١٤١٤هـ/١٩٩٤م)، ٢٣٢/٢.

^{١٩٩} علي حيدر، درر الحكام، ١٠١/١.

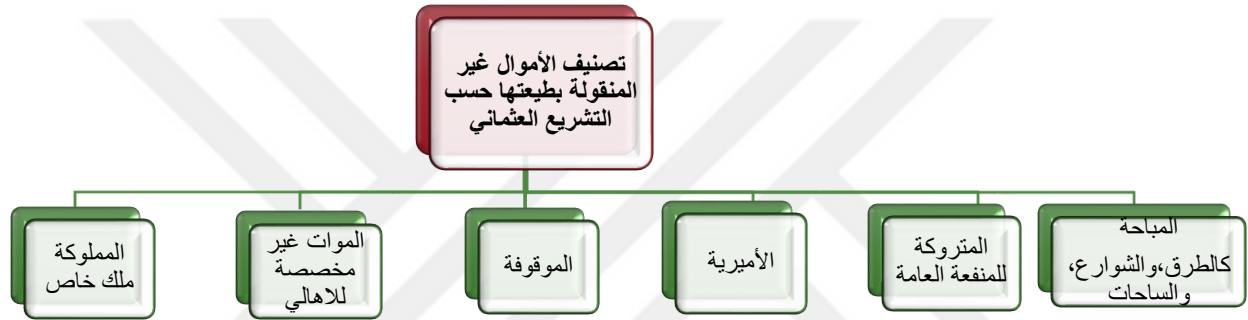
^{٢٠٠} النووي، يحيى بن شرف، روضة الطالبين، تحقق: زهير الشاويش، بيروت - دمشق - عمان: المكتب الإسلامي، ط ٣، (١٤١٢هـ/١٩٩١م)، ٦٩/٥.

1.2.9.2. أنواع المال غير المنقول

1.2.9.2.1. **الثابت أصالةً:** "كل ما جُمع من مواد البناء، فشُدَّ بعضه إلى بعض بصورة ثابتة، سواء كان ذلك ظاهر الأرض

أو في باطنها، تام البناء أو غير تام، وسواء كان اتصالها وقتياً أو أبدياً".^{٢٠١} فما كان مستقراً يكون راجعاً إلى طبيعته وخلقه التي وُضع من أجلها، مادامت يد الإنسان لم تمتد إليه وتعزله عن مكنها الطبيعي.

وتشمل: الأراضي، باطنها وظاهرها على اختلافها، وما يلتصق بها من نباتات، وغراس، وأبنية، ودور، ومبانٍ، وعرصات، ومناجم، ومحاجر، وسدود وأفاق؛^{٢٠٢} والمعادن، والأحجار في باطن الأرض أو الجبل تُعتبر جزءاً من الأرض أو الجبل".^{٢٠٣} أما خيام البدو وأكواخهم، لا تُعتبر عقارات، بل منقولات ويدخل أيضاً ما نبت على الأراضي من الأشجار التي تصل جذورها



بالأراضي، بحيث إذا تمت إزالتها تغيرت صورتها وتلفت. يرى القانون الفرنسي في مادته 520، أن: "الأشجار، والثمار، والمحاصيل من جملة العقار، ما دامت لم تحصد".^{٢٠٣} وفي معنى العقار، السفينة عند الإمام مالك: "لأنها تُسكن كالعقار".^{٢٠٤}

1.2.9.2.1.1. **الأرض:** أجمعت جميع أقوال الفقهاء والتشريعات القانونية الحديثة على اعتبارها أموال غير منقولة، وهي

من تحكم العلاقات الاجتماعية والاقتصادية بين الأفراد، ومصدرٌ لحاجات الناس؛ فهي مساحات سطحية تُستخدم لأغراض البناء والزراعة، وهي: "مصدر للصفة العقارية لما يقام عليها".^{٢٠٥} تنتوع الأرض بحسب استخدامها، منها: الأراضي السكنية، والأراضي التجارية، والأراضي الزراعية، وغيرها، وتقسّم باعتبار ما يفرض عليها وباعتبار دخولها في الملكية.

الأراضي والأبنية الاستثمارية: النشاط الاقتصادي نحو تطوير العقار وجعل منه ثمرة مالية محل اهتمام، معتمد عليه من زمن النبي ﷺ، والأحاديث الواردة في بيان وجود الاستثمار العقاري في المجتمع النبوي كثيرة. أما فيما يخص تعريف العقارات التجارية، فقد عُرف لغةً: "عقارات والعقار الحر، ما كان خالص الملكية، يأتي بدخل سنوي دائم يُسمى ربيعاً".^{٢٠٦} فإن الفقهاء القدماء لم يضعوا تعريفاً دقيقاً لها، إنما ذكروا مسألة بيع الثمار الناتجة من العقار، سواء أكانت متصلة به أو مستقلة عنه.

^{٢٠١} عثمان سلطان، شرح أحكام الأراضي الأميرية، ١٩.

^{٢٠٢} السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ٨٤/٨.

^{٢٠٣} عثمان سلطان، شرح أحكام الأراضي الأميرية، ١٧.

^{٢٠٤} ابن نجيم، البحر الرائق، ١٥٧/٨.

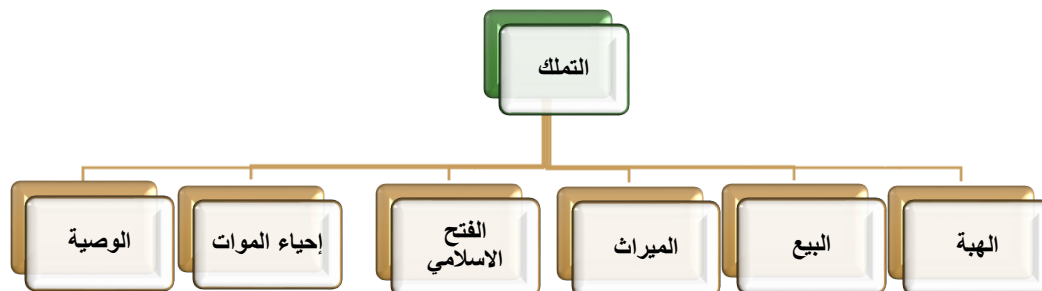
^{٢٠٥} السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ٢٤/٨.

^{٢٠٦} مصطفى، إبراهيم وآخرون، المعجم الوسيط، ٦١٥/٢.

لكن من خلال التعاريف السابقة للعقار، نستطيع أن نُعرِّف العقارات التجارية بأنها: "الأراضي، مبنية كانت أو غير مبنية، معدة للزراعة أو للبناء، وكل ما يتبعها من الملحقات المتخذة لغايات استثمارية".^{٢٠٧} ويشمل العقار المعد للزراعة أو البيع: "تنمية الثروة بتحويلها إلى أصل منتجة على هيئة أراضٍ ومبانٍ متاحة للاستغلال لمختلف الأغراض".^{٢٠٨} أما العقارات المعدة للصناعات، فتُسمى المنشأة ويقابلها في العصر الحديث: المصانع، والأفران، والمطاحن، والجسور، والسدود... إلخ. وقد ذكرت لغةً "المنشأة: مكان للعمل أو الصناعة، يُجمع فيه الآلات والعمال".^{٢٠٩} وذكر الفقهاء هذا المصطلح في سياق حديثهم عن إحداث الجار في عقاره ما يضر بالغير، "أن يبني في داره فرناً أو حماماً أو كير حدّاد أو صائغ مما يضر بجاره".^{٢١٠}

الأراضي الأميرية اصطلاحٌ متأخر، ويُسمى بالأراضي السلطانية، وهي: "ما مات أربابه بلا وراث، وآل لبيت المال، أو فُتح عنوةً وأُبقِيَ للمسلمين إلى يوم القيامة".^{٢١١} وتشمل كذلك جميع الأراضي الخارجة عن نطاق الأماكن المبنية، أو تُسمى خارج التنظيم الإداري. وقد تفقد صفتها من أراضي أميرية إلى ملك خاص. بإدخالها داخل التنظيم الإداري. وهي أراضي تملكها الدولة، لا يجوز فيها التصرفات الناقلة للملكية، ويجوز أن يُجري عليها حق التصرف من الأفراد. فلا يحق للحاكم الإقطاع منها بحسب هواه؛ لأن حق الإقطاع مرتبط بمصلحة تعود بالنفع العام، لا المصلحة الخاصة. إنما تُدفع مزارعة، فتكون في يد زارعها عاريةً أو إيجاراً. وتختلف عقارات الموات عن الأميرية بأنها: عقارات غير محددة، ولم ينشأ عليها حق. في حين أن العقارات الأميرية محدد بمكان معين. وتختلف بأن الحاكم يصح بأن يأذن إنذاراً خاصاً باقتطاع شيء منها بهدف إحيائها، ويملك أما رقبة الأرض أو منفعتها. ويتبدل توزيع وتأجير الأراضي ويتغير على حسب الظروف والأحوال.

الأراضي والأبنية الموقوفة: " لا يُباع ولا يُوهب، إلا إذا تهدم أو أصبحت نفقاته أكثر من إيراده، فيجوز للمحكمة الإذن باستبداله".^{٢١٢} هي أموال غير قابلة للملك، والتملك، أو الرهن، ويُمنع التصرف فيها؛ لأنها وقفٌ لمصلحة الجهة الموقوف لها.



^{٢٠٧} الشبيلات، غالب خليل سليمان، *الحقوق المتعلقة بالعقارات التجارية* (٢٠١٠م) ١٤.

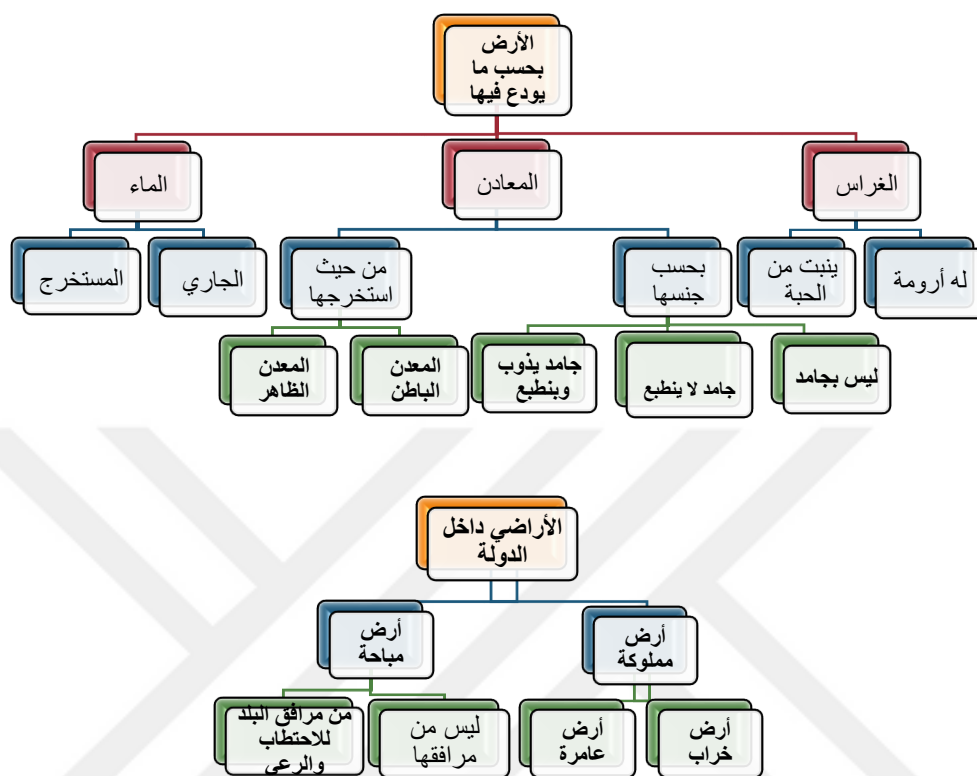
^{٢٠٨} الخرافي، عبد المحسن، *الاستثمار العقاري في الاقتصاد الإسلامي*، مكة المكرمة: جامعة أم القرى، (١٤٠٩هـ/١٩٨٩م)، ٦٢.

^{٢٠٩} مصطفى، إبراهيم وآخرون، *المعجم الوسيط*، ٦١٥/٢.

^{٢١٠} ابن جزي، أبو القاسم، محمد بن أحمد بن محمد بن عبد الله، *القوانين الفقهية*، د.ت، د.ن، د.م، ٢٢٤/١.

^{٢١١} وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، *الموسوعة الفقهية الكويتية*، ١١٩/٣.

^{٢١٢} وهبة الزحيلي، *الفقه الإسلامي وأدلته*، ٢٨٩٣/٤.



1.2.9.2.2. الأبنية والمنشآت من الشقق، والجسور، والسدود، والدكاكين المشيدة على سطح الأرض، تثبت لها صفة الأموال غير المنقولة، لأنها تكتسب صفتها من الأرض، ولو أقيمت بشكل مؤقت. لكن باعتبار اقتنائها، والغرض منها، وما يترتب عليها من حقوق، تكون على أقسام: -

القنية أو القنية "أصل المال والملك".^{٢١٣}، من ذلك قوله ﷺ: (وأنه هو أغنى وأقنى).^{٢١٤}، قال البغوي عند تفسيره للآية: "أُعْطِيَ الْقُنْيَةُ وَأَصُولُ الْأَمْوَالِ".^{٢١٥} الأبنية والأراضي المشغولة لحاجة مالكيها، دون أن تكون معدة للتجارة أو الإيجار، يتمتع مالكيها بكل مزايا ملكية العين، أي السلطات الثلاثة؛ فهي مملوكة على سبيل الادخار، لا الإتجار. وهذا الاصطلاح أكثر ما يستعمله الفقهاء في باب الزكاة، وتقرأ بالضم قنية، وبالكسر: قنية. وقد جاءت في لغة العرب: "قنى الشيء واقتناه، إذا كان ذلك معداً له لا للتجارة".^{٢١٦}، وأصله من: "قنيت الشيء، أقنائه، إذا لزمته وحفظته".^{٢١٧} وتمييز عقار القنية عن عقار التجارة بالنية؛ لأن العقد التي تملك به العقار قد يقصد به القنية أو التجارة. وبالنية يُقطع حول زكاة العقار.

^{٢١٣} الأنباري، أبو بكر، *الزاهر في معاني كلمات الناس*، تحقق: د. حاتم صالح الضامن، بيروت: مؤسسة الرسالة، ط١، (١٤١٢هـ/١٩٩٢م)، ١/١٦١.

^{٢١٤} النجم ٤٨/٥٣.

^{٢١٥} البغوي، عبد الله بن عباس، *معالم التنزيل*، تحقق: محمد عبد الله النمر وآخرون، د.م: دار طيبة للنشر والتوزيع، ط٤، (١٤١٧هـ/١٩٩٧م)، ٧/٤١٩.

^{٢١٦} ابن فارس، *مقاييس اللغة*، ٢٩/٥.

^{٢١٧} الأزهرى الهروي، *الزاهر في غريب ألفاظ الشافعي*، ١/١٥٨.

الأراضي المتروكة " الأرض ملك لصاحبها، وإن طال الزمان على خرابها، حتى إنه يجوز له بيعها وهبتها وإجارتها وتورث عنه إذا مات هذا إذا عرف صاحبها، فإن لم يعرف، فحكمها حكم اللقطة".^{٢١٨}

1.2.9.2.1.3. الشجر والنبات جاء بمعنى الثابت بمستقر كالأرض، وعبر عنه الفقهاء بأنه أصل "الأشجار، والأرضون"^{٢١٩} والمعتبر عند الشافعية أن الشجر أصل كالأرض، " لأنهما من الثابتات فيها التي تُراد للبقاء، فتجري مجرى أجزاء الأرض".^{٢٢٠} فأصبحت بمعنى الأرض، والأرض اسمٌ يجمعهم. وقد استثنى القانون النباتات التي تُزرع في "الأوعية وقصاري، فاعتبرها منقولات، لأن جذورها لا تمتد إلى باطن الأرض، وإن كانت الأوعية مدفونة في الأرض، دون ما كان لها ساق".^{٢٢١} وهذا الاستثناء يوافق المعنى اللغوي: "الشجر من النبات ما قام على ساق، وهو على صنفين: أولهما: ما كان له أرومة في الأرض، وينبت في الربيع، يسمى جلاً، والثاني: ما ينبت من الحبة، كما تنبت البقول، يسمى دقاً، أي لا يبقى للبقل شيء".^{٢٢٢} وهي ما يُعبر عنه عند الفقهاء ما يُراد به البقاء والدوام، وما لا يراد. وقد أشار الشافعي إلى ذلك عندما قال: "كل ما يُثمر مرة بعد مرة من شجر وزرع".^{٢٢٣} وفي حاشية أبي السعود، قال ابن عابدين: أقول (أي ابن عابدين): "نقل الحَمَوِيّ عَنِ الْمُقَدِّسِيّ التَّصْرِيح بِأَنَّ الشَّجَرَ عَقَارٌ".^{٢٢٤}

1.2.9.2.2. الثابت تبعاً (باعتبار مصيرها) منقول في الحال، وعقار في المستقبل، وهو شيء لم يتحقق من الناحية المادية، ويكون على شكل مواد وأدوات. وهذه المنقولات تحكمها عوامل مستمدة من طبيعة الأشياء، فتكون على صفة يراد بها الثبوت في زمن، ومنفصله في زمن آخر، وأن المنقول محله العقار يأتي على قسمين:

١. **ما كان مخصصاً لخدمة العقار واستغلاله** "ما كان متصلاً بالأرض لمصلحتها، كالسلاليم، والرفوف المسمرة، والأبواب المنصوبة، والخوابي المدفونة؛ لأنها لمصلحتها كحيطانها".^{٢٢٥}، وعليه تنصرف إرادة العاقدين إلى ما سيصبح عليه المنقول بعد إجراء العقد: إلى عقار حقيقياً لا وهمياً، أو منقول لا يختص بمصلحة العقار "كالحبل والدلو والبكرة والقفل والفرش".^{٢٢٦}

٢. **أو تكون عقاراً في حال منقولاً في المستقبل**، وهذا ما عبر عنه الفقهاء بالثمار الذي أوشك على النضوج بالمعدّ للفصل؛ لأنها قبل الفصل "متصلة بالأصل اتصال خلقه، فكانت تابعة له كالأغصان".^{٢٢٧} والرافعي من الشافعية "وفي معنى العقار الأشجار الثابتة، والثمرة المبيعة على الشجر قبل أوان الجذاذ".^{٢٢٨} وهنا يكون نية المتعاقدين بشأنها تنصرف إلى فصلها عن مكانها بعد نقضها، ويترتب عليه أن ينظر إليها من جهتين: من جهة إذا كانت المواد متصلة بالعقار فتأخذ الأحكام المترتبة على العقار؛ لأنها فقدت كيانها بالاتصال وأصبحت ذات وحدة لا

^{٢١٨} وهبة الزحيلي، **الفقه الإسلامي وأدلته**، ٤٦٠٧/٦.

^{٢١٩} أبي الفضل، عبد الرحمن بن محمد، **المطلع على ألفاظ المقتنع**، تحقق: محمود الأرناؤوط، د.م: مكتبة السوادي، ط١، (١٤٢٣هـ/٢٠٠٣م) ٢٩٠/١.

^{٢٢٠} ابن الرفعة، محمد بن أحمد، **كفاية النبيه**، تحقق: مجدي باسلوم، د.م: دار الكتب العلمية، ط١، (٢٠٠٩م)، ١٧٣/٩.

^{٢٢١} السنهوري، **الوسيط في شرح القانون المدني**، ٢٣/٨.

^{٢٢٢} ابن منظور، **لسان العرب**، ٣٩٤/٤.

^{٢٢٣} النووي، يحيى بن شرف، **المجموع**، د.م: دار الفكر، د.ط، د.ت، ٢٤٥/١١.

^{٢٢٤} ابن عابدين، محمد أمين، **قره عين الأخبار لتكملة رد المحتار**، بيروت: دار الفكر للطباعة، د.ت، ٢٥/٨.

^{٢٢٥} ابن ضويان، أحمد بن صالح، **منار السبيل**، تحقق: زهير الشاويش، د.م: المكتب الإسلامي، ط١، (١٤٠٩هـ/١٩٨٩م)، ٣٣٤/١.

^{٢٢٦} ابن قدامة، عبد الله بن أحمد، **الشرح الكبير على شرح المقتنع**، د.م: دار الكتاب العربي، د.ت، ١٨٦/٤.

^{٢٢٧} ابن قدامة، **المغني**، ٥١/٤.

^{٢٢٨} الشربيني، **مغني المحتاج**، ٧١/٢.

تتجزأ، وفي حال انفصلت وتحولت عما كانت عليه يُنظر إليها على أنها منقولات، ولا ينظر إليها باعتبارها متصلة بالأرض، بل ينظر إليها على أنها مآلها الفصل في المستقبل. فهي منقولات تحمل طبيعة خاصة للعقار لا لغيره. ويشترط للأشياء المنقولة لتحمل الصفة العقارية من شرطين:

- **اتحاد المالك:** يوافق الرأي الحنفي من اعتبار الأشجار والأبنية الواقعة على الأرض لنفس المالك، فإذا "بنى أحد داراً في غير ملكه كانت الدار منقولاً".^{٢٢٩} يخرج من مسمى العقار ما بُني في أرض الوقف والأراضي الأميرية، فيصبح طبيعة حقه موصوف بالمنقول، وملكيته فيها ملكية متميزة، أي منفصلة عن رقبة العقار.
 - **معدة لمنفعة العقار:**^{٢٣٠} فائدة الشرطان في المنقول المضاف من قبل المستأجر أو الدائن المرتهن يعبر عنه بعض الفقهاء بمشتملات المبيع، والمبيع إما أن يكون منقولاً أو غير منقول.
- لكن نقصد هنا عكس ما يقوله الفقهاء المتولدة، إنما الأشياء المنفصلة عن الأصل كموايد البناء والأدوات، ويسمونها علماء القانون الفرنسي العقار بالتخصيص "المنقولات المرصودة على خدمة عقار أو استغلاله".^{٢٣١} لحقت بها الصفة العقارية بطريق التبعية بعد الإضافة، بشرط أن يكونا متميزين عن بعضها قبل البدء، وأن يتصلا بالأصل بحيث يصعب فصلهما دون ضرر، واتصالها يكون على سبيل الدوام. ذلك أن توابع العقار المتصلة به على سبيل الدوام أو التأقيت أما يكسب مالك الشيء الأصل ملكية الشيء الفرعي المضاف إما لتكميله، أو أن الشيء لا يقوم بدونه.

وأما "من اشترى شقصاً من حائط، وفيه رقيق ودواب، فليأخذه الشفيع مع رقيقه ودوابه إذا لم يكن للحائط منهم بد".^{٢٣٢} فهو أشبه لتعديل محل ملكية العقار، وإدخاله للمدى الطبيعي، أو إنشاء ملكية جديدة في ملك الغير. ذلك أن التوابع تفقد صفتها كمنقولات، حيث تمتد إليها سلطات المالك بحكم الاتصال؛ ثم إن ملكية العقارات تمتد إلى توابعها، فتصبح غير متميزاً عنه، ولا يُتصور وجود الشيء بدونها. فالاتصال بها هو امتداد للملكية الأصلية إذا كان الشئان المتصلان مملوكين لنفس المالك.

أما إذا كان منقولاً يُراد إدماجه في عقار الغير، فإنه سبب جديد أضيف إلى الملكية بطريق التبع. وبقي أن نبين شيئاً في ضابط التفرقة بين الأصل وتوابع الشيء المتصل بالأصل؛ لأن هناك من الملحقات التي تُضاف إلى المال غير المنقول تكون تكميلية لا ضرورية. لكن عدم تصور وجود الأصل بدون التبع، يكون أفضل ضابط نحدد من خلاله توابع العقار. والضابط الآخر أن تكون على سبيل الدوام، وهذا يرجع إلى نية واضعه؛ ذلك أن من المنشآت التي تكون متصلة بالأرض اتصال قرار، لكنها وُضعت على سبيل التأقيت لا الدوام، وعليه، يترتب حكم فيما إذا طلب صاحب العقار الأصلي إزالة البناء المُحدث على أرضه من غيره، فإنه يُعيد الأرض على ما كانت عليه سابقاً، دون إحداث ضرر فيها. وبه قال ابن رجب: "من اتصل ملكه بملك غيره متميزاً عنه، وهو تابع له، ولم يمكن فصله منه بدون ضرر يلحقه، وفي إبقائه على الشركة ضرر، لم يفصله ماله فلمالك الأصل أن يتملكه بالقيمة

^{٢٢٩} علي حيدر، *درر الحكام*، ١/١٠١.

^{٢٣٠} عثمان سلطان، *شرح أحكام الأراضي الأميرية الصادر بقرار ٣٣٣٩*، ٢١، بتصرف.

^{٢٣١} العميرة، أحمد عبد العزيز، *نوازل العقار: دراسة فقهية تأصيلية*، الرياض: دار الميمان، ط١، (١٤٣٢هـ/٢٠١١م)، ٤٠.

^{٢٣٢} الباجي، أبو الوليد سليمان بن خلف بن سعد، *المنتقى شرح الموطأ*، مصر: مطبعة السعادة، ط١، (١٣٣٢هـ)، ٦/٢٢٢.

من ماله، ويُجبر على المالك على القبول".^{٢٣٣} وهذا التملك مرتبط بالحق الضرر بالمالك الأصلي، وإن أمكن فصله دون ضرر، لا يُجبر على تملكه لزوال ضرره.

1.2.9.2.2.1. ثابتة بأفة سماوية يُعبر عنها في القانون بالالتصاق المُكسب للملكية، وهو تغيّر مادي على شكل الوحدة العقارية. وهذه الصفة التي نالت صفة الثبات وتبعت العقار وأصبحت جزءاً منه، قد مثل عليه علي حيدر باشا في المجلة بقوله: "لو خرج ملك أحد من يده قصداً، مثلاً لو سقط جبل بما عليه من الروضة على الروضة التي تحته، يتبع الأقل في القيمة الأكثر".^{٢٣٤} وهذه من صور اتصال العقار بالعقار، لا المنقول بالعقار، التي كان للفقه الإسلامي السبق في بيانها، كاتكشاف مياه البحر أو البحيرات عن بعض أجزاء الأرض، مما تولد عنه عقار جديد دون تدخل أجنبي. أما ما اتصل بفعل الطبيعة وادخاله في ملك الشخص، كالمعادن المخلوقة في الأرض يوم خلقت، كانت صلبة كالحديد، والرصاص، والذهب، والفضة، والماس، والياقوت، والفحم الحجري، والزيت الصخري، أو سائلاً كالزئبق، والنفط، وكطمي النهر، والسيول الذي يأتي، فإنه أصبح من أجزاء ملكه. هنا فرق بين التراب والأشجار؛ فلو حصل سيل وكان يحمل الأشجار، ودخلت في ملكه دون أن يكون لها صاحب، كان يكون اقتلاعها من الجبال، كانت له كالمباح الذي يأتيه؛ لقوله ﷺ: «المسلمون شركاء في ثلاث: في الماء، والكلا، والنار».^{٢٣٥} وإذا أوصى رجلٌ لآخر بأرض، وبغير فعل الموصي "ألقى السيل بذراً في الأرض، فنبت، فمات الموصي، يختص بها الوارث؛ لأنها حادثان بعد الوصية".^{٢٣٦} وفي الإعارة، إذا "حَمَلَ السَّيْلُ نَوَاةً إِلَى أَرْضٍ فَأَنْبَتَتْ، فَالشَّجَرَةُ لِمَالِكِ النَّوَاةِ".^{٢٣٧} ولو أن شخصاً ملك أرضاً، وفيها الكلا والأجام، فإنه يملكها بتملك الأرض؛ لأنها خرجت عن الإباحة بالملك.

1.2.9.2.2.2. ثوابت صناعية اتحاد مادي بالعقار قد ينتج عنه فعل ضار أو نافع. هذا النوع من التوابع يكون على شكلين: كبناء المستأجر أو غراسه في الأرض المؤجرة، أو إضافة أشياء إنشائية في الملك، أو الأشياء التي يدفنها، كالذهب، والفضة، والنحاس. "لو عمّر المكثري الشرفات بغير إذن المالك، كان متبرعاً بما أنفقه".^{٢٣٨} وبسبب وضعها في الأرض، نالت الصفة العقارية، أو إنشاء عدة عقارات فوق العقار الواحد. وهذا الشكل له أثر واضح على تجزئة محل الحق (الأرض)، مما يحولها إلى عقارات داخل وحدة واحدة.

1.2.9.3. شروط اعتبارها ثابتة بالتبع مجموع ما وصل إليه الفقهاء من اعتبار المنقولات ثابتة بالتبع، بمعنى أنه تأخذ الصبغة العقارية. وهذا الموضوع يُرجعنا إلى التمييز بين الأشياء الأصلية والتبعية؛ فما كان له وجود مستقل، كالدار، والأرض، والشجر، يُعد أصلياً، وما لا يتصور وجوده إلا لتعلقه بغيره من المنقولات، كالشبابيك، وتمديدات الكهرباء داخل الدار، يُسمى تبعياً. فالتعدي على شبابيك وأبواب البيت، وإتلاف الأشجار، يُعتبر كالتعدي على الأرض أو البناء في تقرير العقوبة، ويأخذ أحكامها. ويشترط فيه:

^{٢٣٣} ابن رجب الحنبلي، *القواعد في الفقه الإسلامي*، مكتبة الكليات الأزهرية، دم، دب، ١٥٤/١.

^{٢٣٤} لجنة مكونة من علماء الدولة العثمانية، *مجلة الأحكام*، ١٧٤/١.

^{٢٣٥} أحمد بن حنبل، *المسند*، ١٧٤/٣٨.

^{٢٣٦} أبو بكر الدمياطي، أبو بكر الدمياطي، عثمان بن محمد شطا، *حاشية إعانة الطالبين*، بيروت: دار الفكر للطباعة، دب، ٤١/٣.

^{٢٣٧} الرافعي، عبد الكريم بن محمد بن عبد الكريم، *الشرح الكبير*، تحقق: علي عوض وعادل عبد الموجود، بيروت: دار الكتب العلمية، ط١، ١٤١٧هـ/١٩٩٧م، ٣٨١/٥.

^{٢٣٨} الدسوقي، محمد بن أحمد، *حاشية الدسوقي على الشرح الكبير*، بيروت: دار الفكر، دب، ٥٠/٤.

١. كل ما وُضع في العقارات مما يُراد للبقاء دخل تبعاً " يدخل المفتاح لأنه تبع للغلق المتصل، فهو كالجُزء منه، إذ لا ينتفع إلا به".^{٢٣٩}، حتى إن الفقهاء ذكروا أدق من ذلك، بأن القفل يُعتبر من المنقولات التي لا تدخل بالعقار دخول قرار، لأن مفتاح غلق الباب متصل بالباب، بخلاف المنفصل، وهو القفل ومفتاحه، فإنه لا يدخل، وكذلك السلم المنفصل؛ لأنه أشبه بالمتاع الموجود في البيت.

٢. إذا وُجد تصريح بإدخال ما لا يدخل تبعاً، أو بإخراج ما يدخل تبعاً عمل به بسبب وجود نص باشتراط أو تصريح بذكره، فـ "المستثنى بالشرط أقوى من المستثنى بالعرف".^{٢٤٠}

٣. كل ما جاز بيعه منفراً عن العقار جاز استثنائه فإذا باع حديقة واستثنى منها بقعة معينة، جاز ذلك: " في بيع الأرض تدخل الأشجار القائمة عليها تبعاً".^{٢٤١}

٤. لا يُعتبر الشجر القطوع واليابس من توابع الأرض؛ "لأن اللفظ لا يتناول، والتبعية انقطعت بانفصاله".^{٢٤٢}

٥. الحقوق العقارية والمرافق داخله في مسمى العقار؛ وإن لم يُصرح به بيعاً وشراءً، وصيةً ووقفاً.

الاعتبار الفقهي في توابع العقار معلل بالعرف، ويوشك أن يكون ضابطاً له، ومن تأمل كتب الفقهاء وجد ترابطاً في ذلك؛ لأن العرف مما يُضبط به مشتملات العقار، وما هو من مصلحته، وما هو جارٍ على أنه من توابعه، والتعليل به مما يمكن أن يكون تأصيلاً مذهبياً لإثبات توارده الأئمة على التعليل به، وضبط توابعه من خلال استعمال العرف، الذي يُنزل منزلة النطق بالأمر المتعارف. والعرف، في نظر الشرع له حاكمية؛ لأنه في قوة العبارة المنشئة للحق، ففي باب شمول المبيع قرر الفقهاء أن ما جرى العرف على تبعية للمبيع يدخل بلا ذكر.

1.2.9.4. المال بحسب فرضيته المالية، يترتب على تعدد أنواع الأراضي تعدد الحقوق، وهذا التقسيم يُرجع فيه للدولة إلى قسمين من حيث ملكيتها، وهي على ست أقسام: الأراضي المملوكة، وهذا القسم يجري فيه قسمة الأعيان وقسمة المنافع؛ لأن الملكية فردية، وأراضي الوقف، ويُبحث به من حيث تقسيم مصاريف غلته، لا ملكيته؛ لأنه ملك جماعة المسلمين، والأراضي المتروكة، وأراضي الحوز، والأراضي الأميرية، وأرض الموات. هذا التقسيم للأراضي من حيث الملكية. وأما التقسيم الفقهي لعائدات الأراضي أي ما يُوضع على الأرض، فقسّمت إلى: الأرض الخراجية، والأرض العشرية. وكلا من الأراضي الخراجية والعشرية من قسم الأراضي المملوكة، وينتهي بها الملكية الفردية بانتها مالكيها، فتصبح من أراضي المملكة.

1.2.9.4.1 الأرض الخراجية: يُعد الخراج أحد أنظمة الضرائب على العقارات في التعبير القانوني، وقد عرف بأنه: "ما وُضع على رقاب الأرض من حقوق تُؤدى عنها".^{٢٤٣} وكانت تُسمى أجرة الأرض أو الطسق، كلمة فارسية معربة يُراد بها "الوظيفة المقررة على الأرض، وأول من استعمل هذه اللفظة في الإسلام الخليفة عمر بن الخطاب - رضي الله عنه - حيث كتب إلى عثمان ابن حنيف - رضي الله عنه - في رجلين من أهل الذمة أسلما، كتاباً جاء فيه: ارفع الجزية عن رؤوسهما وخذ الطسق عن أرضيهما".^{٢٤٤} وهو اجتهد من الحاكم أو رئيس الدولة، يُفرض فيه ضريبة على الأراضي الزراعية. ومحل الحق له أصل

^{٢٣٩} شيخ زاده، مجمع الأنهر، ١٤/٢.

^{٢٤٠} الغزي، محمد صدقي، الوجيز في إيضاح قواعد الفقه، بيروت: مؤسسة الرسالة، ط٤، (١٤١٦هـ/١٩٩٦م)، ٨٣/١.

^{٢٤١} علي حيدر، نثر الحكام، ٤٣٤/١.

^{٢٤٢} البهوتي، منصور بن يونس بن صلاح الدين، كشف القناع، تحقق: هلال مصلحي ومصطفى هلال بيروت: دار الفكر، د.ط، (١٤٠٢هـ) ٢٧٥/٣.

^{٢٤٣} الماوردي، أبو الحسن علي بن محمد بن محمد بن حبيب، الأحكام السلطانية، القاهرة: دار الحديث، د، ت، ٢٩٦/١.

^{٢٤٤} ابن منظور، لسان العرب، ٢٢٥/١٠.

في المشروعية والمبدأ العام في الإسلام، ويختلف في تطبيقاته تبعاً لأنواع الأراضي، والأشخاص الذين يملكونها عيناً أو انتفاعاً، ومقدار ما يؤخذ منها، كل ذلك تبعاً للزمان والمكان. كما في قوله ﷺ: (فَهَلْ نَجْعَلُ لَكَ خَرْجًا عَلَى أَنْ تَجْعَلَ بَيْنَنَا وَبَيْنَهُمْ سَدًّا).^{٢٤٥}

والخراج هي الأجرة أو الكراء، ويختص الخرج بنوع من أنواع العقارات، وهي الأراضي تحديداً. ومن حيث سبب الفرض، هو نماء الأرض، ويعرف بأنه: "قدر معلوم من النقود أو المحصول يُدفع عن كل وحده قياسية من الأرض".^{٢٤٦} الخراج متعلق برقبة الأرض، وتُسمى في عصرنا بالإيراد، وكانت تُستعمل بمعنى الجزية في عهد رسول الله ﷺ، ومنها خراج الرأس. وتُعتبر من المسائل ذات الصلة بالأحوال السياسية، فهي تجمع بين الجانب الفقهي والتاريخي. قال المهدي في البحر الزخار: "الخراج ما ضُرب على أرض افتتحتها الإمام وتركها في يد أهلها على تأديته، كفعل عمر بن الخطاب - رضي الله عنه - عن مشاورة في سواد الكوفة ومصر والشام وخراسان، فكان إجماعاً".^{٢٤٧} تبقى الأرض تحمل صفتها الخراجية، وإن تغيّر المتصرف بالأرض.

الخراج، باعتبار المأخوذ من الأرض، نوعان: خراج مقاسمة، وخراج وظيفة. وقُسّم باعتبار الأرض التي تخضع لضريبة الخراج، إلى خراج أرض العنوة، وخراج أرض الصلح.

✕ **خراج المقاسمة:** ما يؤخذ مما تخرجه الأرض عيناً، "جزء معين من الخارج يضع الإمام عليه كما يضع الربع أو الثلث ونحوهما أو نصف الخارج غاية الطاقة".^{٢٤٨} تفرضه الدولة أو الإمام على الأرض الخراجية النامية.

✕ **خراج الوظيفة (المقاطعة أو الرأس)،** أو تُسمى أيضاً خراج المساحة: ما يُوظف من المال سنوياً على الأرض متعلقاً بزمه صاحبها، "^{٢٤٩} ولا يسقط الحكم التكليفي عن صاحبها إذا لم تُزرع؛ "لأن التمكن من الانتفاع قائم، وهو الذي قصر في تحصيله، فيتحمل نتيجة تقصيره".^{٢٥٠} وخالف المالكية جمهور الفقهاء، فقالوا بأن خراج الوظيفة يسقط عن صاحبها، سواء كان التعطيل عن الزراعة مختاراً أو معذوراً؛ لأن العبرة بتحقيق الانتفاع، وفي كلا الحالين غير منتفع بها "ومن زرع في أرض الخراج بكراء، مثل أرض مصر، فغرقت أو عطشت، فلا كراء عليه إذا لم يتم الزرع من العطش".^{٢٥١}

خراج المقاسمة يكون فرض الخارج متعلقاً برقبة المحصول، أما خراج الوظيفة، فزمة المالك مشغولة بدين الخارج. وفي مصرف المقاسمة والوظيفة، محله المصارف العامة للدولة. ومن حيث ضريبتها السنوية في المقاسمة يؤخذ كلما تكرر الخارج، وفي الوظيفة يؤخذ مرة واحدة مهما تعدد الخارج؛ فالأول متعلق بالزمة، والثاني بالرقبة.

1.2.9.4.2. الأرض العشرية: "ما يؤخذ منها العشر أو نصفه، كالزكاة، ولكنه ليس بزكاة".^{٢٥٢} عُشر إنتاجها يُصرف في

مصارف الزكاة، والعشر متعلق في غلتها، وهي صدقة مفروضة على الحاصلات الزراعية؛ لأنها محل وضع الفرض عليها.

^{٢٤٥} الكهف ٩٤/١٨.

^{٢٤٦} أبو النجا، إبراهيم، *السجل العيني في التشريع المصري*، مكتبة طريق العلم، د.م (١٩٧٨م)، ٧٣.

^{٢٤٧} المرتضى، أحمد بن يحيى، *البحر الزخار الجامع لمذهب علماء الأمصار*، بيروت: مؤسسة الرسالة، ط ٢، (١٣٩٤هـ/١٩٧٥م)، ٣ / ٢١٨.

^{٢٤٨} البركني، *التعريفات الفقهية*، ٨٦/١.

^{٢٤٩} الزرقا، مصطفى، *المدخل إلى نظرية الالتزام العامة*، دمشق: دار القلم، ط ٢، (١٤٣٤هـ/٢٠١٣م)، ١٦٩.

^{٢٥٠} شبير، محمد عثمان، *أحكام الخراج في الفقه الإسلامي*، الكويت: دار الأرقم، ط ١، (١٤٠٦هـ/١٩٨٦م)، ٣٤.

^{٢٥١} ابن البراذعي، أبو محمد عبد الله بن عمر، *التهذيب في اختصار المدونة*، تحقق: د. محمد الأمين ولد محمد سالم بن الشيخ، دبي: دار البحوث للدراسات الإسلامية وإحياء التراث، ط ١، (١٤٢٣هـ/٢٠٠٢م)، ٣ / ٤٩٠.

^{٢٥٢} الرينكي، *المنهاج في بيان أحكام العشر والخراج*، تحقق: جاسم عبد شلال النعيمي، بيروت: دار الكتب العلمية، دبت، ١٢٤.

وهي خمسة أنواع: أرض العرب وحدّها: "ما بين الغُذيب قرية قرب الكوفة إلى أقصى اليمن طولًا".^{٢٥٣} كأرض البصرة، بإجماع الصحابة".^{٢٥٤}.... "كل أرض أسلم أهلها طوعًا، أو فتح عنوة، وقسمت بين الغانمين والمسلم إذا اتخذ داره بستانًا أو كرمًا وإحياء المسلم أرض الموات".^{٢٥٥} قال الكرخي: "أرض الحجاز، وتهامة، واليمن، ومكة، والطائف، والبرية عشرية".^{٢٥٦}

أوجه الاتفاق والاختلاف بين الخراج والعشر:

- (١) من حيث انتقال الملكية تنتهي إذا مات أربابها وانقضوا عادت إلى بيت مال المسلمين.
- (٢) من حيث ملكية الأرض في النوعين، ملك لأصحابها، لهم كامل التصرف: بيعًا، وهبةً، وصية... إلخ. يجوز بيع أرض الخراج وهبتها ورهنها وإجارتها".^{٢٥٧}
- (٣) العين الخارج من العشر مقدر بالشرع وفي الخراج: مقدر بالاجتهاد، أي للسلطان. "الخراج أجرة الأرض واجبة في الذمة والعشر واجب في الزرع".^{٢٥٨}
- (٤) الأرض العشرية فيها معنى العبادة؛ لأنها من قبيل الزكاة، ومصرفها مصرف الزكاة، وتختلف عن الزكاة من عدم اشتراط الأهلية، ومن حيث المعطي، فهي مختصة بالمسلم ابتداءً "العُشْرَ زَكَاةً".^{٢٥٩} أما الخراج، فمصرفه في المصارف العامة للدولة.

1.2.9.4.3. الجمع بين ضريبة العشر والخراج: ذهب الحنفية إلى القول بامتناع الجمع بين العشر والخراج على الأرض، واحتجوا الحنفية بعدم جواز الجمع بقول النبي ﷺ: «لا يجتمع عشر وخراج في أرض مسلم». ^{٢٦٠} ودليلهم أن السبب الذي فرض على الأرض التي فتحت عنوة (الخراج) يختلف عن العشر في الأرض التي أسلم عليها أهلها؛ لأن "باختلاف السببين لم يثبت الحكمان" ^{٢٦١}، والسببان هما: الطوع والقهر. أما تحوّل وظيفة الأرض الخراجية إلى عشرية، فجاز؛ فإذا "سقيت أرض العنوة من ماء استخرج من أرضها عين، صارت أرض عشر" ^{٢٦٢} خالف جمهور الفقهاء من المالكية، والشافعية، والحنابلة وقالوا بوجوب العشر في أرض الخراج، لقوله ﷺ: «فيما سقت السماء العشر». ^{٢٦٣} وحجتهم من الحديث أن "الحقين مختلفان في القدر، والسبب الموجب لهما، وفي التصرف الذي يُصرف فيه". ^{٢٦٤}، فلا مانع من اجتماع الحقين في أرض العُشْر أو الخراج.

^{٢٥٣} الميداني، عبد الغني بن طالب بن حمادة، *اللباب في شرح الكتاب*، تحقق: محمود أمين النواوي، دار الكتاب العربي، ديت، د.م، ١٣٨/٤.

^{٢٥٤} الزبيدي، أبو بكر العبادي، *الجواهر النيرة*، د.م: مطبعة الخيرية، ط١، (١٣٢٢هـ)، ٢/ ٢٧١.

^{٢٥٥} المرغيناني، أبو الإمام محمد بن أحمد، *الهداية في شرح بداية المبتدي*، تحقق: طلال يوسف، بيروت: دار إحياء التراث العربي، ديت، ٢/ ٣٩٩.

^{٢٥٦} شيخ زاده، *مجمع الأنهر*، ٢/ ٤٥٧.

^{٢٥٧} ابن قيم الجوزية، محمد بن أبي بكر بن أيوب بن سعد، *أحكام أهل النمة*، تحقق: يوسف بن أحمد البكري - شاكور بن توفيق العاروري، الدمام: رمادي للنشر، ط١ (١٤١٨هـ/ ١٩٩٧م) ١/ ٢٤٩.

^{٢٥٨} ابن رجب الحنبلي، أبو الفرج عبد الرحمن بن أحمد، *الاستخراج لأحكام الخراج*، بيروت: دار الكتب العلمية، ط١ (١٤٠٥هـ/ ١٩٨٥م) ١/ ١٤١.

^{٢٥٩} ابن قيم الجوزية، *أحكام أهل النمة*، ١/ ٢٤٩.

^{٢٦٠} الزيلعي، *نصب الرابة*، ٣/ ٤٤٢.

^{٢٦١} العيني، أبو الحسن علي بن عبد العزيز، *البنابة شرح الهداية*، بيروت: دار الكتب العلمية، (١٤٢٠هـ/ ٢٠٠٠م)، ٧/ ٢٣٥.

^{٢٦٢} المرغيناني، أبو الإمام محمد بن أحمد، *بداية المبتدي*، القاهرة: مكتبة محمد علي صبح، ديت، ١/ ١٢٠.

^{٢٦٣} ابن خزيمة، أبو بكر محمد بن إسحاق، *صحيح ابن خزيمة*، تحقق: د. محمد مصطفى الأعظمي، بيروت: المكتب الإسلامي، ديت، ٤/ ٣٧.

^{٢٦٤} القاضي عبد الوهاب، علي بن نصر، *الإشراف على نكت مسائل الخلاف*، تحقق: الحبيب بن طاهر، د.م، ط١، (١٤٢٠هـ/ ١٩٩٩م)، ١/ ٣٩٧.

2.9.2.5 المال غير المنقول بحسب استخدامه: يُقسم بناءً على طبيعة ونوعية استخدامه، فيمكن التعبير عن المباني مثل الشقق، المحلات التجارية، العقارات الترفيهية، الحدائق، قطع الأراضي، الفيلات، القصور، المصانع، الموانئ البحرية الساحات، المدارس، ومراكز التسوق، كأنواع من العقارات.

ولهذا التقسيم من أهمية كبيرة على قيمتها الاقتصادية ووسيطاً للاستثمار. والأرض تُعد أبسط صورة من صور المال غير المنقول، وهي بداية لكل العقارات التي تُبنى عليها، والمكون الأساسي لها. والتفاوت في خصائص الأرض له أثر كبير على القيمة الاقتصادية.



1.3. آثار تقسيم المال إلى منقول، وغير منقول

إن ثمة تقسيم الأموال إلى منقولة وغير منقولة، له أهمية في كونه على تماس دائم للإفراد أصحاب الملكيات العقارية ومعاملاتهم، من أجل حماية حقوقهم من أي تلاعب يهدد الوحدة العقارية لهم، ونظرًا لخطورة الآثار التي تترتب على اعتبار الشيء منقولاً أو غير منقولاً، فقد أصبح للتفريق بينهما آثار لا بد من بيانها. والآثار المترتبة من ذلك مختلفة.

- محل الوقف والحقوق العينية الطارئة (حقوق القرار) في غير المنقول: نقل المرداوي الإجماع على: "وَقَفُّ غَيْرِ الْمُنْقُولِ يَصِحُّ بِلَا نِزَاعٍ"^{٢٦٥}، واختلفوا في المنقولات؛ "فشرط البعض أن يكون مما لا يُنقل، ومنهم من أجاز به في المنقول".^{٢٦٦} أو أن يتم إضافة تبعاً "وقف المنقول تبعاً للعقار جائز بالإجماع".^{٢٦٧}
- الغصب في المال المنقول: واختلفوا غير المنقول؛ فذهب "اتجاه إلى عدم صحة غصب العقار، لأنه على أصلهم - لا يُتصور فيه النقل، الذي هو شرط تحقق الغصب عندهم. واتجاه آخر يذهب إلى صحة غصب العقار، لأنه بناءً على أصلهم يمكن إثبات اليد عليه".^{٢٦٨} ولا تتحقق إزالة اليد إلا في المنقولات، "فيد المالك لا تزول إلا بإخراج العين منه، ونقله، وتحويله عن مكانها الذي كانت يد المالك ثابتة عليه، وهذا لا يُتصور في العقار. " فإذا غصب الرجل من رجل داراً أو كرمًا أو حائطاً ...، وَحَالَ بَيْنَهُ وَبَيْنَ ذَلِكَ، ثُمَّ هَلَكَ أَوْ نَقَصَ فِي يَدِي الْغَاصِبِ، فَلَا ضَمَانَ عَلَيْهِ فِي قَوْل أَبِي حَنِيفَةَ، لَأَنَّهُ لَا يَرَى الْغَصْبَ فِي الْعُقَارِ".^{٢٧٠}

^{٢٦٥} المرداوي، علاء الدين أبو الحسن علي بن سليمان، الإصناف، بيروت: دار إحياء التراث العربي، ط ١، (١٤١٩هـ)، ٨/٧.

^{٢٦٦} وَهَبَةُ الزَّحِيلِي، الْفَقْهُ الْإِسْلَامِيُّ وَأَدْلَتُهُ، ١٠/ ٧٦٥٧. بنصرف

^{٢٦٧} الزبيلي، عثمان بن علي بن محجن البارعي، تبیین الحقائق وحاشية الشلبي، المطبعة الكبرى الأميرية-القاهرة، ط ١ (١٣١٣هـ)، ٣/ ٣٢٧.

^{٢٦٨} شرارة، عبد الجبار حمد حسين، أحكام الغصب في الفقه الإسلامي، رسالة ماجستير، كلية الآداب، جامعة بغداد، بيروت: مؤسسة الأعلمي للمطبوعات، بغداد: مكتبة دار التريبية، ط ١، (١٣٩٥هـ/ ١٩٧٥م)، ٣٧.

^{٢٦٩} وَهَبَةُ الزَّحِيلِي، الْفَقْهُ الْإِسْلَامِيُّ وَأَدْلَتُهُ، ٦/ ٤٧٩٢.

^{٢٧٠} السُّعْدِي، أبو الحسن علي بن الحسين بن محمد، النتنف في الفتاوى، بيروت: دار الفرقان - مؤسسة الرسالة، ع ٢، (١٤٠٤هـ/ ١٩٨٤م)، ٢/ ٧٣٣.

- الشفعة في المال غير المنقول: محل إجماع؛ نقل الإمام النووي الإجماع على: " ثبوت الشفعة للشريك في العقار، لأنه أكثر الأنواع ضرراً وانفقوا على أنه لا شفعة في الحيوان، والأمتعة، وسائر المنقول".^{٢٧١} وخلافهم في غير المنقول المستقل دون التابع. "وَفَقَّهَاءُ الْأُمَصَارِ عَلَى أَنَّ لَا شُفْعَةَ إِلَّا فِي الْعَقَارِ فَقَطُّ".^{٢٧٢}
- بيع الوفاء ببيع العقار بشرط أن البائع متى رد الثمن رد المشتري إليه المبيع، "يختص بالعقار دون المنقول".^{٢٧٣}
- العقار يكون محلاً للرهن التأميني دون المنقول؛ لأنه عقد يرد على عقار، والحق فيه متصل بأجزاء العقار، والحق لا يتجزأ، أما في الرهن الحيازي، فإنه يقع على العقار أو المنقول؛ ذلك أن الدائن له أن يتبع العقار المرهون، ويمكن استيفاء حقه من ثمن العقار.
- تصرف الوصي: يجوز للوصي التصرف في بيع المنقول؛ لتسارع الفساد إليه، وبالبيع يقع الأمن من تلفه، أما العقار محفوظ بنفسه، ويُؤخَّر التصرف فيها لتعذر فساده بالمدة. "ويجوز له بيع العقار لوفاء دين، أو لخوف هلاك العقار".^{٢٧٤}
- يُقَدِّم القاضي عند استيفاء أموال المدين المفلس ببيع المنقولات، ويقدم منها ما يُخشى عليه من التلف، إلى أن يُوفى الدين. فإن لم يُوف بالدين، ينتقل إلى العقار.
- جواز السلم إن كان المسلم في غير المنقول: " ولا يجوز السلم في العقار، لأنه يحتاج فيه إلى بيان المكان، وإذا بين تعين".^{٢٧٥}؛ لأن السلم يثبت في الذمة، والعقار معين، "وإن عَيَّن مَكَانَهُ فَالْمُعَيَّنُ لَا يَتَّبِعُ فِي الذِّمَّةِ"^{٢٧٦} وذهب الحنابلة إلى أن التوابع من الأشجار والنخل لا يثبت به السلم: "ولا يَصِحُّ السلم في الْعَقَارِ وَالنَّخْلِ وَالْأَشْجَارِ الثَّابِتَةِ".^{٢٧٧}، فإذا تعين خرج من كونه في الذمة "وَعَيَّنَ (دَارًا، وَحَائِثًا، وَحَمَّامًا، وَخَانًا، وَنَحْوَهَا)، إِذْ لَا يَصِحُّ أَنْ يَكُونَ الْعَقَارُ فِي الذِّمَّةِ".^{٢٧٨}
- كما أن العقار والمنقولات تختلف في بعض الأحكام، إلا أنها تجتمع أيضًا في ثبوتها؛ ففي الإعارة، فإن الأشياء المُعارة إما أن تكون في منفعة عقار أو منفعة منقول، فالمنفعة مباحة، ولا تختص بالعقار دون المنقولات.
- الفيء، في المال غير المنقول، يختلف عن المال المنقول؛ فالذي حصل عليه المسلمون من الكفار بغير قتال، يُصرف منقولة في مصالح المسلمين، ثم يُقسم ما بقي بعد ذلك على المسلمين. أما في غير المنقول، فيُوقف ويُستغل ريعه: "فأما الدور والأرض، فقد هي وقف للمسلمين، تُستغل وتقسم غلتها في كل عام، كذلك أبدأ".^{٢٧٩}
- عقد المزارعة، والمساقاة، والمغارسة، ترد على غير المنقول من الأراضي والأشجار، ودون المنقولات.
- "يجري في المال غير المنقول أحكام نزع الملكية الجبري للمنافع العامة، ولا تصح في المنقول إلا في حالات استثنائية".^{٢٨٠}

^{٢٧١} مالك بن أنس. *الموطأ*، ٣/ ٣٠١..
^{٢٧٢} ابن رشد، *بداية المجتهد*، ٤/ ٤٢.
^{٢٧٣} وَهْبَةُ الرَّحِيلِيِّ، *الفقه الإسلامي وأدلته*، ٤/ ٢٨٨٣.
^{٢٧٤} وهبة الزحيلي، *الوصايا والوقف*، دمشق: دار الفكر، ط١، (١٤١٧هـ/١٩٩٦م)، ١٢١.
^{٢٧٥} القزويني، العزيز، *فتح العزيز بشرح الوجيز*، دم، دط، دت، ٩/ ٣١٨.
^{٢٧٦} الرملي، عبد الرحمن، *نهاية المحتاج*، بيروت: دار الفكر، ط الأخيرة، (١٤٠٤هـ/١٩٨٤م)، ٤/ ٢١١.
^{٢٧٧} الكلوثاني، أبو الخطاب، *الهداية على مذهب الإمام أبي عبد الله أحمد بن حنبل*، تحقق: عبد اللطيف هميم وماهر ياسين الفحل، مؤسسة غراس للنشر والتوزيع، ط١، (١٤٢٥هـ/٢٠٠٤م)، ١/ ٢٥٧.
^{٢٧٨} الدسوقي، *حاشية الدسوقي على الشرح الكبير*، ٤/ ٢٢.
^{٢٧٩} النووي، *روضة الطالبين*، ٦/ ٣٦٤.
^{٢٨٠} عثمان سلطان، *شرح أحكام الأراضي الأميرية ونظام الملكية*، ١٥.

- التسجيل العقاري يختلف عن المنقول من حيث قواعد وشروط القيد؛ " ففي المنقول تسري عليه قواعد الحيازة؛ لأنه لا يحتويه مكان ثابت، ولا ينضبط التعامل في شأنه إلا بالحيازة، أما العقار فله مقر ثابت بَيِّن".^{٢٨١}
- بدل الخلو: " أن يدفع المستأجر الجديد للمستأجر الأول، أثناء مدة الإجارة، مبلغًا من المال، مقابل التنازل عن بقية المدة".^{٢٨٢}
- المباح من الأموال غير المنقولة في الاصطلاح الفقهي على قسمين: الأول ما أُبيح إحراز عينه وتملكه، كالأراضي الموات، فهي أموال قابله للتملك الفردي. والثاني ما أُبيحت منافعُه، والمسمى بحق الانتفاع دون ملكيته؛ فلا تدخل في الملكية الفردية، بل هي لمصلحة العامة، لأنها معتبرة بنظر الشرع من مرافق المجتمع، وتحولت من الملكية الفردية إلى الجماعية بحكم الشرع.
- اشتراك الخطاء في حقوق الملك العامة كحق الشرب وحق الطريق، ليس سببًا من أسباب حق الشفعة: " لَكُونُ الْعَامَّةِ مُشْتَرِكِينَ فِي صَلَاحِيَّةِ التَّمَلُّكِ بِالْأَخْذِ وَالْإِحْزَازِ لِلْأَشْيَاءِ الْمُبَاحَةِ".^{٢٨٣} أما الاشتراك في الملك الخاص، فيعتبر سببًا من أسباب حقوق العقار، فيثبت به.
- المال القابل للقسمة وغير قابل للقسمة تجرى أحكامه في المنقول وغير المنقول: " تَجُوزُ قِسْمَةُ الْمَكِيلَاتِ وَالْمُزُونَاتِ، مِنْ الْمَطْعُومَاتِ وَغَيْرِهَا؛ لِأَنَّ جَوَازَ قِسْمَةِ الْأَرْضِ مَعَ اخْتِلَافِهَا، يَدُلُّ عَلَى جَوَازِ قِسْمَةِ مَا لَا يَخْتَلِفُ بِطَرِيقِ التَّنْبِيهِ".^{٢٨٤}
- عقد الصلح في المصالح عليه (أي محله) في الأموال المنقولة وغير المنقولة، عينًا ومنفعة: " الصَّلْحُ فِي الْعَيْنِ عَلَى عَشْرَةِ أَوْجِهٍ، أَحَدُهَا فِي الْعَقَارِ...، وَالثَّلَاثُ فِي الْحَيَوَانِ وَالرَّابِعُ فِي النَّبَاتِ".^{٢٨٥}
- يفرق بعض الفقهاء في باب التصرف في المبيع قبل القبض بين العقار والمنقول؛ فقيل: يجوز بيع العقار قبل القبض، في قول أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله تعالى، ولا يجوز بيع المنقول حتى يقبض. وخالف الأمام محمد بن الحسن، فقال: "لَا يَجُوزُ بَيْعُ الْعَقَارِ قَبْلَ الْقَبْضِ، اغْتِبَارًا بِالْمَنْقُولِ".^{٢٨٦} أما صفة قبض العقار، فتكون بالتخلية، وتمكين المشتري من التصرف فيه، بينما في المنقول، فيكفي تحويله ونقله: " وَإِنْ كَانَ الْمُبِيعُ مَنْقُولًا.....فَقَبْضُ ذَلِكَ تَحْوِيلُهُ وَنَقْلُهُ".^{٢٨٧} وما سوى ذلك، فمرجع كيفية قبضه إلى العرف.
- لا فرق بين ضمان العقار والمنقول قبل القبض، إلا على قول الحنفية؛ فالعقار عندهم قبل القبض من ضمان المشتري لأنه يجوز بيعه قبل قبضه عندهم، أما ما سواه من المنقولات، فهي من ضمان البائع، لأنه لا يجوز بيعها عندهم.
- تصرف الوصي في أموال القُصَر في المال المنقول أولى من التصرف في المال غير المنقول: " ليس للوصي بيع عقار القاصر إلا بمسوغ شرعي، كإيفاء دين، أو دفع حاجة ضرورية، أو تحقيق مصلحة راجحة..، أما المنقول فله أن يبيعه

^{٢٨١} السهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ١٦/٨.

^{٢٨٢} الطيار وآخرون، عبد الله بن محمد، الفقه الميسر، الرياض: مدار الوطن للنشر، ط١، (١٤٣٢هـ/٢٠١١م)، ٨٢/١٠.

^{٢٨٣} لجنة مكونة من علماء من الدولة العثمانية، مجلة الأحكام العدلية، ١٩٥/١.

^{٢٨٤} ابن قدامة، المغني، ١٠٠/١٠.

^{٢٨٥} السغدّي، الننف، ٥٠٧/١.

^{٢٨٦} السرخسي، الميسوط، ٦١/١٧.

^{٢٨٧} الماوردي، أبو الحسن علي بن محمد، الحاوي، دم: دار الكتب العلمية، دن، ط١، (١٤١٤هـ/١٩٩٤م)، ٢٢٧/٥.

متى رأي مصلحة في ذلك".^{٢٨٨} والغاية في ذلك أن "العقار محفوظ بنفسه، فلا يحتاج إلى بيعه، إلا إذا وُجد ما يسوغ ذلك".^{٢٨٩}

- الخراج والعُشر محلّه في نوع معين من العقارات، وهو الأراضي وما تخرجه، دون الأبنية والشقق: "سبب كل من الخراج والعُشر واحد، وهو الأرض النامية".^{٢٩٠}
- من وجهة الحقوق الإدارية: الأصل في أحكام نزع الملكية الجبري للمنافع العامة، لا يسري إلا على غير المنقول؛ فقانون الاستملاك رقم 272 وتاريخ حزيران 1946م، نص على صراحة على حق الاستملاك على: "العقارات المبنية وغير المبنية".^{٢٩١}
- يُشترط في دعوى المال غير المنقول، ذكر ما يُميز العقار المدعى به عن غيره، واتفقوا على أن ذلك لا يكون إلا بذكر حدوده وناحيته من البلد الموجود فيها: "إِنْ ادَّعى عَقَّارًا ذَكَرَ حُدُودَهُ؛ لِأَنَّهُ تَعَدَّرَ تَعْرِيفُهُ بِالْإِشَارَةِ، لِتَعَدُّرِ نَقْلِهِ إِلَى مَجْلِسِ الْحُكْمِ، فَتَعَيَّنَ التَّحْدِيدُ، إِذْ الْعَقَّارُ يُعْرَفُ بِهِ".^{٢٩٢} وأما في الأموال المنقولة، فالحالة تختلف من صفته التي عليه: "إذا المنقول القائم في مجلس القضاء ممكن الإشارة إليه، لأن الوسيلة ممكنة".^{٢٩٣}

1.4. حقوق المال غير المنقول

اهتم الفقهاء بدراسة الحقوق على النحو الذي يُبين الحق ونطاقه، حتى تتحدد معالم المسؤولية عنه؛ فالحق العيني هو الحق الذي يكون مسلطاً على عين معينة، وهذا الحق يتميز عن الحق الشخصي في أن العلاقة التي بين صاحب الحق والعين تكون مباشرة دون تدخل وسيط، لأنه يتكون من عنصرين: صاحب الحق ومحل الحق، وهو علاقة حقوقية بين شخص وشيء مادي محسوس، فلا يقوم بذاته، وإنما باعتباره تابعاً؛ فاستنادها على غيرها يدعمها وتستمر باستمرارها.

وبالنسبة لبعض الحقوق العينية، فإنها لا ترد إلا على الأشياء غير القابلة للاستهلاك؛ لأن العقود تُؤلّد حقوقاً شخصية لا ترد إلا على أشياء غير قابلة للاستهلاك، فتعطي الحق في الانتفاع بالعقار المملوك للغير ثم يرجع إلى مالكه عند الانتهاء، كالإيجار والعارية. فمثل هذه العقود لا يُتصوّر أن تكون المادة فيها من الأشياء القابلة للاستهلاك التي ترد على العقار؛ لأن الأصل في قابلية الشيء للاستهلاك أو عدمه هي طبيعة الشيء نفسه.

فالحق شيء معنوي لا مادي، وعند قولنا بأن الحقوق العقارية مالية، يُقصد به أن الأشياء المنقولة والعقارية مادية، والحق اعتُبر مآلاً لتعلقه بالشيء المادي، إما المنقول أو العقاري.

^{٢٨٨} وَهَبَةُ الرَّحِيلِي، *الْفَقْهُ الْإِسْلَامِيُّ وَأَلْفَتْهُ*، ٢٨٨٣/٤.

^{٢٨٩} المسعر، حمود بن عبد الله بن حمود، *الفروق بين العقار والمنقول في باب المعاملات*، رسالة ماجستير في الفقه المقارن، جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية - الرياض، إشراف يعقوب بن عبد الوهاب الباحسين، (١٤٢٥هـ/١٤٢٦م)، ٩٤.

^{٢٩٠} سيد سابق، *فقه السنة*، بيروت: دار الكتاب العربي، ط٣، (١٣٩٧هـ/١٩٧٧م)، ٣٥٧/١.

^{٢٩١} الكزبري، مأمون، *القانون المدني الحقوق العينية*، مطبعة الجامعة السورية، د.د، (١٣٧٩هـ/١٩٥٩م)، ٨٠.

^{٢٩٢} الزيلعي، *تبیین الحقائق* ٢٩٢/٤.

^{٢٩٣} ياسين، محمد نعيم، *نظرية الدعوى بين الشريعة الإسلامية وقانون المرافعات المدنية والتجارية*، الرياض: دار علم الكتب، طبعة خاصة، (١٤٢٣هـ/٢٠٠٣م)، ٣٥٣.

أما فيما يتعلق بالحقوق العينية الأصلية والتبعية التي ترد على العقار، كحق الارتفاق، وحق السكنى، والرهن، فتعتبر أموالاً عقارية بحسب تعلقها، وإذا وقعت على منقول سُميت أموالاً منقولة، في القانون المدني الفرنسي تُعرف باسم "الأموال العقارية بالنسبة للشيء المتعلقة به".^{٢٩٤} أو العقارات المعنوية. وللغة الإسلامية السبق في هذه التسمية؛ أشار إليها الامام الرافعي: "وفي معنى العقار الأشجار الثابتة والثمرة المبيعة على الشجرة قبل أوان الجذاذ".^{٢٩٥}

وهنا يطرح سؤال هل يجوز أن تكون الحقوق العقارية العينية شيئاً مستقبلياً؟ وسبب ذلك أن الحق الشخصي يجوز أن يكون محلاً لشيء مستقبلي، لكن الحق العيني - سواء الأصلي أو التبعية - لا يُولد ولا يكتمل إلا بوجود عنصرين أساسيين وهما: السلطة والمحل. فهل العقارات قيد الإنشاء يصح أن تكون محل الحق المستقبلي محل الوجود؟ لأن ملكية العقار في البيع والشراء لا تنتقل إلا بعد الوجود الفعلي للعقار محل التعاقد، لا قبله، كالمنقولات باعتبار مصيرها. والهبة والرهن من العقود التي يُشترط للزومها القبض. أما تصنيف الحق باعتبار محله، فإما أن تكون حقوقاً عينية أو حقوقاً شخصية، ومن خلال هذا التقسيم سنشير إلى كل واحدة منها:

1.4.1. الحقوق العينية الأصلية

الحق العيني على العقار حق مطلق من جهة مالكة، وهو: "ما يُقره الشرع لشخص على شيء معين بالذات"^{٢٩٦}؛ أي أن الحق متعلق بصفة أصلية، والمراد من ذلك المحل المدرك المحسوس، كملك العين والمنفعة، وحق المرور، وحق إجراء الماء، ويُسمى في بعض القوانين المعاصرة بالعقارات غير المادية، فالحق متعلق بأعيانها لا بزمه ذي اليد.

ففي الملكية، يُمارس صاحب الحق أكمل السلطات على ما يملكه؛ بأن له مطلق التصرف في ملكه، وفي استعماله، أو أن يغير من صفته وشكله وتخصيصه، وطريقة استغلاله من مبانٍ أو غرس أو حفر آبار، أو بيعه كله أو بعضه... الخ. ومن جهة أخرى فإنه حق قاصر على مالكة، فهو وحده من يستحق الانتفاع به.

وقد تكون للغير حقوق عينية على الشيء محل الملكية، كحق الانتفاع بالعقار المؤجر، أو حق الارتفاق، وآخر عيني توثيقي تابع للدين؛ فسلطة الشخص فيه محصورة باستيفاء الحق.

1.4.1.1. حق الملكية ملكية العقار حق قاصر على المالك أو الجهة، تمنح صاحبها أوسع السلطات، وهي: "وهي التصرف

بالشيء، واستثماره، واستعماله".^{٢٩٧} والمكنات بالنسبة للشيء محل الحق في المال، الذي لم تتعلّق به شركة ولا حق للغير، فله التصرف بكامل ملكيته قولاً وفعلًا، فيصبح حقًا جامعًا. وعُرف الملك التام بأنه: "عِبَارَةٌ عَمَّا كَانَ بِيَدِهِ، لَمْ يَتَّعَلَقْ بِهِ غَيْرُهُ، يَتَصَرَّفُ فِيهِ عَلَى حَسَبِ اخْتِيَارِهِ، وَقَوَائِدُهُ حَاصِلَةٌ لَهُ".^{٢٩٨} فقرر الفقهاء أن ملكية الأموال ثابتة للأفراد، سواء كانت عقارًا أو منقولًا، إذا كان اكتسابها بطريق شرعي، وقرروا أن للمالك حق استعمال ملكه واستغلاله والتصرف فيه على وجه الانفراد، بما يفيد ملكيته التامة لها.

^{٢٩٤} عثمان سلطان، شرح أحكام الأراضي الأميرية الصادر بقرار ٣٣٣٩، ٣٣.

^{٢٩٥} الرافعي، الشرح الكبير، ٣٠٥/٤.

^{٢٩٦} وَهَبَةُ الرَّحِيلِي، الفقه الإسلامي وأدلته، ٢٨٥٠/٤.

^{٢٩٧} وَهَبَةُ الرَّحِيلِي، الفقه الإسلامي وأدلته، ٢٨٥٠/٤.

^{٢٩٨} البهوتي، كشف القناع، ١٧٠/٢.

يرد على ملكية العقارات قيوداً تحد من علاقته بها، كحقوق الجوار وما تعلق به حق الغير؛ ففي شرح المنتهى: "تمام الملك ألا يتعلق به حق غيره، بحيث يكون له التصرف فيه على حسب اختياره، وفوائده عائدة عليه".^{٢٩٩} فمالك العقار المرهون والمستأجر موقوف عن التصرف بما يخل بحقوق المرتهن والمستأجر، فيكون بمثابة المحجور، لا يتصرف في ملكه في يد الغير بحقه إلا بإذنه.

يتجزأ محل الملكية لأكثر من شخص، كالملكية الشائعة، وهذا يستلزم تعدد محلها، وبعد قسمتها يكون كل شريك مالكا لحصته، أجنبياً عن حصص الآخرين، فهي حالة مؤقتة مآلها ملكية متميزة.

والملكية قديمة قدم الإنسان فتدوم بدوام محلها؛ فيبقى حق الملكية مادام المحل موجوداً، حتى وإن تغير المالك، سواء بالوفاة أو ببيع الشيء. فالعبرة بدوام المحل، فالمالك يتغير، ولكن الملكية دائمة، ما دام أن الشيء لم يهلك، ولو هلك الشيء، هلكت الملكية. إن الملكية لا تسقط بعدم استعمالها، وهذا المعنى يخضع لقاعدة أن الملكية لا تخضع للتقادم المسقط، على عكس الحق الشخصي إذا لم يطالب به الدائن، سقط. "الدلائل الشرعية الدالة على إقرار مبدأ حق الملكية الفردية لا تفرق بين مالٍ ومالٍ؛ فسواء كان المال المملوك منقولاً أو عقاراً فكل هذا الاختلاف في المال موضوع الملكية لا يهم؛ لأن المال المضاف إلى الفرد إضافة ملكٍ واختصاص".^{٣٠٠}

وقد يُجزئ صاحب العقار ملكيته التامة إلى أجزاء، كما في الإيجار؛ فيسقط حقه في منفعة العين، وتُسترد الملكية عند نهاية المدة المتفق عليها، ويكون المؤجر محدداً بجزء من حق الملكية، ويكون بمثابة النائب عن المؤجر للعقار. ففي الملكية يتحلل الحق إلى سلطات ثلاث، وهي: حق استعمال الشيء، واستغلاله، والتصرف فيه، أو تُخول فقط بجزء من هذه السلطات، ويسمى عند الفقهاء بالملك الناقص كالإيجار.

كما أجاز الفقه توزيع سلطات الحق على أكثر من شخص (بمعنى تجزئة محل الحق)، كفصل ملكية ما فوق الأرض عن ملكية الأرض ذاتها، أو ملكية ما تحتها. وفي حال اجتماع السلطات الثلاث في يد شخص واحد، سُميت بالملك التام. فإذا كانت رقبة البستان عائد لشخص، وكان حق استعماله واستغلاله عائداً لشخص آخر، ثبت للأول حق واحد، وهو حق التصرف، ويقال لصاحبه مالك الرقبة، وثبت للثاني حقان، ويقال لمجموعها حق الانتفاع.

ومن جهة أخرى، مالك العقار له الحق فيما يتصل بالعقار بطريق التبعية، سواء نتجت بفعل الإنسان أو بفعل الطبيعة. إلا أن الملكية قد يُوضع عليها قيود، فتكون إما قيوداً مقررة مراعاة للصالح العام، أو قيود، اختيارية أو اتفاقية، ترد على ملكية العقار، أو فيما برز حديثاً من القول بالإساءة في استعمال الحق وسيبحث ذلك في الفصول القادمة.

1.4.1.2. حق الارتفاق" هو حق عيني في عقار لمنفعة عقار آخر لغيره، كإجراء الماء مع أرض الجار، أو المرور في أرض

الغير، ونحو ذلك".^{٣٠١} فهو حق عيني لمصلحة وفائدة عقار، ومن العلماء المعاصرين من قسم الأموال إلى أصلية وتبعية، فقال: "الأموال الأصلية هي الدور التي لها وجود مستقل كالدار، والأموال التبعية هي التي ليس لها وجود مستقل، ولا يُتصور وجودها

^{٢٩٩} البهوتي، منصور بن يونس بن صلاح الدين، شرح منتهى الإبرادات، بيروت: عالم الكتب، (١٩٩٦م)، ١/٣٩٢.

^{٣٠٠} مناهج جامعة المدينة العالمية، أصول الدعوة وطرقها، جامعة المدينة العالمية IDWH4043، د. ط، د. دت، د. د. ج. ٥٥/١.

^{٣٠١} التوجيهي، محمد بن إبراهيم بن عبد الله، موسوعة الفقه الإسلامي، دم: بيت الأفكار الدولية، ط ١، (١٤٣٠هـ/٢٠٠٩م)، ٦٠٥/٣.

إلا لتعلقها بغيرها، كحق الارتفاق^{٣٠٢} فهي حقوق لا تثبت إلا على المال غير المنقول، ويشترط لانعقاد هذا الحق أن يكون من مالكين اثنين أو أكثر؛ إذ لو كان العقاران لمالك واحد، لما بقي مجال لإنشاء حق ارتفاق. وهو حق عيني عقاري على الدوام، محلّه الأموال غير المنقولة بطبيعتها، كالأرض والبناء، دون المنقولات، لأن الحقوق كلها تقوم على أساس الملك، مقررة على عقار مملوك لشخص أو أشخاص، جُعِل للمنفعة العامة، غير قابل للتجزئة، فإذا جُزِيَء، بقي الحق ملتصقاً بكل جزء من أجزائه، لأنه من الحقوق المؤبدة.

والحق المترتب بين العقار المرتفق والمرتفق به له صفة الديمومة؛ لذا لا يزول بوفاء مالك العقار المرتفق، بل يبقى ما بقي العقار، وهو من الحقوق التي لا تقبل الانفصال عن العقار المرتفق به. وعليه لا يجوز الحجز، ولا يجوز أن يكون محلاً للرهن أو التأمين بشكل منفرد عن البناء أو الأرض، وتثبت بأسباب كثيرة منها.

١. الشركة العامة (المنافع المشتركة)، وعرفها الإمام الغزالي: "كالشوارع والمساجد والرباطات"^{٣٠٣}، والمدارس فإن هذه الأراضي لا تملك أصلاً إذا ثبت في كل واحد منها نوع اختصاص^{٣٠٤}. وهذا النوع يشمل جميع العقارات المقررة للمنافع العامة، كالطرق، والأنهار، والترع العامة، والأنهار العظيمة، والبحار، ونحو ذلك. فكل عقار متصل بمرفق من المرافق العامة، له حق ارتفاق عليه بحسب طبيعة ما خصص له ذلك المرفق. بالإضافة أن للدولة حقاً في نزع الملكية، وتغيير حالة الأمكنة، وإزالة صفة الملك العام، وإن كان فيه اعتداء على حق مالكيه، إلا أنه مبرر للصالح العام.

٢. يمكن اكتسابه كسائر الحقوق العينية بالتقادم، ويُقصد به أن يكون الحق المتصل بالعقار قد مضى عليه مدة من الزمن غير معلومة وقت ثبوت الحق، وأن يكون حق الارتفاق ظاهراً، حتى لا يشوب الحيابة عيب الخفاء. فإننا في مثل هذه الحالة، نحكم بتقادم حق العقار، لأنه ثبت بطريق مشروع.

٣. الشرط في عقد المعاوضة، وصورته أن يبيع شخص لآخر أرضاً أو بناءً، ويكون عليها حق ارتفاق، ويُشترط ذلك في البيع، فإن الحق يثبت، وحق الارتفاق يُحوّل صاحبه كل مزايا الحق العيني.

٤. هناك طرق أخرى لإنشاء حقوق ارتفاق، إما أن تكون طبيعية، أو قانونية، كأن يكون الطريق لا منفذ له إلى الطريق العام. فإن القصة المشار رواها مالك في الموطأ، باب القضاء في المرفق، في قضاء عمر بن الخطاب - رضي الله عنه - في رجل منع جاره أن يسقى زرعته: "والله ليمرن به ولو على بطنك"^{٣٠٥}. فأما أن يُنشأ بطريقة تعاقدية، أي منشأة بإرادة الإنسان المكتسبة بالتراضي، واتفاق بإجراء مسيل فيما بينهما، أو فتح طريق، أو اكتسابه بطريق التقادم، أو بالطرق القانونية.

ولابد من التذكير أن حقوق الارتفاق من الملك الناقص (حق الانتفاع)، أي تملك لمنفعة، وصورته أن الإباحة للشخص هي بمثابة الإذن أو الترخيص لإنسان في الانتفاع، لا على وجه التعاقد، إنما بأذن الشرع. فالجهة التي تعتبر هذه السلطة الاعتبارية

^{٣٠٢} مرسى بك، محمد كامل، الملكية والحقوق العينية، مصر: المطبعة الرحمانية، (١٣٤٢هـ/١٩٢٣م)، ٨٦.

^{٣٠٣} مختار، أحمد عبد الحميد عمر، معجم اللغة العربية المعاصرة، د.م: عالم الكتب، ط١، (١٤٢٩هـ/٢٠٠٨م)، ٨٤٧/٢.

^{٣٠٤} الغزالي، أبو حامد، الوسيط في المذهب، تحق: أحمد محمود إبراهيم وآخرون، القاهرة: دار السلام، ط١، (١٤١٧هـ)، ٢٢٧/٤.

^{٣٠٥} الباجي، المنتقى شرح الموطأ، ٤٧/٦.

وُعطِيها شرعية التعامل، هي الدينُ أو العُرف، سواء المنافع العامة منها أو الخاصة، ذلك أن مالك الحق المقرر على العقار، يستلزم من مالكة الانتفاع به دون تملك رقبته.

وقد عُرِف بأنه: " إعطاء منافع العقار"^{٣٠٦} ويشمل انتفاع الشخص بالعقار، وانتفاع العقار بالعقار. ومن حيث ملكيته، يدور مع تعدد أيدي مالكي العقار، ونطاق استعمال حق الارتفاق يرجع تحديده بحسب طبيعة الأرض أو البناء، أو بحسب القانون. فلا يصح له تعديل أو إضافة لشيء من شأنه إحداث ضرر في العقار أو استعماله في غير مصلحة له، فلا يتجاوز الحاجة التي أنشئ من أجلها أو يُغيّر من وضعية الأماكن؛ لأن الارتفاق حق عيني مجرد من ملكية الرقبة، وهذه الخاصية العينية التي تُحوّل صاحبها في تتبّع حقه مهما تعددت الأيدي، ولا يكون التصرف على وجه الاستقلال. لذا، تبين من خلال ذلك أن طبيعة حق الملكية تدور قاعدتها بين التمكين والمنع، مثل تمكين مالك العقار شرعاً أو عرفاً من الانتفاع بملكه، أو منع الآخر من التصرف في ملكه.

تعددت أسماء الارتفاق عند الفقهاء والقانونيين، فمنهم من يُسميه بحق الارتفاق، أو "حق الانتفاع العيني"^{٣٠٧}، أي عن ملك الرقبة، أو العقار المتسلط، أو العقار المرتفق به، أو العقار الخادم، ويُقصد به: "عَنْ حَقِّ مُقَرَّرٍ عَلَى عَقَارٍ لِمَنْفَعَةٍ عَقَارٍ آخَرَ مَمْلُوكٍ لِغَيْرِ مَالِكٍ".^{٣٠٨} فالتعريف بين أطراف المالكين، ومكان وقوعه، وأنه بين عقارين مملوكين لشخصين مختلفين.

قد يأتي الحق العيني على شكل حق السقي، أو حق الطريق أو حق الغرز في الجدار، أو الامتناع عن البناء لفائدة أرض مجاورة حتى لا ينقطع الريح عنها بالبناء، وكحق المسيل بالنسبة للأرض المنخفضة المجاورة لأرض عالية، أو كحق المطل، وغيرها من الحقوق. فكانت أقوال الفقهاء بين موسع ومضيق فيها، وكانت أشهر الحقوق عندهم: حق المرور، والشرب، والمجرى، والمسيل، والجوار، والتعلي. خلافاً للحنفية، الذين حصروا هذا الحقوق في صور، مقيدين ملكية الارتفاق بهذه الأنواع دون غيرها. والأصل في أن الملكية تقبل التجزئة، وهذا الشيء أخص من مفهوم حق الملكية، لأنه يشمل منفعة العقار المقررة على عقار لمنفعة. لا بد من الإشارة إلى شيء نشأ في العصر الحديث، وهو أن كثيراً من الإرفاقات المعاصر، إذا نظرنا في مجموعها مقارنة بما ذكره الفقهاء القدامى، نجد أن هناك بعض الاختلاف من حيث طرق إنشائها وإنهائها، لكنها لا تخرج عن كونها جاءت لترتيب حقوق ومنافع لصالح العقار الخادم والمخدوم. كما أن العرف الجاري قد أحدث حقوقاً عينية عرفية متعددة.

1.4.1.3. حق الانتفاع فرّق الفقهاء بين حق الانتفاع وملك الانتفاع؛ فملك الانتفاع يُرادُ به: "الحق الخاص بشخص المنتفع

غَيْرُ الْقَابِلِ لِلإِنْتِفَالِ لِلْغَيْرِ وَقَدْ يُسْتَعْمَلُ مَعَ كَلِمَتِي مَلِكٌ وَتَمْلِكُ فَيَقَالُ: مَلِكُ الإِنْتِفَاعِ، وَتَمْلِكُ الإِنْتِفَاعِ"^{٣٠٩} وهو اتصال شرعي بين شخص ومنفعة، يرد بعلاقة تعاقدية وبأسباب خاصة بين الأحياء، كالإجارة، والإعارة، والوقف، والوصية بالمنافع، فهو أعم من حق الانتفاع. فمن ملك شيئاً تصرف فيه لنفسه، أو تصرف فيه لغيره. أما حق الانتفاع، فهو: "حَقَّ الإِنْتِفَاعِ رُخْصَةً شَخْصِيَّةً لَهُ، لَا تَنْتَقِلُ إِلَى وَرَثَتِهِ إِلَّا إِذَا نَصَّ الْأَئِذُنُ عَلَى خِلَافِهِ"^{٣١٠} ويتكوّن من عنصرين اثنين: الاستعمال، والاستغلال، قد ينفصلا ويجمعان معاً. وإذا كان مصدر الانتفاع ناتجاً من تملك عين أو منفعة، فإنه يتبع أصله؛ فإذا انتقل بالميراث تبعه، وإذا انتقل بالبيع، كبيع العقار، انتقل كذلك. وانتهاء حق الانتفاع يكون كما ثبت؛ فإذا انتهى بالموت، انتهى معه، إذ الأصل فيه التوقيت، بخلاف الملك

^{٣٠٦}التسولي، علي عبد السلام، *البيجة في شرح التحفة*، بيروت: دار الكتب العلمية، ط ١ (١٤١٨هـ/١٩٩٨م) ٤١٣/٢.

^{٣٠٧} موسى، محمد يوسف، *الأموال ونظرية العقد*. القاهرة: دار الفكر العربي (١٩٨٧م). ١٧١.

^{٣٠٨} وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، *الموسوعة الفقهية الكويتية*، ٢٦٣/٣٩.

^{٣٠٩} وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، *الموسوعة الفقهية الكويتية*، ٢٩٨/٦.

^{٣١٠} وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، *الموسوعة الفقهية الكويتية*، ١٣٥/١.

التام فهو دائم لا يقبل التوقيت. وقد فرّق فقهاء الحنفية بين تملك المنافع، إذا كانت بعوض جائز عندهم، " لأنّ العوض قُوم بالعقد، ولم يجوزوا تملك المنافع بغير عوض".^{٣١١}

1.4.2. الحقوق العينية التبعية

أما فيما يخص تقسيم الحقوق الى عيني وتبعي، فقط كانت الحاجة منه لتقريب المعنى إلى الأذهان؛ فتعلّق الحق بصفة تبعية، كان الغرض منها ضمان الوفاء بحق الغير، فُسِمَت عينية لتعلّقها بالأعيان، وتبعية كالتي ترد على العقار؛ لأنها تابعة لحق ثابت في الذمة، المقصود منها هو ماليتها، فإذا استبدلت تعلّقت الحقوق بتلك القيمة. وأشهر أنواعه: الرهن التأميني، والرهن الحيازي، ولا يجوز حجزها استقلالاً، وسيأتي تفصيل ذلك في بابها، إن شاء الله.

1.5. أنواع ملكية المال غير المنقول وأسباب كسبها

يتضح من خلال العنوان أنه يبحث في أسباب تملك العقار. وتملك العقار اعتباراً شرعياً يوجد حيث تقضي الشريعة بوجوده، وينتفي حيث تنفيه؛ لأن الحقوق الشرعية أثبتتها الشارع، وبين العلاقة بين الإنسان والمال، وجعل لأصحابها ما يختصهم به، وفرق الملك عن غيره، ورتب أحكاماً من جهته. فالتملك أو الملك أسماء لهذه الحيازة أو لهذا الاختصاص. ومن خلال هذا الفصل نستعرض تعريف الملكية لغةً واصطلاحاً، باعتباره المدخل السليم لفهم ومعرفة مدلول الكلمة، لفهم الموضوع على وجهه الصحيح. وفيما يخص تعريف الملك أو التملك، عرف القرافي الملك بأنه: "حكم شرعي مقدّر في العين أو المنفعة، يقتضي تمكن من يُضاف إليه من الانتفاع بالملوك، والعرض عنه، من حيث هو كذلك".^{٣١٢} فمدلول الكلمتين يدور على التصرف بالعين ومنفعتاتها، سواء بالاستفادة منها، أو المعاوضة عليها.

1.5.1. أنواع الملكية يتنوع الملك إلى أنواع متعددة، وذلك باعتبارات مختلفة، ولكل نوع منها أحكام خاصة تختلف عن سابقتها. ويُقسّم ملك العقار - باعتبار محله - إلى أربعة أقسام: ملك عين ومنفعة، وملك عين بلا منفعة، وملك منفعة بلا عين، وملك انتفاع. ومن حيث اعتبار صاحبه، ينقسم إلى قسمين: ملكية خاصة، وملكية عامة (ملكية بيت المال أو ملكية الدولة)، من حيث الشيوع، يُقسّم إلى: ملكية متميزة، وملكية شائعة.

1.5.1.1. الملك من حيث محله الأموال بطبيعتها قابلة للتملك والتملك على أصل الإباحة في الإحراز في الإسلام، أما أن يكون في الأعيان المالية عيناً ومنفعة، أو منفعة دون عينها، أو كلامها، ويُسمى بالملك التام.

✗ **ملك رقبة العقار ومنفعته** أو الملك التام: "الأعيان المملوكة الرقبة والمنفعة هي ما كان لمالكها حق التصرف فيها

عيناً ومنفعة"^{٣١٣}؛ كالأراضي العشيرية، تُباع وتُؤجر وتُعار وتُوهب وتُوقف وتُرهن وتُورث، فمالك العقار له كامل

التصرف بملكه. وصاحب كشاف القناع عرّف الملك التام بقوله: "عِبَارَةٌ عَمَّا كَانَ بِيَدِهِ، لَمْ يَتَّعَلَقْ بِهِ غَيْرُهُ، يَتَصَرَّفُ

فِيهِ عَلَى حَسَبِ اخْتِيَارِهِ، وَقَوَائِدُهُ حَاصِلَةٌ لَهُ".^{٣١٤} ومنها الإقطاع، وقد يرد على رقبة العقار أو منفعة العقار، فكل من

^{٣١١} ابن نجيم، زين الدين بن إبراهيم، *الأشباه والنظائر*، بيروت: دار الكتب العلمية، ط ١، (١٩٨٠م)، ٣٠٣/١.

^{٣١٢} القرافي، شهاب الدين أحمد بن إدريس، *الفروق*، د.م: د.ن، د.ت، ٢٠٨/٣.

^{٣١٣} باشا، محمد قدری، *مرشد الحيران*، بولاق: المطبعة الأميرية، ط ٢، (١٣٠٨هـ/١٨٩١م)، ٤/١.

^{٣١٤} البهوتي، *كشاف القناع*، ١٧٠/٢.

ملك العين ملك المنفعة، وليس العكس. ومما يُميز هذا النوع أنه يخول صاحبه التملك المطلق الذي لا يقيد بزمان، ولا مكان، ولا شرط.

✕ **ملك رقبة العقار دون منفعته** (الأراضي الخراجية): كما هو معروف، بأن مالك الأصل مالك المنفعة، لأن الملك ما شرع إلا من أجل الانتفاع بالعين انتفاعاً مشروعاً على وجه الخصوص. وقد أجازت الشريعة الإسلامية أن تنفصل منفعة العقار عن عينه في حالات:

١. أن يوصي شخص بمنفعة عقاره لآخر لمدة معينة بعد وفاته، فيملك الموصي له منفعة العين بالوصية، في حين يملك الورثة رقبته بالإرث، إلى حين انتهاء المدة، فتعود المنفعة إلى الورثة.

٢. أن يوصي شخص بمنفعة عقاره لآخر، لمدة معينة بعد وفاته، ويوصي برقبته لشخص آخر، فيكون للشخص الأول ملك منفعة العقار دون رقبته، ويكون للآخر ملك الرقبة دون المنفعة، إلى حين انتهاء الوصية، فتصبح ملك ومنفعة الرقبة لمن أوصى له بالعين "يجوز أن يوصى بمنفعة العين لشخص معين مع بقاء رقبته لورثة الموصي كما تجوز الوصية بالرقبة لشخص وبمنفعتها لشخص".^{٣١٥}

٣. الأرض الخراجية التي فتحت عنوة أو صلحاً، فإن رقبة الأرض ملك الدولة، ومنفعتها لأهلها. وإذا أسلموا، عادت الرقبة لملكهم، فملكوا الرقبة والعين.

٤. أرض الحوز "أَرْضٌ لَا يَقْدَرُ صَاحِبُهَا عَلَى زَرَاغَتِهَا وَأَدَاءِ خَرَاجِهَا، فَيَدْفَعُهَا إِلَى الْإِمَامِ لِتَكُونَ مَنَفْعَتُهَا لِلْمُسْلِمِينَ مَقَامَ الْخَرَاجِ، وَتَكُونُ الْأَرْضُ مِلْكًا لِصَاحِبِهَا".^{٣١٦} فرقبة العقار لملك الأرض، ومنفعتها للدولة، لا يجوز للحاكم بيعها أو وقفها ما دامت حوزاً.

✕ **ملك منفعة العقار دون الرقبة** المنافع تملك بطريقتين: إما أن تكون تابعة لملك الرقبة، أو تكون واردة على عقد، كبيع حق الممر، والبناء على السقف، كمن اشترط عند وقفه الانتفاع بعين عقاره لنفسه مدة حياته، ومن بعده تنتقل إلى الجهة التي اشترطها لها. وكما في الإجارة: "يصح أن يرد عقد الإجارة على منافع الأعيان، منقولة كانت أو غير منقولة".^{٣١٧}

وتكتسب ملكية المنافع بالوصية، والوقف، والإجارة، والإعارة، عند من يقول بأن الإعارة تملك المنفعة، كالحنفية "تَمْلِكُكَ مَنَفَعَةٍ مِنْ عَيْنٍ مَعَ بَقَائِهَا".^{٣١٨} وخالف الشافعية^{٣١٩}، والحنابلة^{٣٢٠}، والكرخي من الحنفية هذا الرأي، وقالوا بأن العارية من قبيل إباحة المنافع بلا عوض. وبناءً على هذا الخلاف، تُحدد تصرفات المستعير في العين المعارة في حدود منفعته، فيُمنع من إعارتها أو إيجارها للغير؛ لأن الإجارة معاوضة، ولا تصح فيمن لا يملك العين. أما باعتبار أصحاب الفريق الأول، القائلين بأن الإعارة تملك، ففيه توسيع لسلطات المستعير من التصرف بالعين إجارة وإعارة.

^{٣١٥} قدرى باشا، **مرشد الحيران**، ٥/١.

^{٣١٦} البلخي، الشيخ نظام وجماعة من علماء الهند، **الفتاوى الهندية**، دم: دار الفكر، ط ٢ (١٣١٠هـ)، ٥/٣٧٥.

^{٣١٧} قدرى باشا، **مرشد الحيران**، ٧٥/١.

^{٣١٨} شيخ زاده، **مجمع الأنهر**، ٢/٣٤٦.

^{٣١٩} النووي، **المجموع**، ٢٠١/١٤.

^{٣٢٠} ابن قدامة، **المغني**، ١٦٣/٥.

✶ **ملك منفعة العقار والانتفاع** فرق الفقهاء بين تملك المنفعة و تملك الانتفاع (حق الانتفاع)، فعرفوا تملك المنفعة بأنه: "عبارة عن الإذن للشخص في أن يباشِر هو بنفسه أو يُمَكِّن غَيْرَهُ مِنَ الْإِنْتِفَاعِ بِعَوَضٍ وأما تملك الانتفاع: الإذن للشخص في أن يباشِر هو بنفسه فَقَطْ".^{٣٢١} ففي تملك المنفعة، يجوز لمستأجر العقار أن ينتفع هو، ويمكن غيره من الانتفاع بمنفعته. في حين أن تملك الانتفاع لا يحق إلا أن ينتفع بنفسه دون غيره؛ لأنها تعطي إذنًا، ولا توجب ملكًا، كالمرافق العامة، والجلوس في الطرقات، والأماكن المهيأة للانتفاع على وجه القرية، كالمساجد والرباطات المسبلة، كلها محبوسة على الحقوق العامة دون الخاصة.

واستحقاق كل منتفع يختلف باختلاف غرضه، وثبوت الأحقية للانتفاع بالسبق. ففي النوعين، أرادوا أن يُبينوا حدود ومدى ملكية مالك المنفعة ونطاقها، فأصبحت من قبيل إذن وترخيص. بالانتفاع وهذا الفرق ناتج عن طبيعة ذات العقار ومحلّه، فملك المنفعة يثبت بالعقد، بينما ملك الانتفاع بالإباحة. فإذا كانت الاستفادة بالعقد، كانت المنفعة مقابل عوض مالي يؤديه المنتفع إلى مالك العين، ويُسمى عقد إجارة. ويختلف حق الانتفاع عن حق الارتفاق، أن الحق في الانتفاع حق شخصي، ينتفع الشخص بنفسه، كما لو قال الواقف: وقفت على فلان، أو الموصي: أوصيت لفلان بسكنى داري مدة حياتي. أما حق الارتفاق، فهو حق عيني، مُقرر على عقار، بصرف النظر عن مالكة، وإذا تغير الملك بقي الحق مقررًا، وتكون عامة أو خاصة.

ويُشترط في مالك المنفعة ألا يضر بغيره، لقوله ﷺ: «إياكم والجلوس في الطرقات»^{٣٢٢}، لئلا يُضعف منفعة الطريق بالوقوف، وأن تكون محظورة، وألا تقبل المعاوضة، فلا تُملك دور العبادة لاحترام عينه شرعًا، ولا المرافق العامة.

1.5.1.2. الملك باعتبار صاحبه تميزت الشريعة الإسلامية عن غيرها من القوانين الوضعية بإقرار ثلاث أنواع من الملكية، باعتبار صاحبها الذي وقعت يده عليها يد ملك. والملك من هذه الناحية يقسم إلى ثلاثة أقسام وهذا القسم اشتمل على ملكيتين: الملكية الفردية، والملكية الجماعية، وملكية بقيت على أصلها، ملكًا لله، مما خلقها الله ولم يحرزه أحد من البشر، سواء أكان مما في الأرض أو فوقها.

الملكية الفردية مالك رقبة العين له كامل التصرف في ملكه، وقد يكون إما بطريق الكسب المشروع أو بغيره. ويُعتبر العمل من أهم أسباب التملك. وقرّر الفقهاء هذه الملكية، وأنها ثابتة للأفراد، سواء في المنقول منها وغير المنقول. ويأتي التملك الفردي على أكثر من شكل، كإحراز المباحات والاستيلاء عليها، وبالعقود الناقلة للملكية، وتشمل: البيع، والإجارة، والهبة، والوصية، وبطريق الخلافة وبحسب النصاب الشرعي المستحق له، والتولد من المملوك، كنتاج الأشجار والثمار، والدية، وغيرها.

فالإسلام وضع معيارًا يُبين من خلاله ما يصح أن يكون ملكًا فرديًا أو جماعيًا، وهذا الملك منبثق عن تخصيص الله له بهذه الملكية بسبب مشروع؛ لأن الفرد أحرزها بحكم الله وتخصيص منه، وليس بحكم البشر. وهذا الحق مقيد بمراعاة مصلحة الجماعة، وحسن التصرف فيه دون الإضرار بالغير، وعليه أن يستعمله بما يحقق مقصد الشرع؛ لأن هذا الملك بمثابة الأمانة التي استخلفه الله بها، وكالوكيل على ملك الأصل.

^{٣٢١} القرافي، *الفروق*، ١/١٩٣.
^{٣٢٢} البخاري، *صحيح البخاري*، ٣/١٣٢.

فلو أن يده اتصفت بالاستدامة، لتنافت علة وجود الأصيل، مادام الوكيل مخلصاً. ولو كان ملكه أصيلاً، لما صح أن يكون مسؤولاً. فمخالف هذه القيود يُعاقب بحكم الشرع بالحجر عليه، ومنعه من التصرف بملكه على عكس إرادة الشرع. من هذا المبدأ تقررت نظرية الملكية الفردية؛ فالعلاقة بين الشخص والشيء أثبتتها الشرع، ولولا هذا الإنشاء لحق الملكية، لما ثبت للإنسان ملك. قال الشاطبي: "لأن ما هو حق العبد إنما ثبت كونه حقاً بإثبات الشرع ذلك له، لا لكونه مستحقاً لذلك بحكم الأصل" ٣٢٣، فلا يملك الإنسان أن يُثبت لنفسه أو لغيره ملكاً على شيء لم ترد به نصوص الشرع.

الملكية الجماعية أسس الفقهاء قاعدة تمثل الأساس للملكية الجماعية، "إذا تعلقت حاجة الجماعة في الانتفاع بأشياء معينة، فلا يجوز أن تقع تحت التملك الفردي، إنما تُحجز أعيانها وتُباح منافعتها" ٣٢٤. مستندهم في ذلك قوله ﷺ: (مَا أَقَاءَ اللَّهُ عَلَى رَسُولِهِ مِنْ أَهْلِ الْقُرَى فَلِلَّهِ وَلِلرَّسُولِ وَلِذِي الْقُرْبَىٰ وَالْيَتَامَىٰ وَالْمَسَاكِينِ وَابْنِ السَّبِيلِ كَيْ لَا يَكُونَ دُولَةٌ بَيْنَ الْأَغْنِيَاءِ مِنْكُمْ) وَمَا آتَاكُمُ الرَّسُولُ فَخُذُوهُ وَمَا نَهَاكُمْ عَنْهُ فَانْتَهُوا ۚ وَاتَّقُوا اللَّهَ إِنَّ اللَّهَ شَدِيدُ الْعِقَابِ) ٣٢٥، فالفيء ملك مختص بجماعة المسلمين.

الملكية العامة "كل ما وُجد بإيجاد الله تعالى دون أن يكون لأحد دخل في إيجاده" ٣٢٦، كالبحار الكبرى، والأنهار العظيمة كالنيل، والفرات، وسبحون، وجحون، تنقلب إلى ملكية جماعية مع استمرار حق الله فيها. قال أبو يوسف: "المسلمون جميعاً شركاء في دجلة والفرات، وكل نهر عظيم نحوهما، وإد يستقون منه، ويسقون الشقة والحافر والخف، وليس لأحد أن يمنع، ولكل قوم شرب أرضيهم، ونخلهم، وشجرهم، لا يُحبس الماء عن أحد دون أحد" ٣٢٧. أما صور الملكية الجماعية: ملكية المرافق العامة، والحمى يمنع الامام أحداً من اختصاصه دون غيره. شيء من المنافع العامة لنفسه ليختص به اختصاصاً دائماً الأراضي الموقوفة كما فعل ﷺ في أراضي بني النضير وفدك وفعل عمر بن الخطاب بأرض السواد والمعادن على خلاف بين الفقهاء بين ظاهرة وباطنه وصلبه وجامده يأتي بيانه.

ملكية الدولة للدولة شخصية اعتبارية، وصاحبة الاختصاص، لها ملكية خاصة. من حق الامام التصرف فيها بما يحقق مصلحة العامة. ويُعرف بيت المال بأنه: "الجهة التي تختص بكل مال يستحقه المسلمون ولم يتعين مالكة" ٣٢٨.

1.5.1.3. الملك باعتبار صورته

المال غير المنقول المتميز وتسمى بـ الملك المفروز أو الحصة المفروزة، وهو "كل ما هو معد للاستعمال الخاص بالمالك" ٣٢٩. وأما الأثر المترتب على العقار المتميز بعد أن كان شائعاً، فهو تغيير على حدود القطعة، ينتج عنه قيد جديد، فيطلب أحد الورثة أو أكثر بتحديد حصته من هذا العقار بدعوى تسمى فرز، فيكون عقاراً غير مختلط في ملك الغير، ويحصل في مقابل ذلك على سند ملكية من الجهات المختصة، يجعل له ذاتية مستقلة، لا يشاركه ولا يتداخل معه فيها أي عقار آخر. كمن يملك بيتاً أو أرضاً محدد المساحة والحدود، سواء كان متميز الملك ابتداءً أو بعد الافراز. ويكون على صورتان: الحصة المفروزة، التي يستقل مالكيها

٣٢٣ الشاطبي، *الموافقات*، ١٠٤/٣.

٣٢٤ الزرقاء، مصطفى، *المدخل إلى نظرية الالتزام*، دمشق: دار القلم، ط٢، (١٤٣٤هـ/٢٠١٣م)، ٢٦٦.

٣٢٥ الحشر ٥٩/٧.

٣٢٦ الكريديس، صالح، *الاستثمارات العقارية في الزراعة والبناء*، رسالة ماجستير، جامعة الملك سعود، (١٤١٨هـ/١٩٩٧م)، ٤٦٣.

٣٢٧ أبو يوسف، يعقوب بن إبراهيم بن حبيب بن سعد، *الخراج*، تحقق: طه عبد الرؤوف سعد وسعد حسن محمد، دم: المكتبة الأزهرية، ١/١٠١.

٣٢٨ وزارة الأوقاف والشؤون والمقدسات الإسلامية، *الموسوعة الفقهية الكويتية*، ٣/٤٥.

٣٢٩ السنهاوري، *الوسيط في شرح القانون المدني*، ٩٥٢/٨.

استقلالاً دون أن يكون له اشتراك مع غيره. العقارات التي يستقل بها المالك في التصرف تعديلاً وتغييراً، بشرط أن لا ينتج عنه الإضرار بسلامة المبنى، مع بقاء صور الملك الاشتراك مع غيره، عيناً كانت أو منفعة، دون المساس بحق المالك في أصل التصرف. ويترتب أحكام المرافق المشتركة، مثل الشقق السكنية، والمحلات التجارية.

المال غير المنقول الشائع "هو الذي يكون متعلقاً بجزء غير معين من شيء معين، كربع دار، ونصف حيوان" وكل شريك يملك جزءاً يساوي نصيبه. يمر ملك الشريك بحالة وقتية، إلى حين الاستعاضة عن الملكية الشائعة بالملكية الفردية. ويكون الشيوع في العقار إما: قابل للقسمة، كالبيت الكبير. وغير قابل للقسمة، كالبيت الصغير. والشيوع حالة قانونية تنشأ عن تعدد أصحاب الحق العيني. وكما يكون الشيوع في العين العقارية، كذلك قد يكون في الحقوق العقارية، كحق الانتفاع، وحق الارتفاق. ومن حيث تصرف المالك في العقار الشائع، فإن حق المالك في الشيء المشترك هو حق ملكية، يُخوِّله استعمال الشيء، واستغلاله، والتصرف به، بقدر الحصة العائدة له، وكذلك للآخرين، كحق الأول في اكتساب هذا الحق. ومن أكثر وقوعاً في العقار الموروث، المتعدد الشركاء فيه، أو أن يشترك الأوصياء في عقار موصى لهم فيه على المهايأة، أو قد ينشأ عن العقد، كأن يشتري مثلاً عدة أشخاص عقاراً على الشيوع، وفي حال تصرف أحد الشركاء في العقار الشائع، وانفرد في التصرف بغير وجه حق رغم اعتراض الباقيين، "يُعتبر عمله غير نافذ بحقهم، كما لو قام الشريك مثلاً بتأجير العقار الشائع كله أو بعضه، فلا يكون الإيجار نافذاً في حق الشركاء الآخرين، بل يبقى لهؤلاء المالكين لأغلبية الحصص أن يستغلوا العقار من دون اعتبار لوجود المستأجر".^{٣٣٠}

ولم يتغير القانون الحالي أن البناء في الأرض الشائعة من الحالات التي لا تسري عليها أحكام الالتصاق، بل يطبق عليه قانون خاص بالأموال غير الشائعة، "ويجب موافقة أغلبية الشركاء على هذا البناء، فإذا لم توافق الأغلبية على هذا البناء، ولم تُقره بعد إقامته، فإنه يجوز لهم طلب إزالته".^{٣٣١}

قد مر بنا عند تقسم العقار، أن الفقهاء قد بينوا الشيوع في العقارات، وبينوا واجبات وحقوق مالك الجزء المشاع، من حيث التصرف في الشيء، وإجراء الإصلاحات عليه. فلا يحق لأحد من الشركاء أن ينفرد بالتصرف في أي جزء من العقار المشاع، إلا بعد أن يأذن له بقية الشركاء، وذلك لتعلق حق كل واحد بذلك العقار الشائع. فملكته في الشيوع تشتمل على عناصر الملكية: الاستعمال، والاستغلال، والتصرف، إلا أنه مُقيّد بالاستعمال، والاستغلال، متعلقان بحقوق الشركاء، وحرية المالك في التصرف على وجه الاختصاص مُقيّدة؛ لأنه يتعارض مع ملكية بقية الشركاء.

1.5.2. أسباب كسب الملكية تعددت وسائل التملك وتنوعت، واختلف الفقهاء في عددها وتعيينها، فاعتُبر تعيين الأسباب مطلوباً لا بد منه؛ لأن إثبات الملك بغير مستند شرعي لا يصح، وهو ما تضمنته القاعدة الفقهية: "لا يجوز لأحد أخذ مال أحد بلا سبب شرعي"^{٣٣٢}، فلا تعمل بذاتها، إنما بما قيدها به التشريع باستحقاق من تهيأت له. ومن تجاوز هذا المبدأ اعتُبر غاصباً، والمبدأ العام احترام حقوق الناس المالية. غير أن اختلافهم لم يأت على نحو يستحيل الجمع فيه؛ فقد عدّ الإمام العز بن عبد السلام أسباباً أربعة منشئة للملك، قال: "الباب السابع: إنشاء الملك فيما ليس بمملوك، وهو أنواع: إرقاق الكفار، وإحياء الموات، والصيد،

^{٣٣٠} صغير، رلى، الملكية الشائعة استغلالها وإدارتها والتصرف بها، مجلة موقع الجيش اللبناني، ع ٢٠٦-٢٠٧، آب-تشرين الأول (٢٠٠٢م). ١٥.

^{٣٣١} زغير، سمية، "اكتساب الملكية بالالتصاق"، موقع مركز المرجة العلمي، الإسكندرية: دار الجامعة الجديدة، (٢٠١٢م) ١٢٧، ١٢٣.

^{٣٣٢} لجنة مكونة من علماء الدولة العثمانية، مجلة الأحكام العدلية، ٢٧/١.

والتملك بالحيازة".^{٣٣٣} ومن الذين توسعوا أيضاً الإمام السيوطي وابن نجيم، فأوصلوا التملك إلى ثمانية أسباب، وهي: "البيع، والهبة، والميراث، الوصايا، والغنيمة، والصدقات، والاستيلاء على المباح كإحياء الموات، والخلع".^{٣٣٤} وقالوا: "أسباب التملك ثمانية: الإرث، والهبة، الإحياء، والغنيمة، والمعاضات، والوصايا، الوقف، والصدقة".^{٣٣٥} ومنهم من حصر الأسباب إلى ثلاث، فقال: "أعلم أن أسباب الملك الثلاثة: ناقل كبيع وهبة، وخلافه كإرث ووصية، وهو الاستيلاء حقيقة بوضع اليد، أو حكماً بالتهينة كنصب شبكة لصيد لا لجفاف على المباح الخالي عن مالك".^{٣٣٦} وأضاف العلماء: "التولد من المملوك المضافة للعقار تعتبر واقعه مادية مكسبه للملكية".^{٣٣٧}

أما سبب خلافهم الفقهاء في ذلك، فيرجع إلى أن من العلماء من نظر إلى هذا الأسباب باعتبار محلها، وهي أموال لا مالك لها، وتملكها يحصل بالاستيلاء عليها، ومن نظر إلى أنها أسباب مستقلة لم يعتبرها كمن يرى أن الوصية لا تدخل في العقد، عدها سبباً مستقلاً. والجملة، نجد أن الخلاف بينهم شكلي لا جوهري.

1.5.2.1. أسباب منشئة للملكية أو ما تسمى عند الفقهاء بالأسباب الفعلية كالاستيلاء والاستملاك على المباحات من عقار ومنقول، كإحياء الأرض الموات، والاستيلاء على الركاز والمعادن، وملك الأراضي المفتوحة عنوة ما عدا جزيرة العرب، وانتقال ملكية الأموال في البلاد التي جلا عنها أهلها، كانتقال ملكية الأموال في البلاد التي فُتحت صلحاً؛ فرقيتها ملك للدولة ومنفعتيها يملكها الأفراد. واعتُبر الاستيلاء طريقاً وسبباً للملكية الفردية في المباحات، وتشجيعاً للجهد الإنساني الفردي للانتفاع منها. وقد شرع الاستيلاء على المباح بشرط خلق محل العقار عن ملك الغير، "فالاستيلاء عبارة عن إثبات اليد على المحل".^{٣٣٨} ويختلف حكم الاستيلاء بحسب الشيء المستولى عليه (منقول أو غير منقول)، ومن حيث وقوعه حقيقة أو حكماً، ومن حيث إفادته للملك وعدم إفادته، ومن حيث محل وقوع الاستيلاء على (العين أو المنفعة)، ومن حيث زمن الاستيلاء (قديم أو حديث)، ومن حيث تمامه إلى (تام وغير تام)، ومن حيث هو ملك معصوم أو غير معصوم. فإذا ورد على مال مباح غير مملوك، أو كان في حكم المباح لعدم العصمة، كأن كان مائلاً للحربيين في دار الحرب، وهذا إما أن يكون منقولاً أو غير منقول، ولكل حكمه الخاص.

أقسام الاستيلاء: يختلف حكم الاستيلاء باختلاف الشيء المستولى عليه فإذا وقع الاستيلاء على المال المباح الذي لم يسبق امتلاكه أوجب الحل في حق المستولي ويوجب الحرمة في حق غيره؛ لأنه يعد اغتصاباً محرماً وكما هو مقرر أن الملك متى ثبت لأحد لا يزول إلا بسببه، أو أن يخرج المحل من أن يكون منتفعاً به حقيقة بالهلاك، أو بعجز مالكة عن الانتفاع به.

١. بحسب تمامه إلى تام وغير تام: ففي التام يثبت الملك، كما في غزو الكفار واغتنام أموالهم. أما الاستيلاء غير التام لا تثبت ملك لأحد؛ لأنها أحرزت من وجه دون وجه، لكونها في أرضهم، ويتم تملكها بإعلانها أرض إسلامية وتطبيق أحكام الإسلام فيها باعتبارها فُتحت عنوة. قال ابن حجر: "ولا يتم الاستيلاء إلا بإحرازها في دار

^{٣٣٣} العز بن عبد السلام، عبد العزيز بن عبد السلام السلمي، *قواعد الأحكام في مصالح الأنام*، تحقق: محمود الشنقيطي، بيروت: دار المعارف، دت، ٧٣/٢.

^{٣٣٤} ابن نجيم، *الأشباه والنظائر*، ١/٣٥٣.

^{٣٣٥} السيوطي، *الأشباه والنظائر*، ١/٣١٧.

^{٣٣٦} الحصكفي، *الدر المختار*، ١/٦٧٩.

^{٣٣٧} وهبة الزحيلي، *الفقه الإسلامي وأدلته*، ٦/٤٥٧١.

^{٣٣٨} الكاساني، *بدائع الصنائع*، ١٢١/٧.

الإسلام".^{٣٣٩} والشرع هو المصدر في اعتبار سبب التملك: "أول أسباب الاستيلاء دخول الدار لما فيه من القهر والغلبة".^{٣٤٠}

٢. **بحسب نوع الملك:** معصوم أو غير معصوم: الاستيلاء على مال الكفار المنقول وغير المنقول منه جائز بسلطان النص القطعي في قوله ﷺ: «وَأَوْزَكُكُمْ أَرْضَهُمْ وَدِيَارَهُمْ وَأَمْوَالَهُمْ وَأَرْضًا لَمْ تَطُوهَا» وَكَانَ اللَّهُ عَلَى كُلِّ شَيْءٍ قَدِيرًا.^{٣٤١} فالاستيلاء على ما ليس بمعصوم من المال موجب للملك، والاستيلاء على غنائم الكفار مشروعة بالآية، فأصبح مالهم ثابتاً حقيقة، أي ملكاً أصلياً قديماً، وليس بحديث؛ لأن أموالهم مباحة غير معصومة، فكان الاستيلاء عليها كالاستيلاء على أي مباح لم تسبق يد قبل المسلمين إليه كالاصطياد والاستيلاء الموجب للملك حكم مقصود على المحل وتملكه بإثبات اليد على المحل ويزول بالإسلام "لأن الاستيلاء موجب للملك حكم مقصود على سبباً للملك"^{٣٤٢} عصمة النفوس والأموال ثبتت بالإحراز معصوم المال وغير معصوم المال من المصطلحات التي تستخدم الضمان، والحدود، والجنايات، والسرقة، والغصب وقد وردت عبارات للحنفية في ذلك "مال كل واحد منهما معصوم عن التملك بالأخذ، ألا ترى أن المسلمين لو ظهروا على الدار لا يملكون مالهما بطريق الغنيمة، وإنما يملك أحدهما مال صاحبه بالعقد".^{٣٤٣}

٣. **بحسب الاستيلاء عليها:** حقيقي أو حكمي، وتقسمها إلى نوعين: فالحقيقي: "الْتَمَكِينُ، وَالْتَخْلِي، وَارْتِفَاعُ الْمَوَانِعِ غُرْفًا وَعَادَةً حَقِيقَةً"^{٣٤٤}. أن يأتي ويدخل على داره، ويخرجه من الدار بالقوة، فيتمكن من نفس العين، فهذا استيلاء حقيقي؛ لا يستطيع صاحب الدار أن يدخلها، ولا يستطيع أن ينتفع بمنافعها. وأما الحكمي: مثلاً يقول له: لا تدخل دارك، فإن دخلتها فعلت بك، أو سأفعل بك، فهدده ومنعه، أو باستعمال الآلات، وتهينة المال لئلا توضع اليد عليها فعلاً أو بالقوة، فحينئذ لم يستول عليها، لكنه حال بينه وبين منافعها والانتفاع بها، فهذا أيضاً من الغصب، ومن الأذية والإضرار، سواء كان الاستيلاء حقيقياً أو كان حكماً بالحيلولة بين الإنسان وبين الشيء، مع أن العين في الاستيلاء الحكمي تكون تحت مالها، لكن وجودها وعدمها على حد سواء؛ فحينما يقول له: إذا دخلت دارك أفعل وأفعل، فوجود الدار وعدمه على حد سواء.

1.5.3. **المال غير المنقول القابل للتملك من المال غير المنقول ما لا يقبل التملك،** كالأشياء المخصصة للمنافع العامة، والأراضي المتروكة من الطرق العامة، الجسور، السكك الحديدية، الأنهار العظيمة، المكتبات العامة، الحدائق، المتاحف، المرافق، القناطر، المدارس والمعابد، لا يجوز لأحد أن يختص بها ويملك رقبته؛ لأن صاحبها مجموع الأمة، دون النظر إلى أشخاص أفرادها على التعيين، لأنها محجوزة عن التداول، إلا إذا زالت عنه الصفة العامة التي وضعت لها، كلاستغناء عن طريق

^{٣٣٩} ابن حجر، فتح الباري، ١/ ١٨١.

^{٣٤٠} ابن الدهان، محمد بن علي بن شعيب، تقويم النظر، تحقق: د. صالح الخزيم، الرياض: مكتبة الرشد، ط ١، (١٤٢٢هـ/ ٢٠٠١م)، ٣/ ٢٧٦.

^{٣٤١} الأحزاب ٢٧/ ٢٧.

^{٣٤٢} البخاري، علاء الدين، كشف الأسرار، د.م: دار الكتاب الإسلامي، د.ت، ١/ ٢٨٥.

^{٣٤٣} الشيباني، أبو عبد الله محمد بن الحسن بن فرقد، الأصل، تحقق: الدكتور محمد بونوكالين، بيروت: دار ابن حزم، ط ١ (١٤٣٣هـ/ ٢٠١٢م)، ٣/ ٧٢.

^{٣٤٤} الكاساني، بدائع الصنائع، ١٤٨/ ٥.

عام، وشق طريق بدلاً عنه، جاز تملكه. ويحق لإمام المسلمين إجبار مالك العقار الخاص ببيعته لملك الدولة تحقيقاً للمصلحة، كما في قولهم: "لو أُجْبِرَ عَلَى التَّبْعِ جَبْرًا حَلَالًا، كَانَ التَّبْعُ لَازِمًا، كَجَبْرَةِ عَلَى بَيْعِ الدَّارِ لِتَوْسِيعَةِ الْمَسْجِدِ، أَوْ الطَّرِيقِ، أَوْ الْمَقْبَرِ"^{٣٤٥}

○ الأراضي المملوكة ملكية خاصة يتصرفون بها بناءً وسكنى وزراعة وكراء، فلا يجوز لأحد إزالة ملكيتها الخاصة، إلا ما كان بالأسباب الشرعية، أو ما كان مستثنى للمصلحة العامة.

○ العقارات الموقوفة عامة أو خاصة فالوقف العام قابل للتملك بإذن شرعي، مما يعني أن تملكه على السبيل الفردي لا يجوز، كالذي "اصْطَفَاهُ الْإِمَامُ لِبَيْتِ الْمَالِ مِنْ فُتُوحِ الْبِلَادِ، إِمَّا بِحَقِّ الْخُمْسِ فَيَأْخُذُهُ بِاسْتِخْفَاقِ أَهْلِهِ لَهُ، وَإِمَّا بِأَنْ يَصْطَفِيَهُ بِاسْتِطَابَةِ نَفْسِ الْغَانِمِينَ عَنْهُ"^{٣٤٦}. أما الوقف الخاص، فيصح التملك فيه بشرط الواقف.

○ أرض الحوز إذا عجز مالك الأرض عن زراعتها وأداء ضريبتها المفروضة عليها، ثم استولت الدولة عليها لتستغلها وتستوفي حقوقها منها، فهذه الأراضي لا تملك للدولة، وتبقى ملكيتها لأصحابها. وهذا المصطلح مرادف لـ الأرض الأميرية؛ أي الأرض التي مات عنها أصحابها ولا وارث لهم، فألت لبنت المال، والأرض التي فتحت عنوة ولم تقسم بين المحاربين، بل ضُمَّت لبنت المال".^{٣٤٧} واعتبر الكمال ابن الهمام أن أراضي مصر صارت حوزاً، وناقشه في ذلك ابن عابدين، حيث قال ابن الهمام: "أَرْضُ مِصْرَ فِي الْأَصْلِ خَرَاجِيَّةٌ، لَكِنْ الرَّسْمُ الْأَنْ.. وَهَذَا بَعْدَمَا قُلْنَا إِنَّ أَرْضَ مِصْرَ خَرَاجِيَّةٌ، وَاللَّهُ أَعْلَمُ، كَأَنَّهُ لِمَوْتِ الْمَالِكِينَ شَيْئًا فَتَشِيئًا مِنْ غَيْرِ إِخْلَافٍ وَرَثَةٌ فَصَارَتْ لِبَيْتِ الْمَالِ"^{٣٤٨} فأجاب ابن عابدين على الكمال ابن الهمام بأن أرض مصر والشام لأصحابها، فقال: "فَإِذَا كَانَتْ مَمْلُوكَةً لِأَهْلِهَا، فَمِنْ أَيْنَ يُقَالُ إِنَّهَا صَارَتْ لِبَيْتِ الْمَالِ بِإِحْتِمَالٍ أَنَّ أَهْلَهَا كُلَّهُمْ مَاتُوا بِلَا وَارِثٍ؟ فَإِنَّ هَذَا الْإِحْتِمَالُ لَا يَنْفِي الْمُلْكَ الَّذِي كَانَ ثَابِتًا".^{٣٤٩} ويحظر على الإمام التصرف فيها بأن يشتريها لنفسه، "فَإِذَا أَرَادَ السُّلْطَانُ أَنْ يَشْتَرِيَهَا لِنَفْسِهِ، أَمَرَ غَيْرَهُ أَنْ يَبِيعَهَا مِنْ غَيْرِهِ، ثُمَّ يَشْتَرِيَهَا لِنَفْسِهِ مِنَ الْمُشْتَرِي؛ لِأَنَّ هَذَا أَبْعَدُ مِنَ التَّهْمَةِ".^{٣٥٠}

○ أرض الصلح ملك تام لأصحابها، تترك بأيدي أهلها لهم التصرف بها كيفما يشاؤون، يزرعونها أو يستخدمونها، كما يحق لهم بيعها وتوريثها، وقضاء الدين منها، على أن يؤديوا عنها الخراج، وتصبح أرض خراجية ما داموا على شركهم. وتسقط عنهم خراج الأرض بالإسلام. كما في قولهم: "مَتَى أَسْلَمُوا، سَقَطَ خَرَاجُهَا، وَوَجَبَ عَلَيْهِمْ فِي غَلَّتِهَا الرِّكَاهُ".^{٣٥١} وقد ذكر عدد من المدن التي فتحت صلحاً، "كأرض هجر، والبحرين، وأيلة، ودومة الجندل، وأذرح. فهذه القرى التي أدت إلى رسول الله ﷺ الجزية، ومدن الشام ماصخا أرضها إلا قيسارية، وبلاد الجزيرة كلها، وبلاد خراسان كلها أو أكثرها صلح".^{٣٥٢}

○ أرض فدك "فَدَكُ بَقْعَتَيْنِ بِلُدَةٍ بَيْنَهُمَا وَبَيْنَ مَدِينَةِ النَّبِيِّ ﷺ يَوْمَانِ وَبَيْنَهُمَا وَبَيْنَ خَيْبَرَ دُونَ مَرْحَلَةٍ".^{٣٥٣} فبدأ رسول الله ﷺ يتصرف فيها لمصلحة المسلمين ليست مختصة بذاته ﷺ "كَأَنَّكَ فَدَكُ خَالِصَةً لِرَسُولِ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، لِأَنَّهُمْ لَمْ

^{٣٤٥} الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ٦/٣.

^{٣٤٦} الماوردي، الأحكام السلطانية، ٣٨٥/١.

^{٣٤٧} قلنجي، محمد رواس وآخرون، معجم لغة الفقهاء، ٥٥/١.

^{٣٤٨} ابن الهمام، فتح القدير، ١٥٣/١٣.

^{٣٤٩} ابن عابدين، رد المحتار، ١٨٠/٤.

^{٣٥٠} ابن عابدين، حاشية ابن عابدين، ١٨٢/٤.

^{٣٥١} وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، الموسوعة الفقهية الكويتية، ٢٨٤/٢٣.

^{٣٥٢} ابن قدامة، المغني، ٢٣/٣.

^{٣٥٣} الحموري، أحمد بن محمد بن علي الفيومي، المصباح المنير، بيروت: المكتبة العلمية، د.ط، د.ت، ٤٦٥/٢.

يَجْلِبُوا عَلَيْهَا بِخَيْلٍ وَلَا رِكَابٍ".^{٣٥٤} وتعتبر أرض فدك قضية تاريخية شرعية موضوعها الأموال غير المنقولة محكومة بقواعد المال العام للمسلمين لا التملك الفردي أو الشخصي. قال رسول الله ﷺ: «لَا تُورَثُ مَا تَرَكَنَا صَدَقَةً».^{٣٥٥} فبقيت رقاب وأعيان أرض فدك عامًا لصالح المسلمين وحصلت فيه منازعة عقارية أن فاطمة والعباس أتيا أبو بكر الصديق رضي الله عنه يلتمسان هذه الأرض فرفض للحديث السابق "فَلَمَّا لَمْ يُعْطِهَا إِيَّاهُ، حَلَفَتْ لَا تُكَلِّمُهُ أَبَدًا، وَأَوْصَتْ أَنْ تُدْفَنَ لَيْلًا، لَيْلًا يَحْضُرُهَا، فَدُفِنَتْ لَيْلًا".^{٣٥٦} قابلية فدك للملكية العامة دون الخاصة.

○ **أرض السواد وأرض العنوة** "رستاق العراق وضياعها التي افتتحها المسلمون على عهد عمر بن الخطاب - رضي الله عنه - سمي بذلك لسواده بالزروع، والنخيل، والأشجار".^{٣٥٧} وكان اجتهد عمر بن الخطاب - رضي الله عنه - على تملك عامرها لصالح المسلمين "لَا يَجُوزُ شِرَاءُ أَرْضٍ مِصْرَ وَلَا تُقَطَّعُ لِأَحَدٍ".^{٣٥٨} وذهب الإمام مالك إلى إرجاع تقدير التملك إلى السلطان، قائلًا: "إن الأرض المغنومة لا تقسم، بل تكون وقفًا يُقسم خراجها في مصالح المسلمين من أرزاق المقاتلة وبناء القناطر".^{٣٥٩} ويرى الإمام الشافعي أن تملك هذه الأراضي يرجع كيفية افتتاحها، "فإذا فُتحت الأرض صلحًا على أن أرضها لأهلها، فما وُضع عليها من خراج، فمجراه مجرى الجزية. وإن كان الفتح إنما وقع على أن الأرض للمسلمين، ويؤدوا في كل سنة عنها شيئًا، فالأرض للمسلمين، وما يؤخذ منهم عنها فهو أجرة الأرض".^{٣٦٠}

1.5.4. نطاق ملكية المال غير المنقول الحق، أو المحل، والوعاء الذي ترد وتمارس عليه سلطات المالك من حيث تحديد محل هذه السلطات بالشئ المملوك ذاته، يُسمى بالملك الجامع. ومعرفة محل الحق لا تثير أية صعوبة بالنسبة للمنقول؛ لأن هذه الأشياء، بحكم كيانها، يمكن نقلها من شخص لآخر، ليكون لها كيان مستقل ومنفصل عن غيره من الأشياء. ولكن الأمر ليس بهذا اليسر إذا تعلق بعقار؛ ذلك أن العقارات، بحكم ثباتها والتصاقها ببعضها ببعض، لا تتميز عن غيرها على نحو ما تراه في المنقولات، الأمر الذي يثير المنازعات بين الملاك المتجاورين. لذا، وجب بيان هذا المدى وأثره على الملكية العقارية، وتحديد حدود التصرف فيه لمالكه، لمنع أي اعتداء عليه، أو على حدّ غيره؛ حيث إن العقارات ملاصقة ومجاورة لبعضها، ويستحيل فصلها عن بعض إلا من خلال بيان ملك كل فرد فيها، فالقسمة الرضائية والقضائية قانون شرعي يُحدد حدود ملكية الورثة، وحدود مالك الأرض الموات، والمحجرة، والمقطعة.

المعروف فقهاً وقانوناً أن مالك الشئ يتملكه أصلاً وفرعاً؛ فيملك ذاته، وما هو مدمج معه بحيث يستحيل فصله عنه دون إتلاف أو هلاك، كملكية علو الأرض وسفلها، إذ لا يُتصور أن تكون بدون ذلك، لأنها من جوهر الحق ذاته. ففي العقار، من ملكه ملك جوهر العقار، واشتمل ما تفرع عنه من ثمار، أو منتوجات، أو إيجار، وتوابع، ومرافق، وحقوق عينية أصلية أو تبعية، وكل هذا يساعد على عدم خلط حدود الملكيات الأخرى.

^{٣٥٤} ابن هشام، عبد الملك بن هشام بن أيوب الحميري، *السيرة النبوية*، تحقق: مصطفى السقا، إبراهيم الأبياري، وعبد الحفيظ الشلبي، مصر: مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي، ط٢، (١٣٧٥هـ/١٩٥٥م)، ٢/ ٣٣٧.

^{٣٥٥} مسلم، *صحيح مسلم*، ٣/ ١٣٧٧.

^{٣٥٦} ابن قتيبة، أبو محمد عبد الله بن مسلم، *تأويل مختلف الحديث*، بيروت: المكتب الإسلامي - مؤسسة الإشراف، ط٢، (١٤١٩هـ/١٩٩٩م)، ١/ ٤٢٧.

^{٣٥٧} ياقوت الحموي، شهاب الدين أبو عبد الله، *معجم البلدان*، بيروت: دار صادر، ط٢، (١٩٩٥م)، ٣/ ٢٧٥.

^{٣٥٨} المواق، *التاج والإكليل لمختصر خليل*، ٦٠٣/٧.

^{٣٥٩} العظيم آبادي، أبو الفضل أحمد بن علي، *عون المعبود شرح سنن أبي داود*، بيروت: دار الكتب العلمية، ط٢، (١٤١٥هـ)، ٨/ ١٩٥.

^{٣٦٠} العظيم آبادي، *عون المعبود*، ٨/ ٢٣٣.

كقوله ﷺ: «من أخذ شبراً من الأرض، طوّقه الله يوم القيامة إلى سبعة أراضين».^{٣٦١} وفيه دليل على امتداد ملكية الأرض إلى الأرض السابعة؛ " إذ لو لم يملكها، لم يُعاقب على ذلك، ولا خُسف به إلى هناك، بل كان الخسف على قدر الطبقة العليا".^{٣٦٢} والتحديد في الحديث للقضاء على الغصب الاجتماعي، ودليل على جواز تقييد ملكية الفرد بما يحقق مقصد الشارع، بالألا يتخذ من سلطات حقه وسيلة للإضرار بالغير؛ كإجبار المالك على إصلاح جداره المائل على الطريق، أو إخراج الشرفات والميزاب على الطريق العام. وتصرف المورث بالملك في مرض الموت، بقصد مخالفة قواعد الميراث، يُعامل بخلاف نيته.

1.5.4.1. الحدود في الملك من خلال بيان حدّ للمالك، يظهر لنا حقه وحده في التصرف في ملكه؛ فالحدّ هو مساحة معينة يستطيع مالك الحق أن يستعمل سلطاته فيها، وفي كل ما يتولد منها، منقولاً وغير منقول. وثبت ملك الفرع بواسطة ملك الأصل؛ ففي الحيوان، يمتد إلى جميع أجزائه ومنافعه، وفي المال غير المنقول، يمتد الملك إلى علوه وسفله، ومنافعه، وما يتحد به اتحاداً طبيعياً أو صناعياً. (قاضيخان من الحنفية) قال: "من ملك أرضاً ملك ما تحتها إلى الثرى وما فوقها إلى السماء".^{٣٦٣}

1.5.4.2. الحدود في التصرف نصّت مجلة الأحكام العدلية على بيان حدود التصرف في المال غير من خلال سند يظهر حدوده: "العقار المحررة حدوده في السند هو ملكي، تصح دعواه".^{٣٦٤} وتحديد نطاق الملكية ليس في التملك فقط، إنما في التصرف في حدود ملكه؛ ف "لو هدم صاحب السفل سفله بنفسه، يُجبر على إعادته لتعديّه محلّ تعلق به حق الغير".^{٣٦٥} فاعتبر الحنفية أن مالك السفلى له ملكية مقيّده على التصرفات في ملكه، فإذا أطلق له حق التصرف، أضرّ بمالك العلو: "صاحب العلو والسفل، ليس لكل واحد منهما أن يتصرف فيه إلا بما هو مختص به".^{٣٦٦} مما يعني بيان حدود تصرفات مالك العين.

1.5.5. ملكية المتولد والمستخرج من المال غير المنقول

1.5.5.1. المستخرجات (الكنوز والمعادن) نستطيع القول بأن مستخرجات الأرض من الكنوز والمعادن تُعدّ مكسباً للملكية بشكل عام، والخلاف فيما يجوز أن يدخل تحت الملكية الفردية أو الجماعية: هل ما وُجد من الكنوز والمعادن يُعتبر جزءاً من الأرض، بحيث إن مالك الرقبة مالك لما فيها؟ أم أن للإمام حقاً فيه للمصلحة العامة؟ وهل ذكر أنواع المعادن عند الفقهاء كان على سبيل الحصر؟

سار الفقه الحنفي على المعنى اللغوي في تحديد مفهوم المعدن والكنز، واعتبر أن لفظ "المعدن" من قبيل المترادف، بمعنى أن لفظ "الركاز" يُطلق على المعدن والكنز؛ لأن كلمة "الكنز" تدل على كل ما رُكِّز في جوف الأرض، ولم يُفرّقوا بين ما كان بصنع الله أو بفعل البشر، فدخل بالعموم. وهذا قول من سار على وفق المعنى اللغوي. وقيل: إن اللفظين مختلفان، وأن الركاز ما كان بصنع البشر، والمعدن هو جزء من الأرض يوم خلق الله الأرض، والتفريق بين اللفظين دلّ عليه الحديث. «جُرْحُ الْعَجَمَاءِ جِبَارٌ وَالْبَثْرُ جُبَارٌ، وَالْمَعْدُنُ جُبَارٌ، وَفِي الرِّكَازِ الْخُمْسُ».^{٣٦٧} عرف الكاساني الحنفي الركاز بأنه: "اسمٌ لِلْمَعْدُنِ حَقِيقَةً، وَإِنَّمَا يُطْلَقُ

^{٣٦١} أحمد بن حنبل، المسند، ٢٩١/٢.

^{٣٦٢} الأمير، محمد، التنوير شرح الجامع الصغير، تحق: د. محمد إسحاق، الرياض: مكتبة دار السلام، ط١، (١٤٣٢هـ/٢٠١١م)، ٥٧/١٠.

^{٣٦٣} الزيلعي، تبين الحقائق، ١٤٨/٦.

^{٣٦٤} لجنة مكونة من علماء الدولة العثمانية، مجلة الأحكام العدلية، ٣٢٢/١.

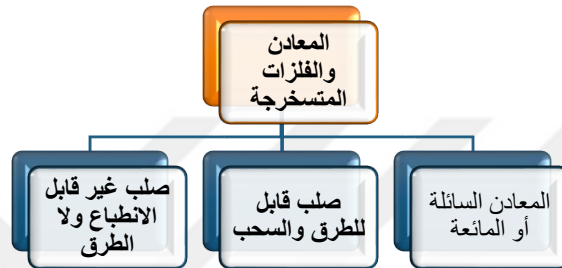
^{٣٦٥} الزيلعي، تبين الحقائق، ١٩٥/٤.

^{٣٦٦} الماوردي، أبو الحسن علي بن محمد، الحاوي، بيروت: دار الكتب العلمية، ط١، (١٤١٤هـ/١٩٩٤م)، ٤١٥/٦.

^{٣٦٧} البخاري، صحيح البخاري، ١٣٠/٢.

على الكَنْزِ مَجَازًا، لِذَلَالِ، أَحَدُهَا أَنَّهُ مَأْخُوذٌ مِنَ الرَّكْزِ، وَهُوَ الْإِثْبَاتُ، وَمَا فِي الْمَعْدِنِ هُوَ الْمُتَبَيَّنُّ فِي الْأَرْضِ، لَا الْكَنْزُ، لِأَنَّهُ وُضِعَ مُجَاوِرًا لِلْأَرْضِ".^{٣٦٨} ويعرف الحنابلة المعدن بأنه: "كل متولد في الأرض لا من جنسها ولا نبات، كذهب وفضة وجوهر وبلور...".^{٣٦٩} لذا، تعاريف الفقهاء تبين تقيدهم بالمستخرجات البرية لا البحرية؛ لأنهم ذكروا بابًا فيما يستخرج من البحر، والإمام السمرقندي قال باب المعادن والركاز: "فصلان: أحدهما حكم المال المستخرج من الأرض، والثاني حكم المال المستخرج من البحار".^{٣٧٠}

أنواع المعادن والفلزات المستخرجة من الأرض عند الحنفية".^{٣٧١}



بالنسبة لملكية المعادن والكنوز وأحكامها، وما يفرض عليها عند الحنفية، جاءت في خمسة عشر وجهًا.



ملكية وصفة المعدن الذي يتعلق به وجوب الزكاة ترجع إلى نوع الكنز؛ فإن كان مما يقبل الانطباع والسحب، ووجد في أرض عُشرية أو خراجية، وجبت الزكاة فيه. والغرض متعلق بالمستخرج من الأرض في قول الحنفية، غير الشافعية؛ لأنه عندهم لمن سبقت إليه يداه، وإن وُجد في أرضه أو داره فعن أبي حنيفة روايتان: رواية "الأصل" لا يجب، ورواية "الجامع الصغير"

^{٣٦٨} الكاساني، *بدائع الصنائع*، ٦٧/٢.

^{٣٦٩} ابن النجار، *تقي الدين محمد بن الفتوح، منتهى الإرادات*، تحقيق: عبد الله التركي، بيروت: مؤسسة الرسالة، ط١، (١٤١٩هـ/١٩٩٩م)، ١/٤٧٩.

^{٣٧٠} السمرقندي، محمد بن أحمد بن أبي أحمد، أبو بكر، *تحفة الفقهاء*، بيروت: دار الكتب العلمية، ط٢، (١٤١٤هـ/١٩٩٤م)، ١/٣٢٧.

^{٣٧١} السرخسي، *المبسوط*، ٢/٢١١، بتصرف.

يجب، ولو وجده في دار الحرب، في أرض غير مملوكة، فهو له، ولا شيء فيه. تنقسم المعادن، من حيث استخراجها عند الشافعية^{٣٧٢} والحنابلة^{٣٧٣}، إلى معادن ظاهرة، ومعادن باطنة. وأما من حيث تملكها، فكان رأي الحنابلة فيما يملك من المعادن الجامدة: إن وُجد في أرض مملوكة، فهو لمالكها؛ لأنه جزء من أجزاء الأرض، فهي كالأحجار والتراب، وإن وُجد في أرض موات، كان لمن سبقت يده إليه. وأما المعادن السائلة، فتملك بملك الأرض التي فيها. وأما من حيث ما يُفرض عليها، فقد اشترط الحنابلة أن يكون المستخرج من الأرض مما خُلق فيها من غير جنسها، ويكون له قيمة بين الناس؛ لأن الأموال المركوزة في جوف الأرض، إما مخلوقة فيها، وهي المعادن، وإما مودعة فيها، وهي الركاز. وضابط التفرقة بين المعدن الظاهر والباطن هو السعي والعمل لتحصيله.

✓ **المعدن الظاهر** ما خرج بلا علاج، وإنما العلاج في تحصيله، كنفط وكبريت، وهو في تعريف الشافعية: "لا يملك بالإحياء، ولا يثبت فيه اختصاص بتحجر ولا إقطاع"^{٣٧٤}. وأما الحنفية يعتبرون المعدن الظاهر ما كان "جوهرًا أودعه الله في جواهر الأرض بارزة، كالملح، والكبريت"^{٣٧٥}.

✓ **المعدن الباطن** "ما لا يخرج إلا بعلاج، كذهب وفضة وحديد ونحاس"^{٣٧٦}.

أن ما عده الفقهاء، القدامى والمعاصرين، وصف عام، وليس حصراً لما اكتُشف فقط في عصرهم أو ذكر في كتبهم، فهناك أراضٍ واسعة على سطح الأرض، وباطنها لم يُستخرج ولم يُكتشف منها شيء، ذكر ابن الجوزي، في باب ذكر الأرض وعجائبها: "وقد أحصيت المعادن، كالجص والنورة، فوجدوا أنها سبعمائة معدن"^{٣٧٧}؛ لأن الفقهاء القدامى كانوا يطلقون على ما يُستخرج من الأرض: بالمعدن والركاز، والكنوز.

وأشار تاج الشريعة إلى إطلاقات الفقهاء على أسماء المستخرجات من الأرض، فقال: "الجواهر المستخرجة من الأرض تتنوع إلى مخلوق الله، وإلى مدفون الناس، ويُعرف النوعان بأسماء ثلاث: بالمعدن، والكنز، والركاز"^{٣٧٨}. والركاز، لغةً، أعم من الكنز فكل "مركوز في الأرض، أي ثابت ومدفون"^{٣٧٩}، وعليه، يكون كل كنز ركازًا، وليس كل ركاز كنزًا.

1.5.5.1.1. المستخرج من الملك الخاص: تملك ما في جوف الأرض يختلف باختلاف الأرض التي يُعثر فيها؛ فإن كان الكنز جاهليًا، وُجد في أرض، سواء كانت مملوكة ملكية خاصة، أو ملكية إحياء، أو إقطاع، فهي تبع للأرض ولواجده؛ لأن من ملك الأرض، ملك ما فيها، فأصبحت كالزراع. فأبو حنيفة له روايتان في الكنز الجاهلي الموجود في الأرض أو الدار المملوكة، فقال: إن المستخرج على مالك واجده، ولا زكاة فيه؛ لأنه "من أجزاء الأرض، مركب فيها، ولا مؤنة في سائر الأجزاء"^{٣٨٠}. فَرَق الشافعية في نوع ملكية العقار؛ فإن كان الواجد في ملكه الخاص، أو في أرض موات، فهو لواجده، وعليه زكاة. وإن كان في غير

^{٣٧٢} القزويني، عبد الله، **الشرح الكبير**، تحقق: علي محمد عوض، بيروت: دار الكتب العلمية، ط ١، (١٤١٧هـ/١٩٩٧م)، ٢٢٨/٦.

^{٣٧٣} ابن قدامة، **المغني**، ٤٢٢/٥.

^{٣٧٤} القنوجي، أبو الطيب محمد صديق خان، **الروضة الندية**، تحقق: علي الحلبي، الرياض: دار ابن القيم للنشر، ط ١، (١٤٢٣هـ/٢٠٠٣م)، ٤٦٠/٢.

^{٣٧٥} أبو جيب، سعدي، **القاموس الفقهي لغة واصطلاحاً**، ١/٢٤٥.

^{٣٧٦} القنوجي، **الروضة الندية**، ١٣٨/٢.

^{٣٧٧} ابن الجوزي، عبد الرحمن بن علي، **التبصرة**، د.م، د.ت، د.ط، ١٦١/٢.

^{٣٧٨} بدر الدين العيني، **البنية شرح الهداية**، ٣/٤٠٣.

^{٣٧٩} الزبيدي، **تاج العروس**، ١٦٠/١٥.

^{٣٨٠} البابرتي، محمد بن محمد بن محمود، أكمل الدين، **العناية شرح الهداية**، دار الفكر، د.م، د.ت، ٢٣٩/٢.

ملك له، فلصاحب الأرض، وعلى صاحبه الزكاة، لقوله: "إِذَا كَانَ مَوَاتًا أَوْ مَلَكًا لِلْمُسْتَحْرِجِ، فَعَلَيْهِ زَكَاتُهُ، وَإِنْ وَجَدَهُ فِي أَرْضٍ مَمْلُوكَةٍ، فَهُوَ لِصَاحِبِ الْأَرْضِ، وَيَجِبُ دَفْعُهُ إِلَيْهِ، فَإِذَا أَخَذَهُ مَالِكُهُ، لَزِمَهُ زَكَاتُهُ".^{٣٨١}

يختلف في ماهية المعدن المتصل بالأرض، من حيث اعتباره جزءًا من الأرض، وداخلًا في طبيعتها، وملكًا لصاحبها، فأشبهه الأشياء المحفوظة في البيت، أم ليس جزءًا منها، ولا داخلًا في طبيعتها، فبقي على الإباحة، كالمعدن السائل. فالإمام أحمد، في الرواية الأظهر عنده، يرى بأن المعدن الجاري ليس تابعًا ولا جزءًا من الأرض، للحديث قال رسول الله ﷺ: «الناس شركاء في ثلاث».^{٣٨٢} حديث الشركة كان أساسًا للقول بأن ملكية ما كان ضروريًا من ضروريات الحياة، لا يجوز أن يكون ملكية فردية؛ لأنه بمعنى الماء، فيثبت له حق أولوية، لا حق تملك، سواء أخرج من أرضه أو من أرض غيره، وعللوا ذلك. "بأنه يجزى من تحت الأرض، إلى ملكه".^{٣٨٣} في حين يرى المالكية بأن معادن الأرض ليست سببًا لكسب الملكية الفردية، إنما هو مباح لعامة المسلمين، ولم يفرقوا بين ما كان في أرض خاصة أو عامة، جامدًا أو مائعًا، من جنس الأرض وطبيعتها أو لا، فما وجد في جوف الأرض هو حق لبيت مال المسلمين "المعادن لا تورث، لأنه إذا مات صاحبها رجع إلى السلطان يرى فيه رأيه، ويُقْطَعُ لِمَنْ يَرَى وَيُنْبَغِي لَهُ أَنْ يَنْظُرَ فِي ذَلِكَ لِجَمِيعِ الْمُسْلِمِينَ".^{٣٨٤} ويرى الحنفية بأن كل ما كان في الأرض، فهو ملك لصاحبها على حد سواء. "والاستيلاء كما ورد على ظاهر الأرض ورد على ما فيها فملك ما فيها".^{٣٨٥} والإقطاع قد يكون إقطاع تملك أو إقطاع منفعة؛ فإذا أقطع الإمام مؤسسة أو جهة ما إقطاعًا من أرض في جوفها معدن، مقابل شيء يدفعه لبيت المال، جاز؛ لأن تصرف الإمام بالإذن له منوط بالمصلحة، فيثبت للمنتفع بالإقطاع ملك انتفاع لا ملك رقة، فهو من قبيل إقطاع الإيجار لا التملك، وهو قول للمالكية. وتملك المعدن ومكان وجوده موطن نزاع، فالحنابلة قاسوا عدم جواز "تملك المعادن الباطنة بالإحياء والإقطاع، التي وجدت على ظهر الأرض من الذهب، والفضة، والنحاس، والرصاص، والبُور، بالمعادن الظاهرة من: الملح، والماء، والكبريت، والقيصر، والنفط، والكحل، والياقوت، ومقاطع الطين".^{٣٨٦} ودليلهم: استرداد النبي ﷺ المعدن الأبيض من الأرض التي اقتطعها رسول الله لأبيض بن حمّال، فقال رجل في المجلس: إنما اقتطعته ما كان له. «الماء العُدُّ»^{٣٨٧} فلا ملك بالإحياء ولا يثبت فيه اختصاص بتحجير ولا إقطاع ولا حمي إمام لنفسه أو حظر منافعه على أحد؛ لأنه باقى على شركة الإباحة فيكون لمن يسبق إليه قال الشافعي: "أصل المعادن صنفان ما كان ظاهرًا كالمُح في الجبال تتنابهُ النَّاسُ فَهَذَا لَا يَصْلُحُ لِأَحَدٍ أَنْ يَقْطَعَهُ بِحَالٍ وَالنَّاسُ فِيهِ شَرَعٌ".^{٣٨٨} يجوز تملك المعادن الظاهرة بالإحياء من الذهب والفضة والحديد... إلخ عند الحنفية وإنما المنع منها فيما لا غنى للناس عنه ومثلوا له بالملح والقار.

^{٣٨١} النووي، المجموع، ٦/ ٧٦.

^{٣٨٢} أحمد بن حنبل، المسند، ٢٧٧/١٢.

^{٣٨٣} ابن قدامة المقدسي، عبد الله بن عبد العزيز، الشرح الكبير، تحق: الدكتور عبد الله بن عبد المحسن التركي والدكتور عبد الفتاح محمد الحلوة، القاهرة: هجر للطباعة والنشر والتوزيع والإعلان، ط١، (١٤١٥هـ/١٩٩٥م)، ١١/ ٧٧.

^{٣٨٤} الإمام مالك، المدونة، ٦٠٢/٣.

^{٣٨٥} الكاساني، بدائع الصنائع، ٦٥/٢.

^{٣٨٦} ابن قدامة، المقنع في فقه الإمام أحمد، ٢٣٠/١.

^{٣٨٧} أبو داود، السنن، ٦٧٠/٤.

^{٣٨٨} المزني، محمد بن أحمد، مختصر المزني، بيروت: دار المعرفة، (١٤١٠هـ/١٩٩٠م)، ٨/ ٢٣١.

خلاصة أقوال الفقهاء في عائدة الكنز في الأرض التي انتقلت بالأسباب الناقلة للملكية:

١. أن الكنز الذي عُثر عليه بعد انتقال ملكية الأرض إلى المشتري عائدٌ للمالك الجديد؛ لأن ملكية العقار المبيع انتقلت بجميع ما فيه إلى المالك الجديد، فأصبح كالغنائم والركاز غير المملوك بملك الأرض، لأنه مودعٌ فيها، واستحقاق الكنز يكون بتمام الحيازة، وصاحب العقار الأول لم يُحرز ما في باطنه، فلا يستحق ما يُعثر عليه فيها بعد ذلك، وإنما يختص به من وجده. وإلى هذا الرأي ذهب الحنابلة في روايةٍ عندهم، وقولُ أبي يوسف، ورأيُ ابن القاسم من المالكية.
٢. أن ملكية الكنز لا تعود إلى البائع ولا إلى المشتري، ولا يستحق أحدٌ تملكه؛ فإذا كان إرثاً، انتقل إلى الورثة إن أقرّوا بأن الكنز ليس لهم. ودليلهم في عائدة ملكيته قياسهم على من باع دجاجةً فوجد فيها لؤلؤة، فلا تدخل في البيع، بل تكون للبائع؛ لأن اللؤلؤة لا تتولد من الدجاج، وكذلك الكنز المدفون لا يدخل في بيع العقار المبيع، لأن الكنز لا يتولد من العقار، ولا هو من جنس طبيعته، فتبقى يدُ الخصوص سابقةً إلى الكنز حال إباحته.

1.5.5.1.2. المستخرج من الملك العام: المعادن إذا عُثر عليها في عقار غير مملوك، تكون لبيت مال المسلمين؛ لأنه أصلُ رقة العقار ملكٌ للدول، ومالك الأصل مالكٌ للتبع، وقد رأينا الشافعية اعتبروا المعادن من أجزاء الأرض، فإذا كان في ملكٍ خاص، ملك الأصل والتبع، وكذلك بيتُ المال، له أصل العقار وما فيه، فالأراضي المفتوحة كلها في ملك الدولة. ويرى الحنفية إن كان المعدن في أرضٍ غير مملوكة، كانت للواجد بسبق اليد عليها. ومما أورده ابن أبي شيبة في مصنفه: أن رجلاً سأل عائشة - رضي الله عنها - فقال: «إِنِّي وَجَدْتُ كَنْزًا، فَدَفَعْتُهُ إِلَى السُّلْطَانِ، فَقَالَتْ: فِي فَيْكِ الْكُتْكُتُ».^{٣٨٩} أي: التراب، تنكر عليه ذلك.

1.5.5.1.3. المستخرج من الأرض المصالح عليها للمالكية. ^{٣٩٠} في اعتبار المعادن من توابع الأرض روايتان، أحدهما روايةُ الراجح عند ابن القاسم عن مالك في "المدونة"، أن المعادن ليست من توابع الأرض. ودليلهم في اعتبارها منفصلةً ومستقلةً عن أصل الأرض، وأنها خارجةٌ عن طبيعتها، في قوله ﷺ: «إِنَّ الْأَرْضَ لِلَّهِ يُورِثُهَا مَنْ يَشَاءُ مِنْ عِبَادِهِ»^{٣٩١}، ووجه الدلالة من ذلك: أن الله ﷻ خلق المعدن يوم خلق الأرض، وملكيتها أقدم من مالكةا، وأن ثبوت زمن تقادمها ثبت بالنص القرآني؛ إذ إن الأرض لله، والله خلقها قبل خلق الإنسان، فنبت تقادم ملكيتها للمسلمين مع ما فيها، بدايةً من خلق الأرض، لا ملك المالك، فأورثهم الله ملك الأرض لا ملك ما فيها، وبذلك أصبحت فينا للمسلمين.

وبناءً عليه، ثبتت ملكية المعادن للمسلمين في الأرض، مملوكةٌ أو غير مملوكة، أو انجلى عنها أهلها، إلا الأرض المصالح عليها المملوكة، فيبقى معدن الأرض بما فيها ملكاً لأصحابها، وتعود ملكيتها لإمام المسلمين إذا أسلموا. وحجتهم: "أن المعادن يجتمع إليها شرار الناس"^{٣٩٢}، خلافاً لسحنون، الذي يرى أنها تبقى لهم ولا ترجع للإمام. وفرق الحنابلة بين ما يكون من مشتملات الأرض من طبيعتها وجنسها، وما لا يكون؛ فالأحجار المدفونة، والمعدن الباطن من الذهب والفضة، يُعتبر جزءاً؛ لأنه يشبه

^{٣٨٩} ابن أبي شيبة، محمد بن علي، **المصنف**، تحقق: كمال يوسف الحوت، الرياض: مكتبة الرشد، ط١، (١٤٠٩هـ)، ٤٣٦/٢.

^{٣٩٠} ابن رشد، محمد بن أحمد، **المقدمات والممهديات**، تحقق: د. محمد جحي، بيروت: دار المغرب الإسلامي، ط١، (١٤٠٨هـ/١٩٨٨م)، ٢٩٩/١.

^{٣٩١} الأعراف ٧/ ١٢٨.

^{٣٩٢} الخطاب، شمس الدين أبو عبد الله محمد بن محمد بن عبد الرحمن، **مواهب الجليل**، بيروت: دار الفكر، ط٣، (١٤١٢هـ/١٩٩٢م)، ٣٣٥/٢.

الأثاث الموضوع في البيت، أما الركاز والأحجار المدفونة، فليست جزءاً من الأرض ولا من طبيعتها، ولذا اعتبروا بأن العقار إذا بيع ثم ظهر فيه معدن، كان زيادةً، فأشبهه "ما لو باع ثوباً على أنه عشرة أذرع، فبان أحد عشر".^{٣٩٣}

1.5.5.2. المتولد من المال غير المنقول يدل التولد على "تولد الشيء عن الشيء، حصل منه ونشأ عنه"^{٣٩٤}، ويعرّف علماء القانون الثمرة بأنها "ما ينشأ عن الأصل بصورة دورية، ولا يلحق بالأصل تلقاً أو نقصاً، كبذل الإيجار ومحصول الأرض"^{٣٩٥}، أي: ما يطرأ على العين من زيادة في ذاتها. ولم يعرف الفقهاء التولد اصطلاحاً، لكن يمكن أن نعرّفه على ضوء التعريف اللغوي بأنه: التولد الخلقي أو الفعلي لشيء عن شيء مملوك شرعاً. وهذا السبب لم يتطرق إليه الفقهاء القدامى بأن جعلوا التولد من العقار سبباً للملك قائماً بذاته، إنما كانت أقوالهم تدور حول أن من ملك الأصل، ملك الفرع، بشرط أن يكون هذا التولد مشروع الأصل حتى تثبت ملكية الفرع، واعتبروا ثمار النخل أصلاً يُقاس عليه سائر الثمار في حكم تبعيتها. ويرى الأستاذ مصطفى الزرقا أن التولد من المملوك يُعدّ سبباً قائماً بذاته، ويمكن تخريج هذا السبب ليكون سبباً مكسباً للملكية، من قول النبي ﷺ: «من باع نخلاً قد أُبرت، فثمرتها للبائع إلا أن يشترط المبتاع»^{٣٩٦} دلّ الحديث على أن النخل الذي وُضع للقرار تابع، لا يخرج عن ملك البائع إلا باشرط المشتري، كأن يقول: "اشتريته بثمره"، ويدلّ على ما يدخل في ملك المشتري، فيما وُضع بالأرض للبقاء لا للفصل.

القاعدة الأولى "كل من كان له ملك، كان له نماء ذلك الملك"^{٣٩٧}. ومثل على هذه القاعدة: ملكية الراهن للعقار؛ لما تولّد عن العقار المرهون تكون مملوكاً لملك الأصل، والتوابع لا تُفرد بالحكم.

القاعدة الثانية "التابع تابع".^{٣٩٨} فكل ما يتولّد من الأصل تمتد ملكيته إلى الفرع، فيدخل: الشجر، والبناء، والحجر في الأرض، ويدخل ما كان من ضرورياتها، كالطريق للدار. فملكية توابع الأرض بحسب مالكة؛ فإن كانت في ملك خاص، ولم تتعلّق حاجة الناس به، ملك ما فيها.

فهذا الحديث، والقاعدتان، يشهدان بالاعتبار والمشروعية على امتداد الملكية العقارية لكل متولّد وناتج ناشئ منها: "إذا تولّد شيء من شيء مشترك، فهذا المتولد الحاصل يكون مشتركاً بين المالكين للأصل بنسبة حصصهم فيه".^{٣٩٩} وفائدة تمييز الفقهاء بين الأصل والثمرة، من حيث تعلّق الحق والملكية بالأصل أم بالثمرة، أن الانقضاء الخارجة من البناء، وحطب الشجر، لا تُورّع غلتهما على المستحقين؛ لأن العوض في يُعدّ ثمرة؛ "لأنه ناشئ عن نقصان الأصل. فأنقضاء الوقف، وحطب الشجر، لا تُورّع غلتهما على المستحقين؛ لأن العوض في العقار المستبدل ثمن للأصل وعوض عنه، فلا يجوز، بل يُشترى به عقار يحلّ محله".^{٤٠٠} ففرّق بين استبدال الأصل، واستبدال غلّته. فهلاك أصل الشجر هلاك قدر ونقصان فيه، لا هلاك وصف؛ لأن هلاك الوصف، يتخيّر فيه المشتري بين أخذ المبيع بكل ثمنه، أو فسخ العقد لفوات الوصف المرغوب فيه. ويُطلق الفقهاء على الثمرة أو الغلّة اسم "الخراج"، وفي قوله ﷺ: «الخراج بالضم»^{٤٠١}، فكل ما هو خارج من غيره، يشمل: "المتولد المنفصل، كثمرة الشجر، وولد الحيوان، وغير المتولد، كأجرة الشيء

^{٣٩٣} ابن قدامة، الشرح الكبير على متن المقنع، ٤/ ١٨٧.

^{٣٩٤} ابن فارس، مقاييس اللغة، ٢/ ٢٥٥.

^{٣٩٥} الزرقا، مصطفى، المدخل إلى نظرية الالتزام العامة، ٢٣٠.

^{٣٩٦} ابن ماجه، السنن، ٣/ ٣٢٧.

^{٣٩٧} الماوردي، الحاوي الكبير، ٦/ ٢٠٤.

^{٣٩٨} الزرقا، مصطفى، شرح القواعد الفقهية، دمشق: دار القلم، د.م، ١/ ١٤٤.

^{٣٩٩} الزرقا، مصطفى، المدخل الفقهي، دمشق: دار القلم، ط ٣، (١٤٣٣هـ/٢٠١٢م)، ١/ ٣٤٣.

^{٤٠٠} الزرقا، مصطفى، المدخل الفقهي، ١/ ٣٤٣.

^{٤٠١} ابن حبان، محمد بن حبان، صحيح ابن حبان، تحق: شعيب الأرناؤوط، بيروت: مؤسسة الرسالة، ط ١، (١٤٠٨هـ/١٩٨٨م)، ١١/ ٢٩٨.

المأجور، ويشمل أيضًا منافع الشيء^{٤٠٢}. وخالف المالكية الجمهور في تقسيم النماء من الأصل إلى ثلاثة أقسام: ربح، وغلة، وفائدة، وقالوا:

الربح: "الزيادة الحاصلة في التجارة: أي الزيادة الحاصلة في رأس المال، نتيجة تقلبيه من حالٍ إلى حالٍ، في عمليات التبادل المختلفة.

الغلة: وما يتجدد من السلع التجارية بلا بيعٍ لرقابها، كثمرة الأشجار، وأجرة الدار، والأرض، وسائر عروض التجارة، أو زيادة المبيع في ذاته، إذا اشتراه للتجارة مثلاً بعشرين، ثم كُبر ونما، فباعه بعد ذلك بخمسين.

الفائدة: كل نماءٍ أو زيادةٍ في غير عروض التجارة، مثل ما يستفيد المرء بطريق الميراث أو العطية، وما زاد في ثمن عروض القنية، وهي السلع التي يتخذها الإنسان لنفسه، لا للاتجار بها، وما تولد عن المواشي من صوف، أو عن الأشجار من ثمرة، إذا كانت أصولها مُشترَأةً للاقتناء، لا للتجارة^{٤٠٣}.

أنواع التولد من العقار: "ما كان متّصلاً، كالثمر بالشجر، والحجر في الأرض، ومنه ما كان منفصلاً، وما يُعدّ للفصل"^{٤٠٤}. فالتولدات المنفصلة هي الناشئة عن عين العقار المملوك، كالثمرة من الشجر، والماء، والنفط، والملح، وغيرها من الأرض، على خلافٍ بين الفقهاء في كونها متصلة أو منفصلة. أما ما كان متولداً متصلاً، فهو ما كان في ذاتها. ومن تتبّع توابع العقار المتولدة، يجد أنها لا تستند فيه إلى إحراز، ولا عقد، أو خلفية. وأثر هذه المسائل يظهر لنا في: ملكية المتولدات بعد العقد وقبل القبض، وملكية المتولد بعد القبض، والمتولد من المبيع زمن الخيار، والمتولد من العقار المرهون، وبيع المتولد حال اتصاله بالأصل. ثم إن القول بأن المتولد المتصل من العقار يصح إفراده بالعقد والإيجار، ومن حيث ثبوت التولد من المملوك بقسميه: المتصل أو المنفصل أو المُعدّ للانفصال، اشترط الفقهاء شرطاً واحداً، به تثبت ملكية المتولدات، وهو: أن يكون الأصل الذي حدث عنه التولد مملوكاً ملكاً صحيحاً، وتكون هذه الملكية دائمة، لا يتصور انفكاك ملك المنفعة عن ملك الرقبة.

1.5.5.2.1 المتولد المتصل ما يطراً على الأعيان من زيادةٍ في ذاتها، كثمر الشجر الظاهر لا الباطن، أي: المؤبر، فإذا

وُجد التأبير، وُجد الحكم، وهو ملكية البائع للثمرة، وإن انتفى التأبير، انتفى الحكم، أي: انتفت ملكية البائع للثمرة وثبتت للمشتري. والمتولدات تَبَعُ للأصل، لعدم تميّزها عنه، والمنفصلة غير تابعة، لتميّزها عنه، فوجد حدٌّ للملكية بأن تُؤبر. وكذلك، من اشترى أرضاً أو بيتاً، واستخرج منها كنزاً، ملكه البائع. تُعدّ المنتجات جزءاً من الشيء ذاته، وليست مستقلةً عنه إن كانت في الملك الخاص، فيملك صاحب الأرض الرمال والأحجار الموجودة فيها؛ لأنها متولدةٌ عن أصل ملكه، إعمالاً للقاعدة: "الفرع يتبع الأصل"^{٤٠٥}.

^{٤٠٢} ابن نجيم، *الإشباه والنظائر*، ١٢٧/١

^{٤٠٣} ابن رشد، *المقدمات والممهدات*، ٣٧٠/٢ (بتصرف).

^{٤٠٤} ابن رجب، *القواعد*، ١٦٣/١.

^{٤٠٥} المرداوي، علاء الدين أبو الحسن علي بن سليمان، *التحبير شرح التحرير في أصول الفقه*، تحقق: د. عبد الرحمن الجبرين، د. عوض القرني، د. أحمد السراج، الرياض: مكتبة الرشد، ط١، (١٤٢١هـ/٢٠٠٠م)، ٣٠٨١/٦.

1.5.5.2.2. المتولد المنفصل كالغلة، والأجرة، والطلّع المؤبّر المُعدّ للقطع. فالزيادة الناشئة في العقار المشفوع، والتي

تحدث عند المشتري قبل تملك الشفيع، تبقى على ملك المشتري؛ لأن التولد حصل في ملكه. "النماء المتصل إنما هو بعض صفاتها؛ فلا يملكه من حدث عنده إلا كما يملك جميع أجزائها؛ إذ ليس في المُمكّن أن يملك صفة الشيء دون عينه".^{٤٠٦} وكذلك زوائد غلة العقار المغصوب تُردّ إلى صاحبها، وتُضمّن له حال الإتلاف؛ لأن زوائد العين المغصوبة نماء مالك العين، والمتولد عن الأصل ملك مع الأصل. أما ما يتولد من العقار في المنتجات، فالمتولد يكون بمواعيد غير دورية، كالمناجم، والمتاجر، وأبار النفط، فبغصبها يكون فيه انتقاص من أصل الحق، ويجب على الغاصب إرشُ نقص العقار المغصوب. وأما للموصي له، كأجرة الدار، وثمار البستان المتصلة والمنفصلة، الحادثة بعد الوفاة وقبل القبض، فتبقى على ملك الموصي له، ولو استهلكها الورثة كانت مضمونة. وفي العقار الموقوف، فإن ملك منافعه لرقة الموقوف عليه، وغلته تُصرف عليه. وأما في الأراضي، فالفقهاء يطلقون على مستخرجات الأراضي: الجزية، أجرة الأرض، والطقس، وهو: "الوظيفة من خراج الأرض".^{٤٠٧} الغلة، يقصدون بها ما يحصل من ريع الأرض أو أجرتها، أو أجرة الدار، أو عين يُنتفع بها مع بقاء عينها. والغلة المنفصلة عن العقار المرهون لا تدخل فيه، "ولا يسري الرهن إلى زيادته المنفصلة كثمره"^{٤٠٨}، وهي ملك للراهن؛ لأن العقد لا يُزيل الملك عن المرهون، ولتمييزها عن الأصل. بخلاف ما يتعدّر تمييزه عن أصله، فإنه يبقى مع الأصل. ويُلاحظ أن الحنابلة توسّعوا كثيراً في حكم نماء المرهون وغلاته، بحيث ألحقوا كل متولد من العقار المرهون، المتصل والمنفصل به، فقالوا: "يدخل نماء المرهون وكسبه وغلته في الرهن".^{٤٠٩} فكل ما يُستخرج من ريع الأرض، أو أجرتها، أو أجرة الدار، سمّاه الفقهاء: الغلة.

أما فائدة تقسيم الفقهاء إلى أصل وتبع، فتظهر ثمرته في كثير من الأبواب الفقهية؛ ففي الشيء الموهوب مثلاً، إذا "وهب إنساناً لآخر شيئاً، كدابة مثلاً، فولدت عند الموهوب له، أو أجرها وأخذ أجرتها، ثم رجع الواهب في هبته، فإنما يسترد الأصل دون الولد والأجرة".^{٤١٠} وفي العقار الموقوف، فإن الأصل محجور عن الملكية الفردية، وأما ثمرته فتوزّع على مستحقيها. وتظهر الآثار المترتبة على بيان المتولد المنفصل في عدة أبواب فقهية، منها:

☒ بيع الأثاث المنفصل مع المنزل.

☒ المتولد المنفصل في مدة خيار العيب المتولد المنفصل في مدة خيار العيب، وصورة المسألة: فيمن إذا اشترى شيئاً،

فما عنده نماءً منفصلاً، وأراد رده إلى البائع بالعيب؛ فهل يرد الأصل دون النماء، أو يرد النماء معه؟ "فإنه يتبع أصله، فإن كان ملك أصله في مدة الخيار للمشتري فهو للمشتري، وإن كان ملك أصله في مدة الخيار للبائع فهو للبائع".^{٤١١} تحديد المالك الحقيقي للنماء المتصل والمنفصل خلال مدة الخيار مما يعني من يحق الانتفاع به أو المطالبة بعوضة وتحديد من يتحمل الضمان عند التقصير أو التعدي.

☒ المنفصل في الرهن والشفعة وسيأتي تفصيل ذلك في أبوابها.

^{٤٠٦} الرجراجي، مناهج التّحصيل، ٢٤٥/٩.

^{٤٠٧} الزبيدي، تاج العروس، ٢٦١/٢٧.

^{٤٠٨} الشربيني، مغني المحتاج، ١٣٩/٢.

^{٤٠٩} البهوتي، منصور بن يونس، المنح الشافيات بشرح مقررات الإمام أحمد، تحق: أ. د. عبد الله بن محمد المطلق، الرياض: دار كنوز إشبيلية للنشر

والتوزيع، ط ١، (١٤٢٧هـ/٢٠٠٦م)، ٤٥٠/٢.

^{٤١٠} علي حيدر، درر الحكام، ٥٠٤/٢. بتصرف

^{٤١١} اللاحم، شرح تحفة أهل الطلب، الرياض: دار كنوز إشبيلية للنشر والتوزيع، ط ٢ (١٤٣١هـ/٢٠١٠م)، ٢٦٩/١.

✕ اشتراط الزيادة المنفصلة في البيع^{٤١٢} وللفقهاء كذلك خلافت لا نريد الإطالة فيها.

✕ دخول المنفصل الذي يتوقف عليه نفع المتصل في بيع العقار، ويمثل الفقهاء صور ذلك، "إذا باع دارًا، شمل أرضها،

وبناءها، وسقفها، والباب المنسوب، والسلّم والرف المسمّرين، والخاوية المدفونة".^{٤١٣}

التفريق بين المتولد المتصل والمنفصل في الأموال غير المنقولة، يظهر أثره من حيث إلحاقه بالأصل؛ فالمتصل يتبع الأصل في الملكية والالتزامات العقدية، وأما المتولد المنفصل لا يتبع الشيء، إلا إذا نص العاقدان عليه في عند البيع أو الشراء، ذلك أن هذا التفريق ينعكس على القيمة العقارية، فلا بد من تاريخ انتقال الملكية.

فالتولد الذي ينتج عن الشيء بعد المبيع، متصل كزيادة البناء، ونمو الشجر، ومنفصل يمكن فصله، استقلاله عن أصله، كالإيجار المحصل من العقار، وماء البئر المستخرج من الأرض، الأحجار المستخرجة من الأرض، والثمر الناتج عن الأشجار، لذا كان أهمية هذه المسألة في الأموال غير المنقولة، في بيان الطرف الذي تثبت له الملكية وقت التولد.

^{٤١٢} الصغي، أمل بنت محمد بن فالح، أحكام المنفصل في الفقه الإسلامي، رسالة دكتوراه، جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية - الرياض، إشن: عبد الله بن عبد الواحد الخميس، (١٤٢٩هـ)، ١٨٣.

^{٤١٣} العثيمين، محمد بن صالح، الشرح الصوتي لآراء المستفتين، د.م، د.ط، د.ت، ١١٦٨/٢.

İKİNCİ BÖLÜM الفَصْلُ الثَّانِي

العَقْدُ عَلَى الْأَمْوَالِ غَيْرِ الْمَنْقُولَةِ فِي الشَّرِيعَةِ الْإِسْلَامِيَّةِ

2.1. **بيع المنقول مع غير المنقول** المراد ما يتبع المبيع في الحكم أي يدخل في بيع الأرض والدار هناك أشياء تدخل تبعاً للمبيع، فتكون للمشتري بدون تصريح؛ ما لم يستثنها البائع فإذا بيع المنقول مع غير المنقول واتصل المنقول اتصال ثبات وقرار كالبناء والغراس بالأرض وصورة المسألة إذا باع إنسان أرضاً فماذا يدخل في هذا البيع وما لا يدخل، فإن كان فيها ثمار أو زرع فهل تدخل في البيع أم لا تدخل؟ للفقهاء أقوال وتفرق ما يتبع الأرض من الزروع والثمار.

بالرجوع إلى تعريف العقار: فمن جعل الشجر والأبنية من المنقولات، قال باستثناء البيع فيها، وأنها لا تدخل في البيع إلا بالشرط. ومنهم من اعتبر كل ذلك تابعاً للأرض؛ فيدخل فيه الزرع والشجر والثمر وغيرها. فالحكم على الشيء فرع عن تصوره؛ بمعنى أن هناك فرقاً في كل اعتبار من اعتبارات الفقهاء بالأحكام. ففي الشفعة: هل يدخل الزرع والثمر والشجر والبناء في العقار المشفوع؟ وهل يدخل كذلك في البيع أو الإجارة؟ وهناك فرق بين المنقول غير التابع (كالأثاث والحيوان والثوب)، فهو ليس من الثمار والزروع. أما المنقولات التي ذكرها الفقهاء—من جعلها تابعة للعقار ومشمولاته—فإن النظر فيها في عصرنا الحالي مختلف؛ لأن ما كان يتبع الدار في زمنهم يختلف عما عليه الناس الآن. فالمصاعد الكهربائية، على سبيل المثال، أخذت حكماً آخر؛ بدلاً من اعتبارها مرافقاً للدخول إلى الشقق ذات الطوابق. وغالباً ما تختلف التوابع ومحتويات المباني عما سبق؛ ولذا لا بد من صياغة فقهية حديثة، ليوضح لنا الحكم الشرعي.

2.1.1. **التوابع المتصلة والمستقرة وفائدة ذلك** تظهر في أثر الاتصال المادي بين الأعيان وخصوصاً في الدعاوى القضائية، وما يدخل ضمن العين الأصلية وما لا يدخل، وتسمى مشتملات الأصول أو ملحقات العقار المبيع (معدة للخدمة)، والمقصود بـ "المتصلة المستقرة لمصلحته" أن لا يكون موضوعها بقصد الإزالة، بل بقصد الاستمرار؛ لينتفع بها. ولا تحتاج إلى إجراء معين أو إفراز لمشمولاته حتى تنتقل ملكيتها إلى المشتري، لأنها كالوصف بالنسبة للعقار. فإذا كان المبيع عقاراً، يُعتبر من ملحقاته: مفاتيحه ومستندات ملكيته عقود التأمين عليه والدعاوى التي ترتبط به، كدعوى المفاوض إن وجدت لضمانه. "كل تابع للمبيع من الحقوق التي لا بد له منه ولا يقصد إلا لأجله، كالطريق والشرب للأرض"^{٤١٤} فيدخل بغير ذكر وما هو من حقوقه أو مرافقه الخاصة "وإن باعه داراً بحقوقها، تناول البئع أرضها، وبناءها، وما هو مُنْصِلٌ بها، مما هو من مَصْلَحَتِهَا، كالأبواب المنصوبة، والخوابي المدفونة، والرُفوف المسمرة، والأوتاد المعروزة، والحجر المنصوب من الرخا، وأشباه ذلك".^{٤١٥} فالمسجد يدخل مع المتوضأ فيه، والدرج المستقل للشقة كذلك يدخل، والبئر مع البيت. فما كان داخل حدود البيت، دخل في البيع. أما ما كان مشتركاً، فلا يدخل مع المبيع استقلالاً، لأنه من توابعه، وحاجة العقار تتطلبه (المادة ٢٣١): "فما كان في حكم جزء من المبيع، أي ما لا يقبل الانفكاك عن المبيع نظراً إلى غرض الاشتراء، يدخل في البيع بدون ذكر".^{٤١٦}

^{٤١٤} وهبة الزحيلي، *الفقه الإسلامي وأدلته*، ٤/٤٠٠.

^{٤١٥} ابن قدامة، *المغني*، ٤/٥٩.

^{٤١٦} لجنة مكونة من علماء وفقهاء الدولة العثمانية، *مجلة الاحكام العلية*، ١/٤٧.

فإذا باع شخص داراً، دخل فيها الأرض والبناء، إلا أن يكون الأعلى مستقلاً من حيث المدخل، والمخرج، والمرافق، وغير ذلك مما قد يكون أمارة على خروجه واستقلاله. "مَنْ اشْتَرَى دَارًا، فَبِنَاؤُهَا كُلُّهُ لَهُ، وَكُلُّ مَا يَكُونُ مُرَكَّبًا فِيهَا مِنْ بَابٍ أَوْ دُرْجٍ أَوْ غَيْرِ ذَلِكَ، وَهَذَا إِجْمَاعٌ مُتَّفِقٌ".^{٤١٧} أما منتجات الأصول الثابتة التي ستخرج بعد فصلها من المناجم والمحاجر، فتعتبر أموالاً منقولة بعد نزوعها، وقبل نزوعها تُعد أموالاً غير منقولة، لأنها استُخرجت من طبيعتها، لا لأنها مضافة أو أُضيفت. وفائدة معرفة ما يتبع العقار، من المتصل منه والمنفصل، أنها تُبين لنا الضوابط التي تحكم ما يدخل في المبيع، وما لا يدخل فيه؛ فقد يقع نزاع وخصام بين المتبايعين في بعض ملحقات العقار التي لها صلة به. وقد ذكر الإمام القرافي ما يتبع العقار، وبين أنواع المبيع التي تُتبع بشيء إذا وقع العقد عليها، فذكر ثمانية أشياء:

✗ لفظ الدار.

✗ لفظ الشركة.

✗ لفظ الأرض.

✗ لفظ المراجعة.

✗ لفظ الشجر. وتسمى عند الفقهاء (بالأصول).

✗ لفظ الثمار والزروع. وتسمى عند الفقهاء (بالثمار).^{٤١٨}

وكذلك يدخل في بيع الدار: السراديب، والبئر، والأبواب، والأخشاب المسمرة الداخلة في البناء، وكذلك السلم المُتَّيَّن. بل يدخل أيضاً ما فيها من نخل، وشجر، وأسلاك كهربائية، وأنابيب الماء، ونحو ذلك مما يُعد من توابع الدار، حتى مفتاح الغلق؛ فإن ذلك كله داخل في المبيع، إلا مع الشرط. وقد قيل: "بَيْعُ الدَّارِ يَدْخُلُ الْمَطْبَخُ، وَفِي بَيْعِ حَبِيقَةِ رَيْثُونٍ تَدْخُلُ أَشْجَارُ الرَّيْثُونِ مِنْ غَيْرِ ذِكْرِ".^{٤١٩} لأنها من مشتملات المبيع، والغرف جارٍ على ذلك؛ فلم يُعرف أن رجلاً اشترى بيتاً فأخذ البائع وأخرج المطبخ معه! وقد ذكر الشافعية في كتاب الأم ثلاث تأويلات فيما يتبع العقار. قال الإمام الشافعي: كل أرض بيعت، فللمشتري جميع ما فيها من بناء وأصل فإن قال بعثك هذه الدار.. دخل في البيع الأرض، والحيطان، والسقوف، والأبواب؛ لأن (الدار) اسم يجمع ذلك كله.^{٤٢٠} ويُسمى في القانون الحالي "العقار بالتخصيص": المنقول الذي يضعه صاحبه في عقارٍ مملوكٍ له، بقصد خدمة العقار أو استغلاله، بشرط أن يكون هذا المنقول مُتَّبِئاً في الأرض.^{٤٢١} مما يدل على وجود رابطة بين المال المنقول وغير المنقول، أن كلا منهما مكمل للآخر، ومؤثر في قيمته. فمثلاً: فصل أثاث الفندق استقلالاً يؤدي إلى تعذر استغلاله، ويُحطُّ من ثمنه؛ أي إن النظر إلى حاجة العقار لذلك المنقول يجعل المنقول داخلاً في البيع دون ذكر. فأصلها منقولات أُضيفت إلى العقار، لكن لما توقّف الانتفاع بها على اتصالها به، أصبحت في حكم المتصل. فالبيت بلا أبواب أو شبابيك لا يُنتفع به، وكذلك محلات النجارة أو الحدادة؛ فالطاولات، والمخابز، والآلات، كلها تدخل في البيع، بخلاف المواد الاستهلاكية فيها؛ فمثلاً: الطحين لا يدخل في بيع الفرن،

^{٤١٧} ابن حزم، أبو محمد علي بن أحمد بن سعيد، *المحلى بالآثار*، بيروت: دار الفكر، دت، ٦٤٩/٧.

^{٤١٨} القرافي، أبو العباس شهاب الدين أحمد بن إدريس، *أنوار البروق في أنواع الفروق*، دم، عالم الكتب، دت، ٦/ ٣٨٤.

^{٤١٩} علي حيدر، *درر الحكام*، ١٧٩/١.

^{٤٢٠} العمراني، *البيان في مذهب الإمام الشافعي*، ٢٢٨/٥.

^{٤٢١} "العقار بالتخصيص هو المنقول الذي يضعه صاحبه في عقار مملوك له بقصد خدمة العقار أو استغلاله، شرط أن يكون مُتَّبِئاً في الأرض"، موقع Awnak، سؤال رقم ٢٧٤٤٩ (عبر الرابط: <https://www.awnak.net/answer?question=27449>) تاريخ التصفح ١٨ نوفمبر ٢٠٢٣ م.

والأقمشة لا تدخل في بيع محل الخياطة، والأخشاب لا تدخل في بيع المنجرة. " تَدْخُلُ أَعَالِيْقُ الدَّارِ وَمَفَاتِيْحُ أَعَالِيْقِهَا، لِأَنَّهَا رُكِّبَتْ لِلْبَقَاءِ لَا لِوَقْتٍ مَعْلُومٍ"^{٤٢٢} فُتْعِدْ مِلْحَقَاتِ الْعَيْنِ الْمَمْلُوكَةِ أَوْ الْمُسْتَأْجِرَةِ مِنْ حَاجَاتِ الْمَلِكِ.

وعند المالكية " يَنْتَبِعُ الْعَقَارَ مَا هُوَ ثَابِتٌ مِنْ مَرَافِقِهِ، كَالْأَبْوَابِ، وَالرُّفُوفِ، وَالسَّلَالِمِ الْمُؤَبَّدَةِ، وَالْأَخْصَاصِ، وَالْمِيزَابِ، لَا مَا هُوَ مَنْقُولٌ"^{٤٢٣} في باب الشفعة، ذكر الإمام السرخسي من الحنفية ثبوت مثل هذه التوابع في شفعة العقار. فلو أن رجلاً رغب في طلب الشفعة، فهل يكتفى بالأرض في ثبوت الشفعة دون البناء والشجر؟ أم لا يكتفى؟ "مَا كَانَ مِنَ الْمَنْقُولِ مُتَّصِلًا بِالْعَقَارِ يُسْتَحَقَّ بِالشَّفْعَةِ تَبَعًا، كَالْأَبْوَابِ، وَالشُّرْبِ الْمُرَكَّبَةِ"^{٤٢٤} ويُرجع الحكم على مثل هذه الأشياء إلى طبيعة الشيء المرتبط بغيره.

فعند الشافعية: "ما كان منقولاً، ثم أثبت في الأرض للدوام، كالأبنية والأشجار، فإن بيعت منفردة فلا شفعة فيها على الصحيح، وإن بيعت الأرض وحدها، ثبتت الشفعة فيها".^{٤٢٥} ولنا قبل كل ذلك مستنداً شرعياً عَنِ أَبِي هُرَيْرَةَ، أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ قَالَ: «لَا يَمْنَعُ أَحَدُكُمْ جَارَهُ أَنْ يَغْرِزَ خَشَبَةً فِي جِدَارِهِ قَالَ: ثُمَّ يَقُولُ أَبُو هُرَيْرَةَ: مَا لِي أَرَاكُمْ عَنْهَا مُعْرِضِينَ، وَاللَّهِ لَأُرْمِينَ بِهَا بَيْنَ أَكْتَافِكُمْ».^{٤٢٦}

ويفهم من هذا الحديث أن الجدار تابع في الملك للبناء، ويدخل في الحكم مع متبوعه، فلا يفرد بالعقد؛ لأنه جزء متصل، يحتاج إلى أصله حاجة بقاء وضرورة. "وَإِذَا اخْتَلَفَا فِي حَائِطٍ بَيْنَ دَارَيْنِ، وَهُوَ مُتَّصِلٌ بِنِجَارٍ أَحَدُهُمَا اتَّصَلَ تَرْبِيعُ بُقْضَى لَهُ، وَهُوَ أَنْ يَنْبِي هَذَا الْحَائِطُ، وَأَنْصَافُ لِبْنِ هَذَا الْحَائِطِ دَاخِلَةٌ فِي حَائِطِ الْمُدَّعِي فَهُوَ أَوَّلَى بِهِ لِأَنَّهُ كَالنَّاتِجِ"^{٤٢٧} وكذلك يدخل في البيع كل "ما يتناولهُ اسم المبيع عُرفاً"، كالحجارة المخلوقة (المصنوعة) والمثبتة في الأرض أو في الدار. "فكل ما لم يوجد مستقلاً بنفسه، وكان تابعاً لوجود غيره، يُنْزَلُ مَنْزِلَةُ الْمَعْدُومِ، فَلَا يُفْرَدُ بِالْعَقْدِ، أَوْ الشَّفْعَةِ، أَوْ الْوَصِيَّةِ؛ فَهُوَ كَالصِّفَةِ الْقَائِمَةِ بِالْمَوْصُوفِ.

ومن الأمور التي قد يُسْتَهَانُ بها عند تفصيل مشتملات العقار: قاعدة "الخراج بالضمان"؛ فالضمان يتبع الأصل المعقود عليه، سواء كان عيناً أو منفعة. وما نحن نرى في الواقع تأجير شقق سكنية يُعلن عنها بأنها "مفروشة"، فيدخل في تأجيرها: التخت، والفرش، والسجاد، والثلاجة، والغسالة، وغير ذلك مما فيه حاجة وضرورة للانتفاع بالعقار، باعتباره من لوازم السكن المعتادة. أما ما يضعه المستأجر من منقولات داخل العقار، ولو كانت خدمة له، فلا يُعد من مشتملات العقار، لأنه ليس مالاً للعقار، بل غرضه الانتفاع المؤقت، وليس المحافظة على الوحدة الاقتصادية للعقار.

2.1.2. ما لا يُعد من التوابع المتصلة فكما أن من اشترى بيتاً وفوقه بيت آخر، لا يدخل فيه العلو إلا بنص أو شرط؛ فإن الأمر في المنقولات التابعة للعقار يجري على ضوابط دقيقة. وقد نقل ابن عرفة في بيان ما يتناولهُ العقار المبيع من المنقولات، قوله: "كل ما في الدار المبيعة حين البيع، مما يُنقل من دلو، وبكرة، وباب، وحجر، وتراب، وكان مُعداً لإصلاح الدار، أو مما انهدم منها، فهو لبائعها لا لمبتاعها، إلا بشرط".^{٤٢٩}

^{٤٢٢} الكاساني، *بدائع الصنائع*، ١٦٥/٥.

^{٤٢٣} عليش، *منح الجليل شرح مختصر خليل*، ٢٨٥/٥.

^{٤٢٤} السرخسي، *المبسوط*، ١٣٤/١٤.

^{٤٢٥} النووي، *روضة الطالبين*، ٦٩/٥.

^{٤٢٦} مسلم، *صحيح مسلم*، ١٢٣٠/٣.

^{٤٢٧} النسفي، عمر بن محمد بن أحمد بن إسماعيل، *طلبية الطلبة في الاصطلاحات الفقهية*، المطبعة العامرية، دم، دبت، ١٣٤/١.

^{٤٢٨} البورنو، محمد صدقي، *الوجيز في إيضاح قواعد الفقه الكلية*، بيروت: مؤسسة الرسالة، ط٤، (١٤١٦هـ/١٩٩٦م)، ٣٣٤.

^{٤٢٩} العبدري، *التاج والإكليل*، ٤٩٧/٤.

المراد بهذا الرأي: أن ما لم تجر العادة بإفراده، أو كان متصلًا بالعقار على صورة قد يتلف فيها إذا انفصل، فإنه يُعدّ تابعًا له، لأنه وُضع للاستعمال في مكانه، ونقله إلى موضع آخر يضر به أو يُفقد قيمته. وفي القانون يُعبّر عن ذلك بمصطلح "الاتصاق الصناعي بالعقار"، ويُعرّف بأنه: "كل ما على الأرض أو تحتها من بناء، أو غراس، أو منشآت أخرى، يُعتبر من عمل صاحب الأرض، أقامه على نفقته، ويكون مملوكًا له".^{٤٣٠} ويترتب على ذلك: أن الأرض بما عليها أو تحتها لا تحتاج إلى إثبات خاص لمملكتها، فهي تدخل ضمن ملكية صاحب الأرض بمقتضى الاتصاق. وللفقهاء في تفصيل مشتملات العقار — المتصل منها والمنفصل — أدلة كثيرة، من أشهرها حديث رسول الله ﷺ: قال: «مَنْ ابْتاعَ نَخْلًا بَعْدَ أَنْ تُؤْبَرَ، فَمَمَرْتُهَا لِلْبَائِعِ إِلَّا أَنْ يَشْتَرِطَ الْمُتَبَاعُ».^{٤٣١}

فقد بيّن الحديث الشريف حدّ الملكية، وتبعية الفرع المتصل بأصله، وأنه يُعد بالاشتراط مألًا مستقلًا عن أصله. ومن هذا الحديث جعل أصلًا يُقاس عليه في بقية الأموال. وقد أكد الإمام القرافي هذا المبدأ، وأضاف العُرف كعنصر حاكم على تبعية الأشياء المتصلة في العقارات. فجاء في الفرق التاسع والتسعين والمائة بين: "قاعدة ما يتبع العقد عُرفًا، وقاعدة ما لا يتبعه"، قوله: "إن الألفاظ التي حكمت العوائد بأنها تتبع بشيء إذا وقع العقد عليها، ثمانية: لفظ الشركة، ولفظ الأرض، ولفظ البناء، ولفظ الدار، ولفظ المرابحة، ولفظ الشجر، ولفظ الثمار... إلخ".^{٤٣٢} وأرجع الزيلعي، عند تعدّر الحكم على ما يتبع العقار من الأشياء، إلى الرجوع إلى العرف، فقال: "أَنَّ الشَّيْءَ إِذَا كَانَ مُتَّصِلًا بِالمُبيِّعِ اتَّصَلَ قَرَارٌ، دَخَلَ فِي المَبِيعِ تَبَعًا، وَإِلَّا فَلَا؛ إِذَا جَرَى العُرْفُ بِالدُّخُولِ فِيهِ، كَالْمِفْتَاحِ، وَالسَّلْمِ المُتَّصِلِ بِالبِنَاءِ".^{٤٣٣}

وفي الختام، فإن أقوال الفقهاء في بيان ما يدخل في المبيع من توابع العقار مبنية على قواعد رئيسية: ما كان يدخل في المبيع عُرفًا. ما كان متصلًا اتصال قرار. ما كان منفصلًا استقلالًا، فلا يدخل إلا بنص أو شرط.

☒ أن تكون متصلة بالدار وفيها مصلحة لها. كالأبواب والرفوف والشبابيك.

☒ أن تكون منفصلة عن الدار ولا مصلحة لها". كالأثاث والثياب والطاولة والثلاجة والغسالة.. إلخ.

☒ أن تكون منفصلة عن الدار وفيها مصلحة لها. والاعتبار في ذلك عند الحنفية هو العرف وعند الفقهاء الاشتراط أو التصريح به.

☒ أن تكون متصلة ولا مصلحة لها المدفون من الذهب والفضة والأحجار الكريمة. وقد مر سابقة تفصيل ذلك وأنه في حكم الوديعة التي أودعها الله في الأرض.

والقاعدة النهائية في الاعتداد في مشتملات العقار المبيع: بأن يُقال إن كل ما هو متصل بالعقار اتصال قرار واستقرار، يدخل بالبيع دون ذكر أو تصريح، وأن كل ما كان من المنقولات متصلًا به لمصلحة العقار، وفيه، يدخل دون تصريح، وأن كل ما كان من المنقولات المنفصل، لا مصلحة للعقار به، لا يدخل إلا بالشرط والتصريح بالعقد، وما كان متصلًا ولا مصلحة للعقار به، كالسجاد والمكتبات والكتب، لا يدخل في المبيع إلا إذا اشترط أو ذكر في العقد، دخل فيه.

^{٤٣٠} زكي، محمود جمال الدين، *الوجيز في الحقوق العينية الأصلية*، القاهرة: مطبعة جامعة القاهرة، (١٩٧٨م)، ٣٥١.

^{٤٣١} البخاري، *صحيح البخاري*، ١١٥/٣.

^{٤٣٢} القرافي، *الفروق*، ٤٦٢/٣.

^{٤٣٣} الزيلعي، *تبيين الحقائق*، ١٠/٤.

2.2. بيع الوفاء المال غير المنقول هو أكثر الأموال التي يجري عليه بيع الوفاء، ويُعد هذا البيع قديمًا وجديدًا ووسيلة لتحصيل قرض بضمانها؛ من كونه جديدًا في صورته الجديدة التي أصبحت المصارف الإسلامية تتبناها، وقديمًا من حيث تناول الفقهاء له: "صَحَّ بَيْعُ الْوَفَاءِ فِي الْعَقَارِ اسْتِحْسَانًا لِلتَّعَامُلِ، وَاخْتِلَافٍ فِي الْمُنْقُولِ"^{٤٣٤}. ولهذا البيع أسماء متعددة، يسميه الحنفية بيع الطاعة: "أن الدائن يأمر المدين ببيع داره مثلاً بالدين، فيطيعه، فصار معناه بيع الانقياد"^{٤٣٥}. "بيع الناس"^{٤٣٦} أو "الرَّهْنُ الْمُعَادَ"^{٤٣٧} أما إطلاق الحنابلة، فكان يسمى عندهم بيع الأمانة، لأن المشتري يلزمه الوفاء بالشرط. ومن أسمائه عند المالكية: بيع الشرط وبيع الثنبا، لمكانة شرط التراد، المعروف بمصر ببيع المعاد: "بيع الثنبا، وهو أن يبيع سلعة على أنه متى ردَّ الثمن استردَّها"^{٤٣٨}. وذكر الأستاذ المحاسني في شرحه على المجلة: "إن بيع الوفاء حدث اعتباره والقول به بين العصر الخامس والسادس في ديار بخارى، وقد جُوز للاحتياج في تلك الديار التي تراكمت فيها الديون على أصحاب العقارات بدرجة كادت تذهب بها"^{٤٣٩}. وللغة نصيب في تعريف هذا البيع: "فالوفاء بالعهد، الغدرُ ضد"^{٤٤٠}.

عرّفت مجلة الأحكام العدلية بيع الوفاء: "الْبَيْعُ بِشَرْطِ أَنْ الْبَائِعَ مَتَى رَدَّ الثَّمَنَ، يَرُدُّ الْمُشْتَرِي إِلَيْهِ الْمُبَّيعَ، وَهُوَ فِي حُكْمِ الْبَيْعِ الْجَائِزِ بِالنَّظَرِ إِلَى انْتِفَاعِ الْمُشْتَرِي بِهِ، وَفِي حُكْمِ الْبَيْعِ الْفَاسِدِ بِالنَّظَرِ إِلَى كَوْنِ كُلِّ مِنَ الْفَرِيقَيْنِ مُقْتَدِرًا عَلَى الْفُسْخِ، وَفِي حُكْمِ الرَّهْنِ بِالنَّظَرِ إِلَى أَنَّ الْمُشْتَرِي لَا يَقْدِرُ عَلَى بَيْعِهِ إِلَى الْغَيْرِ"^{٤٤١}.

فكان المبيع مستودع في عهدة المشتري، أو أمانة، تكون حاجة البائع للنقد على شرط ردَّ المبيع عند قضاء الدين. في حين عرّف المالكية بيع الوفاء، فقال: "مَنْ ابْتَاعَ سِلْعَةً عَلَى أَنَّ الْبَائِعَ مَتَى رَدَّ الثَّمَنَ، فَالْسِّلْعَةُ لَهُ، فَلَا يَجُوزُ، لِأَنَّهُ بَيْعٌ وَسَلَفٌ"^{٤٤٢}. وللشافعية كذلك تعريف لهم، قالوا: "أن يقول المدين لدائنه: بعثك هذه الدار مثلاً بما لك في ذمتي من الدين، ومتى وفيث ديني، عادت إليّ داري"^{٤٤٣}. وللحنابلة تعريف لهذا البيع: "أن البائع إذا جاء بالثمن، أعاد إليه ملك ذلك، ينتفع به المشتري بالإجارة والسكنى ونحو ذلك"^{٤٤٤}.

ونذكروا في كتبهم صوراً قريبة إلى حدٍ كبير من بيع الوفاء، نقلها قال الأثرم: "سمعت أبا عبد الله يسأل عن الرجل يشتري من الرجل الشيء، ويقول: لك الخيار إلى كذا وكذا مثل العقار؟ قال: هو جائز إذا لم يكن حيلة؛ أراد أن يفرضه، فيأخذ منه العقار، فيستجله، ويجعل له فيه الخيار، ليربح فيما أقرضه بهذه الحيلة. فإن لم يكن أراد هذا، فلا بأس"^{٤٤٥}. وبذلك يختلف عن الرهن، من كون الأول لا يتجرد فيه المالك من ملكه أو حيازته، بل يبقى مالكا وحائزا، أما الثاني فيتجرد المالك من الحيازة ويظل مالكا، أي

^{٤٣٤} منلا خسرو، *درر الأحكام شرح غرر الأحكام*، دار إحياء الكتب العربية، دم، دت، ٢٠٨/٢.

^{٤٣٥} ابن عابدين، *حاشية رد المختار*، ٢٧٦/٥.

^{٤٣٦} ابن حجر الهيتمي، *الفتاوى الكبرى الفقهية*، دار الفكر، دم، دط، دت، ١٥٨/٢.

^{٤٣٧} ابن نجيم، *الأشباه والنظائر*، ٧٩/١.

^{٤٣٨} المازري، محمد بن عبد الله، *شرح التلقين*، تحق: سماحة الشيخ محمد المختار السلامي، بيروت: دار الغرب الإسلامي، دم، ط١، (٢٠٠٨م) ٢/٢٩٣.

^{٤٣٩} منظمة المؤتمر الإسلامي، *مجلة مجمع الفقه الإسلامي التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي*، ١٣٩٨/٧.

^{٤٤٠} ابن سيده، أبو بكر بن عبد الله، *المحكم والمحيط الأعظم*، تحق: عبد الحميد هندوي، بيروت: دار الكتب العلمية، ط١، (١٤٢١هـ/٢٠٠٠م)، ٥/٥٨٨.

^{٤٤١} لجنة مكونة من علماء الدولة العثمانية، *مجلة الأحكام العدلية*، ٣٠/١.

^{٤٤٢} الخطاب، شمس الدين أبو عبد الله محمد *تحريير الكلام في مسائل الالتزام*، تحق: عبد السلام الشريف، بيروت: دار الغرب الإسلامي، ط١، (١٤٠٤هـ/١٩٨٤م)، ١/٢٣٦.

^{٤٤٣} عبد الحميد المكي الشرواني وآخرون، *حواشي الشرواني والعيادي*، نشر في موقع يعسوب، دط، دت، ٤/٢٩٦.

^{٤٤٤} السلطان، أبو محمد عبد العزيز بن عبد المحسن، *الأسئلة والأجوبة الفقهية*، دط، دم، دت، ٤/١٢.

^{٤٤٥} ابن قدامة، *المغني*، ٥٠٤/٣.

عقد غير ناقل للملكية الكاملة (المادة ٤٠٢): "إِذَا مَاتَ أَحَدُ الْمُتَبَايعَيْنِ وَفَاءً، انْتَقَلَ حَقُّ الْفَسْخِ لِلْوَارِثِ".^{٤٤٦}؛ لأنه بيع معلق تحت شرط فاسخ، متى تحقق الشرط، تنفسخ كافة التصرفات التي أجراها المشتري، ولكون بيع الوفاء يمكن المشتري من الانتفاع بالشيء المبيع واستعماله واستغلاله طوال مدة حيازته له، دون أخذ إذن من البائع.

من جهة حكم هذا البيع، انقسم الفقهاء بصدد مشروعية بيع الوفاء إلى فريقين: الفريق الأول منهما إجازة هذا البيع واعتبروه فراراً من الربا "إِنْ ذَكَرَ الْبَيْعُ بِلاَ شَرْطٍ ثُمَّ شَرَطَاهُ عَلَى وَجْهِ الْمَوَاعِدَةِ جَازَ الْبَيْعُ وَلَزِمَ الْوَفَاءُ وَقَدْ يُلْزَمُ الْوَعْدُ لِحَاجَةِ النَّاسِ فِرَارًا مِنَ الرَّبَا"^{٤٤٧}، الفريق الثاني، ذهب أكثر الحنفية إلى أن بيع الوفاء فاسد، إذ نصّوا على أنه: "إن كانا ذكرا شرط الفسخ في البيع، فسد البيع"^{٤٤٨}، وعموم المالكية على المنع أيضاً؛ إذ يرون عدم جواز "أن يشترط البائع على المشتري أنه متى أتى له بالثمن ردّ المبيع له".^{٤٤٩} وللشافعية منع مثل هذا البيع فقال: "بَيْعُ الْعَهْدَةِ لَمْ يَصِحَّ وَإِنْ عَرَفَ الْمُنْزِلَ لِأَنَّهُ بَيْعٌ بِشَرْطٍ"^{٤٥٠} وهو إقراض المال إلى أجل بزيادة ربوية (إقراض مشروط بزيادة متمثلة في الانتفاع بالمبيع).

إن مجلس مجمع الفقه الإسلامي المنعقد في دورة مؤتمره السابع بجدة في المملكة العربية السعودية، من ٧ - ١٢ ذي القعدة ١٤١٢هـ، الموافق ٩ - ١٤ أيار (مايو) ١٩٩٢م، بعد اطلاعه على البحوث الواردة إلى المجمع بخصوص موضوع بيع الوفاء، وبعد استماعه إلى المناقشات التي دارت حول بيع الوفاء، وحقيقته: بيع المال بشرط أن البائع متى ردّ الثمن، يرى المشتري إليه المبيع، قرّر ما يلي:

١. "إن حقيقة هذا البيع (قرض جر نفعاً)، فهو تحايل على الربا، وبعدم صحته قال جمهور العلماء.
٢. إن هذا العقد غير جائز شرعاً"^{٤٥١} لقوله ﷺ: «لَا يَحِلُّ سَلَفٌ وَبَيْعٌ، وَلَا شَرْطَانٌ فِي بَيْعٍ، وَلَا رِبْحٌ مَا لَمْ يَضْمَنْ، وَلَا بَيْعٌ مَا لَيْسَ عِنْدَكَ»^{٤٥٢} وقد ورد هذا الحديث ويعد هذا الحديث في باب المعاملات نص في تحريم الحيل الربوية وقوله ﷺ لا يحل سلف ولا بيع "أَفْرَضَهُ مِائَةً إِلَى سَنَةٍ ثُمَّ بَاعَهُ مَا يُسَاوِي خَمْسِينَ بِمِائَةٍ فَقَدْ جَعَلَ هَذَا الْبَيْعَ ذَرْبَةً إِلَى الزِّيَادَةِ فِي الْقَرْضِ الَّذِي مُوجِبُهُ رَدُّ الْمَثَلِ وَلَوْلَا هَذَا الْبَيْعُ لَمَا أَفْرَضَهُ وَلَوْلَا عَقْدُ الْقَرْضِ لَمَا اشْتَرَى ذَلِكَ".^{٤٥٣}

ذكر ابن عابدين فصلاً سماه "مطلب باع داره وفاء ثم استأجر".^{٤٥٤} ثم ذكر حكم هذا البيع والإمام نجم الدين النسفي اعتبر مثل هذا البيع "احتياطاً للربا".^{٤٥٥} وهذا المعنى موجود في بيع الوفاء، فأصبح شرط الردّ في العقد منافياً لمقتضى البيع.

^{٤٤٦} لجنة مكونة من علماء الدولة العثمانية، مجلة الأحكام العدلية، ١/ ٧٨.

^{٤٤٧} ابن نجيم، البحر الرائق، ٨/٦.

^{٤٤٨} بدر الدين العيني، النباية شرح الهاديّة، ٤٥/١١.

^{٤٤٩} الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ٣/ ٧١.

^{٤٥٠} ابن حجر الهيتمي، تحفة المحتاج، ٤/ ٢٩٦.

^{٤٥١} قرارات وتوصيات مجمع الفقه الإسلامي الدولي المنبثق عن منظمة المؤتمر الإسلامي بجدة، (القرارات ١-١٨٥) و (الدورات ١ - ١٩)،

(١٤٠٥هـ/١٤٣٠هـ) ١٠/١.

^{٤٥٢} أحمد بن حنبل، المسند، ٢٨٢/٦.

^{٤٥٣} العظيم آبادي، عون المعبود، شرح سنن أبي داود ومعه حاشية ابن القيم: تهذيب سنن أبي داود وإيضاح غلله ومشكلاته، بيروت: دار الكتب العلمية،

ط٢، (١٤١٥هـ)، ٩/ ٢٩٦.

^{٤٥٤} ابن عابدين، رد المحتار، ٥/ ٢٧٨.

^{٤٥٥} منلا خسرو، درر الحكام شرح غرر الأحكام، ٢/ ٢٠٧.

2.3. بيع الرجا يُعتبر بيع الرجا من البيوع مع خيار الشرط، وردت في بدايتها على الأصول العقارية في جواب للإمام الشوكاني، ويُعد من البيوع المستجدة البحث في عصرنا الحالي، هدفها الوصول إلى سيولة مادية، لا يرغب مالكو العقار بفقدان ممتلكاتهم، فيلجؤون لحل مشكلة وضائقة مالية عندهم، التي تتعدّد في الأموال المنقولة وغير المنقولة. لكنه لم يحظَ كغيره من البيوع باهتمام ودراسة، وجعله مُطبقاً بين أوساط الناس. كتب الإمام الشوكاني رسالة حول موضوع بيع الرجا، سماها: "تنبيه ذوي الحجا عن حكم بيع الرجا".^{٤٥٦} وفي أصلها مخطوطة ضمن مجموعة مخطوطات له، والكتاب اسمه: "الفتح الرباني من فتاوى الإمام الشوكاني".^{٤٥٧} والكتاب هو موسوعة من المسائل والأجوبة التي جابوب عنها الشوكاني في فترة حياته. حقق الكتاب أبو مصعب محمد صبحي بن حسن حلاق، شيخ ومحقق سوري، ويقع في ١٢ مجلدًا، ويحوي على ٦,٣٧٣ صفحة، وقد تضمنت ٢١٤ مسألة. ثم ذكر من خلال كتابه مسألة اقتصادية، بالإضافة إلى "بحث يناقش رسالة الإمام الشوكاني، سماها: بيع الرجا عند الإمام الشوكاني، ومدى إمكانية الأخذ به مصرفيًا".^{٤٥٨} أراد من خلال بحثه الجمع بين النظرية والتطبيق، من خلال إنزال هذا النوع من البيوع في البنوك المصرفية، وضبطه بالضوابط الشرعية، ومدى إمكانية تطبيق بيع الرجا مصرفيًا. عرف الإمام الشوكاني بيع الرجا، هو: "أن البائع يأتي إلى المشتري، يعرض عليه أرضه، فيتراضيان على ثمن معين معلوم، يكون ثمن المثل في غالب الأزمان، ودونه في النادر، فيقع البيع على ذلك الثمن المتراضى عليه، ثم بعد انقضاء العقد يلتزم المشتري للبائع مدة معلومة، إن وقر الثمن فيها فُسح له بيعٌ صحيحٌ أذن له فيه الشارع، لم يصحبه مانعٌ معتبر".^{٤٥٩} ويُعتبر بيع الرجا من البيوع الدارجة في عصر الإمام الشوكاني، ومعناها التأخير والتأجيل، أي استرجاع مبيعه. ومن حيث شرعية مثل هذا البيع، يدخل تحت أن الأصل هو الإباحة المطلقة، لأن حاجات الناس متجددة من زمنٍ لآخر، فناسب هذا الدليل اعتبار بيع الرجا جائزًا شرعًا. فدليل الكتاب: "وأحلَّ الله البيع"، دليلٌ مطلق، والمحذور من البيوع يأتي مقيدًا ومخصصًا لمخالفته مقاصد الشرع.

خلاصة الأمر في باب المعاملات: أن الأصل في المعاملات من العقود والشروط هو الإباحة، فإذا لم يرد في الشريعة دليل على منع المعاملة، فهي باقية على الأصل، وهو الجواز، ولا يُستثنى من التحريم إلا ما استثناه الدليل من البيوع الصحيحة. فالحلال ما أحله الله، والحرام ما حرمه الله، وكل عقد وشرط ومعاملة سكت عنها الشرع، لا يجوز القول بتحريمها؛ سكت عنها رحمةً منه، من غير نسيان ولا إهمال.

خلاصة الأمر في باب المعاملات أن الأصل في المعاملات من العقود والشروط هو الإباحة فإذا لم يرد في الشريعة دليل على منع المعاملة فهي باقية على الأصل وهو الجواز ولا يستثنى من التحريم إلا ما استثناه الدليل من البيوع الصحيحة فالحلال ما أحله الله والحرام ما حرمه الله وكل عقد وشرط ومعاملة سكت عنها الشرع لا يجوز القول بتحريمها سكت عنها رحمه منه من غير نسيان وإهمال.

^{٤٥٦} الشوكاني، محمد بن علي بن محمد بن عبد الله، **الفتح الرباني من فتاوى الإمام الشوكاني**، تحقق: أبو مصعب «محمد صبحي» بن حسن حلاق، اليمن: مكتبة الجيل، ديت، ٤٤/١.

^{٤٥٧} هذا كتاب للإمام الشوكاني حققه ورتبه أبو مصعب محمد صبحي بن حسن حلاق مكتبة الجيل الجديد، صنعاء - اليمن يحتوي الكتاب على ٢١ ج وهو موسوعة من المسائل والأجوبة التي جابوب عنها الشوكاني في فترة حياته.

^{٤٥٨} لطف محمد عبد الله السرحي، جامعة ذمار والمراقب الشرعي في بنك سبأ الإسلامي بحث مكون من ٢٦ صفحة ناقش فيها رسالة الإمام الشوكاني.

^{٤٥٩} الشوكاني، **الفتح الرباني من فتاوى الإمام الشوكاني**، ٣٦٥٤ / ٧.

والأصل الذي يعتمد عليه بيع الرجا هو التراضي بين المتعاقدين، وإذا اختل شرط الرضا فالبيع باطل. هذا من جهة كتابة العقد، ومن حيث فسخ بيع الرجا، كذلك شرط الرضا هو أصل كأصل الرضا في التعاقد، ويكون بشرط صريح عند كتابة العقد، يتضمن فسخ البيع ورد الثمن خلال مدة يتراضى عليها الطرفان، فإذا تراضيا على وجوده أو إسقاطه فذلك جائز. فحق فسخ العقد يحق لكل الطرفين، للبائع والمشتري، فيكون للمشتري ما يكون للبائع من الحقوق.

عُرف بيع الرجا على أنه: "بيع أرض زراعية بسعر السوق أو أقل منه، مع اشتراط البائع استرجاع المبيع خلال فترة زمنية محددة، بحيث يُنفذ البيع بمرور الفترة".^{٤٦٠} "بيع مع الالتزام برّد المبيع، والإمام الشوكاني حينما أجاب عن حكم هذا البيع كان على أرض، وقد يُجرى في غير المنقول، لذا عُرف بأنه: "التعاقد على بيع أصل مشروع، لمدة محددة، فيه إذن بالانقاع، متضمناً شرط فسخ البيع للبائع برّد الثمن والمبيع خلال فترة معلومة، وإلا تم البيع".^{٤٦١} وافق الإمام الشوكاني من قال بأن البيع جائز على شرط أن لا يكون هناك تواطؤ: "إذا كان بيع الرجا كأن يريد الرجل استقراض مائة درهم من أجل، ولكن المقرض لا يرضى إلا بزيادة، فيزيدان من إثم الزيادة في القرض، فيبيع منه أرضاً بتلك المائة درهم، ويجعل له الغلة عوضاً ينتفع بها عن المائة التي استقرضها، وليس المراد البيع والشراء الذي أذن الله فيه، فلا شك أن صورة هذا البيع محرمة، يجب على كل مسلم إنكارها، لأنها أفضت إلى ما يحل شرعاً، وهو الربح في القرض، واستجلاب النفع به. وقد منع رسول الله ﷺ من قبول الهدية ونحوها من المستقرض، فكيف بمثل الذي وقع التواطؤ من أول وهلة".^{٤٦٢}

الشروط اللازمة في بيع الرجا: بيع الرجا كغيره من البيوع التي يُشترط فيها شروط الانقاع؛ من أهلية في المتعاقدين، وأن يكون المبيع طاهرًا، وأن يكون المبيع مألًا، وألا يكون ممنوع التعاقد عليه، وأن يستوفي جميع شرائط العقد، ويكون مملوكًا، مع اتحاد المجلس وقبض العوضين. هذه الشروط العامة التي يجب أن تتوافر في أي عقد من عقود المعاوضات. أما الشروط الخاصة بهذا البيع: -

- ✓ أن يكون المبيع أصل غير مستهلك، الأراضي والعقارات.
- ✓ أن يكون بيع حقيقي لا حيلة على الربا، وأن يرد الثمن عند انقضاء مدة البيع المتفق عليها".^{٤٦٣}

الفرق بين بيع الرجا وبيع الوفاء

- "يتفق البيعان من حيث شرط التراد بين المتعاقدين في البيع بالوفاء أو الرجا.
- قيمة الأصل العقاري في بيع الرضا قد تكون أقل من سعر المثل أو زيادة، أما السعر في بيع الرجا فيساوي قيمة القرض، والسعر ليس حقيقياً.
- التراضي، والتعهد، والالتزام في البيعين محل اتفاق بين بيع الوفاء وبيع الرضا، لأنه أصل تكوين العقد وأساسه على التراضي فيما بين المتعاقدين.

^{٤٦٠} السرحي، لطف ابن محمد، **بيع الرجا عند الإمام الشوكاني ومدى إمكانية الأخذ به مصرفياً**، بحث مقدم لحوار الأربعاء.

^{٤٦١} العياش، محمد عبد الغني المحمود، **بيع الرجا وتطبيقاته المعاصرة**، رسالة ماجستير-جامعة كاي، تقديم أ.د. سامر مظهر قنطقجي، ٢٩.

^{٤٦٢} الشوكاني، **الفتح الرباني من فتاوى الإمام الشوكاني**، ٣٦٦٥/٧.

^{٤٦٣} العياش، **بيع الرجا وتطبيقاته المعاصرة**، ١١٠.

- الغاية من بيع الرجا هو البيع الحقيقي، لا البيع الصوري، بخلاف بيع الوفاء، فالبيع مضمراً فيه الرجا، فليس ببيع حقيقي، ولأنه بيع قصد به التحايل على الرجا.
- للمشتري الحق بالانتفاع بالمبيع، لأنها من حقه لاستقرار الملك في ملكه بعد انتهاء مدة الفسخ، بخلاف بيع الوفاء، لا يملك التصرف بالمبيع لعدم نفاذ البيع.
- في بيع الرجا يكون العقد ناقلاً للملكية، فله غنمه وعليه غرمه، على عكس بيع الوفاء، فإن العقد ليس ناقلاً للملكية، وتصرفات المشتري محدودة استغلالاً واستعمالاً، فأشبهه الرهن^{٤٦٤}.

حكم بيع الرجا يرى الإمام الشوكاني في رسالته أن هذا النوع من البيوع هو بيع مع خيار الشرط، وهو جائز بشرط أن يكون مضبوطاً بضوابطه الشرعية. وأجاب الإمام الشوكاني على دعوى من منع مثل هذا البيع بقوله: «دعوى البائع بعد انقضاء المدة المضروبة، أنه إنما باع أرضه بدون ثمنها رغبة في الالتزام المذكور، ولولاه لما وقع منه البيع بهذا المقدار، فهذه الدعوى مما لا تأثير له في نقض ما أبرمه برضاه واختياره وقت العقد»^{٤٦٥}. «واستدل على جوازه بحديث ابن عباس: «ضع وتعجل»، وهذا البيع فيه الحط الذي يخفف على الناس، والبائع الذي ضرب له شرط الخيار بالفسخ، فجاز بيع العقارات بأقل من قيمتها في مقابل حصول البائع على امتياز، كرد العقار خلال فترة العقد.

"ثم إن بيع الرجا شبيه بالرهن في حبس العوض لدى المشتري، مع أن العلماء أجازوا للمرتهن استغلال منافع الرهن مشروطاً بالعقد، فإذا كان جائزاً في الرهن، لما لا يصح في بيع الوفاء؟ فما المانع الشرعي لأن يأخذ المشبه حكم المشبه به، إذا كان الأصل في المعاملات المالية الحل والإباحة، حتى يقوم الدليل الشرعي على التحريم؟ فإذا لم يرد مانع شرعي يمنع تعدي حكم عقد الرهن إلى عقد بيع الرجا، فالمسألة على الجواز"^{٤٦٦}. وجاء صور مشابهة لمثل هذا البيع: -

"يَقُولُ الْبَائِعُ لِلْمُشْتَرِي بَعْتُ مِنْكَ هَذَا الْعَيْنَ بِدَيْنٍ لَكَ عَلَيَّ عَلَى أَنِّي مَتَى قَضَيْتَ الدَّيْنَ فَهُوَ لِي أَوْ يَقُولُ الْبَائِعُ بَعْتُكَ هَذَا بِكَذَا عَلَى أَنِّي مَتَى دَفَعْتُ لَكَ الثَّمَنَ تَدْفَعُ الْعَيْنَ"^{٤٦٧} وذكر الحافظ ابن حجر الهيتمي صورة بيع تتقارب مع صورة بيع الرجا. "بَيْعُ النَّاسِ وَصُورَتُهُ أَنْ يَقُولَ الْبَائِعُ بَعْتُكَ هَذِهِ الْأَرْضَ بِثَمَنٍ مَبْلُغُهُ كَذَا وَكَذَا يَقُولُ الْمُشْتَرِي اشْتَرَيْتُ ثُمَّ يَكْتُبُ بَيْنَهُمْ كَاتِبٌ أَوْ حَاكِمٌ يَحْكُمُ بِصُورَةٍ بَاعَ فُلَانٌ مِنْ فُلَانٍ كَذَا بِثَمَنٍ مَبْلُغُهُ كَذَا وَكَذَا بَيْعًا صَحِيحًا شَرْعِيًّا وَلَا يَذْكُرُ غَيْرَ هَذَا وَمَقْصُودُهُمْ أَنَّهُ يَكُونُ كَالْمَرْهُونِ"^{٤٦٨} وذكر الحنفية لا اعتبار الوفاء بالشرط في البيع بأنه لازم "وإن ذكراً البائع بلا شرط ثم شرطاًه على وجه الموعدة جاز البائع ولزم الوفاء وقد يلزم الوعد لحاجة الناس فرازا من الرجا"^{٤٦٩}.

وعليه يُقال: إن بيع الرجا صحيح ما لم يكن تواطاً على الرجا. ولو قلنا بأن بيع الرجا غير جائز لسبب التواطؤ في البيع، فهناك بيوع كثيرة قد يتواطأ الطرفان عليها، وتكون سبباً في حرمة المعاملة، كالتواطؤ في عدم وجود مبيع فيما بينهم: «ولا يجوز السلم حتى يكون المسلم فيه موجوداً من حين العقد إلى حين المحل»^{٤٧٠}. والمتنبع يرى أن المتبايعين، حين الاتفاق على البيع، يعلمان

^{٤٦٤} السرحي، لطف محمد عبد، بيع الرجا عند الإمام الشوكاني، ٧.

^{٤٦٥} الشوكاني، الفتح الرباني من فتاوى الإمام الشوكاني، ٣٦٥٥/٧.

^{٤٦٦} العياشي، محمد عبد الغني المحمود، بيع الرجا وتطبيقاته المعاصرة، ٦٠.

^{٤٦٧} البلخي، الفتاوى الهندية، ٢٠٩/٣.

^{٤٦٨} ابن حجر الهيتمي، الفتاوى الفقهية الكبرى، ١٥٨/٢.

^{٤٦٩} ابن نجيم، البحر الرائق، ٨/٦.

^{٤٧٠} الميداني، اللباب في شرح الكتاب، ٤٢/٢.

أن المبيع سيرد. "الْمُتَعَاقِدِينَ إِذَا جَعَلَا بَيْنَهُمَا أَجَلًا غَيْرَ مَحْدُودٍ، جَازَ إِذَا اتَّفَقَا عَلَيْهِ، وَرَضِيَا بِهِ، وَقَدْ نَصَّ أَحْمَدُ عَلَى جَوَازِهِ فِي رَوَايَةٍ عَنْهُ فِي الْخِيَارِ مُدَّةً غَيْرَ مَحْدُودَةٍ، أَنَّهُ يَكُونُ جَائِزًا حَتَّى يَقْطَعَاهُ".^{٤٧١} والآية صريحة في اعتبار التراضي، وجعل مجرد التراضي مولداً لرضا الإنسان، أساساً دستورياً في كل عقد سيلزمه".^{٤٧٢}

2.4. بيع المال غير المنقول بالمزايدة البيع بالمزاد العلني يُعد إحدى الوسائل التي يلجأ إليها الدائن لبيع أموال المدين، المنقولة أو غير المنقولة، من العقود الشائعة المشروعة، قال عطاء: «أَذْرَكْتُ النَّاسَ لَا يَرَوْنَ بَأْسًا بِبَيْعِ الْمَغَانِمِ فِيمَنْ يَزِيدُ».^{٤٧٣} نقل ابن حجر عند شرحه للحديث بأنهم كانوا يرون البيع في أنواع معينة. "لَا مَعْنَى لِاخْتِصَاصِ الْجَوَازِ بِالْغَنِيمَةِ وَالْمِيرَاثِ فَإِنَّ الْبَابَ وَاحِدٌ وَالْمَعْنَى مُشْتَرَكٌ وَيُلْتَحَقُّ بِهِمَا غَيْرُهُمَا لِلِاشْتِرَاكِ فِي الْحُكْمِ".^{٤٧٤} ونقل الإجماع على جواز مثل هذا البيع "والمزايدة مباحة بالإجماع"^{٤٧٥} قد يطرأ على المال غير المنقول سبباً يُعلن فيه الورثة أو المحكمة عن هذا البيع، فيمر ببيع المال غير المنقول بمرحلة إعداد وتهيئة قانونية، مع تحديد زمان ومكان، وإجراء المزايدة، وانعقاد جلسة البيع، ثم الإعلان عن بيعه. يشترط أن يسبقها إعلان لتطهيره من أي حقوق متعلقة به. يُعرض البائع السلعة على جمهور الناس، فيزيد في السعر من يشاء، ثم يستقر البيع على الشخص الذي يعرض آخر سعر".^{٤٧٦} وله عدة تسميات: "بييع الفقراء، والحاجة ماسة إلى نوع منه".^{٤٧٧}

يختلف بيع المزايدة في غير المنقول عن بيع المنقول، في أنه أحياناً يحتاج إلى إشهار من المحكمة، في العقارات التي لا تقبل القسمة، أو تخلف المدين عن سداد الدين للدائن، حيث إن تقسيم الأراضي والمباني من المسائل المعقدة في التركات، وقد تنشأ خلافات حول كيفية الانتفاع به، وكيفية تقسيمه، وبسبب ذلك حرص الفقه والقانون على وضع حلول تضمن عدم وقوع النزاع بينهم.

قد يطرأ على المال غير المنقول، قبل إعلانه للبيع، حقوق متعلقة به. فإذا تم بيع العقار بالمزاد العلني، فهل يحرر المال من كافة الحقوق المسجلة عليه؟ القانون العراقي أن بيع العقار بالمزاد العلني يحرر العقار من كافة الحقوق المسجلة عليه، سواء كانت حقوقاً عينية تبعية كالرهن التأميني، والرهن الحيازي، وحقوق الامتياز، أو كانت حقوقاً عينية أصلية كحق الانتفاع والارتفاق. والمادة (٢/١٣١٦): إذا بيع العقار المرهون بالمزايدة العلنية، سواء كان ذلك في مواجهة الراهن أو الحائز، فإن الحقوق المسجلة على هذا العقار تنقضي بإيداع الثمن الذي رست به المزايدة".^{٤٧٨}

لا يظهر العقار من كافة الحقوق المسجلة عليه، وإنما يقتصر التطهير على حقوق الامتياز، والاختصاص، والرهن الرسمي، والحيازي. والمتتبع في بيع الأموال غير المنقولة يرى بأن الصبغة القانونية فيه أكثر من المال غير المنقول، بالأخص إذا صدر البيع جبراً من جهة المحكمة.

^{٤٧١} ابن قيم الجوزية، محمد بن أبي بكر بن أيوب، *زاد المعاد في هدي خير العباد*، بيروت: مؤسسة الرسالة، ط ٢٧ (١٤١٥هـ/١٩٩٤م)، ٣/٤٢٨.

^{٤٧٢} الزرقاء، مصطفى أحمد، *المدخل الفقهي العام*، ج ١/٣٩٥.

^{٤٧٣} البخاري، صحيح البخاري، ٣/٦٩.

^{٤٧٤} ابن حجر، *فتح الباري*، ٤/٣٥٤.

^{٤٧٥} الفحطاني، أسامة بن سعيد وآخرون، *موسوعة الإجماع في الفقه الإسلامي*، الرياض: دار الفضيلة، ط ١ (١٤٣٣هـ/٢٠١٢م)، ٢/٣٣٣.

^{٤٧٦} وهبة الزحيلي، *الفقه الإسلامي وأدلته*، ٥/٥٠٦.

^{٤٧٧} المرغيناني، *الهداية في شرح بداية المبتدي*، ٣/٥٤.

^{٤٧٨} الشمري، عادل شمران حميد، *المسؤولية العينية للحائز في الرهن التأميني*، بابل: جامعة بابل - كلية القانون، (٢٠٠٥م)، ١٩٧-١٩٩.

2.5. استثناء المنافع في بيع المال غير المنقول مرّ بنا أن المنافع تتبع للأعيان، لكن قد تتفصل عن العين عند وجود ما يدل على الاستثناء، كعقد الإجارة، أو أن يصدر استثناء من العاقدین على ذلك، أو وجود مانع شرعي أو قانوني من ذلك. أباح الحنابلة استثناء بعض منافع الدار في البيع، كأن يبيع الدار مع اشتراط سكناها سنة، واستدلوا على جواز إباحة الاستثناء؛ ثبت عن النبي ﷺ: «نَهَى عَنِ الثُّنْيَا إِلَّا أَنْ تُعْلَمَ».^{٤٧٩} قال ابن الأثير في تعريف كلمة: "الثنيا أن يُسْتَنْتَى في عقد البيع شيء مجهول، فيفسده".^{٤٨٠} والمعنى: إذا كان الاستثناء معلوماً، فهو ليس بمنهي عنه، إنما المنهي عنه هو الاستثناء المجهول، كنحو الاستثناء في البيع أن يستثنى الرجل شيئاً ويستثنى بعضه، فإن كان الذي استثناه معلوماً؛ نحو أن يستثنى واحدة من الأشجار، أو منزلاً من المنازل، أو موضعاً معلوماً من الأرض، جاز، لأنه بمثابة الجزء المعلوم الذي يصح إفراجه بالبيع. واستدلوا على ذلك بحديث جابر رضي الله عنه، أنه باع لرسول الله ﷺ جملاً، واستثنى ركوبه منه: «فَبِعْتُهُ بِوَقِيَّةٍ، وَاسْتَنْتَيْتُ عَلَيْهِ حُمْلَانَهُ إِلَى أَهْلِي».^{٤٨١} نص الحديث على جواز الاستثناء بفعل الرسول ﷺ، وبوّب الإمام مسلم من هذا الحديث باب «بيع البعير واستثناء ركوبه»^{٤٨٢}، ومن خلال الروايات اختلف الفقهاء: هل وقع الشرط في العقد عند البيع؟ أو كان ركوب جابر للجمل بعد بيعه إباحة من النبي ﷺ بعد شرائه، على سبيل العارية؟ صورة المسألة: في استثناء البائع سُكْنَى البيت مدة معلومة، كأن يقول: بعته باستثناء السكنى فيها مدة سنة، مما يعني: هل يجوز استثناء منافع العين المستثناة، والتصرف بها خلال فترة الاستثناء من إجارة أو إجارة؟ لذا، تعددت صور استثناء المنفعة عند الفقهاء كتعدد صور استثناء العين. واستثناء المنفعة المقصودة في عقد البيع، إما أن تكون باستثناء مدة معلومة، وهذا يرجع إلى تنوع وتعدد أماكن المنافع وأعيانها. وتناول الفقهاء المسألة من ناحيتين:

- وكون العين مما يمكن بقاؤه في يد البائع لينتفع به بعد تمام العقد.
- وكون العين مما يمكن بقاؤه في يد البائع لينتفع به بعد تمام العقد.
- كون المدة معلومة للمتعاقدین، أي: مدة انتفاع البائع بالعين بعد تمام العقد.

نجد الفقهاء عند ذكرهم للاستثناء المنفعة في المبيع، جاءت عندهم على صورة الشرط المقترن بعقد البيع، في كل عين يمكن أن تبقى في يد البائع مدة زمنية معينة، ليستخدما أو يستثمرها دون الإضرار بعينها، ويكون المتعاقدان قد جمعا بين البيع والشرط. مثاله:

- "أن يبيع الدار، ويشترط أو يستثنى سكناها شهر أو سنةً.
- أن يبيع الأرض، ويشترط أو يستثنى زراعتها، أو استثمارها سنة أو سنتين.
- أن يبيع فندقاً، أو مكتباً، أو محلاً تجارياً، ويشترط أو يستثنى استثمارها مدة عام أو عامين".^{٤٨٣}

^{٤٧٩} الموصلي، أبو يعلى أحمد بن علي بن المثنى، *مسند أبي يعلى*، تحقق: حسين سليم أسد، دمشق: دار المأمون للتراث، ط ١ (١٤٠٤هـ/١٩٨٤م)، ٣/ ٤٢٧.

^{٤٨٠} الزبيدي، *تاج العروس*، ٢٩٧/٣٧.

^{٤٨١} مسلم، *صحيح مسلم*، ١٢٢١/٣.

^{٤٨٢} مسلم، *صحيح مسلم*، ١٢٢١/٣.

^{٤٨٣} برمو، تيسير، "استثناء المنفعة في عقد البيع في الفقه الإسلامي"، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، مج ٢٩، ع ٢ (٢٠١٣م)، ٢٧٦.

تفصيل ذلك على النحو الآتي:

اختلف الفقهاء في حكم هذا الاستثناء بناءً على اختلافهم في تكيف الشرط المقترن بالبيع، وهو استثناء نفع المبيع: هل يخالف مقتضى عقد البيع أم لا؟ وما أثره في العقد؟ هل يفسده أو يبطله، أم لا أثر له فيه، ويبقى معه العقد صحيحاً؟ ومن خلال أدلتهم، يتبين أن اختلافهم يرجع إلى فهم حديث جابر رضي الله عنه ومدلولاته، وكان سبباً أساسياً في اختلافهم في مسألة استثناء منفعة المبيع.

استدل الحنفية، والأصح عند الشافعية، ورواية عند الحنابلة، على فساد عقد البيع المقترن بالشرط من قوله ﷺ: «نَهَى عَنْ بَيْعٍ وَشَرْطٍ، أَلْبَيْعُ بَاطِلٌ، وَالشَّرْطُ بَاطِلٌ».^{٤٨٤} وحجة الحنفية في عدم اعتبار استثناء المنافع في عقد البيع أن كل شرط لا يقتضيه العقد، ولا يلائمه، وفيه نفع لأحد المتعاقدين، ولم يجز به العرف، ولم يرد الشرع بجوازه، فهو شرط فاسد يفسد العقد.

واستثناء المنفعة فيه نفع لأحدهما، وهو البائع، لأنها - على حدّ تعبيرهم - "زِيَادَةٌ لَا يُقَابَلُهَا عَوْضٌ فِي عَقْدِ الْبَيْعِ".^{٤٨٥} وهذا عندهم تفسيرٌ للربا. وقالوا: لو فرض أن المشتري أخذ مقابل المنفعة المستتناة عوضاً عنها، لكان ذلك إجارةً في بيع، وإن لم يُقابَلها شيء من الثمن، كان إجارةً في بيع، وقد نهى النبي ﷺ عن صفتين في صفقة واحدة.^{٤٨٦}

وصورة فساد العقد مع وجود الاستثناء تعود إلى أن الأصل في عقد البيع هو تملك المبيع ومنافعه معاً، ومقتضى الشرط - أي استثناء منفعة المبيع - تأخير تسليم المنفعة إلى المشتري، حتى يستوفيهما البائع، وهذا يُنافي مقتضى عقد البيع، لأنه يفضي إلى تملك مشروط بشرط يمنع كمال التصرف للمشتري، ومن ثمّ يجب عدم اعتبار هذا البيع صحيحاً. "تمليك شرط فيه شرط يمنع كمال التصرف".^{٤٨٧}

وأما حديث جابر رضي الله عنه، الذي يدل على جواز الاستثناء في البيع، فقد اعترض عليه الحنفية بأنه معارضٌ لنهي النبي ﷺ عن "بيع وشرط". واعتبروا أن حديث جابر يفيد الإباحة، بينما حديث النهي عن "بيع وشرط" يفيد المنع، فكان حديث النهي عامّاً، وحديث جابر خاصّاً بالاستثناء. ورجّحوا تقديم حديث النهي، وقالوا: يُحمَل حديث جابر على أنه كان قبل النهي، أي أنه منسوخ. واستندوا في ذلك إلى القاعدة الأصولية: "أَنَّ مَا فِيهِ الْإِبَاحَةُ مَنْسُوخٌ بِمَا فِيهِ النَّهْيُ".^{٤٨٨}

وأما القياس على بيع الدار المستأجرة؛ غير صحيح، ذلك أن منفعة الدار المبيعة مستحقة قبل البيع، بخلاف الاستثناء بعد البيع. وقد أجابوا كذلك على حديث النبي ﷺ: «المسلمون على شروطهم»^{٤٨٩}، حديث يُعد أساساً شرعياً لإلزام العاقدین بما اتفقا عليه. أن شرط استثناء المنفعة ليس من تلك الشروط التي يجب الالتزام بها. وذهب المالكية، ووجهٌ مرجوح عند الشافعية، والصحيح من مذهب الحنابلة، أن العقد والشرط صحيح، فيصح عقد البيع مع استثناء منفعة المبيع. وفرق المالكية بين الاستثناء في المال المنقول، واعتبروا جواز استثناء المنفعة جائزاً بشرط أن يُقيد بمدة معينة، لا تتغير فيها العين غالباً. وأما جوازه في المال غير المنقول،

^{٤٨٤} أبو نعيم، أحمد بن عبد الله بن أحمد بن إسحاق الأصبهاني، *مسند الإمام أبي حنيفة (رواية أبي نعيم)*، تحقق: نظر محمد الفاريابي، الرياض: مكتبة الكوثر، ط ١ (١٤١٥هـ)، ١/ ١٦٠. الطبراني، سليمان بن أحمد بن أيوب، *المعجم الأوسط*، تحقق: طارق بن عوض الله، وعبد المحسن إبراهيم، القاهرة: دار الحرمين، د.ت، ٤/ ٣٣٥.

^{٤٨٥} الكاساني، *بدائع الصنائع*، ١٦٩/٥.

^{٤٨٦} أحمد بن حنبل، *المسند*، ٤/ ٣٠.

^{٤٨٧} الشيرازي، أبو إسحاق إبراهيم بن علي بن يوسف، *المهذب*، بيروت: دار الكتب العلمية، ط (١٤١٦هـ/١٩٩٥م) ١/ ٤١٩.

^{٤٨٨} ابن الهمام، *فتح القدير*، ١١١/١٥.

^{٤٨٩} أبو داود، *السنن*، ٣/ ٣٠٤.

فقالوا بجواز الاستثناء ولو لمدة عشر سنوات، كبيع أرض واستثناء البائع منفعتها؛ «لقوة الأمن فيها، وعدم تغيرها خلال هذه المدة غالباً».^{٤٩٠}

أما استدلال الحنفية بحديث نهي النبي ﷺ عن بيع وشرط، فقد أنكره الإمام أحمد، وقال: "لَا نَعْرِفُهُ مَرْوِيًّا فِي مُسْنَدٍ"^{٤٩١} ونقل الإمام ابن قدامة "وَلَمْ يَصِحَّ نَهْيُ النَّبِيِّ - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - عَنْ بَيْعٍ وَشَرْطٍ. وَإِنَّمَا نَهَى عَنْ شَرْطَيْنِ فِي بَيْعٍ".^{٤٩٢} والناظر في أقوال الفقهاء، نجد أن الشرط أو الاستثناء في حديث جابر جاء مقترناً مع البيع، وأن شرط الركوب كان في صلب العقد، دلت الروايات المتعددة عليه صراحة لا إشارة، فكان حقيقة البيع بكامل أركانه قد تحققت؛ لأن النبي ﷺ ماكسه في الثمن، ثم شرط عليه جابر في مجلس العقد أن يركبه إلى المدينة، وانعقد البيع على ذلك، فلما وصل المدينة وهبه النبي ﷺ الجمل، وبهذا يكون قد فصل بين مجلس تقابض بدلي عقد البيع وبين مجلس الهبة.

وأما الذين اعترضوا على حديث جابر - رضي الله عنه - فقد ورد بروايات مختلفة، وقد قال الإمام البخاري عن طريق الحديث في الرد على من قال إن ركوب جابر - رضي الله عنه - للجمل هو إباحة من النبي ﷺ على سبيل العارية بعد البيع: "الاشتراط أكثر وأصح عندي".^{٤٩٣} فبيّن أن الروايات التي صرحت بالاشتراط في عقد البيع قد رويت في الصحيحين، فكان الذين ذكروه بصيغة الاشتراط أكثر عدداً ممن خالفهم، وهذا وجه من وجوه الترجيح. فكان حال الاستثناء في البيع كحال ما جاء مستثنى بالشرع، كاشتراط البائع الثمرة قبل التأبير، فدل الحديث على مشروعية صيغة البيع مع استثناء المنفعة. ومن خلال البحث، تبين أن مثل هذا التصرف جائز وصحيح، ولا يؤثر في العقد بالإبطال أو الإفساد، فللمشتري أن يشترط استثناء المنفعة. وبناءً على ذلك، يمكن القول: إن عقد البيع اشترط فيه استثناء منفعة جائز.

2.6. بيع حقوق المال غير المنقول يتناول مدى مشروعية بيع الحقوق المتصلة بالعقار، أو اعتبارها أموالاً مستقلة، من خلال التفريق بين الحق المتصل والمنفصل بالعقار. الحقوق المالية لها حرمة بالكتاب والسنة، وملكية الإنسان عليها ملكية المستخلف، فوجب احترامها. ما موقف الشريعة الإسلامية من تطبيق نظرية التفريق بين الحق المتصل والحق المنفصل، وأثرها في الأموال غير المنقولة؟ وهل يجوز أن تُعتبر هذه الحقوق أموالاً يصح بيعها وشراؤها، أو الاعتياض عنها؟ يتكون العقار من محل مالكة، ومن الحقوق المتصلة به، ويشتمل على مجموعة عناصر مادية وغير مادية، ذلك أن وصف الشيء بالمالية له أثر في المعاوضة عنه. والمكلف أمام ثلاث، وجب معرفتها في الحقوق: أن منها حقوقاً مالية، وهي ما تعلقت بالمال ومنافعه، وحقوقاً غير مالية، كحق الحضانة، وحقوقاً شخصية، ما يتعلق بذمة الشخص، وحقوقاً عينية، كالحقوق المتعلقة بالعقار، وحقوقاً مجردة عن المحل، كحق الشفعة، وغير مجردة، وهو ما يتعلق بمحله تعلق استقرار. وكما هو معلوم، فإن حقوق الارتفاق شرعت لرفع الحرج وتقليله على الملاك، وتوسيع رقعة العمران.

^{٤٩٠} الدردير، الشرح الكبير، ١٣/٤.

^{٤٩١} اليهودي، كشاف القناع، ١٩١/٣.

^{٤٩٢} ابن قدامة، المغني، ٧٤/٤.

^{٤٩٣} ابن حجر، فتح الباري، ٣١٨/٥.

2.6.1. **الحق المتصل هو:** "اختصاص بنفع مقترن بمحله".^{٩٤} يستمد تقويمه من منافعه الأصلية، مثاله في حقوق الارتفاق،

فالحق مقترن بذات العقار: "اتصال بين الحق والشيء المادي، أو الحق والمنفعة". فمالك العقار له حق اتصال بينه وبين الشيء المادي، والفقهاء مختلفون في المعاوضة عن الحق المتصل بالعقار؛ فالحنفية يرون بأن المعاوضة عن حقوق الارتفاق لا تجوز. "وَصَحَّ بَيْعُ حَقِّ الْمُرُورِ تَبَعًا لِلْأَرْضِ بِلَا خِلَافٍ وَمَقْصُودًا وَبَيْعُ الشَّرْبِ وَظَاهِرُ الرِّوَايَةِ فَسَادُهُ إِلَّا تَبَعًا".^{٩٥} أما حق الارتفاق فثبت عند بعض الفقهاء بسبب المعاوضة المالية، ويرى الإمام مالك إجازة بيع حق الشرب المعلوم، فقال: "أَرَأَيْتَ إِنْ اشْتَرَى شَرْبَ يَوْمٍ أَوْ يَوْمَيْنِ بِغَيْرِ أَصْلٍ إِلَّا أَنَّهُ اشْتَرَى شَرْبَ يَوْمٍ أَوْ يَوْمَيْنِ وَالْأَصْلُ لِرَبِّ الْمَاءِ؟ قَالَ: قَالَ مَالِكٌ: ذَلِكَ جَائِزٌ".^{٩٦}

ومثل هذه الحقوق قد يرى في المعاوضة عنها إخراج البائع حقًا عن مكانه المتصل به وتسليمه، وفي بعض الحقوق يتعذر، لأنه جرده عن أصله الذي نشأ عنه. فمن أين يستمد حق الارتفاق قوته الثبوتية عند فصله عن أصله عند بيعه مستقلاً عن العقار؟ فلا يوجد سوق خاص لبيع المرافق المتصلة بالعقار المبيع. ذلك وافق الشافعية والمالكية في المعاوضة عن الحق المتصل بالعقار. "فَإِنْ بَاعَهُ حَقَّ الْبِنَاءِ أَوْ الْعُلُوَّ بِأَنْ قَالَ لَهُ بَعْتُكَ حَقَّ الْبِنَاءِ أَوْ الْعُلُوَّ لِلْبِنَاءِ عَلَيْهِ يَتَمَنَّى مَعْلُومٌ اسْتَحَقَّهُ".^{٩٧} وعند الحنابلة، جواز المعاوضة. "ويجوز أن يشتري ممرًا في دار، وموضعًا في حائطه يفتح بابًا، ويُقَعَّةً".^{٩٨}

الحقوق المتصلة الثابتة على ثلاثة أقسام:

- ☒ حقوق الارتفاق: منافع مؤبدة، متصلة بذات العقار
- ☒ حق الأولوية والأسبقية: التي تثبت بسبق يد الرجل إلى مباح.
- ☒ حق الانتفاع الناتج عن عقد، كحق استئجار أرض، أو الحانوت، أو الشقق.

أبرز التطبيقات على بيع الحق المتصل:

- ☒ **المعاوضة بحق الخلو الناتج عن عقد إيجار،** وقد مرّ بنا سابقاً تعريف الخلو بأنه عوضٌ مقابل التنازل عن حقّ أولوية في عينٍ أو منفعةٍ، ولو فرضنا أنّ رجلاً مستأجرٌ من آخر حانوتًا لمدة عشر سنوات، وبعد مضي سنتين من العقد على الحانوت، جاء رجلٌ وأراد خلّوًا مقابل أن يتنازل المستأجر عن حقّه ويتركه للمستأجر الثاني، فالحقّ في الانتفاع بالعقار حقّ متصل، والمستأجر مالكٌ للمنفعة مدة العشر سنوات بالعقد، فجاز له أن يبيع باقي المدة المتفق عليها، وفي حال انتهى العقد فباع حقّ الأولوية، خُظر بيعه، ذلك أنّه يبيع ما لا يملك، فلا يجوز المعاوضة على ذلك.
- ☒ **المعاوضة عن الخلو المكتسب بمال مباح،** وصورة المسألة في بيع الخلو: أن يتملّك شخصٌ حقًا متصلًا بعقار، لكن الحقّ المكتسب بحقّ الأسبقية والاختصاص كالبسطات التجارية العامة، يضع البائع في مكانٍ مباحٍ بضاعةً، فيكون مكتسبًا ومالكًا للمنفعة بقوة يده على المكان، أو كما هو مسمّى بسوق الاثنين وسوق الجمعة، فإذا باع صاحب البسطة الحقّ التبعية جاز ذلك؛ فقد ملكه بطريقٍ مباح، ودخل في ملكيته، فجاز بيعه مقابل عوضٍ يدفعه من أراد النزول مكانه،

^{٩٤} الخلفي، رياض منصور، *هندسة الربا*، مكتبة الإمام الذهبي - الرياض، ط ١ (١٤٤٢هـ/٢٠٢١م)، ٢٣٦.

^{٩٥} ابن عابدين، *رد المحتار*، ٨٠/٥.

^{٩٦} الإمام مالك، *المدونة*، ٤٧٠/٤.

^{٩٧} السنيكي، زكريا بن محمد بن زكريا الأنصاري، *أسنى المطالب في شرح روض الطالب*، دمشق، دار الكتاب الإسلامي، دبت، ٢٢٥/٢.

^{٩٨} المرادوي، *الإصناف في معرفة الرائج من الخلاف*، ١٧٤/١٣.

ومثل هذا البيع هي حقوق متصلة بأصلها، وليست من قبيل بيع الحقوق المنفصلة؛ حيث تحقق شرط المالك من كونه مالكا لأصله من عين أو منفعة.

2.6.2. الحق المنفصل لا يستمد تقويمه من منفعته، لأنه بحد ذاته أصل مستقل، وسوقه منفصل، كبيع الأسهم العقارية، لها منافعها وتشريعاتها الخاصة بها، ويُطلق عليه المشتقات المالية، كالسهم المالي، والصك، والسند، فهي حقوق منفصلة، وعُرف الحق المنفصل على أنه: "قصد التبرج من مال لا يستمد تقويمه من منافع أصله".^{٤٩٩} وعُبر عنه في المذهب الحنفي بالحق المجرد، الحق المفرد أو الحق المجرد، كحق الارتفاق، وحق الشفعة، وحق الخلو، وحق التحجير. أفرد ابن عابدين مطلباً خاصاً يقول: "مطلب: لا يجوز الاعتياض عن الحقوق المجردة".^{٥٠٠}

أبرز التطبيقات على بيع الحق المنفصل:

☒ **المعاوضة على بيع حق تملك الانتفاع** لا يجوز بيعه ولا شراؤه، كتمليك الانتفاع الذي هو عبارة عن الإذن للشخص في أن يباشر هو بنفسه الانتفاع به، كالمجالس، والجوامع، والمساجد، والأسواق، والطواف. وهذا التبريق للإمام القرافي رحمه الله، وافقه الإمام ابن القيم في تقرير قاعدة حظر المعاوضة عن الحق المنفصل. وإذا رجعنا إلى القاعدة الثلاثين عند بيانه للفرق بين "تمليك الانتفاع" و"تمليك المنفعة".^{٥٠١} بين من خلالها أن المنتفع في تملك المنفعة، ملك يجوز المعاوضة عليه، لكونه متصلاً بالمحل، ولأنه مالك له. وأما المنتفع في تملك الانتفاع، فحق قاصر على ذات المنتفع، غير مالك لأصله، بخلاف حق الانتفاع المجرد، لأنها رخصة، لا يتجاوز شخص المنتفع. فتبين ما يصح المعاوضة عليه من الحقوق المتصلة، وما لا يصح المعاوضة عليه من الحقوق المنفصلة.

2.7. إيجار المال غير المنقول يُعد عقد الإجارة من العقود المسماة، يستحق الأجير فقط عوض وقته، أو المؤجر عوض منفعته، وهو من عقود المعاوضات التي ترد على المنفعة، فتنشئ التزامات شخصية إيجابية، والتي ترد على أعيان غير قابلة للاستهلاك، التي خصها الشارع باسم معين، ووضع لها قواعد خاصة بها. يتميز عقد الإجارة بأنه عقد زمني مؤقت، لا بد فيه من تحديد المنفعة وتقديرها. شُرعت عند إجراء العقد للحاجة، لأن فيه تبادل المنافع فيما بين الناس بعضهم البعض. فالإجارة علاقة تمويل مالي، وبيع للمنفعة، وتنازل عن إدارة المنفعة المبيعة، لذا سميت بالملك الناقص، فهي علاقة بيع للمنفعة، ونوع من أنواع التمويل التجاري. ويذكر القانون عن ميزات عقد الإجارة بأنه من عقود الإدارة؛ "يعتبر عقد الإيجار أوضح نموذج لعقود الإدارة، التي لا تعطي صاحبها الحق في أي عمل من أعمال التصرفات".^{٥٠٢}

أي أن عقد الإيجار لا ينقل للمستأجر أي حق عيني، لأن المستأجر مقيد بنفسه باستيفاء المنفعة، دون أن يكون له الحق في تملكه للغير. فأصبحت يده على العقار يد أمانة، يُلزم بالمحافظة عليه، وإعادته في نهاية المدة، وتسليمه على نفس الهيئة السابقة. فعقد الإيجار موقوف على إجازة المؤجر الأول، وهذا ما يميل إليه القانون، خلافاً لما ذهب إليه الفقهاء من جواز تأجير العقار

^{٤٩٩} الخلفي، رياض منصور، *هندسة الربا*، ٢٦٤.

^{٥٠٠} ابن عابدين، *حاشية رد المختار*، ٥١٨/٤.

^{٥٠١} القرافي، *الفروق*، ١٨٧/١.

^{٥٠٢} السنهاوري، *الوسيط في شرح القانون المدني*، ٢١.

المستأجر دون علم مالكة. "لِلْمُسْتَأْجِرِ أَنْ يَعْمَلَ كُلَّ شَيْءٍ مِنَ الْعَمَلِ... وَيُسْكِنَهَا مَنْ أَحَبَّ سِوَاءَ كَانَ بِإِجَارَةٍ أَوْ غَيْرَهَا"^{٥٠٣} والمالكية قالوا بجواز ذلك: "ولَهُ أَنْ يُؤَجِّرَ مُؤَجَّرَهُ وَغَيْرَهُ بِمِثْلِ الْإِجَارَةِ وَبِالْأَقَلِّ وَالْأَكْثَرِ".^{٥٠٤} "والشافعية كذلك على جواز إجارة العين المستأجرة " يَصِحُّ مِنَ الْمُسْتَأْجِرِ إِجَارَةُ مَا اسْتَأْجَرَهُ بَعْدَ قَبْضِهِ، سِوَاءَ أَجَرَ بِمِثْلِ مَا اسْتَأْجَرَ، أَمْ بِأَقَلِّ، أَمْ بِأَكْثَرِ".^{٥٠٥} ونصَّ الإمام أحمد على نفس رأي الفقهاء، على أنه "يَجُوزُ لِلْمُسْتَأْجِرِ أَنْ يُؤَجِّرَ الْعَيْنَ الْمُسْتَأْجَرَةَ إِذَا قَبَضَهَا".^{٥٠٦} واشترطوا لجواز ذلك بأن لا تختلف باختلاف المستعمل، على عكس القانون المدني الذي يقيد صلاحية المنتفع من حق الاستعمال والسكنى بمن يعول من أسرته، فليس له إلا سلطة الاستعمال، فلا يملك استغلال العين، وتأكيداً لهذا المعنى قضت المادة (١٣٥١) معاملات مدنية بأنه: "لا يجوز التنازل للغير عن حق الاستعمال أو عن حق السكنى إلا بناءً على شرط صريح في سند إنشاء الحق، أو ضرورة قصوى".^{٥٠٧}

أما من حيث مشروعية الإجارة، فقد ثبتت بالكتاب، والسنة، والإجماع، والمعقول، ويسوق الفقهاء في استدلالهم بالكتاب والسنة على مشروعية الإجارة عدة آيات وأحاديث. روى مالك في الموطأ: أنه بلغه أن عبد الرحمن بن عوف "تكرى أرضاً، فلم تزل في يديه بكرارٍ حتى مات".^{٥٠٨} وقد مر معنا في بداية الرسالة خلاف الجمهور مع الحنفية في مالية المنافع، وذكرنا أقوال كل طرف منهم، ورجحنا القول بأن المنافع لها مالية، وهي كالأعيان. قال ابن رشد: يقول: "إِنَّ الْإِجَارَةَ جَائِزَةٌ عِنْدَ جَمِيعِ فَهَّاءِ الْأُمَّصَارِ، وَالصَّدْرِ الْأَوَّلِ وَحُكِيِّ عَنِ الْأَصَمِّ، وَابْنِ عُثَيْمٍ مَنْعُهَا شَبْهَةٌ مِنْ مَنْعِ ذَلِكَ: أَنَّ الْمُعَاوَضَاتِ إِنَّمَا يُسْتَحَقُّ فِيهَا تَسْلِيمُ الثَّمَنِ بِتَسْلِيمِ الْعَيْنِ كَالْأَحَالِ فِي الْأَعْيَانِ الْمُخْسُوسَةِ، وَالْمَنَافِعِ فِي الْإِيجَارَاتِ فِي وَقْتِ الْعَقْدِ مَعْدُومَةٌ، فَكَانَ ذَلِكَ غَرَرًا وَمِنْ بَيْعٍ مَا لَمْ يُخْلَقْ. وَنَحْنُ نَقُولُ: إِنَّهَا وَإِنْ كَانَتْ مَعْدُومَةً فِي حَالِ الْعَقْدِ فَهِيَ مُسْتَوْفَاةٌ فِي الْغَالِبِ، وَالشَّرْعُ إِنَّمَا لَحَظَّ مِنْ هَذِهِ الْمَنَافِعِ مَا يُسْتَوْفَى فِي الْغَالِبِ، أَوْ يَكُونُ اسْتِيفَاؤُهُ وَعَدَمُ اسْتِيفَائِهِ عَلَى السَّوَاءِ".^{٥٠٩} أجاز الفقهاء الإجارة بقسميها: طويل المدة، وقصير المدة، مقياس الانتفاع بالشيء المؤجر، والأجرة تقابل الانتفاع.^{٥١٠} إلا أن الحنفية نبهوا على قضية مهمة: "إلا أن في الأوقاف لا تجوز الإجارة الطويلة، كي لا يدعي المستأجر ملكها".^{٥١١}

عقد الإجارة يرد على الأشياء التي لا تزول بالاستعمال، فكل عين تتلف أو تتلاشى بالاستعمال لا يجوز تأجيرها؛ لأن عقد الإجارة يستلزم رد العين المؤجرة، وهي تشبه التمويل بالأصول الثابتة من كون الأعيان تحت تصرف المستأجر. فقال ابن قدامة: "ولا يجوز عقد الإجارة على ما تذهب أجزاؤه بالانتفاع".^{٥١٢}

فاشترطوا في العين المؤجرة أن تكون مما يصح الانتفاع بها مع بقاء عينها، ولا يفهم من بقاء العين عدم تعرضها للهلاك، إنما بقاءها زمناً طويلاً يمضي بها عقد الإجارة. فالأصول الثابتة من الأراضي، والشقق السكنية، والفنادق، يمكن إيجارها طالما

^{٥٠٣} شيخ زاده، مجمع الأنهر، ٣٧٥/٢.

^{٥٠٤} الخطاب، مواهب الجليل، ٤١٧/٥.

^{٥٠٥} النووي، روضة الطالبين، ٢٥٦/٥.

^{٥٠٦} ابن قدامة، المغني، ٣٣٨/١٤.

^{٥٠٧} عبد الخالق حسن، الوجيز في شرح قانون المعاملات المدنية لدولة الإمارات العربية المتحدة، المطبعة العصرية (١٤١٠هـ/١٩٩٠م) ٩.

^{٥٠٨} مالك بن أنس، الموطأ، ٧١٢/٢.

^{٥٠٩} ابن رشد، بداية المجتهد، ٥/٤.

^{٥١٠} السنهاوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ٥/٦.

^{٥١١} ابن نجيم، البحر الرائق، ٢٩٩/٧.

^{٥١٢} ابن قدامة، الكافي في فقه الإمام أحمد، ١٧١/٢.

توفرت فيها إمكانية استخلاص المنفعة. وهو من عقود الإدارة، لا عقود التصرف، بمعنى أن المستأجر يقتصر في سكناه على الاستفادة من المنفعة، تمكن المستأجر من استخلاص المنفعة المؤجرة من الأصل الثابت مع تصرفه فيها تصرفاً محدوداً، أما التصرف فيقتضي الملكية، وهذا لا يدخل في عقد الإيجار. وإلى ذلك نبه السنهوري، فقال: "ولما كان عقد الإيجار لا ينشئ إلا التزامات شخصية، فهو من عقود الإدارة، لا من عقود التصرف، والإيجار أهم عقود الإدارة، كما أن البيع أهم عقود التصرف".^{٥١٣} والإجارة، أو نوع المحل المعقود عليه، إما أن يكون إجارة على منافع الأعيان، منقولة كالسيارات والثياب، أو غير منقولة كالمنازل والأراضي، أو على منافع الإنسان. وتُقسم كذلك من حيث تعيين المحل من عدمه إلى: إجارة معينة بالرؤية والمشاهدة تُستوفى، أو إجارة موصوفة في الذمة بالالتزام.

2.7.1. إيجار المشاع مالٌ معينٌ يملكه أكثر من شخص، غير متميزة حالاً، متميزة بالقسمة مآلاً، فالمالك شخص واحد، لكن حصته في الشيء المملوك على الشيوع، فلا يستطيع أحدٌ أن ينفرد بملكية أي ذرة من ذرات المال الشائع، لأنه لا يملكها وحده، بل يملكها مع غيره من الشركاء بقدر حصته من النصف، أو الربع، أو الثمن. فكان فساد الإجارة للمستأجر، لأنه مشغول بغيره، وسُمي شيوعاً "لأن سهم كل واحد من الشريكين أشيع، أي أذيع، وفُرق في أجزاء سهم الآخر، لا يتميز منه".^{٥١٤} والسؤال: طالما أن الشريك يملك حصته ملكاً تاماً، فهل يجوز له أن يتصرف فيها من حيث الاستغلال والاستعمال، كيفما شاء؟

"إذا ملك الشيء عدة ملاك على الشيوع، فلا يثبت لأحدهم دون الآخرين إيجار هذه العين، إنما يثبت هذا الحق في الأصل للشركاء مجتمعين".^{٥١٥} والإيجار الصادر منه يُعد وارداً في جزء منه على ملك الغير، لذا يفرق بين التصرف، وبين الاستعمال، والاستغلال، فالتصرف يمنح الشريك التصرف بحصته من بيع وشراء وhibه دون إذن من باقي الشركاء، فيحل المشتري مكان البائع، والموهوب مكان الواهب. والإيجار ليس من أعمال التصرف، بل هو من أعمال الإدارة، لأن كل واحد من الشركاء له حق الاستعمال والاستغلال، كلٌ بقدر حصته من المال الشائع، فيصبح الكل مقيداً بحقه في المال، وعليه لا يستطيع استعمال أو استغلال ملكيته الشائعة إلا بإذن الشركاء واتفاقهم، كي يكون الإيجار صحيحاً وناظراً في حق الجميع. أما فيما يتعلق في إجارة الحصة الشائعة، فإن الفقهاء متفقون على جواز إيجارها شريطة أن تكون للشريك، واختلفوا في إجارة الحصة لغير الشريك، فذهب أبو حنيفة وزفر إلى القول بأن الحصة الشائعة لا يجوز للشريك أن يؤجر حصته الشائعة للأجنبي، واعتبروا بأن إجارته فاسدة، فالقبض التام لا يحصل في الشائع، لكون المنفعة أمر غير حسي، ولأنه "يَمْتَنِعُ لِتَعَذُّرِ اسْتِيفَاءِ مَنَفَعَةٍ بِسَبَبِ الشَّيْءِ".^{٥١٦}

استثنى جواز إجارة الأجنبي في الشيوع الطارئ، كما لو أجرة بيته إلى أحد من الشركاء، ثم مات أحدهما، لا تفسد الإجارة؛ لأنه شيوع طارئ. ونذكر بعض صور الشيوع عند الحنفية: ما يصح منها، وما لا يصح:

- "أجر بيته لأحدٍ ما ثم مات أحدهما.
- استأجر مال واحد ثم مات أحد المستأجرين.
- دار مملوكة كلها لرجل فأجر نصفها من رجل.

^{٥١٣} السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ١٥/٦.

^{٥١٤} الهروي، الزاهر في غريب الفاظ الشافعي، ١٦٢/١.

^{٥١٥} سلامة، أحمد، الملكية الفردية في القانون المصري، القاهرة، دار النهضة العربي، ط ١ (١٩٧٠م)، ٢٤٣.

^{٥١٦} الكاساني، بدائع الصنائع، ١٨٧/٤.

- إذا أجر أحد الشريكين نصيبه فالعقد جائز بلا خلاف.
- ملك المستأجر أثناء إجارته بعض المأجور بآرث أو هبة^{٥١٧}

أما المالكية، فقالوا بجواز إجارة المشاع: "عقد إجارة على ملك له معروف، يمكن تسليمه إلى المستأجر، فجاز ذلك".^{٥١٨} ولم يفرقوا بين الشريك والأجنبي، ووافق الشافعية على قولهم، فقالوا: "يجوز إجارة المشاع في نصف دار... سواء أجر من شريكه، أو من غيره".^{٥١٩} ووافق الحنابلة، ومحمد بن الحسن، وأبو يوسف من الحنفية، وقالوا بجواز إجارة الحصة الشائعة للشريك فقط، دون الأجنبي. "ولأنه لا يقدر على تسليمه إلا بتسليم نصيب شريكه، ولا ولاية له على مال شريكه".^{٥٢٠} وحجتهم أن الإجارة نوع من أنواع البيع. "أن الإجارة بيع المنفعة؛ لأن طريق جوازها إقامة العين مقام المنفعة فصارت كبيع العين".^{٥٢١} إذا ملك البيت أو الدور عدة أشخاص على الشيوع، فلا يحق في حالة قيام الشريك بتأجير كل المال الشائع بدون إذن بقية الشركاء، فإن أجازوا هذا العقد، فإن العقد يكون جائزاً، وذلك لأن صحته تكون موقوفة على تلك الإجازة، وذلك قياساً على بيع الفضولي الذي باع ملك الغير بدون إذنه. فإذا تم الاتفاق من جميعهم، كان نافذاً في حقهم، وإذا تصرف أحد الشركاء في إجارة المال المشترك دون إذن الشركاء، كان صحيحاً في حصته، باطلاً في حصة شريكه المتصرف في المال".^{٥٢٢} وفيما يتعلق ببطل الإيجار في العقارات، يُقسم بين الشركاء بالتساوي، وإذا لم تكن النسب متساوية، يُقسم البطل على قدر نسبة كلٍ منهم في المال المشترك، فيكون بدل الإيجار على قدر نسبة كل شريك في المال المشترك. "إذا كانت دار مشتركة بين شخصين مثلاً فاستغلها أحدهما مدة فإن كان يكره رجوع عليه شريكه بحصته في الغلة، وإن أشغلها بالسكنى فلا شيء عليه لشريكه إن سكن في قدر حصته فإن سكن أكثر منها رجوع عليه شريكه".^{٥٢٣}

2.7.2. التورق والتصكيك في ظل التطور الحالي، أصبح من الضروري استحداث أدوات مالية إسلامية، لا يقتصر دورها على مجرد أوراق مالية، بل تكون أداة فاعلة للاستثمار. وهي من المستجدات التي ابتكرتها الصناعة المالية، وانتشرت فكرة هذه السندات في الولايات المتحدة الأمريكية عام ١٩٧٠م، وكان ظهورها على شكل فكرة بيع القروض والديون وتداولها. وعُرفت السند لغةً: "سند، مفرد سندات، كل ما يُستند إليه".^{٥٢٤}

أما تعريفه الاصطلاحي، فهو: "تقسيم لملكية الموجودات من الأعيان، أو المنافع، أو هما معاً، إلى وحدات متساوية القيمة، وإصدار صكوك بقيمتها".^{٥٢٥} بمعنى أن يمثل السند حصصاً شائعة في ملكية، إما أعيان، أو منافع، أو خدمات، أو حقوق. الهدف منه: تحويل الأصول المالية إلى سندات تتمتع بالسيولة، على الرغم من وجود خصائص مشتركة ما بين الأسهم والسندات، من حيث أنها ذات قيمة متساوية، وعدم قابليتها للتجزئة، وتداولها بالأسواق المالية. إلا أن هناك فروقاً بينهما، فالسهم: حصة أو حق

^{٥١٧} الكاساني، بدائع الصنائع، ١٨٨/٤.

^{٥١٨} القاضي عبد الوهاب، الإشراف على نكت مسائل الخلاف، ٦٥٥/٢.

^{٥١٩} البغوي، محمد بن مسعود، التهذيب في فقه الإمام الشافعي، تحقق: عادل أحمد عبد الموجود وعلي محمد معوض، بيروت، دار الكتب العلمية، ط ١ (١٤١٨هـ/١٩٩٧م)، ٤٢٦/٤.

^{٥٢٠} ابن قدامة، المغني، ٤٠٩/٥.

^{٥٢١} الزيلعي، تبیین الحقائق، ١٢٦/٥.

^{٥٢٢} <https://ketabonline.com/ar/books/91654/read?part=1&page=18&index=3333821> بحوث ومسائل: إيجار المال الشائع في الفقه الإسلامي، المجلد الأول، ص ١٨، موقع KetabOnline. تاريخ التصفح ١٧ أكتوبر ٢٠٢٤م.

^{٥٢٣} الدسوقي، الشرح الكبير، ٤٦٦/٣.

^{٥٢٤} الزبيدي، تاج العروس، ٢١٥/٨.

^{٥٢٥} المعايير الشرعية، هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية، المعيار الشرعي السابع عشر، ٣٢٥.

في شركة مساهمة، بينما السند: وثيقة بقرض في ذمة الشركة، ويحق لمالكة استرداد قيمة السند. أنواع صكوك الإجارة، ومن خلال تعريف سندات الإجارة السابق.

هناك ثلاثة أنواع للسندات.

- ١ - "سندات ملكية الخدمات.
- ٢ - سندات ملكية المنافع المؤجرة.
- ٣ - سندات ملكية الأصول المؤجرة".^{٥٢٦}

فكان "الهدف الأساسي من التصكيك" هو ربط الديون الأصلية بالأوراق المالية، مباشرة، من خلال تجميع الديون في شكل محفظة، ثم إصدار أوراق مالية مقابل تلك المحفظة، مضمونة بضماناتها".^{٥٢٧} والهدف من كل ذلك: البحث عن أوراق مالية ذات استقرار نسبي، وتوسيع السوق المالية، و"تحويل الأعيان والمنافع التي يتعلق بها عقد الإجارة إلى أوراق مالية (صكوك) يمكن أن تجري عليها عمليات التبادل".^{٥٢٨} وكتعريف اقتصادياً، تُعرّف السندات بأنها: "قرض تُقرضه للشركة المساهمة مقابل حصولك على فائدة ثابتة، أي هو مستند دين على الشركة، أو مستند دائن للمستثمر".^{٥٢٩} هناك ثلاث كلمات: التصكيك، والتوريق، والتسنيذ؛ تُستعمل كمفردات لمُسمى واحد، وهو: "وثيقة بمال مطبوع بشكل خاص يستعمله المُودع في أحد المصارف للأمر بصرف المبلغ المُحرر به".^{٥٣٠} تقوم على فكرة تحويل التمويل بالإجارة إلى شكل سندات تمويلية، تتصف بالسيولة المالية. فإذا كانت هذه الأعيان المعمرة مؤجرة، فإنها تدر دخلاً، ومن ثم يتم تحويلها إلى صيغة أصول مالية، عن طريق إما إصدار صكوك أو سندات، تكون عبارة عن شهادات ملكية لهذه الأعيان المؤجرة. وهذه السندات يمكن تداولها.

تتميز سندات التأجير بعدد من الخصائص.

- ☒ "تخضع لعوامل السوق في تقييم أثمان هذه الأعيان. فإذا ارتفعت القيمة السوقية لهذه الأعيان، ترتفع قيمة الصكوك، وتهبط قيمتها إذا انخفضت القيمة السوقية للأعيان التي تمثلها.
- ☒ صكوك التأجير تحتوي على جميع العوامل، التي تجعلها قابلة للتحويل إلى نقد جاهز في أي وقت. فمن الوجهة الشرعية، تمثل الصكوك ملكية أعيان مؤجرة قابلة للبيع بأي سعر يتفق عليه المتبايعان، ومن الوجهة المالية، تتوافر فيها من الناحية النظرية جميع الشروط اللازمة لسندات القرض، أو لأسهم، من أجل قبول التداول بها في الأسواق المالية".^{٥٣١}

صورة المسألة: أن تحتفظ الشركات عادةً بنقود في احتياطاتها بهدف استخدامها في الحالات الطارئة، التي تتطلب تدخلاً عاجلاً، كالحاجة إلى سداد ديون وقروض عاجلة، أو الاستفادة من فرصة الحصول على أسهم، أو أعمال، أو أصول شركة أخرى.

^{٥٢٦} أبو عمر الدُّبَّان، *المعاملات المالية أصالة ومعاصرة*، ٣٧٦/١٣.

^{٥٢٧} بدوي، عبد المطلب، *التوريق كأداة من أدوات تطوير البورصة المصرية*، بحث مقدم في مؤتمر أسواق الأوراق المالية والبورصات: آفاق وتحديات المنعقد في دبي، سنة (٢٠٠٧م).

^{٥٢٨} الطيار وآخرون، عبد الله بن محمد، *الفقه الميسر*، ٨٠/١٠.

^{٥٢٩} كراويه، ياسر بن طه علي، *المعاملات المالية المعاصرة في الفكر الاقتصادي الإسلامي*، د.م، د.ط، د.ت، ٧٥/١.

^{٥٣٠} إبراهيم مصطفى وآخرون، *المعجم الوسيط*، ٥١٩/١.

^{٥٣١} تصدر عن منظمة المؤتمر الإسلامي، *مجلة مجمع الفقه الاسلامي التابع لمنظمة المؤتمر الاسلامي* - جدة، م.س، ٢٤٧/١٢.

فبذل أن تُبقي الشركة كل أموالها في حسابها المصرفي، فإنها تقوم باستثمار جزء من النقد في الأوراق النقدية السائلة قصيرة الأجل، مما يتيح لها تحقيق الأرباح، والاستفادة منها، وبيعها عند الحاجة. فكانت هذه الأوراق وسيلة من وسائل الأدوات الاستثمارية الإسلامية، بهدف تحويل الأصول والموجودات العينية بسرعة إلى نقد، فيتم تداولها في أسواق المال.

2.7.3. إجارة المال غير المنقول الموصوف في الذمة من الفقهاء من قصر الإجارة الموصوفة في الذمة في المال المنقول دون غيره: "وإجارة العَقَارِ لَا تَكُونُ إِلَّا إِجَارَةً عَيْنٍ، لِأَنَّهُ لَا يَنْبَغُ فِي الذِّمَّةِ، وَلِهَذَا لَا يَجُوزُ السَّلَمُ فِي أَرْضٍ وَلَا دَارٍ".^{٥٣٢} عقد من العقود المسماة في الفقه الإسلامي، محلُّ المعقود عليه عينٌ موصوفة بأوصاف تمنع التنازع بين المتعاقدين، فهي دينٌ في ذمة المؤجر لا تبرأ إلا بتسليمها بحسب المواصفات المتفق عليها. ويمكن تعريف عقد الإجارة الموصوف في الذمة بأنه: "هي التي يكون محلها غير معين، بل موصوف بصفات يتفق عليها، مع التزامها في الذمة، بحيث لا يقتضي قيام المؤجر بتسليم نفسه أو تسليم عين معينة للمستأجر".^{٥٣٣} ويختلف هذا العقد عن غيره من العقود في ركن المعقود عليه من كونه موصوفاً في الذمة، ويظهر أثر ذلك في المال غير المنقول: "أن المؤجر تبقى ذمته مشغولة طوال فترة التعاقد بتوفير عين للمستأجر ليستوفي منها المنفعة الموصوفة المتعاقد عليها بينهما، فإذا تلفت أو تعينت العين التي قدمها المؤجر للمستأجر ليستوفي منها، ألزم بتوفير عين أخرى مماثلة لها ليستكمل المستأجر استيفاء المنفعة".^{٥٣٤}

ولكن هذا النوع أصبح يُنظر إليه كمصدر من مصادر التمويل والنشاط الاقتصادي، وتتميز هذه الإجارة عن غيرها بأن مصدر قوة استحقاق المنفعة مكتسبة من العقد، لا من الوعد، وهنا تظهر فائدة هذا العقد، فلو هلكت العين الموصوفة في الذمة لزم المؤجر تقديم منفعة مماثلة، لأنه كالدين ثبت في ذمة المؤجر، فمحل العقد لا يكون معلوماً إلا من خلال أوصافه، ويُعد أحد أشكال العقود الإيجارية، له طبيعته الخاصة به من كون محل الإيجار والمقابل المدفوع مؤجلين.

الموسوعة الفقهية الكويتية - إجارة الذمة: "الْحَقُّ فِي الْمُنْفَعَةِ الْمَعْقُودِ عَلَيْهَا مُتَعَلِّقًا بِذِمَّةِ الْمُؤَجِّرِ، كَمَا إِذَا اسْتَأْجَرَ دَابَّةً مَوْصُوفَةً لِلرُّكُوبِ، أَلَزِمْتُ ذِمَّتَكَ خِيَاطَةَ هَذَا الثُّوبِ، أَوْ بِنَاءَ حِدَارٍ صِفَتُهُ".^{٥٣٥} فسَمِيَتْ إجارة الذمة لتعلق المنفعة المعقود عليها بذمة المؤجر بالوصف المشروط في العقد، لا بعين محددة، ويُسمى في القانون بعدة مسميات: "كسَلَم المنافع، أو إجارة الذمة، أو الإجارة على منفعة مضمونة، أو بيع منافع بثمن حال".^{٥٣٦}

فمن سَمَاه بِسَلَم المنافع، اشترط فيه تعجيل الثمن في مجلس العقد، خوف الوقوع في محذور الدين بالدين، ومقتضى ذلك أن المؤجر يسعه الوفاء بالتزامه بتقديم آية عين تحتوي على المنفعة الموصوفة في ذمته، ليستوفي المستأجر منفعتها. وعند هلاكها: "يجوز على منفعة عين في الذمة... مثل أن يكتري رجلاً يبنّي له حائطاً".^{٥٣٧} أظهرت نصوص الفقهاء على مشروعية الإجارة

^{٥٣٢} النووي، *روضة الطالبين*، ١٧٤/٥.

^{٥٣٣} مجموعة من المؤلفين، *فقه المعاملات*، د.م، دط، ٩٠/١.

^{٥٣٤} الصوافي، إبراهيم بن أنصر بن سالم، *الإجارة الموصوفة في الذمة وتطبيقاتها المعاصرة دراسة مقارنة*، رسالة ماجستير في الفقه وأصوله، جامعة السلطان قابوس، سلطنة عمان، (٢٠١٦م) ١٨٠.

^{٥٣٥} وزارة الأوقاف الشؤون الإسلامية، *الموسوعة الفقهية الكويتية*، ٢٨٥/٣٢.

^{٥٣٦} نصار، أحمد محمود، *ضوابط الإجارة الموصوفة في الذمة وتطبيقاتها في تمويل الخدمات*، بحث مقدم لندوة البركة الثلاثون للاقتصاد الإسلامي، المنعقد في شهر رمضان، د.م، ط ٣ (٢٠٠٩م).

^{٥٣٧} النووي، *المجموع*، ٧/١٥.

الموصوفة في الذمة، وأدعي على الحنفية القول بعدم جواز ذلك، واستندوا على ذلك بمادة (٤٤٩) من مجلة الأحكام العدلية، من كون: "يُلْزَمُ تَعْيِينُ الْمَأْجُورِ، بِنَاءً عَلَيْهِ، لَا يَصِحُّ إِجَارُ أَحَدِ الْحَاثُوْتَيْنِ مِنْ دُونِ تَعْيِينِ أَوْ تَمْيِيزِ".^{٣٨}

ونصُّ المادة واضحٌ في الحانوت الذي فيه جهالةٌ، لأن نفسَ المجلة قد أكدت جوازَ العقد، وبنفس ذاتِ المجلة قد وردَ النصُّ على كيفية رفعِ الجهالةِ، ففي المادة (٢٠١): "يصيرُ المبيعُ معلوماً ببيان أحواله وصفاته التي تميزه عن غيره... لو باع أرضاً مع بيان حدودها صارَ المبيعُ معلوماً وصحَّ البيع".^{٣٩} ومما يؤكد على أن الحنفية يقولون بعدم اشتراط رؤية المأجور لصحة عقد الإجارة، وأن عقد الإجارة لمأجور غائب اعتماداً على وصفه وصفاً يفيد العلم جائز، من كلام الدرر، قال: "أَجْرُكَ الْحَمَامِ الَّذِي فِي الْمَكَانِ الْفُلَانِيِّ، فَإِذَا كَانَ لِلْحَمَامَيْنِ بَابٌ وَاحِدٌ وَمَدْخَلٌ وَاحِدٌ، فَلَا إِجَارَةَ صَحِيحَةً وَتَكُونُ لِلْحَمَامَيْنِ مَعًا، وَإِذَا كَانَ لِكُلِّ مِنْهُمَا بَابٌ عَلَى جِدَّتِهِ وَمَدْخَلٌ خَاصٌّ، فَلَا تَصِحُّ الْإِجَارَةُ لِعَدَمِ التَّعْيِينِ".^{٤٠}

بخلاف من ادعى أن المذهب الحنفي لا يرى مشروعية الإجارة الموصوفة في الذمة، إلا أنهم صرحوا بصحة ذلك: "الدار أقيمت مقام المنفعة في حق إيراد العقد عليها، فكأنها قائمة تقديرًا".^{٤١} بما فهم البعض أن المقصود من ذلك أنهم لا يرون المنافع أموالاً، "أَنَّ عَقْدَ الْإِجَارَةِ فِي حُكْمِ عُقُودٍ مُتَّفَرِّقَةٍ، يَتَجَدَّدُ انْعِقَادُهَا عَلَى حَسَبِ خُدُوثِ الْمَنَافِعِ".^{٤٢} خلاف الحنفية مع الجمهور على عدم صحة الإجارة الموصوفة في الذمة، وجدت لفقاء معاصرين، ذهب كل من نزبه حماد، وعبدالباري مشعل، وأحمد محمد نصار، فقالوا بخلاف الجمهور مع الحنفية، وقالوا بأن شروط صحة عقد الإجارة كون المؤجر معيناً. وبنفس ذات المجلة قد ورد النص على كيفية رفع الجهالة، ففي المادة (٢٠١): "يصير المبيع معلوماً ببيان أحواله وصفاته التي تميزه عن غيره... لو باع أرضاً مع بيان حدودها صار المبيع معلوماً وصح البيع".^{٤٣}

ومما يؤكد على أن الحنفية يقولون بعدم اشتراط رؤية المأجور لصحة عقد الإجارة، وأن عقد الإجارة لمأجور غائب اعتماداً على وصفه وصفاً يفيد العلم جائز، من كلام الدرر قال: "أَجْرُكَ الْحَمَامِ الَّذِي فِي الْمَكَانِ الْفُلَانِيِّ، فَإِذَا كَانَ لِلْحَمَامَيْنِ بَابٌ وَاحِدٌ وَمَدْخَلٌ وَاحِدٌ، فَلَا إِجَارَةَ صَحِيحَةً وَتَكُونُ لِلْحَمَامَيْنِ مَعًا. وَإِذَا كَانَ لِكُلِّ مِنْهُمَا بَابٌ عَلَى جِدَّتِهِ وَمَدْخَلٌ خَاصٌّ، فَلَا تَصِحُّ الْإِجَارَةُ لِعَدَمِ التَّعْيِينِ".^{٤٤} وفيه دليل على أهمية التعيين في المال غير المنقول، ذلك أن المال غير المنقول يكتسب قيمته واستحقاقه بالوصف والمكان.

2.7.3. التأجير لمنفعة محرمة لما كان المراد بالمنفعة في الاصطلاح الشرعي تحقق غرض صحيح من جلب مصلحة ودرء مفسدة، نجد أن البعض قد يعقد عقد إجارة على محرم؛ كتأجير العقار لمن يفعل فيه المنكرات والمحرمات، كاستثمار الدكان لبيع الخمر، ولعب القمار، أو أن يتخذ معبداً، أو كنيسةً، أو حماماً للسباحة يشترك فيه الرجال والنساء، أو التجارة بالسلع غير المباحة،

^{٣٨} لجنة مكونة من علماء الخلافة العثمانية، مجلة الأحكام العدلية، ٨٦/١.

^{٣٩} علي حيدر، درر الحكم، ١٥٣/١.

^{٤٠} علي حيدر، درر الحكم، ٤٢٦/١.

^{٤١} بدر الدين العيني، النهاية شرح الهداية، ٣٧٠/٩.

^{٤٢} الزيلعي، تبیین الحقائق، ١٠٧/٥.

^{٤٣} علي حيدر، درر الحكم درر الحكم مجلة الاحكام، ١٥٣/١.

^{٤٤} علي حيدر، درر الحكم درر الحكم مجلة الاحكام، ٤٢٦/١.

فلا يجوز لمالك الأرض أن يؤجر داره، وشقته، وحانوته؛ كتأجير الشقة لمن يتخذها وكرّاً للدعارة، أو مرقصاً، فيستخدمها في الأمور غير المباحة.

وإن علم، أو غلب على ظنه، أن من يستأجرها سيستخدمها في معصية: "وإذا أجر المسلم داره أو أرضه، فأظهر فيها المستأجر المعاصي، وجب على المالك نهيه عن ذلك".^{٤٥}، وسبب النهي: عدم اشتغال العقد على مقصودٍ صحيح، فالمعاوضة مقابل تحصيل نفع مشروع جائزة، وعكسه لا يجوز، فالمعاوضة محظورة شرعاً، لأنه انعقد على منفعة محرمة، فلم يترتب عليه ما يترتب على الإجارة الجائزة الصحيحة. "فكل ما كان يتعلق به منفعة يحلها الشرع، فبيعه جائز، وكل ما كان لا منفعة له أصلاً، وكانت تلك المنفعة غير جائزة، فبيعه غير جائز".^{٤٦} فيكون لتلك العين منفعة معتبرة ومرغوبة، وهو الذي يصطلح عليه الفقهاء بـ (المالية)، "وَلَا يَصِحُّ إِجَارُ دَارِهِ لِمَنْ يَتَّخِذُهَا، كَنَيْسَةٍ أَوْ بَيْعَةٍ".^{٤٧}

فهذا العقد باطل، ولا ينعقد شرعاً، لأن المنفعة محل العقد، والأجرة التي يقبضها منه محرمة، ويجب عليه التخلص منها بصرفها في وجوه الخير المختلفة، فلا تُعتبر قيمته؛ فالمعوم شرعاً كالمعوم حساً، أي أهدرت ماليته، فأصبح غير موجود. "لما كان المقصود من عقد إجارة البيت هو بيع منفعته، اشترط في المنفعة... أن لا يمنع من الانتفاع بها مانع شرعي... أن لا يَمْنَعَ مِنَ الْإِنْتِفَاعِ بِهَا مَانِعٌ شَرْعِيٌّ".^{٤٨}

ويترتب على ذلك حرمة أخذ الأجرة وإعطائها، والفقهاء يفرّقون بين محل المنفعة إن كانت على محرم؛ بأن يكون عقد الإيجار مشتملاً صراحة على المعصية، كتأجيره في العقد على إيجار بيت للعب القمار، أو إيجاره لبنك يتعامل بالربا، لأن محل استيفاء عقد الإجارة تم على منفعة محرمة، ومن شروط صحة الإجارة أن تكون المنفعة مباحة، وما أدى إلى المحرم فهو محرم.

بخلاف من أجره بيته لآخر فشرب فيه الخمر، وأكل الخنزير، ولعب القمار، أو قام المؤجر بإيجار بيته لمن يتخذ سكناً، ثم حوّل المستأجر وغير الاتفاق بعد ذلك لمكان يُعمل فيه بالمعاصي والمنكرات؛ فالعقد، أي محل عوض الإجارة على منفعة السكنى، صحيح، والأجرة مستحقة وحلال باتفاق الأئمة، لأنها إجارة وقعت على فعل مباح. ولأن فعل المستأجر والمعصية في فعله، لا فيمن أجره، ولا في أصل العقد، وأما ارتكاب المستأجر شيئاً من المنكرات أثناء استيفائه للمنفعة المباحة، لا يؤثر على صحة العقد، ولا يجعل الأجرة المستوفاة منه محرمة. إنما فعل المكلف المحرم، واشتراط إباحة المنفعة في الشيء المستأجر من قبيل الخطاب الوضعي، يقتضي جعل شيء سبباً أو شرطاً أو مانعاً لشيء. نص الشافعي على أن يُحرم: "كُلُّ تَصَرُّفٍ يُفْضِي إِلَى مَعْصِيَةٍ".^{٤٩} وعموم الآيات كقوله ﴿وَتَعَاوَنُوا عَلَى الْبِرِّ وَالتَّقْوَى وَلَا تَعَاوَنُوا عَلَى الْإِثْمِ وَالْعُدْوَانِ﴾.^{٥٠} والمنافع إذا حُرِّمت شرعاً، خرجت عن المملوكية شرعاً، فأصبحت كعدم صلاحيتها للعوضيّة، ومما جاء عن الإمام ابن القيم: "الرَّجُلُ يُكْرِي مَنْزِلَهُ

^{٤٥} السرخسي، المبسوط، ١٣٥/١٥.

^{٤٦} الشوكاني، السيل الجرار، ٤٨٥/١.

^{٤٧} الكلذاني، الهداية على مذهب الإمام أبي عبد الله أحمد بن حنبل، ٢٨٩/١.

^{٤٨} وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، الموسوعة الفقهية الكويتية، ٢٢٨/٨.

^{٤٩} النووي، المجموع، ٣٥٣/٩.

^{٥٠} المائدة ٢/٥.

مَنْ الدِّمِّيَّ، يَنْزِلُ فِيهِ وَهُوَ يَعْلَمُ أَنَّهُ يَشْرَبُ فِيهِ الْخَمْرَ وَيُشْرِكُ فِيهِ؟ فَقَالَ: ابْنُ عَوْنٍ كَانَ لَا يُكْرِي إِلَّا مِنْ أَهْلِ الدِّمَّةِ، يَقُولُ: إِذَا جِئْتُهُ أَطْلُبُ الْكِزَاءَ أَوْ عَيْتُهُ"^{٥٥١}

ووجه الدلالة من الآية أن إجارة العقار لاستيفاء منفعة محرمة، إعانة وتشجيع على الإثم، ولم يأذن الشرع به. ونصّ الحنابلة على اشتراط أن تكون المنفعة مباحة متقومة، وكل ما يوصل وسبيله إلى الحرام فلا يجوز العقد عليه، فلا تصح الإجارة على "الدار لتجعل كنيسة، أو بيت نار، أو لبيع الخمر والقمار"^{٥٥٢}. والاعتبار الشرعي مختص بالمنافع المتقومة التي يمكن استيفائها، ففتى صح عقد الإجارة شرعاً في الابتداء، ثبت للمستأجر ملك المنفعة، واستحق العوض. قال شيخ الإسلام ابن تيمية: "ولا يصح بيع ما قصد به الحرام... فلو ظن المؤجر أن المستأجر يستأجر الدار لمعصية كبيع الخمر، لم يجز له أن يؤجره تلك الدار، ولم تصح الإجارة، والبيع والإجارة سواء"^{٥٥٣}.

أما إن اكتشف هذه التصرفات غير المشروعة بعد انعقاد الإيجار، وأثناء انتفاع المستأجر بالمنفعة، فالعقد ملزم؛ لأن العيوب الموجبة للفسخ من طرف المؤجر هي التي تشكل ضرراً بعين الذات المؤجرة. "لا يجوز تأجير البيوت والمحلات على من يبيع المحرمات كآلات اللهو المحرمة"^{٥٥٤}.

وعند الفقهاء، نجد أن مباحثهم للقول بحرمة إجارة المنافع المحرمة، ذكروا لها أقوالاً كثيرة، وفصلوا في شرائط انعقاد الإجارة. فابن مفلح قال: "باب أن يكون المبيع مباحاً"، أو "في شروط العين المباحة"، أو "منفعتها أن تكون ذات صفة مالية اعتبرها الشرع، بُني عليها أحكام البيع والشراء والإجارة، وما عدا ذلك لا اعتداد به. فتارة يقولون: باب الإجارة، ويبحثون هذه المسائل تحت هذا الباب، وتارة في شروط المال المبيع، فكل عين محرمة، وكل منفعة محرمة، فإن عوضها محرّم بهذه القاعدة التي أسسها رسول الله ﷺ. «إن الله إذا حرم شيئاً حرم ثمنه»"^{٥٥٥}.

فبيّن ﷺ شروط ما يصح أن يكون ثمناً في البيع: "فكل ما كان المقصود من الانتفاع به حراماً، مع بقاء عينه، فهو حرام"^{٥٥٦}. أي: عند انعقاد العقد، تكون صيغة عقد الإيجار مشتملة على استغلال الذات المستأجرة في أمرٍ حرام.

2.8. الخلو في المال غير المنقول "لم يكن للفقهاء أن تناولوا مسألة الخلو بالشكل الواسع، ولم تُعرف في زمن النبي ﷺ، ولا الخلفاء الراشدين، إلا أن كثيراً من المسائل"^{٥٥٧}. تستجد، فيحتاج الناس إلى بيانها. وبدل الخلو كان من تلك المسائل التي ظهرت في القرن الثامن الهجري، وانتشر التعامل بها في بعض البلدان. وأشار الفقهاء إلى هذه المسألة لشيوعها في المغرب، والأندلس، ومصر، وبلاد الشام. ومع انتشار هذه المعاملة، كثر التأليف حول جواز التعامل بها، واختلف الفقهاء في جواز بعض صورها.

^{٥٥١} ابن القيم، *أحكام أهل الذمة*، ١/٥٧٨.

^{٥٥٢} ابن مفلح، عبد الله بن عبد الرحمن، *المبدع شرح المقنع*، الرياض: دار عالم الكتب، ط ١ (١٤٢٣هـ/٢٠٠٣م)، ١٤/٥.

^{٥٥٣} صالح المنجد، *فتاوى الشيخ محمد صالح المنجد*، إ. ش: نور علي يف فردوسي، د. ط، د. د. م. (٢٠٠٧م)، ٢.

^{٥٥٤} التويجري، *موسوعة الفقه الإسلامي*، ٣/٥٣٨.

^{٥٥٥} أحمد بن حنبل، *المسند*، ١٥/١٣٩.

^{٥٥٦} ابن رجب، محمد بن علي، *جامع العلوم والحكم*، تحقق: د. محمد الأحمد أبو النور، دمشق: دار السلام للطباعة والنشر والتوزيع، ط ٢.

(١٤٢٤هـ/٢٠٠٤م)، ٨٢٦/٢.

^{٥٥٧} ديبوز، حسن محمد، *بطل الخلو*، مجلة السياق جامعة غرداية - ISSN: 2477 ISSN: 2477 / ISSN: 2800-0919 - E-ISSN: 2800-0919.

ISSN: 2477 ISSN: 2477 / ISSN: 0919-.

وتعددت الأسباب التي أدت إلى نشوء ظاهرة الخلوات؛ منها ما يرجع إلى الأوقاف، ومنها ما يرجع إلى الأملاك، واشتهرت الكتابة في ذلك بعد ذلك.

أما الخلو في المال غير المنقول، فتتمثل أهميته في التأكد من سلامة العقار من الحقوق العينية، لضمان تسليم الملكية والتصرف بها. ثم إن إجراء التسجيل العقاري يستلزم أن يكون العقار خالياً من تعلّق حق الغير فيه، مما يضمن للمشتري حماية من المطالبة المستقبلية لأي طرف ثالث.

كان أول من ذكر هذه المسألة كتاب التوضيح للإمام خليل، وابن نجيم في الأشباه والنظائر، ورسالة التنبيه بالحسنى في الخلو والسكنى.^{٥٥٨} وردّ عليه الشرنبلالي برسالة "مفيدة الحسنى لدفع ظن الخلو بالسكنى".^{٥٥٩} مفادها أن الخلو لم يصحّ في مذهب الحنفية، وأن لفظة السكنى التي فهمت ليست هي الخلو: "إزالة الدلسة عن وجه الجلسة".^{٥٦٠} وأفرد ابن عابدين في مطلب من رسالته سماها: "تحرير العبارة فيمن هو أولى بالإجارة".^{٥٦١}

اختلفت تسميات الخلو لاختلاف الألفاظ والمصطلحات المستخدمة، ففي كل بلد اسم يخصه. والذي جرى عليه الفقهاء وأهل القانون هو إطلاق لفظ "الخلو على المنفعة نفسها التي يملكها دافع النقود إلى المالك أو المستأجر من أجل الحصول على حق القرار: "على المنفعة نفسها التي يملكها دافع النقود إلى المالك أو المستأجر من أجل الحصول على حق القرار".^{٥٦٢} ويُعرف به. ففي بلاد الشام كانت تسمى بالفروغ والانفراد في المغرب العربي، تُسمى هذه المعاملة «الجلسة». وفي الأردن ومصر خلو الرجل»، وفي تونس: أهل تونس، وفي العراق سبرقيلية.

إن معاني «الخلو» عند المتأخرين تختلف عما عند المتقدمين؛ إذ جاء أحياناً بمعنى إنشاء الوقف وتأييد الإجارة، فكلاً أسماء لشيء واحد. وعُرف لفظ «الخلو» لغةً بـ: "أي أصبْتُ خلاً وخلوةً، وخلاً لك الشيء وأخلى، إذا أمكنك خالياً، وأخليت المكان: صادفته خالياً".^{٥٦٣} نقول عادة هذا الرجل أخلى المكان أي تركه وعرف على أنه "وفي الاستخدام الاصطلاحي: "هي عبارة عن تنازل المستأجر السابق للمستأجر الجديد مقابل تعويض مالي يتفق عليه. وهذه المعاملة جائزة في الأصل؛ لأنّ العرف التجاري يعدّها من الحقوق التجارية".^{٥٦٤}

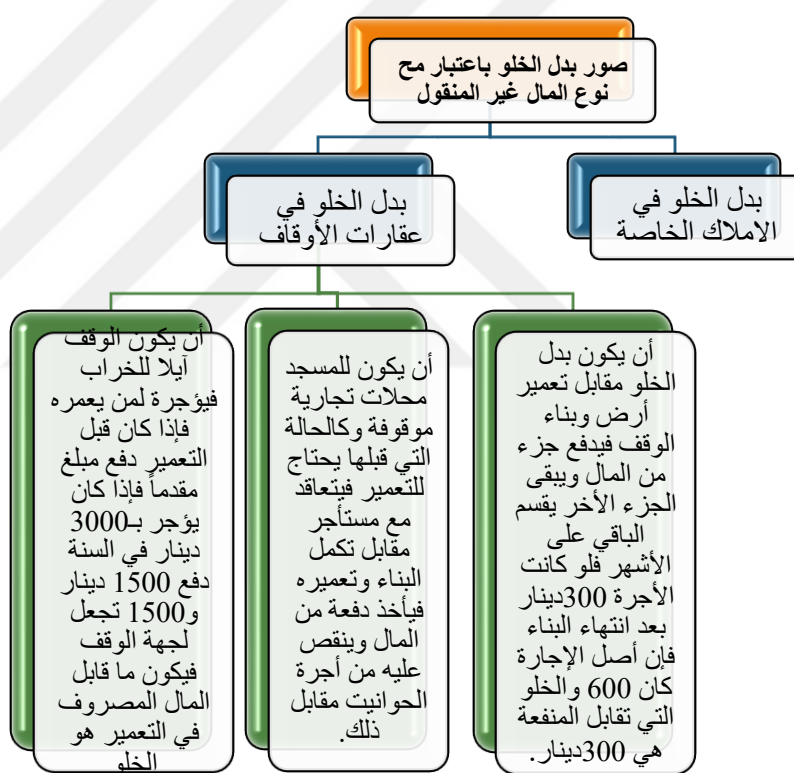
أما حقيقة بدل الخلو: فتنازل المستأجر الأول عن حق الانتفاع بالعقار أو المحلّ للمستأجر الثاني، فتنشأ علاقة مباشرة بينهما، على أساس نفس شروط وأحكام العقد الأصلي. ويُسمى ذلك بيع العقد بهدف الحصول على حق القرار لمدة معينة، غالباً ما تكون طويلة؛ فتكون الأجرة شهرية أو سنوية، فوق بدل الخلو، مدفوعة مقدماً، إمّا لمالك العقار أو للمستأجر. وتمنح هذه الأجرة - إلى

^{٥٥٨} الغرقاوي، التنبيه بالحسنى في منفعة الخلو والسكنى، تحق: الشيخ عز الدين التونسي، ط١ (١٤٠٩هـ/١٩٨٩م) تمثلت الرسالة في بيان الحكم الشرعي لمسألة خلو الحوانيت والمساكن مع ذكره لأراء بعض فقهاء المذاهب الأخرى وبنى المؤلف رسالته على فتوى الشيخ محمد حسن اللقاني.
^{٥٥٩} الشرنبلالي، مفيدة الحسنى لدفع ظن الخلو بالسكنى، دار ابن حزم - بيروت، ط٢ (١٤١٢هـ/١٩٩٢م) ويليّه بقلم المحقق فتاوى الثقات في الخلوات وكانت رسالة رد فيها أبو الإخلاص الشرنبلالي رد على رسالة لأحد علماء الحنفية أفتى فيها بمشروعية الخلو فألف الرسالة وأيد المنع في ذلك.
^{٥٦٠} عبد العزيز بن عبد الله، معلمة الفقه المالكي، بيروت: دار الغرب الإسلامي، ط١ (١٤٠٣هـ/١٩٨٣م)، ٣٢٩ صفحة، مخطوط في مكتبة محمد المنوني ضمن مجموع.

^{٥٦١} ابن عابدين، رسالة تحرير العبارة، د، دت، دم، وهي رسالة مكونة من ٤٨ صفحة بين فيها ما أشكل على بعض الناس في حكم الإجارة.
^{٥٦٢} الأشقر، محمد سليمان وآخرون، بحوث فقهية في قضايا اقتصادية معاصرة، الأردن: دار النفائس، مجلد ١، ط١ (١٤١٨هـ/١٩٩٨م)، ٤٧.
^{٥٦٣} المديني، محمد، المجموع المغيث في غريب القرآن والحديث، تحق: عبد الكريم العزباوي، مكة المكرمة: مركز البحث العلمي وإحياء التراث الإسلامي - جامعة أم القرى، ط١ (١٤٠٦هـ/١٩٨٦م)، ٢٧٢/٣.

^{٥٦٤} مراد، فضل بن عبد الله، المقدمة في فقه العصر، صنعاء: الجيل الجديد ناشرون، ط٢ (١٤٣٧هـ/٢٠١٦م)، ٧٨٧/٢.

وعرّف الأجهوري الخلو فقال: "اسم لما يملأه دافع الدّراهم من المنفعة التي وقعت في مقابلة الدّراهم"^{٥٦٠}، ونجد أن بدل الخلو شائع في العقارات التجارية، وغير شائع في العقارات المعدة للسكن. وللخلو أكثر من صورة؛ فقد يأخذ مالك العقار من المستأجر ليجلّ مكانه، وقد يأخذه المستأجر من المالك، وقد يأخذه المستأجر من مستأجر (أي بيع العقد) ليجلّ محلّه في الانتفاع. وصورة غير مشروعة قد انتشرت في السنوات الأخيرة، وهي بيع مالك العقار الخلو قبل اكتمال العقار، من أجل تكملة بنائه وإتمام النقص فيه، وهذه من الصور غير المشروعة؛ لأنّ الخلو يرد على منفعة فراغ، وهذه الصورة ترد على شيء غير موجود، ومظنة النزاع قائمة، والشريعة تنهى عن ذلك، وهو من قبيل بيع الغرر.



✕ اعتبار بدل الخلو جزءاً من الأجرة، وبديل الخلو مقسّم إلى مؤجّل ومعجّل إذا كان في الاملاك الوقفية. "ما يأخذه المالك (أو ناظر الوقف) يُكفّف على أنه من باب تجزئة الأجرة، أى تقسيمها إلى معجّل ومؤجّل".^{٦٧} وهذه صورة عقد

^{٥٦٧} أحد طلبة العلم، بحوث لبعض النوازل الفقهية المعاصرة، دم، دط، دت، ٢/١٠.

الإجارة، والأجرة مقابل الانتفاع. صورتها أن "يأخذ المستأجر من الفروع مقابل تنازله عن اختصاصه بمنفعة العقار المأجور لشخص آخر يحلّ محله، فهو جائزٌ أيضاً إذا كانت مدة الإجارة باقية".^{٥٦٨}

✕ بيع المنفعة: أي بيع مالك الرقبة ملكية المنفعة للمستأجر في مقابل مال زائد عن الأجرة، والاعتبار في قول جمهور

الفقهاء اعتبار مالية المنافع. "مَا يُدْفَعُ مِنْ خُلُوِّ الْحَوَانِيَتِ لِمَنْ هُوَ مُسْتَأْجِرٌ كُلُّ شَهْرٍ بِكَذَا، هُوَ مِنْ مَلَكِ الْمُنْفَعَةِ".^{٥٦٩}

✕ بدل الخلو في الأملاك الخاصة على قسمين: إما أن يكون الخلو قصداً، بتعاقد بين المستأجر والمالك مقابل عوض،

فحكم بدل الخلو جائز شرعاً؛ لأنه "تعويض عن تنازل المستأجر، برضاه عن حقه في المنفعة التي باعها للمالك".^{٥٧٠}

فهو أشبه بالبيع المقسط والحالة الثانية الخلو بغير قصد ولا تعاقد فقد أفتى بصحته بعض متأخري الحنفية قال ابن

عابدين: "مِمَّنْ أَفْتَى بِلُزُومِ الْخُلُوِّ، بِمُقَابَلَةِ دَرَاهِمٍ يَدْفَعُهَا إِلَى الْمَالِكِ، الْعَلَامَةُ عَبْدُ الرَّحْمَنِ الْعِمَادِيُّ".^{٥٧١} علماً أن الحنفية

ممن يفرقون بين بدل الخلو في الأملاك الوقفية، وبديل الخلو في الأملاك الخاصة، فأجازوه في الوقف، ونفوه في الملك

المستأجر الخاص.

تنقسم الأموال غير المنقولة، من حيث اختلاف أحكام الخلو فيها، إلى ثلاثة أقسام:

١. الأراضي الأميرية (أراضي بيت المال).

٢. المملوكة ملكاً خاصاً. دفع بدل الخلو لإخلاء العقار، في كتاب الفتاوى الشرعية في المسائل الاقتصادية ببيت

التمويل الكويتي، فتوى رقم (١٩٤): "يجوز أن يدفع بيت التمويل الكويتي (بصفته المالك) مبلغاً معيناً لسكان

عمارة، في مقابل إخلائهم للعمارة، وللمستأجر في مقابل تنازله عن شغل العين المؤجرة".^{٥٧٢}

٣. "أملاك الأوقاف. فهذه توقف رقبته الله عز وجل وتصرف منافعتها للجهة التي أوقفت عليها".^{٥٧٣}

هل للمستأجر أن يبيع هذا الحق لغيره، ولو لم يرض مالك الدار والدكان، بتسليط الغير على ملكه؟ أما جواز الخلو عند فقهاء

الحنفية، فيقوم على اعتبارين: أن الخلو مسألة حادثة في مذهبهم، باعتبار العرف الخاص أو عدم اعتباره. فمن قال بعدم اعتباره،

قال: لا يجوز بيع الحقوق المجردة والإسقاط وأخذ العوض عنها، ومنها الخلو. ومن قال بجواز الخلو، اعتبر أن العرف يحل محل

النص. أما الاعتبار الثاني: فمن ورود لفظ السكنى في كتب المذهب، كما ذكر في فصل العيوب عن الفتاوى الخانية في: "رجل

باع سكنى له في حانوت لغيره، فأجر المشتري الحانوت بكذا".^{٥٧٤} أما فيما يُقال عن نسبة اشتها مسألة الخلو عن الإمام مالك بن

أنس، فلم يرد نص عنه، ولا عن أحد من أصحابه، إنما هي فتيا للعلامة ناصر الدين اللقاني المالكي، عندما سُئل في خلو الحوانيت:

^{٥٦٨} وَهَبَةُ الرَّحِيلِي، الفقه الإسلامي وأدلته، ٤٧٥/٥.

^{٥٦٩} الحموي، غمز عيون البصائر، دار الكتب العلمية، د.م، ط١ (١٤٠٥هـ/١٩٨٥م)، ٣٢١/١.

^{٥٧٠} قرارات وتوصيات مجمع الفقه الإسلامي الدولي المنبثق عن منظمة المؤتمر الإسلامي، ٦٨/١.

^{٥٧١} وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، الموسوعة الفقهية الكويتية، ٢٩٨/١٩.

^{٥٧٢} بيت التمويل الكويتي فتوى رقم (١٩٤)، الفتاوى الاقتصادية، المجلد ١، ص ٥٩٨،

^{٥٧٣} <https://ketabonline.com/ar/books/2084/read?part=1&page=598&index=3072963/3073413/3073558> تاريخ التصفح ٥

أبريل ٢٠٢٥م.

^{٥٧٤} وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، الموسوعة الفقهية الكويتية، ٢٧٩/١٩.

^{٥٧٥} الحموي، غمز عيون البصائر، ٣١٩/١.

فيمين مات وله وارث شرعي، وعليه دين، ولم يترك ما يفي دينه، فهل يُوقَى من خُلُو حائوته؟ فأجاب " نَعَمْ إِذَا مَاتَ شَخْصٌ وَعَلَيْهِ دَيْنٌ، وَلَمْ يَخْلُفْ مَا يَفِي بِدَيْنِهِ فَإِنَّهُ يُوقَى مِنْ خُلُو حَائُوتِهِ وَاللَّهُ سُبْحَانَهُ أَعْلَمُ بِالصَّوَابِ".^{٥٧٥}

أَنَّ الْقَوْلَ بجواز أخذِ الْعَوَضِ فِي خُلُو الْعَقَارِ لاعتبار أَنَّ الْخُلُوَّ مِنْ مِلْكِ الْمُنْفَعَةِ، لَا مِنْ مِلْكِ الْإِنْتِفَاعِ، وَالْخُلُوُّ مِنْ قَبِيلِ مِلْكِ الْمُنْفَعَةِ الَّتِي تُجَبِّزُ لِمَالِكِهَا أَنْ يُبَاشِرَ بِنَفْسِهِ، وَيُمْكِّنَ غَيْرَهُ مِنَ الْإِنْتِفَاعِ بِعَوَضِ الْإِجَارَةِ، وَبِغَيْرِ عَوَضٍ كَالْعَارِيَةِ، عَلَى عَكْسِ مِلْكِ الْإِنْتِفَاعِ الَّذِي لَا يُحَوِّلُ لِمَالِكِهِ إِلَّا الْإِنْتِفَاعَ لِنَفْسِهِ فَقَطْ. وَقَدْ مَرَّ مَعَنَا الْفَرْقُ بَيْنَ مِلْكِ الْإِنْتِفَاعِ وَمِلْكِ الْمُنْفَعَةِ، وَمَا لِكُلِّ مِنْهُمَا مِنْ أَحْكَامٍ. وَمِنَ الْعُلَمَاءِ الْمَعَاصِرِينَ الَّذِينَ قَالُوا بِجَوَازِ الْخُلُوِّ: سَيِّدُ سَابِقٍ، تَحْتَ عِنْوَانِ تَأْجِيرِ الْعَيْنِ الْمُسْتَأْجَرَةِ، قَالَ: "يَجُوزُ لِلْمُسْتَأْجِرِ أَنْ يُؤْجِرَ الْعَيْنَ الْمُسْتَأْجَرَةَ، إِذَا قَبَضَهَا، بِمِثْلِ مَا أَجْرَهَا بِهِ، أَوْ أَزِيدَ، أَوْ أَقَلَّ، وَلَهُ أَنْ يَأْخُذَ مَا يَسْمَى بِالْخُلُوِّ".^{٥٧٦}

حالات بدل الخلو:

✧ **أخذ المالك بدل الخلو من المستأجر.** وصورة المسألة: أن يكون للمالك مجموعة من العقارات التجارية، أو يحتاج إلى بناء أرضه، فيأخذ من المستأجر بدل خلو يتفق فيه الطرفان على مبلغ مُقَدَّم، والباقي أجرة شهرية أو سنوية، ويأخذ المستأجر بدل ذلك عقارًا تجاريًا أو حائوتًا. وهذه الصورة ذكرها متأخرو المذهب المالكي، وهي فتوى للشيخ ناصر الدين اللقاني، اشتمل جوابه على ثلاثة أسئلة: الأول من حيث حكم جواز بدل الخلو، والثاني: وراثته حق الخلو، والثالث: أن بيت المال فيمن لا وارث له، وارث لحق الخلو. والمعتمد في حكم بدل الخلو في هذه الأجوبة الثلاثة هو أنه من قبيل العرف. "إِذَا مَاتَ شَخْصٌ وَلَهُ وَارِثٌ شَرْعِيٌّ، يَسْتَحِقُّ خُلُوَّ حَائُوتِهِ عَمَلًا بِمَا عَلَيْهِ النَّاسُ. وَإِذَا مَاتَ مَنْ لَا وَارِثَ لَهُ، يَسْتَحِقُّ ذَلِكَ بَيْتُ الْمَالِ، وَإِذَا مَاتَ شَخْصٌ، وَعَلَيْهِ دَيْنٌ، وَلَمْ يَخْلُفْ مَا يَفِي بِدَيْنِهِ، فَإِنَّهُ يُوقَى مِنْ خُلُوِّ حَائُوتِهِ. وَاللَّهُ سُبْحَانَهُ وَتَعَالَى أَعْلَمُ بِالصَّوَابِ".^{٥٧٧} فمستند جواز ذلك: العرف والعادة، قال الغرقاوي، وفتوى الناصر: "مُخَرَّجَةٌ عَلَى النُّصُوصِ، وَقَدْ أُجْمِعَ عَلَى الْعَمَلِ بِهَا وَاشْتُهِرَتْ فِي الْمَشَارِقِ وَالْمَغَارِبِ".^{٥٧٨}

نلاحظ أن متأخري الحنفية قالوا بجواز الخلو، إعمالاً لعرف الناس، ولضرورة المحافظة على منافع الأوقاف، علماً أن الأصل عندهم أن الحقوق المرجأة لا يجوز المعاوضة عليها. وقد مر بنا سابقاً بيان خلافهم مع الجمهور في مالية المنافع، ونقل بعض متأخري الحنفية قولهم بجواز هذه الصورة من الخلو، واعتبارهم ذلك من قبيل العادة. وخالف المتأخرون مذهب المتقدمين إذا كان اجتهاد المتقدمين مبنياً على القياس، لأنهم يكونون في أقيستهم متأثرين بأعرافهم في زمانهم. "يُنَبِّغِي أَنْ يُقْتَى بِأَنْ مَا يَقَعُ فِي بَعْضِ أَسْوَاقِ الْقَاهِرَةِ مِنْ خُلُوِّ الْحَوَانِيَّتِ لَازِمٌ"^{٥٧٩} وللحنابلة كذلك قول بجواز هذه الصورة من البيع، واعتبر بأن بيع بدل الخلو هو بيع للمنفعة منفردة عن العين، لأن العوض المأخوذ مقابل جزء من منفعة العقار، وتكون لمشتريها على الشيوع. "لا تصح إجارة الخلو، ولكن يصح بيعه، وهبته، ووفاء الدين منه".^{٥٨٠} فقول متأخري الحنفية والمالكية والحنابلة: إن هذا البيع من قبيل ملك المنفعة، لا ملك الانتفاع، وقد بيّنا الفرق بينهما في الفصول السابقة،

^{٥٧٥} الحموي، غمر عيون البصائر، ٣٢٠/١.

^{٥٧٦} سيد سابق، فقه السنة، ١٩٤/٣.

^{٥٧٧} عليش، محمد بن أحمد بن محمد، فتح العلي المالك في الفتوى على مذهب الإمام مالك، بيروت، دار المعرفة، د.م، د.ب، ٢٤٩/٢.

^{٥٧٨} عليش، فتح العلي المالك في الفتوى على مذهب الإمام مالك، م.ن، ٢١٣/٢.

^{٥٧٩} ابن عابدين، رد المحتار، ٥٢١/٤.

^{٥٨٠} الرحيباني، مصطفى بن سعد بن عبده، مطالب أولي، المكتب الإسلامي، د.م، ط٢ (١٤١٥هـ/١٩٩٤م) ١٢٣/٥.

من أن مالك المنفعة له أن يهب، ويؤجر، ويُعير. أما فيما يخص المذهب الشافعي، فلم يرد نصُّ عنه في ذلك، إنما كلامٌ ذكره السبكي، فقال: "لَا فَرْقَ بَيْنَ أَنْ يَعْقِدَا عَقْدًا آخَرَ، أَوْ يَتَرَاضِيَا بِإِثْقَانِهِ بِأَجْرَةِ الْمَثَلِ وَمِنْهُ يُؤْخَذُ جَوَازُ مَا يَفْعَلُهُ النَّاسُ مِنْ تَبَقُّيَةِ الْأَحْكَارِ بِيَدِ أَرْبَابِهَا بِغَيْرِ عَقْدٍ وَتَوْخُّدِ الْأَجْرَةِ مِنْهُمْ فِي أَقْسَاطِهَا وَكَذَا تَسْلِيمُ الدَّارِ لِمَنْ يَسْكُنُهَا بِأَجْرَةٍ مِثْلَهَا مِنْ غَيْرِ عَقْدٍ لَازِمٍ وَأَنَا أَتَوَقَّفُ فِي جَوَازِ ذَلِكَ"^{٥٨١}

✧ **أخذ المستأجر بدل الخلو من المالك.** وصورة هذه المسألة أن يأتي مالك العقار إلى المستأجر، وتكون المدة التعاقدية فيما بينهما قائمة، وتحتاج مثلاً إلى مدة لتنتهي، فيعرض مالك العقار على المستأجر أن يخرج بدل خلو يدفعه له مقابل أن يخرج المستأجر، فرضي صاحب الخلو، صحت المعاملة؛ لأنه بيع، ما دام أن للمدة الباقية جزءاً له قيمة، جاز بيعه، فأصبحت "عقد كراء على شرط متعارف"^{٥٨٢}.

✧ **أخذ المستأجر بدل الخلو من المستأجر الآخر.** هذه الصورة من أكثر الحالات وقوعاً؛ يكون للمستأجر حانوتٌ قد اشتهر من حيث مكانه وموقعه وكثرة الزبائن عليه، فيأتي مستأجر ثانٍ ويفاوض المستأجر الأول على أن يخرج مقابل دفع بدل خلو له، ويكون باقي مدة بين المستأجر الأول والمالك، وحكم هذه الحالة بجواز أخذ بدل الخلو؛ ذلك أن لمالك المنفعة حق التصرف بملكه بيعاً، وهبة، وإعارة، "فله أن يبيعه لغيره بما شاء من المال، قلَّ أو كثر، ما دام شيء من مدة الخلو باقية"^{٥٨٣}. وللإمام القرافي رسالة ذكرها في رسالته التي بعنوان الدرة المنيفة في الفراغ عن الوظيفة، كما ينبه على أن بدل الخلو له صلة بثلاثة أبواب من أبواب فقه المعاملات المالية، وهي: البيع، والإجارة، والخلو، فقال في مثل هذه الصورة: "إن كان الساكن الذي يأخذ الخلو يملك منفعة الحانوت مدة، فأسكنها غيره وأخذ على ذلك مالا، فما يأخذه - إن كان بيده عقد إجارة بأجرة المثل - فهو سائغ له، وأخذه أخذٌ على تلك المنفعة التي يملكها"^{٥٨٤}.

✧ **أخذ المستأجر بدل الخلو من المالك أو من غيره بعد انتهاء المدة التعاقدية.** وهذه الحالة ليس له فيها أخذ بدل الخلو، فللمالك الحق إما في تجديد العقد، أو استرجاع عقاره.

✧ **أخذ المالك بدل الخلو من المستأجر عند بدء العقد.** والناظر في الخلو يستنتج أن للخلو تقسيمات من حيث زمن الاتفاق، وأطراف الاتفاق؛ فأحياناً يكون الاتفاق بين المالك والمستأجر، وأحياناً بين المالك والمستأجر والمستأجر الثاني، وأحياناً بين المستأجر الأول مع الثاني، وهذه التي ذكرها مجمع الفقه الإسلامي.

١. "أن يكون الاتفاق بين مالك العقار وبين المستأجر عند بدء العقد.
٢. أن يكون الاتفاق بين المستأجر وبين المالك وذلك في أثناء مدة عقد الإجارة أو بعد انتهائها.
٣. أن يكون الاتفاق بين المستأجر وبين مستأجر جديد، في أثناء مدة عقد الإجارة أو بعد انتهائها.
٤. أن يكون الاتفاق بين المستأجر الجديد وبين كل من المالك والمستأجر الأول، قبل انتهاء المدة، أو بعد انتهائها"^{٥٨٥}.

^{٥٨١} السنيكي، *أسنى المطالب*، ٢/٤٢٠.

^{٥٨٢} عبد العزيز بن عبد الله، *معلمة الفقه المالكي*، ١/١٩٦.

^{٥٨٣} الأشقر، محمد سليمان وآخرون، *بحوث فقهية في قضايا اقتصادية معاصرة*، ٦٠.

^{٥٨٤} مجموعة من علماء من خزانة المذهب المالكي، *ورسالة الدرة المنيفة في الفراغ عن الوظيفة*، القرافي هي التي ذكرت هذه المسألة ضمن تلك المجموعة من الرسائل، اعتنى بها جلال علي القذافي الجهاني، بيروت، دار ابن حزم، ط١ (١٤٢٧هـ/٢٠٠٦م)، ٤٤٨.

^{٥٨٥} *قرارات وتوصيات مجمع الفقه الإسلامي التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي*، ١/٤٩.

2.9. الصلح على المال غير المنقول عقد من العقود الرضائية وهو أحد الوسائل لرفع الخصومات المتعلقة بهذا النوع من المال، وشرطاً لثبوت حكمه فُيَد بأن يكون عن رضا، ليخرج الصلح الواقع كرهاً. وقد نصت المادة (١٠٠٦) من مجلة الأحكام العدلية على أن الصلح الواقع على الإكراه لا يقع، كغيره من سائر العقود. "فَلَوْ هَجَمَ جَمَاعَةٌ عَلَى بَيْتِ شَخْصٍ لَيْلًا، أَوْ نَهَارًا، وَأَشْهَرُوا السِّلَاحَ عَلَيْهِ وَهَدَّوْهُ وَأَجْبَرُوهُ عَلَى الصُّلْحِ عَنْ دَعْوَاهُ فَلَا يَجُوزُ الصُّلْحُ عِنْدَ الْإِمَامَيْنِ".^{٥٨٦} فهو طريقٌ بديلٌ لحل الخلافات بالتراضي، ودافعٌ بقدر الإمكان للنزاع المتوقع، وذلك بتنازل كلٍّ منهما للآخر عن جزءٍ مما يدّعيه لنفسه، أو إعطائه مالاً عوضاً عنه، بحيث يتأكد لكلٍّ منهما وصول حقه إليه. ويُعتبر عقد الصلح كاشفاً للحقوق لا منشئاً لها، لأنَّ الحقوق موجودة قبل الصلح، وهو من الصور التي يُخالف فيها الصلح عقد البيع، من كون البيع لا يسبقه نزاع، أما عقد الصلح فيكون بعد خصومة. فلو قال: بعني دارك من غير خصومة، كان عقد بيعٍ وجاز، ولو قال: "صالحني عن دارك بكذا لم يصح؛ لأنَّ لفظ الصلح لا يُطْلَق إلا إذا سبقت خصومة".^{٥٨٧}

فالصلح ليس رابطة قانونية فحسب، إنما يضمُّ إليه الروابط الاجتماعية، وبقاء روح المحبة والمودة قائمة، حتى لا يكون دافعاً للانتقام. وهو طريقٌ من طرق إنهاء النزاعات، والتخلص من تعلق الحق بالذمة، ويترتب على فسخه ما يترتب على غيره من العقود من زوال العقد، فيعتبر كأنه لم ينعقد، ويزول كل أثر فيه، ويرجع كلٌّ من المتصالحين إلى حالتهم التي كانوا عليها قبل العقد. فالصلح الذي يجري مجرى البيع، يعود الأطراف إلى الحالة التي كانوا عليها، فيردَّ المشتري الشيء المبيع إلى البائع، وكذلك يردَّ البائع الثمن إلى المشتري، وهكذا الحال في الصلح الجاري مجرى الهبة، والإجارة، وغيرها من العقود.

فشرع الصلح دفعاً للمفسدة وإنهاءً للخصومة، وقد تنبّه لمثل هذه العلاقة أمير المؤمنين عمر بن الخطاب؛ لأن القضاء وإن حكم في الصلح مادياً، إلا أنه يبقى في النفوس شيءٌ من الضغائن، وعقد الصلح يُعالج ذلك. وهو وسيلةٌ من وسائل التخلص من تعلق الحق بالذمة، ويقضي على الظلم والنزاع، مع كونه يُورث محبة، وهو أحد الطرق "لضمان العقد، وبابٌ من الأبواب التي تدعو إلى الاطمئنان في المعاملات، وأفضلُ ضمانٍ للحقوق الهالكة والمتقادمة".^{٥٨٨}

والصلح بابٌ كبير؛ فهناك صلحٌ بين المسلمين والكفار، وصلحٌ بين الزوجين عند النزاع، وصلحٌ عن القتل، وصلحٌ على الأموال، وهذا ما سنتأمله في موضعنا هذا. وقد دلَّ الكتابُ والسنةُ والإجماعُ والعقلُ على مشروعيته، وغرضه رفعُ الخصام والنزاع بين الناس، وإزالةُ ما بهم من حقدٍ وضغائن، وإشاعةُ روح المحبة والمودة، مع كونه يسعى لإعادة الحقوق إلى أصحابها برضا المتعاقدين، وحافظاً على الأفراد والجماعات والدول من ضياع حقوقهم.

وبين الله ﷻ أن الصلح في الأموال سببٌ من أسباب الأمن والاستقرار المالي فيما بين الناس، قال ﷺ: «وَالصُّلْحُ خَيْرٌ»^{٥٨٩} دعوة الإسلام إلى التسامح؛ فهو - على جانب أنه رابطة قانونية - يسعى إلى تقوية الروابط الاجتماعية، وبناء مجتمعٍ متينٍ، محافظٍ على التوادِّ فيما بينه. وإذا ما ذُكر الصلح في الأموال والمنازعات المالية، نجد حديث رسول الله ﷺ في مقدمة الاستدلال على ذلك، كقوله ﷺ: «الصُّلْحُ جَائِزٌ بَيْنَ الْمُسْلِمِينَ إِلَّا صُلْحًا أَحَلَّ حَرَامًا، أَوْ حَرَّمَ حَلَالًا»^{٥٩٠} وقد وَصَفَ الله ﷻ "جِنْسَ الصُّلْحِ بِالْخَيْرِيَّةِ،

^{٥٨٦} علي حيدر، *درر الحكم*، ٧/٤.

^{٥٨٧} السيوطي، *الاشباه والنظائر*، ٥٢٣/١.

^{٥٨٨} أبو سنة، أحمد فتوح، *النظريات العامة للمعاملات*، القاهرة: دار النهضة العربية، ط٣، (٢٠٠٥م)، ٤٠-٣٥.

^{٥٨٩} النساء ١٢٨/٤.

^{٥٩٠} أبو داود، *السنن*، ٣٠٤/٣.

وَمَعْلُومٌ أَنَّ الْبَاطِلَ لَا يُوصَفُ بِالْخَيْرِيَّةِ، فَكَانَ كُلُّ صُلْحٍ مَشْرُوعًا بظَاهِرِ هَذَا النَّصِّ إِلَّا مَا خُصَّ بِدَلِيلٍ".^{٥٩١} ولذا، فسّر بعض الفقهاء الصلح على أنه العقد الذي تنقطع به خصومة المتخاصمين، بمعنى أنه يتوصل من خلاله إلى فك الخصومة بأقل وقت وجهد.

ومدار البحث في هذا المطلب هو الصلح الواقع في حق العبد، فهو الذي يصح الصلح عنه إذا تحققت شروطه. لذا، يُشترط في محل عقد الصلح أن يكون ممّا يصحّ الاعتياض عنه، فلا يجوز الصلح بين المتداعين على ما لا يجوز شرعاً التعاقد عليه بينهما، وأن يكون حقاً من حقوق العباد التي يجوز أن تكون محلاً للمعاوضة. وهو تابع في الأحكام والشروط للعقود القريبة، حسب نوعية الصلح. وجاءت "المصالحة" على وزن مفاعلة: "وصلاًحاً سالمه وصافاه، ويُقال: صالحه على الشيء، أي سلك معه مسلك المسالمة في الاتفاق".^{٥٩٢}

عرّف ابن عرفة المالكي، الذي يُعدّ أشمل وأوسع التعريفات لكونه شمل صور الصلح، لا سيّما الصلح على الإقرار، والصلح عن الإنكار، وما فيه مظنة نزاع مستقبلٍ في رأي المالكية، وهو خاصٌّ برفع المنازعة بعد وقوعها في رأي جمهور الفقهاء، فعُرف عند المالكية: "الانتقال عن حقٍّ أو دعوى بعوض، لرفع نزاع أو خوف وقوعه".^{٥٩٣} ومن ذلك تنبّه عمر بن الخطاب - رضي الله عنه - في ردّ الخصوم للمصالحة، لأجل ألا تبقى الحقوق معلقة دون حسم؛ غايته دفع المنازعة بالتراضي. فلو أحدث رجل على عقاره ظلاً أو كنيفاً في طريق العامة، لا يصحّ الصلح؛ "لأنّ طرحه واجب، لكونه شاغلاً طريق المسلمين بغير حق".^{٥٩٤}

وصور الصلح كثيرة؛ فإما أن يقع إجارة، أو هبة، أو إبراء، أو تكون عارية، وقد يكون خلعاً، أو فسخاً، وإن كان أحد العوضين فيه منفعة كان إجارة، وإن كان العوض من جانب واحد وقع هبة، ويقع إعارة بأن يصالح عن الدار المدعاة على سكنها... إلخ. والصلح إما إسقاط، وإما معاوضة، ويُشترط في بدل الصلح - وهو ما يقدمه المدعى عليه للمدعي لرفع المنازعة - أن يكون مائلاً متقوماً، وقد مر بنا سابقاً بيان ذلك. وفي الصلح معنى المعاوضة، فيُشترط في المصالح عليه أن يكون مباح الانتفاع به، ولا فرق في أن يكون المال المصالح عليه عيناً، أو منفعة، أو ديناً، هذه مجموعة من صور الصلح في بعض العقود المالية، وهي للتمثيل لا للحصر، وهناك أمثلة كثيرة وصور متعددة، ذكرنا ما يهّمنا في موضوع رسالتنا وموضوع بحثنا للصلح، وذكرنا يتعلق بنوع المال غير المنقول.

للصلح في الأموال صور متعددة من أجل قطع الخلافات وإنهاء النزاع، وأقسام الصلح على مال ثلاثة: "صلح مع إقرار، و صلح مع سكوت، و صلح مع إنكار".^{٥٩٥} ويتضح من خلال ذلك أن المدعى عليه في الصلح إما أن يكون مقرراً، أو ساكناً، أو منكرًا، ومن هنا جاء تقسيم الفقهاء للصلح في الإقرار والسكوت والإنكار. فالصلح يتضمن في الأموال، ويأخذ العديد من العقود؛ فيقع بيعاً إن كان العوضان عيناً، ويقع إجارة في حال كان أحد البديلين فيه منفعة، وقد يقع هبة إذا كان العوض فيه من جانب واحد،

^{٥٩١} الكاساني، *بدائع الصنائع*، ٤٠/٦.

^{٥٩٢} إبراهيم مصطفى وآخرون، *المعجم الوسيط*، ٥٢٠/١.

^{٥٩٣} التسولي، علي عبد السلام، *البيهجة في شرح التحفة*، ٣٥٠/١.

^{٥٩٤} بدر الدين العيني، *البنية شرح الهداية*، ١٤/١٠.

^{٥٩٥} بدر الدين العيني، *البنية شرح الهداية*، ٣/١٠.

وصورتها أن يقع الصلح من العين على بعضها. والصلح يأتي على صور ذكرها القرافي، وأجملها بقوله: "اعلم أن الصلح في الأموال دائرٌ بين خمسة أمور:

١. الإِجَارَةُ إِنْ كَانَ عَنْ مَنَافِعٍ.
٢. الْبَيْعُ إِذَا كَانَتْ الْمُعَاوَضَةُ عَنْ أَغْيَانٍ.
٣. دَفْعُ الْخُصُومَةِ إِنْ لَمْ يَتَّعَيْنْ شَيْءٌ مِنْ ذَلِكَ.
٤. الصَّرْفُ إِنْ كَانَ فِيهِ أَحَدُ النَّفْذَيْنِ عَنْ الْآخَرِ.
٥. وَالْإِحْسَانُ، وَهُوَ مَا يُعْطِيهِ الْمُصَالِحُ مِنْ غَيْرِ الْجَانِي".^{٥٩٦}

وقد ذكر السُّعْدِيُّ الحنفي أن الصلح في الأموال غير المنقولة يحصل كغيره، وبَوَّبَ للأموال غير المنقولة في الصلح باباً سماه: "باب الصلح في العقارات".^{٥٩٧} وكذلك للإمام السَّرْحَسِيُّ بابٌ باسم: "الصلح في العقار".^{٥٩٨} وللشيخ نظام البلخي، وجماعة من علماء الهند، بابٌ بعنوان: "الصلح في العقار".^{٥٩٩} وأما بدل الصلح، أي: المصالح عليه من الأموال غير المنقولة، فقد ذكر الفقهاء – سواء أكان مالا أو منفعة – شروطاً حتى يصح عقد الصلح، وهي على ثلاثة:

١. أن يكون المالُ المُصَالِحُ عليه متقوِّماً؛ لأن في الصلح معنى المعاوضة، فالصلحُ على بيتٍ للدعارة لا يصح، لأنه لم يُصادف محلُّه.
٢. أن يكون المالُ المُصَالِحُ عليه مالاَ معلوماً؛ ويصح أن يشتري بقعةً في أرضٍ ليحفر فيها بئراً، بشرط أن يكون ذلك معلوماً.^{٦٠٠}
٣. أن يكون مملوكاً ومقدوراً على تسليمه؛ فلو صالحه على أن يسقي أرضه من نهرٍ لغيره، أو من عينٍ أو بئرٍ لا يملكها، مدةً ولو معينة، لم يصح الصلح، لعدم ملكه للماء، لأن الماء العذب لا يملك بملك الأرض".^{٦٠١}

2.9.1. الصلح على الأعيان إما أن يقع في الصلح عن العين، أو الصلح في منفعة العين، أو الصلح عن الدين، والصلح عن الأعيان يقع في الأموال المنقولة وغير المنقولة، ويأتي في الأعيان في عشرة أقسام: "في العقار، وفي العبد والأمة، وفي الحيوان، وفي الثياب والخامس في المتاع، وفي المكيل، وفي الموزون، وفي المعدود، وفي المعصوب، وفي الامانات".^{٦٠٢} والصلح عن الدين ينقسم إلى: صلح معاوضة، و صلح حطيطة (إسقاط)، وعليه ترجم الإمام البخاري فقال: باب "الصلح بالدين والعين".^{٦٠٣} ويقع صلح المعاوضة في المال المنقول وغير المنقول كالآتي:

^{٥٩٦} القرافي، أنوار البروق، ٢/٤.

^{٥٩٧} السُّعْدِيُّ، النتنف، ٥٠٨/١.

^{٥٩٨} الزبلي، تبیین الحقائق، ٤٦/٥.

^{٥٩٩} ابن مازة البخاري، أبو المعالي برهان الدين محمود بن أحمد، المحيط البرهاني في الفقه النعماني فقه الإمام أبي حنيفة، تحقق: عبد الكريم سامي الجندي، بيروت، دار الكتب العلمية، ط (١٤٢٤هـ/٢٠٠٤م)، ٣٩٤/٧.

^{٦٠٠} البهوتي، كشف القناع، ٤٠٣/٣.

^{٦٠١} البهوتي، كشف القناع، ٤٠٣/٣.

^{٦٠٢} السُّعْدِيُّ، النتنف، ٥٠٨/١.

^{٦٠٣} البخاري، صحيح البخاري، ١٨٨/٣.

- **المصالحة في المال المنقول**، كأن يُقرَّ له بقرض، كثوبٍ أو سيارة، فيُصالحه عن ذلك القرض بنقدٍ يثبت في ذمته؛ منقولٍ يُعاضده على منقول، وعند جمهور الفقهاء أن الصلح له حكم البيع، لأنه مبادلة مالٍ بمال، مع اشتراطهم عند المصالحة أن يكون مكان القبض في المجلس، وقبل التفرقة، "لأن محله الذمة، فصار بيع دينٍ بدين، وهو منهيٌّ عنه شرعاً"^{٦٠٤} وللإمام السرخسي وقوع الصلح بين المال المنقول وغير المنقول، كمن "ادعى رجلٌ في أرض رجلٍ دعوى، فصالحه على طعامٍ بعينه مجازفة، فهو جائز"^{٦٠٥}.
- **المصالحة في المال غير المنقول**، كأن يُقرَّ شخصٌ لآخرٍ بدارٍ أو أرضٍ، فيُقرَّ له بها، فيُصالحه على دارٍ أو شقةٍ أو أرضٍ أخرى، أو على جزءٍ منها كالنصف أو الثلث أو الربع. وقد ذكر السُّغدي عشرين وجهاً للمصالحة على المال غير المنقول، سواء كان بجنسه أو بمنفعته أو بغير جنسه من المنقول، فقال: "فأما في العقار، فإذا ادعى رجلٌ على رجلٍ عقاراً، فيجوز أن يُصالحه منه على شيءٍ إذا كانت قائمةً في يده بعينها." وهي المصالحة في العقار على أوجه تقع ك:-

١. أن يُصالحه على سكنائها، جاز.
٢. أن يُصالحه على بعضٍ منها، جاز.
٣. أن يُصالحه على دنائير نقدًا، جاز.
٤. أن يُصالحه على دارٍ أخرى، جاز.
٥. أن يُصالحه على دراهم نقدًا، جاز.
٦. أن يُصالحه على مكيل معين، جاز.
٧. أن يُصالحه على دنائير نسيئة، جاز.
٨. أن يُصالحه على غريم معين، جاز.
٩. أن يُصالحه على دراهم نسيئة، جاز.
١٠. أن يُصالحه على موزونٍ معين، جاز.
١١. أن يُصالحه على سُكنى دارٍ أخرى، جاز.
١٢. أن يُصالحه على ركوب دابة معينة، جاز.
١٣. أن يُصالحه على عبدٍ أو أمةٍ معينين، جاز.
١٤. أن يُصالحه على خدمة عبدٍ أو أمةٍ معينين جاز.
١٥. أن يُصالحه على حيوانٍ بعينه، جاز، وإن لم يكن معينًا فلا يجوز.
١٦. أن يُصالحه على مكيل معلومٍ موصوفٍ معين جاز وإن لم يكن معلومًا موصوفًا لم يجز.
١٧. أن يُصالحه على موزونٍ معلومٍ موصوفٍ غير معين، جاز وإن لم يكن معلومًا موصوفًا فلا يجوز.
١٨. أن يُصالحه على ثيابٍ معلومةٍ موصوفةٍ مؤجلةٍ غير مُعينة، جاز، وإن لم تكن مؤجلة لا يجوز في قول الفقهاء، وفي قول الشيخ: تجوز وإن لم تكن مؤجلة.

^{٦٠٤} ابن مفلح، *المبدع في شرح المقنع*، ٢٦٤/٤.

^{٦٠٥} السرخسي، *المبسوط*، ١٤٨/٢٠.

١٩. أن يُصالحه على منافع عرضٍ جاز إذا جازت عقدة الإجارة عليه. وقال: وإذا ادعى على عبدٍ أو أمةٍ في يد رجلٍ، ثم صالحه على أحد ما ذكرنا، جاز".^{٦٠٦}

والصلح بين المتصالحين في الديون على قسمين: صلح الحطيطة، صلح المعاوضة.

قد يجري الصلح في الميراث، وما أكثر وقوعه؛ كإخوة تنازعا في منزل، أو أرض، أو شقق موروثة، وكان مشتركا، فاصطلحوا على أن يختص كل واحد من الإخوة بالأرض، والآخر بالشقة، جاز ذلك، واعتبر كل واحد منهم مالكا لما اختص به، وأنهم قد ملكوا ذلك بالميراث والخلافة، لا بالصلح؛ لأن إقرار كل من الإخوة للآخر بحقه هو بمثابة إخبار وتعيين حقه، لا إنشاء عن حق.

2.9.1.1. صلح الحطيطة (على المال غير المنقول) يجري على بعض العين المدعاة وتعجيل للالتزامات العقدية فيما بين

المتخاصمين (إنفاص جزء من الالتزام)؛ يضع صاحبه جزءا من حقه للمدعى عليه، الغاية تخفيف الالتزام وصورته في المال غير المنقول: "كَمَنْ صَالَحَ مِنَ الدَّارِ الْمُدَّعَاةِ عَلَى نِصْفِهَا أَوْ ثُلُثِهَا".^{٦٠٧} يحطّ البائع من ثمن العقار مقابل إسقاط الدعوى، وبوّب الإمام البغوي صلح الحطيطة، فقال: "باب الصلح على النصف"، فينزل أصحابها عن جزء منها بخسارة أو حطيطة من رأس المال مقابل إنهاء النزاع والخلاف. واستعمل بعض المعاصرين مصطلح الحسم والخصم، قاصدين بذلك الحطيطة، قال الدكتور رفيق المصري: "الحسم يُراد به الحطيطة، والوضيعة".^{٦٠٨}

وهناك عدة استعمالات وألفاظ ذات صلة بمصطلح الحطيطة، كالإسقاط، والإبراء، والإباحة، والتنازل، مع وجود بعض الفروق فيما بينها، مع اتفاقها على أن صاحب الحق يترك فيها جزءا من حقه أو كامل حقه، وقد يكون هذا الحط بعوض أو بغير عوض. فلو ادعى شخص على آخر دارا في يده، فأقر المدعى عليه له بها، ثم اتفقا وصالحه على بعض منها كالنصف أو الربع، أو يصالحه على عينٍ مقابلها، وفي مثل هذه الحالة يسمى: صلح الحطيطة. واستدل الإمام البيهقي بحديث كعب بن مالك عن أبيه: "أنه تقاضى ابن أبي حردر دينًا كان له عليه في المسجد، فارتفعت أصواتهما حتى سمعه رسول الله ﷺ، فخرج حتى كشف ستر حجرته، فقال: يا كعب، ضغ من دينك هذا"، وأشار إليه -أي الشطر-، قال: "نعم"، فقضاه".^{٦٠٩}

وعليه بوّب الإمام البيهقي في "سننه" على باب: صلح الإبراء والحطيطة، وما جاء في الشفاعة في ذلك، حتى اشتهرت هذه المسألة عند الفقهاء بـ "ضع وتعجل". وللإمام الشوكاني، قال في حديث كعب: "إنه دليلٌ على جواز التعجيل بشرط حطّ البعض، فإذا حصل التراضي على هذا، فليس في ذلك مانع من شرع ولا عقل".^{٦١٠} ويرى الفقهاء جواز صلح الحطيطة، على اختلافٍ بينهم في تسميته ومبناه، فقولٌ عند الحنفية في ظاهر الرواية: "صالح من دعواه في هذه الدار على أرضٍ معروفةٍ محدودة، أو على شِقْصٍ فيها مسمّى، أو على شِقْصٍ في دارٍ أخرى مسمّى، جاز ذلك".^{٦١١} أما المالكية، فيرون جواز هذا النوع من الصلح،

^{٦٠٦} السخدي، التتف، ٥٠٨/١.

^{٦٠٧} وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، الموسوعة الفقهية الكويتية، ٣٢٨/٢٧.

^{٦٠٨} المصري، رفيق، بيع التقسيط، بيروت: دار القلم، ط٢، (١٩٩٧م)، ٤٩٣.

^{٦٠٩} البيهقي، السنن الكبرى، ٥٢٢/١١.

^{٦١٠} الشوكاني، السيل الجرار، ٥٥٢/١.

^{٦١١} الشيباني، أبو عبد الله محمد بن الحسن، الأصل، تحقق: محمد بويونوكالين، بيروت - لبنان: دار ابن حزم، ط١ (١٤٣٣هـ/٢٠١٢م)، ١/١٢١.

ويقررون: "والصلح ضربان: معاوضة وإسقاط".^{٦١٢} وقال الشافعية: "إِذَا صَلَّحَ صُلْحُ الْحَطِيطَةِ بِلَفْظِ الصُّلْحِ، فَإِنَّهُ يَصِحُّ عَلَى الْأَصَحِّ".^{٦١٣} وجاء في رواية عند الحنابلة: "يُعَدُّ مِنْ قَبِيلِ هَبَةٍ بَعْضُ الْمُدَّعَى لِمَنْ هُوَ فِي يَدِهِ".^{٦١٤} وإن وقع بلفظ الصلح.

أجاز الحنابلة الصلح بشرط أن يقع بلفظ الهبة، ويُعتبر له شروط الهبة، ولا يصح بلفظ الصلح، لأن دلالة الصلح تؤثر في نقل الملكية، وقد اكتفت مجلة الأحكام العدلية ببيان الصورة المتفق عليها بناءً على القولين دون التصريح بالأخذ بظاهر الرواية، جاء في المادة (١٥٥١) فيما "لَوْ ادَّعَى أَحَدٌ مَالًا مُعَيَّنًا كَحَدِيثَةٍ مَثَلًا، وَصَالَحَ عَلَى مَقْدَارٍ مِنْهَا، وَأَبْرَأَهُ الْمُدَّعَى عَلَيْهِ عَنْ دَعْوَى بَاقِيهَا يَكُونُ قَدْ أَخَذَ مَقْدَارًا مِنْ حَقِّهِ وَتَرَكَ دَعْوَى بَاقِيهَا أَيْ أَسْقَطَ حَقَّهُ فِي بَاقِيهَا".^{٦١٥} والحنفية في رواية عندهم: الصلح عن العقار، فيمن أخذ مقدارًا من العقار، والباقي نقود، جاز؛ لأنه "أخذ بعض حقه عينًا، ومقابل بعضه عوضًا".^{٦١٦} وأما أخذ جزء معين من العقار، والصلح عن الجزء الآخر، فلا؛ والإسقاط للدين، وليس للعين؛ لذا كان الفقهاء يرون أن عقد الصلح ليس عقدًا مستقلًا منفردًا عن غيره من العقود في الأركان والشروط، بل هو متفرع عن غيره من العقود. وأشار الزيلعي الحنفي إلى ذلك، فقال: "لأنَّ الْأَصْلَ فِي الصُّلْحِ أَنَّ يُحْمَلَ عَلَى أَشْبَهِ الْعُقُودِ لَهُ فَتَجَرِي عَلَيْهِ أَحْكَامُهُ؛ لِأَنَّ الْعِبْرَةَ لِلْمَعْنَى دُونَ الصُّورِ".^{٦١٧} فالنظر يكون في مقصد الصلح ومعناه.

أكد الإمام القرافي في قاعدة: "الصلح في الأموال دائرٌ بين أربعة أمور:

- "الإجارة إن كان عن منافع.
- البيع إذا كانت المعاوضة عن أعيان.
- الصرف إن كان فيه أحد النقيدين عن الآخر.
- الإحسان: إن كان عن بعض المدعى به، وهو ما يُسقطه المدعي عن المدعى عليه".^{٦١٨}

إن تنوّع صور الصلح، وتعدّد صيغته، إنما يعكس تنوّع المنازعات الواقعة بين الأطراف، سواء تعلّقت بالملكية، أو المنفعة، أو الحقوق العينية، تحقيقًا للغاية التي شرع من أجلها الصلح، في إنهاء الخصومات، دون الحاجة إلى الترافع أو التخاصم في المحاكم.

أما صلح الحطيطة، فهو أن يصلحه من حقه في المال المنقول وغير المنقول، ويأتي على قسمين:

١. " أن يكون الحق في الذمة: فيدعي شخص على آخر بأن له ألف دينار، فيعترف بها، ويصلحه على خمسمائة دينار، فهو إبراء من الكل، والاكتفاء بالنصف، وهو جائز.
٢. أن تكون العين قائمة: كمن ادّعى دارًا في يد رجل، فاعترف له بها، وصلحه على نصفها، فتقع المصالحة هبة".^{٦١٩}

^{٦١٢} أبو محمد عبد الوهاب بن علي الثعلبي، *التلخيص في الفقه المالكي*، تحقق: أبي أويس محمد بو خبزة الحسني التطواني، بيروت: دار الكتب العلمية، د.م، ط ١ (١٤٢٥هـ/٢٠٠٤م، ١٧٠/٢).

^{٦١٣} النووي، *روضة الطالبين*، ١٩٣/٤.

^{٦١٤} وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، *الموسوعة الفقهية الكويتية*، ٣٢٨/٢٧.

^{٦١٥} البلخي، *مجلة الأحكام العدلية*، ٣٠٢/١.

^{٦١٦} علي حيدر، *درر الحكام*، ٣٩/٤.

^{٦١٧} الزيلعي، *تبیین الحقائق*، ٣١/٥.

^{٦١٨} القرافي، *الفروق*، ٦/٤.

^{٦١٩} الماوردي، *الحاوي الكبير*، ٣٧٤/٦.

2.9.1.2. صلح المعاوضة (على المال غير المنقول) يجري هذا العقد على غير العين المدعاة، وهو جائز باتفاق الفقهاء،

كان يتصالحا على شيء معين بذاته، من دار، أو متاع، أو سلعة، أو دابة، أو سيارة^{٦٢٠}. يكون نزاع بين اثنين على أرض، فيقر أحدهم بها، ويقول: صالحتك من هذه الأرض على هذه السيارة، أو صالحتك من هذه الأرض على نقود؛ أي: ادعى عليه مالا غير منقول، فأقر المدعى عليه، ثم صالحه على مال مخالف للمصالح عنه، كدنانير، فتم الصلح على غير المدعى، فيكون عوض الصلح مالا، فهو بيع وإن وقع بلفظ الصلح، لأنه مبادلة مال بمال، فيشترط فيه شروط البيع. وأشار الإمام الغزالي إلى أن الصلح نوع من المعاوضات المالية، فقال: "وما يؤخذ تراضيا بمعاوضة، وذلك حلال إذا روعي شرط العوضين، وشرط العقدين، وشرط اللفظين، أعني: الإيجاب والقبول، مع ما تعبد الشرع به في اجتناب الشروط المفسدة"^{٦٢١}. وإن كان العوض المدفوع في مقابل الحط من العرض، كما لو حط من الذهب بعقار من أرض أو مزرعة، أو كان الحط عن سيارة مقابل أرض أو مزرعة، فالحكم على أنه بيع، سواء كان العوض المدفوع نقودا أو عروضاً، وتطبق عليه أحكام البيع، وقد يستعمله التجار لتصرف سلعتهم الكاسدة، والحد من خسائر رأس المال، أو الترويج لتجارته في بعض الأحيان.

وبؤب الإمام البيهقي بعد ذكره حديث رسول الله ﷺ باب "صلح المعاوضة، وأنه بمنزلة البيع، يجوز فيه ما يجوز في البيع، ولا يجوز ما لا يجوز في البيع"^{٦٢٢}. فيجري الصلح مجرى البيع: "فَمَنْ خُوصِمَ فِي دَارٍ، وَأَقَرَّ بِهَا لِلْمُدَّعِي، ثُمَّ صَالَحَ عَنْهَا بِتَوْبٍ وَنَحْوِهِ، فَقَدْ أَشْنَرَاهَا بِهِ"^{٦٢٣}. تحوّل الصلح المتعلق بالمال غير المنقول إلى بيع حقيقة، فانقل من مجرد أداة لإنهاء الخصومة، إلى تصرف ناقل للملكية؛ لأن الصلح فرع عن أصل، وهو البيع، وقد وقع بتراضي الطرفين، ولأن جنس المصالح عليه مخالف عن جنس المدعى به، لذا لا يصح الصلح في المعاوضة مع الإنكار. وإلى كون حمل الصلح على أحكام البيع أشار الإمام الزيلعي رحمه الله، فقال: "الأصل في الصلح أن يُحمَلَ على أشبهه العُقُودِ له، فَتَجَرِي عليه أَحْكَامُهُ؛ لِأَنَّ الْعِبْرَةَ لِلْمَعَانِي دُونَ الصُّوَرِ"^{٦٢٤}. ولا نريد الإطالة في هذا الباب، إنما أردنا أن نبين مجالات الصلح في الأموال غير المنقولة، ومدى وقوعها، وكيف يذكرها الفقهاء في كتبهم، وأن صلح المعاوضة في الأموال غير المنقولة كغيره من أقسام الأموال يُجرى عليه ما يُجرى عليه غيره من الأحكام، والشروط، والواجبات.



^{٦٢٠} وهبة الزحيلي، *الفقه الإسلامي وأدلته*، ١٧٤/٦.

^{٦٢١} الغزالي، *إحياء علوم الدين*، بيروت: دار المعرفة، دت، ٩٣/٢.

^{٦٢٢} البيهقي، *السنن الكبرى*، ١٠٧/٦.

^{٦٢٣} السنيكي، *أسنى المطالب*، ٢١٥/٢.

^{٦٢٤} الزيلعي، *تبيين الحقائق*، ٣١/٥.

2.9.2. الصلح على المنافع في مال غير المنقول لا يقتصر على العين، بل يمتد إلى منافع العقار، وللمنافع مالية كمالية الأعيان، يمكن التنازع عنه، لو صالح المدعي عليه المدعي على منفعة العين، كما إذا أقر رجلٌ لأخر منفعة بيته، ثم صالحه على سكنى داره مدة معلومة جاز، فذلك: "الصلح على غير المدعي بيع أو إجارة، وعلى بعضه هبة".^{٦٢٥} لأنه إجارة، وإن عُقد بلفظ الصلح، أو أن يقع الصلح عن نقد بمنفعة عقار، كمن صالح عن مائة دينار على أن يسكن داره، كذلك يُعتبر إجارة، وتثبت أحكامها. والمال "المصالح به إما منافع، أو ذوات".^{٦٢٦} وللإمام القدوري كلام في ذلك: "والصلح جائز من دعوى الأموال والمنافع".^{٦٢٧} ويذكر الفقهاء عباراتٍ لهم حول الصلح بين المنقول وغير المنقول، فيُعبّرون بقولهم: باب "أَنْ يُصَالِحَ عَنِ الْحَقِّ بغير جنسه".^{٦٢٨} من أمثلة الصلح على المنفعة في ملك الغير ما يأتي:

١. علو البيت للبناء فوقه.
٢. الممر في الدار أو غيرها.
٣. الوضع والحائط لفتح باب فيه.
٤. البقعة في الملك لحفر بئر فيها.
٥. إجراء الماء على الأرض أو السطح.

المادة ٩١٥ من كتاب مرشد الحيران: "إذا كان المدعى به عيئاً داراً، أو أرضاً، أو عرضاً، وأقر المدعى عليه بها، وصالحه عنها بمنفعة، كسكنى دار، أو زراعة أرض مدة معلومة، صحّ الصلح".^{٦٢٩} وفي الصلح على المنافع، قد تأتي في الوصية، فلو أوصى رجل بسكنى داره مدةً من الزمن، ثم مات، فصالحه الوارث منها على سكنى دارٍ أخرى مدةً، فهو جائز، لأنه إسقاط حقٍّ بعوضٍ لا بطريق المبادلة. "ادّعى رجلٌ على رجلٍ حقاً في دار، فصالحه على بيتٍ معروفٍ سنيين معلومةً يسكنه، كان جائزاً".^{٦٣٠} وإن كان الصلح في الأموال، من المنقول إلى غير المنقول، كالمصالحة عن نقد أو عرض، بمنفعة سكنى دار، أو زراعة أرض، أو بناء جدار، يُعدُّ إجارة. "لو صالح من سلعةٍ بعينها بسكنى دارٍ".^{٦٣١} ولا يصح الصلح على من ادعى في يد رجل آخر عقاراً، مقابل إسقاط حقه بمنفعة سكنى العقار، فما ذكره الإمام ابن قدامة: "وإن ادّعى على رجل بيتاً، فصالحه على بعضه، أو على بناء غرفة فوقه، أو على أن يسكنه سنة، لا يصح، لأنه يصالحه من ملكه على ملكه أو منفعة".^{٦٣٢}

والصلح عن المنافع من حيث المعاوضة عليها، منها ما يُقبل الصلح عليه، ومنها ما لا يُقبل. فإذا تناول الصلح منفعة عقاره، كالمصالحة عن منفعة بيته لقاء عوض من النقود، فبيع المنفعة بعوض جائز. وإذا كان الصلح على منفعة عقارٍ لمدة معلومة، فإن هذا الصلح يأخذ حكم الإجارة. ومما لا يُقبل الصلح عليه: كأن يُعطى منفعة بيته لتكون كنيسة أو معبدًا لقاء أجرٍ، فهذا لا يجوز؛ لأن المنفعة المحرمة مطلوبٌ إزالتها. وإذا صالح صاحب الحق عن المنفعة بلا عوض، كمن تنازل عن سكنى بيته أو زراعة

^{٦٢٥} خليل بن إسحاق الجندي، مختصر العلامة خليل، تحقق: أحمد جاد، القاهرة - مصر: دار الحديث، ط١ (١٤٢٦هـ/٢٠٠٥م)، ١/١٧٤.

^{٦٢٦} وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، الموسوعة الفقهية الكويتية، ٣٣٠/٢٧.

^{٦٢٧} القدوري، أحمد بن محمد بن أحمد بن جعفر بن حمدان، المختصر، تحقق: كامل محمد محمد عويضة، بيروت - لبنان: دار الكتب العلمية، د.م،

ط١ (١٤١٨هـ/١٩٩٧م)، ١/١٢١.

^{٦٢٨} ابن مفلح، المبدع شرح المقنع، ٤/٢٦٢.

^{٦٢٩} قدري باشا، مرشد الحيران، ١/١٥٢.

^{٦٣٠} الشافعي، الأم، ٣/٢٢٧.

^{٦٣١} ابن حزم، المحلى بالآثار، ٦/٤٧٤.

^{٦٣٢} ابن قدامة، المغني، ٤/٣٦٤.

أرضه، يُعد هذا الصلح هبةً للمنافع، ولو صالح عن المنفعة مدة العمر، تأخذ الهبة حكم العُمري. وفي باب الصلح على المنافع، قال الإمام الشيباني: "إذا استأجر رجل أرضاً، فادّعى أنه استأجرها سنتين ليزرعها، وأقرّ المؤجر بسنة، فتصالحا على أن يزرعها سنتين على أن زاده المستأجر دراهم مسماة، فهو جائز".^{٦٣٣}

2.9.3. الصلح على حقوق الارتفاق أو الصلح بين الجيران في الأملاك العقارية، سواء الخاصة منها أو المشتركة، وهي ما تُسمّى في عصرنا بالتصالح على الأعمال المُخلّة بالسلامة الإنشائية للبناء. وعند الفقهاء، تُسمّى بالتزام على الحقوق المشتركة، ويبيّنوا في كتاب الصلح ما يجوز فيه الصلح وما لا يجوز في حقوق الارتفاق.

رُوي عن أمير المؤمنين في ذلك: أن عمر بن الخطاب - رضي الله عنه - مرّ بدار العباس بن عبد المطلب - رضي الله عنه -، فقطر عليه من ميزابه ماء، فأمر بقلعه. فخرج إليه العباس - رضي الله عنه - وقال: "ميزاباً نصبه رسول الله ﷺ بيده!" فقال عمر: "والله، لا يُعاد إلا على ظهري." فركب العباس ظهره، وأعاد الميزاب في موضعه".^{٦٣٤} إقرار من رسول الله ﷺ بالحقوق المعتبرة وأنها ثبتت بموجب شرعي. فالرسول ﷺ نصب في دار عمه ميزاباً، وكان على شارع للذهاب لمسجده ﷺ، ومثل هذا الأشياء لا يجوز الصلح عليها، ويستوي في ذلك الحاكم أو القاضي؛ لأن "الهواء لا يُفرد بالعقد، إنما هو تابع للقرار، وهو الأرض الموازية له".^{٦٣٥} حتى وإن صالح الإمام أو البلدية بعوض، لا يجوز. ومما ورد بصورة عملية في الصلح على الماء، ما أخرج الشيخان، واللفظ للبخاري، بسنده أن الرُّبَيْرَ «كَانَ يُحَدِّثُ: أَنَّهُ خَاصَمَ رَجُلًا مِنَ الْأَنْصَارِ قَدْ شَهِدَ بَدْرًا إِلَى رَسُولِ اللَّهِ ﷺ فِي شِرَاجٍ مِنَ الْحَرَّةِ، كَانَا يَسْقِيَانِ بِهِ كِلَاهُمَا، فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ لِلرُّبَيْرِ: اسْقِ يَا رُبَيْرُ، ثُمَّ أَرْسِلْ إِلَى جَارِكَ، فَغَضِبَ الْأَنْصَارِيُّ، فَقَالَ: يَا رَسُولَ اللَّهِ، أَنْ كَانَ ابْنُ عَمَّتِكَ؟ فَتَلَوْنَ وَجْهَ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ، ثُمَّ قَالَ: اسْقِ، ثُمَّ أَحْبَسَ حَتَّى يَبْلُغَ الْجَدْرَ، فَاسْتَوَعَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ حَقَّهُ لِلرُّبَيْرِ، وَكَانَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ قَبْلَ ذَلِكَ أَشَارَ عَلَى الرُّبَيْرِ بِرَأْيِ سَعَةٍ لَهُ وَلِلْأَنْصَارِيِّ، فَلَمَّا أَحْفَظَ الْأَنْصَارِيُّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ، اسْتَوَعَ لِلرُّبَيْرِ حَقَّهُ فِي صَرِيحِ الْحُكْمِ...».^{٦٣٦} وجاء هذا الحديث عند البخاري تحت باب إذا أشار الإمام بالصُّلْحِ، فأبى؛ حكم عليه بالحكم البين ثم أورد حديث الصلح في الارتفاق وظاهر الحديث أن النبي ﷺ "أَمَرَهُ أَوَّلًا أَنْ يُسَامِحَ بِبَعْضِ حَقِّهِ عَلَى سَبِيلِ الصُّلْحِ.....فَلَمَّا لَمْ يَرْضَ الْأَنْصَارِيُّ بِذَلِكَ اسْتَقْصَى الْحُكْمَ وَحَكَمَ بِهِ".^{٦٣٧}

وعليه، ذكر الإمام الماوردي هذه المسألة نقلاً عن الإمام الشافعي، وقد فصل فيها، وبين أن المصالحة الواقعة في حق الارتفاق لمن أراد إشراع جناح، إما أن تكون في طريق نافذ، وقيد جواز ذلك بالأضرار بالمارة، وإن كان مما يعيق من حركة المارة، فلا صلح فيه لاشتراك الناس وملاك العقار في المرور: "وَلَوْ أَشْرَعَ جَنَاحًا عَلَى طَرِيقِ نَافِذَةٍ، فَصَالَحَهُ السُّلْطَانُ أَوْ رَجُلٌ عَلَى ذَلِكَ، لَمْ يَجْزْ، وَنُظِرَ فَإِنْ كَانَ لَا يَضُرُّ، تُرِكَ، وَإِنْ ضَرَّ، قُطِعَ".^{٦٣٨} وقد يجري الصلح في حقوق الارتفاق مجرى البيع أو الإجارة، ففي صورة البيع: أن يصالح رجلاً على إمرار قناة ماء إلى أرضه، جاز، أو يصالحه على إجراء ممرٍ مائي أو طريقاً لمدة معلومة، جاز، وأخذ حكم الإجارة؛ لأن ذلك "بَيْعٌ لِمَوْضِعٍ مِنْ أَرْضِهِ.....وإن كَانَتْ الْأَرْضُ فِي يَدِ رَجُلٍ بِإِجَارَةٍ، جَازَ لَهُ أَنْ يُصَالِحَ رَجُلًا

^{٦٣٣} الشيباني، الأصل، ١٢٩/١١.

^{٦٣٤} الروياني، أبو المحاسن عبد الواحد، بحر المذهب، بتحقيق طارق فتحي السيد، بيروت - لبنان: دار الكتب العلمية، د.م، ط١ (٢٠٠٩م) ٤١٠/٥.

^{٦٣٥} مصطفى الخن وآخرون، الفقه المنهجي على مذهب الإمام الشافعي، دمشق - سوريا: دار القلم، ط٤ (١٤١٣هـ/١٩٩٢م)، ١٨٣/٦.

^{٦٣٦} البخاري، صحيح البخاري، ١٨٧/٣.

^{٦٣٧} ابن حجر، فتح الباري، ٣٩/٤.

^{٦٣٨} الماوردي، الحاوي الكبير، ٣٧٤/٦.

عَلَى إِجْزَاءِ الْمَاءِ فِيهَا".^{٦٣٩} ولا يجوز الصلح في حقوق الارتفاق فيمن بنى دكة، وغرس شجرة في الطريق للتملك الفردي، وإن أذن فيه الإمام؛ "ولأنه إذا طالت المدة، أشبه موضعهما بالأملك، وانقطع أثر الاستحقاق في الطُّرُق فيه".^{٦٤٠}

وكذلك، لا يجوز الصلح عما أشرع به إلى طريق العامة؛ لأنه "كالاكتياض عن حق الغير".^{٦٤١} والانتفاع بملك الغير لا يصح، والأحاديث الواردة في الوعيد لمن ضار بجاره كثيرة، لا مجال لذكرها. وعقد ابن حجر الهيتمي باب التزام في الحقوق المشتركة "وَيَحْرُمُ الصُّلْحُ عَلَى إِشْرَاعٍ، أَوْ إِخْرَاجِ الْجَنَاحِ، أَوْ (السَّابِاطِ) ^{٦٤٢} نص على المنع من الاعتداء على المال العام "عَوَضٍ وَلَوْ فِي دَارِ الْغَيْرِ" ^{٦٤٣} فظهر من كلامهم أن الصلح لا يصح في مثل هذه الحالات، فهو حق مشترك بين سائر المسلمين، وجب المحافظة عليه، فالمنافع العامة حق للمسلمين جميعاً، لا يجوز الصلح، أي المعاوضة، فهي منفعة بين عقارين، تابعة لهما على الدوام

2.10. قسمة المال غير المنقول دعت الحاجة إلى القسمة كمخرج شرعي للاستبداد بالتصرف في الملك، والاستقلال به على وجه الخصوص، للتخلص من سوء المشاركة، واستدامة الضرر، فكل واحد من الشركاء منتفع بنصيب غيره، جاءت مشروعيتهما في قوله ﷺ: «وَإِذَا حَضَرَ الْقِسْمَةُ أُولُوا الْقُرْبَى وَالْيَتَامَى وَالْمَسَاكِينُ» ^{٦٤٤} والقسمة لغةً: "نَصِيبُ الْإِنْسَانِ مِنَ الشَّيْءِ" ^{٦٤٥} وعُرِّفَت القسمة شرعاً بأنها: "تمييز بعض الأنصبة عن بعض، تبعاً لمصلحة الشركاء، وطبقاً لشروط مخصوصة، وكيفيات معينة".^{٦٤٦} فالقسمة تنقل كل من متقاسم لغيره من المتقاسمين الآخرين ملكية ما كان له فيما وقع في نصيب غيره، وتثبت لصاحبها في حدود ما تميزت به، فأشبهه نقل حقه من محل إلى محل آخر بعوض، وهو من أهم حالات إنهاء الملكية الشائعة، وفقدان كل حق في الأجزاء المفترزة لتحديد حق نطاق ملكيته، تقييداً لتصرفاته، فأصبح فاقدًا لوحده، وأيلاً إلى وحدات جديدة، وإظهاره بوحدة عقارية محددة هندسيًا، وتخصيص قسم مساحي لكل مالك.

لا يرى الإمام أبو حنيفة تقسيم الدور والأراضي، سواء كانتا منفصلتين أو متلاصقتين، قسمة جمع لتفاحش التفاوت، وتجري عنده بالرضا في الأعيان المختلفة، سواء كان متحد الجنس أم مختلفاً؛ "لِأَنَّ الدُّورَ، وَإِنْ كَانَتْ جِنْسًا وَاحِدًا بِاعْتِبَارِ السُّكْنَى، إِلَّا أَنَّهُ يُوجَدُ اخْتِلَافٌ فِي الْمَقَاصِدِ، بِاعْتِبَارِ الْبُلْدِ، وَالْجِيرَانِ، وَقُرْبِهَا مِنَ الْمَسْجِدِ وَالسُّوقِ".^{٦٤٧} فالتفاوت في خصائص الأرض تفاوت في قيمتها الاقتصادية، فامتناع قسمة الجمع عند أبي حنيفة لا يرجع إلى عدم مالية المنفعة بالعين، إنما هو أمر الضرر، وخطورة عدم التمييز لصعوبة التماثل بينهما، بحيث يكون لكل جنس منها اعتبار خاص، وقيمة له تختلف عما للآخر، فالبيت والأرض لا يتساويان حتماً مع القطعة المجاورة، وإن كانت مساحتها متساوية، للتفاوت في أوصاف وجوه شتى، فكل جنس منها له قيمة خاصة بحسب مادته، أو صفته، أو طبيعته، أو حجمه؛ "لِأَنَّهَا فِي الْأَجْنَاسِ الْمُخْتَلِفَةِ تَقَعُ إِضْرَارًا فِي حَقِّ أَحَدِهِمَا، فَلَا يُجْبَرُ عَلَيْهَا".^{٦٤٨} وهي نوع معاوضة، لا مجرد رفع للشركة، بين الأموال غير المنقولة، وتبادل لحقوق في أعيان مختلفة.

^{٦٣٩} ابن قدامة، *المغني*، ٣٧٠/٤.

^{٦٤٠} مصطفى الخن وأخرون، *الفقه المنهجي*، ١٨٤/٦.

^{٦٤١} بدر الدين العيني، *البنية شرح الهداية*، ١٠/١٤.

^{٦٤٢} إبراهيم مصطفى، *المعجم الوسيط*، ٤١٣/١. سقيفة بين حائطين تحتها ممر نافذ

^{٦٤٣} ابن حجر الهيتمي، *تحفة المحتاج*، ٢٠١/٥.

^{٦٤٤} النساء ٨/٤.

^{٦٤٥} الزبيدي، *تاج العروس*، ٢٦٥/٣٣.

^{٦٤٦} مصطفى الخن وأخرون، *الفقه المنهجي*، ٢٢٩/٨.

^{٦٤٧} شيخ زاده، *مجمع الانهر*، ١٣٠/٤.

^{٦٤٨} الكاساني، *بدائع الصنائع*، ٢١/٧.

ويرى أبو يوسف ومحمد جواز قسمة الجمع والمنافع في الأعيان المشتركة، لأن "الدور جنس واحد اسماً وصورة، ونظراً إلى أصل السكنى لاتحاد المقصود بها." ^{٦٤٩} وحدة المقصد والغرض، فأما الأرض، إذا كانت أجزاؤها متساوية القيمة، فالأصل فيها أن تُجَزَأَ وتُقسَمَ بين الورثة، كل واحد له حصته بحسب ما ورث. فإن كانت أجزاؤها متفاوتة في القيمة، أو كانت صغيرة يفوت التقسيم منفعتها، فتكون مثل العقار: إما أن تُقَوِّمَ وتُباع، وتُوزع قيمتها على الورثة كل حسب نصيبه، أو يأخذها بعضهم ويعوضون للباقيين، أو يستغلونها ويتقاسمون غلتها. ولذا، التفاوت في خصائص العقار، وأخذ بعض الورثة لبيت، أو قطعة أرض في مكان، لا يتساوى مع قيمة العقار في مكان آخر، وفي عدم الاعتبار تفويت في قيمته. فمراعاة التماثل بين قيمة العقارات موصل لحق الورثة بالتقويم لا يقتصر على الظاهر بل يراعي اعتبارات أخرى كالاستعمال.

للقسمة في المال غير المنقول أكثر من نوع وصورة، وقد اختلف أنظار الفقهاء في تقسيم المال غير المنقول تبعاً للاختلاف في وجهة نظرهم إليها من حيث الاعتبار. فمن نظر إليها باعتبار ذاتها قد قسمها إلى ثلاثة أنواع: "قسمة أجزاء، وقسمة تعديل، وقسمة رد." ^{٦٥٠} ولكل نوع من هذه الأنواع التزامات تقع على عاتق مالكي المال غير المنقول، تختلف باختلاف طبيعة التصرف وأثاره القانونية.

ومن نظر إليها من حيث اعتبار الاختيار والإجبار، فقد قسمها إلى نوعين: رضائية، وإجبار (قضائية). "قسمة الأملاك جائزة في الشرع، وهي على ضربين: قسمة تراض، وقسمة إجبار." ^{٦٥١} وأما من نظر إليها باعتبار الجمع، فقسمها إلى قسمة جمع، وإلى قسمة تفريق. وفي كل الأقسام يُقصد تعديل نطاق الوحدة العقارية، إلى أن تنتهي بوحدة عقارية مستقلة. "اغْلَمْ أَنَّ الْأَرْضَ الْمُشْتَرَكَةَ ضَرْبَانِ:

١. أَنْ تَكُونَ مُتَسَاوِيَةً الْأَجْزَاءِ، وَهِيَ الَّتِي تَدْخُلُهَا قِسْمَةُ الْإِجْبَارِ.
٢. أَنْ تَكُونَ مُخْتَلِفَةً الْأَجْزَاءِ، فَيَكُونُ بَعْضُهَا عَامِراً، وَبَعْضُهَا خَرَاباً، أَوْ بَعْضُهَا قَوِيّاً، وَبَعْضُهَا ضَعِيفاً.. إلخ." ^{٦٥٢}

صفات ذات المال غير المنقول في بعض الوحدات السكنية يختلف بعضها عن بعض، فلو كان أحد الشريكين بينهما أرض فيها الرديء والجيد، قُسمت بالتساوي في الجيد والرديء، بحيث يكون لكل من الشريكين جزء، فيملك جزءاً من الأرض الجيدة، وجزءاً من الأرض الرديئة، فتدخل قسمة الإجبار. "أَرَأَيْتَ قَوْمًا وَرَثُوا أَرْضِينَ وَعُيُونًا كَثِيرَةً، فَأَرَادُوا قِسْمَةَ ذَلِكَ إِذَا اسْتَوَتْ الْعُيُونُ فِي سَفِيهَا الْأَرْضِ وَاسْتَوَتْ الْأَرْضُ فِي الْكُرْمِ، وَكَانَتْ قَرِيبًا بَعْضُهَا مِنْ بَعْضٍ حَتَّى لَا يَكُونَ اخْتِلَافًا بَيْنًا شَدِيدًا، قَسَمْتُ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمْ حِصَّتَهُ فِي مَوْضِعٍ وَاحِدٍ. وَإِنْ اخْتَلَفَتْ الْعُيُونُ فِي سَفِيهَا الْأَرْضِ وَغَرَزَهَا وَاخْتَلَفَتْ الْأَرْضُ فِي كَرَمِهَا، قَسَمْتُ كُلَّ أَرْضٍ وَعُيُونَهَا عَلَى حِدَةٍ، بِمَنْزِلَةِ مَا وَصَفْتُ لَكَ فِي الدُّورِ وَالْأَرْضِينَ عِنْدَ مَالِكٍ." ^{٦٥٣}

أما قسمة العين المشتركة، فتقسم من حيث اعتبار المال إلى قسمين: إما قسمة جمع، أو قسمة تفريق. ويرجع سبب التقسيم إلى طبيعة المال المراد قسمته، فقسمة التفريق تعني تقسيم العين الواحدة المشتركة إلى عقارات متميزة، بهدف الوصول إلى وحدة

^{٦٤٩} بدر الدين العيني، البناية شرح الهداية، ٤٢٦/١١.

^{٦٥٠} مصطفى الخن وآخرون، الفقه المنهجي، ٢٣٠/٨.

^{٦٥١} الكلوزاني، الهداية على مذهب الإمام أحمد، ٥٧٨/١.

^{٦٥٢} الماروي، الحاوي الكبير، ٢٥٥/١٦.

^{٦٥٣} الإمام مالك، المدونة، ٢٧٤/٤.

عقارية مستقلة." إذا قُسِمَتْ عَرَصَةٌ، وَكَانَ يُنْشَأُ أَبْنِيَةً، وَتُعْرَسُ أَشْجَارٌ، وَتُحْفَرُ بُئْرٌ فِي كُلِّ قِسْمٍ مِنْهَا، فَعَلَى هَذَا الْوَجْهِ تَكُونُ الْمُنْفَعَةُ الْمُقْصُودَةُ مِنَ الْعَرَصَةِ بَاقِيَةً.^{٦٥٤} وأما قسمة الجمع " تَقْسِيمُ الْأَعْيَانِ الْمُتَعَدِّدَةِ الْمُشْتَرَكَةِ، إِلَى أَقْسَامٍ، وَجَمْعُ الْحِصَصِ الشَّائِعَةِ فِي كُلِّ فَرْدٍ مِنْهَا، فِي أَحَدِ أَقْسَامِهَا".^{٦٥٥} فتصبح بعد ذلك العقارات ملكاً مستقلاً، تنقطع به علاقة الشركاء بعضهم عن بعض، ولذا اشترط الحنفية للأخذ بقسمة الجمع اتحاد الجنس، وعليه فلا يجوز إجراؤها عندهم عند اختلاف الجنس. وأما فيما يتعلق بقسمة الأموال غير المنقولة باعتبار ذاتها إلى قسمة أجزاء، أو تعديل، أو رد، يظهر ذلك في الأبنية ذات الطوابق، فالبناء الذي له علو وسفل تكون بالقيمة. ومن الآثار العملية للمسألة: "عمارة مشتركة بين اثنين، ذات ثلاثة أدوار، في كل دور عدد معين من شقق، وأرادا القسمة، فإنها تكون بالتعديل، أي بالقيمة، وهذا يعني أن أحد الشريكين قد يحصل على الدور الأول فقط، والثاني بقية العمارة؛ لاختلاف القيمة"، وبالعكس إذا كانت الأدوار الأعلى بقيمة أعلى لأسباب، فالسكن في الدور الأعلى مفضل، إما لأجل العلو نفسه، والنظر إلى ما حول المبنى كما في الفنادق، أو للبعد قليلاً عن ضجة الشوارع، أو للأغراض الصحية".^{٦٥٦}

2.10.1. أنواع القسمة

2.10.1.1. قسمة الأعيان (الرقبة): تنوعت قسمة العقارات إلى أنواع، بهدف إزالة عناء الشركة، وتمييزاً للحق، وتحقيقاً لمصلحة الشركاء من مفسد يغلب على الظن حدوثها، فيمكن أن تكون إفرازاً، أو تعديلاً، أو رداً، أو جمعاً وتفريقاً، جبراً أو تراضياً. والمقصود في الأعيان: "ما له قيام بذاته، بأن يتحيز بنفسه، غير تابع تحيزه لتحيز شيء".^{٦٥٧} وأما البناء والشجر فيتبعان القسمة، فالقسمة فكاً للملكية العقارية وتحريرها من تعلق ملك الغير بها، وتمر القسمة على مراحل، فمثلاً لو كان المال المشترك في أرض زراعية وداراً، فيأخذ أحد الشريكين الأرض، والآخر الدار، جاز ذلك في قسمة الإفراز الرضائية؛ لأنه عقد، سواء أكانت متحدة الجنس أم مختلفة، فقسمة الجمع الإجبارية لا تجري إلا في الأعيان المتحدة؛ فالاتحاد يحقق ما شرعت له، وهو إكمال المنفعة.

وإذا تعذر عدم إمكانية التسوية بين الشريكين، يُصار إلى قسمة التعديل، فهي لتحقيق المساواة بين الشركاء، فإذا كانت قيمة ثلث الأرض كقيمة الثلثين، جعل الثلث سهماً، والثلثان سهماً، ثم يُقرع بينهما؛ لأن الأراضي بطبيعة حالها تختلف أجزاءها، منها ما هو خصب قوي النباتات، ومنها ما هو ضعيف، وبعضها فيها أشجار وبناء، والآخر فارغ، مما تختلف فيه أجزاء الأرض بحسب طبيعتها. وأما قسمة الرد، فرد مال أجنبي عن ذات المقسوم، "كَأَنَّهُ يَكُونُ بِأَحَدِ الْجَانِبَيْنِ مِنَ الْأَرْضِ نَحْوُ بُئْرٍ، كَشَجَرٍ لَا يُمَكِّنُ قِسْمَتَهُ، فَيَرَدُّ أَجْزُهُ بِالْقِسْمَةِ قِسْطَ قِيمَةِ نَحْوِ الْبُئْرِ".^{٦٥٨} اللجوء إلى التعويض المالي في حال لم يكن في المال غير المنقول قسمة عادلة.

^{٦٥٤} علي حيدر، *درر الحكم*، ١٤٥/٣.

^{٦٥٥} علي حيدر، *درر الحكم*، ١٠٢/٣.

^{٦٥٦} سناد تسرنكتش، *المسائل الفقهية التي عليها الفتوى عند متأخري الحنفية جمعاً ودراسة*، إيش: أ.د. عبد الله بن عبد الواحد الخميس، ماجستير، جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، السعودية - الرياض، كلية الشريعة، (١٤٤٠هـ/١٤٤١هـ)، ٢٦٠.

^{٦٥٧} المناوي، عبد الرؤوف بن تاج العارفين، *التوقيف على مهمات التعاريف*، القاهرة - مصر: عالم الكتب، ٣٨ شارع عبد الخالق ثروت، ط١ (١٤١٠هـ/١٩٩٠م)، ٥٦/١.

^{٦٥٨} البجيرمي، محمد بن عبد الرحمن، *حاشية البجيرمي على الخطيب*، مصر: مطبعة الحلبي، د.م. ط. (١٣٦٩هـ/١٩٥٠م)، ٣٧٢/٤.

2.10.1.2.2. قسمة المنافع (المهاياة) دلت النصوص على مشروعية المهاياة ففي قوله ﷺ: «وَتَبَيَّنَ أَنَّ الْمَاءَ قِسْمَةٌ بَيْنَهُمْ كُلُّ شِرْبٍ مُحْتَضَرٌ»^{٦٥٩} وقوله ﷺ: «قَالَ هَذِهِ نَاقَةٌ لَهَا شِرْبٌ وَلَكُمْ شِرْبٌ يَوْمَ مَعْلُومٍ»^{٦٦٠} والمهاياة "مفاعلة من التهينة فَكَانَ أَحَدُهُمَا يُهَيِّئُ الدَّارَ لانتفاع صاحبه أو أحدهما يتهيأ للانتفاع بالدار حين فراغ شريكه من الانتفاع بها"^{٦٦١} ومن حيث محل استحقاق المنفعة، فلا ينعقد إلا في قسمة المنافع والأعيان. "المهاياة قسمة المنافع، وإنها جائزة في الأعيان المشتركة التي يمكن الانتفاع بها مع بقاء عينها"^{٦٦٢} والمهاياة جائزة استحساناً للحاجة إليها، وثبتت مشروعيتها بنص القرآن، والسنة، والإجماع، والمعقول. ومحل التهايو في القيميات لا المثليات، ليكون الانتفاع بها قائماً، وتكون إما بالتراضي أو التقاضي في الأعيان المشتركة متفقة المنفعة. عُرِفَت المهاياة لغةً: "الاتفاق بين اثنين في تناوب منفعة معينة"^{٦٦٣} وللفقهاء والقانونيين تعريفات كثيرة للمهاياة لم يخرجوا في تعريفهم عن المعنى اللغوي، وهي بمثابة: "اختصاص كلِّ شريك فيه بمشترك فيه عن شريكه زمناً معيناً، من متحدٍ أو متعدّد، ويجوز في نفس منفعته لا في غلته"^{٦٦٤}.

أما فيما يتعلق بتعرف رجال القانون للمهاياة: "قسمة وقية تقع على الانتفاع بالشيء الشائع، وتهدف إلى تنظيم الانتفاع به، وبمقتضاها يختص كل شريك إما بمنافع الشيء الشائع لفترة زمنية معينة تعادل حصته، وهو المهاياة الزمانية، أو بمنافع جزء مفرز محدد يوازي حصته، وهو المهاياة المكانية"^{٦٦٥}. ثم بيّن المالكية بأن العقار يُشترط أن يكون مملوكاً للطرفين أو للطرف، فالعقار المُعار لا يجوز قسمته مهاياة، ذلك أن المستعير قد يرجع في إعارته، فيفوت على الآخر الذي لم تأت نوبته حقه من الانتفاع "وَزَرَعَ أَرْضٍ مَأْمُونَةً (مملوكة) بَيْنَهُمَا يَزِرُ عَنْهُمَا كُلُّ مَدَّةٍ مُعَيَّنَةٍ وَلَوْ سِنِينَ كَثِيرَةً، بِخِلَافِ غَيْرِ الْمَأْمُونَةِ فَلَا يَجُوزُ قِسْمُهَا مُهَائَةً"^{٦٦٦} ومن حيث استغلال العين بعد الاتفاق على المهاياة، يرى الحنفية أنه لا يملك ذلك، "لأنَّ هذا النَّوعَ مِنَ الْمُهَائَةِ فِي مَعْنَى الْإِعَارَةِ، وَالْعَارِيَّةُ لَا تُوجَرُ"^{٦٦٧}. مما يعني أن المهاياة عند الفقهاء، له أهمية في بيان حدود تصرف المالكين للعقار.

المهاياة على الأعيان المشتركة من حيث الزمان والمكان على قسمين:

2.10.1.2.1. المهاياة الزمانية الانتفاع كل شريك، على التعاقب، بجميع العين المشتركة، مدة مساوية لمدة انتفاع صاحبه، فيتبادلون الأجزاء المشتركة غير القابلة للقسمة، ليكون الانتفاع موزعاً بينهم. وتُعرف المهاياة الزمانية: "كالدار المُشترَكة، أو المَحْزَن المُشْتَرَك، بأنَّ يَسْكُنَ أَحَدُ الشَّرِيكَيْنِ سَنَةً، وَأَنَّ يَسْكُنَ الْآخَرُ السَّنَةَ الْآخَرَى"^{٦٦٨}. يجعل الشريك مستقرضاً لنصيب شريكه، ولها حكم المبادلة على الراجح، وتُشترط لصحتها تعيين الوقت من الشهر واليوم، لأن الزمن عنصر أساسي فيها. "ولو أوصى بسكنى دار سنة، ولا مال له غيرها، فإنه يسكن ثلثها سنة، ويسكن الورثة الثلثين، لأن الدار يمكن قسمتها بالأجزاء"^{٦٦٩}. حتى أن الشافعية أجروا المهاياة الزمانية مجرى الإجارة في استيفاء الحق الزائد عن المدة المتفق عليها بين المتهايين: "وَمَنْ اسْتَوْفَى

^{٦٥٩} القمر ٢٨/٥٤.

^{٦٦٠} الشعراء ١٥٥/٢٦.

^{٦٦١} القاضي عبد النبي بن عبد الرسول الأحمدي نكري، جامع العلوم في اصطلاحات الفنون، بيروت: دار الكتب العلمية، ط١ (١٤٢١هـ/٢٠٠٠م) ٢٦٩/٣.

^{٦٦٢} ابن مازة البخاري، المحيط البرهاني في الفقه النعماني، ٣٧٩/٧.

^{٦٦٣} رينهارت بيتر أن دوزي، تكملة المعاجم العربية، ترجمه محمد النعيمي وآخرون، العراق: وزارة الثقافة والإعلام، ط١ (١٩٧٩م/٢٠٠٠م) ٣١/١١.

^{٦٦٤} النفراوي، أحمد بن غانم، الفواكه الدواني على رسالة ابن أبي زيد القيرواني، دم: دار الفكر، (١٤١٥هـ/١٩٩٥م) ٢٤٢/٢.

^{٦٦٥} سلطح، حمدي، أحكام قسمة المهاياة في القانون المدني والفقه الإسلامي، الإسكندرية: دار الجامعة، (٢٠٠٩م)، ٤٦.

^{٦٦٦} الصاوي، أبو العباس أحمد بن محمد الخلوئي، حاشية الصاوي على الشرح الصغير، دم: دار المعارف، دت، ٣٤٥/٨.

^{٦٦٧} الكاساني، بدائع الصنائع، ٣٣/٧.

^{٦٦٨} علي حيدر، درر الحكام درر الحكام مجلة الاحكام، ١٩٦/٣.

^{٦٦٩} السرخسي، المبسوط، ٣٣٤/٢٧.

رَأَيْدًا عَلَى حَقِّهِ، لَزِمَهُ أَجْرُهُ مَا زَادَ عَلَى قَدْرِ حَصَّتِهِ مِنَ الرَّأْسِ".^{٦٧٠} واختلف في المذهب المالكي في تحديد المدة فيما "ينقل ويحول أو لا ينقل ولا يحول، فأما فيما ينقل ويحول، فلا يجوز عند مالك وأصحابه في المدة الكثيرة دون اليسيرة، وأجاز فيما لا ينقل ولا يحول المدة البعيدة في الاستغلال والانتفاع".^{٦٧١}

2.10.1.2.2. المهايأة المكانية إفران العين المشتركة على وجه الاختصاص بنسبة حصته، ومحلها في الدور الكبيرة القابلة للقسم، فتكون المنافع معلومة بمكانها مع بقاء أصل الشركة، فهي بمثابة قسمة منفعة لا قسمة ملك، وتُعرف على أنها: "تخصيص كل واحد من الشريكين ببعض المال المشترك بنسبة حصته، فيتم الانتفاع معاً في وقت واحد"، ففي المهايأة في دار تجمع منفعة أحدهما في جزء من الدار، ومنفعة الآخر في جزء آخر".^{٦٧٢}

أو أن يسكن أحد الشريكين في الدور العلوي، والآخر في الدور السفلي، والدار بينهما. أما ما لا يقبل القسمة كالبيت الصغير، فلا تكون مهايأة مكانية لضيق المحل، فتصح زمانياً. والفرق بينها وبين الزمانية أن المال الشائع يبقى على حالته دون إفران، وإنما يُقسم زمن الانتفاع به. إن وضع كل واحد من المالكين يده على جزء من العقار ما هو إلا من قبيل المهايأة المكانية، والتي لا يمكن أن تنقلب إلى قسمة نهائية مهما طال الزمن عليها، بل تبقى مهايأة مؤقتة. وعلى الأشخاص الذين يريدون الخروج من الشيوع نهائياً في حال عدم اتفاقهم، مراجعة القضاء لإزالة الشيوع قضائياً. ومدة هذه القسمة يجب ألا تتجاوز الخمس سنوات، وبالتالي يجوز الاتفاق على أن تكون أقل من ذلك، لأن الغاية منها مؤقتة إلى حين الاتفاق على القسمة النهائية.

أما الفرق بين القسمة والمهايأة، بالرغم من أن المهايأة نوع من القسمة، إلا أن الفقهاء فرّقوا بين القسمة والمهايأة فيما يلي:

١. القسمة تجمع المنافع في زمان واحد، والمهايأة تجمع على التعاقب".^{٦٧٣}
٢. القسمة تُنهي الملكية الشائعة نهائياً، بينما المهايأة تُقسّم المنفعة فقط، وتبقى ملكية الشركاء للعين".^{٦٧٤}
٣. القسمة إفران لأحد الشريكين، بينما المهايأة معاوضة؛ لأنها استيفاء للمنفعة من مثلها في زمن آخر، وفيها تأخير لأحد الشريكين عن استيفاء حقه، بخلاف قسمة الأعيان".^{٦٧٥}

وللتهايؤ من حيث الاتفاق نوعان، إما أن يكون تهايؤاً رضائياً، أو قضائياً، فلو أن أحد الشريكين طلب أن يسكن في أول البيت، والآخر في مؤخره، أو طلب أحدهما أن يسكن الدار في الشهر الفلاني نفسه الذي طلبه شريكه، فإن الأصل أن يكون بينهما توافق، إن كان زماناً أو مكاناً، ولا يحق لأحدهما الانتفاع بالعقار دون إذن الآخر. " فَإِنَّ الْقَاضِيَ لَا يُجِيبُ أَحَدَهُمَا، إِذْ لَا رُجْحَانَ لِأَحَدٍ، وَإِنَّمَا يَأْمُرُهُمَا بِأَنْ يَتَّفَقَا".^{٦٧٦} فالتنازع بين المتهايين الأصل فيه التراضي، والتنازع بينهما، للقاضي دور في فصل المنازعات.

^{٦٧٠} أحمد سلامة القليوبي وآخرون، *حاشيتنا قليوبي وعميرة*، بيروت: دار الفكر، (١٤١٥هـ/١٩٩٥م)، ٣١٨/٤.

^{٦٧١} ابن رشد، *بداية المجتهد*، ٢٧٠/٢.

^{٦٧٢} وَهْبَةُ الرَّحِيلِي، *الفقه الإسلامي وأدلته*، ٤٧٧٣/٦.

^{٦٧٣} الزيلعي، *تبیین الحقائق*، ٢٧٥/٥.

^{٦٧٤} الدويك، محمد سامح الشيخ، *قسمة المال الشائع*، رسالة ماجستير، الجامعة الأردنية، عمان، (١٩٩٤م)، ١٠٧.

^{٦٧٥} المرادوي، *الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف*، ٣٣٩/١١.

^{٦٧٦} وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، *الموسوعة الفقهية الكويتية*، ٢٥١/٣٣.

النَّهَائِيُّ فِي الْمَكَانِ أَعْدَلَ وَفِي الزَّمَانِ أَكْمَلُ، فَلَمَّا اخْتَلَفَتْ الْجِهَةُ لَا بُدَّ مِنْ الْإِتِّفَاقِ".^{٦٧٧} أما الحنابلة، فقصرُوا المهايأة فقط على التراضي، دون الإيجاب: "المهايأة معاوضةٌ حقٌّ بحقٍّ، فلا يجبر عليها الممتنع".^{٦٧٨}

2.11. الوصية بالمال غير المنقول تصرف إرادي يفيد التملك للعين والمنفعة إلى ما بعد الموت بطريق التبرع فلا يظهر أثرًا ملزمًا إلا بعد وفاة الموصي، وهي من أصل الأحوال الشخصية، والحق في الثلث، وما زاد موقوف على إجازة الورثة لتعلق حقهم بتلك الزيادة. وهي ناشئة بإرادة واحدة، لكونها من عقود التبرعات، وبغير صيغة منجزة لتأخر حكمها إلى زمن الإضافة، متى كان الموصي له أهلاً لأن يملك. ثبتت مشروعية الوصية بالقرآن والسنة، ففي قوله تعالى ﴿يُوصِيكُمُ اللَّهُ فِي أَوْلَادِكُمْ﴾^{٦٧٩}، فالتوثيق يجعل منها وصية قانونية، فتكون: "وثيقة يُعلن فيها الشخص إرادته الأخيرة، وكيفية توزيع أمواله بعد موته".^{٦٨٠} وعرف الفقهاء الوصية على أنها "عقدٌ يُوجبُ حقاً في ثلث عاقده يُلزمُ بموْتِهِ أو نِيَابَتِهِ عَنْهُ بَعْدَهُ".^{٦٨١} والوصية بالعين، أو الدين، أو المنفعة من الأموال، شُرعت بشرط أن لا يكون فيها ظلمٌ للورثة، وشجعت السنة على تأكيد هذا المبدأ من حيث الاستعجال في كتابتها لمن أراد الوصية، قال ﷺ: «مَا مِنْ أَمْرٍ لَهُ مَالٌ يُرِيدُ أَنْ يُوصِيَ فِيهِ يَبِيتُ لَيْلَةً أَوْ لَيْلَتَيْنِ، إِلَّا وَصِيَّتُهُ مَكْتُوبَةٌ عِنْدَهُ». ^{٦٨٢}

وحتى يثبت تأثير الوصية في الميراث، يُشترط أن تكون مشروعة، فلو أوصى بمحرم فلا أثر لها ولا تصح. أما فيما يتعلق بصيغة الإيصاء والوصية، فلم تُفرق اللغة في صيغة عقد الوصية والإيصاء بين ما كان بمال أو الإيصاء للغير بإقامة وصي للنظر في شؤون الأولاد. "لا فرق بين المتعدي بنفسه أو باللام أو بـ(إلى)، فكلٌ منها يُستعمل بمعنى: جعلته وصياً، وإن التعدي بـ(إلى) يُستعمل بمعنى تملك المال".^{٦٨٣}

نظر الفقهاء إلى أصل المعنى، وقالوا بالتفريق بينهما، فأصبحت كتبهم تحتوي باباً يختص بوصية المال وسُمي باب الوصايا، وباباً يتعلق بوصية بنفوذ التصرفات وسُمي باب الإيصاء: "يُقَالُ أَوْصَيْتَ لَهُ أَيْ بِمَالٍ وَأَوْصَيْتَ إِلَيْهِ أَيْ جَعَلْتَهُ وَصِيًّا فَهُمَا مُخْتَلِفَانِ".^{٦٨٤} ومن حيث أثر اعتبارها في العقد، إما صحيحة أو غير صحيحة، ولازمة أو غير لازمة، ونافذة أو غير نافذة، ويرجع ذلك بحسب أحوالها، ويتأكد استحقاق الموصى له بموت الموصي، وتكون ملكية الوصية حال حياة الموصي غير مستقرة؛ لأن آثارها لا تظهر إلا عند مجيء الوقت، "لأن القبول حينئذ لا يقابل محلاً".^{٦٨٥}

وقبولها مثبت له كافة خصائص الملكية، التامة أو الناقصة، لكون الوصية عقداً، والموصى له طرفٌ فيه، ولكون صيغة القبول مظهراً لما في النفس من رغبة، ومُعَرِّفاً للملك، ومثبتاً له، وإرجاء قبولها أو ردها على التراخي لا على الفور، بشرط عدم الإضرار بالورثة، وقصرها على مقدار الثلث، بحيث لا يتجاوز الموصى به ثلث التركة، وهذا ما أجمع عليه الفقهاء، فقد قُيدت حرية الإيصاء بالرجوع إلى أسس شرعية، وأن الأصل في مفهوم الوصية في الإسلام هو باب من أبواب الإنفاق على الأقرباء

^{٦٧٧} البابرتي، *الغناية شرح الهداية*، ٤٥٨/٩.

^{٦٧٨} الشيباني، عبد القادر بن عمر بن عبد القادر، *نيل المآرب بشرح دليل الطالب*، تحقق: د. محمد سليمان الأشقر، الكويت: مكتبة الفلاح، ط ١ (١٤٠٣هـ/١٩٨٣م)، ٤٦١/٢.

^{٦٧٩} النساء ١١/٤.

^{٦٨٠} أحمد مختار عبد الحميد عمر، *معجم اللغة العربية المعاصرة*، دمشق: عالم الكتب، د.م، ط ١ (١٤٢٩هـ/٢٠٠٨م)، ٢٤٥٣/٣.

^{٦٨١} عليش، *منح الجليل شرح مختصر خليل*، ٥٠٣/٩.

^{٦٨٢} الترمذي، محمد بن عيسى، *السنن*، تحقق: أحمد محمد شاكر وآخرون، بيروت: دار إحياء التراث العربي، د.ت، ٤٣٢/٤.

^{٦٨٣} ابن عابدين، *حاشية رد المحتار على الدر المختار*، ٦٤٧/٥.

^{٦٨٤} الدسوقي، *حاشية الدسوقي على الشرح الكبير*، ٤٢٢/٤.

^{٦٨٥} السريتي، عبد الرحمن، *الوصايا والأوقاف والمواريث في الشريعة الإسلامية*، بيروت: دار النهضة، (١٩٩٧م)، ٣٣.

الذين لا يرثون، ولم تُشرع بقصد الإضرار بالغير، وقد أكدت الآية الكريمة عند بيانها لمشروعية الوصية، قال الله ﷻ: ﴿مَنْ بَعْدَ وَصِيَّةٍ يُوصُونَ بِهَا أَوْ دَيْنٍ﴾^{٦٨٦} مستنديين على حديث سعد بن أبي وقاص، إلى الرسول ﷺ، أنه قال: « جاءني رسول الله ﷺ، يعودني من وجع اشتد بي، فقلت يا رسول الله، إني قد بلغ بي من الوجع ما ترى وأنا ذو مال، ولا يرثني إلا ابنة لي، فأصدق بثلثي مالي، قال: كلا، فقلت، فالشطر، قال: كلا، قلت فالثلث يا رسول الله، قال: "الثلث، و الثلث كثير، انك أن تذر ورثتك أغنياء خير من أن تدعهم عالة يتكففون الناس».^{٦٨٧} مثبت للملكية، عيّنًا كان أم منفعة أم حقًا، وحتى تصح الوصية بالأعيان المالية، يشترط أن يكون محل التصرفات مالا متقوماً في شريعته، قابلاً للتملك، وفي غير معصية؛ لعدم اعتباره في نظر الشارع.

شُرعت الوصية لتكون قربة، وتصل خير دنيا الإنسان بخير آخرته، وتداركاً لما فات الإنسان قبل أن تفاجئه مقدمات الموت وينتهي أجله، والموصى له أشبه ما يكون بالخليفة والممثل له بعد موته، وامتداداً لملكه، فلو أوصى مسلم ببناء مسجد صحت وصيته، أما وصيته لبناء كنيسة أو ترميمها فهي وصية ملغاة لا اعتبار لها؛ لمنافاتها مقتضى ما شُرعت له، ولأن فيها إعانة على المعصية، وإن كانت متقومة في شريعتهم، لكون المال الموصى به يُشترط ألا يُصرف في جهة معصية، " ويبطل الإيصاء بمعصية كأن يوصي ببناء مسجد أو مدرسة في أرض محبسة على دفن الأموات فيها".^{٦٨٨}

2.11.1. الوصية بالأعيان تتكون معينة الوجود، ومعينة للموصي له، وقد تكون وصية للمعدوم بالأعيان، كما إذا أوصى بقطعة أرض زراعية لطفل في بطن أمه، فإذا وُلد ملك الأرض، فلو مات من أوصى له بالأعيان كالأرض أو الدار بعد دخول العين في ملكه ومات، انتقل نصيبه لورثته من بعده. وتجوز بوقف العين، كمن أوصى بوقف عين. ومما يجب الانتباه إليه أن الفقهاء حين قسموا الوصية بالأعيان، والوصية بالمنافع، إنما لغاية تفريق كلٍّ منها عن الآخر، وما يترتب على كليهما من آثار للعقد. فمما يميز الوصية بالأعيان عن الوصية بالمنافع جملةً من الأحكام، وهي على النحو الآتي:

١. "كلاهما وصية، يوصي بها الشخص قبل وفاته، ولا تنفذ إلا بعدها.
٢. كلاهما لا ينفذ إلا في الثلث ما ترك المتوفي (الموصي)، أما إذا تجاوزا الثلث، فلا بد من إجازة الورثة لتنفيذهما، فالفقهاء متفقون على أن الوصية في الأعيان والمنافع تصير ثلثها محلاً لاستيفاء هذا الحق، إلا بالاستثناء على زيادة الثلث، وهذه الزيادة راجعة لإجازة الورثة.
٣. الوصية بالأعيان أشمل من الوصية بالمنافع، لأنّ الوصية بالمنافع مقتصرة على ملك المنفعة، دون ملك الرقبة".^{٦٨٩}
٤. الوصية بالأعيان هي وصية برقبة الشيء، وصية تملكيّة، أما الوصية بالمنافع فلا تنتقل بها ملكية العين الموصى بها، بل إنّها تجيز له الانتفاع بها دون تملك رقبتها، فتظل الرقبة في الموصى فيه أشبه برخصة الانتفاع بالعين الموصى بها.
٥. تأخذ الوصية بالأعيان والمنافع الأحكام التكليفية الخمسة، من كون المال الموصى به يشترط فيه أن يكون متقوماً، ولا تصح الوصية ببناء كنيسة".^{٦٩٠}

^{٦٨٦} النساء ١٢/٤.

^{٦٨٧} ابن حبان، صحيح ابن حبان، ٣٨٤/١٣.

^{٦٨٨} الدردير، الشرح الكبير، ج ٤ / ٤٢٧.

^{٦٨٩} البطاوي، وليد فوزي خلف إبراهيم، الوصية بالأعيان، دم، ديت، ٨٧.

^{٦٩٠} الرحيباني، مصطفى السيوطي، مطالب أولي النهى في شرح غاية المنتهى، دمشق: المكتب الإسلامي، (١٩٦١م)، ٤٨٤/٤.

2.11.2. الوصية بالمنافع الوصية بالمنافع تشمل ما يأتي: الوصية بالمنافع المحصنة للعين، كسكنى الدار، وزرع الأرض، وركوب السيارة، ونحو ذلك، والوصية ببذل تلك المنافع، كأجرة الدار، والأرض، والسيارة، والوصية بما يخرج من العين، كثمره البستان، والشجر. وقد اتفق الفقهاء على جواز الوصية بالمنافع، ونقل اتفاقهم ابن المنذر، وابن رشد، وبيّن من خالفهم كابن شبرمة، وابن أبي ليلى، وأهل الظاهر، فقال: "وَاخْتَلَفُوا فِي الْمَنَافِعِ، فَقَالَ جُمْهُورُ فَقَهَاءِ الْأُمُصَارِ ذَلِكَ جَائِزٌ، وَقَالَ ابْنُ أَبِي لَيْلَى وَابْنُ شَبْرُمَةَ، وَأَهْلُ الظَّاهِرِ الْوَصِيَّةُ بِالْمَنَافِعِ بَاطِلَةٌ".^{٦٩١} وحجتهم انقطاع الملك بالموت، والوصية بعد الموت تصرف في مال الوراثة؛ لأن ملك الرقبة لهم، والمنفعة تابع لملك الرقبة. أما ابن المنذر، فقد حكى إجماع الفقهاء ونقله، فقال: "وأجمعوا على أن الرجل إذا أوصى بغلة بستانه، أو بسكنى داره، أو خدمة عبده، تكون من الثلث".^{٦٩٢}

يختلف اصطلاح الحنفية بالمراد بالمنافع عن اصطلاح الحنابلة، فيرى الحنفية أن المنافع ما يقابل الأعيان، وأكد هذه المقابلة ما ذكره ابن الهمام: أن الفقهاء بعد بيانهم لأحكام الوصية بالأعيان، يشرعون في بيان أحكام الوصية بالمنافع. "لِمَا أَنَّ الْمَنَافِعَ بَعْدَ الْأَعْيَانِ وَجُودًا".^{٦٩٣}

واعتباراً على ذلك، لم تُعتبر الثمار ومحاصيل الأرض مما تشمله المنافع، لأنها أعيان مستقلة، فالوصية بها كالوصية بالأعيان؛ لأن الموصي إذا أفرد المنفعة بالتملك بواسطة الوصية، فقد جعلها مقصودة، وله هذه الولاية بحكم الشارع، فلا تكون في هذه الحال تبعاً لملك العين، بل تصير أصلاً بنفسها، ولا تكون تبعاً لملك العين".^{٦٩٤} بينما يرى الحنابلة أن مفهوم الوصية بالمنافع تتناول جميع منافع الأعيان المفردة صحيحة. "وَتَصِحُّ الْوَصِيَّةُ بِالْمَنْفَعَةِ الْمَفْرَدَةِ عَنِ الرَّقَبَةِ لِأَنَّهُ يَصِحُّ تَمْلِكُهَا بِعَقْدِ الْمُعَاوَضَةِ".^{٦٩٥} متولداً منها أم غير متولد كسكنى الدار وزراعة الأرض وحقوق الارتفاق وثمره الأشجار وأجرة الأعيان، وبناءً على ذلك صحت الوصية بجميع منافع العين وبيعها، ومن يملك الكل يملك البعض، فلما أن يكون مالكا للعين ومنفعتها أو مالكا للمنفعة وحدها، كأن يقول الموصي: أوصيت بسكنى هذه الدار لمن سيولد من ابني محمد، فإن الموصي لهم لا يستحقون إلا المنفعة دون العين، أي أن ملكها لورثة الموصي.

الوصية بالمنفعة على ثلاث أنواع:

١. **الوصية المؤبدة** يُقصد بها: "استيعاب الوصية منفعة العين مدة بقاء تلك العين".^{٦٩٦} يستحق الموصى له بالوصية المعينة والموصوف المحصور الانتفاع بمنفعة العين مدة حياته اتفاقاً، فالحنفية يرون أن ملك المنفعة ينتهي بموت الموصى له. "فَإِنْ مَاتَ الْمُوصَى لَهُ عَادَ إِلَى الْوَرَثَةِ لِأَنَّ الْمُوصَى لَهُ اسْتَوْفَى مَا أُوصِيَ لَهُ بِهِ مِنَ الْمَنَافِعِ عَلَى مَلِكِ الْمُوصَى".^{٦٩٧} وتبطل الوصية وترجع إلى الورثة "لأن المنفعة بعد وفاة الموصى له من حقها انتقالها إلى ورثة الموصي".^{٦٩٨} على أن المنافع تنتقل بطريق الورثة إلى ورثة الموصى له، وأما إن كانت لغير محصورين، أي لا

^{٦٩١} ابن رشد، *بداية المجتهد*، ١٢٠/٤.

^{٦٩٢} ابن المنذر، *الإجماع*، تحقق: فؤاد عبد المنعم أحمد، الرياض: دار المسلم للنشر والتوزيع، د.م، ط ١ (١٤٢٥هـ/٢٠٠٤م)، ١/٧٦.

^{٦٩٣} ابن الهمام، *فتح القدير*، ٣٨٤/٢٤.

^{٦٩٤} الكاساني، *بداية الصنائع*، ٣٥٢/٧.

^{٦٩٥} البهوتي، *كشاف القناع*، ٣٧٣/٤.

^{٦٩٦} النووي، *روضة الطالبين*، ١٨٦/٦.

^{٦٩٧} الموصلي، عبد الله بن محمود بن مودود، *الاختيار لتعليل المختار*، تعليق: الشيخ محمود أبو دقيقة، القاهرة: مطبعة الحلبي، ط ١ (١٣٥٦هـ/١٩٣٧م)، ٧٠/٥.

^{٦٩٨} الروياني، *بحر المذهب*، ٢٠٧/٧.

يُظن انقراضهم كالفقراء والمساكين، أو لجهة بر كالمساجد والمدارس، فلأنه ليس لهذه الجهات حياة ولا مدة محدودة تنتهي بها الوصية.

٢. **الوصية المطلقة** هذا النوع من الوصية حكمه حكم الوصية بالمؤبدة، من كون انتهاء الانتفاع مؤقتاً بحياة الموصي له إن كان محصوراً، ومؤبداً إن كانت لجهات البر.

٣. **الوصية المؤقتة** مُحددة ببداية ونهاية، أو محددة المقدار مجهولة الوقت، ومبنى اعتبار المدة خلاف بين الفقهاء؛ فيرى فريق احتساب مدة الانتفاع تبدأ عند موت الموصي، كمن "أوصى رجل أن يُترك كرمه ثلاث سنوات للمساكين، ثم مات ولم يحمل الكرم شيئاً مدة ثلاث سنين من بعد وفاته، قيل: تبطل الوصية".^{٦٩٩} وفريق آخر يرى احتساب المدة من تمكّن الموصي له من الانتفاع.

2.11.3. **الوصية بالغلة والثمرة** يرتبط المال غير المنقول بالغلة والثمرة كونهما نتاجاً للمال غير المنقول، ويختلف حكم كل واحدٍ منها على حسب الأثر المترتب على الوصية، وتكون في مقابل المنفعة المقصودة من الأعيان، والثمرة في مقابل الخارج من الأعيان المنقولة وغير المنقولة. "الغلة شاملة لنسل الحيوان، وغلة الثمار، وغلة العقار"^{٧٠٠} قال ابن شاس: "الوصية بالمنافع، وغلة البستان وثمرته صحيحة".^{٧٠١} واختلف الحنفية وجمهور الفقهاء في كيفية الاحتساب فالفترة ما بين الموت وقبول الوصية يكون المال على ذمة التركة ومراد الفقهاء من ذلك بيان متى يثبت أثر النماء من الغلة والثمرة في المال غير المنقول فكان عندهم ما حدث قبل القبول وما حدث بعد القبول باعتبار أن الموت هو بداية نشوء الحق والقبول للوصية تأكيد للحق.

غلة وثمره العقار: فجمهور الفقهاء يرون بأن الموصى له، من حين وفاة الموصي، له الحق في الغلة أو الثمرة القائمة وقت الوفاة وما يستجد منها مستقبلاً. ووافق الحنفية الجمهور في غلة الدار، لكنهم خالفوا في ثمرة الأرض من حيث وقت استيفاء الحق، إذ جعلوه محدداً بوقت وفاة الموصي، وعليه لا يحق للموصى له ما يحدث من ثمرات بعد الوفاة. وحجتهم في ذلك: "أن الثمرة إذا أطلقت أريد بها الموجود لا المعدوم".^{٧٠٢}

يرى الحنفية أن وقت ثبوت ملك الوصية للموصى له يكون عند موت الموصي وبعد القسمة والتسليم، وعلى هذا الاعتبار قالوا إن المال النامي الذي يُوصى به في الفترة ما بعد الموت، وقبل القسمة والتسليم هو على ملك الموصي، سواء أكان موصى به أم كان لغيره، لأنه حدث قبل انعقاد سبب الملك. وقالوا إن النماء الحادث من الأصل بعد الموت والقسمة والتسليم يثبت بواسطة ملك الأصل، وحجتهم في ذلك: "الزِيَادَةُ إِنْ صَارَتْ مُوصًى بِهَا صَارَتْ كَالْمَوْجُودَةِ عِنْدَ الْعَقْدِ".^{٧٠٣}

أما المالكية، فنظروا في احتساب النماء الحادث من العقار إلى ما كان بعد الموت، وقبل قبول الوصية، وبعد قبول الوصية، لأنه حدث قبل القبول، وإن كان بعد الوفاة، وبعد القبول ثبت ملكه على الحادث "ما أثمرت النخل بعد موت الموصي وقبل النظر

^{٦٩٩} البلخي، *الفتاوى الهندية*، ١٢٣/٦.

^{٧٠٠} الخرشي، محمد بن عبد الله، *مختصر خليل*، دار الفكر للطباعة- بيروت، دت، ١٦٩/٨.

^{٧٠١} ابن شاس، أبو محمد جلال الدين عبد الله بن نجم، *عقد الجواهر الثمينة*، تحقق: أ. د. حميد بن محمد لحمر، بيروت - لبنان: دار الغرب الإسلامي، ط١ (١٤٢٣هـ/٢٠٠٣م)، ١٢٢٨/٣.

^{٧٠٢} عبد الودود السريتي، *أحكام الوصايا والأوقاف*، ٧٩.

^{٧٠٣} الكاساني، *بدائع الصنائع*، ٣٨٥/٧.

في الثلث؛ فالثمرة للموصى له لا تقوم مع الأصل، إنما يقوم مع الأصل بعد موت الموصي الولادة وشبهها^{٧٠٤} لأن الزيادة حصلت بعد القبول، وبهذا الاعتبار نظروا فيه إلى أن القبول شرط لثبوت ملك الوصية، وأن العقد لا بد له من طرف يقابل الإيجاب الصادر من الموصي، وأن الموت هو بداية التملك الذي يستقر ويثبت بالقبول في ملك الموصى له.

والمشهور عن الشافعية أن نماء الحادث من العقار بعد موت الموصي وقبل قبول الموصي له، على ملك الموصي حتى يقبلها. "الوصية باقية على ملك الموصي بعد موته حتى يقبلها الموصي له، فتدخل في ملكه بقبوله، وينتقل إليه عن الموصي، لأن الوصية تملك كالمراث^{٧٠٥} أما الحنابلة قالوا: اعتبار زوائد العقار الموصى به وقت الموت وقبل قبول الوصية، على ملك الورثة. يبقى "إذا حَدَّثَ للموصي به نَمَاءٌ مُنْفَصِلٌ بَعْدَ مَوْتِ الْمُوصِي، وَقَبْلَ الْقَبُولِ، كَالثَّمَرَةِ وَالنَّجَاحِ وَالْكَسْبِ، فَهُوَ لِلْوَرَثَةِ عَلَى الْمَشْهُورِ وَعَلَى الْوَجْهِ الْآخِرِ الَّذِي يَجْعَلُ ملك الموصي له من وقت الموت يكون ذلك للموصي له لا للورثة^{٧٠٦}."

إحداث الزيادة في الموصى به، كما لو كانت الأرض الموصى بها خالية، فغرس بها أشجاراً أو نخيلاً، أو أحدث طابقاً، فإن الزيادة لا تدخل في الوصية، وتبقى على ملك الورثة، ويشاركون معه في الغلة بنسبة نصيبهم في العين. وإذا تصرف في العين الموصى بها على أن جدد بناءها، وغيره على شكل غير ما كانت عليه، كأن تكون بيتاً فهدمها وأعاد بناءها مصنعاً أو شققاً سكنية، ففي هذه الحالة يشترك الورثة، وضابط التمييز في ذلك من كون الزيادة الحادثة في العقار مما يستقل بنفسه، وكان لها قيمة بعد فصلها، مع الموصى له في العين، أما الأرض فتبقى للموصى له.

إحداث الزيادة في الموصى به، كما لو كانت الأرض الموصى بها خالية، فغرس بها أشجاراً أو نخيلاً، أو أحدث طابقاً، فإن الزيادة لا تدخل في الوصية، وتبقى على ملك الورثة، ويشاركون معه في الغلة بنسبة نصيبهم في العين. وإذا تصرف في العين الموصى بها على أن جدد بناءها وغيره على شكل غير ما كانت عليه، كأن تكون بيتاً فهدمها وأعاد بناءها مصنعاً أو شققاً سكنية، ففي هذه الحالة يشترك الورثة، وضابط التمييز في ذلك من كون الزيادة الحادثة في العقار مما يستقل بنفسه، وكان لها قيمة بعد فصلها، مع الموصى له في العين، أما الأرض فتبقى للموصى له.

وأما الزيادة المتولد من أصل العقار: "إِذَا أُوصِيَ بِغُلَّةٍ بُسْتَانِهِ أَبَدًا، فَحَدَّثَ فِي الْبُسْتَانِ شَجَرًا مِنْ أَصُولِ النَّخِيلِ وَأَثْمَرَ، دَخَلَتْ غُلَّةُ ذَلِكَ فِي الْوَصِيَّةِ"^{٧٠٧} والحنفية يفرقون بين ملكية الغلة والثمرة عند موت الموصي، وسبب التفريق من دلالة كلٍّ منها، فالثمرة "اسم للموجود عرفاً، فلا يتناول المعلوم إلا بدلالة زائدة، كالتنصيص على الأبد.." والغلة: الموجود وما هو بعرضية الوجود مرة بعد أخرى^{٧٠٨} أما دخولها على ملك الموصي له بعد وفاة الموصي، وبين الثمرة فتثبت غلة العقار حالاً أو مستقبلاً، وفي غلة الثمرة التي يعتبرونها اسماً للموجود عرفاً، يشترطون وجوده عند موت الموصي حتى تثبت في ملك الموصي له، وعليه يدخل في ملكه ثمرة البستان الحاضرة دون الثمرة المستقبلية، إلا إذا اشترط الموصي تأبيد الثمرة، فإن الموجود والعدم سواء.

^{٧٠٤} ابن عرفة، محمد بن محمد ابن عرفة الورغمي، **المختصر الفقهي**، تحقق: د. حافظ عبد الرحمن محمد خير، د.م: مؤسسة خلف أحمد الخبتور للأعمال الخيرية، ط (١٤٣٥هـ/٢٠١٤م)، ١٠/٤٩٩.

^{٧٠٥} النووي، **المجموع**، ١٥/٤٣٣.

^{٧٠٦} ابن قدامة، **المغني**، ٦/١٥٨.

^{٧٠٧} البلخي، **الفتاوى الهندية**، ٦/١٢٣.

^{٧٠٨} منلا خسرو، **درر الحكام شرح غرر الأحكام**، ٢/٤٤٥.

2.11.4. الوصية بالحقوق العينية الهدف من ذلك إيقاع الوصية على حق عيني عقاري تكون الوصية في الولايات مثل الولاية على القُصَّر من الورثة، والولاية على تزويج البنات، كما تكون الوصية في الأموال النقدية والعينية التي تنتقل بالإرث كحق الشرب، والمجرى، والمسيل، والتعلي. وبجواز الوصية بحق التعلي، كذلك تصح الوصية بالحقوق التي تُقدَّر بمال مثل حقوق الارتفاق، والمرور، والشرب، والمسيل^{٧٠٩}. ويعتمد الحنفية على طريقتين لتحديد الثلث في الحقوق العينية.

١. "أن تضم إلى أقرب أرض إليه فينظر بكم تشتري معه وبدونه فيكون فضل ما بينهما قيمته
٢. الأولى أن يُسأل المُقَوِّمون من أهل ذلك الموضع: أن العلماء لو اتفقوا على جواز بيعه مُنفَرِّداً، بكم يُسْتَرَى؟ وما يُقدَّر به يُعتَبَر من الثلث"^{٧١٠}.

2.11.5. وقت ثبوت الملكية الموصى بها لقد أحاط الفقه الإسلامي حق الملكية بحماية كبيرة، لكونه من أهم الحقوق العينية التي يتمتع بها الإنسان، كما أنه يكتسي مكانة هامة ومقدسة في مجتمعنا، لذا تولى الفقه بيان نطاق الملكية ووسائل حمايتها، وكذا القيود التي ترد عليها، وجَرَّم الاعتداء عليها. ويُعتَبَر كُلُّ من الوصية والميراث سبباً لكسب الملكية وبعض الحقوق العينية الأصلية بسبب الوفاة، وفي كليهما تتحقق الخلافة في المال للوارث أو الموصى له، وذلك بهدف حماية حق الورثة، فالوصية والميراث يقتربان كسبب من أسباب كسب الملكية ويفترقان في الأحكام. هي فترة ما بعد وفاة الموصى بالوصية إلى وقت قبول الموصى له، وخلال هذه الفترة قد ينشأ في الملك الموصى به أعيان حادثة ومتولدة ومستخرجة، فالحنفية اعتبروا بأن هذه الزوائد الناتجة من الأعيان خلال فترة التوقف من توابع العين الموصى بها. "لأنَّ الموصى له مُلْكُهُ بِمُلْكِ الْأَصْلِ فَيَكُونُ مَضْمُونًا بِالْإِتْلَافِ"^{٧١١} ولا تستقل الزوائد عن الأعيان بالتمليك قبل الموت، وبناءً على هذا اختلف الفقهاء في وقت ثبوت الملكية، من حيث وقت تقدير التركة، ومن حيث ملكية الزوائد المستقلة بنفسها وغير المستقلة، فالشافعية يضعون حدًّا لملكية الأعيان الحادثة والموصى بها بعد موت الموصى، فقالوا: "فَلَوْ أَوْصَى لَهُ بِأَرْضٍ، وَفِيهَا بِنَاءٌ وَشَجَرٌ خَالَ الْوَصِيَّةِ دَخَلَ فِي الْأَرْضِ بِخِلَافِ مَا لَوْ حَدَثًا بِغَيْرِ فِعْلِ الْمَالِكِ"^{٧١٢}. ففرَّقوا بين الملك الحادثة من جهة الموصى، وبين الزائد الحادثة بأفة سماوية، بأن يُلقى السيل البذور فتنبت، فلا يدخل، لأن الوصية يُشترط أن تكون معلومة القدر والمساحة والكمية عند كتابتها، وعلى غير ذلك، فللوارث حقُّ به، فصورة المسألة: حصول نماء حادث بعد كتابة الوصية وقبل موت الموصى، وهذا متفق عليه بأن الملك ما زال بيد الموصى.

وعند الحديث عن هذه المسألة، كثيراً ما نرى الفقهاء يذكرون أشياء لا بد للورثة من التقيد بها، من حيث وقت ثبوت الملكية، ومن حيث قبولها، فالملكية يقررون أن وقت ثبوت ملكية المال غير المنقول الموصى به يبدأ بعد الموت، ويعتبرون قبول الوصية هو كاشف له، وقد ذكر ابن هبيرة أن إجماع الفقهاء منعقد على وقت ثبوت ملكية المال الموصى به، وأنه يبدأ بعد الوفاة، فقال: "وَأَجْمَعُوا عَلَى أَنَّ لِرُزْمِ الْعَمَلِ بِالْوَصِيَّةِ إِنَّمَا هُوَ بَعْدَ الْمَوْتِ"^{٧١٣}، ولكن خلاف الفقهاء فيما بينهم: هل مجرد موت الوارث كافٍ لثبوت ملكية العقار الموصى به، أم أن الملكية متوقفة على تأكيد الحق، إما بالقبول، وإما بالرفض؟ وعليه دار خلاف بين الفقهاء،

^{٧٠٩} جرادة، نضال جمال، الوصية على مذهب الإمام أبي حنيفة النعمان، دم: دين، دبت، ٥/١.

^{٧١٠} الأتاسي، محمد جميل، شرح المجلة العدلية، اعتنى بما فات المؤلف نشره من المواد ولده مفتي حمص محمد طاهر الأتاسي، حمص: مطبعة حمص، ط١ (١٣٥٢هـ/١٩٣٣م)، ١٩٤/٤.

^{٧١١} الكاساني، بدائع الصنائع، ٣٣٠/٧.

^{٧١٢} ابن حجر الهيتمي، تحفة المحتاج، ٤٣٩/٤.

^{٧١٣} ابن هبيرة، يحيى بن محمد الذهلي، اختلاف الأئمة العلماء، تحق: السيد يوسف أحمد، لبنان: دار الكتب العلمية، ط١ (١٤٢٣هـ/٢٠٠٢م)، ٧٠/٢.

لا نريد أن نذكره حتى لا يطول الموضوع، فمنهم من كان يرى بأن الملكية ثابتة بمجرد الموت، ولا داعي لتأكيد المال بالموافقة أو الرفض، ومنهم من قالوا بأن الملكية متوقفة على القبول، ولكل قولٍ منهم رأيه.

أما في القانون الأردني كما في المادة 1125 فقد جعل القبول شرطاً لتأكيد الحق فقال: "الوصية تنصرف إلى تكوين حقٍ عيني أو شخصي والقبول بعد الوفاة شرطاً للزوم الوصية".^{٧١٤} فحتى تُعد الوصية تصرفاً ناقلاً للملكية العقارية، لا بد من بيان نية الموصي له من حيث القبول أم الرفض، وهذا الرفض أو القبول يحتاج إلى أن يكون مكتوباً كتابةً رسمية، وأن تكون موثقة، فهي تصرف قانوني ناقل للملكية، فلا يُكتفى بالكتابة العرفية، مما يعني أن الوصية بعد الوفاة وقبل القبول لا تخضع أحكامها للنفذ، فتبقى موقوفة إلى حين قبولها. فالشافعي في كتابه "الأم" بَوَّبَ باباً فقال: "الْوَصِيَّةُ لِلرَّجُلِ وَقَبُولُهُ وَرَدُّهُ".^{٧١٥} وابن قدامة له كذلك: "فَصْلٌ: لَا يَمْلِكُ الْمُوصِي لَهُ الْوَصِيَّةَ إِلَّا بِالْقَبُولِ".^{٧١٦} وكل ذلك يدل على أن وقت ثبوت حقه من قبوله.

2.12. وقف المال غير المنقول من التصرفات المالية ذات الطبيعة الخاصة، ومن قابليته هذا النوع من الأموال للاستغلال والانتفاع المستمر، ويعتبر نظام الحبس في الإسلام متأصلاً في الحضارة الإسلامية، أساسه قائم على التكافل، وحكم الوقف أنه قرابة مستحب في الإسلام، والناظر في الوقف يرى أنه يتصل بالأصول الثابتة، والأصول الثابتة منها ما كان بصنع البشر، ومنها ما هو ثابت أصالة كالأرض والشجر، وقد أوقف جمع من الصحابة الكرام كأبي بكر، وعمر، وعثمان، وعلي، وعائشة أم المؤمنين رضي الله عنهم، "كلهم وقفوا الأوقاف".^{٧١٧} يكاد ينعقد الإجماع على جوازه ومشروعيته، فوقف عمر - رضي الله عنه - الأرض المفتوحة عنوة، ولم يقسمها على الفاتحين. ذكر البخاري باب أوقاف أصحاب النبي ﷺ: "جَعَلَ ابْنُ عُمَرَ نَصِيْبَهُ مِنْ دَارِ عُمَرَ سَكُنَى لِذَوِي الْحَاجَةِ مِنْ آلِ عَبْدِ اللَّهِ"^{٧١٨} بخلاف وقف المنقول فالخلاف فيه مشهور، وإن كان الصواب أنه مشروع كالعقار تماماً. والوقف، من العقود اللازمة، بمجرد القول ينعقد، فلا يجوز فسخه؛ لقوله ﷺ: «لَا يُبَاغُ أَصْلُهَا وَلَا يُوهَبُ وَلَا يُورَثُ»^{٧١٩} فبعد انعقاد الوقف، لا يصح بيعه وفسخه؛ لأنه مؤبد، ولا يُنَاقَلُ به. والوقف هو ما خُصِّصَ ابتداءً أو مآلاً لوجوه البر والإحسان. والأصل في الأموال أن تكون قابلة للتداول بمختلف التصرفات، إلا أن هناك نوعاً من الأموال لا يجوز التصرف في أصلها، الذي يُخرجها عن دائرة المعاملات الناقلة للملكية، فيظل موقوفاً على جهة خيرية، لينتفع بريعه على سبيل الدوام والاستمرار، بشرط أن لا يكون له حق التصرف في أصله، إلا بمقدار ما يبقى على أصله. وتختلف أنواع الوقف باختلاف كل نوعٍ منها:

١. "الوقف باعتبار أنشطته.
٢. الوقف باعتبار فئات المستفيدين منه.
٣. الوقف باعتبار غرضه (الوقف الذري، الوقف الخاص).
٤. الوقف باعتبار الجهة الواقعة (الوقف العام، الوقف الخاص).
٥. الوقف باعتبار مدته يُقسم إلى: وقف مؤبد، وهو جائز عند الجمهور، ووقف مؤقت، جائز عند البعض.

^{٧١٤} شموط، حسن تيسير عبد الرحيم، *أحكام الوصية في الفقه الإسلامي مقارناً بقانون الأحوال الشخصية الأردني*، مج ١، ٣٦٤ (٢٠١٠م)، ١٥.

^{٧١٥} الشافعي، *الأم*، ١٠٢/٤.

^{٧١٦} ابن قدامة، *المغني*، ١٥٦/٦.

^{٧١٧} القرطبي، *الجامع لأحكام القرآن*، ٣٣٩/٦.

^{٧١٨} البيهقي، أبو محمد الحسين بن مسعود، *شرح السنة*، تحق: شعيب الأرناؤوط وآخرون، دمشق: المكتب الإسلامي، ط ٢ (١٤٠٣هـ/١٩٨٣م)، ٢٨٩/٨.

^{٧١٩} البخاري، *صحيح البخاري*، ١٢/٤.

٦. الوقف باعتبار طبيعته: كوقف الاستعمالي للعقار (عقار سكني)، أو وقف الاستغلالي (أرض زراعية)^{٧٢٠}.

كانت الأوقاف عبر التاريخ الإسلامي إحدى دعائم البناء الاجتماعي والاقتصادي، من خلال تمييز وتنمية أموال الوقف، مما ساهم في المحافظة عليه من الخراب والدمار، والوقف يعتبر نظاماً قائماً بذاته، فهو من التبرعات المتصف بالديمومة والاستمرار، على الرغم من اختلاف الفقهاء في تعريفه، فعُرف لغةً على أنه: "الحبس والتسبيل وَوَقْفُ الضَّيْعَةِ هُوَ حَبْسُهَا عَنْ تَمْلُكِ الْوَاقِفِ وَغَيْرِ الْوَاقِفِ وَاسْتِغْلَالُهَا لِلصَّرْفِ إِلَى مَا سُمِّيَ مِنَ الْمَصَارِفِ وَلِذَا سُمِّيَ حَبْسًا"^{٧٢١}.

وجاء تعريف الوقف في الاصطلاح بعدة تعاريف تختلف بحسب ما يتصوره كل مذهب من المذاهب واتجاهاتهم. فعرف عند أبي الحنفية بـ "حَبْسُ الْعَيْنِ عَلَى مِلْكِ الْوَاقِفِ وَالتَّصَدُّقُ بِالْمَنْفَعَةِ"^{٧٢٢}. أو ثمرته، أو غلته، أو ريعه، وهو أقرب التعاريف إلى ألفاظ الحديث الشريف: "حبس رقبة العقار عن الامتلاك والتداول، وتخصيص ثمرته في سبيل المقاصد العامة كالمساجد والمدارس"، لأنهم المصروف العام. وكان أول وقف تاريخي في الإسلام هو مسجد قباء، أسسه النبي ﷺ عند قدومه مهاجراً إلى المدينة. والإسلام ينظر إلى الوقف كمؤسسة ذات شخصية حكومية، لها ذمة مالية وأهلية، وهو من التصرفات المنعقدة بالإرادة المنفردة. وللوقف، كغيره من العقود، تجب له شرائط، هما: شرائط الصحة، وشرائط النفاذ.

يرى الإمام أبي حنيفة وزفر أن الوقف غير لازم وهو في حقيقته تبرع بالمنفعة دون العين وعلى قولهم بهذا يرى أن الموقوف يورث عن الواقف ويحل ورثته محله في حق الرجوع "وأما الحبس فاختلف أهل العلم في جوازه: فذهب مالك - رَحِمَهُ اللَّهُ - وجميع أصحابه وأكثر أهل العلم إلى إجازة الحبس ومنع منه أبو حنيفة وأصحابه عن الوقف واستدلوا لذلك بقوله ﷺ: «لَا حُبْسَ بَعْدَ سُورَةِ النَّسَاءِ»"^{٧٢٣}. والحديث أجمع أهل التخريج على ضعفه رواه الطبراني، لأن "فِيهِ عَيْسَى بْنُ لَهْيَعَةَ، وَهُوَ ضَعِيفٌ"^{٧٢٤}. ووجده الدلالة عندهم أن الجاهلية كانت تحبس المال والنساء عن الورثة، وبعد نزول سورة النساء، التي اشتملت على بيان الميراث، وأن الوقف منع للورثة من الوصول إلى حقوقهم المشروعة بآيات الميراث الواردة في سورة النساء، والحديث عام، فيدخل الوقف في ذلك: "أراد أنه لا يُقَفُّ مَالٌ، وَلَا يُزَوَّى عَنْ وَارِثِهِ"^{٧٢٥}. وأما عند جمهور الفقهاء، من المالكية والشافعية والحنابلة والصاحبين، فالوقف عندما يصدر عن الواقف يكون لازماً وملزماً له منذ صدوره، فيخرج عن ملك الواقف، وينقطع تصرفه فيه، ولا يمكن الرجوع عنه؛ لأن ملكية الواقف تسقط عن العين الموقوفة في كل تصرف تملكي، لتبقى ثمرته مصراً للجهة الموقوف عليها. وقوله ﷺ: حبس الأرض يقتضي "التأبيد وانتفاء الرجوع فيه"^{٧٢٦} فأصبح الحديث يقصد به "غير متصرف فيه تصرف

^{٧٢٠} المصري، رفيق يونس، *الأوقاف فقهاً واقتصاداً*، سورية: دار المكتبي، ط ١ (١٤٢٠هـ/١٩٩٩م)، ٢٨.

^{٧٢١} الجرجاني، علي بن محمد بن علي الزين، *التعريفات*، بيروت: دار الكتب العلمية ط (١٤٠٣هـ/١٩٨٣م) ٢٥٣/١، النسفي، *طلبة الطلبة*، المطبعة العامرة، مكتبة المثنى- ببغداد (١٣١١هـ) ١٠٥/١ وكتاب *طلبة الطلبة* أول كتاب لغوي فقهي، جمع فيه مؤلفه معاني الألفاظ والكلمات التي استعملها الفقهاء الأحناف، فهو يورد المصطلحات الفقهية الواردة في الفقه الحنفي، ولا يرجع على باقي المذاهب فيما ذهبت إليه في اصطلاحاتها، فهو يخص الفقهاء الأحناف أكثر من غيرهم.

^{٧٢٢} ابن الهمام، *فتح القدير*، ٢٠٣/٦.

^{٧٢٣} البيهقي، *السنن الكبير*، ٢٧٠/١٢.

^{٧٢٤} ابن حجر الهيتمي، أبو الحسن نور الدين علي، *مجمع الزوائد ومنبع الفوائد*، بيروت: دار الكتب العلمية، (١٤٠٨هـ/١٩٨٨م)، ٢/٧.

^{٧٢٥} ابن الأثير، *النهاية في غريب الحديث والأثر*، ٨٧٢/١.

^{٧٢٦} أبو محمد عبد الوهاب، أبو محمد عبد الوهاب، علي بن نصر الثعلبي البغدادي، *المعونة على مذهب عالم المدينة*، رسالة دكتوراه، جامعة أم القرى، مكة المكرمة، المكتبة التجارية، دت، ١/ ١٥٩٢.

الْوَاقِفِ" ٧٢٨.

من أراضيه في سبيل الله، والأمثلة كثيرة، لا مجال لسردها.

ونظيره وقف المصاحف والكتب وأمتعة المسجد وفرشها.

للمنتفاع به".^{٧٣٣} وألا يكون جهة يُحرّم الوقف عليها في الشريعة الإسلامية، " فلا يكون في ذلك الوقف وقفٌ على معصية من

^{٧٢٧} أبو بكر الدميّاطي، *حاشية إعانة الطالبين*، ١٥٨/٣.

^{٧٢٨} ابن قدامة، *المغني*، ٦ / ٣.

٢٢٩ ضياء الدين الجندي المالكي المصري، **التوضيح في شرح المختصر الفرعي لابن الحاجب**، تحقق: د. أحمد بن عبد الكريم نجيب، مركز نجيبويه للمخطوطات وخدمة التراث، د.م، ط١ (١٤٢٩هـ/ ٢٠٠٨م)، ٢٧٩/٧.

^{٧٣٠} البخاري، صحيح البخاري، ٤ / ٤١.

^{٧٣١} ابن نُجَيم، *الأشباه والنظائر*، ١/١٢١.

٧٣٢ ابن عابدين، رد المحتار، ٣٦٣/٤.

٢٣٣ السدلان، صالح بن غانم بن عبد الله بن سليمان بن علي، *رسالة في الفقه الميسر*، المملكة العربية السعودية، وزارة الشؤون الإسلامية والأوقاف والدعوة والإرشاد، ط١، (١٤٢٥هـ)، ١/ ١١٤.

المعاصي".^{٧٣٤} مع شرط أن يكون في الموقوف على جهة لا تنقطع، وأن يكون "معلومًا، وأن تكون جهة خيرٍ ويَرى يُحتسب الإنفاق عليها قربةً لله تعالى".^{٧٣٥} ويجوز أن يكون الموقوف عقارًا أو أسهماً، ويشترط في العين الموقوفة "أن لا يتلف بالانتفاع به مثل النقود والمأكول والمشروب دوام الانتفاع به"^{٧٣٦} فمقتضى الوقف أن يقوم المرفق الوقفي بنشاطه وتقديم خدماته على سبيل الدوام والاستمرار دون انقطاع، "أن يكون الموقوف دائماً صالحاً للاستثمار، وذلك بفضل ما يوفره من ضمانات التعمير، أو البديل في حال تخريبه وأيلولته إلى حال لا يُستفاد منه فيها".^{٧٣٧}

2.12.2.1. أن يكون مفرزاً بالنظر لما للوقف من أحكام خاصة به تتمثل في التأييد، ومن كونه لا يجوز بيعه، والمفرز يكون المال غير المنقول مستقلاً في الملكية والحدود والاختصاص، وقد يطرأ على المال غير المنقول بعض الأشياء التي قد تمنع عند بعض الفقهاء من نفاذ الوقف، كانهقاد الحصة الشائعة، فلا يمكن قبضها بسبب الشيوع. وقد ذهب محمد بن الحسن إلى اشتراط ألا يكون الموقوف في حصة شائعة يحتل القسمة فيها "لا يصح وقف المشاع"^{٧٣٨}، خلافاً لأبي يوسف الذي يرى اعتبار الوقف في العقار القابل للقسمة وغير القابل، أي خالياً من كل حق ينافي وقفه؛ لأن العقار الموقوف سيخرج بالوقف من الملكيات إلى ملكية معينة. "وَلَوْ وَقَفَ نَصْفَ أَرْضٍ، أَوْ نَصْفَ دَارٍ مُشَاعًا عَلَى الْفُقَرَاءِ فَذَلِكَ جَائِزٌ فِي قَوْلِ أَبِي يُونُسَ".^{٧٣٩} في حين ذهب الحطاب من الملكية إلى جواز وقف العقار غير المفرز، سواء كان شائعاً أو غير شائع، بشرط أن يكون مما يقبل القسمة: "يصح وقف المشاع والمقسوم من العقار، كالرباع وغيرها، كما هو معلوم".^{٧٤٠}

2.12.2.2. أن يكون مملوكاً لا يصح وقف الأراضي الأميرية؛ لأن من شرائط الوقف ملكية الرقبة، والأراضي الأميرية ليس لأصحابها إلا حق الانتفاع بها، وأن يكون واقف العقار مالكا له رقبة ومنفعة "وَجَبَ أَنْ يُخْرَجَ عَنْ مَلِكِهِ وَيَخْلُصَ لِلَّهِ تَعَالَى وَيَصِيرَ مُحَرَّرًا عَنِ التَّمْلِكِ لِيَسْتَدِيمَ نَفْعُهُ"^{٧٤١}، إلا أن منهم من أجاز أن لا يكون واقف العقار مالكا له، بل يجوز وقف الرقبة والمنفعة، ويجوز وقف المنفعة مستقلاً عن الرقبة، فمن استأجر بيتاً أو شقة أو أرضاً لمدة معينة، ثم أوقفها خلال تلك المدة، فجاز. "لَوْ اسْتَأْجَرَ إِنْسَانٌ دَارًا لِيَسْكُنَهَا فَكَمَا يَجُوزُ لَهُ سُكْنُهَا يَجُوزُ لَهُ اسْتِئْجَارُ غَيْرِهِ إِنِّيَاهَا".^{٧٤٢} فإذا جاز للمستأجر التصرف وإسكان غيره، فمن باب أولى جواز وقف منفعة مدة الاستئجار، علماً أن الوقف باب من أبواب التصديق والبر، وقد يحل مشكلة لأفراد وجماعات أو أحياء ينتفع منها. ومن جهة حال المنتفع بالعقار الموقوف، فما يهمه هو الانتفاع بالعين الموقوفة، سواء أكانت العين الموقوفة موصى بها أو مستأجراً لها، فلا يختلف عليه من حيث استيفاء منفعة العقار، وهو متحقق في جميع الصور التي ذكرناها.

^{٧٣٤} مصطفى الخن وآخرون، *الفقه المنهجي*، ٢١/٥.

^{٧٣٥} سعيد حوى، *الأساس في السنة وفقهها*، د.م، دار السلام للطباعة والنشر والتوزيع والترجمة، ط١ (١٤١٤هـ/١٩٩٤م)، ٢٤٧٣/٥.

^{٧٣٦} <https://mail.arab-ency.com.sy/law/details/164180>.

^{٧٣٧} منظمة المؤتمر الإسلامي، *مجلة مجمع الفقه الإسلامي التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي*، ٥١/١٢.

^{٧٣٨} القدوري، أحمد بن محمد بن أحمد بن جعفر بن حمدان، *التجريد*، تحقق: مركز الدراسات الفقهية والاقتصادية، د. محمد أحمد سراج و د. علي جمعة، دار السلام - القاهرة، ط٢. (١٤٢٧هـ/٢٠٠٦م)، ٣٧٩٤/٨.

^{٧٣٩} السرخسي، *المبسوط*، ٣٦/١٢.

^{٧٤٠} الكشناوي، أبو بكر بن حسن بن عبد الله، *أسهل المدارك*، بيروت، دار الفكر، ط٢، د.ت، ١٠١/٣.

^{٧٤١} الموصلي، *الاختيار لتعليق المختار*، ٤١/٣.

^{٧٤٢} علي حيدر، *درر الحكام*، ٣٩٠/١.

2.12.3. وقف المرهون والمستأجر وقف المرهون والمستأجر، صورتها اجتماع حقين لجهتين؛ فالعقار المرهون هو إثبات للمرتهن حقاً لأجل استيفاء دينه، والوقف إثبات لجهة أخرى حقاً، لذا لزم إجازة الوقف من المرتهن، أو أن يُجمع بينها لكون حق المرتهن في مالية العقار لا عينه، والوقف في عينه وماليتيه، فإذا كان له مال آخر أمكن استخلاص دينه منه، نُفذ وقفه في المرهون، وأُجبر على وفاء الدين. "أن في وقف الراهن للمرهون إبطاً لحق المرتهن، فيُحرم، والوقف قُربة، ولا يُتقرب بالمحرّمات وإسقاط الحقوق".^{٧٤٣} فالبيت أو الأرض المشغولة بالرهن لا تصح أن تكون محلاً للوقف؛ لأن الحق محمّل بحق الغير والقاعدة الفقهية: "أن المشغول لا يشغل".^{٧٤٤} إلا إذا "إذا وقف الراهن الرهن بإذن المرتهن فلا خلاف في جوازه، لأن ذلك حق للمرتهن أسقط بالإذن بوقفه".^{٧٤٥}

أما فيما يتعلق بالعقار المستأجر، فيُفرّق بين تأجير العقار الموقوف ووقف العقار المستأجر؛ فالأول يجوز، لأن "منفعة مملوكة للموقوف عليه، فجاز له إجارته للمستأجر".^{٧٤٦} وأما فيما يتعلق بوقف العقار المستأجر، فلا يملك المستأجر وقف منفعة العين المستأجرة عند الحنابلة "فمالك المنفعة دون الرقبة كالمستأجر لا يصح وقفه، لكن لو وقف المستأجر بناءً أو غراساً في أرض مستأجرة له جاز".^{٧٤٧}

2.12.4. حق القرار نظم الفقه الإسلامي الأحكام الشرعية المتعلقة باستغلال الوقف والمحافظة عليه من الخراب، واستغلاله استغلالاً نافعاً، وإعادة استصلاحه، فكان للمستأجر الحق بالانفراد بالسلطة على العقار الموقوف طيلة مدة العقد، ويعرف حق القرار على أنه الحق "المرتّب على الأرض الموقوفة بإجارة مدّية تعقد بإذن القاضي، يدفع فيها المستحكر لجانب الوقف مبلغاً يقارب قيمة الأرض، ويرتب مبلغ آخر ضئيل، يستوفى سنوياً لجهة الوقف".^{٧٤٨} فالأوقاف تشكل العصب الحيوي لاستغلال المال، إذ كانت الدول الإسلامية تعتمد على غلات الوقف ومنافعه، ثم توسعت دائرة اهتمام الأوقاف، مما ظهر تنوع في الحقوق العينية على العقارات الموقوفة، سواء كانت أوقافاً أميرية أو خاصة، ذلك أن فلسفة الإسلام في حكمة تشريع الوقف مبنية على استغلاله وتطويره وتوفير المنافع لكل محتاج وفقير، ففي الخراج لأبي يوسف. "كُتِبَ عُمَرُ بْنُ عَبْدِ الْعَزِيزِ إِلَى عَبْدِ الْحَمِيدِ بْنِ عَبْدِ الرَّحْمَنِ أَنْ أَنْظِرَ الْأَرْضَ وَلَا تَحْمِلْ خَرَابًا عَلَى عَامِرٍ وَلَا عَامِرًا عَلَى خَارِبٍ، وَأَنْظِرَ الْخَرَابَ؛ فَإِنْ أَطَاقَ شَيْئًا فَخُذْ مِنْهُ مَا أَطَاقَ وَأَصْلِحْهُ حَتَّى يُعْمَرَ، وَلَا تَأْخُذْ مِنْ عَامِرٍ لَا يَحْتَمِلُ شَيْئًا، وَمَا أَجْدَبَ مِنَ الْعَامِرِ مِنَ الْخَرَاكِ فَخُذْهُ فِي رَفْقٍ وَتَسْكِينٍ لِأَهْلِ الْأَرْضِ".^{٧٤٩}

من هنا، جاءت الشريعة الإسلامية بحل لهذه المشكلات عن طريق إنشاء عقود تنظم العلاقة بين الدولة والفرد، بهدف تحقيق المصلحة العامة للمجتمع المسلم، فظهرت جملة من العقود، وكلها عقود تعقدها الدولة مع أحد أفراد رعيّتها، تدفعه إلى أن يقوم باستثمارها وتنميتها وإحيائها بالبناء والزراعة، تحقيقاً للغاية التي شرع من أجلها الوقف، المتمثلة بتحقيق الانتفاع للناس. من هنا،

^{٧٤٣} المشيخ، خالد بن علي بن محمد، *الجامع لأحكام الوقف والهبات والوصايا*، قطر، وزارة الأوقاف الإسلامية، (١٤٣٤هـ/٢٠١٣م)، ٣٩٦.
^{٧٤٤} الأسمرى، صالح، *مجموعة الفوائد البهية على منظومة القواعد البهية*، تحقيق: متعب بن مسعود الجعيد، دم، دار الصميعي للنشر والتوزيع، ط١ (١٤٢٠هـ/٢٠٠٠م)، ١١٩/١.

^{٧٤٥} الصقيه، أحمد بن عبد العزيز، *استثمار الوقف دراسة فقهية تطبيقية*، إشراف: أحمد محمد بن أحمد الصالح، رسالة دكتوراه، جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، (١٤٢٨هـ/١٤٢٩هـ)، ١١٥.

^{٧٤٦} اليهودي، منصور بن يونس، *الروض المربع*، دار المؤيد - مؤسسة الرسالة، دم، دت. ٤١٢/١.

^{٧٤٧} الأسنوي، جمال الدين عبد الرحيم، *المهمات في شرح الروضة*، تحقيق: أبو الفضل الدميّطي وآخرون، المغرب، مركز التراث الثقافي، ط١ (١٤٣٠هـ/٢٠٠٩م)، ٢٢٤/٦.

^{٧٤٨} وهبة الرّحيلي، *الفقه الإسلامي وأدلّته*، ١٠/ ٧٦٨٢.

^{٧٤٩} أبو يوسف، *الخراج*، ٩٩/١.

دعت الحاجة إلى بيان التصرفات الواقعة على الأملاك الوقفية حفظاً وتنميماً، بهدف ضمان استمرارية الوقف من جهة، وتحقيق الغرض الذي شرع من أجله من جهة أخرى، ويقصد بالأراضي والأبنية الوقفية التي لم تعد صالحة للزراعة والغراس، أي التي أصبحت معطلة عن الإنتاج والنماء.

أشار ابن عابدين الحنفي إلى اعتبار الحاجة سبباً لجواز إجارة العين الموقوفة. "إِذَا أُخْتِيجَ إِلَى عِمَارَتِهِ (أي العقار) مِنْ أُجْرَتِهِ يُؤْجَرُهُ الْحَاكِمُ مُدَّةً طَوِيلَةً بِقَدَرِ مَا يُعْمَرُ بِهِ".^{٧٥٠} وهذا الحق يعتبر مخرج طوارئ عند تعرض الأملاك الوقفية للعطب مع عجز في الموارد المالي لدى متولي الوقف أو بيت مال المسلمين من إعادته إلى صورته الأولى، فيصار إلى إبرام عقد إجارة طويل الأجل، غايته المحافظة على ما تبقى من المال الوقفي، بهدف حماية هذه الأموال من الإهمال والاندثار. فكانت هذه العقود عنصر من العناصر المساعدة على تحريك عجلة الاستثمار، والأصل في الأملاك الوقفية أنها لا تقبل التفويت أو نقل ملكيته للغير، لهذا عمد الفقه الإسلامي إلى وضع عدة شروط بهدف حماية الأوقاف والحفاظ على المصلحة التي أنشئت من أجلها، إلا في حالات استثنائية، مما أدى إلى اختلاف فقهي كبير بين فقهاء الإسلام، ويرجع ذلك إلى طابعه الديني، والطابع الاجتماعي الذي يتسم به هذا النوع من الأموال، والتصرفات المتعلقة بالأموال الوقفية تشمل أماكن إقامة الشعائر، وما وقف عليها من أملاك، وتتمتع الأملاك الوقفية بالشخصية الاعتبارية، فيجري عليها جميع التصرفات القانونية الهادفة إلى الحفاظ عليها، كالمعاوضات، والأكرية، وبيع منتج الأشجار.

2.12.4.1. الجكر يُعتبر الإيجار من أهم العقود الشرعية التي ترد على أعيان الوقف، وجاء تعريف الجكر لغَةً: "العقار المَحْبُوس".^{٧٥١} ولا يخرج المعنى الاصطلاحي عن اللغوي، فكذا جاء تعريف الجكر على أنه: "عقد إجارة يقصد به استبقاء الأرض للبناء والغراس، أو لأحدهما".^{٧٥٢} ونظراً لتنوع الأوقاف من أراضي وأبنية ومحلات تجارية، كان من أفضل الأساليب لاستغلال وتنمير هذه الأملاك من خلال طريق تأجيرها. "الجكر من أقدم الحقوق العينية، ابتكرها الفقهاء للاستغناء بها عن بيع الوقف أو استبداله".^{٧٥٣} كانت مصر من أكثر الدول أحكاراً للأراضي، وفي عهد الانتداب البريطاني على فلسطين "أنشئ المجلس الشرعي الإسلامي دائرة الأراضي والأحكار".^{٧٥٤} وعُرف على أنه: "عقد إجارة يقصد به استبقاء الأرض للبناء والغراس أو لأحدهما".^{٧٥٥}

فهو عقد ينشأ على منفعة أرض وقفية خالية غير منتفع بها، يعطي صاحبها الحق في حبس العين الموقوفة لمصلحته مدة طويلة بهدف الاستفادة منها والمحافظة على أعيانها واستثمار مواردها، إما بزراعتها ومما ينتج منها، أو البناء عليها بمختلف أنواع العقارات. فهو أداة علاجية للحالة المرضية التي تعاني فيها الأراضي من قلة الاهتمام بها، وأكثر وقوعه في الأملاك الوقفية. والعقد كغيره من العقود، إلا أن إيجار الملك الوقفي يخضع لنفس الأركان والشروط في الإيجار العادي، ولكن نظراً لخصوصية هذه الأموال باعتبارها نظاماً قائماً بذاته، فإنه يستقل ببعض القواعد الخاصة به من حيث أطراف العقد، ومحل عقد الإيجار،

^{٧٥٠} ابن عابدين، حاشية رد المختار، ٤/٤٠١.

^{٧٥١} إبراهيم مصطفى، المعجم الوسيط، ١/١٨٩.

^{٧٥٢} قدري باشا، مرشد الحيران، ١/٩٦.

^{٧٥٣} منذر قحف، الوقف الإسلامي تطوره إدارته تنميته، سورية، دار الفكر، ط٢ (٢٠٠٦م)، ١٤٣.

^{٧٥٤} صالح الحويش، أحكام عقد الجكر في الفقه الإسلامي، رسالة دكتوراه، جامعة أم القرى، مكة المكرمة، (١٤٢٧هـ)، ١١٨.

^{٧٥٥} قدري باشا، مرشد الحيران، ١/٩٦.

ومدته، وإدارة وتسيير الأملاك الوقفية. "فالأرض الموقوفة إذا ضعفت عن الغلة، وتعطل انتفاع الموقوف عليهم بالكلية، ولم يوجد من يرغب في استئجارها لإصلاحها، أو من يأخذها من مزارعة، جاز تحكيره".^{٧٥٦}

2.12.4.2. الكدك لفظ معربة أصلها تركي جرى استعمالها في العهد العثماني ينشأ العقد على الأملاك العقارية المهمة عن الإنتاج يقصد بها "أعيان مملوكة للمستأجر يحدثها في العقار تكون متصلة بالأرض، أو بناء، أو غراساً، أو تركيباً على وجه القرار، هي أموال متقومه، تباع ويورث، ولأصحابها بها حق القرار، ولهم استبقاؤها بأجر المثل".^{٧٥٧} أعيان من المنقولات تضاف إلى العقار، كالرفوف والبكارج التي توضع في حانوت لوضع أدوات الحلاق لخدمة عقار الوقف، سميت الكدك أو الجدك، وإن كانت أعياناً مثبتة على وجه القرار مما لا ينقل ولا يحول، ويكون في أرض الوقف أو في الملك الخاص.

"مَا يُثْبِتُ فِي الْحَاثُوتِ عَلَى وَجْهِ الْقَرَارِ مِمَّا لَا يُنْقَلُ وَلَا يُحَوَّلُ أَوْ يُطْلَقُ عَلَى مَا يُوضَعُ فِي الْحَاثُوتِ مُتَّصِلًا لَا عَلَى وَجْهِ الْقَرَارِ، كَالْخَشَبِ الَّذِي يُرَكَّبُ بِالْحَاثُوتِ"^{٧٥٨}

2.12.4.3. المسكة (الكردار) مشد المسكة مصطلح استعمله متأخرو المذهب الحنفي، يقصد به استحقاق الزراعة في أرض الغير، وصورتها إضافة أعيان منقولة مملوكة إلى أرض الوقف. فالحق الناشئ في الأراضي الزراعية، على عكس الجكر، فإنه أعم، يشمل المباني والأراضي، أو حق لمستأجر الأرض في البقاء بسبب ما له فيها من زراعة وحرث. وغالباً ما تكون الأرض لبית مال المسلمين أو أراض عامة تكون ملكاً للدولة "وَهُوَ أَنْ يُحْدِثَ الْمَزَارِعَ وَالْمُسْتَأْجِرُ فِي الْأَرْضِ بِنَاءً أَوْ غَرْسًا أَوْ كَيْسًا بِالْأُتْرَابِ بِإِذْنِ الْوَاقِفِ أَوْ النَّاطِرِ فَتَبْقَى فِي يَدِهِ".^{٧٥٩}

وقد جرى العرف في الشام، في غير المسقف، أن ما كان في الأراضي السلايخ يسمونه مسكة، وما كان في الأراضي المشجرة يسمونه قيمة، كالبساتين، أو لها تعريف آخر، وهي "عبارة عن استحقاق الحرث في أرض الغير، المعبر عنها بحق القرار، فكان المتسلم للأرض، المأذون له من ربحها في الحرث، صار له مسكة يتسمك بها".^{٧٦٠}

وتسمى في بعض البلدان بالأراضي الأميرية، أو أراضٍ مؤجرة ضمن أحكام خاصة، أو أراضي الوقف. يقوم المنتفع بعمارتها أو زراعتها بالأشجار المثمرة، أو يقوم بكبس الأرض، وذلك بنقل التراب الذي يصلح للزراعة، أو بشق مجاري المياه فيها أو إليها، أو حفر الآبار، وهكذا. ومن حيث أحكام ملكيتها، مبنية على أوامر سلطانية أفتى بها علماء الدولة العثمانية، منها: "أَنَّهَا لَا تُورَثُ، وَإِنَّمَا تُوجَّهُ لِلْأَيْنِ الْقَادِرِ عَلَيْهَا دُونَ الْيَنْبُتِ وَعِنْدَ عَدَمِ الْإِبْنِ تُعْطَى لِلْيَنْبُتِ، فَإِنْ لَمْ تُوجَدْ فَلِلْأَخِ لِأَبٍ، فَإِنْ لَمْ يُوجَدْ فَلِلْأَخْتِ السَّاكِنَةِ فِي الْقَرْيَةِ، فَإِنْ لَمْ تُوجَدْ فَلِلْأُمِّ".^{٧٦١} وهذه المسألة من مسائل ملك المنفعة؛ لأنه حق مجرد ينتقل إلى الأبناء، لا على سبيل الميراث، بل بمعنى الأسبقية، فهي من قبيل توريث المنفعة لا الرقبة.

^{٧٥٦} باشا، محمد قدري، **قانون العدل والإنصاف للقضاء على مشاكل الأوقاف**، اعتنى به ووضع فهارسه عبد الله نذير أحمد مزي، مكة المكرمة، مؤسسة الريان، ١، (١٤٨٢هـ/٢٠٠٧م)، ٢٠١.

^{٧٥٧} قدري باشا، **مرشد الحيران**، ٩٧/١.

^{٧٥٨} وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، **الموسوعة الفقهية الكويتية**، ١٩٦/٣٤.

^{٧٥٩} ابن عابدين، **رد المحتار**، ٥٢٢/٤.

^{٧٦٠} الشطي، محمد أفندي، **القواعد الحنبلية في التصرفات العقارية**، د.م، مطبعة الترقى، (١٣٤٧هـ/١٩٢٩م)، ٤.

^{٧٦١} ابن عابدين، **رد المحتار**، ٥٢٣/٤.

2.12.4.4. المرصد يرتبط الإرصاء بالوقف الإسلامي بفكرة دينية محضة، على عكس المؤسسات الأخرى فإنها تقوم على حوافز فردية أو وظيفية، ورد تعريف لغوي له على أنه "مبلغ من المال يصرفه مستأجر حانوت من حوانيت مؤسسة خيرية بإذن من مدير المؤسسة لتعمير الحانوت وإصلاحه، بحيث أن هذا المبلغ يبقى مُرَصِّداً له على الحانوت، أي له حق المطالبة به".^{٧٦٢}

وأكثر من اعتنى بهذا الموضوع من المذاهب الفقهية هو المذهب الحنفي، وللمذهب الحنفي نقولات كثيرة، فمثلاً الإمام ابن نجيم الحنفي ألف كتاباً وسماه "التحفة المرضية في الأراضي المصرية".^{٧٦٣} وذكر الإقطاع والإرصاء والوقف: "ذَيْنَ عَلَى الْوَقْفِ يَقُولُ أَجْرُهُ بِسَبَبِهِ".^{٧٦٤} أو قد تعرف على أنها: "هُوَ أَنْ يَسْتَأْجِرَ رَجُلٌ عَقَارَ الْوَقْفِ مِنْ دَارٍ أَوْ حَانُوتٍ مَثَلًا، وَيَأْذَنَ لَهُ الْمُتَوَلَّى بِعِمَارَتِهِ أَوْ مَرَمَّتِهِ الضَّرُورِيَّةِ مِنْ مَالِهِ عِنْدَ عَدَمِ مَالٍ حَاصِلٍ فِي الْوَقْفِ".^{٧٦٥} فيكون اتفاق بين إدارة الوقف أو الناظر وبين المستأجر يقوم بإصلاح الأرض وعمارته، ونفقاتها دين مرصد على الوقف في الذمة، باعتبار أن للوقف شخصية اعتبارية يستطيع سداد دينه منه. وفي أواخر الحكم العثماني في بلاد الشام، اصطلح على "إثبات المرصد لدى القاضي الحنبلي الذي يرى صحة ذلك، ثم ينفذ حكمه الحاكم الحنفي".^{٧٦٦}

وهو عقار محمل بدين ولا يوجد غلة تعمر ما خرب أو تَجَدَّدَ بِنَاءُهُ منه وأكثر من يستخدم هذا المصطلح متأخرو فقهاء المذهب الحنفي تشجيعاً منهم وتطوير وسائل تعمير الوقف بهدف رعايته مصالح الوقف عن الخراب فيقوم شخص وينفق على الوقف من ماله فيعيده إلى حالته السابقة ويكون ثمن انفاقه بدل أجره العقار مقتطعة مسبقاً مما دفعة لقاء تعميره وترميمه ويكون صاحب المرصد له بعد تعميره للبناء أو الأرض ديناً على الوقف فلا يجوز له بيعه ولا هبته أو التصرف فيه بالتصرفات الناقلة للملكية إنما له الحق في مطالبة متولي الوقف عوضاً عما دفعه مقابل الإصلاح في حال أراد المتولي إخراج صاحب المرصد لزم المتولي تعويض صاحب المرصد عوضاً عما دفعه. وبهذا يسعى صاحب المرصد إلى جعل العقار محلاً صالحاً للانتفاع به.

ذكر الشيخ عمر حلمي في كتابه "اتحاف الاخلاف في كتاب الأوقاف"^{٧٦٧}، هو كتاب ألف باللغة التركية وترجمه الأستاذ كامل الغزي، رتب على شكل مواد قانون، وله أركان كغيره من العقود من طرفين ومحل وصيغة، كالوقف، فيكون المرصد ومرصد عليه ومحل المرصد وصيغة المرصد. وهناك فروق بين الوقف والإرصاء، وهي:

١. يقع الإرصاء على المنفعة دون العين، لأن العين ليست مملوكة للواقف.
٢. الإرصاء متغير الهدف والمصلحة، فقد يتغير من مصلحة إلى مصلحة أخرى بحسب ما تقتضيه حاجة العقار المرصد.

يعتبر الإرصاء هو الصيغة الإسلامية للترست في المفهوم الغربي، وهو العمل الخيري الذي يعتبر المفهوم الأقرب للوقف الإسلامي وحبس المال، وعرف الترست TRUST "علاقة أمانة يعهد من خلالها شخص لشخص آخر الإشراف على مال

^{٧٦٢} رينهارت بيتر آن دوزي، *تكملة المعاجم العربية*، ١٥٣/٥.

^{٧٦٣} فهرس المخطوطات العربية في المكتبة الوطنية النمساوية، تحقق وتعليق: محمد عايش، الناشر: مؤسسة سقيفة الصفا العلمية، جدة - المملكة العربية السعودية، ط ١ (١٤٢٩هـ / ٢٠٠٨م)، عدد الصفحات: ٥٥٥.

^{٧٦٤} ابن عابدين، *رد المحتار*، ٢٦/٦.

^{٧٦٥} وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، *الموسوعة الفقهية الكويتية*، ٢٧٨/١٩.

^{٧٦٦} الحنبلي، شاكرك، *موجز في احكام الأوقاف*، ب.د، دم، دب، ١٢١.

^{٧٦٧} عمر حلمي بن عبد الرحمن قرين أبادي، وكتب هذا الكتاب باللغة العثمانية ترجم الكتاب للغة العربية تركيا إسطنبول (ولد في ت ١٣٠٧هـ).

مخصوص، وذلك لمصلحة طرف آخر مستفيد^{٧٦٨}. وهناك مسميات أخرى: الأمانات الخيرية، وتطورت إلى أقسام بحسب الهدف من الترسد كالترسد التعليمي، والترسد الخيري، والترسد العام. وهذا النظام يشبه نظام الوقف إلى حد كبير، والترسد "الترسد من مالك الأصل بنقل ذلك الأصل تحت إدارة شخص معين يسمى الأمين، والعائد الناشئ من استغلال الأصل وتنميته واستثماره يكون لصالح المستفيدين، فإن لم يوجد مستفيدون بأعيانهم كانت الغلة والمنفعة لأغراض يحددها القانون".^{٧٦٩}

الإرصاد على عكس الوقف، لأنه لم تكتمل شروطه لكون الموقوف يشترط فيه أن يكون مملوكًا، وفي الإرصاد لا يكون صاحب المُرصد مالكًا له. ومما يختلف الإرصاد عن نظام "الترسد الخيري الغربي كون أصل النشأة التي نشأ منها الوقف دينيًا وبموجب نصوص الوحي، وصاحب الحق الوحيد في التصرف في الأموال هذه الأموال لخدمة أغراض دينية، لأن الملكية تنتقل من ملك الواقف إلى ملك الله تعالى، بينما كانت الترسد في زمن قد نشأ بدافع التهرب من الضرائب، ونشأ بموجب العرف. وأول إشارة لفكرة الأمانات الوقفية في القوانين الغربية كانت عام (١٦٠١م) في بريطانيا، حيث تشير المصادر التاريخية إلى أنه في عهد هنري الثامن (١٤٩١م - ١٥٤٧م)^{٧٧٠}. تم الاستيلاء على أموال الأغنياء، بما في ذلك وقياتهم، مما دفعهم إلى حمايتها من خلال جعلها تحت مؤسسة حكومية ترعى مثل هذه الأمانات، فانتقلت من كونها تحت ملك الأغنياء، وهم من لهم الحق في التصرف بها، إلى دخولها تحت قانون حكومي لتصبح مؤسسات خيرية تقدم خدمة مجتمعية لعموم الناس.

2.12.5. بيع واستبدال الأعيان الموقوفة يطلق بعض الفقهاء مصطلحًا على المال غير المنقول الذي نُقل من عين إلى أخرى، سواء أكان من جنسها أم من غير جنسها، بالاستبدال والمناقلة، وأفردت بعض الرسائل عناوين خاصة وعناية بأحكام المناقلة كرسالة ابن قاضي الجبل التي سماها المناقلة بالأوقاف. ثم إن أي أصل رأسمالي لا بد وأن يُنفق عليه مزيد من رأس المال مع مرور الوقت لما يتعرض له من خراب أو هلاك للمحافظة عليه وتجديده. وقد ورد عند الفقهاء لفظا الإبدال والمناقلة، ويقصدون بها مبادلة العين الموقوفة بأخرى تكون وقفًا بدلًا عنها (بيع مال وقفي). وبالنظر إلى حكم بيع العقار الموقوف واستبداله، فقد انقسم الحنفية في استبدال الوقف إلى رأيين:

١. رأي أبي يوسف ومن تبعه؛ "يُجَوِّزُ الْإِسْتِبْدَالُ فِي الْوَقْفِ مِنْ غَيْرِ شَرْطٍ إِذَا ضَعُفَتِ الْأَرْضُ مِنَ الرِّيحِ".^{٧٧١} هذا القول إذا تعطلت مصلحة الوقف "بِحَيْثُ لَا يَنْتَفِعُ بِهِ بِالْكُلِّيَّةِ بَأَنْ لَا يَحْصُلَ مِنْهُ شَيْءٌ أَصْلًا، أَوْ لَا يَفِي بِمُؤْنَتِهِ".^{٧٧٢} وكان بدله خيرٌ منه، يُنظر إلى الأصلح في ذلك، والقول بالتشدد والمنع من الاستبدال قد يجر إلى بقاء الكثير من دور الأوقاف خربة لا ينتفع بها أحد، وإلى بقاء بعض الأراضي غامرة ميتة لا تنبت زرعًا ولا تمد أحدًا بغذاء".^{٧٧٣}
٢. رأي محمد بن الحسن الشيباني ومن تبعه؛ وهم قليل خالفوا في ذلك حتى لا يتخذ ذريعة إلى ضياع الأوقاف، فيرون أن الاستبدال لا يجوز؛ فالوقف جائز وقائم، إلا أن شرط الاستبدال باطل، لأن هذا الشرط لا يؤثر في المنع من زوال الوقف. والحنفية يثبتون في مذهبهم للواقف الحق في استبدال الوقف، ويكون الاستبدال إما بيعًا أو شراءً أو مقايضة،

^{٧٦٨} المصري، حسني، فكرة الترسد وعقد الاستثمار المشترك في القيم المنقولة (١٩٨٥م) ٣٩.

^{٧٦٩} عمر كامل، عمر بن المطّاب، الإرصاد وتطبيقاته في ضوء الترسد، دار العلم للملايين، د.م، ط١، دت، ٢.

^{٧٧٠} الأشقر، أسامة عمر، تطوير المؤسسة الوقفية الإسلامية في ضوء التجربة الخيرية الغربية، الأردن، دار النفائس، ط١ (١٤٣٣هـ/٢٠١٢م)، ١٩.

هنري ملك إنكلترا وفي عهده انفصلت الكنسية الإنكليزية عن رومه عام (١٥٣٤م).

^{٧٧١} ابن نجيم، البحر الرائق، ٢٢٣/٥.

^{٧٧٢} ابن عابدين، رد المحتار على الدر المختار، ٣٨٤/٤.

^{٧٧٣} الكبيسي، محمد عبيد، أحكام الوقف في الشريعة الإسلامية، بغداد، مطبعة الإرشاد، د.ط (١٣٩٧هـ/١٩٧٧م)، ٤٣/٢.

ووافق الإمام ابن تيمية الحنفية في جواز إبدال واستبدال الوقف الخرب. "والمسجد إذا خرب وحصل بموضع لا يصلي فيه جاز نقله إلى موضع عامر وجاز بيع عرصته".^{٧٧٤} وهناك خلاف فقهي حول جواز بيع واستبدال الوقف بين مانع ومتشدد ومتساهل فالمذهب الحنبلي أكثر المذاهب تساهلاً "أن الوقف إذا خرب، وتعتلت منافعه، كدار انهدمت، أو أرض خربت، وعادت مواتاً، ولم تمكن عمارتها، أو مسجد انتقل أهل القرية عنه، وصار في موضع لا يصلي فيه، أو ضاق بأهله ولم يمكن توسيعه في موضعه أو تشعب جميعه فلم تمكن عمارته ولا عمارة بعضه إلا يبيع بعضه، جاز بيع بعضه لتعمر به بقيته وإن لم يمكن الانتفاع بشيء منه، يبيع جميعه".^{٧٧٥} وقد فهم تساهلهم في ذلك من ورود "روايتان في بيع المساجد رواية في المنع ورواية في الجواز".^{٧٧٦}

ميزا المالكية بين الوقف المنقول ووقف العقار، فأجازوا الاستبدال في المنقول ومنعه في العقار، "ولذا لا يصح عندنا الاستبدال في الوقف".^{٧٧٧} ويروى الاستبدال في المال المنقول، وأما غير "الأصول كالعبيد والثياب تبلى ويتخلق العبيد أو تضعف الدواب؛ فروي عن ابن القاسم وابن وهب عن مالك: جواز البيع والاستبدال".^{٧٧٨} والسبب في تمسك المالكية بعدم الاستبدال هو حرصهم على عدم التلاعب بالوقفية، لكون اختلاف الأيدي على الأعيان يؤدي إلى ضياع العين. وأجاز الشافعية البيع في العقار إذا آلت إلى عدم الانتفاع به، بشرط ألا يكون الوقف مكاناً للعبادة كالمساجد، ووافق المالكية هذا الرأي من حيث عدم جواز بيع واستبدال المساجد تعطل أو لم يتعطل، "لأن الملك فيه ما زال لحق الله تعالى لا يعود إلى الملك بالاختلال".^{٧٧٩}

أما المذهب الحنبلي فكان أكثر تساهلاً في بيع واستبدال الأعيان الموقوفة، وقد وردت عنهم روايتان في بيع المساجد لعلة الضيقة. رواية نقلها ابن قدامة تفيد أنه إذا خربت العقارات وتعطلت منافعها وتغيرت حالتها، وتعدر بقاءها على صورتها التي حبست لأجلها كدار أو أرض أو مسجد، جاز بيع بعضه لتعمر به بقيته، ففي بيعه إرجاعه إلى صورته السابقة يُقدَّر بحسب المصلحة، مع رجحان الحظ لجهة الوقف. "إن كان الذي بنى المسجد يريد أن يحوله خوفاً من اللصوص، أو يكون موضعه قذراً، فلا بأس أن يحول".^{٧٨٠}

فأما بالبيع أو بالمناقلة، واستدلوا لصحة بيع المسجد بإجماع الصحابة، من كونهم لم يظهروا خلافاً عندما أمر عمر بن الخطاب رضي الله عنه ابن مسعود في "واقعة نقل مسجد الكوفة، وجعل بيت المال في قبلته، وجعل موضع المسجد سوقاً للتمارين، وقد اشتهرت هذه الواقعة في الحجاز والعراق".^{٧٨١} ورواية أن المساجد لا تباع، وإنما تنتقل ألقتها بمعنى مبادلة موقف متعطل بعين أخرى، وقد ورد ذكر المناقلة بمعنى المقايضة في العقار. "والمناقلة يبيع العَقَارَ بِمِثْلِهِ".^{٧٨٢} أو يشتري بثمن العين المبيعة عين أخرى، وهذا ما يسمى استبدال. يرى جمال الدين المرادوي صاحب "الانتصار" بطلان بيع المسجد والمناقلة والاستبدال، وألف

^{٧٧٤} ابن تيمية، *مجموع الفتاوى*، ٢١٤/٣١.

^{٧٧٥} ابن قدامة، *المقني*، ٢٨/٦.

^{٧٧٦} الطرابلسي، أبي زكريا يحيى بن محمد بن محمد الزعيني، *رسالة في حكم بيع الأحياس*، تحقق: إقبال عبد العزيز المطوع، سلسلة إصدارات الأمانة العامة للأوقاف بالشارقة رقم (٢) (١٤٢٧هـ/٢٠٠٦م) ٢٨.

^{٧٧٧} النفراوي، *الفواكه الدواني*، ١٦١/٢.

^{٧٧٨} أبو الأصبغ، عيسى بن سهل القرطبي، *ديوان الأحكام الكبرى أو الإعلام بنوازل الأحكام*، القاهرة، دار الحديث، (١٤٢٨هـ/٢٠٠٧م)، ٥٨٨/١.

^{٧٧٩} النووي، *المجموع*، ٣٦٠/١٥.

^{٧٨٠} أحمد بن محمد بن حمد المنقور، *الفواكه العديدة في المسائل المفيدة*، السعودية، شركة الطباعة العربية، طه (١٤٠٧هـ/١٩٨٧م)، ٥٣٩/١.

^{٧٨١} الرحيباني، مصطفى السيوطي، *مطالب أولي النهي في شرح غاية المنتهى*، دمشق، المكتب الإسلامي، (١٩٦١م)، ٣٦٧/٤.

^{٧٨٢} الدسوقي، *حاشية الدسوقي على الشرح الكبير*، ٤٧٦/٣.

في ذلك مصنفًا رد فيه على صاحب "الفائق" وهو ابن قاضي الجبل الحنبلي، سماه "الواضح الجلي في نقض حكم ابن قاضي الجبل الحنبلي". وصنف ابن قاضي عبد الجبل في جواز المناقلة والاستبدال كتابًا سماه "المناقلة بالأوقاف وما في ذلك من النزاع والخلاف".^{٧٨٣}

وافقه على جواز ذلك ابن القيم والشيخ عز الدين حمزة بن شيخ السلامة، وصنف أيضًا مصنفًا سماه "رفع المناقلة في منع المناقلة"، ورسالة في المناقلة بالأوقاف، لعلها لابن زريق الحنبلي".^{٧٨٤} وافق أبو يوسف إحدى روايتي الحنابلة القائلة بجواز استبدال الأوقاف، قال أبو يوسف: "يجوز الاستبدال بالأوقاف".^{٧٨٥} وتحرير المقال في مسألة الاستبدال لابن نجيم.

وبالنظر لأقوال الفقهاء عند كلامهم في إبدال الوقف، نجد أن فتواهم مرتبطة بالمصلحة العائدة على العين الموقوفة والموقوف عليهم، مع مراعاة أن يكون التبديل إلى ما هو أكثر نفعًا. ولعلمهم اشتراطوا في صحة استبدال الوقف موافقة القاضي؛ لكونه الأعلم بما يحتاجه المسلمون من مصالح مختلفة ومتفاوتة، وللاحتياط من كل ما من شأنه تبديد الأوقاف وضياعها. وها هو ابن تيمية ينضم إلى كوكبة الفقهاء القائلين بجواز المناقلة والاستبدال. "وَأَمَّا الْحَاجَةُ فِي هَذَا تَكْمِيلُ الْإِنْتِفَاعِ؛ فَإِنَّ الْمُنْفَعَةَ النَّاقِصَةَ يَحْصُلُ مَعَهَا عَوْرٌ يَدْعُوهَا إِلَى كَمَالِهَا".^{٧٨٦} وقد أضاف الفقهاء كابن نجيم الحنفي شرطًا عند استبدال العقار الموقوف بأن لا يُستبدل العقار مقابل نقود، إنما يُستبدل بمثله، معللاً ذلك: "وَيَجِبُ أَنْ يَزَادَ آخَرُ فِي زَمَانِنَا وَهُوَ أَنْ يُسْتَدَلَّ بِعَقَارٍ لَا بِالدَّرَاهِمِ وَالذَّنَانِيرِ فَإِنَّا قَدْ شَاهَدْنَا النَّظَارَ يَأْكُلُونَهَا وَقَلَّ أَنْ يُشْتَرَى بِهَا بَدَلٌ وَلَمْ نَرَ أَحَدًا مِنَ الْفُضَاةِ يُفْتَشِّشْ عَلَى ذَلِكَ مَعَ كَثْرَةِ الْإِسْتِبْدَالِ فِي زَمَانِنَا".^{٧٨٧} وقد جاء في بعض الآثار، قد مر معنا في الفصول السابقة، كما أورد ذلك الإمام ابن ماجه في "سننه"، قال: رَسُولُ اللَّهِ ﷺ: «مَنْ بَاعَ دَارًا أَوْ عَقَارًا فَلَمْ يَجْعَلْ ثَمَنَهُ فِي مِثْلِهِ، كَانَ قَمِيئًا أَنْ لَا يُبَارَكَ فِيهِ». ^{٧٨٨} فيه دليل على المحافظة على المال غير المنقول كرأس مال ثابت، إضافة إلى تكثير غلاتها وتنويع الانتفاع بها من أوقاف زراعية وتحويلها إلى أوقاف صناعية وتجارية وعلماء الاقتصاد يقفون بصف الفقهاء القائلين بجواز الاستبدال والمناقلة في الأوقاف "يزيد منفعة الأشياء، ويسمح باستخدامها على أكمل وجه، وحبس الأعيان عن التبادل ضار اقتصاديًا".^{٧٨٩}

2.12.6. وقف المنافع بحد ذاته قرينة إلى الله تعالى، وشعيرة إسلامية، لذا وجب استثماره بالأحكام الشرعية للوقف، بحبس رقبة العقار عن الامتلاك والتداول، وتخصيص ثمرته في سبيل المقاصد العامة. ولا يمكن أن يتحقق ذلك إلا باستثمار أعيان الوقف، والإسلام ينظر إلى الوقف كمؤسسة ذات شخصية حكومية، لها ذمة مالية وأهلية، وهو من التصرفات المنعقدة بالإرادة المنفردة. وقد سبق وأن بحثنا مالية المنافع، وبيننا خلاف الفقهاء في ذلك، وسنبحث وقف المنافع كأهم مسألة تحدث عنها الفقهاء. والسؤال هنا: هل من المقبول شرعًا وقف المنافع، لكون المشهور من المال الموقوف لابد وأن يكون ماديًا محسوسًا؟ فمثلاً: رجل استأجر بيتاً، وأوقفه على طلبة كلية الشريعة، فنلاحظ أن المستأجر لا يملك رقبة العقار. ولم يُنص على هذه الصور في كتب الفقه، سوى

^{٧٨٣} سليمان بن عبد الرحمن بن حمدان، *كشف النقاب عن مؤلفات الأصحاب*، تحقق: عبد الإله بن عثمان الشايع، الرياض، دار الصميعي للنشر والتوزيع، ط ١ (١٤٢٦هـ/٢٠٠٥م)، ١/١٨٧.

^{٧٨٤} ابن قاضي الجبل، أحمد بن الحسن بن عبد الله بن قدامة، *مجموع في المناقلة والاستبدال بالأوقاف*، تحقق: د. محمد الأشقر، بيروت، مؤسسة الرسالة، (١٤٢٢هـ/٢٠٠١م)، ١٥، بتصرف.

^{٧٨٥} ابن السَّخْنَةِ، إبراهيم بن أبي اليمن محمد الحنفي، *لسان الحكام*، القاهرة، البابي الحلبي، د. ط (١٣٩٣هـ/١٩٧٣م)، ١/٢٩٦.

^{٧٨٦} ابن تيمية، *مجموع الفتاوى*، ٣١/٢٢٦.

^{٧٨٧} ابن نجيم، *البحر الرائق*، ٥/٢٤١.

^{٧٨٨} ابن ماجه، *السنن*، ٨٣٢/٢، (الحديث حسن).

^{٧٨٩} الرفاعي، حسين علي، *خلاصة الاقتصاد السياسي*، مصر، دار الترقى، (١٩٢٨م)، ٦٤، بتصرف من الباحث.

مصنفات الفقه المالكي، وبعض مصنفات الفقه الشافعي إذا "كَانَ الْمَلِكُ الْمُدْلُولُ عَلَيْهِ بِمَمْلُوكٍ بِأَجْرَةٍ كَدَارٍ، اسْتَأْجَرَهَا مُدَّةً مَعْلُومَةً، فَلَهُ وَقْفٌ مَنْفَعَتِهَا فِي تِلْكَ الْمُدَّةِ، وَيَنْقَضِي الْوَقْفُ بِانْقِضَائِهَا".^{٧٩٠}

القاعدة التي اعتمد عليها المذهب المالكي في جواز وقف المنفعة، هو أنها مملوكة، صاغها خليل في متنه المعتمد في المذهب، والذي حظي بعشرات الشراح والحواشي، والقاعدة هي: "صح وقف مملوك، وإن بأجرة".^{٧٩١} فكان مذهب المالكية فيه اتساع بالمقارنة مع غيره من المذاهب الفقهية، ويختلف حكم وقف المنفعة؛ فقد يرد الوقف على الأصل دون المنفعة، أو المنفعة دون الأصل أو الأصل والمنفعة معاً، والمنفعة المختلف فيها عند الفقهاء هي غير العينية، أي التي تحصل باستعمال العين، ولا يقصد بذلك الفوائد العينية كالغلات والثمار، إذ لا اختلاف في ماليتها. والفقهاء لم يختلفوا في جواز وقف المنافع التابعة للأعيان، إنما كلمتهم مجمعة على المنع من وقف المنافع استقلالاً؛ فلا يجوز أن يستثنى الواقف منافع الشيء الموقوف، لانتفاء فائدة الوقف، وقد صاغ الفقهاء قاعدة: "كُلُّ تَصَرُّفٍ تَقَاعَدَ عَنْ تَحْصِيلِ مَقْصُودَةٍ فَهُوَ بَاطِلٌ".^{٧٩٢} والأصل أن التصرفات تحقق مقصداً وفائدةً مجتمعة. وتُعد القاعدة ضابطاً على صحة أو فساد التصرفات الواقعة على المال غير المنقول.

"ولا يشترط ملك الذات".^{٧٩٣} فذهب الحنفية، وقول عند المالكية، ومذهب الشافعية والحنابلة والظاهرية، إلى عدم صحة وقف المنافع استقلالاً. "وَلَا يَصِحُّ وَقْفُ الْمُنْفَعَةِ دُونَ الرِّقَبَةِ مُوقَّتَةً كَانَتْ كَالْإِجَارَةِ أَوْ مُؤَبَّدَةً كَالْوَصِيَّةِ".^{٧٩٤} فبالرغم من أنهم قد عدّوا الحقوق والمنافع أموالاً، إلا أنهم وافقوا الحنفية، فلم يجوزوا وقف المنافع كالحنفية، حتى لم يجوزوا كذلك عندهم وقف منفعة العين المستأجرة، فلو أن رجلاً استأجر بيتاً لمدة معينة، فأوقف هذا البيت لجهة بر، فلا يصح عندهم، وحجتهم في ذلك: "إِذَا مَلَكَ الْمُسْتَأْجِرُ الْمَنَافِعَ فَقَطْ لَا يَصِحُّ وَقْفُهَا، وَذَلِكَ؛ لِأَنَّ الْمُنْفَعَةَ فَرَّغَ الرِّقَبَةِ فَهِيَ تَابِعَةٌ لَهَا".^{٧٩٥} وأجاز الحنفية وقف المنافع بالضرورة، وحجتهم أن الرقبة الموقوفة أصل، والمنفعة فرع، والفرع يتبع الأصل، وأن أصل مشروعية الوقف أن تكون قائمة على ديمومته واستمرار المنفعة لتحصل فائدة التأبيد، والمنافع لا بقاء لها إذ لا ينتفع بها إلا بإتلافها، وذهب إلى صحة وقف المنافع مجمع الفقه الإسلامي الدولي: "يجوز وقف المنافع والخدمات والنقود... ومنافع الدور والجسور والطرق".^{٧٩٦} خلافاً لجمهور الفقهاء الذين "يشترطون أن يكون العقار الموقوف ملكاً تاماً، وإن كان الملك المدلول عليه بأجرة، كدارٍ استأجرها مدة معلومة، فله وقف منفعتها".^{٧٩٧}

ذكر ابن الحاجب وابن شاس في وقف منفعة الشيء غير المملوك من قبل المستأجر، يصح في العقار المملوك لا المستأجر. "يَصِحُّ فِي الْعَقَارِ الْمَمْلُوكِ لَا الْمُسْتَأْجَرِ".^{٧٩٨}

^{٧٩٠} الدسوقي، حاشية الدسوقي، ٧٦/٤.

^{٧٩١} خليل، مختصر العلامة خليل، تحقق: أحمد جاد، القاهرة، دار الحديث، ط ١ (١٤٢٦هـ/٢٠٠٥م)، ٢١٢/١.

^{٧٩٢} السيوطي، الأشباه والنظائر، ٢٨٥/١.

^{٧٩٣} الصاوي، حاشية الصاوي، ٢٩٨/٢.

^{٧٩٤} الشربيني، مغني المحتاج، ٣٧٨/٢.

^{٧٩٥} أحمد سلامة القليوبي وآخرون، حاشية قليوبي وعميرة، ١٠٠/٣.

^{٧٩٦} قرارات مجمع الفقه الإسلامي، الدورة التاسعة عشرة (١٤٢٩هـ/٢٠٠٩م)، ٣٦٩/١.

^{٧٩٧} الدردير، الشرح الكبير، ١٠/٤.

^{٧٩٨} عيش، منح الجليل شرح مختصر خليل، ١١١/٨.

2.13. هبة المال غير المنقول تصح الهبة في المال غير المنقول كسائر الأموال الأخرى عقد من عقود التملك الناقل للملكية، والتمليك جعل الرجل مالكا، وهو على أنواع: الأول، تملك العين بالعوض، وهو البيع. والثاني، تملك العين بلا عوض، وهي الهبة. والثالث، تملك المنفعة بالعوض، وهي الإجارة. والرابع، تملك المنفعة بلا عوض، وهي العارية. فالحنفية مثلاً أخرجوا في تعريفهم هبة المنافع لسببين تم ذكرهما في بداية تعريفنا للمال عندهم: أن المنافع لا تسمى مالا، واصطلحوا لهبة المنافع العارية؛ لأنها تملك المنفعة فقط، والهبة تملك العين والمنفعة، فعرفت عندهم على أنها: "تَمْلِكُ الْعَيْنُ فِي الْحَالِ مِنْ غَيْرِ عَوَضٍ".^{٧٩٩} فلا يصح، ولا يوجد إلا بوجود أركانه وشرائطه، من أجل إحداث أثر قانوني يلتزم الواهب والموهوب له بأثره، فيلتزم الواهب بنقل ملكية العقار إلى الموهوب له، أو الحقوق المتعلقة به.

لذا يُشترط لإحداث أثر في الهبة على المال غير المنقول "تكون الهبة بسند رسمي، وإلا وقعت باطلة ما لم تتم تحت ستر عقد آخر".^{٨٠٠} على عكس الهبة بالمنقول لا يحتاج إلى شكل معين فمجرد القبض كافي لانتقال الملكية.

وليس من الضروري أن يكون الحق الموهوب هو حق ملكية تامة في العقار، بل يجوز أن يكون الحق الموهوب هو: حق انتفاع، أو حق استعمال، أو حق سكنى، أو حق حكر، أو حق ارتفاق. وقد ثمة أحاديث وردت تفيد أن النبي ﷺ حكم بالعمري والرقي، مما يدل على صحتها ومشروعيتها. وثمة أحاديث كثيرة وردت بروايات مختلفة في العمري والرقي، وورد عن الصحابة والتابعين آثار تدل على الجواز، واتفاقهم على أن محلها في الأموال غير المنقولة، واختلافهم في وقوعها في المنقول.

وللعمري أحكاماً مختلفة بحسب الإطلاق والتقييد، فهما معاملتان فقهيّتان كانتا قبل الإسلام، وكان أهل الجاهلية يتعاملون بهما، ولما جاء الإسلام أقر هاتين المعاملتين، ونظم أحكاماً خاصةً بهما. فعن جابر أن رسول الله ﷺ قال: «من أَمَرَ شيئاً، فهو له حياته وبعد موته»^{٨٠١} يحتفظ بحق الانتفاع طيلة حياتهم، فيجري فيه الميراث، والهبة لغة: "العَطِيَّةُ الْخَالِيَةُ عَنِ الْأَغْرَاضِ".^{٨٠٢} وهي ما تجعله للرجل طول عمره، أو عمره، عطاءً للغير بدون مقابل، سواء كانت هذه الهبة مالا أو غير مال، فهي تملك بلا عوض في الحال، أي هبة ثمرة الأصول، وهي شاملة للصدقة والهبة. قد ثبتت مشروعية الهبة بالكتاب، قال الله ﷻ: (فَإِنْ طِبْنَ لَكُمْ عَنْ شَيْءٍ مِنْهُ نَفْسًا فَكُلُوهُ هَنِيئًا مَرِيئًا).^{٨٠٣}

2.13.1. العمري جاء الإسلام وكانت العمري والرقي مشهورتين في تلك المجتمعات، ووردت أحاديث كثيرة في مشروعيتها العمري والرقي، في الكتاب قال الله ﷻ: (هُوَ أَنْشَأَكُمْ مِنَ الْأَرْضِ وَاسْتَعْمَرَكُمْ فِيهَا)^{٨٠٤} قال مجاهد: ومعنى استعمركم أعماركم من قوله: "أعمر فلان فلاناً داره؛ فهي له عمري فيها".^{٨٠٥} هبة منافع لا أعيان وفي صحيح مسلم جاء في مشروعيتها قَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ: «أَمْسِكُوا عَلَيْكُمْ أَمْوَالَكُمْ، وَلَا تُفْسِدُوهَا، فَإِنَّهُ مَنْ أَعْمَرَ عُمُرِي فَهِيَ لِلَّذِي أَعْمَرَهَا حَيًّا وَمَيِّتًا، وَلِعَقِبِهِ».^{٨٠٦} وجاءت روايات تدل بمنطوقها على أن العمري ميراث، ولا ترجع إلى المعير. قال النووي رحمه الله في شرحه للحديث أن: "المراد به إعلامهم

^{٧٩٩} الكاساني، *بدائع الصنائع*، ١١٦/٦.

^{٨٠٠} هبة الزحيلي، *الفقه الإسلامي وأدلته*، ٣٢٥٩/٤.

^{٨٠١} ابن حبان، *صحيح ابن حبان*، ٥٤٠/١١.

^{٨٠٢} الزبيدي، *تاج العروس*، ٣٦٤/٤.

^{٨٠٣} النساء ٤/٤.

^{٨٠٤} هود ١١/٦١.

^{٨٠٥} القرطبي، *الجامع لإحكام القرآن*، ٥٦/٩.

^{٨٠٦} مسلم، *صحيح مسلم*، ١٢٤٦/٣.

أن العمرى هبةٌ صحيحة ماضيةٌ، يملكها الموهوب له ملكاً تاماً لا يعود إلى الواهب أبداً".^{٨٠٧} غالب تطبيقات العمرى والرقبى يدور تطبيقها في المال غير المنقول.

فتكون العين ملكاً تاماً للموهوب له، ولورثته من بعده، ولا ترجع إلى الوارث أبداً، فعن أبي هريرة - رضي الله عنه - عن النبي ﷺ قال: «العمرى ميراث لأهلها، أو قال جائزة».^{٨٠٨} عدة صور العمرى على عدة صور فيقول المعمر.

- جعلتها لك عمرك، ولم يتعرض لما سواه أو جعلتها لك عمرك فإذا مات عادت إلى، أو إلى ورثتي إن كنت مت.
- أو يقول فإذا مات، فهي لورثتك، أو لعقبك وهي الهبة بعينها، لكنه طول العبارة فإذا مات. فالدار لورثته، فإن لم يكونوا، فلبيت المال، ولا يعود إلى الواهب بحال.
- أن يقول جعلتها لك عمرك فإذا مات عادت إلي أو إلى ورثتي إن كنت مت.^{٨٠٩}

2.13.2 الرقبى نوع من الهبة، "يُعلق الرجوع بها بموت الموهوب، فهو يترقب وفاته، وهذا مأخذ اشتقاقها".^{٨١٠} وردت مشروعيها في السنة النبوية الشريفة فعن ابن عباس - رضي الله عنهما - قال: قَالَ رَسُولُ ﷺ: «الرُّقْبَى جَائِزَةٌ لِمَنْ أَرْقَبَهَا».^{٨١١} فيقول وهبت لك هذه الدار عمرك، على أنك إن مت قبلي عادت إلي وإن مت قبلك استقرت لك، أو جعلت هذه الدار لك رقبى، أو أرقبتها لك قول ابن الأثير، ويقال: "أَرَقَبْتُ فلاناً داراً، فَهُوَ مُرَقَّبٌ، وَأَنَا مُرَقَّبٌ، والرَّقُوبُ كَصَبُورٍ مِنَ النِّسَاءِ: الْمَرْأَةُ الَّتِي تُرَاقِبُ مَوْتَ بَعْلِهَا لِيَمُوتَ فَتَرْتَهُ".^{٨١٢} أي أن الملكية الحقيقية ستكون لأخرنا موتاً و"سبيلهما سبيل الميراث فتنتقل بموت الأخذ لورثته لا إلى المعمر والمرقب وورثتهما".^{٨١٣} وأما فيما يخص حكم الرقبى، فقد ذهب الشافعية في الأظهر عندهم، وهو "أصح القولين: أنها جائزة".^{٨١٤} والحنابلة إلى أنه: "ولا ترجع العمرى ولا الرقبى، ورأى أنهما جائزتان لأهاليهما".^{٨١٥} وبه قال أبو يوسف، حيث استدل على "جواز الرقبى بحديث ابن الزبير أن النبي ﷺ أجاز الرقبى، وعلل القول بأن قول المالك: ذاري لك، تَمْلِكُ صَاحِبُ" واختار ابن حزم: أن الرقبى تصح، ولا ترجع إلى المرقب. والرقبى "هبةٌ صحيحةٌ تامةٌ، يملكها المُعْمَرُ والمُرَقَّبُ، كَسَائِرِ مَالِهِ، يَبِيعُهَا إِنْ شَاءَ، وَتُورَثُ عَنْهُ، وَلَا تَرْجِعُ إِلَى الْمُعْمَرِ وَلَا إِلَى وَرَثَتِهِ - سَوَاءً اشْتَرَطَ أَنْ تَرْجِعَ إِلَيْهِ أَوْ لَمْ يَشْتَرِطْ".^{٨١٦} لا يستقر ملك الرقبى إلا بعد وفاة الواهب، مما يعني أنه لا يجوز بيعه، ولا هبته، ولا يدخل في ملكه إن مات قبل الواهب، لأن وقت الوفاة هو وقت انتقال الملك. انتظار كل واحد حتى يموت يترتب أثر في الالتزام من كون وقت استقرار الملك وانتقاله إلى الآخر.

^{٨٠٧} النووي، شرح صحيح مسلم، بيروت، دار إحياء التراث العربي، ط٢، (١٣٩٢م)، ٧٢/١١.

^{٨٠٨} الحميدي، محمد بن قنوح بن عبد الله، الجمع بين الصحيحين البخاري ومسلم، تحقق: د. علي حسين البواب، لبنان، دار النشر، ط٢ (١٤٢٣هـ/٢٠٠٢م)، ٢٣١/٢.

^{٨٠٩} وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، الموسوعة الفقهية الكويتية، ٣١٣/٣٠.

^{٨١٠} البسام، أبو عبد الرحمن عبد الله بن عبد الرحمن، توضيح الأحكام من بلوغ المرام، مكة المكرمة، مكتبة الأسدي، ط٥ (١٤٢٣هـ/٢٠٠٣م)، ١١٠/٥.

^{٨١١} النسائي، السنن، تحقق: عبد الفتاح أبو غدة، حلب، مكتب المطبوعات الإسلامية، ط٢ (١٤٠٦هـ/١٩٨٦م)، ٢٦٩/٦.

^{٨١٢} الزبيدي، تاج العروس، ٥١٧/٢.

^{٨١٣} المناوي، زين الدين محمد المدعو بعبد الرؤوف، التيسير بشرح الجامع الصغير، الرياض، مكتبة الإمام الشافعي، ط٣ (١٤٠٨هـ/١٩٨٨م)، ١٥٨/٢.

^{٨١٤} البيهقي، التهذيب في فقه الإمام الشافعي، ٥٣٤/٤.

^{٨١٥} سيد عزت عيد، خالد الرباط، الجامع لعلوم الإمام أحمد، مصر: دار الفلاح للبحث العلمي وتحقيق التراث، ط١ (١٤٣٠هـ/٢٠٠٩م)، ٢٨٤/١٠.

^{٨١٦} السرخسي، المبسوط، ٨٩/١٢.

^{٨١٧} ابن حزم، المحلى، ١٣٠/٨.

2.13.3. الفرق بين الهبة والعُمرى والرُقْبى

2.13.3.1. أوجه الشبه

- تتشابه في الهبة والعُمرى والرُقْبى في: "الأركان والشروط، وفي مشروعيتهما".^{٨١٨}
- تتشابه الهبة والعُمرى والرُقْبى في المحل المعقود عليه من كونه في المال غير المنقول.
- تتشابه الهبة والعُمرى والرُقْبى في حرمة الرجوع عن الشيء المعقود عليه بعد القبول والقبض، على الرأي الراجح عند أهل العلم.
- الهبة والعُمرى والرُقْبى من عقود التبرعات، يحصل فيهما تملك العين بلا عوض في الحال، ويتوجه التملك فيهما إلى الرقبة؛ "العمرى والرقبى يوجبان الملك للمعمر والمرقب ولعقبه أبداً".^{٨١٩}
- مشروعية الرقبى والعمرى صحيحة وجائزة؛ لقوله ﷺ: «العمرى جائزة لأهلها، والرُقْبى جائزة لأهلها».^{٨٢٠}

2.13.3.2. أوجه الاختلاف

- حرمة رجوع العين إلى الواهب في الهبة، أما في إحدى صور العُمرى فيجوز رجوعها إذا اشترط ذلك.
- لا يجوز في الهبة التعليق والتوقيت، على عكس العُمرى. جمهور أهل العلم على أن من قال لآخر "أسكن هذه الدار عمرك أو عمري فإن للمُسكن استرداد داره في أي وقت شاء وأيهما مات بطلت الإباحة وعادت الدار لصاحبها أو ورثته".^{٨٢١}
- يتوجه التملك في العُمرى إلى المنفعة في إحدى صورته، وفي حال اشتراط الرجوع بعد انتهاء مدة الإعمار فيكون حكمها حكم العارية، أما في الهبة يكون التملك في جميع صورها متوجهاً إلى الرقبة.
- تختلف الهبة عن العُمرى والرُقْبى من ناحية الصيغة، ففي الهبة تكون بلفظ وهبتك هذا الشيء أو ما يفيد معناه، أما في الرقبى فلها صيغة مخصوصة لذكر لفظ العمر فيها، والرُقْبى لذكر الإرقاب فيها.

2.13.4. هبة المشاع في المال غير المنقول غير المفروز يُحدث التزامات على الشركاء، فلو نحل رجل ابنه سهماً معروفاً، من

أرض أو بناء، كثلث أو ربع، ومما اختلف فيه الأئمة في أبواب الهبات هبة المشاع، وعلى ذلك، وهبة المشاع ما كان حصّة غير معينة الحدود. وكون الحصّة محددة المقدار، كالربع، والثلث، والنصف، ونحو ذلك، لا يخرجها عن كونها مشاعة، ما لم تُقسم الشقة وتُعيّن الحصّة بحدودها.

اشترط الإمام أبو حنيفة في صحة العقار الموهوب أن يكون فيما لا يُقسم؛ لأن جمع كل نصيب في حيز مثبت للملك، فإذا وهب له نصف دار في عقارٍ يحتمل القسمة، توقّف إثباتها لحين إفرازها؛ لأن نفس الموهوب غير متميز "أَنَّ كُلَّ شَيْءٍ يَضُرُّهُ التَّبْعِيضُ وَيُوجِبُ نَقْصَانًا فِي مَالِيَتِهِ يَكُونُ مِمَّا لَا يَحْتَمِلُ الْقِسْمَةَ وَمَالًا يُوْجِبُ ذَلِكَ فَهُوَ يَحْتَمِلُهُ".^{٨٢٢} مما يعني صعوبة الانتفاع والاستفادة على وجه الانفراد. واستدلوا على ذلك بما روي: "إِنَّ أَبَا بَكْرٍ الصِّدِّيقَ كَانَ نَحَلَها جَدًّا عِشْرِينَ وَسَقًا مِنْ مَالِهِ بِالْغَابَةِ..... وَإِنِّي

^{٨١٨} عبد الله بن جبرين، شرح عمدة الأحكام <http://www.islamweb.net>، ٥/٥٦.

^{٨١٩} الفتاوى، الروضة الندية، ٥٣٢/٢.

^{٨٢٠} ابن حبان، صحيح ابن حبان، ٥٣٧/١١.

^{٨٢١} ساعي، محمد نعيم محمد هاني، موسوعة مسائل الجمهور في الفقه الإسلامي، مصر، دار السلام، ط ٢ (١٤٢٨هـ/٢٠٠٧م)، ٦٠٠/٢.

^{٨٢٢} البابرتي، العناية شرح الهداية، ٢٧/١٢.

كُنْتُ تَحْلُكُ جَادَ عَشْرِينَ وَسَقَا فُلُو كُنْتُ جَدَّدْتِيهِ وَاحْتَرَّتِيهِ كَانَ لَكَ، وَإِنَّمَا هُوَ الْيَوْمَ مَالُ وَارِثٍ".^{٨٢٣}، لأن الهبة تُؤدّ ضرر الاشتراك في ملكٍ مشاع، بسبب صعوبة الانتفاع بالحق الموهوب لجهالته، ولذا كان مقصود الحنفية من قولهم "لا يحتل القسمة" أن المنفعة تقوت أصلاً، فيُصبح متعذراً الانتفاع به. وَهَبَةُ الْمَشَاعِ عِنْدَ الْمَالِكِيَّةِ وَالشَّافِعِيَّةِ، فِيمَا يُقَسَّمُ وَمَا لَا يُقَسَّمُ، مُثَبَّتَةٌ لِلْمَلِكِ، وَحُجَّتُهُمْ أَنَّ الْقَبْضَ فِيهَا يَصِحُّ كَالْقَبْضِ فِي الْبَيْعِ: "إِذَا تَصَدَّقَ عَلَى وَلَدِهِ الصَّغِيرِ بِجِزْءٍ مَشَاعٍ مِنْ أَرْضٍ أَوْ دَارٍ، صَحَّتْ هَبَتُهُ".^{٨٢٤} فجاز أن يستوفي حقه بمقدار حصته منها، وقالوا: "إن القصد من الهبة التملك، والملك يثبت في المشاع كما يثبت في المُفْرَزِ المقسوم، بدليل صحة بيعه".^{٨٢٥}

هذا الخلاف بين الفقهاء يترتب عليه آثار على المنتفعين بالمال غير المنقول من حيث الملكية كدخول الشريك مع الشركاء على وجه الشيوع، ومن كون الانتفاع بالعقار يصبح مقيد في بعض التصرفات على عكس هبة العقار المفروز.

2.14. توثيق المال غير المنقول للتوثيق أهمية عظيمة، من أجل المحافظة على حقوق المتعاملين، وحماية الحق في الذمة في مختلف التصرفات، من بيع، وإيجار، ورهن، وخلافه. ذكر الشيخ عبد الرحمن السعدي، عند ذكره فوائد وحكم آية الدين، قال: "مشروعية الوثيقة بالحقوق، وهي الرهون والضمانات، التي تكفل للعبد حصوله حقه، فكم في الوثائق من حفظ حقوق، وانقطاع منازعات".^{٨٢٦} يقصد به: "الأحكام والإجراءات التي تكفل إحكام وإثبات العقار، على وجه يصح الاحتجاج والتمسك به عند التنازع".^{٨٢٧}

فالأصل أن التوثيق ناتج بعد تحديد، وهو تثبيت للملكية، وحسم للمنازعات الواقعة عليها من دعاوى قد تُقام ضدها، فالتوثيق يعطي صفة نهائية، بحيث تصبح القيود محصنة من كل دعوى قضائية، وإعلان لانتقال الملكية العقارية، للمحافظة من التلاعب، من بيع العقار لأكثر من شخص. وسيرة الرسول ﷺ الصحيحة طافحة بتوثيق كثير من المعاملات، وخاصة ذات خطر منها، ككتابه ﷺ لتميم الداري وأصحابه، وقد رُوي ذلك من طرق متعددة تثبت صحة الكتابة، ومن نصها: "بسم الله الرحمن الرحيم، هذا ما أنطى محمد رسول الله لتميم الداري وأصحابه، إني أطيتكم عين حبرون والرطوم وبيت إبراهيم بدمهم، وجميع ما فيهم نطية بته، ونفذت وسلمت ذلك لهم ولأعقابهم من بعدهم أبد الأبد، فمن آذاهم فيها آذاه الله. شهد: أبو بكر بن أبي قحافة، وعمر بن الخطاب، وعثمان بن عفان، وعلي بن أبي طالب، ومعاوية بن أبي سفيان".^{٨٢٨}

لجاءت الدول "إنشاء دوائر خاصة للمحافظة على الحقوق، كدوائر التسجيل العقاري، والجوازات والبلديات".^{٨٢٩} فالشهر العقاري أقوى البيانات الخطية، وإثبات لمن أراد شراء الأرض أو البناء أن العقد لم يقع على مكان مشغول للغير، وهو صورته من صور القبض العقاري الحديث، وبه يكتسب مالك العقار قوة ثبوتية، ووسيلة من وسائل التمسك بحق الملكية والحقوق العينية.

^{٨٢٣} الإمام مالك، **الموطأ**، ٤/ ١٠٨٩.

^{٨٢٤} أبو محمد عبد الوهاب، **المعونة على مذهب عالم المدينة**، ١/ ١٦٠٩.

^{٨٢٥} مصطفى الخنّ وأخرون، **الفقه المنهجي**، ٦/ ١٢٥.

^{٨٢٦} السعدي، عبد الرحمن، **تيسير الكريم الرحمن**، تحقق: عبد الرحمن بن معلا اللويحي، دم، مؤسسة الرسالة، ط ١ (١٤٢٠هـ/٢٠٠٠م)، ١/ ٩٦١.

^{٨٢٧} الفراج، الشيخ يوسف، **تنظيم العقار وتوثيقه**، بحث مقدم لندوة القضاء والأنظمة العدلية - السعودية (١٤٢٥هـ) ٨.

^{٨٢٨} ابن عساكر، أبو القاسم علي بن الحسن، **تاريخ دمشق**، تحقق: عمرو بن غرامة العمروي، دم، دار الفكر، ط ١ (١٩٩٥م)، ١١/ ٦٦.

^{٨٢٩} محمد يسري إبراهيم، **فقه النوازل للأقليات المسلمة**، رسالة دكتوراه في الفقه الإسلامي، كلية الشريعة والقانون، جامعة الأزهر، القاهرة، جمهورية مصر العربية، دار البسر، ط ١ (١٤٣٤هـ/٢٠١٣م)، ١/ ٤٢٧.

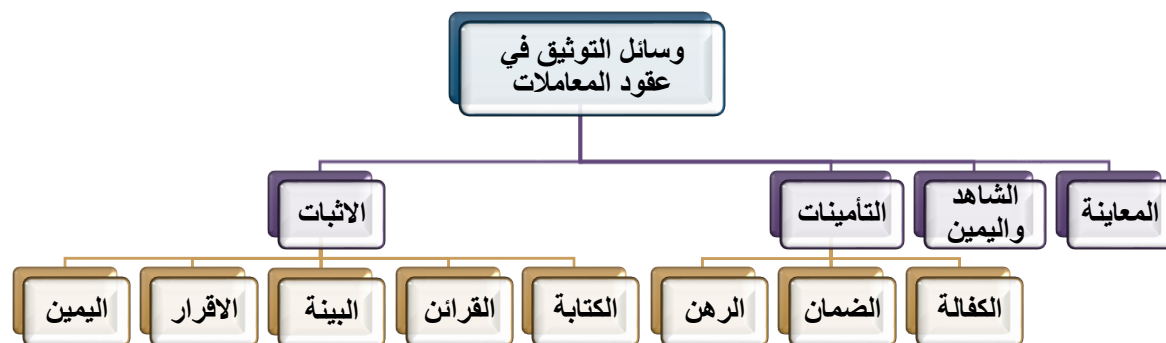
وتسجيل العقد العقاري في السجل العقاري يُعتبر تسليمًا قانونيًا، يقوم مقام التسليم الفعلي في نتائجه، وهو من حيث الأثر الفقهي يُعد قبضًا، وبدونه يفقد آثاره القانونية. ففي البيع، ينعقد البيع دون حاجة إلى شكل أو إجراء خاص، وتترتب آثاره بمجرد انعقاده، فيما عدا نقل الملكية، إذ يتوقف ذلك على تسجيل العقد. والتوثيق ليس ركناً في البيع، إنما إجراء لاحق ولازم لترتب الأثر العيني على عقد البيع.

يمتاز التسجيل العقاري بأنه لا يجوز الأخذ بالتقادم كوسيلة من وسائل اكتساب الحقوق العينية العقارية، فلا يسري التقادم به. "٨٣٠؛ لأن القيد هو مصدر الحق، واستقرار الملكية العقارية، ومُظهر حالة العقار القانونية، فلا يكتمل كسب الملكية إلا بشهره، فيكون للتوثيق مفعول إنشائي.

وعلى ضوء ذلك، رتب القضاء بعض الأحكام المتعلقة بذلك بعد وفاة المالك الحقيقي للمال، ولا يجوز للوارث التصرف بحصته الإرثية تجاه الأشخاص الآخرين إلا بعد التسجيل في السجل العقاري. في حين أن جميع الأموال غير المنقولة، والحقوق غير المقيدة فيما يسمى بالسجل العقاري، يجوز تملكها بطريق التقادم، ولا يسري التقادم فيما كان مقيداً في السجل. كان أول قانون للتوثيق العقاري في أواخر الدولة العثمانية سنة ١٢٧٤هـ، الموافق ١٨٥٨م، بقرار من السلطان سليمان القانوني، هدفه إعداد مشروع قانوني من خلال إنشاء وزارة خاصة سميت "نظارة الدفتر الخاقاني"، هدفه تطهير العقار من أي علاقة حقوقية، وخلو الملك من كافة المنازعات، فيكون أي تصرف بين البائع والمشتري بدون التسجيل في الدفتر الخاقاني غير معتبر، ولا منشئ لأي علاقة تعاقدية، ويتحصن الملك بالقيد من خطر ضياع حقه بالتقادم.

"وتُجرى فيه (قديمًا) جميع المعاملات المتعلقة بالأراضي الأميرية، والموقوفة، والعقارات، ويُسلم المتصرفون بها سندًا خاقانيًا، وبموجبه يتمكن صاحب السند التصرف بالأرض تصرفًا كاملاً. ولا يجوز استماع الدعوى في المحاكم الشرعية أو النظامية، وإجراء أي معاملة كانت في دوائر الحكومة بحق الأراضي أو العقارات التي لا يكون فيها سند خاقاني". ٨٣١

٨٣٠ أبو النجا، إبراهيم، *السجل العيني في التشريع المصري*، دت، دط، ٤٩.
٨٣١ توفيق، محمد، *نظام الأراضي في الدولة العثمانية*، مطبعة دار العلوم، القاهرة، (١٩٨٤م)، ١٤٥/٣.



2.15. رهن المال غير المنقول تُعدّ الأموال غير المنقولة من الأموال التي تكون محلّاً لضمان الالتزام بالوفاء بالدين، ووثيقة بالحق تكون ضماناً بدين، تُثبت بعد أو مع وجوب الحق، تصح بالإجماع في كل ما يجوز بيعه، وهو من العقود العينية التي لا تُعتبر تامة الالتزام إلا بالتسليم، وتعلّق الحق بجملة الشيء المرهون وبيعضه، فينفكّ الرهن بانقضاء جميع الدين الموثق به، حيّاً كان الراهن أو ميتاً، أو بفسخ المرتهن العقد. والرهن يمنح حق امتياز للمرتهن، فيكون أحق بثلث العقار المرهون من غيره، لأن العقد شرع لمصلحته وحفظاً لحقه، وهو من الحقوق العينية التبعية المقررة بمقتضى العقد. والرهن لغة: "ما يُوضَع وثيقةً للدين".^{٨٣٣}

ثبتت مشروعية هذا العقد بالكتاب، والسنة، والإجماع، والمعقول. قال الله ﷻ: ﴿وَإِنْ كُنْتُمْ عَلَى سَفَرٍ وَلَمْ تَجِدُوا كَاتِبًا فَرِهَانٌ مَّقْبُوضَةٌ﴾^{٨٣٤} فكان الخطاب: "وَأَنَّ الْمَقْصُودَ مِنْ هَذَا الْأَمْرِ، الْإِرْشَادُ إِلَى طَرِيقِ الْإِخْتِيَاظِ".^{٨٣٥} وتعليماً للمتدابين كيف يحتاطون لأموالهم عند مطل الغني أو إفلاسه، وتحصيئاً لحقوق الدائن التي تطرأ على الحالة المالية للمدين، فكان تأكيد الكتابة في السفر أشد، لمظنة ضياع المال.

يقسم الرهن إلى نوعين " الرهن التأميني (الرسمي) والرهن الحيازي"^{٨٣٦}، وكل من هذين الرهنين هو: "عبارة عن عقود تُبرم بين طرفين، يضمن بها الدائن سداد دينه، إلا أن لكل نوع أحكاماً خاصة به تنظّمه، وأن الهدف من عقد الرهن هو ضمان استرداد الحقوق، وبذات الوقت تسهيل التعاملات المالية بين الأشخاص. كثر استخدام الرهن، فلم يعد استخدامه مقتصرًا على الأفراد، بل أصبح ضماناً لدين جهات رسمية، أو جهات مؤسسية عامة أو خاصة، ومن قبل الشركات والبنوك، ومن قبل أي جهة مُصرّح لها بمزاولة أعمالها".^{٨٣٧}

^{٨٣٣} الزبيدي، *تاج العروس*، ١٢٢/٣٥.

^{٨٣٤} البقرة ٢ / ٢٨٣.

^{٨٣٥} فخر الدين الرازي، أبو عبد الله محمد بن عمر بن الحسن، *مفاتيح الغيب التفسير الكبير*، بيروت: دار إحياء التراث العربي، ط٣ (١٤٢٠هـ)، ٩٩/٧.

^{٨٣٦} تناغو، سمير عبد السيد، *التأمينات الشخصية والعينية: الكفالة - الرهن الرسمي - حق الاختصاص - الرهن الحيازي - حقوق الامتياز*، الإسكندرية، منشأة المعارف، السلسلة: الكتب القانونية، دبط (٢٠٠٠م)، الصفحات الأولى.

^{٨٣٧} حماة الحق، أحكام الرهن التأميني للعقار، ١٢ أغسطس ٢٠٢١م، <https://jordan-lawyer.com/> تاريخ التصفح ١١ سبتمبر ٢٠٢٣م.

2.15.1. الرهن الحيازي عقد من العقود الرضائية، ويعد من أقدم الصور التي عرفها الفقهاء، والتي تمكن من التمييز بين ملكية الشيء وحيازته. عقد من العقود العينية، يُراد به الإمساك والتوثيق: "وسيلة من وسائل التوثيق ليستوفي الدائن من ثمنه إذا تعذر استيفاءه ممن هو عليه".^{٨٣٨}

يُقصد به إزالة خوف ضياع الأموال، وهو تصرف مالي، وعقد تبادلي، ربما يؤدي إلى بيع المرهون وفاءً للدين عند تعذر استيفاء الدين. وترى الشريعة الإسلامية مجرد التراضي كافٍ لانعقاد عقد الرهن الحيازي، ومقتضى الرهن إعدام الشيء للبيع، فقالوا: "كل ما جاز بيعه جاز رهنه، بكل عين جاز بيعها".^{٨٣٩} ولم يتعلق بها حق الله، كالمساجد، والمرافق العامة، والطرق، لا يزيل ملك الرقبة. ورد في قوله ﷺ: ﴿قَرَاهَانٌ مَّقْبُوضَةٌ﴾.^{٨٤٠} فهو من وسائل توثيق الديون، والأمر فيه للإرشاد لا الإيجاب، مقابل حبس العقار المرهون لقاء استيفاء الحق، كالكفالة، شرع لضمان حماية حقوق الدائن من مخاطر ضياع حقه عند إعسار المدين، أو امتناعه عن الوفاء به، أو هلاك العقار قضاءً وقدرًا. يتحول حقه إلى الثمن، أو ينتقل الرهن إلى بدله. وقد اتفق فقهاء الحنفية "لا يجوز الرهن غير مقبوض".^{٨٤١} والشافعية: "لَمْ يَجْزُ الرَّهْنُ إِلَّا مَقْبُوضًا مَقْسُومًا".^{٨٤٢}، والحنابلة: "عَقْدُ إِزْفَاقٍ يَنْتَقِرُ إِلَى الْقَبُولِ، فَأَقْفَرُ إِلَى الْقَبْضِ، كَالْقَرْضِ".^{٨٤٣} على أن القبض شرط في الرهن، والقبض ضمان ثابت، فلو لم يكن هناك فائدة شرعية من اشتراط القبض في العقار المرهون، لما كان داعٍ لذكره في الآية بقوله: "مقبوضة". فالرهن شرع للتوثيق، والتوثيق لا يكون إلا بالقبض والحبس. وأهم ما يتميز به الرهن الحيازي "المرهون في يد المرتهن إلى أن يستوفي حقه".^{٨٤٤} مما ينعكس على أن المال بين المتعاقدين يتحول إلى ضمان للدين فيصبح الالتزام بالدفع مرتبطًا مباشرة بحجز المال، وكذلك الراهن تُقيد حريته في التصرف ولا تنفك حريته في التصرف إلا بدفع الدين، وخالف المالكية فقالوا: "الرهن لازم فوجب أن يلزم بنفس القول كالنكاح والبيع؛ ولأنه عقد وثيقة فوجب أن يلزم بنفس القول كالكفالة".^{٨٤٥}

2.15.2. رهن المنفعة رهن غلة العقار وأجرة الأرض، كرجل استأجر دارًا من مالها سنة، ثم تداين صاحب العقار من المستأجر دينًا، جاز أن يرهنه تلك الدار قبل انتهاء مدة الإجارة، لا عكس. فلو كان المستأجر هو الراهن، يبطل الرهن، ويكون المرتهن كأنه أعار المرهون إلى الراهن، "كراهن استأجر الرهن من المرتهن".^{٨٤٦} أي: أعاده عليه، فلا يصح إذا أجز المرتهن العقار المرهون إلى آخر بلا إذن الراهن، فالأجرة للمرتهن. فجمهور الفقهاء من الحنفية، وقول للمالكية، والشافعية، والحنابلة، لا يجوزون رهن المنفعة ولا يعتبرون المنفعة وثيقة لاستيفاء الدين، ويشترطون أن يكون العقار المرهون معينًا موجودًا، أو محتمل الوجود مما يصح بيعه، وأن يكون معلومًا علمًا نافيًا للجهالة، مبيّنًا في عقد الرهن نفسه، أو في عقد لاحق. "فَلَا يَجُوزُ رَهْنُ الْمَنَافِعِ؛ لِأَنَّهَا تُمْلِكُ إِلَى حُلُولِ الْحَقِّ، فَلَا يُمَكِّنُ اسْتِيفَاءَ الْحَقِّ مِنْهَا".^{٨٤٧} وبوّب في كتاب نهاية المحتاج شرط الرهن كونه عينًا،

^{٨٣٨} أبو عمر الدُّبَّان، *المُعَامَلَاتُ الْمَالِيَّةُ أَصَالَةٌ وَمُعَاصَرَةٌ*، ٥٨/١.

^{٨٣٩} تقي الدين الحصني، أبو بكر بن محمد بن عبد المؤمن، *القواعد*، تحقق: د. عبد الرحمن بن عبد الله الشعلان، د. جبريل بن محمد بن حسن البصيلي، رسالتا ماجستير للمحققين، الرياض: مكتبة الرشد للنشر والتوزيع، ط١ (١٤١٨هـ/١٩٩٧م) ١٥٧/٤.

^{٨٤٠} البقرة ٢٨٣/٢.

^{٨٤١} الشيباني، *الأصل*، ١٣٣/٣.

^{٨٤٢} النووي، *المجموع*، ١٨٥/١٣.

^{٨٤٣} المقدسي، بهاء الدين، *العدة في شرح العمدة*، دت، دم، دن، ٢٤٦.

^{٨٤٤} مجموعة من المؤلفين، *فقه المعاملات*، ١٩١/٢.

^{٨٤٥} القاضي عبد الوهاب، *الإشراف على نكت مسائل الخلاف*، ٥٧٦/٢.

^{٨٤٦} النسفي، *كنز الدقائق*، ٥٥١/١.

^{٨٤٧} البهوتي، *كشاف القناع*، ٣٢١/٣.

وأخرجوا من ذلك رهن المنفعة، فلو رهن رجل منفعة بيته لمدة معلومة، لا يصح، لأنه لا يحصل بها توثيق، "ولأنها تتلف شيئاً فشيئاً".^{٨٤٨} والحنفية يوافقون الشافعية، لأن المنافع في أصل مذهبهم لا تُعد مآلاً، بينما يرى المالكية أن الرهن كما يصح في الأعيان، يصح في جوازه في المنافع، فيجوز رهن غلة العقار وخراجه؛ لأن إمكان استيفاء الحق من جميع ذلك حاصل، وهو فائدة الرهن. ويمكن للراهن الانتفاع بما اتصل بالمرهون من قطف الثمار ونقل المتاع، "لأن المنفعة كجزء منها، يجوز رهنه وبيعه؛ فلا يبطل هذا الجزء ببطلان ما أخذ منه".^{٨٤٩}

2.15.3. رهن المشاع الأصل في المرهون أن يكون مقسوماً، غير شائع، إلا أنه في بعض الأحيان يكون مشاعاً بين اثنين أو أكثر. وصورة المسألة: هل يصح رهن جزء من الأموال غير المنقولة دون الحاجة لتقسيمها، أم أنه يجب تقسيمها ثم رهنها؟ وبما أن المشاع حالة واقعة في المال غير المنقول، فإن الفقهاء قد اختلفوا في المشترك غير المقسوم منه: هل القبض شرط لصحة الرهن، أم لتمامه؟

فالحنفية يرون عدم جواز صحة رهن المشاع، واشتراطوا فيما قُبِلَ البيع قُبِلَ الرهن، إلا في أربعة: "المشاع، والمشغول، والمتصل بغيره، والمعلق عتقه بشرط".^{٨٥٠}، لأن مقتضى الرهن الحبس المطلق، ويد الاستيفاء لا تثبت إلا على معين، فكان منافاة لموجب الرهن: "لأنَّ الْمُعْنَى الْمُوجِبَ لاسْتِحْقَاقِ الْقَبْضِ وَإِبْطَالِ الْوَثِيقَةِ مَقَارِنُ الْعَقْدِ، وَهُوَ الشَّرْكَةُ الَّتِي يَسْتَحِقُّ بِهَا دَفْعُ الْقَبْضِ لِلْمُهَايَاةِ، فَلَمْ يَجْزْ أَنْ يَصَحَّ مَعَ وُجُودِ مَا يُبْطَلُ".^{٨٥١}، إذًا، موجب الرهن الحبس للمرهون، والشيوخ منافع لهذا الموجب، فمنع في مذهبهم، وهذا يعني عدم جواز رهن العقار المشاع بقسميه: القابل للقسمة، وفي غير القابل أشد. لذا يُشترط أن يكون المرهون فارغاً، لا مشغولاً بحق، وقولهم من حيث التطبيق على النحو الآتي:

- ☒ "لأن حكم الرهن الحبس على الدوام، فلو قال: رهنك يوماً ويوماً لا يجوز.
- ☒ لأن حكم الرهن ملك اليد والحبس على سبيل الدوام، والمشاع لا يحتمل ذلك فإما أن يحبس الكل في كل المدة، أو يُحبس الكل في بعض"^{٨٥٢} الرهن لا يتبعض في العقار لا بد أن يعين ثم يُرهن.

غايته من المنع هو بقاءه إلى وقت الأداء أو الإبراء، وعليه يكون اضطراب وعدم توفيق بين توفير المنافع للمالك، وبين صيانة حق المرتهن في الحبس، فكان الحق متردداً بينهما، وهذا لا يصح. واستثنى أبو يوسف من الحنفية جواز الرهن في العقار المشاع بشرط إذا كان طارئاً، فقال: "حكم البقاء أسهل من حكم الابتداء".^{٨٥٣} فيكون الحيابة شرطاً عند ابتداء العقد، لا الطارئ، وفي رواية الأصل أن عدم جواز الرهن في العقار المشاع هو المحلية، والاستيفاء متعذر، فحكم ابتداء الرهن والطارئ بعد العقد سواء.

^{٨٤٨} ابن حجر الهيتمي، **تحفة المحتاج**، ٥٥/٥.
^{٨٤٩} التتائي، أبو عبد الله شمس الدين محمد المالكي، **جواهر الدرر في حل ألفاظ المختصر**، تحقق: الدكتور أبو الحسن ونوري حسن حامد المسلاتي، بيروت: دار ابن حزم، ط١ (١٤٣٥هـ/٢٠١٤م)، ٣١٦/٥.
^{٨٥٠} الزيلعي، **تبیین الحقائق**، ٦٨/٦.
^{٨٥١} الجصاص، أحمد بن علي أبو بكر، **أحكام القرآن**، تحقق: عبد السلام محمد علي شاهين، بيروت: دار الكتب العلمية، ط١ (١٤١٥هـ/١٩٩٤م)، ٢٦٠/٢.
^{٨٥٢} الأسمندي، محمد بن عبد الحميد، **طريقة الخلاف في الفقه بين الأئمة الأسلاف**، تحقق: د. محمد زكي عبد البر، القاهرة: مكتبة دار التراث، ط٢ (١٤٢٨هـ/٢٠٠٧م)، ٤٣٤/١.
^{٨٥٣} بدر الدين العيني، **البنية شرح الهداية**، ٤٩٦/١٢.

خالف المالكية وكتب فصلاً سماه: "رهن المشاع ورهن السهم من الدار، ولا بأس برهن المشاع".^{٨٥٤} والشافعية: "لا بأس بأن يرهن الرجل نصف أرضه، ونصف داره وسههما من أسهم من ذلك، مشاعاً غير مقسوم".^{٨٥٥} والحنابلة، فقالوا بجواز رهن المشاع مطلقاً، ووقعه في العقار: "رهنه سهماً مشاعاً مما لا يُنقل".^{٨٥٦} والسهم من العقار جاز بيعه وتعيينه للبيع، واستيفاء الدين من ثمنه، واعتبروا بأن رهن البعض كرهن الكل، واستيفاء الدين من العقار المشاع القابل للبيع ممكن، فصح ذلك. فما دام أن الكل معلوم، فالبعض بالحساب معلوم، والآية الكريمة في قوله ﷺ: ﴿فَرَهَانٌ مَّقْبُوضَةٌ﴾.^{٨٥٧} لم تُحدد فيما إذا كان العقار مقسوماً أو غير مقسوم، فالأصل أن ما جاز بيعه، جاز رهنه.

ثم إن القول بأن الرهن المشاع يقتضي أن يكون يوماً رهناً، ويوماً غير رهن، يُجاب عنه: "رهن في جميع الأيام، وقبضه حكم مستنداً، وخروجه في يوم المهايأة عن يده لا يُزيل حكم قبضه عنه، وإن حصل في يد غيره، فصار كمن رهن شيئاً على أنه يكون في يد مؤثقه يوماً وعلى يد عدل يوماً لم يمنع ذلك من صحة الرهن".^{٨٥٨} تمسك الحنفية بالمعنى الحسي للرهن، فأوجبوا القبض الحسي دون الحكمي، لتأكيد حق المرتهن وتأمينه من الضياع، وجعلوا استدامة اليد من شرط صحة الرهن في القبض، ومن أجل بقاء الرهن صحيحاً، قالوا باستصحاب يد المرتهن من بداية العقد إلى وقت استيفاء الحق.

2.15.4. نماء وزوائد المرهون والنماء والزوائد المتولد على قسمين الأول: "زيادة غير متولدة من الأصل، ولا في حكم المتولد منه الثاني: زيادة متولدة من الأصل، أو في حكم المتولد من الأصل".^{٨٥٩} وهنا مسألة: أن الزوائد والنماء المتولد من الأموال غير المنقولة، هل تدخل في العقار المرهون، كأجرة البيت، وغلة الأرض، أم أن المرهون لا تدخل فيه الزيادات؟ فالحنفية يرون: نماء الرهن داخل في الرهن، سواء أكان متصلاً أم منفصلاً. "نماء الرهن يدخل في الرهن".^{٨٦٠}

فلو رهن شخص أرضاً مزروعة، فإن الزرع لا يدخل في الرهن، فيجوز أن يأخذ الزرع، لأنه ما زال على ملكه، والزرع غير مقصود في العقد. في قول الشافعية، نقل الماوردي أن: "نماء الرهن ومنافعه من ثمرة ونتاج وسكنى، ملك للراهن دون المؤثقه".^{٨٦١} تصرف المرتهن موقوف على إجازة الراهن مما يعني تحديد نطاق حق التصرف. أما مذهب المالكية، فلم تفصيل في نماء الرهن؛ فما كان على خلقته وصورته، من فسيل النخيل أو الشجر، له حكم الأصل، وما كان على غير صورته وخلقته، ككراء الدور وسائر الغلات، لا يتبع الأصل إلا بشرط. وهذا ما عبّر عنه المالكية بالنماء المتميز وغير المتميز، فقال: نماء الرهن على ضربين: "نماء متميزاً عن الرهن، ونماء غير متميز عنه".^{٨٦٢}

فلو أن شخصاً رهن لآخر شجراً، فنبت لها فسيل، يكون رهناً؛ لأنه على صورته وخلقته. وأما ما ينتج منها من الثمر، فلا يتبع الأصل. وهذا ما قصده الإمام مالك من قوله: "على صورته وخلقته، غير متميز في الصورة والخلق". أما الحنابلة، فلم يفرقوا بين

^{٨٥٤} أبو محمد عبد الوهاب، المعونة على مذهب عالم المدينة، ١/١١٥٥.

^{٨٥٥} الشافعي، الأم، ٣/١٩٤.

^{٨٥٦} ابن قدامة، المغنى، ٤/٢٥٠.

^{٨٥٧} البقرة ٢/٢٨٣.

^{٨٥٨} الماوردي، الحاوي في فقه الشافعي، ٦/١٦.

^{٨٥٩} السمرقندي، محمد بن أحمد بن أبي أحمد، تحفة الفقهاء، بيروت، لبنان، دار الكتب العلمية، ط ٢ (١٤١٤هـ/١٩٩٤م)، ٣/٤٢.

^{٨٦٠} القدوري، التجريد، ٦/٢٨٤١.

^{٨٦١} الماوردي، الحاوي في فقه الشافعي، ٦/٦.

^{٨٦٢} الرجراجي، أبو الحسن علي بن سعيد، مناهج التحصيل، دار ابن حزم، دم، ط ١ (١٤٢٨هـ/٢٠٠٧م)، ٨/٢٧٧.

النماء المتصل والمنفصل في العقار المرهون، فقالوا: "غَلَّةُ الدَّارِ، وَثَمَرَةُ الشَّجَرَةِ الْمَرْهُونَةُ، مِنَ الرَّهْنِ أَرَادَ بِغَلَّةِ الدَّارِ أَجْرَهَا أَنَّ نَمَاءَ الرَّهْنِ جَمِيعُهُ وَغَلَّتُهُ تَكُونُ رَهْنًا فِي يَدِ مَنْ الرَّهْنُ فِي يَدِهِ كَالْأَصْلِ".^{٨٦٣}

في كون النماء الزائد للمرتهن، أخذ من إضافة النبي ﷺ الشيء إليه، فعلق الحكم في النماء الزائد مضافاً إلى المرتهن، لأنه له ذلك قبل العقد. فما الحكمة من قوله ﷺ: "الرهن مركوب ومحلوب"، لولا أنه أراد أن ينبه على أن ما يُولد من الشيء المرهون ملكٌ للمرتهن؟ فما صح بيعه صح رهنه، والبيع والرهن كلُّ منهما عقد في مقابلة عوض؛ ففي عقد البيع، نماء الشيء المبيع ملكٌ للمشتري، وبذلك يكون نماء المرهون ملكاً للمرتهن.

وبالنظر في أقوال الفقهاء، نجد أنهم أرادوا التنبيه على أن الزيادة القصدية في العقد أي: ما يُضاف إلى الشيء المرهون بعد العقد تختلف عن الزيادة الضمنية، وهي على أربعة أنواع:

- الزيادة المنفصلة المتولدة من المرهون تلحق أصل الرهن.
- الزيادة المتصلة المتولدة كالنمو وهذه الزيادة لها حكم أصل الرهن.
- والزيادة المنفصلة المتولدة عن أصل العقد كأجرة العقار لا تحلق بأصل العقد.
- والزيادة المتصلة غير المتولدة لا تكون مع أصل الرهن فلو رهن الراهن ساحة البيت ثم أنشأ بناء عليها لا يكون مرهوناً بل يحتاج إلى عقد مستقل.^{٨٦٤}

يتبين من خلال أقوال الفقهاء المتقدمة أن دخول زوائد ونماء المال غير المنقول في الرهن يرتبط بتعلق الدين بالأصل، وما يتولد عنه من منافع وزيادات. فمن قال بدخول الزوائد في الرهن، فإن الدين يكون متعلقاً بالأصل وبما ينتج عنه، من غلات وأجور. وأما من قال بعدم دخولها، فقد قصر حق المرتهن على الأصل دون ما يتولد عنه، فتكون المطالبة محصورة في العين المرهونة فحسب. وقد تلخّصت آراء الفقهاء في مسألة دخول الزوائد والنماء في الرهن على النحو الآتي:

١. "الرهن ليس ملكاً للمرتهن ولا مأذون له فيه فلا يصح تصرف فيه من غير إذن".^{٨٦٥}
٢. لأن الزيادة فرع وهي تابعة للأصل، والرهن ملك للراهن، لذا وجب أن يكون النماء له كسائر الأملاك".^{٨٦٦}
٣. "لأن يد المرتهن على الرهن لغرض استيفاء حقه منه، وهذا لا يوجب ملك المنافع كحبس المبيع في يد البائع".^{٨٦٧}
٤. لأن حكم الرهن الحبس الدائم، والانتفاع ينافيه، لذا ليس له أن ينتفع بالمرهون استخداماً وركوباً، ولبناً، وسكنى، وغير ذلك".^{٨٦٨}

^{٨٦٣} ابن قدامة، المغني، ٢٩١/٤.

^{٨٦٤} الزيلعي، تبیین الحقائق، ٩٥/٦.

^{٨٦٥} اللاحم، عبد الكريم بن محمد، المطلاع على دقائق زاد المستقنع، ٥٥٨/٢.

^{٨٦٦} النووي، المجموع، ٢٣٠/١٣.

^{٨٦٧} الموصلي، الاختيار لتعليل المختار، ٧٠/٢.

^{٨٦٨} الكاساني، بدائع الصنائع، ١٤٦/٦.

الزيادة الضمنية، أو الزيادة القصدية في العقد، في قول الحنفية آف الذكر، يعني أن الزيادة الضمنية تحدث دون تدخل مقصود، على عكس الزيادة الحادثة بالعقار المرهون بالعقد، لا تدخل؛ لأنها منفصلة بالإرادة، كالبناء على العقار، زيادة مستقلة عن أصل العقار.

2.15.5. انتفاع الراهن بالمرهون يملك الراهن الانتفاع بالمرهون، فله أن يستوفيه؛ لأنه لا يدخل في العقد، ولا يضر بالمعقود له، وفي الحبس تعطيل للانتفاع بالعقار المرهون. وحكم انتفاع الراهن بالمرهون، للفقهاء لهم به اتجاهان من حيث الإجمال، وسبب خلافهم في مقتضى عقد الرهن: أهو الحبس، أم تعينه للبيع؟ وبناءً على هذا الخلاف، ظهر خلاف في مسائل، منها: الانتفاع بالعقار المرهون، وفي الزوائد المنفصلة المتولدة، ورهن المشاع. أما انتفاع العقار المرهون عند عقد الرهن، إما أن يكون بيد الراهن، أو بيد المرتهن، فذهب أصحاب:

الاتجاه الأول: وهو ما اتفقت عليه المذاهب الثلاثة، من الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة، أنه لا يجوز انتفاع الراهن بالرهن، واسترداده للانتفاع به بعد الرهن: "انْتِفَاعُ الرَّاهِنِ تَصَرُّفٌ مُبْطِلٌ لَا يَدُلُّ لِحَقِّ الْمُرْتَهِنِ فَيَمْنَعُ مِنْهُ"^{٨٦٩} فجميع نماء الرهن وسائر منافعه ملك للمرتهن دون الراهن فـ" تَصَرُّفُ الرَّاهِنِ فِي الرَّهْنِ بِإِذْنِ الْمُرْتَهِنِ، يُبْطِلُ الرَّهْنَ مِنْ أَصْلِهِ"^{٨٧٠}، لأن مقتضى العقد الحبس الدائم لدى المرتهن، إلى أجل سداد الدين، والانتفاع به ينافي مقتضاه. ونقل الموفق ابن قدامة ذلك: "إذا أجر الراهن الرهن بإذن المرتهن، كان إخراجاً من الرهن؛ لأن الرهن يقتضي حبسه عند المرتهن أو نائبه على الدوام، رعاية لحق المرتهن في القبض، فمتى وُجد عقدٌ يُستحق به زوال الحبس، زال الرهن"^{٨٧١}. واعتبار الانتفاع بالمرهون غصباً، يوجب على منتفعه الضمان عند الهلاك.

الاتجاه الثاني: أنه لا بأس بالانتفاع به ما لم يُؤثّر في قيمة المرهون، وهذا قول الشافعية ومن وافقهم، ودليل القول: تمسك الشافعية بظاهر حديث: «الرهن يُركبُ بنفقته إذا كان مرهوناً، ولبنُ الدرّ يُشربُ بنفقته إذا كان مرهوناً، وعلى الذي يركبُ ويشربُ النفقة»^{٨٧٢}. الانتفاع في مقابلة النفقة، وهو خاص بالمرتهن، وحمل الإمام الشافعي الفاعل من قوله ﷺ: «يُركبُ» و«يُشربُ» على أن يكون المراد هو الراهن صاحب الرهن؛ والصواب أن المراد بالفاعل من الحديث هو المرتهن، وليس الراهن، لورود التصريح به في رواية أحمد، بقوله: «إذا كانت الدابة مرهونة، فعلى المرتهن علفها، ولبنُ الدرّ يُشربُ، وعلى الذي يشربه نفقته، ويركبُ»^{٨٧٣}. واستدلوا أيضاً بأن موضوع الانتفاع وعدمه "لم يدخل في العقد، ولا يضر بالمعقود له، فبقي على ملكه وتصرفه، كخدمة الأمة المتزوجة"^{٨٧٤}، إذ المقصود من الرهن توثيق الدين إلى أجل السداد، حيث يمكن الاستيفاء منه عند عجز الراهن سداد الدين.

القول الراجح - فيما يبدو - والله أعلم. أنه لم يدل دليل واضح على عدم انتفاع الراهن برهنه، والرهن لم ينقل ملكيته، ولا يمنعه من الانتفاع به آية أو حديث، والإنسان لا يمنع من منافع ماله، وإنما تبقى القضية على البراءة الأصلية، ما لم يضر الانتفاع

^{٨٦٩} السرخسي، المبسوط، ١٠٧/٢١.

^{٨٧٠} الدسوقي، حاشية الدسوقي، ٢٤١/٣ / مصطفى الخن وآخرون، *الفقه المنهجي*، ١٢٦/٧.

^{٨٧١} ابن قدامة، *المغني*، ٢٩٣/٤.

^{٨٧٢} البخاري، *صحيح البخاري*، ١٤٣/٣.

^{٨٧٣} أحمد بن حنبل، *المسند*، ٢٣/١٢.

^{٨٧٤} النووي، *المجموع*، ٢٣٠/١٣.

بقيمة المرهون كسكنى الدار ونحوه، وخاصة إذا رضي المرتهن وأذن له، ولذا نجد مذهب الشافعية فيه قوة، وأقرب إلى الحق والصواب؛ لأن منع الراهن من الانتفاع بالرهن فيما لا يضر، لا شك أن في ذلك فواتاً للمنفعة، واضرار بالراهن، والشرع لا ضرر ولا ضرار.

2.15.6. انتفاع المرتهن بالرهن مرّ بنا سابقاً بأن المسلم بحاجة إلى ضمان حقوقه لدى الآخرين، وفي حال عدم توافر الثقة بين العاقدین، قد شرع الرهن لتوثيق الدين الذي في ذمة المدين، فلما كانت العين المرهونة في يد الراهن بصفته المالك لها، فالانتفاع بها أثر من آثار تلك الملكية، وحيث إن الانتفاع قد يُنقِص من قيمتها أو يُنلّفها على المرتهن، والمقرّر فقهاً أن عقد الرهن هو: "عقد استيثاق لا استثمار واسترباح".^{٨٧٥} وعلى هذه المشروعية العامة، اتفق الفقهاء، ويكون عقد الرهن بناءً على هذا هو عقد ضمان للدين بمعنى الصك والكفيل، فقد ذكر الفقهاء حكم هذا الانتفاع، فالحنفية منعو الانتفاع "إن أجزأ المرتهن المرهون بغير إذن الراهن فالغلة له، ويتصدق بها؛ لأنه بمنزلة العاصب في ذلك".^{٨٧٦} وبعض الشافعية قالوا بعدم جواز انتفاع المرتهن، سواء كان مشروطاً في العقد أم غير مشروط، وسواء أكان الرهن بسبب قرض أو بغيره؛ لأن الراهن مالك للعين والمنفعة، وله الحق في أن يملكها للمرتهن "ليس للمرتهن أن ينتفع بالعين المرهونة بدون إذن الراهن مطلقاً، فإذا فعل ذلك كان متعدياً وضامناً للمرهون".^{٨٧٧} ووافق المالكية القول بعدم جواز انتفاع المرتهن بالعقار المرهون "انتفاع المرتهن بالرهن فلا يجوز بغير إذن الراهن، ويجوز بإذنه إذا كان ذلك شرطاً في أصل البيع في الدور والأرضين باتفاق".^{٨٧٨} والحنابلة على أنه: "لا يملك المرتهن الانتفاع بالرهن بلا إذن الراهن باتفاق الأئمة".^{٨٧٩} فقالوا بالتفريق بين ما إذا كان الرهن بسبب قرض أو بسبب غيره، كالرهن بئمن مبيع، أو أجرة دار، أو دين غير القرض. "أرأيت المرتهن، هل يجوز له أن يشترط شيئاً من منفعة الرهن؟ قال: إن كان من بيع فذلك جائز، وإن كان الدين من قرض فلا يجوز ذلك؛ لأنه يصير سلفاً جرّ منفعة".^{٨٨٠}

فإذا كان عقد الرهن بسبب قرض، كرجل اقترض مالا من آخر، واشترط المقرض أن يسكن في عقاره، أو يأخذ قطعة أرض زراعية من المقرض لزراعة الأرض بسبب دين قرض عليه، فاشترط المرتهن الانتفاع بالعقار، فلا يجوز. قال أحمد: "أكره قرض، الدور، وهو الرّبا المحض".^{٨٨١}؛ لأنه قرض جر نفعاً، فهو ربا، ويمنع الانتفاع حتى مع الإذن معاً للربا، والقرض من عقود الإرفاق، وبهذه الصورة إخراج من صورته التي شرع لأجلها، وهي الإحسان إلى عباد الله، إلى صورته أخرى، وهي تحويله إلى عقد معاوضة وربح. هذا وفرق الحنابلة في نوع الرهن، فقالوا: "إذا كان الرهن لا يحتاج إلى نفقة، كالدار والمنافع، لا يجوز للمرتهن الانتفاع به إلا بإذن الراهن، وإذا كان يحتاج إلى نفقة كالحيوان، جاز الانتفاع؛ لأن منفعة المحلوب والمركوب في مقابل النفقة، فلا إنقاص فيه".^{٨٨٢} ويُسْتثنى من جواز انتفاع المرتهن بالعقار المرهون: مثل إن استأجر المرتهن العقار من الراهن بأجرة مثلها، جاز، وإن كان عقد الرهن في قرض؛ لكونه انتفع بالعقار مقابل أجرة، ولم ينتفع بالقرض، فأصبح انتفاعه في مقابل عوض.

^{٨٧٥} نصر فريد واصل، فتاوى دار الإفتاء المصرية، <https://www.dar>، رقم الفتوى: ١٩٦٣ الأحد ٠٩ فبراير ٢٠٢٥ م - ١٠ شعبان (١٤٤٦هـ).

^{٨٧٦} السرخسي، المبسوط، ١٠٨/٢١.

^{٨٧٧} مصطفى الخن وآخرون، الفقه المنهجي، ١٢٧/٧.

^{٨٧٨} ابن رشد، البيان والتحصيل، ٣٤/١١.

^{٨٧٩} العبدان، عبد العزيز بن عدنان، الدلائل والإشارات على أخصر المختصرات، الكويت، دار الراكز للنشر والتوزيع، ط ١ (١٤٣٩هـ/٢٠١٨م)، ٢٩٦/٢.

^{٨٨٠} الإمام مالك، المدونة، ١٤٩/٤.

^{٨٨١} ابن قدامة، المغني، ٢٨٧/٤.

^{٨٨٢} الشنقيطي، محمد المختار، شرح زاد المستقنع، <http://www.islamweb.net>، دبت، ٦/١٧٩.

سُئِلَت اللجنة الدائمة: رجل عليه دين لرجل آخر، رهن المدين به قطعة أرض، فهل لربِّ الدين أن ينتفع بتلك الأرض المرهونة بالزراعة أو الإيجار أو نحوها؟ فأجابت اللجنة: "إذا كان المرهون ممَّا لا يحتاج إلى مؤونة وعناية، كالمتاع والعقارات من الأراضي والدور، وكانت مرهونة في دين غير دين قرض، فإنه لا يجوز للمرتهن أن ينتفع بها بالزراعة أو الإيجار، إلا بإذن الراهن؛ لأنه ملكه، فكذلك نموؤه من حق الراهن. فإن أذن الراهن للمرتهن بالانتفاع بهذه الأرض، ولم يكن الدين دين قرض، جاز انتفاع المرتهن بها ولو بغير عوض، ما لم يكن ذلك في مقابل تأخير مدة وفائه، فإن كان انتفاعه بالرهن في مقابل ذلك، لم يجز للمرتهن الانتفاع به. أما إن كانت هذه الأرض المرهونة رهنًا في دين قرض، فإنه لا يجوز للمرتهن الانتفاع بها مطلقًا؛ لكونه قرضًا جرَّ نفعًا، وكل قرض جر نفعًا فهو ربا بإجماع أهل العلم".^{٨٨٣}

على قول من قال بأن المرتهن لا يجوز له الانتفاع بالعقار المرهون ترتب عليه إلزام المرتهن بدفع تعويض عن استعمال العقار بغير حق.

2.15.7. الرهن التأميني "عقد وارد على عقار، يمنح المرتهن حق الأولوية في استيفاء دينه عن الآخرين من ثمن العقار"^{٨٨٤}؛ يُعتبر من عقود الضمان، فهو لا ينشأ مستقلًا، بل يتبع نشوء الدين المضمون به، فالدائن ما كان ليقبل بإقراض المدين لولا قيامه بتقديم الرهن، والمدين ما كان ليقدم الرهن لولا قبول الدائن بإقراضه، فهو عقد ذو عوض يضمن الوفاء بالتزام، دونما حاجة لا إلى نزع الحيازة، ولا إلى تعطيل القيمة المالية للعقار لمصلحة دائن واحد فقط.

ويُشترط لا اعتبار الرهن التأميني صحيحًا ومنتجًا لآثاره "أن يتم تسجيله في دائرة التسجيل، فلا ينعقد بعقد عرفي، بل يُشترط فيه الرسمية؛ لأنه هو الضامن لسداد الدين، فالحق متعلق بالمرهون من حيث ماليته وقيمته، فلا يقبل التجزئة لا من حيث العقار الوارد عليه، ولا من حيث الدين المضمون به، فيكون استيفاء الدين من ثمنه بالأفضلية على غير الدائنين".^{٨٨٥} فعند بيعه، فالعقار المرهون رهنًا رسميًا يكون كل جزء فيه محبوسًا حتى يُستوفى كامل الحق، فيبقى العقار الجاري عليه التأمين في يد المدين يتصرف به بحرية، فله أن يبيعه، أو يؤجره، أو يهبه، أو أن يُنشئ عليه حقًا عينية جديدة، وله أن يستمر في استعماله واستغلاله كيفما شاء، من دون إخلال بحقوق صاحب التأمين، فلا يجوز إنقاص قيمته الائتمانية، ولن يخشى الدائن صاحب التأمين من هذه التصرفات؛ إذ العقار ينتقل مثقلًا بالحق العيني، لأن العقد لا يقبل التبعض.

أما في الرهن الحيازي، فلا يختلف عن تعريف الرهن التأميني، إلا أن العقار في الرهن الحيازي يبقى في يد المرتهن إلى أن يستوفي حقه، أما الرهن الرسمي، فإن العقار المرهون يبقى تحت تصرف الراهن، لكن يُجعل للمرتهن الحق أن يتقدم على غيره من سائر الغرماء في أخذ حقه من ثمن العقار عند تراحم الغرماء.

وأما فيما يتعلق بصفة قبضه في الأموال التي لا تحتاج إلى نقل كالدور والأراضي، فيُكتفى فيها بتخليته من أي موانع، مقسومًا غير مشاع؛ لأن قبض الجزء الشائع لا يُتصور، ورهن الكل لا يقتضيه العقد، أو أن يكون مشغولًا بحق الغير، لدخول ملكية جديدة على العقار تُستوفى منه إذا عجز الراهن عن سداد دينه.

^{٨٨٣} اللجنة الدائمة للبحوث العلمية والإفتاء، فتاوى اللجنة الدائمة، <http://www.alifta.com>، ١٧٦/١٤.

^{٨٨٤} مجموعة من المؤلفين، فقه المعاملات، ٧١٦/١.

^{٨٨٥} السنهوري، الوسيط، ٢٨٠/١٠، (النص منقول بتصرف من جزء التأمينات العينية).

ويمتاز الرهن التأميني بأنه: "لا يؤدي إلى تجريد الراهن من ملكية المال المرهون ولا من حيازته، فتكون للراهن ولاية بيع المرهون، ويتعلق حق المرتهن به، ويتوقف نفاذ البيع والتصرف فيه، لذا فهو يبقى محتفظاً بسلطاته كمالك وكحائز"^{٨٨٦}، ولكن تُفرض عليه بعض القيود التي من شأنها أن تضمن سلامة المرهون.

2.15.8. الفرق بين الرهن الحيازي والتأميني يوجد قواسم مشتركة بين الرهن الحيازي والرهن الرسمي وذلك أن عقد الرهن يجب أن يتبع لإجراءات قانونية حتى ينفذ من أجل أن يستطيع مواجهة النزاعات القضائية ويختلفان في أوجه:

2.15.8.1. أوجه الشبه

- "كلاهما من الحقوق العينية.
- كلاهما لا يؤدي إلى تجريد الراهن من ملكية المال المرهون خلال فترة العقد.
- كلاهما لا يجوز رهن حقوق الارتفاق مستقلاً عن العقار الذي يكون محملاً به.
- من حيث السبب الذي شرع لأجله العقد في الرهين هو ضمان حق شخصي للمرتهن بذمة المدين.
- كلاهما يعطي للدائن حق التقدم أو الامتياز على الدائنين في اقتضاء الدين، طبقاً لمرتبة قيده في دائرة التسجيل.
- كلاهما ينشأ عن طريق العقد (عقد ضمان)، يدخل في نطاق الضمانات العينية، فينشأ بموجبه للدائن المرتهن ضمان عيني على المال المرهون المعين بالذات"^{٨٨٧}.
- "لا يفسخ عقد الرهن أي الرهن الحيازي وكذا الرسمي والتأميني لعدم تنفيذ أحد المتعاقدين التزاماته؛ لأنه عقد ملزم للجانبين، وإنما للعائد الآخر المطالبة بالتنفيذ"^{٨٨٨}.
- كلاهما لا يجوز انشاء رهن حيازي أو رسمي على العقارات الموقوفة، والعقارات المعتبرة من أملاك الدولة؛ لأنها تتعارض مع التصرف، وكونها غير قابلة للتداول.
- "يترتب على الرهن التأميني، كالرهن الحيازي، حق الدائن المرتهن بالأولوية، أو التقدم، أو الامتياز على بقية الدائنين العاديين في اقتضاء دينه، طبقاً لمرتبة قيده في دائرة التسجيل"^{٨٨٩}.
- الحقوق المتجزئة عن حق الملكية وهي الانتفاع، والسكنى، والاستعمال، حقوق عينية أصلية والرهن حق عيني تبقي فلا يصح رهن حق الاستعمال والسكن باعتبارهما حقين عينييين متجزئين عن حق الملكية.

كلاهما حق لا يقبل التجزئة، أي كل جزء من العقار المرهون يكون ضامناً للوفاء بكل الدين، فلو انتقل العقار المرهون إلى ورثته فلا يلزم الدائن أن يقسم دعواه على الورثة أو الشركاء في العقار، فثمن العقار هو الضامن لسداد الدين، ويحل التعويض محله في الضمان، وهو من قبيل الانتقال من الأصل إلى البديل، وكل جزء من الدين يكون مضموناً بكل العقار. فإذا كان التأمين وارداً على عقار واحد فمن الممكن أن يتجزأ العقار بفعل القسمة، وهذه القسمة لا تؤثر في التأمين، فيبقى كل جزء من العقار ضامناً للوفاء بكل الدين، وليس لزاماً للتنفيذ على كامل العقار إذا كان جزء منه يوفي بالدين كاملاً. وفي حال موت الدائن المرتهن،

^{٨٨٦} السنهاوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ٢٨٠/١٠.

^{٨٨٧} حسين حمدان، التأمينات العينية دراسة تحليلية شاملة لأحكام الرهن والتأمين والامتياز، دم، منشورات الحلبي الحقوقية، ط١ (٢٠٠٩م)، ١٣٨.

^{٨٨٨} وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ٣١٩٩/٤.

^{٨٨٩} مجموعة من المؤلفين، فقه المعاملات، ١٨٩/٢.

وبعد تقسيم حقه المضمون بهذا العقار بعد تقسيمه على ورثته، فإن كل جزء من هذا الحق يُعد مضموناً بكل العقار المرهون، ولكل وارث هنا أن ينفذ على كل العقار حتى يُستوفى حقه.

2.15.8.2. أوجه الاختلاف

- "في الرهن الحيازي، من حيث محله، في المنقول وغير المنقول، أما في الرهن التأميني، لا يرد إلا على العقار، فلا يرهّن منقول رهناً رسمياً (حق عيني عقاري)".^{٨٩٠} ونص القانون المدني القطري على ذلك في القانون رقم (٢٢) لسنة ٢٠٠٤، مادة ١١٢٩ "لا يكون محلاً للرهن الحيازي إلا ما يمكن بيعه استقلالاً بالمزاد العلني من منقول وعقار".^{٨٩١} فلا يجوز اقتضاء الدين من غير العقار المرهون، لأن العبرة بالعين محل الوفاء، ويشترط لانعقاد الرهن في الحقوق العينية العقارية أن يكون الحق منفصلاً عن الرقبة، أما إذا كانت الرقبة والمنفعة لشخص واحد، ولا يصح رهن المنفعة مستقلة؛ لأن حق الملكية حق واحد لا يتجزأ، فمن يرهّن عقاراً يشمل الرقبة والمنفعة معاً، في حين لا يمكن أن يرد الرهن التأميني على حق الاستعمال وحق السكنى، ورهنها تصرف في ملك الغير.
- "الرهن الحيازي يبقى في يد المرتهن إلى أن يستوفى حقه، أما الرهن التأميني فإن العقار المرهون يبقى تحت تصرف الراهن، لكن يجعل للمرتهن الحق.
- الرهن التأميني حق لا يخرج العقار من حيازة صاحبه، وبه يعطى لمالك العقار أن يستعمله ويستغله ويتصرف فيه، بشرط.
- ألا يؤدي ذلك إلى نقص في قيمته.
- في الرهن الحيازي يوجد التزام على الراهن هو أن يسلم الشيء المرهون، منقولاً كان أو عقاراً، للدائن المرتهن، يحافظ عليه ويديره ويستغله، أما في الرهن التأميني فيبقى العقار المرهون في حيازة الراهن ولا ينتقل منه إلى أحد".^{٨٩٢} أي أن العقار في الرهن التأميني لا يخرج من حيازة صاحبه.
- الرهن التأميني من حيث آثاره يرتب التزامات لجانب واحد، لا ينشئ التزامات إلا في ذمة الراهن، بخلاف الرهن الحيازي، حيث يكون المرتهن هو صاحب الالتزام وهو الرهن وصاحب التأمين، يستطيع التنفيذ عليه تحت أي يد كانت، أما لو بقي العقار في يد المدين فلا يتصور ممارسة حق التتبع، والحيازي يرتب التزامات في ذمة كل من الراهن والمرتهن.

^{٨٩٠} مجموعة من المؤلفين، *فقه المعاملات*، ٧١٦/١.

^{٨٩١} المادة (رقم المادة) من قانون رقم (٢٥٥٩) بشأن (عنوان القانون)، الموسوعة القانونية القطرية (الميزان)، ٢٧ محرم ١٤٤٧ هـ متاح على: <https://www.almeezan.qa/LawArticles.aspx?LawArticleID=37573&LawID=2559&language=ar>. تاريخ التصفح ١٦

ديسمبر ٢٠٢٣ م.

^{٨٩٢} السنهوري، *الوسيط في شرح القانون المدني*، ٥١٧/١٠.

2.16. حق (الامتياز، الاختصاص) في المال غير المنقول

2.16.1 حق الامتياز ظهر مؤخرًا، حق الامتياز في القانون، أما الفقه الإسلامي فلم يعرف حق الامتياز على أنه حق عيني تباعي، إنما عبر عنه الفقهاء القدامى بالأولوية، وبعض المعاصرين أطلق عليه حق الرجحان أو "حق التوثيق الشرعي".^{٨٩٣} لكن منذ نشأته قد أقر هذا المبدأ بمعناه العام الواسع، وإن جاء على شكل وصور مختلفة. قال وحيد الدين سوار: "لم تكن فكرة حقوق الامتياز غريبة عن الفقه الإسلامي، ونحن نجد فيها بعض الديون الممتازة مبعثرة في مواضيع مختلفة كدين الزكاة ونفقة تجهيز الميت".^{٨٩٤} ولكن الناظر في الآيات والأحاديث وإجماع العلماء يرى بأن حق الامتياز فهم من عدة آيات وأحاديث، ففي قوله ﷺ: (مَنْ بَعْدَ وَصِيَّةٍ يُوصَىٰ بِهَا أَوْ دَيْنٍ غَيْرَ مُضَارٍّ وَصِيَّةً مِنَ اللَّهِ وَاللَّهُ عَلِيمٌ خَلِيمٌ).^{٨٩٥}

ففيه الآية ترتيب استحقاق الحق للورثة، ويأتي بعد سداد دين المتوفى، فكانت دليلاً واضحاً على امتياز حق الغرماء على حق الورثة، لأن فكرته العامة وافقت ما جاء به القانون المعاصر. فعند الفقهاء القدامى عُرف بالأولوية أو حق التقديم أو التقدم أو حق السبق، فلم يفرد الفقهاء لموضوع الامتياز باباً خاصاً، إنما عالجوا أحكامه في فروعهم. فجاء الامتياز لرد الحق وإدراكه، كقوله ﷺ: «مَنْ أَدْرَكَ مَالَهُ بَعِينُهُ عِنْدَ رَجُلٍ أَوْ إِنْسَانٍ قَدْ أَفْلَسَ؛ فَهُوَ أَحَقُّ بِهِ مِنْ غَيْرِهِ».^{٨٩٦} والحديث يدل دلالة واضحة على تقرير حق الامتياز، وبوب الامام الصنعاني فقال: "يُقَدَّمُ إِخْرَاجُ الدَّيْنِ عَلَى الْوَصِيَّةِ".^{٨٩٧} وتقديم من له حق عيني تباعي على من له حق في الذمة إذا تزام حقان "قدم المتعلق بالعين كالرهن على ما تعلق بالذمة".^{٨٩٨} فالامتياز قد يثبت على العين أو على ذمة الدين، وهو من ناحية تعلقه بالمال فهو "ذات طبيعة عينية ودينية".^{٨٩٩} كما في الرهن، ودلت بعض الفروع الفقهية على منح امتيازات خاصة كأقطاع الإمام الأراضي الموات، فيتميز بحقه عن غيره، ونصوا على صحة الحمى، وفعل ذلك رسول الله ﷺ في المدينة. والتجبر وإحياء الأراضي يفيد امتيازاً مانعاً لخضوع الشخص لقسمة الغرماء، وكالسبق إلى مقاعد المساجد والمدارس ومواقع النسك، فيحق له الانتفاع بسبقه، وذلك بتحصيل المنفعة. فكلها من قبيل الامتيازات، لأن محله العين والدين والمنفعة. فالأعيان كامتياز الأراضي، والديون كامتياز الأجرة والوقف والغصب، والمنفعة امتياز الإرفاق وإحياء الموات. تعريف الامتياز: "أولوية مستحقة شرعاً لحق معين مراعاة لصفته تمنح غيره منه".^{٩٠٠} فإذا تزامت الحقوق في محل واحد، جاء هذا الحق منظماً ومرتباً وضامناً لها، فهو من قبيل الحقوق العينية أو التأمينات العينية أو حقوق التوثيق، هدفه تحديد مراتب الدائنين أثناء استيفاء الدين. حتى أن الفقهاء، من جملة ما ذكروا في خصائص الامتياز، أنه حق لا يتجزأ، قال صاحب الهداية: "ولو قضاه البعض فله أن يجبس كل الرهن حتى يستوفي البقية".^{٩٠١}

^{٨٩٣} السيد عبد نايل، /أحكام الضمان العيني والشخصي، السعودية، مطابع جامعة الملك سعود، ط ١ (١٤١٩ هـ)، ٢٩٨.

^{٨٩٤} سوار، وحيد الدين، /الحقوق العينية التبعية، الأردن، دار الثقافة، ط ١، دبت، ٣٧٧.

^{٨٩٥} النساء ١٢/٤.

^{٨٩٦} البخاري، صحيح البخاري، ١١٨/٣.

^{٨٩٧} الصنعاني، سبل السلام، دار الحديث، دم، دبط، دبت، ٢١٥٧.

^{٨٩٨} ابن نجيم، الأشباه والنظائر، ٣٩٦/١.

^{٨٩٩} شودار، يمينه، أحكام حقوق الامتياز في الفقه الإسلامي والقانون، رسالة دكتوراه، جامعة الجزائر، إيش: أد علي عزوز، (١٤٣٢ هـ/٢٠١١ م)، ٥٩.

^{٩٠٠} التتم، إبراهيم صالح، الامتياز في المعاملات المالية وأحكامه في الفقه الإسلامي، دم، دار ابن الجوزي، ط ١ (١٤٣٠ هـ)، ٦٣.

^{٩٠١} المرغيناني، الهداية في شرح بداية المبتدي، ٤١٥/٤.

مما يعني أن المال الذي تعلق به الدين يصبح مشغولاً كله، ويبقى الامتياز قائماً إلى آخر جزء من المال، وهذه آثار الامتياز على حقوق الناس: متى يقدم ومتى يؤخر. "إن في الأصول أن الأعيان والذمم، إذا تقابلت، كانت الأعيان مقدمة على الذمم".^{٩٠٢} فإذا هلك محل الامتياز كلياً، فإن الدين يبقى حتى يعوّض عنه بالكليّة، فيحل التعويض محل العقار الهالك. وأما إذا هلك جزء من العقار، فيبقى الدين في الجزء القائم إلى أن يعوّض عما هلك أو يُعاد على ما كان عليه سابقاً.

وفي التعريف جملة "مستحقة شرعاً" فكانت بياناً لجهة مانح الحق، سواءً من جهة الشارع أم من جهة من أعطاه الشارع هذا الحق وهو ولي الأمر. ومحل حق الامتياز يمكن أن يكون سلعة معينة، أو منفعة معينة، أو ديناً، أو عملاً، فالموضوعات التي تناولها هذا الحق واسعة، ترد على أشياء مختلفة ومتنوعة قسمت إلى امتياز الديون، وامتياز المنافع، وعقود الامتياز. كما أن نطاق الامتياز يتسع في بعض الأنظمة القانونية ليشمل في العصر الحديث الامتيازات في إعلانات الطرق، والامتيازات في العقود كعقود التوريد والتعدين والتنقيب عن النفط والامتياز التجاري، فأصبح يحل محل السلطات العامة في إدارة مرفق عام واستغلاله بطريق الاحتكار القانوني، بشرط أن يخضع العاقد الممتاز بشروط العقد المتفق عليها بينه وبين السلطة الحاكمة. وأما بالنظر إلى حق الامتياز في العصر الحالي، نرى أن طبيعة تناول حق الامتياز في الفقه الإسلامي على غير ما تناوله القانون المدني، فقد جاء في المذكرات الإيضاحية للقانون المدني الأردني: "لم تحدد حقوق الامتياز كحق عيني تابع في الفقه الإسلامي، كما حددها القوانين الحديثة".^{٩٠٣} فبسبب إدراج الفقهاء والقانونيين حق الامتياز كحق عيني تبعية حتى أصبح ذا مفهوم دولي، ذلك أن صاحب الحق يكون تابعاً لدينه أو منفعته أو عقده محل الامتياز، فيبقى ببقائه ويسقط بسقوطه؛ لأنه غير قابل للتجزئة والتبعيض، وبهذا شابه الرهن بقسميه، واختلف عن الرهن الرسمي من حيث المصدر، فالرهن الرسمي مصدره الاتفاق، أما حق الامتياز مصدره القانون.

يلاحظ أن الفقه الإسلامي لم يعتمد في تقسيمه لحق الامتياز على التقسيم القانوني من الامتيازات العامة والخاصة، فمحل حقوق الامتياز في الفقه الإسلامي ترد على أموال المدين كلها، سواء أكانت منقولة أو عقاراً. مما يفيد هذا الحق من كون الشخص "لا يخضع لقسمة الغرماء، فالامتياز في جوهره ليس إلا محاباة لدائن معين وتفضيله، وهذه الكلمة تتفق مع معنى الأصل اللاتيني لكلمة امتياز، وهي عبارة عن القانون الذي يعمل من أجل الفرد".^{٩٠٤} إن تقرير مبدأ حق الامتياز في الفقه الإسلامي والقانون يعتمد لاعتبارات كثيرة وفقاً لقوة المصلحة المقصودة من حماية مال الغرماء، سواء أكان الامتياز عاماً أم خاصاً، ولم يقف القانون إلى هذا الحد، بل فرق بين التصرفات في حق الامتياز في الأموال المنقولة وفي غير الأموال المنقولة، كبيع العقار، فنصت المادة ١١٨٤: "ما يستحق لبائع العقار من الثمن وملحقاته، يكون له امتياز على العقار المبيع. ويجب أن يقيد الامتياز ولو كان البيع مسجلاً، وتكون مرتبته من وقت القيد".^{٩٠٥}

2.16.2. حق الاختصاص، هذا الحق الذي أقرته الشريعة الإسلامية، يرد على المنافع، واستعمله الفقهاء في عدة أبواب فقهية

منها العبادات "من سبق إلى موضع من المسجد فجلس فيه للصلاة لم يثبت له حق الاختصاص به في صلاة أخرى بعدها".^{٩٠٦}

^{٩٠٢} الخطابي، أبو سليمان حمد بن محمد، *أعلام الحديث*، تحقق: د. محمد بن سعد بن عبد الرحمن آل سعود، مكة المكرمة، جامعة أم القرى، مركز البحوث العلمية وإحياء التراث الإسلامي، ط ١ (١٤٠٩هـ/١٩٨٨م)، ١١٩٦/٢.

^{٩٠٣} المكتب الفني في نقابة المحامين، *المذكرات الإيضاحية للقانون المدني الأردني*-عمان، ط ٢ (١٩٨٥م) ٨٠٣. عند تناولها للنصوص ١٤٢٤، ١٤٣٠.

^{٩٠٤} سلامة أحمد، *دروس في التأمينات المدنية*، د. ط، دار النهضة العربي، (١٩٦٨م)، ٤٠٨.

^{٩٠٥} وزارة العدل القطرية، <https://www.almeezan.qa> قانون رقم (٢٢) لسنة (٢٠٠٤م) بإصدار القانون المدني.

^{٩٠٦} الزركشي، أبو عبد الله بدر الدين محمد بن عبد الله، *أعلام الساجد بأحكام المساجد*، تحقق: أبو الوفا مصطفى المراغي، د.م، المجلس الأعلى للشؤون الإسلامية، ط ٤ (١٤١٦هـ/١٩٩٦م) ٣٩١/١.

، ويأتي على معنيين: أحدهما يشمل كل ما اختص به الإنسان من ملك أو حق، والثاني هو: "عَمَّا يَخْتَصُّ مُسْتَحَقُّهُ بِالِانْتِفَاعِ بِهِ وَلَا يَمْلِكُ أَحَدٌ مَرَأَمَتَهُ فِيهِ وَهُوَ غَيْرُ قَابِلٍ لِلشُّمُولِ وَالْمُعَاوَضَاتِ"^{٩٠٧} فيدل قولهم على إمكانية التملك وحدود الانتفاع بالأعيان والمنافع والتصرف بها، إلا أنه لا يكون بالتعاقد، بل هو "اختصاص انتفاعي عام كالأسواق والمرافق العامة والمساجد وأراضي الموات (السبق إلى المكان العام). يمنع صاحبه التصرف فيه؛ لأنه يشمل على ما يقبل الملك لا التملك، ويختلف عن الامتياز بأنه موضوع لأنواع معينة من الديون والمنافع والعقود، والاختصاص يعطي الشخص سلطة التصرف في الأعيان والانتفاع ببعض أشكال وصور الانتفاعات لا جميعها"^{٩٠٨} ومن الشروط الواجب توافرها في الأموال التي يتقرر عليها الاختصاص أن تكون في المال غير المنقول، وأن تكون مملوكة ومعينة. وإطلاق البعض على حق الاختصاص على أنه رهن والعين المؤجرة فيه إشكال، من جهة أن حق الاختصاص في المنافع التي لا تقبل التمول، أو ليس لها مالك معين، لأن جوهر الاختصاص الانتفاع لا التصرف. واختصاص المنافع على نوعين: نوع ليس مملوكاً لأحد ولا يحتاج إلى إذن الإمام، "من سبق إلى مقاعد الأسواق والطرق أو مشاريع المياه والمعادن الظاهرة والباطنة... فهو أحق به ولا يحتاج إلى إذن الإمام"^{٩٠٩}. ونوع يحتاج لإذن الإمام المؤدية للملك كالاختصاص بإحياء الموات بالتحجير والإقطاع.

ولكن القانون المعاصر يقصد بحق الاختصاص بأنه حق عيني تبقي، هدفه ضمان حق شخصي، ويقصدون بأنه غير مستقل بنفسه وغير مقصود لذاته، وهو تابع لحق آخر هو حق الدائنية والحق الشخصي، مما يعني بأن الحق العيني التبقي مرتبط بوجود الحق الشخصي، فإذا انتهى الحق الشخصي انتهى معه حق الاختصاص، فأصبح لا فائدة من وجوده وارتباطه بالحق الشخصي حتى يُضمن الوفاء فيه وتأمين حقوق الدائنين. تجعل من حق الدائن أمناً له، يستطيع الدائن أخذه وإن عجز الدائن عن سداذه، ولذا سميت بالتأمينات العينية، لأنها تمنحه ميزة التتبع والتقدم على الغرماء الآخرين. ومعنى التتبع أن الدائن له الحق في مراقبة حقه في أي يد وقعت وأخذه حقه منه. لذا عرف القانون حق الاختصاص: "حق عيني تبقي يتقرر للدائن على عقار أو أكثر من عقارات مدينة، بمقتضى حكم واجب التنفيذ صادر بإلزام المدين بالدين، ويخول الدائن التقدم على الدائنين العاديين والدائنين التاليين له في المرتبة في استيفاء حقه من المقابل النقدي لذلك العقار في أي يد يكون"^{٩١٠}.

وحق الاختصاص كما بينه القانون أنه "ينشأ عن حكم قضائي صادر لصالح الدائن، ويرد على عقار أو أكثر مملوك"^{٩١١}. وأخذ القانون القطري على أن حق الاختصاص محله في الأموال غير المنقولة، فأثر الحق محصور في المال غير المنقول في بعض القوانين المدنية. وقد يتم إنقاص حق الاختصاص المتعلقة بالعقار بأن يختص بعقار معين دون العقارات الأخرى، أو بنقل الحق إلى عقار آخر مساوي لحقه، ويتم "إنقاص الاختصاص بقصره على جزء من العقار أو العقارات أو نقله إلى عقار آخر تكون قيمته كافية لضمان الدين"^{٩١٢}.

^{٩٠٧} ابن رجب، *قواعد ابن رجب*، دار الكتب العلمية، دم، ديت، ١٩٢/١.

^{٩٠٨} قيس حسن عبد الرحمن بأحميد، وآخرون، *الاختصاص عند الشافعية وأثره على العقود والمعاملات*، بحث منشور، جامعة العلوم الإسلامية، مج ٥٠،

٢٤ (٢٠٢٣م)، ١٠٨.

^{٩٠٩} ابن قدامة، *المغني*، ٢٠٤/٦.

^{٩١٠} نبيل إبراهيم سعيد، *التأمينات العينية والشخصية*، مصر، دار الجامعة الجديدة، ط ١ (٢٠٠٧م)، (الفقرة ١٢٧)، ١٨١.

^{٩١١} الحلالشة، عبد الرحمن جمعة، *حق الاختصاص في القانون المدني القطري دراسة مقارنة*، المجلة الأردنية في القانون والعلوم السياسية، مج ١٠، ع ١٤

(٢٠١٨م)، ٨٩.

^{٩١٢} سمير تناغو، *التأمينات العينية الشخصية*، الإسكندرية، توزيع منشأة المعارف، ط ١ (٢٠٠٨م)، ٢٣٣.

2.17. التصرفات بالمال غير المنقول أو ما يُسمى بقانون التصرف في الأموال غير المنقولة، فإن إجراء التصرفات ومن أهمها التعاقد إما أن يكون أصالة أو نيابة، وكثير من الناس هم ممن لا يستطيعون التعبير عن إرادتهم وتصرفهم مما يمنعهم من تحقيق مصالحهم أو لا تسعفهم ظروفهم بسبب المرض، فيحتاجون إلى من يباشرها بدلاً منهم بغرض الحفظ والصيانة المشروعة. كما اتفق الفقهاء على بطلان تصرفات الصبي غير المميز من بيع وشراء، لأن عبارته ملغاة لا اعتداد بها شرعاً حتى يبلغ، وإما فيما يختص بالصبي المميز فينقذ بيعه وشراءه فيما أذن له الولي، وإلا كان موقوفاً على إجازة الولي أو الوصي. وكلمة التصرف شائعة في كتب الفقهاء وأكثرها من استعمالها في أبواب فقهية كثيرة، والمتتبع لمراد هذه الكلمة يجد أن معنى التصرف "كل ما يصدر من الشخص من قول أو فعل ويرتب عليه الشارع أثراً من الآثار".^{٩١٣} وقد ورد عند الفقهاء استعمال مثل هذه الالفاظ في كتاب الحجر والحبس، كقولهم: "فلا يمنع من تصرفه المالي بمجرد إحاطة الدين".^{٩١٤} والتصرفات منها ما هو قولي، ومنها ما هو فعلي، وهو ما كان عملاً غير لسانی.

من الأحكام التي ذكرها الفقهاء، تصرفات السفیه بأنها صحيحة وتتعد موقوفة على إجازة وليه حتى يأذن، فتتخذ، وكذلك تصرفات الفضولي معتبرة، إلا أنها موقوفة على إجازة صاحب الشأن. والقانون المدني الحالي بين موسع ومضيق في تصرفات الولي أو الوصي، فأجاز إجراء التصرفات النافعة نيابة عن الصبي غير المميز بدون إذن من المحكمة، وفي نفس الوقت منعت فيما فيه ضرر محض عليه كالهبة والإسقاطات. نصت المادة ١٩٥ من القانون العراقي على أنه: "لا يجوز للولي أو الوصي مباشرة التصرفات العقارية الدائرة بين النفع والضرر نيابة عن الصغير إلا بإذن المحكمة المختصة".^{٩١٥}

أما المقصود بالتصرفات في الأموال غير المنقولة هو "كل تصرف من شأنه انشاء حق من الحقوق العينية الأصلية والتبعية، أو نقله، أو تغييره، أو زواله، وكل تصرف مقرر لحق من الحقوق".^{٩١٦}

2.17.1. التصرفات العقدية الشخصية القانونية لا تقتصر على الإنسان الطبيعي، بل يمنحها القانون أيضاً لمجموعة من الأشخاص اجتمعوا لتحقيق غرض معين، بحيث تتكون من هيئة لها وجود مالي أو سياسي مستقل عن وجود كل واحد منهم. فالشخص الاعتباري لا يختلف عن الشخص الطبيعي من حيث ثبوت الشخصية القانونية، فكل منهما تتوفر له الصلاحية لكسب الحقوق والالتزام بالواجبات، ولكنهما يختلفان في مدى هذه الصلاحية، أي أنهما يختلفان في مدى أهلية الوجوب لدى كل منهما، فأهلية الوجوب لدى الشخص الاعتباري أضيق نطاقاً منها لدى الإنسان الطبيعي. وتُعرف الشخصية الاعتبارية بأنها: "جهة مقدرة لها أهلية مستقلة تمنحها السلطة المختصة لمجموعة من أشخاص أو أموال تتوفر فيها الشروط المطلوبة".^{٩١٧} مما يعني أن هناك سلطة أقوى من سلطة الانسان الطبيعي.

^{٩١٣} سلطان الهاشمي، *أحكام تصرفات الوكيل في عقود المعاوضات*، دبي، دار البحوث للدراسات الإسلامية، ط ١ (١٤٢٢هـ/٢٠٠٢م)، ٣٥.

^{٩١٤} الدسوقي، *حاشية الدسوقي*، ٢٦٢/٣.

^{٩١٥} الكرباسي، علي محمد إبراهيم، *موسوعة التشريعات العقارية*، د.د (١٩٨٦م) ص ١١٥.

^{٩١٦} موسوعة التشريعات العقارية، ١٠.

^{٩١٧} مجموعة من المؤلفين، *مدونة أحكام الوقف الفقهية*، الكويت، الأمانة العامة للأوقاف، ط ١ (١٤٣٩هـ/٢٠١٧م)، ٥٩١/٢.

ويرجع ذلك إلى اعتبارين:

الأول هو طبيعة الشخص الاعتباري، إذ أنه ليس إنساناً، والثاني هو الغرض الذي من أجله وُجد الشخص الاعتباري. فإن الإنسان يصدر عنه أقوالٌ وأفعالٌ باختياره وإرادته، يكون لها اعتبارٌ في حكم الشرع، ويرتّب عليها نتائج في صالح الشخص نفسه، أو في صالح غيره، وهي كثيرةٌ ومتنوعةٌ، "كل ما يصدر عن الشخص من قول أو فعل ويرتّب عليه حكم شرعي".^{٩١٨} وتعتبر التصرفات في العقود من أهم الوسائل التي تهدف إلى تنظيم سير العلاقة المالية فيما بين الطرفين. وهذه العقود في تكوينها وإبرامها تخضع لضوابط والتزامات محددة يعينها الشرع. لذا جاء الشرع ليعطي الإنسان حق الملكية الفردية، ومنع الاعتداء عليها، ولم يجز لأحد أن يتصرف بذلك المال إلا بإذن صاحبه.

يشترط في التصرفات العقدية في المال غير المنقول أن يكون محل التصرف قابلاً شرعاً لإيقاع العقد عليه، فـ "يَتَعَيَّنُ مَحَلُّ الْعَقْدِ لِلْإِيْقَاعِ، وَمَا يَصْلُحُ تَمَنّاً يَصْلُحُ أَجْرَةً، وَمَا لَا يَصْلُحُ تَمَنّاً لَا يَصْلُحُ أَجْرَةً".^{٩١٩} هذا من جهة إن وقوع التصرفات على محل غير قابل شرعاً لإيقاع العقد عليه يُبطل العقد، ومن التصرفات العقدية ما تتوقف على إجازة صاحب المال لتكتمل المعاملة، كما في قولهم: "بَاعَ مَلِكٌ غَيْرَهُ بِغَيْرِ إِذْنِهِ وَلَوْ بِحَضْرَتِهِ وَسُكُوتِهِ لَمْ يَصِحَّ الْبَيْعُ".^{٩٢٠}، مما يعني أن التصرف بالعقد بدون إذن صاحب المال يجعل العقد باطلاً أو موقوفاً على الإجازة، كما هو الحال في عقد الفضولي. "من العقود موقوفة التصرفات التي محل للإجازة أو قابلة لأن تلحقها الإجازة".^{٩٢١}

2.17.1.1 التصرفات في عقود المنافع عقد الإجازة يوجب على المؤجر تملك المستأجر منافع العين المؤجرة، وتمكينه من الانتفاع بها على الوجه المشروع خلال مدة الإجازة، وذلك لاستيفاء المنفعة المعقودة بالعقد. ونظراً لأن هذه الالتزامات جزء لا ينفك عن مضمون العقد، فإن تصرفات المستأجر بمنافع العين المؤجرة تستوجب معرفة أثرها على الالتزامات العقدية الواردة في عقد الإجازة من الناحية الشرعية. ويشمل هذا التصرف كثيراً من الأحكام الفقهية، نذكر منها على سبيل المثال لا الحصر:

١. **تصرف المرتهن بالرهن**، كرهن المستأجر العين المؤجرة، فلا يجوز للمرتهن أن يتصرف في الرهن ببيع أو إجازة أو هبة بغير إذن الراهن، لأنه تعلق فيه حق الراهن، سواء كان المرتهن الدولة أو غير الدولة. ذهب الحنابلة إلى صحة "رَهْنُ الْمُسْتَأْجِرِ".^{٩٢٢} وصورة التصرف أن يستأجر رجل عقاراً من شقة أو بيت أو أرض، ثم يرهنها لشخص آخر. لا يصح التصرف من المستأجر بإجازة العين المؤجرة ذلك أن حق المستأجر مرتبط بالمنافع " فكيف نصح بالتصرف وشرط الرهن وهو القبض ليس متحققاً في رهن المنافع ثم يد المستأجر على العين المستأجر يد أمانة لأنه قبضها ليستوفي منها منفعة يستحقها، لا يد ضمان حتى يحق له التصرف بها. فيبطل العقد إن كان الرهن لغير المستأجر.... ولم يكن بإذن المستأجر".^{٩٢٣}

^{٩١٨} الطيار وآخرين، عبد الله بن محمد، *فقه المعاملات*، مكتبة الرشد، دت. ٤٧/٤.

^{٩١٩} ابن نجيم، *البحر الرائق*، ٣٠٠/٥.

^{٩٢٠} البهوتي، *كشاف القناع*، ١٥٧/٣.

^{٩٢١} الراشد، علي إبراهيم عيسى، *إجازة العقد دراسة فقهية مقارنة*، مجلة الشريعة والدراسات الإسلامية، الكويت، مجلد ٢٨، ع ٩٢ (٢٠١٣م)، ٤٣٧.

^{٩٢٢} ابن مفلح، *المبدع في شرح المقنع*، ٢١٢/٤.

^{٩٢٣} الطيار وآخرين، *فقه المعاملات*، ٧٤٧/١.

٢. **تصرف المستأجر بالعين المؤجرة:** المقصود بهذه المسألة أن يستأجر المستأجر عقاراً معيناً أو موصوفاً في الذمة، ثم يؤجرها لشخص آخر، ويقوم هذا الشخص باستيفاء العين المؤجرة، فيربح المستأجر الفرق بين الأجرتين، ومحل الربح هو المنفعة. فالمستأجر يربح من بيع المنفعة التي اشتراها. ويعرف هذا المصطلح في الوقت المعاصر بـ التأجير الباطن، وهو "عقد بمقتضاه يلتزم مستأجر العين المؤجرة بأن يمكن شخصاً من الانتفاع بهذه العين مدة معلومة لقاء أجر معلوم".^{٩٢٤} فمحل الإجارة تمكين المستأجر من المنفعة، ويكون ذلك بتسليم الدار إلى المستأجر، لذلك كان من خصائص عقد الإجارة أنه عقد إدارة. "ولما كان عقد الإجارة لا ينشئ إلا التزامات شخصية، فهو من عقود الإدارة لا من عقود التصرف، والإيجار أهم عقود الإدارة، كما أن البيع أهم عقود التصرف".^{٩٢٥}

بناءً على ما سبق، فإن حق الانتفاع العقاري حق مالي بحيث يحل مستأجر جديد محل المنتفع الأول، فيشتري المستأجر الثاني الحقوق المتولدة من العقد والالتزام بالتزامات العقد

مثال: - لو استأجر رجل فندقاً ليستريح بتأجير غرفه لآخرين في موسم الحج أو العمرة ولم يستطع أن يؤجر سوى بعض الغرف، فإن منفعة ما لم يستأجر من الغرف خلال هذا الموسم تكون من ضمان المستأجر، لا المؤجر.

جمهور الفقهاء أمام هذه المسألة على قولين:

الأول: من الحنفية والمالكية والشافعية، ورواية عن الإمام أحمد، أنه يجوز للمستأجر أن يؤجر بأكثر مما استأجر به، فإن فعل صحت الإجارة على القول بجواز أن يؤجر المستأجر العين المؤجرة للغير؛ لأنه باستئجاره الدار قد ملك منفعتها، وله أن يتصرف فيها بالهبة أو التأجير أو غيره، بشرط أن يكون المستأجر الثاني مثله في استعمال البيت أو أقل منه، فلو استأجرها للسكنى فليس له أن يؤجرها لمن يتخذها مصنعاً. وردت أقوال لهم في ذلك: "وَلِلْمُسْتَأْجِرِ فِي إِجَارَةِ الدَّارِ وَغَيْرِهَا مِنَ الْعَقَارِ أَنْ يَنْتَفِعَ بِهَا كَيْفَ شَاءَ بِالسُّكْنَى وَوَضْعِ الْمَتَاعِ وَأَنْ يَسْكُنَ بِنَفْسِهِ وَبِغَيْرِهِ وَأَنْ يُسْكِنَ غَيْرَهُ بِالْإِجَارَةِ وَالْإِعَارَةِ".^{٩٢٦} والمالكية: "لِلْمُسْتَأْجِرِ أَنْ يَسْتَوْفِيَ الْمَنْفَعَةَ بِنَفْسِهِ وَبِغَيْرِهِ، وَلَهُ أَنْ يُؤَجِّرَ مُؤَجَّرَهُ وَغَيْرَهُ بِمِثْلِ الْإِجَارَةِ وَبِالْأَقَلِّ وَالْأَكْثَرِ".^{٩٢٧}

والمذهب الشافعي يجزئون التصرف فقالوا: إذا "استأجر الرجل داراً ثم أراد أن يؤجرها بعد قبضها ما بقي له من مدة إجارته نظر فإن أجزها من غير مؤجرها جاز، سواء أجزها بمثل الأجرة أو بأقل أو بأكثر، أحدث فيها عمارة أو لم يحدث، وإن أجزها من مؤجرها ففي جواز الإجازة".^{٩٢٨} وجمهور الفقهاء في جواز ذلك أن المستأجر بالعقد ملك المنفعة، فله أن يملكها لغيره لمن شاء هبة أو إعارة أو إيجاراً كسائر الأملاك، "لأن قبض العين قام مقام قبض المنافع، بدليل أنه يجوز التصرف فيها، فجاز العقد عليه".^{٩٢٩}

^{٩٢٤} أسماء عبد العزيز، بحث ضوابط التأجير من الباطن للخدمات المعنية، مؤتمر المصارف الإسلامية بين الواقع والمأمول، دائرة الشؤون الإسلامية، دبي، الإمارات العربية المتحدة، (٣١ مايو - ٣ يونيو ٢٠٠٩م) ١٦.

^{٩٢٥} السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ٥/٦.

^{٩٢٦} الكاساني، بدائع الصنائع، ٢٠٦/٤.

^{٩٢٧} الخطاب، مواهب الجليل، ٤١٧/٥.

^{٩٢٨} الماوردي، الحاوي، ٤٠٨/٧.

^{٩٢٩} ابن قدامة، الشرح الكبير، ٣٣٩/١٤.

الثاني: ذكر القاضي في رواية عن الإمام أحمد إلى عدم التصرف بالعين المستأجرة، وحجتهم في ذلك نهي النبي ﷺ «عن بيع ما لم يملك، ولا ربح ما لم يضمن».^{٩٣٠} وعلل ذلك بأن "العقد على ما لم يدخل في ضمانه، فلم يجز، كبيع المكيل والمؤزون قبل قبضه".^{٩٣١} فاعتبر الإمام أحمد في هذه الرواية أن الضمان متعلق بالمستأجر الأول وبه يد ضمان. نقل ابن القيم جواز ذلك والتفريق بين ما كان في ضمان المؤجر وبين ما كان في ضمان المستأجر للعين المؤجرة فقال: "أنه يجوز أن يؤجرها بأكثر مما استأجرها مطلقاً، وهذا مذهب الشافعي، وهذه الرواية أصح، فإن المستأجر لو عطل المكان وأتلف منفعه بعد قبضه لتلف من ضمانه لأنه قبضة القبض التام، ولكن لو انهدمت الدار لتلفت من مال المؤجر لزوال محل المنفعة، فالمنافع مقبوضة، ولهذا له استثنائها بنفسه وبظهيره وإيجارها والتبرع بها، ولكن كونها مقبوضة مشروط ببقاء العين، فإذا تلفت العين زال محل الاستيفاء فكانت من ضمان المؤجر، وسر المسألة أنه لم يربح فيما لم يضمن وإنما هو مضمون عليه بالأجر".^{٩٣٢} وعليه، من استريح من الفرق بين الأجرتين ليس من قبيل ربح ما لم يضمن، بل ربح ما قد ضمن، فلا يدخل في النهي الوارد في الحديث.

الأثار المترتبة على تصرفات المستأجر بالعين المستأجرة.

- ☒ "منافع العقار مضمونة للمستأجر الثاني على مالك العقار، وليس على المستأجر الأول.
- ☒ انتهاء علاقة المستأجر الأول، بالمالك ويحل المستأجر الثاني محله في الحقوق والالتزامات.
- ☒ يمكن أن تتغير الأجرة إذا كان عقد الإجارة الأصلي ينص على ذلك، أو العرف، أو القانون".^{٩٣٣}
- ☒ أجرة الفرق يتقاضاها المستأجر الأول من المستأجر الثاني لقاء ثمن الحق المتنازل عنه، أما الأجرة الأصلية، وهي ثمن المنافع. فيستحقها المالك".^{٩٣٤}

نقل الإمام المرداوي جواز التصرف بالعقار المؤجر، وبين أن البيع هو تصرف فيما استحقه على المستأجر، "ويجوز للمؤجر إجارة العين المؤجرة من غير المستأجر في مدة الإجارة، ويقوم المستأجر الثاني مقام المالك في استيفاء الأجرة من المستأجر الأول".^{٩٣٥} وصورتان للتصرف بالعين المستأجرة: إما أن يحل المستأجر محل آخر، وهي التأجير من الباطن، ويترتب عليه بقاء العلاقة التعاقدية بين المالك والمستأجر الأول، فيقوم المستأجر الأول مقام المالك في العقد، أو أن يبيع العقد، فيتنازل المستأجر الأول عن عقده مقابل مالي، وتنشأ علاقة عقدية جديدة بين المالك والمستأجر الجديد كما في الخلو.

2.17.1.2. التصرفات الواردة على الحقوق العينية حق الارتفاق، والتحملات العقارية، والحقوق المتفرعة عن حق الملكية (حق العمرى، حق الاستعمال، حق السطحية، حق الكراء الطويل)، والحقوق العينية التبعية التي تنشأ تبعاً لوجود حق شخصي وهي (الرهن التأميني أو الرسمي، الرهن الحيازي، حق الامتياز). أولاً، يتميز هذا النوع من الحقوق بأنه يرد على شيء مادي معين، وتكون له على هذه العين سلطة مباشرة تمنحه الحق باستعمال العين والانتفاع بها والتصرف. غير أن التصرف هو السبب

^{٩٣٠} أحمد بن حنبل، *المسند*، ٢٢٨/٦.

^{٩٣١} ابن قدامة، *المغني*، ٣٥٤/٥.

^{٩٣٢} ابن قدامة، *المغني*، ٢٩٩/٩.

^{٩٣٣} محمد علي القرى، *خصائص بيع الانتفاع وآثار نقله*، بحث مقدم إلى المؤتمر السادس للهيئات الشرعية للمؤسسات المالية الإسلامية، ١٤.

^{٩٣٤} الخوالدة، صفاء محمد، *حق الانتفاع العقاري وأحكامه في الإسلام دراسة مقارنة*، إشراف: محمد العمري، رسالة ماجستير، جامعة آل البيت، الأردن، ١٤٣٥هـ/٢٠١٤م، ٦٨، بتصرف من الباحث.

^{٩٣٥} المرداوي، *الانصاف في معرفة الراجح من الخلاف*، ٦/٣٣.

في ظهور وإنشاء التصرفات الناقلة للحقوق العينية العقارية، ومثال هذه التصرفات العقود المنشئة لحق انتفاع أو حق استعمال على عقار أو سكنى أو حق ارتفاق، إلا أن "حق الملكية هو حق لا ينشئه التصرف القانوني لأن الملكية لا توجد إلا بالاستيلاء".^{٩٣٦} فيتم نقل الحق العيني العقاري بموجب أي من التصرفات الناقلة لهذا الحق من عقود وقرارات إدارية، وبالتالي ليس من شأن هذه التصرفات إنشاء ملكية جديدة، إنما نقل ملكية قائمة.

2.18. ضمان المال غير المنقول حرم الإسلام الاعتداء على الأموال والأنفس، فالمسلم معصوم الدم والمال، وقد شرع إزاء ذلك الضمان حفظاً لأموالهم وأنفسهم وردعاً من العدوان عليه. ولو ترك الناس دون جبر للخطأ، شاع الظلم وأكل مال الناس بعضهم البعض. قال ابن سيده: "ضمن الشيء ضماناً، وضمنه إياه، كفله إياه، وهو مشتق من التضمن؛ لأن ذمة الضامن تتضمن الحق".^{٩٣٧} قال ﷺ: «لَوْ يُعْطَى النَّاسُ بِدَعْوَاهُمْ لَذَهَبَ يَمَاءُ قَوْمٍ وَأَمْوَالُهُمْ».^{٩٣٨} وثبتت مشروعية الضمان بالكتاب والسنة والإجماع، كقوله ﷺ: «قَالُوا نَفَقْتُ صَوَاعَ الْمَلِكِ وَلَمْ يَجَأْ بِهِ حِمْلُ بَعِيرٍ وَأَنَا بِهِ زَعِيمٌ».^{٩٣٩} وأنا به زعيم أي ضامن ومن وقوله ﷺ: «العارية مؤداه والزعيم غارم».^{٩٤٠} ويستفاد من هذه النصوص أن الشارع ألزم الضمان في المتلفات حفاظاً على المال، وهذا الضرر تجب إزالته بالتعويض أو الضمان، والضمان في الأموال غير المنقولة كثير، منها ما يقع على ذات العقار أو ما يضر بالحقوق العقارية. فمما يورده العلماء حول الضمان ما يفعله بعض الناس من إلحاق الضرر بالحقوق العقارية، كمن "حَفَرَ بُئْرًا فَسَقَطَ فِيهِ شَيْءٌ فَهَلَكَ، فَإِنْ كَانَ تَعْدِيًّا ضَمِنَ مَا تَلَفَ".^{٩٤١} وباب الضمان في الأموال كثيرة، لكن ربما يتساءل البعض كيف أن يحصل التلف في العقار، فالحنفية مثلاً فرقوا في ضمان المتلفات بين المال المنقول وغير المنقول: "كُلُّ مَبِيعٍ تَلَفَ قَبْلَ قَبْضِهِ مِنْ ضَمَانِ الْبَائِعِ، إِلَّا الْعَقَارَ".^{٩٤٢}

فباب الضمان في الأموال يترتب عليه آثار كثيرة، فمما يذكره الفقهاء من صور ضمان البائع وتحمله للمسؤولية فيما يصيب المبيع من تلف أو ما يكون به من عيب، وفي بعض الصور يبطل العقد ويرجع المشتري بالثمن، وفي بعضها يثبت له الخيار بين الفسخ والرجوع بالثمن أو المطالبة بمثل المثلّي وقيمة المتلف. "وما يحتاج إلى القبض إذا تلف قبل قبضه فهو من ضمان البائع، فإن تلف بأفة سماوية بطل العقد ورجع المشتري بالثمن، وإن حصل بفعل المشتري استقر عليه الثمن وكان كالقبض، لأنه تصرف فيه، وإن أتلفه أجنبي".^{٩٤٣} وذكرت عبارات للفقهاء كثيرة في ضمان الأموال غير المنقولة، كمن "حفر في ملكه، من أرض أو دار، حفرة فوقع بها إنسان أو حيوان، فالحافر هنا غير ضامن؛ لأنه غير متعدي، ولكن لو حفر في الطريق حفرة فوقع فيها إنسان، أو حيوان فهو ضامن؛ لأن الحفر في الطريق غير مأذون في".^{٩٤٤}

^{٩٣٦} أنور طلبة، الشهر العقاري والمفاضلة بين التصرفات، دط (١٩٩٠م) ٥١٨.
^{٩٣٧} البعلي، محمد بن أبي الفتح بن أبي الفضل، المطلع على ألفاظ المقتنع، تحقق: محمود الأرناؤوط وياسين محمود الخطيب، د.م، مكتبة السوادي للتوزيع، ط ١ (١٤٢٣هـ/٢٠٠٣م)، ٢٩٧/١.
^{٩٣٨} البخاري، صحيح البخاري، ٣٥/٦.
^{٩٣٩} يوسف ٧٢/١٣.
^{٩٤٠} الترمذي، السنن، ٥٦٥/٣.
^{٩٤١} ابن رشد، بداية المجتهد، ٢/٣١٦.
^{٩٤٢} ابن قدامة، المغني، ٨٤/١٢.
^{٩٤٣} ابن قدامة، الشرح الكبير على متن المقتنع، ١١٦/٤.
^{٩٤٤} محمد الغزي، محمد صدقي بن أحمد، الوجيز في إيضاح قواعد الفقه الكلية، بيروت، مؤسسة الرسالة العالمية، ط ٤ (١٤١٦هـ/١٩٩٦م)، ٦٥/١.

واستعمالهم مصطلح العقار كقول صاحب مجمع الضمانات "باب ضمان العقار".^{٩٤٥} وكما يثبت الضمان في المال غير المنقول، كذلك قد يحصل في حقوق الارتفاق المشتركة، والشرع الإسلامي عند الكلام في مسألة الضمان في الأموال لا يأخذ على ما كان منقولاً منها، وإن كان الضمان في العقارات قليلاً، ذلك خصائصه المتميزة عن غيره من أقسام الأموال، "إذ لا يتوهم هلاك العقار، ولا يخاف تغييره غالباً بعد وقوع البيع وقبل القبض، لأنه في الأغلب لا يحصل فيه تلف".^{٩٤٦}، لكن لا مانع من التعدي عليه بالإتلاف أو الإضرار بالغير كحفر وكسر وهدم وبناء وإضافة، كذلك موجب للضمان إن كان الفاعل قاصداً الإضرار بالغير: "إذا بنى الرجل في ملكه حائطاً مائلاً إلى الطريق، أو إلى ملك غيره، فتلّف به شيء، وسقط على شيء فأتلفه؛ ضمه، لأنه متعديّ بذلك".^{٩٤٧}

2.18.1. تلف المال غير المنقول بالرغم مما اتصفت به الأموال غير المنقولة بأنها ثابتة، إلا أنه يطرأ عليها، كغيرها من الأموال، التلف والخراب، والاتلاف لفظ أعم من التلف، فالإتلاف "تلف، أي هلك". قال الليث: "التلف الهلاك والعطب في كل شيء، وأتلفه غيره، كما في الصحاح، أي أفناه".^{٩٤٨} وهو قسم من أقسام التلف، وقد يكون التلف مفوتاً للعين أو تلفاً مفوتاً للمنفعة، ويحدث بفعل الأدمي سواء بالمباشرة أو التسبب، ويكون أيضاً بأفة سماوية من فيضانات ورياح قوية وعواصف رعدية تحدث خراباً في العقار، أو انهداماً، أو ذهاب تراب الأرض بغلبة السيل وأشجاره. وقد يحدث إتلاف بالتعدي أو بالخطأ أو بالتفريط أو بأفة سماوية، "فإن هلك الزرع في الأرض المستأجرة بجائحة من نحو سيل أو جراد أو شدة حر أو برد..، لأن الجائحة لحقت ماله لا منفعة الأرض فأشبهه اختراق النبر في الدكان المكزي أما إن تلفت الأرض بجائحة فأبطلت قوة الإنبات فتتفسيخ في الباقي".^{٩٤٩} وقد استعمل الفقهاء كلمة التلف والهلاك في أبواب فقهية كما جاء في الهداية: "وإذا غصب عقاراً فهلك في يده لم يضمنه".^{٩٥٠} والكلمتان مترادفتان لمعنى واحد هو ذهاب الشيء وفناؤه، أي خروج الشيء من أن يكون منتفعاً به المنفعة المطلوبة منه عادة، وهو على نوعين ذكرهما الكاساني:

١. **تلف حقيقي أي ذهاب العين بالكلية** "كَمَا لَوْ غَمَرَ السَّيْلُ الْأَرْضَ.... أَوْ أَصْبَحَتْ أَرْضًا رَمْلِيَّةً لَا يُمَكِّنُ الْإِنْتِفَاعَ بِهَا أَوْ سَقَطَ عَلَيْهَا جَبَلٌ وَبَقِيََتْ تَحْتَهُ.... أَوْ انْهَدَمَتْ الطَّاحُونَةُ بِزَلْزَالٍ أَوْ عَاصِفَةٍ أَوْ جَاءَ سَيْلٌ فَجَزَفَ الْبِنَاءَ".^{٩٥١} مما يتقرر عجز عن رد العين، وعليه نلجأ إلى رد المثل إن كانت العين بالمثل أو بالقيمة.
٢. **تلف حكمي وهو** "حدث معنى في الشيء يمنع من الانتفاع به مع قيامه في نفسه حقيقة".^{٩٥٢} فقد يحدث في العقار ما يفوت مقصود المنفعة منه بحيث لو استرده المالك لم ينتفع به، "مَا يُؤْثِرُ فِي الْمُنْفَعَةِ تَأْثِيرًا يَظْهَرُ بِهِ تَقَاوُثُ الْأَجْرَةِ لَا مَا يَظْهَرُ بِهِ تَقَاوُثُ قِيَمَةِ الرَّقَبَةِ لِأَنَّ الْعَقْدَ عَلَى الْمُنْفَعَةِ دُونَ الرَّقَبَةِ".^{٩٥٣} فالمنافع بمرور الزمن عليها يعرضها للتلف الحكمي، سواء كانت في يد محقة كيد المالك أو غير محقة كيد الغاصب، ولذلك يعتبر الفقهاء تعطيل المنفعة

^{٩٤٥} أبي محمد بن غانم بن محمد البغدادي، **مجمع الضمانات**، تحقق: أ.د. محمد أحمد سراح و أ.د. علي جمعة محمد، دم، دب، دط، ٩٤/١.

^{٩٤٦} وَهَبَةُ الزُّحَيْلِيِّ، **الفقه الإسلامي وأدلته**، ٧/٧٢.

^{٩٤٧} العوايشة، حسين بن عودة، **الموسوعة الفقهية الميسرة**، الأردن، المكتبة الإسلامية، ط ١ (١٤٢٣هـ/١٤٢٩هـ)، ٦/٢٧٤.

^{٩٤٨} الزبيدي، **تاج العروس**، ٢٣/٥٦.

^{٩٤٩} السنيكي، **أسنى المطالب**، ٢/٤٣٠.

^{٩٥٠} القدوري، **المختصر**، ١/١٢٩.

^{٩٥١} علي حيدر، **درر الحكام**، ٢/٥٠٦.

^{٩٥٢} الكاساني، **بدائع الصنائع**، ٧/١٦٥.

^{٩٥٣} النووي، **المجموع**، ٨/٤٠٤.

أو استيفاءها بطريق مشروع أو غير مشروع إتلافًا لها. " وإذا انتفع بها وردها على صفتها فلا شيء عليه، لأن المنافع مأذون في إتلافها فلا يجب عوضه".^{٩٥٤}

وقد يتسبب التلف بين المال المنقول وغير المنقول، مثل أن تسقط سيارة على بناء فتتلفه، أو يقتل حيوان، أو يهدم مبنى آخر بسبب ذلك. ومن حيث الضمان، فإذا سقط البناء ضمن حدود ملك الدار فلا شيء عليه، لأنه تصرف في ملكه. وأما كلام الفقهاء في تضمين متلف المال غير المنقول، كمن بنى بيتًا أو بناءً أو حائطًا مائلًا إلى الطريق العام ثم سقط على مال فأتلفه، فقد فصل فقهاء الحنفية في الحائط المائل، لأنه قابل للإحداث ضرر أو تلف إما بالشارع العام أو بالمارة: " وإن بناء مائلًا، حائط مائل إلى طريق العامة ضمن ربّه ما تلف به من نفس أو مال".^{٩٥٥} والضمان يقدر على حسب الضرر الناشئ عنه، فلو سقط البناء أو الحائط على أكثر من بناء أو بيت، فلكل واحد منهم الحق في المطالبة: "لو مال الحائط إلى ملك جماعة وأتلف مالهم... كان لكل واحدٍ منهم المطالبة".^{٩٥٦}، وقد يكون التلف الحاصل من توابع العقار المتصلة به كإحداث رواشن وأجنحة توضع على الأبواب والشبابيك. "وَلَوْ عَطِبَ بِجَرَّةٍ كَانَتْ عَلَى الْحَائِطِ فَسَقَطَتْ بِسُقُوطِهِ وَهِيَ مِلْكُهُ ضَمَنُهُ.... وَإِنْ كَانَتْ مِلْكُ غَيْرِهِ لَا يَضْمَنُهُ".^{٩٥٧} فكل ما يتولد من الأموال غير المنقولة على الشارع العام ويتضرر منه الناس، ضمن مالك العقار التلف الواقع، لأنه يُعد متعديًا، ولصاحب العقار التصرف في ملكه بالمعروف. "ولا ضمان فيما يتولد منه بشرط جريانه على العادة واجتناب الإسراف". فلو وضع حجرًا في ملكه أو نصب شبكة أو سكينًا، وتعرّض به إنسان فهلك، أو على طرف سطحه فوق على شخص أو على مال، أو وضع عليه جرة ماء فألقتها الريح أو ابتل موضعها فسقطت، فلا ضمان".^{٩٥٨}

والفقهاء ذكروا كل ما يتعلق بالتلف الواقع بالتعدي أو بالتفريط أو بسبب خارجي في الأموال غير المنقولة، وكذلك التلف الناشئ عن حقوق الارتفاق. "وَمَنْ وَضَعَ مِيزَابًا لِلْمَطَرِ وَنَصَبَهُ عَلَى الشَّارِعِ، ثُمَّ بَعْدَ مُدَّةٍ سَقَطَ ذَلِكَ الْمِيزَابُ عَلَى رَأْسِ إِنْسَانٍ فَقَتَلَهُ، أَوْ عَلَى مَالٍ فَأَتْلَفَهُ فَلَا ضَمَانَ عَلَى الَّذِي نَصَبَهُ لِأَنَّهُ فَعَلَ مَا أُذِنَ لَهُ فِيهِ".^{٩٥٩} ويُعد هذا الرأي عند المالكية مقيدًا بالشروط الواردة في مسألة الحائط، وعقب الإمام الدسوقي على ذلك. "وَأَمَّا لَوْ مَالَ وَأُنْذِرَ صَاحِبَهُ وَأَشْهَدَ عَلَيْهِ بِالْإِنْذَارِ وَأَمُكَّنَ تَدَارُكُ إِصْلَاحِهِ لِاتِّسَاعِ الزَّمَانِ فَلَمْ يَصْلُحْ وَسَقَطَ عَلَى شَيْءٍ فَأَتْلَفَهُ فَإِنَّهُ يَضْمَنُ الدِّيَّةَ وَالْمَالَ".^{٩٦٠}

تلف العين مؤثر في عقود التمليك من حيث البطلان، أو تلف منفعة مؤثر على انفساخ عقد الإجارة واستحقاق الأجرة. فإذا تلفت بعد ثبوتها، بقيت على ملك صاحبها؛ لأنها استقرت وثبتت بالعقد والقبض. وقد يبطل العقد بتلف المحل، ويُعوض عن ذلك سقوط أجرة العقار قبل استيفاء المنفعة، وكذلك الثمن قبل قبض المبيع. فالتلف الواقع على العقار بأفة سماوية موجب لانفساخ العقد لأن البيع بحكم العدم؛ والتلف الحاصل بفعل الأدمي موجب للخيار في حق المشتري، وأن حكم العقد وجوب الضمان بالثمن. ولكن الإمام الأعظم يرى بأنه: "لا يتصور تلف العقار بخلاف غيره".^{٩٦١} ذلك أن العقار ثابت لا يفقد وجوده بالكلية.

^{٩٥٤} ابن قدامة، *المغني*، ٣٥٦/٥.

^{٩٥٥} النسفي، *كنز الدقائق*، ٦٥٤/١.

^{٩٥٦} ابن قدامة، *الشرح الكبير*، ٣٢٦/١٥.

^{٩٥٧} الزيلعي، *تبيين الحقائق*، ١٤٩/٦.

^{٩٥٨} النووي، *روضة الطالبين*، ٣١٩/٩.

^{٩٥٩} ابن فرحون، *إبراهيم بن علي بن محمد، تبصرة الحكام*، مصر، مكتبة الكليات الأزهرية، ط ١ (١٤٠٦هـ/١٩٨٦م)، ٣٣٨/٢.

^{٩٦٠} الدسوقي، *حاشية الدسوقي*، ٣٥٧/٤.

^{٩٦١} الرئاسة العامة لإدارات البحوث العلمية والإفتاء والدعوة والإرشاد، *مجلة البحوث الإسلامية*، دم، د.د، د.ط.د، ٩٠/٧.

2.18.1.1. تلف الأعيان حينما نقول تلف الأعيان، أي يعني تلف محل العقد؛ وعليه، هناك من العقود تتأثر من هذا التلف، كالبيع، والإجارة، والوقف، والرهن. وقد وردت عبارات للفقهاء تفيد بذلك، كقولهم: "أثر هلاك المعقود عليه في عقود المعاوضات من الأموال"^{٩٦٢}، وكقولهم: "هلاك العقار المرهون"^{٩٦٣}، وقولهم: تعاقب الزمان وكثرة الاستعمال وكقلع المستأجر ما أحدثه لزمه أن يسلم العين المؤجرة كما أخذها، فيصلح ما فسد بسبب القلع أو الأرض؛ لأنه أدخل نقصاً على ملك الغير، "هَدَمَ الْجِدَارَ الْمُشْتَرَكَ بَيْنَ اثْنَيْنِ أَحَدُهُمَا بِغَيْرِ إِذْنِ الْآخَرِ"^{٩٦٤}، فلو أحدث مالك السفلى في ملكه ما يضر بمالك العلو لزمه ضمان ذلك؛ لأنه قوّت على صاحب العلو حقاً ألحق بالملك، فهو كما لو قوّت عليه ملكاً. وفيما يتلف الإنسان والدابة حال سيرها قال النووي: "ومن حمل حطباً على ظهره أو بهيمة فحك بناء فسقط ضمنه"^{٩٦٥}. فهلاك العقار يقابله في الأثر الفقهي هلاك المحل، وعليه ينقضي كل حق مثقل وملصق بهذا الحيز من المال. "والهلاك إما أن يحدث طبيعياً أو قانونياً، علماً بأن الأفات السماوية يمكن القول بقلة حدوثها مقارنة بالهلاك القانوني من كون. وقد نصت المادة (١٢٨١) على أنه: "ينقضي حق الارتفاق بهلاك العقار المرتفق به أو العقار المرتفق به هلاكاً تاماً"^{٩٦٦}.

الأثر الفقهي المترتب على هلاك المحل:

- بطلان الشركة بهلاك المال.
- انقضاء حق الارتفاق من غير محل.
- هلاك العقار بعد وجوب الزكاة أي حلول الحول وبلوغ النصاب وقبل الأداء.
- قد يهلك الموصى به كله أو بعضه بعد العقد، وهذا بلا شك مؤثر في الوصية، ويختلف باختلاف صور الوصية، فالهلاك بالعين المعينة ليس كالهلاك بالجزء الشائع، أو هلاك المنفعة المعينة ليس كهلاك المنفعة الشائعة. فإذا هلكت العين الموصى به كلها بطلت الوصية لفوات محلها، وإذا هلكت في جزء منها بطلت فيما هلكت به، وإذا نقص شيء منها نقص نصيب كل من الوراث والموصي له، لاستوائهم في سبب الملك والاستحقاق وهو الخلافة، إلا أن خلافة الوارث شرعية، وخلافة الموصى له جعلية بحكم الشارع، وليس لاختلاف نوعي الخلافة تأثير في آثارهما"^{٩٦٧}.
- العقار المثقل بحق الراهن يُنظر في سببه، فإذا أساء المرتهن استعمال العقار المرهون، لزمه تقديم ضمان مقابل نقصان العقار المرهون، لأنه مسؤول عن سلامته حتى تاريخ وفاء الدين للمرتهن. "وَلِلْمُرْتَهِنِ أَنْ يَحْفَظَ الرَّهْنَ بِنَفْسِهِ وَرَوْجَتِهِ وَوَلَدِهِ الَّذِي فِي عِيَالِهِ وَخَادِمِهِ الَّذِي هُوَ فِي عِيَالِهِ"^{٩٦٨}. يلزمه توفير وحفظ محل الرهن وهذا يختلف بحسب طبيعة المال.

^{٩٦٢} بعلي لحسن، أثر هلاك المعقود عليه في عقود المعاوضات، إش: عزوز مناصرة، رسالة دكتوراه في العلوم الإسلامية، جامعة الحاج لخضر باتنة، الجزائر، (١٤٤٣هـ/٢٠٢٢م) ٣٩.

^{٩٦٣} الكاساني، بدائع الصنائع، ١٨١/٥.

^{٩٦٤} السنيكي، أسنى المطالب، ٢٢٤/٢.

^{٩٦٥} الرملي، نهاية المحتاج، ٣٨/٨.

^{٩٦٦} الزنوح، حسن علي، الحقوق العينية الأصلية، بغداد، شركة الرابطة للطبع والنشر، (١٩٥٤م)، شرح للقانون المدني العراقي، ٤٠٨.

^{٩٦٧} علي الخفيف، أحكام الوصية بحوث مقارنة، القاهرة، دار الفكر العربي، ط ١ (١٤٣١هـ/٢٠١٠م)، ٢٦٥.

^{٩٦٨} غانم البغدادي، مجمع الضمانات، ١/ ١٠٩.

2.18.1.2. تلف المنافع لا شك أن محل عقد الإجارة هو المنفعة، فما دامت المنفعة باقية، فالعقد باقٍ ومستمر إلى مدته أو الاتفاق على إنهائه. وصفه يد المستأجر على العين المؤجرة مدة الإجارة يد أمانة، وقد اتفق الفقهاء على أن "العين المؤجرة أمانة في يد المستأجر".^{٩٦٩} فإذا تلفت في يده بتعدي وتقصير، ضمن؛ لأن حركة وتصرفات المستأجر في العقار على غير المعتاد موجب للضمان، لأنه خالف مأذونيته على ما شرط عليه في الإيجار. وبمجرد تسلم العين المؤجرة تدخل المنافع في ضمان المستأجر، وتستقر الأجرة عليه. التلف الذي يصيب العين المؤجرة يمنع من استيفاء المنفعة، لأن العقد على الأعيان يقصد به المنفعة وليس العين، "ذهاب المنفعة المقصودة من العين كذهاب العين جملة".^{٩٧٠} أي إتلاف على عين العقار يؤدي إلى الإخلال بمنفعته وذهابها سواء كان التلف كلياً أو جزئياً، ويرجع ذلك إلى طبيعة الجائحة أو التلف الذي يضر بالانتفاع. هذه القاعدة تساعد في تقدير نقصان المنفعة، وتدخل في عقود المعاوضات مثل إتلاف العقار المستأجر أو عقود الأمانة كالعارية. "إذا انهدم بعضها وكان يسيراً لا ضرر على الساكن منه في عورة ظاهرة ولا تعطيل مسكن ولا عدم منفعة فالكراء لازم للمكثري ولا شيء على ربه".^{٩٧١}

قسم الدسوقي المالكي التلف الحاصل في العقار وجعله على ثلاث مراتب:

١. ما فيه ضرر بحيث يكون مانعاً من استيفاء المنفعة، كانهيار دعائم الدار واعوجاجها وانهدام بعض جدرانها.
٢. ما فيه ضرر وعيبه ينقص من أجره المؤجر، وللقدوري في ذلك: "تلف عليه المنفعة المقصودة من العين، فكان له أن يضمه قد جميع قيمته".^{٩٧٢}
٣. ما لا ضرر فيه ولا يحط من أجرة العقار، "كالشرفات فهو كالعديم يلزمه السكن من غير حط".^{٩٧٣}، بمعنى أن هذه التوابع ليست مانعاً من استيفاء منفعة العقار ولا الحط من الثمن، فهي أشبه بالعديم. التلف المؤثر بالمنفعة يظهر عند بيعها؛ لأنه يظهر في الأجرة، وهذا في التلف الجزئي، أما التلف الكلي: "كل عين يستوفي منها المنفعة فبهلاكها تنفسخ الإجارة، كموت الدابة المعينة، وانهدام الدار المعينة".^{٩٧٤}

ابن تيمية نقل إجماع الفقهاء على بطلان الإجارة في العقار تالف المنفعة بالكلية، حيث قال: "العين المؤجرة إذا تلفت قبل قبضها بطلت الإجارة، وإذا تلفت عقب قبضها وقبل التمكن من الانتفاع...".^{٩٧٥} وقد اتفق الفقهاء على أن تعطل استيفاء المنافع موجب لإسقاط أجرة العقار إذا كان التلف كلياً، وإن كان التلف في غير عين العقار، سقط عن المستأجر بحسب العطل، ومثل عليه: "رجل استأجر حماماً يجري إليها الماء من عين، فانقطع الماء عن الحمام لتعطيل العين، فهل يستحق المستأجر أجرة مدة انقطاع الماء وتعطيل العين أم لا؟"^{٩٧٦}

وكمّن استأجر أرضاً ليزرع فيها، يتمكن من إلقاء البذر ونبات الزرع يكون مستوفياً لمنفعة الأرض، فإذا أصاب الأرض آفة سماوية كأن تغرق الأرض قبل نبات الزرع، أو كان مما يُسقى بماء السماء فانحبس المطر فمات الزرع أو يبس، وجب الحط من

^{٩٦٩} وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، الموسوعة الفقهية الكويتية، ٢٧٧/١٣.

^{٩٧٠} ابن شماس، عقد الجواهر الثمينة، ٨٧٥/٣.

^{٩٧١} ابن عبد البر، أبو عمر يوسف بن عبد الله بن محمد، الكافي في فقه أهل المدينة، تحق: محمد ولد ماديك، السعودية، مكتبة الرياض، ط ٢ (١٤٠٠هـ/١٩٨٠م)، ٧٤٧/٢.

^{٩٧٢} القدوري، التجريد، ٣٣٠٦/٧.

^{٩٧٣} الدسوقي، حاشية الدسوقي، ٥١/٤.

^{٩٧٤} الدسوقي، حاشية الدسوقي، ٢٩/٤.

^{٩٧٥} ابن تيمية، مجموع الفتاوى، ٢٨٨/٣٠.

^{٩٧٦} ابن النجدة، لسان الحكم، م، ج ١، ص ٣٦٧.

أجرة الأرض؛ لأنه يعتبر من جوائح الإجارة التي يحط عن المستأجر فيها مقدار مصيبته. أما لو استأجر أحدهم شقة ليسكنها مدة من الزمن، وفي أثناء سكناه عدل عليها دون إذن المالك، وفي أثناء التعديل هُدم الجدران وتصدع في باقي الجدران والسقف، فهذا يضمن قيمة المنزل كاملاً".^{٩٧٧}

أما الذي يصيب الزرع من الدود والجراد والرياح فلا يحط من أجرة الأرض؛ لأن الأفة لحقت مال المستأجر لا منفعة الأرض. "لو فسدت الأرض بجائحة أبطلت قوة الانبات في مدة الإجارة انفسخت الإجارة في المدة الباقية".^{٩٧٨} وابن تيمية خالف الفقهاء في تفريقهم بين الجائحة الناتجة بأفة سماوية وبين ما كان خارجاً عنها، واعتبر دليل الفقهاء على التفريق ناتجاً عن شبه لا عن دليل، واعتبر مدار الحكم هو تعطل المنفعة. فمتى تعطلت المنفعة وضع عن المستأجر بقدر الضرر الذي أصابه، فقال: "إن المعقود عليه هو انتفاع المستأجر بالعين المؤجرة لا مجرد تعبئه ونفقته الذي هو طريق إلى الانتفاع المعقود عليه." وأضاف أن المستأجر قد بذل الأجرة، ومن المحال أن يبذلها مقابل عمل نفسه وهو شق الأرض وبذرها، وإنما يبذل الأجرة فيما يصل إليه من منفعة العين المؤجرة لا فيما هو له من عمل نفسه، فإن شراء حقه بحقه محال".^{٩٧٩}

فسعي الزارع من فلاحه وشق للأرض وسقيها ليس هو المعقود عليه، إنما هي أدوات وأسباب للوصول إلى منفعة الأرض وهو الزرع. وأما الحط من أجرة العقار المستأجر بالتلف، فيُراعى فيه المكان والزمان، "تكون الأجرة مقسومة على قدر قيمة الأمكنة والأزمنة، فإن كلا منهما قد يكون متماثلاً وقد يكون مختلفاً بأن يكون بعض الأرض خيراً من بعض، وكري بعض فصول السنة أعلى من بعض".^{٩٨٠}

التلف الحاصل في حقوق الارتفاق، كإيقاف الدابة والسيارات في طريق العامة، متلف لمنفعة الطريق به، قال السرخسي: "ممنوع من إيقاف الدابة على الطريق؛ لأن ذلك مضر بالمارة ولأن الطريق ملك مشترك، لم يعد للوقوف إنما للسير عليه." فهو متلف لمنفعة الارتفاق بشغله لنفسه ومنع غيره من الانتفاع به، إلا ما استثناه الإمام أو استثناه العرف، نحو دار نفسه أو باب المسجد أو دار العالم أو القاضي أو ما أشبه ذلك، فلا ضمان عليه فيها جنت".^{٩٨١} والانتفاع بالارتفاق مشروط بسلامة العاقبة.

ولما كان الحنفية يرون بأن المنافع ليست أموالاً، رتبوا على ذلك استحالة إتلافها. فقول الحنفية عند تعريفهم للمنفعة بأنها عرض، أي أنها خرجت من حيز العدم إلى حيز الوجود، ثم تتلاشى فترجع إلى ما كانت عليه أي العدم، لأنها غير قائمة. فالعقد جعل منها حيزاً ينتفع به، وبعد انتهاء مدته فلا يبقى للمنفعة عين قائمة بعد إبرام العقد عليها، فهي عدم، وبالعقد وجدت، وبانتهائه عادة إلى أصل صورتها التي كانت عليها. ما دام أن العقد موجوداً فالمنفعة موجودة وقائمة، وبزواله تزول. وعليه، لا يتصور تضمين تلف المنفعة. قال صاحب المبسوط: "الإِتْلَافُ لَا يُنْصَوِّرُ فِي الْمَنْفَعَةِ أَيْضًا؛ لِأَنَّ فِعْلَ الْإِتْلَافِ لَا يُحِلُّ الْمَعْدُومَ وَبَعْدَ الْوُجُودِ لَا يَبْقَى لِجِلِّهِ فِعْلُ الْإِتْلَافِ، وَإِثْبَاتُ الْحُكْمِ بِدُونِ تَحَقُّقِ السَّبَبِ لَا يَجُوزُ، فَأَمَّا بِالْعَقْدِ يَنْبُتُ لِلْمَنْفَعَةِ حُكْمُ الْإِحْرَازِ، وَالتَّقْوَمُ شَرْعًا

^{٩٧٧} الزعبي، أحمد، قاعدة زهاب المنفعة المقصودة من العين كذهاب العين جملة، مجلة جامعة العلوم الإسلامية، الأردن، مج ٥، ع ٣ (٢٠٢٢م)، ٥٦.

^{٩٧٨} النووي، روضة الطالبين، ٢٤٠/٥.

^{٩٧٩} ابن تيمية، مجموع الفتاوى، ٢٩٧/٣.

^{٩٨٠} ابن تيمية، مجموع الفتاوى، ٢٩٨/٣.

^{٩٨١} ابن عبد البر، أبو عمر يوسف بن عبد الله، التمهيد، تحق: مصطفى بن أحمد العلوي ومحمد عبد الكبير، المغرب، وزارة الأوقاف، (١٣٨٧هـ)، ٢٨/٧.

بِخِلَافِ الْيَاسِ، وَكَانَ ذَلِكَ بِاعْتِبَارِ إِقَامَةِ الْعَيْنِ الْمُتَنَفِّعِ بِهِ مَقَامَ الْمُنْفَعَةِ لِأَجْلِ الضَّرُورَةِ وَالْحَاجَةِ، وَلَا تَتَحَقَّقُ مِثْلُ هَذِهِ الْحَاجَةِ فِي الْعُدْوَانِ فَتَبْقَى الْحَقِيقَةُ مُعْتَبَرَةً، وَبِاعْتِبَارِهَا يَنْعَدُّ التَّقْوَمُ وَالْإِتْلَافُ".^{٩٨٢}

وذهب متأخرو الحنفية إلى إعادة النظر في مالية المنافع، ومنها مسألة تضمين منافع المال المغصوب، وأنه يضمن في ثلاث مواطن. وأفتوا في هذه المسائل لكثرة المعتمدين والمتلفين، الثلاث: -

١. عَقَارُ الْيَتِيمِ كَالْوَقْفِ.

٢. أَنْ يَكُونَ الْمَغْصُوبُ وَقْفًا لِلْسُّكْنَى أَوْ لِلِاسْتِغْلَالِ.

٣. وَكَذَلِكَ الْعَقَارُ الَّذِي هُوَ مَالٌ لِيَتِيمٍ أَوْ مُعَدُّ لِلِاسْتِغْلَالِ يَكُونُ مَضْمُونًا أَيْضًا بِالْعَصَبِ وَالتَّلَفِ".^{٩٨٣}

وعليه نقول إن اعتبار المنافع أموال ثبت بالشرع والعرف، وإن التلف كما أنه يحصل في الأعيان كذلك في المنافع أيضاً، "وإن كان قد أتلف على المالك المنفعة المقصودة من العين فقد صار كمتلفها جملة بالإضافة إلى مقصودها".^{٩٨٤} وأما لو استأجر بيتاً وأسكنه غيره أو أسكن معه أحداً فلا شيء عليه، مَا لَا يَخْتَلِفُ بِاخْتِلَافِ الْمُسْتَعْمِلِ كَالسُّكْنَى... لِعَدَمِ التَّفَاوُتِ، فَلَهُ أَنْ يُسَكِّنَ غَيْرَهُ".^{٩٨٥}

2.19. قرض المال غير المنقول معاملة مالية ثبت جوازها بالكتاب والسنة والإجماع، وهو من عقود الإرفاق والمعونة والتوسعة، وسد حاجات اجتماعية، شرعت للإرفاق، ووفقاً بالمحاويج، ولهذا سمّاه النبي ﷺ "منيحة".^{٩٨٦} لا يُراعى فيه ما يُراعى في عقود المعاوضة، يُردّ المقرض مالمّا بلا زيادة أو نقصان، ليس عقد استرباح واستمنا، فإذا ثبت جواز القرض، فهو إنما يجوز في الأموال المنقولة، والطبيعة الفقهية للقرض على أنه عقد أو تصرف بالإرادة المنفردة، يملك المقرض فيها العين والمنفعة، وهو ما يُميّزه عن العارية من كون العارية تملكاً للمنفعة. فالقرض تبرع في الابتداء، معاوضة في الانتهاء، والعارية تبرع في الابتداء والانتهاء. والربا يُقابل بأمرين في القرآن: بالصدقة، وبالبيع. ومن المبادئ التي أولاهها الإسلام اهتماماً أن المال إذا اكتسب من حرام، لا تُطهره الصدقة، فيحتاج إلى إعادته لأصحابه، وإخراجه من ملكه.

ومن حيث مشروعية القرض، فقد أجمع العلماء على عقد القرض، ومستندهم القرآن، والسنة الصحيحة، والإجماع، كقوله ﷺ: (مَنْ ذَا الَّذِي يُقْرِضُ اللَّهَ قَرْضًا حَسَنًا فَيُضَاعِفَهُ لَهُ وَلَهُ أَجْرٌ كَرِيمٌ)^{٩٨٧} حاجة الإنسان إلى المسكن من الحاجات الأساسية له، ولا خلاف بين الفقهاء في أن الأصل في القرض في حق المقرض: "أنه قرينة من القرب إلى الله تعالى، لما فيه من إيصال النفع للمقرض، وقضاء حاجته، وتفريج كربته، وإعانتة على كسب قرينة غالباً".^{٩٨٨} وعرف القرض لغة: "مَا تُعْطِيهِ الْإِنْسَانُ مِنْ مَالِكٍ لِنَفْسِهِ".^{٩٨٩}

يرجع مشروعية القرض بأن يعلم ما الذي يصح من الأموال أن يكون محلاً للاقتراض، وما لا يكون، فالناظر في تعريف الحنفية للقرض يدرك تماماً بأن الأموال غير المنقولة لا يصح أن تكون قرضاً لتعذر رد القرض فيها، فكيف لأحد أن يقترض

^{٩٨٢} السرخسي، المبسوط، ٧٩/١١.

^{٩٨٣} علي حيدر، شرح درر الحكام مجلة الأحكام، ٥٠٧/٢.

^{٩٨٤} ابن شماس، عقد الجواهر الثمينة، ٨٧٥/٣.

^{٩٨٥} غانم البغدادي، مجمع الضمانات، ٢٤/١.

^{٩٨٦} البسام، توضيح الأحكام من بلوغ المرام، ٤٥٣/٤.

^{٩٨٧} الحديد ١١/٥٧.

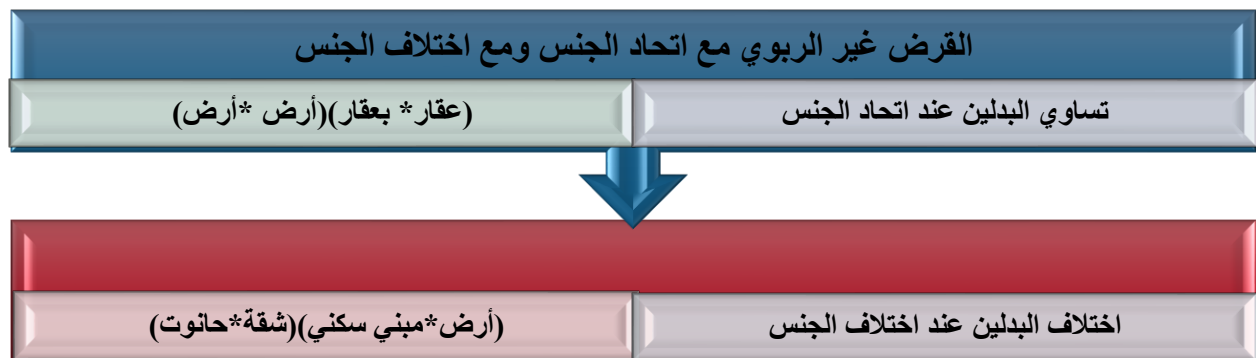
^{٩٨٨} وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية، الموسوعة الفقهية الكويتية، ١١٣/٣٣.

^{٩٨٩} ابن فارس، مقاييس اللغة، ٧١/٥.

عقارًا ويرد مثله عند الوفاء؟ فعرفوا القرض فقالوا: "فَكُلُّ مَا يُضْمَنُ بِالْمَثَلِ عِنْدَ الْإِسْتِهْلَاكِ لَا فِي غَيْرِهِ مِنَ الْقِيَمَاتِ كَحَيَوَانٍ وَحَطَبٍ وَعَقَارٍ وَكُلِّ مُتَقَاتٍ لِيَتَعَذَّرَ رَدُّ الْمَثَلِ".^{٩٩٠} فاشتراطوا في القرض أن يكون من الأموال المثلية، ولهم تعريف ربما يكون أوضح في المطلوب عند الوفاء به: "عَقْدٌ مَحْصُوصٌ يَرُدُّ عَلَى ذَنْعِ مَالٍ مِثْلِيٍّ لِرَدِّ مِثْلِهِ وَصَحَّ فِي مِثْلِيٍّ لَا فِي غَيْرِ".^{٩٩١} ويُفهم من كلام الحنفية إلى اشتراط المال المثلي في محل القرض.

أما فيما يخص جمهور الفقهاء من المالكية، والشافعية، والحنابلة، فقد أجازوا القرض في كلِّ من الأموال القيمية، كالحیوانات، والعقارات، والمثلية، وخلافهم مع الحنفية في المال القيمي: هل يكون محلًّا للإقراض أم لا؟ فالمالكية قالوا: "يجوز قرض ما يُسلم فيه، أي كل ما يصح أن يُسلم فيه، من عرض، وحيوان، ومثلي".^{٩٩٢} والشافعية: "قَاعِدَةٌ: مَا جَارَ السَّلْمُ فِيهِ، جَارَ قَرْضُهُ، وَمَا لَا فَلَا".^{٩٩٣} ووافق الحنابلة قول المالكية والشافعية: "وَيَصِحُّ الْقَرْضُ فِي كُلِّ عَيْنٍ يَصِحُّ بَيْعُهَا، مِنْ مَكِيلٍ، وَمُزُونٍ، وَغَيْرِهِ، وَجَوْهَرٍ، وَحَيَوَانٍ".^{٩٩٤}

ففي الأموال القيمية لا تعتبر أموالاً ربوية، فلا يجري فيها ربا الفضل مثلاً، وهو الذي يوجب تساوي البدلين إذا كانا من جنس واحد، وفي المال القيمي يجوز إعطاء الكثير مقابل الكثير، وهذه الأعيان كلها غير ربوية، فلا يُشترط كما يُشترط في الأموال الربوية أن تكون فورية من حيث التقابض المعروف، والتساوي في الكميات. أما مذهب المالكية، فقال بجواز إقراض القيمي الذي يُضبط بالوصف: "يجوز قرض ما يُسلم فيه، أي كل ما يصح أن يُسلم فيه، من عرض وحيوان ومثلي، أي دون ما لا يصح السلم فيه، كدار وبستان وتراب معدن، وصانغ، وجوهر نفيس؛ فلا يصح فيه القرض".^{٩٩٥} وقد يكون العقار مثلياً ويردُّ مثله، كإقراض نصف عقار شائع، لأن "نصف الدار الشائع يقابله النصف الآخر، وهو مثله تماماً، فيصح في هذه الحالة أن يرد المقترض من النصف الآخر للمقرض، وهو مثل ما أقرضه تماماً".^{٩٩٦} والمقصود بتعذر رد مثله كقرض ثلثي العقار أو كله، فمن حيث الصورة الحقيقية يتعذر رد مثله، لكن إما بدفع بدله من عقار آخر، فلا يلزم أن يُرد في صورته ومعناه، بل يكفي في القرض أن يكون نظيره في عقار آخر، دفعاً من وقوع الخلاف.



^{٩٩٠} ابن عابدين، رد المحتار، ٥/ ١٦١.

^{٩٩١} شيخ زاده، مجمع الأنهر، ٨٢/٢.

^{٩٩٢} الدسوقي، حاشية الدسوقي، ٢٢٢/٣.

^{٩٩٣} السيوطي، الأشباه والنظائر، ٤٥٧/١.

^{٩٩٤} البهوتي، منتهى الإرادات، ١٠٠/٢.

^{٩٩٥} الدردير، الشرح الكبير، موقع يعسوب، م.د، د.ت، د.ط، ٢٢٢/٣.

^{٩٩٦} الجزيري، عبد الرحمن، الفقه على المذاهب الأربعة، لبنان، دار الكتب العلمية، ط ٢ (١٤٢٤هـ/٢٠٠٣م)، ٣٠٦/٢.

وقد يأتي القرض في صورة، منها ما يجري فيه الربا، والآخر لا يجري فيه، ونوضح ذلك برسم تفصيلي؛ حتى يسهل للقارئ معرفة ما يجري في الأموال من الربا، علماً أن المتبادر لدى الناس ظنهم أن الربا في القرض والبيع يُجرى في الأموال النقدية دون الأموال غير المنقولة، فلم يعتد الناس على قرض عقار مقابل عقار، أو بيت مقابل مزرعة، وهكذا، كما هم معتادون على قرض النقود.

شروط المال المقرض عند الفقهاء يرجع في ذلك إلى تعريفهم للقرض:

- ✗ "أن يكون المال المقرض معلوماً، ليسهل رد بدله؛ فلا يصح قرض المجهول من المال".^{٩٩٧}
- ✗ أن يكون المال المقرض مثلياً وهو قول الحنفية "عينا معلومة من الأعيان المثلية التي تستهلك بالانتفاع بها ليرد مثلها".^{٩٩٨} ويصح القرض بالمال القيمي، لان "المقصود يحصل بالمال القيمي؛ لكونه يُنتفع به ويُمكن من بيعه".^{٩٩٩}
- ✗ أن يكون القرض في الأموال المنقولة، فلا يصح القرض الأموال غير المنقولة: "فإذا ثبت جواز القرض، فهو إنما يجوز في الأموال المنقولة، فأما ما لا يُنقل من الدور والعقار والضياء، فلا يجوز قرضها، اعتباراً بالعرف فيها، وإن العادة جارية بإعارتها، وإن ثبتها في الذمم لا يصح".^{١٠٠٠}

نرى من خلال قول ابن حزم الظاهري تصريحه بصحة القرض في الأموال غير المنقولة صرح ابن حزم بجواز قرض العقار، فقال: "والقرض جائز في الجواني، والعبيد، والدواب، والدور، والأرضين، وغير ذلك".^{١٠٠١} لعموم قوله ﷺ: {إِذَا نَدَّيْنْتُمْ بِذَيْنِ إِلَى أَجَلٍ مُّسَمًّى} ^{١٠٠٢} وحجته في ذلك أن الله "عمم القرض في الأموال دون تخصيص نوع عن آخر".^{١٠٠٣} والقول بالتخصيص يحتاج إلى دليل من كتاب أوسنة كما ثبت القرض بالدليل فيحتاج التخصيص لدليل هذا ما يفهم من رأيهم.

مثلاً، تفرّد الحنفية عند تعريفهم للقرض بخاصية المماثلة في المال، بأن يردّ المقرض للمقرض مثل العين التي أخذها منه؛ فهي مضمونة حال قيامها، ومضمونة القيمة حال هلاكها، وهو ما جعلهم يشترطون أن يكون المال المقرض مالاً مثلياً. وعليه؛ فلا يصح قرض القيميات التي تتفاوت أحادها تفاوتاً تختلف فيه قيمتها كالعقار عندهم، ولأنه يؤدي إلى المنازعة باختلاف تقويم المقومين؛ لأنه غير مثلي. "القرض هو أن يدفع شخص لآخر عينا معلومة من الأعيان المثلية التي تستهلك بالانتفاع بها، ليردّ مثلها".^{١٠٠٤}

فأخرجوا المال غير المنقول؛ لأنها أموال غير استهلاكية، وأثبتوا عناصر القرض في المنقول، نقدًا كان أم سلعة، فما تفاوت أحاده تفاوت قيمته، فالقرض مضمون بمثله عند رده، وبالنسبة لغير المال المثلي يكون رده بالقيمة. فأما ما لا يُنقل من الدور والعقار والضياء، فلا يجوز قرضها اعتباراً بالعرف فيها، وإن العادة جارية بإعارتها، وإن ثبتها في الذمم لا يصح؛ لذلك لا يصح السلم فيها. والمألوف أن يكون التمويل الربوي بالنقود عادةً، وقليل ما يكون بغيرها من المثليات. أما الفقهاء، فاتفقوا على

^{٩٩٧} الباجي، المنتقى شرح الموطأ، ٩٩/٥. بتصرف

^{٩٩٨} قدرى باشا، مرشد الحيران، ١١٢/١.

^{٩٩٩} ابن مفلح، المبدع في شرح المقنع، ١٩٥/٤.

^{١٠٠٠} الماوردي، الشرح الكبير، تحقق: الشيخ علي معوض والشيخ عادل عبد الموجود، بيروت، دار الكتب العلمية، ط ١ (١٤١٩هـ/١٩٩٩م)، ٣٥٢/٥.

^{١٠٠١} ابن حزم، المحلى بالآثار، ٣٥٥/٦.

^{١٠٠٢} البقرة ٢/٢٨٢.

^{١٠٠٣} ابن حزم، المحلى بالآثار، ٣٥٥/٦.

^{١٠٠٤} قدرى باشا، مرشد الحيران، ١١٢/١.

أن ما جاز السَّلَم فيه، جاز قرضه، وهذا ضابطهم في الاقتراض. ولكن ظهرت بعض الحيل الربوية هناك في الأموال غير المنقولة، فيأخذ رجل قرضًا على شراء بيت، وهو يكون محتاجًا للمال، فيقترض موادَّ لبناء البيت، وبعد أن يأخذ تلك المواد من الإسمنت والطوب وغيرها، يبيعها إلى نفس صاحب المواد بهدف الوصول إلى المال. وتُعدّ مثل هذه المعاملات تورقًا مصرفيًا، وهو من صور تحوّل المنقول إلى غير منقول، والوصول إلى المال بهدف البناء. وقد تعددت صور التمويل الإسلامي، فإما بالنقود، أو بالأصول الثابتة، أو بالأصول المتداولة.

تعدّدت صور الإقراض في العصر الحالي، فأخذ أشكالًا مختلفة عما كانت عليه في السابق من القرض بفائدة، فأصبح ما يُسمّى بالتمويل العقاري عن طريق القرض بفائدة، ومثل هذا التمويل لا يجوز، وهو محرّم؛ فلا ربح حلال إلا إذا تحمّل صاحب المال مخاطر الخسارة. وهذا ما يخالف النظام الربوي الذي يضمن رأس المال وفائدته على الدوام. وقد أكّد قرار مجمع الفقه الإسلامي حول التمويل العقاري لبناء المساكن وشرائها: "إن المسكن من الحاجات الأساسية للإنسان، وينبغي أن يُوفّر بالطرق المشروعة بمالٍ حلال، وإن الطرق التي تسلكها البنوك العقارية والإسكانية ونحوها من الإقراض بفائدة، قلّت أو كثرت، هي طرق محرّمة شرعًا لما فيها من التعامل بالربا".^{١٠٠٥} فالشائع من صور التمويل العقاري أن يكون دور المصرف دفع المال للبايع نيابةً عن المشتري، ثم استرداده من المشتري بزيادة متفق عليها. وهذا قرض ربويّ محرّم، ولا فرق بين أن يعطي المصرف المال للمشتري في يده، أو أن يعطيه نيابةً عنه للبايع؛ لأن المصرف دوره في أنه وكيل في قبض المال.

2.19.1. قرض الأعيان ما يميز هذا النوع عما سبق من خلال أنظار الفقهاء للقرض، بالنسبة إلى محل المال المُقرض، إن كان قيمياً، ومن جهة أخرى إن كان القرض يصح في العين أم في المنفعة. أجاز الشافعية "القرض للشريك في نصفٍ عقارٍ مشاع، لشريكه، لأن له مثلاً يمكن رده، وهو النصف الآخر، ولا يصح عنده القرض في العقار كاملاً أو ما زاد على النصف"^{١٠٠٦}، مما يعني أن العقار المشترك المتميز المعين، الذي يجمع الشريكين في عقار، لا يصح قرضه. "يَجُوزُ إِقْرَاضُ نِصْفِ عَقَارٍ"^{١٠٠٧}، فيما إذا كان العقار مشتركاً غير متميز، جاز القرض، وإذا كان في عقارين منفصلين، تعذر ردّ المثل في ذلك.

في حين نرى أن الحنفية يذكرون في نوع المال المُقرض أن يكون من المثليات؛ لذا قالوا بأن الأموال من القيميات، كالحيوان، والحب، والعقار، وكلّ متفاوت، لا يصح إقراضها لتعذر ردّ المثل، فيشترط في المال المُقرض أن يكون: "مِمَّا لَهُ مِثْلٌ كَالْمَكِيلَاتِ، وَالْمُوزُونَاتِ، وَالْعَدِّيَّاتِ الْمُتَقَارِبَةِ، فَلَا يَجُوزُ قَرْضُ مَا لَا مِثْلَ لَهُ مِنَ الْمَذْرُوعَاتِ، وَالْمَعْدُونَاتِ الْمُتَقَارِبَةِ؛ لِأَنَّهُ لَا سَبِيلَ إِلَى إِيْجَابِ رَدِّ الْعَيْنِ وَلَا إِلَى إِيْجَابِ رَدِّ الْقِيَمَةِ؛ لِأَنَّهُ يُؤَدِّي إِلَى الْمُنَازَعَةِ لِاخْتِلَافِ الْقِيَمَةِ بِاخْتِلَافِ تَقْوِيمِ الْمُقَوِّمِينَ".^{١٠٠٨} فخلافاً في تصنيف هذه الأعيان، من كونها تُردّ بالقيمة أم بالمثل؛ فمن قال بأن الرد يكون عند سداد الدين بالمثل، لم يُجز قرضها، ومن قال بأن القرض يُردّ بالقيمة، أجاز القرض بالقيمة. فالحنفية تشدّدوا في نوع المال المُعاد، لأن الغالب حصول نزاع ناتج عن تقدير. فجمهور الفقهاء يرى صحة قرض القيميات، كالحيوان والعقارات، وحجّتهم في ذلك: أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ «اسْتَسْلَفَ مِنْ رَجُلٍ بَكْرًا». ^{١٠٠٩} فالحديث

^{١٠٠٥} مجلة مجمع الفقه الإسلامي، (١٨٧/١/٦) قرار رقم ٦/١/٥٢.

^{١٠٠٦} الجمل، سليمان بن عمر بن منصور العجلي، فتوحات الوهاب بتوضيح شرح منهج الطلاب المعروف بحاشية، دار الفكر، د.د، د.ت، ٢٥٨/٣.

^{١٠٠٧} الجمل، فتوحات الوهاب بتوضيح شرح منهج الطلاب المعروف بحاشية، ٢٥٨/٣.

^{١٠٠٨} الكاساني، بدائع الصنائع، ٣٩٥/٧.

^{١٠٠٩} البخاري، صحيح البخاري، ٧٦٧/٢.

يدلّ على أن النبي ﷺ اقترض حيواناً، وهو من غير المثليات، التي وإن تشابهت في الظاهر، اختلفت في الباطن، فدلّ على أن القرض يصحّ في القيميات. فالقاعدة التي اتبعها الجمهور: أن القرض "يَصِحُّ فِي كُلِّ عَيْنٍ يَجُوزُ بَيْعُهَا".^{١٠١٠}

انفرد الشافعية، فذكر في أنواع القروض نوعاً "سمّاه القرض الحُكْمِي".^{١٠١١}، وأورده غيرهم دون تمييز بينه وبين الحقيقي في التسمية. وأن للقرض الحُكْمِي عناصرَ زائدةً عن الحقيقي، اقتضتها طبيعته، وله صور كثيرة، يترتب عنها جميعها، ما دام محل القرض معلوم القدر، كقوله "أَمُرُ غَيْرِهِ بِإِعْطَائِهِ مَا لَهُ غَرَضٌ فِيهِ.... كَابْطَعَامٍ فَقِيرٍ.. (وقوله المقرض) أَنْفَقَهُ عَلَى نَفْسِكَ بِنَيْتِ الْقَرْضِ وَيَصْدُقُ فِيهَا عَمَرُ دَارِي".^{١٠١٢} مما يعني أن للقرض الحُكْمِي صوراً قد يلزم بها الشخص، وهي في الأصل قرضٌ أُجْبِر فيه على دفع المال عن الغير. "رَأَيْتُ جَاءَ فِي الْكَرِيِّ يَهْرُبُ قُلْتُ: أَرَأَيْتَ إِنْ أَكْرَانِي إِبْلَهُ ثُمَّ هَرَبَ عَنِّي وَتَرَكَهَا فِي يَدَيَّ فَأَنْفَقْتُ عَلَيْهَا أَيْكُونُ لِي عَلَى الْمُكَرِّي النَّفَقَةُ الَّتِي أَنْفَقْتُ عَلَيْهَا؟ قَالَ: قَالَ مَالِكٌ: نَعَمْ يَكُونُ لَهُ عَلَيْهِ مَا أَنْفَقَ عَلَيْهَا، قَالَ مَالِكٌ".^{١٠١٣} أما فيما يخص موضوع دراستنا في المال غير المنقول، فصورة ذلك: "النفقة على الأعيان المؤجرة، كأن يُنْفَقَ المستأجر عليها بما يلزم من صيانتها أو ردّها، ممّا لا يلزم المستأجر، فإنّ ما يُنْفَقه قرضٌ يرجع به على مالكة".^{١٠١٤}

2.19.2. قرض المنافع المنفعة إذا أطلقت، يُراد بها كلّ ما يمكن استفادته من الأعيان، مثل سُكْنَى الدار، وأجرتها، وركوب السيارة والدواب. ولكن الذي يهمنّا في دراستنا: هل يُشترط في المال المُقْرَضُ أن يكون عيناً؟ بمعنى أن منفعة العقار ستحوّل بالقرض إلى دين، أو أنّه كما يصحّ القرض في المنافع، يصحّ بالأعيان؟ وهذه المسألة قد يتفاجأ البعض من كون المنافع، كيف لها أن تكون قرضاً؟ واعتبار صحة جريان القرض في المنافع يتعلّق بأبواب تجرّ إلى الربا، وقد ذكر شيخ الإسلام ابن تيمية صورةً لقرض المنافع، وأجاز إقراض المنفعة: "يَجُوزُ قَرْضُ الْمَنَافِعِ..... يَسْكُنُ دَارًا لَيْسَ كُنَ الْآخَرُ بَذَلًا".^{١٠١٥}، أو كما كانت العادة معهوداً، وإلى الآن، على أن الرجل إذا أراد أن يبني بيته، قام بعض جيرانه بالبناء معه، ويردّه لهم بالمثل إذا أرادوا البناء.

الفقهاء في صحّة قرض المنافع أقوال:

فمنهم من قال: إنّه لا يصحّ إقراض المنافع، ويشترطون العينية في المال المُقْرَضُ، وهو مذهب الحنفية، والحنابلة على المعتمد في المذهب، مع خلافهم في مستند المنع ومنشئه، وهو: "أنّ المنافع ليست مألّا في نفسها، وإنّما يُعَقَدُ عليها بإقامة العين مقام المنفعة، فإذا كانت المنفعة ستحوّل بالقرض إلى دين، أصبحت العين غير قائمة، فلا يصحّ العقد عليها".^{١٠١٦} ووافق الشافعية والمالكية الحنفية والحنابلة في عدم جواز القرض في المنافع، إلا أنهم خالفوه في اشتراطهم في ضابط لما يصحّ إقراضه، فقالوا كلمتهم المشهورة: "ما جاز السَّلْمُ فيه، صحّ إقراضه". فتمتّ ضبط الوصف، جاز، ولو في العقار. وقد اختار القاضي حسين من الشافعية هذا الرأي، فقال: "وَلَا يَجُوزُ إِقْرَاضُ الْمَنَافِعِ، لِأَنَّهُ لَا يَجُوزُ السَّلْمُ فِيهَا".^{١٠١٧}

^{١٠١٠} المرداوي، الإحصاف في معرفة الراجح من الخلاف، ١٢٣/٥.

^{١٠١١} ابن حجر الهيتمي، تحفة المحتاج، ٣٧/٥.

^{١٠١٢} الرملي، نهاية المحتاج، ٢٢٣/٤.

^{١٠١٣} الإمام مالك، المدونة، ٥٠٧/٣.

^{١٠١٤} جعفر، عبد القادر، صور القرض الحُكْمِي وأحكامه في الفقه الإسلامي، مجلة الواحات للبحوث والدراسات، مج ١٣٣، ١٤ (٢٠٢٠م)، ١٨٤.

^{١٠١٥} ابن تيمية، تقي الدين أبو العباس أحمد بن عبد الحليم، الفتاوى الكبرى، دار الكتب العلمية، ط (١٤٠٨هـ / ١٩٨٧م) ٥ / ٣٩٤.

^{١٠١٦} أبو عمر الدُّبَّيَّان، المعاملات المالية أصالة ومعاصرة، ١٩٤/١٨.

^{١٠١٧} النووي، روضة الطالبين، ٣٣/٤.

وَحُجَّةُ الشَّافِعِيَّةِ فِي مَنْعِ إِقْرَاضِ الْمَنَافِعِ، هِيَ فِي مَنَافِعِ الْعَيْنِ الْمَعِينَةِ؛ بِمَعْنَى أَنَّ مَنَافِعَ الْعَقَارَاتِ مَعِينَةٌ، وَمَنْفَعَةُ الْمُعَيَّنِ يُمْكِنُ رَدُّ مِثْلِهَا. أَمَّا مَا ثَبِتَ فِي الذِّمَّةِ مِنَ الْمَنَافِعِ، جَازَ إِقْرَاضُهُ لَصِحَّةِ السَّلَمِ فِيهِ، لِأَنَّ الْقَرْضَ يَكُونُ فِي مَعَيَّنٍ مَوْصُوفٍ مَعْلُومٍ؛ لِيَكُونَ عِنْدَ السَّدَادِ مَوْضِعَ وِفَاقٍ. أَمَّا إِذَا كَانَ الْقَرْضُ فِي شَيْءٍ غَيْرِ مَنْضَبِطٍ، فَلَا. فَقَالُوا: كُلُّ مَا صَحَّ سَلَمًا صَحَّ قَرْضًا، وَأَمَّا الْمَالِكِيَّةُ فَقَالُوا: "وَأَبَاحَ: أَعْنِي بِغُلَامِكَ يَوْمًا، وَأَعْنِيكَ بِغُلَامِي يَوْمًا، لِأَنَّهُ رَفَقٌ".^{١٠١٨}

المنافع ليست ممَّا يمكن ضبطه بالوصف، لكثرة اختلاف منافعها، فلا تُضبط، ولا تشابه فيما بين العقارات. والمنافع ليست ممَّا يُعَلَّمُ قَدْرُهُ، وعليه لا تتحقَّق المساواة، لوجود التفاضل. وإذا اقترض عقارًا أو منفعة، وجب ردُّ المثل، والمثل ليس مساويًا ولا متشابهًا مع غيره، وإن أُطلق عليه اسم العقار. وعلق الأنصاري في أسنى المطالب بأن المنع في إقراض المنافع "أَنَّ مَحَلَّهُ فِي مَنَافِعِ الْعَيْنِ الْمَعِينَةِ أَمَّا الَّتِي فِي الذِّمَّةِ فَيَجُوزُ إِقْرَاضُهَا لِجَوَازِ السَّلَمِ فِيهَا كَمَا سَيَأْتِي فِي الْإِجَارَةِ".^{١٠١٩}

ذهب البلقيني والسبكي من الشافعية إلى أن منافع العقار لا يصحَّ إقراضها، ويصحَّ إقراض منافع الدواب، لأن المنع المحمول على إقراض المنافع يكون على: "مَنْفَعَةِ الْعَقَارِ كَمَا يَمْتَنِعُ السَّلَمُ فِيهَا".^{١٠٢٠} وتعدَّر ردُّ المثل يمنع جواز القرض، وإن كان له نظيرٌ من عقار آخر، ومنفعة العقار لا تثبت في الذمة. وقد مرَّ بنا في الفصل الأول، في تعريف المال، ما يدخل فيه وما لا يدخل، ورأينا حجة الحنفية من كونهم لا يعتدُّون بمالية المنافع، وأن القرض يجوز فقط في الأموال المثلية التي تُدفع للغير ليردَّ مثلها. والمنافع عندهم لا تُعتبر أموالًا من أصلها، ويشترطون - حتى فيما يصحَّ إقراضه - أن يكون مثليًا، والمنافع ليست من ذوات الأمثال، فيصعب ردُّ مثلها، فكيف يصحَّ القول بالقرض في منافع العقارات؟

وقد بيَّنا القول الراجح في مالية المنافع، فمن هذه الجهة يضعف قولهم. وأمَّا الحنابلة، فكان رأيهم في القول بمالية المنافع، إلا أنهم في قرض المنافع لم يعتدُّوا به، لكون عادة الناس وأعرافهم لم تألف القرض في المنفعة. وأمَّا حجة الشافعية والمالكية، أن منافع العقار لا يمكن أن تُضبط بالوصف أو المثلية، فمن حيث صحَّة القرض في المنافع فجائز، إلا في العقار، للحجة السابقة: أنَّها غير قابلة للانضباط. "ولا يصح قرض المنافع، لأنه غير معهود".^{١٠٢١} في عرف الناس.

وقد يُجاب على ذلك: إنَّ كون قرض المنافع غير معهود لا يمكن أن يكون دليلًا على المنع، والعبرة ما دلَّ الشرع عليه منعًا أو جوازًا، والأصل في المعاملات: الحل وقد يكون الشيء في زمنٍ محلاً للانتفاع دون زمن، ففي الأعيان: إذا ترك الناس الانتفاع والتموُّل بعينٍ من الأعيان، فقدت العين تموُّلها. وكذلك المنافع، كثيرٌ منها ما كان غير معهود ولا متموَّل، فأصبح في زمننا له قيمة وتموُّل فيما بين الناس. فلا يوجد نصٌّ يمنع من وقوع القرض في المنافع، علمًا أن شيخ الإسلام قد ذكر صورة من صور قرض المنافع، فقال: "وَيَجُوزُ قَرْضُ الْمَنَافِعِ مِثْلُ أَنْ يَخْصُدَ مَعَهُ يَوْمًا وَيَخْصُدَ مَعَهُ الْآخَرَ يَوْمًا أَوْ يُسَكِّنُهُ دَارًا لِيُسَكِّنَهُ الْآخَرَ بِدَلِّهَا".^{١٠٢٢}

وعليه، يمكن القول بجواز قرض المنافع، لأن الأصل في المعاملات: الحل والإباحة، ولم يأت دليلٌ على المنع. والتفاضل اليسير في المنافع غير مؤثِّر في الحكم، لأنه غير مقصود، والعبرة بالوفاء بمنفعةٍ أخرى مماثلة، "يغتفر في الشيء ضمانًا ما لا يغتفر فيه

^{١٠١٨} القرافي، أبو العباس شهاب الدين أحمد بن إدريس، *النخيرة*، تحق: محمد حجي وآخرين، بيروت: دار الغرب الإسلامي، ط١ (١٩٩٤م) ٢٩٢/٥.

^{١٠١٩} السنيكي، *أسنى المطالب*، ١٤٢/٢.

^{١٠٢٠} السنيكي، زكريا بن محمد بن أحمد بن زكريا، *الغرر البهية في شرح البهجة الوردية*، المطبعة الميمنية، ب.ط، ب.ت، ٦٨/٣.

^{١٠٢١} البهوتي، *كشاف القناع*، ٢/١.

^{١٠٢٢} ابن تيمية، *الفتاوى الكبرى*، ٣٩٤/٥.

قصدًا^{١٠٢٣}. فالتفاضل اليسير فيما بين منافع الأموال غير المنقولة يُتسامح في استيفائها، لأن الشرائط الشرعية، ما دام أنها توقرت في المحل الأصلي، والمنفعة المتفاوتة بين العقارات، يُغتفر عنها، ويُتسامح بها ضمناً، وداخلة فيها.

والأموال الضمنية ليست مقصودة شرعاً، أو عقداً، أو تصرفاً، ففرض المنافع – من حيث وقوعه في المنافع – صحيح، أما أن نقول إنه يقع في منافع الأعيان، فلا. وأما التفاوت اليسير المضبوط، فيُغفر عنه.

1.19.3 قروض الإسكان (السكن) أصبح للقروض السكنية أهمية في عصرنا الحالي، فأصبح بإمكان الجميع الحصول على قرض عقاري لشراء سكن، بناء منزل، تمويل عقار قائم، وشراء أرض، بمزايا وتسهيلات مرنة، وبفوائد منافسة. وسنحاول في هذا الموضوع تحديد مفهوم السكن وارتباطه بالقرض. وقبل البدء بتعريف قروض الإسكان أو السكن كمركب إضافي، كان علينا تعريف السكن لغةً: "الأهل الذين يسكنون الدار"^{١٠٢٤} ووردت آيات كثيرة في كلمة السكن في القرآن الكريم كقوله ﷺ: (فأصبحوا لا يرى إلا مساكنهم)^{١٠٢٥} وهو من حاجات الإنسان الأساسية. "والمسكن من الضروريات المكملة أو التابعة"^{١٠٢٦}. أما صورته المعاصرة، فهي عبارة "عن قروض خاصة بمشاريع الإسكان، إذ يقوم صندوق الإسكان التابع لوزارة الإعمار والإسكان بإقراض المواطن مبلغاً من المال، على أن يُسدّد خلال سنوات، بزيادة على المبلغ المُقترض، ويُطلق عليه اسم "فوائد"^{١٠٢٧}. وكون أن شرط القرض أن يخلو من أي زيادة، فإن قرض الإسكان قرض ربوي، والزيادة جعلت في مقابل المدة.

"أصدر مؤتمر علماء المسلمين المنعقد في شهر المحرم سنة ١٣٨٥ هـ (مايو ١٩٦٥ م)، بهيئة مؤتمر مجمع البحوث الإسلامية بالأزهر الشريف، قرار المؤتمر الإسلامي الثاني، الذي من مهامه – بحكم الأزهر ولائحته التنفيذية الصادرة بقرار جمهوري – بيان الرأي فيما يجدّ من مشكلات مذهبية، أو اقتصادية، أو اجتماعية. وقد شارك في هذا المؤتمر العديد من رجال القانون، والاقتصاد، والاجتماع، من مختلف الأقطار، وكان من قراراته:

✗ الفائدة على أنواع القروض ربا محرم، لا فرق بين ما يسمى بالقرض الاستهلاكي، وما يسمى بالقرض الإنتاجي، لأن

نصوص الكتاب والسنة في مجموعها تقضي بتحريم النوعين"^{١٠٢٨}.

✗ كثير الربا وقليله حرام قال الله ﷻ: (يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا الرِّبَا أَضْعَافًا مُّضَاعَفَةً^{١٠٢٩} وَاتَّقُوا اللَّهَ لَعَلَّكُمْ تُفْلِحُونَ).

✗ الإقراض بالربا محرم لا تبيحه حاجة ولا ضرورة"^{١٠٣٠}.

ومن المصطلحات ذات الصلة بهذا الموضوع: القروض العقارية، وهو القرض الذي يمنحه المصرف العقاري إلى أصحاب الأراضي لبنائها، أو من له عقار ويريد إتمامه. وهذه القروض طويلة الأجل، بفائدة مشروطة في عقد القرض، تُسدّد مع أصل القرض"^{١٠٣١}. وقد ورد قرار رقم (٦/١/٥٢) بشأن التمويل العقاري لبناء المساكن وشرائها، أن هذا مجلسُ الفقه الإسلامي المنعقد

^{١٠٢٣} ابن نجيم، *الأشباه والنظائر*، ١/١٢١.

^{١٠٢٤} ابن فارس، *مقاييس اللغة*، ٣/٨٨.

^{١٠٢٥} الاحقاف ٢٥/٤٦.

^{١٠٢٦} الشاطبي، *الموافقات*، ٣/١٠٤.

^{١٠٢٧} الكبي، سعد الدين محمد، *المعاملات المالية المعاصرة*، بيروت، المكتب الإسلامي، ط ١ (١٤٢٣ هـ/٢٠٠٢ م)، ٢٢٦.

^{١٠٢٨} إسلام ويب، "حكم الفائدة على القروض"، فتوى رقم ٣٥١٧٧٢، <https://www.islamweb.net/ar/fatwa/351772> /حكم-الفائدة-على-

القروض تاريخ التصفح ١ مايو ٢٠١٤ م.

^{١٠٢٩} آل عمران ١٣٠/٣.

^{١٠٣٠} القرضاوي، يوسف، *فوائد البنوك هي الربا الحرام*، القاهرة، دار الصحو، ط ٣ (١٤١٥ هـ/١٩٩٤ م)، ١٢٩.

^{١٠٣١} رمضان حافظ عبد الرحمن، *موقف الشريعة الإسلامية من البنوك والمعاملات المصرفية*، القاهرة، دار السلام، (١٤٢٥ هـ/٢٠٠٥ م)، ٢٩.

في دورة مؤتمره السادس بجدة، في المملكة العربية السعودية، من ١٧ إلى ٢٣ شعبان ١٤١٠ هـ، الموافق ٤-٢٠ آذار (مارس) ١٩٩٠م، وبعد اطلاعه على البحوث الواردة إلى المجمع بخصوص موضوع: (التمويل العقاري لبناء المساكن وشرائها)، واستماعه للمناقشات التي دارت حوله، قرر: "إن المسكن من الحاجات الأساسية للإنسان، وينبغي أن يُوفَّر بالطرق المشروعة، بمالٍ حلال. وإن الطريقة التي تسلكها البنوك العقارية والإسكانية ونحوها، من الإقراض بفائدة - قَلَّتْ أو كَثُرَتْ - هي طريقة محرمة شرعاً، لما فيها من التعامل بالربا".^{١٠٣٢} وإن كان السكن من الحاجات التي لا غنى للإنسان عنها، إلا أنه "ليس شراء الشقة من باب الضرورات التي تُبيح المحظورات؛ فإنَّ ضرورة السكن تندفع بالاستئجار".^{١٠٣٣}

2.20. عارية المال غير المنقول كغيرها من الأشياء التي تُعار، وقد وردت مشروعيتها في قوله ﷺ: (وَيَمْنَعُونَ الْمَاعُونَ).^{١٠٣٤} وجاءت تفسيرات كثيرة حول كلمة الماعون، منها أن المراد به ما يُستعار، كالقدر، والقصة، والفأس، والإبرة، أو ما تعارف عليه الناس أنه عارية. وقد ورد لها تعريف في اللغة: أن "العارية التي هي تمليك المنفعة بلا بدل".^{١٠٣٥} وفعلها رسول الله ﷺ، حيث ذكر أنه استعار أدرعاً من صفوان أمية، فقال ﷺ: «يَا أَبَا أُمِيَّةَ، أَعَرْنَا سِلَاحَكَ هَذَا نَلْقَى فِيهِ عَدُوَّنَا غَدًا، فَقَالَ صَفْوَانُ: غَسِبَا يَا مُحَمَّدُ؟ قَالَ: بَلْ عَارِيَةٌ وَمَضْمُونَةٌ حَتَّى تُؤَدِّيَهَا إِلَيْكَ».^{١٠٣٦}

ورد ما يؤكد أهمية العارية عند وقوعها في غير المنقول من المال: "يُجْبَرُ الْمُسْتَعِيرُ عَلَى قَلْعِ الْغُرْسِ وَنَقْضِ الْبِنَاءِ".^{١٠٣٧} نص الملكية على أن للعارية في المال غير المنقول وجوداً، فقالوا: "سَوَاءٌ اتَّخَذَ نَوْعُ الْمُعَارِ فِيهِ كَالْبِنَاءِ، أَوْ اخْتَلَفَ كَالْجِرَائَةِ، وَالْبِنَاءِ".^{١٠٣٨} وإن كانت أقوالهم في ذكرهم العارية في غير المنقول من حيث الضمان والضَّرَر، إلا أن ما يهمننا في دراستنا هو وقوع هذا النوع تحت باب العارية. "وَمَا بَنَى وَغَرَسَ قَبْلَ الرُّجُوعِ مِنَ الْمُعِيرِ".^{١٠٣٩} والحنابلة: "فَلَمُعِيرٍ أَخَذَهُ أَيُّ: الْغُرَاسِ أَوْ الْبِنَاءِ".^{١٠٤٠} وفي تعريف العارية جاءت عدة تعريفات بحسب مذاهب الفقه الإسلامي؛ فالحنفية عَرَفُوا العارية، فقالوا: "تمليك المنافع بغير عوض".^{١٠٤١} وهو عقد مباح، ومن قبيل ملك المنفعة، وأن الأثر المترتب على ذلك هو ثبوت حق الانتفاع والتصرف، في حين نرى في تعريف الشافعية، فقال: "إِبَاحَةُ الْإِنْتِفَاعِ بِمَا يَحِلُّ الْإِنْتِفَاعُ بِهِ مَعَ بَقَاءِ عَيْنِهِ، لِرَدِّهَا عَلَيْهِ".^{١٠٤٢} أي: إِبَاحَةُ الْإِنْتِفَاعِ بِمِلْكِ الْغَيْرِ، وَيُشْتَرَطُ أَنْ تَكُونَ فِي الْأَمْوَالِ الْإِسْتِعْمَالِيَّةِ، لَا الْإِسْتِهْلَاكِيَّةِ، "أَنْ تَكُونَ الْعَيْنُ مُنْتَفَعًا بِهَا مَعَ بَقَائِهَا، كَالدُّورِ، وَالرَّقِيقِ، وَالذَّوَابِّ، وَاللِّبَاسِ، وَالْأَوَانِي".^{١٠٤٣} ويترتب على متلفها الضمان، ويُرجع في ذلك إلى نوع المال؛ فإن كان المَالُ مِثْلِيًّا رَدُّ الْمِثْلِي، أَوْ قِيمِيًّا. وقد دَلَّتْ النُّصُوصُ عَلَى وَجُوبِ الْمَحَافَظَةِ عَلَى مَا يُؤْتَمَنُ عَلَيْهِ الْإِنْسَانُ، وَعَلَى وَجُوبِ رَدِّهِ إِلَى صَاحِبِهِ سَالِمًا؛ لِأَنَّ

^{١٠٣٢} منظمة المؤتمر الإسلامي، مجلة مجمع الفقه الإسلامي التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي-جدة ٦/ ١١٤.
^{١٠٣٣} الخصاونة، عبد الكريم، لجنة الإفتاء، يحرم شراء المنزل عن طريق القرض الربوي، رقم الفتوى ٧٦٠ (٢٠١٠م).

^{١٠٣٤} الماعون، ٧/١٠٧.

^{١٠٣٥} الكفوي، الكليات، ٦٥٢/١.

^{١٠٣٦} ابن هشام، السيرة النبوية، ٤٤٠/٢.

^{١٠٣٧} الكاساني، بدائع الصنائع، ٢١٧/٦.

^{١٠٣٨} الدسوقي، حاشية الدسوقي، ٤٣٥/٣.

^{١٠٣٩} السنيكي، أسنى المطالب، ٣٣٢/٢.

^{١٠٤٠} البهوتي، شرح منتهى الإرادات، ٢٩٠/٢.

^{١٠٤١} النسفي، أبو البركات عبد الله بن أحمد بن محمود، كنز الدقائق، تحق: أ. د. سائد بكداش، دم، دار البشائر الإسلامية ودار السراج، ط١ (١٤٣٢هـ/٢٠١١م)، ٥٣٤/١.

^{١٠٤٢} ابن الرفعة، أحمد بن محمد بن علي الأنصاري، كفاية النبيه في شرح التنبيه، تحق: مجدي محمد سرور باسلوم، دم، دار الكتب العلمية، ط١ (٢٠٠٩م)، ٣٥٦/١٠.

^{١٠٤٣} الشيباني، نيل المآرب بشرح دليل الطالب، ٤٤٠/١.

المستعير مؤتمناً عليها. لقوله ﷺ: «أد الأمانة إلى من ائتمنك».^{١٠٤٤} والعارية على قسمين: مؤقتة وغير مؤقتة، ومحل الإعارة تجوز في "كُلِّ عَيْنٍ يُنْتَفَعُ بِهَا مَنْفَعَةٌ مُبَاحَةٌ مَعَ بَقَائِهَا، كَالدُّورِ وَالْعَقَارِ.... إلخ".^{١٠٤٥}

تنقسم العارية إلى أربعة أقسام:

✕ أن تكون مطلقة في الوقت والانتفاع، كقوله: "أعرتك داري ثم رددت علي، وأسكنتك داري ثم رددت".^{١٠٤٦} فهو إذن للمستعير بالانتفاع ورد العين المعارة دون تملك المنفعة، فليس له أن يؤجر.

✕ أن تكون مقيدة الوقت والانتفاع، كقوله: "أعرتك بيتي شهراً أو سنة"، أو: "أعرتك داري شهراً لتخزن فيها متاعك". وفي هذه الحالة لا يجوز للمستعير أن ينتفع بها أكثر من شهر، ولا أن ينتفع بها بغير خزن متاعه. وله أن يستعملها فيما هو أحسن مما أبيح له، كما إذا أباح خزن الحديد والأحجار، فاستعملها في خزن القماش".^{١٠٤٧}

✕ أن تكون مقيدة في حق الوقت، ومطلقة في حق الانتفاع، كقول المعير: "أعرتك مزرعتي شهراً"، فقيّد الوقت وأطلق نوع المنفعة.

✕ أن تكون مقيدة في الانتفاع، ومطلقة في حق الوقت، كقوله: "أعرتك بيتي لتدريس القرآن الكريم"، دون تحديد مدة معينة".^{١٠٤٨}

وقد ترد الإعارة، كما مرّ بنا، أنها من قبيل الإذن في الانتفاع: "لو شغل أحد عرصة آخر بوضع كناسة أو غيرها فيها، يُجبر على رفع ما وضعه وتخليّة العرصة".^{١٠٤٩} وفي كلا الحالتين يُنظر: فإن كان بإذن مالك العقار، فهو من قبيل الإعارة، وإن كان دون إذن، فهو تصرف في ملك الغير فلا يصح. وللفقهاء أقوال وتفصيل في عارية العقار والمرافق والتوابع المتعلقة بالبناء والأرض، وذكروا في باب إتلاف منافع العقار بالعارية مثاله: رجل أعار آخر بيته وشقته للسكنى مدة سنة، وردّها المستعير كما أخذها، لا يضمن شيء من ذلك. "لأنّ المَنَافِعَ مأذُونٌ فِي إِتْلَافِهَا، فَلَا يَجِبُ عَوْضُهَا".^{١٠٥٠} وإباحة الانتفاع بالعارية كحكم الانتفاع بالإجارة: "وإن قال له: هذه الدار عارية، ثبت به حكم العارية، لا ملك الرقبة".^{١٠٥١}

العارية منعقدة بكل قول أو فعل يدل عليها بشروط ثلاثة:

✕ أن تكون منافع العارية مباحة.

✕ كون العين منتفعا بها مع بقائه.

✕ أن يكون المعير أهلاً للتبرع".^{١٠٥٢}

✕ ما لا يمكن الانتفاع به إلا مع تلف عينه لا يصح العارية فيه، لأنه يشترط رده.

^{١٠٤٤} الدارقطني، أبو الحسن علي بن عمر بن أحمد، السنن، تحقق: شعيب الأرنؤوط وآخرون، لبنان، مؤسسة الرسالة، ط ١ (١٤٢٤هـ/٢٠٠٤م)، ٤٤٣/٣.

^{١٠٤٥} وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، الموسوعة الفقهية الكويتية، ١٨٣/٥.

^{١٠٤٦} بدر الدين العيني، البناءة شرح الهداية، ٤٦٤/٩.

^{١٠٤٧} الجزيري، الفقه على المذاهب الأربعة، ١١٩/٣.

^{١٠٤٨} البغدادي، مجمع الضمانات، ٥٥/١.

^{١٠٤٩} الاتاسي، شرح المجلة، ٤٤٨/٣.

^{١٠٥٠} ابن قدامة، المغني، ١٦٥/٥.

^{١٠٥١} ابن تيمية، أبو البركات مجد الدين، المحرر في الفقه على مذهب الإمام أحمد بن حنبل، الرياض، مكتبة المعارف، ط ٢ (١٤٠٤هـ/١٩٨٤م)، ٤٤٦/٢.

^{١٠٥٢} الكرّم، مرعي بن يوسف، دليل الطالب لنيل المطالب، تحقق: أبو قتيبة نظر محمد الفاريابي، الرياض، دار طيبة، ط ١ (١٤٢٥هـ/٢٠٠٤م)، ١٦٧/١.

2.20.1. توريث العارية معرفة توريث العارية للورثة يرجع في ذلك إلى شروط الشيء المعار من حيث مدة انتهاء العين المعارة؛ فمجرد موت أحد المتعاقدين في العارية ينتهي العقد، وهو قول الحنفية والشافعية والحنابلة، وهو أن حق المستعير بمنافع العين المعارة حق شخصي، ينتهي بوفاته صاحبه، ولا ينتقل إلى ورثته. وعلى ذلك: "فَالْعَارِيَّةُ كَالْإِجَارَةِ تَنْفَسِحُ بِمَوْتِ أَحَدِهِمَا".^{١٠٥٣} وهو من قبيل إباحة الانتفاع، وقد مرّ بنا التفريق بين إباحة الانتفاع وحق الانتفاع: "عقد إباحة الانتفاع بالإذن، وبموت المعير لم يبق صاحب الإذن، وبموت المستعير لم يبق المأذون له".^{١٠٥٤} ويجب على ورثته ردّ العارية فوراً إلى صاحبها، ولو لم يطلبها. فيرى المالكية: "أن الرجل إذا أعار شيئاً إلى مدة، لم يكن له أخذه قبلها؛ لأن المدة قد صارت حقاً للمستعير، فلم يكن للمعير الرجوع فيها".^{١٠٥٥} سواء كانت مقيدة بمدة معينة أو مطلقة، فإن المستعير يستحق الانتفاع بها في المدة المحددة، أو التي ينتفع بها الناس عادة عند الإطلاق. فإن مات المستعير قبل انتهاء تلك المدة، فإن حقه في المنفعة في المدة المتبقية لا يسقط بموته، بل ينتقل إلى ورثته.

2.20.2 إجارة المستعار تُعد الإعارة من العقود الرضائية، وباباً من أبواب الإحسان التي دعا إليها الإسلام، وهي تخالف كثيراً من العقود كالبيع، والهبة، والصدقة، والقرض، لأن التملك في هذه العقود لذاتها لا لمنفعتها. وتخالف كذلك الإجارة، لأن فيها تملك المنفعة بغير عوض، وقد يستعير أحد مالا ثم يوجره للغير. وقد ذهبت أقوال الفقهاء إلى القول بعدم جواز إجارة العقار المستعار؛ "فمن منعها، كالشافعي وأحمد ومن تبعهما، قال: لم يملك المنفعة، وإنما ملك الانتفاع".^{١٠٥٦} وهذا التفريق لملك المنفعة وملك الانتفاع قد مرّ بنا في الفصول الأولى، وعليه: "لا يجوز إجارة المستعار إلا أن يأذن له المالك في مدة معلومة".^{١٠٥٧} وخالف الحنابلة، فقالوا بجواز إجارة العين المُعارَ بشرط أن تكون بإذن المعير: "وَالْمُسْتَعِيرُ إِجَارَتُهَا إِذَا أَذِنَ لَهُ الْمُعِيرُ مُدَّةً بَعِيْنَهَا".^{١٠٥٨} وهذا الخلاف بين الفقهاء: هل يجوز أن يوجر العين المستعارة أو لا؟ وعليه، إن كان يجوز ذلك، ترتب حكم آخر، من كون مستحق الأجرة: هل هي للمستعير؟ أم للمعير؟ روى عبد الرزاق، وابن أبي شيبة في مصنفيهما عن جابر قال: "سألت الحكم، والشعبي عن رجل استعار دابة، فأكراها بدرهم، قال الحكم: الدرهم له، وقال الشعبي: الدرهم لصاحب الدابة".^{١٠٥٩}

فمن حيث جواز تأجير العقار المستعار للغير دون إذن المعير، لا يجوز: "ومن استعار شيئاً فله استيفاء نفعه بنفسه ووكيله، لأنه نائب عنه، وليس له أن يعيره، لأنها إباحة، فلا يملك بها إباحة غير".^{١٠٦٠} وقد أورد الكاساني فصلاً يقول فيه: "مَا يَمْلِكُهُ الْمُسْتَعِيرُ مِنَ التَّصَرُّفِ فِي الْمُسْتَعَارِ وَمَا لَا يَمْلِكُهُ".^{١٠٦١}

فبيّن من خلال ذلك حدود ما يملكه المستعير من الشيء المُعار، وما لا يملكه. إذا كان الفقهاء قد اتفقوا على عدم جواز إعارة العين المستعارة، فكيف نستطيع القول بجواز تأجير العين المستعارة، بالأخص إذا كانت دون علم المعير؟ "لا يجوز للمستعير

^{١٠٥٣} ابن عابدين، رد المحتار، ٦٨٦/٥.

^{١٠٥٤} مصطفى الخن وأخرون، الفقه المنهجي، ٥٣/٧.

^{١٠٥٥} أبو محمد عبد الوهاب، المعونة على مذهب عالم المدينة، ١٢٠٩/١.

^{١٠٥٦} ابن قيم الجوزية، بدائع الفوائد، تحقّق: علي بن محمد العمران، مكة المكرمة، دار عالم الفوائد، ط ١ (١٤٢٥هـ)، ٥/١.

^{١٠٥٧} الكلوثاني، الهداية على مذهب الإمام أحمد، ٢٩٩/١.

^{١٠٥٨} ابن مفلح، المبدع في شرح المقنع، ٤٢٢/٤.

^{١٠٥٩} ابن أبي شيبة، المصنف، ٥٥٢/٤.

^{١٠٦٠} ابن قدامة، الكافي في فقه الإمام أحمد، ٢١٣/٢.

^{١٠٦١} الكاساني، بدائع الصنائع، ٢١٤/٦.

الأول أن يعيرها لثاني بغير إذن مالكيها، لأنه غير مالك للمنفعة، وإنما أبيع له الانتفاع".^{١٠٦٢} حتى إن المذهب الشافعي قيّد تصرفات المستعير، وذلك بحسب ما تم الاتفاق عليه، ومثّل لذلك: "إن استعار للبناء لم يزرع، لأن في الزرع ضرراً ليس في البناء، وهو أنه يُرخي الأرض".^{١٠٦٣} وقد بيّنّا فيما مرّ بنا تفريق الإمام القرافي بين تملك المنفعة وتمليك الانتفاع: "لَا تَصِحُّ إِعَارَةُ شَخْصٍ مَالِكٍ انْتِفَاعٍ بِنَفْسِهِ فَقَطَّ، كَمُحْبَسٍ عَلَيْهِ لِسُكْنَاهُ، وَمُسْتَعِيرٍ شَرَطَ عَلَيْهِ مُعِيرُهُ أَنْ لَا يُعِيرَ لِغَيْرِهِ، وَلَا تَصِحُّ إِجَارَتُهُ".^{١٠٦٤} فالإعارة رخصة في الانتفاع، لا تملك للغير، إلا ما نصّ عليه الفقهاء من قبول ذلك.

2.21. المساهمات في المال غير المنقول: يُمثّل هذا النوع من البيوع صورة حديثة لبيع العقارات على شكل أسهم، وهو من قبيل التقييد بجنس المبيع بقسم من أقسام المال غير المنقول. وجاء معناها في اللغة على أن: "المساهمة، يُقال: قَارَ عَنْهُ فَقَرَّ عَنْهُ"^{١٠٦٥} ويُعبّر عن هذا النوع من البيوع عند فقهاء الحنفية بالاستثمار العقاري، ذكره المرغيناني عند تعريفه للمضاربة: "...لكنه جهة في التثمين".^{١٠٦٦} ومن الفقهاء من عبّر عنه بتنمية المال، وهو من الاستثمارات الآمنة، بصفته ثابتاً، وقليل المخاطر.

ويأخذ شكلين من أشكال المشاركة، كالمضاربة أو العنان، بالأسهم العقارية. وقبل البدء في بيان الصورة الشرعية لمثل هذه البيوع الحديثة، فالمساهمات العقارية لغة: "قارعه، وغالبه، وباراه في الفوز بالسهم، وقاسمه، أي أخذ سهماً، أي نصيباً معه، ومنه شركة المساهمة".^{١٠٦٧} وقوله ﷺ: (فَسَاهَمَ فَكَانَ مِنَ الْمُدْحَضِينَ).^{١٠٦٨} وعُرفت المساهمات في الأموال غير المنقولة بأنها: "اشتراك اثنين فأكثر بقدر محدد في عقار، بغرض التجارة، ويكون الربح على ما يشترطون".^{١٠٦٩} بيّن الباحث من خلال تعريفه للمساهمات العقارية أنه محلّه في غير المنقول، دون إبداء أي تفصيل آخر، فكان تعريفاً عاماً. وهناك تعريف آخر: "مشروع عقاري لأرض خام، يتم تقسيمها وتخطيطها وفق نظام معين، أو يتم بناؤه على شكل وحدات سكنية، أو محلات تجارية، ثم يتم إصدارها بصيغة أسهم تغطي قيمة المشروع، ثم تُطرح في المزاود وتُباع لصالح المساهمين بعد الفراغ من التخطيط والإنشاء، وبعد بيع قطع الأراضي أو الوحدات السكنية وتصفية المساهمة، يتم إعطاء المساهمين حقوقهم منها، حسب ما يملكون من أسهم، ويُقدّر ما تحصل لديهم من أرباح".^{١٠٧٠}

لم يذكر الفقهاء له تعريفاً؛ لأنه حديث العصر، واقتصر على الأقارب، ثم ظهر نظام لضبط وترتيب العقود وربطه بجهة حكومية مختصة، لضمان حق التقاضي لكلا المشترين، كاشتراط وزارة التجارة: "اشتراط ملكية العقار بصك شرعي مستكمل الإجراءات النظامية، وأن يُفتح للمساهمة حساب بنكي مستقل، وأن يكون المخطط محل المساهمة من البلدية المختصة".^{١٠٧١} تعريفه بالاصطلاح الحديث على أنه: "عقد شراكة بين طرفين فأكثر، يُسمى الأول مساهماً، والثاني مدير المساهمة، ويتولى بموجبه

^{١٠٦٢} الرملي، شهاب الدين أبو العباس، *فتح الرحمن بشرح زيد ابن رسلان*، اعتنى به: الشيخ سيد بن شلتوت الشافعي، باحث شرعي وأمين فتوى بدار الإفتاء المصري، بيروت: دار المنهاج، ط (١٤٣٠هـ/٢٠٠٩م) ٦٥٢/١.

^{١٠٦٣} الشيرازي، *المهذب*، ٣٦٤/١.

^{١٠٦٤} عليش، *منح الجليل شرح مختصر خليل*، ٥٠/٧.

^{١٠٦٥} الزبيدي، *تاج العروس*، ٥٥١/٢١.

^{١٠٦٦} المرغيناني، علي بن أبي بكر بن عبد الجليل الفرغاني، *النراية في شرح بداية المبتدي*، تحقق: طلال يوسف، بيروت، دار إحياء التراث العربي، دت، ٢٠٨/٣.

^{١٠٦٧} إبراهيم مصطفى وآخرون، *المعجم الوسيط*، ٤٥٩/١.

^{١٠٦٨} الصافات ٤١/٣٧.

^{١٠٦٩} وحيد العبد القادر، *أحكام المساهمات العقارية وتطبيقاتها القضائية*، بحث تكميلي لنيل درجة الماجستير في الفقه المقارن، المعهد العالي للقضاء، جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، (١٤٢٥هـ)، ١٤.

^{١٠٧٠} يوسف القاسم، *زكاة المساهمات المتعثرة*، مجلة الدعوة الإسلامية، ع ٢٠٩٣، ٣٠ ربيع الآخر (١٤٢٨هـ).

^{١٠٧١} الموسى، طارق عبد الله، *المساهمات العقارية وعلاقتها بالأعمال التجارية*، رسالة دكتوراه، جامعة دار العلوم، الرياض، (١٤٣٦هـ)، د.ص.

الثاني المتاجرة بعقار مُقسم إلى أسهم متساوية، يستحق ملاك الأسهم في حالة الربح مقداراً منه متفقاً عليه، مقابل الأموال التي دفعوها، وذلك بعد تصفية المساهمة، وخصم ما عليها من التزامات".^{١٠٧٢} فهو وعاء استثماري عقاري جديد، يهدف إلى تطوير القطاع العقاري: "قيام شخص معنوي، مكتب عقار أو شركة تضامن عقارية، بفتح باب الاكتتاب على عقار معين بغرض شرائه، ومن ثم تطويره تمهيداً لإعادة بيعه، بحيث يكون لكل مساهم حصة مشاعة من ذلك العقار، بقدر ما ساهم به في رأس مال المساهمة".^{١٠٧٣} لا بد من التنبيه على أن هذه المساهمات تختلف عن الأسهم القابلة للتداول كالأوراق النقدية، إنما هي حصص مشاعة معلومة، متساوية، في مشروع عقاري، يُعتبر كل سهم في العقار مُثبتاً لملكية المساهمين في الحصص الشائعة، ولكونه ممثلاً لمقدار سهمه: "مشاركة بين عدد من المستثمرين في شراء مشروع عقاري، وتطويره، ثم بيعه، ويُقسم المشروع إلى أسهم متساوية القيمة".^{١٠٧٤} هذه الصورة من الشركات إما أن تكون شركة مضاربة أو شركة عنان.

الفرق بين المساهمة والمشاركة في المال غير المنقول:

- ✓ "المشاركة العقارية تقع على رقبة العقار، بغض النظر عن المشاركة في دفع الثمن.
- ✓ المشاركة العقارية ملكية، فتعد عقداً من عقود الضمانات، أي أن يدُ المشارك معه يد ضمان
- ✓ المساهمة العقارية مشاركة في دفع ثمن العقار، وأخذ ما ينتج من ربح، دون المشاركة في ملكية رقبته.
- ✓ في المساهمة العقارية مضاربة وتجارة، فتعد عقداً من عقود الأمانات، يد المساهم معه يد أمانة، ما لم يثبت التعدي والتفريط.

2.21.1. المضاربة بالأسهم تُثبت الإجماع على جوازه، يُشترك فيه منافع البدن ومنافع المال؛ فيشترك صاحب المال مع صاحب الخبرة، كمصطلح عُرف على أنه: "عقد يتضمن دفع مال خاص، وما في معناه، معلوم قدره ونوعه وصفته، من جائز التصرف، لعاقل مميز رشيد، يتجر فيه بجزء مشاع معلوم من ربحه له".^{١٠٧٥} وصورته في المساهمات العقارية: يقوم المضارب بجمع مال المساهمين بهدف بيع أرض كاملة أو على سبيل التجزئة، أو استثمارها وتطويرها، أو بناء وحدات سكنية، ومحلات تجارية، والاستراحات الساحلية. ودور المضارب على صورتين:

١. أن يكون المضارب مالكا للعقار، فيبيعه للمساهمين، ويأخذ ثمن أرضه منهم، ويعمل على إنشاء عقار؛ فيكون دوره تولي العمل، ومن المساهم المال.

٢. ألا يكون المضارب مالكا للعقار، إنما يقوم بجمع المال من المساهمين، ويعمل به على إنشاء الأرض وتخطيطها، ويقسم ربح المساهمين حسب الاتفاق، ويلتزم الجميع بشروط العقد.

أما حكم المضاربة بالأسهم في المال غير المنقول، فالأصل إباحة المساهمة في أي شركة إذا كانت لا تتعامل بمحرم من ربا وغيره، أما إذا كانت تتعامل بمحرم، كالربا، فإنها لا تجوز المساهمة فيها. وقد صدر من مجمع الفقه الإسلامي التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي، في دورة مؤتمره السابع بجدة، من ٧-١٢ ذي القعدة ١٤١٢هـ، الموافق ٩-١٤ أيار (مايو) ١٩٩٢م، قرار بشأن الأسهم، جاء فيه:

١. بما أن الأصل في المعاملات الجل، فإن تأسيس شركة مساهمة ذات أغراض وأنشطة مشروعة أمر جائز.

^{١٠٧٢} العميرة، أحمد عبد العزيز، *تراول العقار دراسة فقهية تأصيلية*، دار الميمان - الرياض، ط١ (١٤٣٢هـ/٢٠١١م). ٢٩١.
^{١٠٧٣} آل خفير، فهد مشيب، *الضوابط القانونية للمساهمات العقارية*، رسالة ماجستير، دن (١٤٢٣هـ/٢٠٠٥م) الجامعة الامريكية لندن، ٩.
^{١٠٧٤} القاسم، يوسف بن أحمد، *واقع المساهمات العقارية المتعثرة*، مجلة الأصول والنوازل العدد الثالث، محرم (١٤٣١هـ) ٨٢.
^{١٠٧٥} الخويطر، عبد الله، *المضاربة في الشريعة الإسلامية*، الرياض، دار كنوز إشبيليا، ط١ (١٤٢٧هـ/٢٠٠٦م)، ٢٨.

٢. لا خلاف في حُرمة الإسهام في شركات غرضها الأساسي محرم، كالتعامل بالربا أو إنتاج المحرمات، أو المتاجرة بها.
٣. الأصل حرمة الإسهام في شركات تتعامل أحياناً بالمحرمات، كالربا ونحوه، بالرغم من أن أنشطتها الأساسية مشروعة". ١٠٧٦

2.21.2. العنان بالأسهم، تكلم الفقهاء قديماً عن الشركات، واتفقوا على جوازها، وقد كانت هذه الشركة هي المعهودة في زمن النبي ﷺ، لكنهم اختلفوا على بعض الشروط، ومحل العقد في المال المنقول وغير المنقول: "أن يشترك اثنان في نوع بُرٍّ، أو طعام، أو يشتركان في عموم التجارات". ١٠٧٧، وذكروا لها تعريفات عدّة؛ فهناك ثلاثة تعاريف للمالكية لذلك، ولكننا اخترنا تعريف الحنابلة، لأن شركة العنان عند الحنابلة تتفق في خصائصها مع تعريف الحنفية: "يشترك اثنان فأكثر بماليتهما، على أن يعمل فيه أحدهما، بشرط أن يكون له - أي العامل - من الربح أكثر من ربح ماله". ١٠٧٨ شركة التصرف في العقود من بيع ونحوه، عملها والتصرف فيها مرهون بإذن الطرفين، فينفذ تصرف كل واحد منهما في ماليتهما بحكم الملك في نصيبه، فيعتبر كل واحد من الشريكين أجنبياً في نصيب صاحبه. وكلمة "عنان" مصطلح. "مأخوذة من عَنان الدابة". ١٠٧٩ سُميت لأن الشريكين يتساويان في التصرف، وتطبق شركة العنان في المال غير المنقول يساهم في تنوع الأنشطة، والخدمات، والمنتجات التمويلية العقارية المتوافقة مع أحكام الشريعة الإسلامية، ومبنى عقد الشراكة فيه على الوكالة. وأما حال المساهم في النوعين من الشراكة، فيختلف في أن المساهم في شركة العنان يدخل بماله وعمله، وفي المضاربة يدخل بعمله، لكن هناك إشكال من كون اشتراط مدير المساهمين الانفراد بالعمل، أو أن يكون له ربح أكثر من رأس ماله نظير عمله؛ فالمالكية يعتبرون حدوث التفاضل بين الشركاء من مبطلات العقد، لعدم تساويهم في الربح والعمل، وقلب للعقد من مساهمة إلى بيع. يمكن القول إن انفراد أحد الشركاء بالعمل، "جاء نتيجة لعلم الشركاء بأن مدير المساهمة هو الأصلح للقيام بهذا العمل، وتنازل الشركاء لأحدهم عن حقهم في العمل لا يُخرجها عن كونها شركة عنان". ١٠٨٠

ومن الصور التي لا يجوز الشركة فيها أن يبيع مدير المساهمين الأرض البيضاء على أنها مطوّره؛ لأنها من صور بيع الانسان مالا يملك وهنا.

2.21.3. شروط صحة المساهمات يُشترط في عقود المشاركة بالمساهمة العقارية ما يُشترط في عقد البيع؛ من كون المساهم والمستثمر لا بد لهما من صيغة، وأهلية للتصرف من المساهم، وأن يكون العقار متقوّماً، فلا تصح المساهمة بالأرض المرهونة أو المغصوبة. وفيما يلي بعضٌ من شروط هذه المساهمات.

- ☒ "أن تكون المساهمة عن تراضٍ.
- ☒ العلم بالثمن الذي يراد إدخاله في المساهمة.
- ☒ المساهمة بالأموال المملوكة (صك الأرض باسم المتقدم).
- ☒ أهلية المساهمين: وهذا الشرط كباقي الشروط في التصرفات العقديّة، من كون الأهلية شرطاً لانعقاد البيع.

١٠٧٦ منظمة المؤتمر الإسلامي، مجلة مجمع الفقه الاسلامي التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي - بجدة، ٤١٨/٧.

١٠٧٧ المرغيناني، الهداية، ٩/٣.

١٠٧٨ البهوتي، كشف القناع، ٤٩٧/٣.

١٠٧٩ الخرشي، شرح مختصر خليل، ٤٩/٦.

١٠٨٠ وحيد العبد القادر، أحكام المساهمات العقارية وتطبيقاتها القضائية، ٤٣.

✕ أن يكون نشاط المساهمة مباحًا: وهو ما يطلق عليه الفقهاء "النشاط المتقوّم" أو "المباح"، حتى يُعتبر مالا شرعاً أو مساهمة شرعية.

✕ أن تكون أرض المساهمة مملوكة بصلك شرعي ساري المفعول، يكون بموجب إفادة رسمية صادرة من الجهة التي أصدرته".^{١٠٨١}

2.21.4. صور المساهمات في المال غير المنقول الصورة المنتشرة في المساهمات العقارية هي المساهمة في الأراضي، بأن تُطوّر الأرض وتُباع، ويتقاسم المساهمون الأرباح على ما تم الاتفاق عليه.

١. **مدير المساهمة: دوره محصور في الإدارة والتسويق (أي الأداة المالية للمساهمات العقارية)**، حيث يقوم التاجر بفتح مساهمة لشراء أرض معينة، فيجمع قيمتها من المساهمين، ويشتري الأرض من مال المساهمين، ثم يقوم ببيعها خاماً، أو تطويرها، أو بناء مجمع سكني وتجاري ثم يبيعه".^{١٠٨٢} وهذا يكون بعد الإعلان عنها، وبيان قيمة الأرض، وجمع المبلغ من المساهمين؛ فهو بمثابة السمسار للمساهمين.

٢. **تقديم العقار كحصة عينية لدى تأسيس الشركة:** ويكون حال المساهمين على فئتين؛ الأولى التي تُقدّم الأموال النقدية السائلة من جهة، والفئة الأخرى التي تُقدّم عقارات. فيأتي مالك العقار مثلاً فيبني عمارة سكنية مقسمة على شقق، فيقول للمساهمين مثلاً: الأرض قيمتها خمسة ملايين، ونريد أن نبنيها عمارة سكنية بعشرين مليون، فمدير المساهمة يشارك بأرضه، وإدارته، وتنفيذه للبناء، والمساهمون يشاركون بأموالهم فقط. فيتم الاتفاق، ويُنفذ المشروع، وبعد الانتهاء تُباع بعض الشقق، ويُجرّ بعضها، ويقتسم المساهمون الأرباح بناءً على ما اتفقوا عليه. في هذه الصورة، المساهم لم يشارك بنقود، بل بالأرض، والمساهمة مستمرة، ليس لها حدٌ تنتهي إليه، لأن بعض الشقق مؤجرة، والإيرادات مستمرة لا تنتهي".^{١٠٨٣}

أما حكم المساهمات في غير المنقول من الأموال، فكثير من صورها تشترك مع عقد المضاربة، الذي اتفق الفقهاء على صحته، ويُشترط في المساهمات العقارية ما يُشترط في عقد المضاربة من شروط وأركان. ويبقى وصفها الشرعي المحدّد تبعاً لمفهومها، وشروطها، وضوابطها، وتبعاً لصورها وأنواعها، وكيفية تطبيقاتها. فما دام أن المساهمات تنضبط بالأحكام الشرعية في تعاملاتها، وأغراضها، ونشاطها، فتأسيس شركة مساهمة ذات أغراض وأنشطة مشروعة أمرٌ جائز، وهو ما بيّنه مجمع الفقه الإسلامي من جواز التعامل في مثل هذه التعاملات. وقد بيّنا فيما مضى أقوال الفقهاء في اشتراطهم، في اعتبار المال جائزاً شرعاً، أن يكون متقوّماً، والمساهم بالأسهم في المال غير المنقول كذلك؛ فنقول إن المساهمة يُشترط أن تكون متقوّمة.

^{١٠٨١} مهنا، عبد الله بن محمد، **أحكام المساهمات العقارية المتعثرة**، إشر: د. عبد الله بن ناصر السلمي، رسالة ماجستير جامعة الامام محمد بن سعود، (١٤٣٣هـ/١٤٣٤هـ) ٣٩.

^{١٠٨٢} العميرة، **نوازل العقار**، ٢٩٨.

^{١٠٨٣} وحيد العبد القادر، **أحكام المساهمات العقارية وتطبيقاتها القضائية**، ٥٣. (بتصرف من الباحث).

2.22. المساقاة في المال غير المنقول ترد على الأراضي عقود شتّى، تتناول مختلف الأنشطة الزراعية وخدمات البستنة، ومنها عقود مسمّاة أفرد لها المشرّع أحكاماً تفصيلية، كالمغارسة، وعقود أخرى شائعة غير مسمّاة. والمساقاة من العقود المسمّاة، والملزّمة لكلا الطرفين، التي ترد على الأصول الثابتة بالأرض. "المساقاة في كل أصل من كرم، وزيتون، أو تين، أو رمان، أو فيزّيك، أو ما أشبه ذلك من الأصول، جائزة" ^{١٠٨٤}. وهذا من حيث محل انعقاد المساقاة. أما أثر العقد: "يدفع أحد الملاك أرضه المغروسة نخلاً، أو بها كرم عنب، للعامل، أن يقوم على تنميتها بسقيها والمحافظة عليها، في نظير جزء معيّن من ثمرتها" ^{١٠٨٥}. يستلم المساقى الأرض مشغولة بالشجر، ويقف دوره عند خدمة الشجر حتى نضوج الثمار. ويكون طرفاه: كلّ من مالك الأرض ذي الأشجار المثمرة، وفلاح يلتزم بالعناية بأشجار البستان لقاء حصّة عينية من حاصلات هذه الأشجار. "الثمرة الحاصلة مشتركة بينهما بنسبة يتفق عليها المتعاقدان، كالنصف أو الثلث" ^{١٠٨٦}. وتنظيم عقد المساقاة في أغلبية القوانين متأثر بالفقه الإسلامي، وما يميّز عقد المساقاة عن المغارسة: كون المعقود عليه في المغارسة هو الأرض والغراس، بينما المعقود عليه في المساقاة هو الثمار فقط، مع بعض الفروق من حيث الالتزامات في كلّ منهما.

أما فيما يتعلق بتعرف المساقاة لغةً: "أنّ يستعمل رجلٌ رجلاً في نخيلٍ أو كرومٍ ليُقوم بإصلاحها، على أن يكون له سهمٌ معلومٌ مما تُعْلَهُ" ^{١٠٨٧} ولا يخرج تعريف الفقهاء عن التعريف اللغوي، وإن اختلفت تعاريفهم كلّ حسب رؤيته لهذا النوع من التعامل، إلا أنهم اتفقوا على المساقاة. "معاقدة دفع الشجر إلى من يُصلحه بجزء من ثمره وهي المُعاملة" ^{١٠٨٨}. فيشترك فيه عنصر الإنتاج والعمل، فهو عقد اقتصادي استثماري لأصل العقار، باعتبار أن الأشجار تُعدّ في النظر الفقهي والقانون المدني كالبناء. وتُعدّ المساقاة قِوام الحياة، فهي أول ما عرفه الإنسان على وجه الأرض، ومنها يستمدّ الجنس البشري بقاءه، ومما دعا إليه الإسلام، وحثّ على تنميته والمحافظة عليه، كما في قوله ﷺ: «وَأَيُّهُمُ الْأَرْضُ الْمَيْتَةُ أَحْيَيْنَاهَا وَأَخْرَجْنَا مِنْهَا حَبًّا فَمِنْهُ يَأْكُلُونَ» ^{١٠٨٩}. والمساقاة تُعدّ طريقاً من طرق تحقيق مبدأ الخلافة في الأرض، "وإعمار الأرض هدفٌ أصيل من أهداف التنمية في الحقول الإنتاجية، وبه يشتدّ ساعد النظام الاقتصادي" ^{١٠٩٠}.

وقد فاق الاستثمار الزراعي في أهميته ما عداه من استثمارات، خاصة في الدول النامية والمتقدمة، والتي تُعتبر الزراعة أهم مصادرها، فضلاً عن دوره الاقتصادي المتمثّل في القضاء على البطالة، وتوفير فرص العمل. والمساقاة من العقود المسمّاة، يُشترط فيها ما يُشترط في العقود الأخرى من إيجاب وقبول (توافق إرادتين). والمقصود بالشجر هو كل ما ينبت في الأرض ويبقى فيها سنة أو أكثر، كالنخيل، وجميع الشجر المثمر. وتكون حصّة المساقى جزءاً شائعاً من الثمر، قابلة للزيادة أو النقصان. وتُحدّد مدة المساقاة أصلاً باتفاق الطرفين، وهذه المدة لا تُحتسب بالسنين، بل بدورات نضوج المحصول. أما إذا لم يُحدّد لها مدة، فتنتهي المساقاة بعد جني الثمار.

^{١٠٨٤} ابن المنذر، *الإشراف على مذاهب العلماء*، تحقيق: صغير أحمد الأنصاري أبو حماد، مكتبة مكة الثقافية - رأس الخيمة الإمارات العربية المتحدة، ط١ (١٤٢٥هـ/٢٠٠٤م) ٢٧٣/٦.

^{١٠٨٥} الجزيري، *الفقه على المذاهب الأربعة* ١٩/٣.

^{١٠٨٦} سيد سابق، *فقه السنة*، ٣٤٣/٣.

^{١٠٨٧} الرازي، *مختار الصحاح*، ١٥٠/١.

^{١٠٨٨} البركتي، *التعريفات الفقهية*، ٢٠٣/١.

^{١٠٨٩} يس ٣٣/٣٦.

^{١٠٩٠} بابلي، محمود، *إعمار الأرض في الاقتصاد الإسلامي واستثمار خيراتها بما ينفع الناس*، دمشق، منشورات المكتب الإسلامي، ط١ (١٩٨٨م)، ١٣.

لم يرد في السنة النبوية لفظ "المساقاة" بهذا المعنى، إنما التسمية اصطلاحاً تعارف عليه الفقهاء في كتبهم. وقد نص الإمام ابن حزم على عدم ورود تسمية المساقاة في السنة: "وَمَنْ سَمَى هَذَا الْعَمَلَ مَسَاقَاةً حَتَّى تَجْعَلُوا هَذِهِ اللَّفْظَةَ حُجَّةً؟ مَا عَلِمْنَاهَا عَنْ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ وَلَا عَنْ أَحَدٍ مِنَ الصَّحَابَةِ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمْ -".^{١٠٩١} إنما كان في الحديث دوراً في التسمية، إلا أن أكثر الروايات جاءت بلفظ عامل فمنه قوله ﷺ: «فَعَنِ ابْنِ عُمَرَ: «أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ عَامَلَ أَهْلَ خَيْبَرَ بِشَطْرِ مَا يَخْرُجُ مِنْهَا مِنْ تَمَرٍ أَوْ زُرْعٍ»^{١٠٩٢} وتعددت أسماءها عند أهل اللغة والفقهاء مما ذكره الأزهري "أن المساقاة تسمى بالمعاملة في كلام أهل العراق وفي كلام الحجازيين بالمساقاة".^{١٠٩٣}

ذكر الماوردي لتسمية المساقاة ثلاث تأويلات: "أَحَدُهَا: أَنَّهَا سُمِّيَتْ بِذَلِكَ لِأَنَّهَا مُفَاعَلَةٌ عَلَى مَا يَشْرَبُ بِسَاقٍ. وَالثَّانِي: أَنَّهَا سُمِّيَتْ بِذَلِكَ، لِأَنَّ مَوْضِعَ النَّخْلِ وَالشَّجَرِ سُمِّيَ سَقِيًّا فَاشْتَقُّوا اسْمَ الْمَسَاقَاةِ مِنْهُ. وَالثَّلَاثُ: أَنَّهَا سُمِّيَتْ بِذَلِكَ لِأَنَّ غَالِبَ الْعَمَلِ الْمُفْصُودِ فِيهَا هُوَ السَّقِيُّ فَاشْتَقُّوا اسْمَهَا مِنْهُ".^{١٠٩٤}

جاء حديث في باب المعاملة في المساقاة بجزء من الثمن، على أنه عقد كغيره من عقود المعاوضات. ووردت أحاديث في تقضيل المزارعة والمساقاة كطريق لتنمية الأرض على المستوى الاقتصادي للإنسان، والأجر والثواب على هذا العمل. ويرى **لعقد المساقاة خصائص وطبيعة قانونية تميزه عن سائر العقود الزراعية:**

- يُقصد من عقد المساقاة استغلال الأرض والشجر دون المساس بأصله.
- عقد رضائي بين طرفين، لا يُشترط فيه شكلية معينة، وقد اختلف في لزومه.
- محل العقد فيها هو المال غير المنقول (الأصول الثابتة)، أي الشجر المُسَاقَى عليه.
- العوض في المساقاة مجهول، لأن "الزرع قد يخرج، والثمر قليل، وقد يخرج كثير، أو على صفات ناقصة".^{١٠٩٥}
- "عقد المساقاة عقد لازم من العاقدين، فإذا وجدت أركانه بشروطها، أصبح كلُّ منهما مُلزماً بتنفيذه، وليس له فسخه والرجوع عنه إلا برضا العاقد الآخر".^{١٠٩٦}
- عقد معاوضة بين الطرفين، يأخذ كلُّ منهما مقابلًا لما قدّمه؛ فالساقى يقدم العمل مقابل سهم عيني من ثمر أشجار الأرض.

2.22.1. الطبيعة القانونية لعقد المساقاة عقد المشاركة بين رأس المال والعمل يُعد من عقود المعاوضة، وهو "عقد لازم للطرفين، فإذا تحققت أركانه بشروطها، التزم كل من العاقدين بتنفيذه، ولا يجوز لأحدهما فسخه أو الرجوع عنه إلا برضا الطرف الآخر".^{١٠٩٧} اختلف الفقهاء في تكييف الطبيعة القانونية لعقد المساقاة؛ فهل هو حالة خاصة من الإيجار؟ أم أنه عقد شركة يهدف إلى استغلال الأشجار بين صاحبها وآخر يقوم على ترتيبها وإصلاحها؟

^{١٠٩١} ابن حزم، *المحلى*، ٧١/٧.

^{١٠٩٢} مسلم، *صحيح مسلم*، ١١٨٦/٣.

^{١٠٩٣} الأزهري، أبو منصور محمد بن أحمد، *تهذيب اللغة*، تحق: محمد عوض مرعب، بيروت: دار إحياء التراث العربي، ١ (٢٠٠١م)، ٢٥٦/٢.

^{١٠٩٤} الماوردي، *الحاوي الكبير*، ٣٥٧/٧.

^{١٠٩٥} ابن تيمية، *مجموع الفتاوى*، ٨٨/٢٩.

^{١٠٩٦} مصطفى الخن وآخرون، *الفقه المنهجي*، ٣٠/٧.

^{١٠٩٧} مصطفى الخن وآخرون، *الفقه المنهجي*، ٣٠/٧.

فشيخ الإسلام ابن تيمية بيّن أن الطبيعة القانونية: "المشاركات: المساقاة، والمزارعة، والمضاربة، ونحوهنّ من المشاركات، على ما يحصل".^{١٠٩٨} وجمع شيخ الإسلام هذه العقود تحت باب واحد، للتشابه بينها من جهة اللزوم، واعتبر المساقاة - من حيث العموم - قد يُطلق عليها عقد إجارة، وأنكر على من قال بأن المساقاة عقد إجارة بالمعنى الأخص، فقال: "إِجَارَةٌ بِالْمَعْنَى الْأَعْمَى وَمَنْ قَالَ: هِيَ إِجَارَةٌ بِالْمَعْنَى الْخَاصِّ فَقَدْ أَخْطَأَ".^{١٠٩٩} وحجّة شيخ الإسلام في ذلك أن عقد المساقاة عقد مشاركة، فقال: "المشاركة والمعاملة تقتضي العدل من الجانبين، فيشتركان في المغنم والمغرم".^{١١٠٠} وإذا نظرنا في حقيقة عقد الإيجار، نجد أنه يختلف عن عقد المساقاة؛ فعقد الإيجار يشترط فيه تعيين المدة والوقت، في حين عقد المساقاة محدد بالثمار. ومن جهة المحلّ المعقود عليه، فإنهما يختلفان، لأن الإجارة تصح على الأعيان، والمنافع، والأشخاص، بخلاف المساقاة، فالعقد فيها خاصٌّ على النخيل والشجر، ولا ترابط بين الإجارة والعمل.

الفرق بين الطبيعة القانونية للمساقاة والطبيعة القانونية للإجارة:

- عقد المساقاة "أقرب إلى العدل والحل، فإنهما يشتركان في المغنم والمغرم، على عكس المؤاجرة؛ فإن صاحب الشجر تُسَلَّم له الأجرة، وأما المستأجر فقد يحصل له الثمر، وقد لا يحصل".^{١١٠١}
- يرى الإمام أحمد أن "المساقاة والمزارعة عقد جائز، قياساً على المضاربة"، والجمهور على أنه عقد لازم، دفعاً للضرر".^{١١٠٢}
- في الإجارة: "يدفع المستأجر ماله، وقد يحصل له مقصودة، وقد لا يحصل، فيفوز المؤجر بالمال، والمستأجر على الخطر؛ إذ قد يكمل الزرع، وقد لا يكمل. بخلاف المشاركة، فإن الشريكين في الفوز وعدمه على السواء؛ إن رزق الله الفائدة، كانت بينهما، وإن منعها، استويا في الحرمان".^{١١٠٣} وهذا مراد الفقهاء من قولهم: إن عقد المساقاة عقد أقرب إلى العدل والإنصاف، وهذا ما تسعى إليه الشريعة الإسلامية، من سدّ وتجفيف أي معاملة قد تصل في نهايتها إلى نزاع يتضرر العقادان منه. فتحاول الشريعة الإسلامية بيان العقود، وما لها وما عليها، لتتضح المسألة، ولا يكون فيها ما يشوبها.

2.23. المزارعة في المال غير المنقول عقد من العقود المسماة، وأسلوب من أساليب استغلال الأرض، ذو خصائص مشتركة، متعدد الأطراف، وعلاقة قائمة على استثمار المال، ومنطلق للحضارة والمدنية، وعلامة على تقدم الأمم. جاء في تفسير قوله ﷺ: ﴿أَوَلَمْ يَرَوْا أَنَّا نَسُوقُ الْمَاءَ إِلَى الْأَرْضِ الْجُرْزِ فَنُخْرِجُ بِهِ زَرْعًا تَأْكُلُ مِنْهُ أَنْعَامُهُمْ وَأَنْفُسُهُمْ أَفَلَا يُبْصِرُونَ﴾.^{١١٠٤}، فدلّت الآية على دعوة الناس إلى الانتفاع بالزرع، أنه عملٌ مقدس، أعلى الإسلام من شأنه، فكانت "دليلاً على أن اتخاذ الزرع من أعلى الجرف التي يتخذها الناس، والمكاسب التي يشتغل بها العمال".^{١١٠٥} أما ما جاء في السنة النبوية على ترغيب الناس بالزراعة، فأكثر مما يُحصى، وقد حفلت كتب السنة بالأحاديث الأمرة والمرغية في ذلك، كقوله ﷺ: «مَا مِنْ مُسْلِمٍ يَغْرِسُ غَرْسًا، أَوْ يَزْرَعُ زَرْعًا،

^{١٠٩٨} ابن تيمية، الفتاوى الكبرى، ٤/ ٦٣.

^{١٠٩٩} ابن تيمية، مجموع الفتاوى، ٢٩/ ١٠٤.

^{١١٠٠} ابن تيمية، كتب ورسائل وفتاوى شيخ الإسلام ابن تيمية، تحقق: عبد الرحمن بن محمد النجدي، مكتبة ابن تيمية، م، دبت، ٣٠/ ١٠٣.

^{١١٠١} البسام، توضيح الأحكام من بلوغ المرام، ٥/ ٣٦.

^{١١٠٢} القحطاني، عبد الرحمن بن محمد العاصمي، الإحكام شرح أصول الأحكام، د، دبت، ط (١٤٠٦ هـ)، ٣/ ٢٦٣.

^{١١٠٣} سيد سابق، فقه السنة، ٣/ ٣٦٥.

^{١١٠٤} السجدة ٢٧/ ٣٢.

^{١١٠٥} القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، ٣/ ٣٠٥.

فَيَأْكُلُ مِنْهُ طَيْرٌ أَوْ إِنْسَانٌ أَوْ بَهِيمَةٌ، إِلَّا كَانَ لَهُ بِهِ صَدَقَةٌ»^{١١٠٦} وفي بعض كتب السنة، أورد بعض الفقهاء هذا الحديث تحت باب: "ثواب الغرس والزرع"^{١١٠٧} فيضع ربُّ المال الأصلَ الثابت (المال غير المنقول) تحت تصرّف وإدارة الطرف الآخر، بشرط ألا يكون له الحق في التّدخّل في قرارات وإدارة ماله، وفي نهاية الموسم يتقاسم الطرفان النتيجة الإجمالية للاستثمار. وهو نوع من العقود التي تندرج تحت عقود المنفعة، معاملةً على أصول ثابتة، على أن يكون له لقاء ذلك حصة أو سهم من نتيجة المحصول. وتُسمّى: "مخابرة" و"مواكرة"، والعامل فيها يُسمّى: "مزارعاً"، و"مخابراً"، و"مواكراً". والمزارعة من جملة العقود التي لا ترد إلا على المال غير المنقول، وهي: "عقد بين مالك أرض وعامل يعمل في الأرض، يشتمل على أن العمل يستأجر الأرض ليزرعها ببعض المتحصل من الزرع"^{١١٠٨} ودليل مشروعية المزارعة هو نفس دليل مشروعية المساقاة، من السنة والإجماع، ما عدا أبا حنيفة. عن عبد الله - رضي الله عنه - قال: «أَعْطَى رَسُولُ اللَّهِ ﷺ حَبِيرَ الْيَهُودِ أَنْ يَعْمَلُوهَا وَيَزْرَعُوهَا، وَلَهُمْ شَطْرُ مَا يَخْرُجُ مِنْهَا»^{١١٠٩} أما تعريف المزارعة في اللغوي: فهو "دفع الأرض إلى من يزرعها، على أن يكون الزرع بينهما"^{١١١٠}.

خصائص عقدي المزارعة والمساقاة:

- "يجب أن يملك العامل جزءاً من الناتج بعد الربح.
- العمال في المزارعة والمساقاة هو صاحب القرار في الصرف بالأصل الثابت.
- يحكم بعض الفقهاء على عقد المزارعة أو المساقاة بالفساد، في حال طلب ربّ المال مشاركته في التصرف.
- علاقة تمويل إسلامي، يُسَلِّمُ فيها صاحب المال للعامل بشرط أن يكون المال مما ينمو بالعمل؛ تمويل من طرف، وإدارة من طرف آخر.
- يُشترط في طبيعة المال موضوع المزارعة أو المساقاة قابليته للنمو بتأثير العمل، وقد أشار إلى ذلك صاحب المبسوط بقوله: "فلعمل الزارع تأثير في تحصيل الخارج"^{١١١١}.
- "المزارعة، والمساقاة، والمضاربة من العقود المخالفة للقياس، إنما شُرعت رفعاً للحرص والمشقة، ورخصة استثنائية للضرورة، لحاجة الناس إليها. إضافة إلى أن المزارعة أكّد من غيرها، لحاجة الناس إلى الزرع.
- ملكية الأصل العقاري في عقدي المزارعة والمساقاة لا تنفك، ودليل ذلك تحمّل ربّ المال الخسارة في حال وقوعها، وليس على العمال دفع شيء مقابل ذلك، فهذه العقود جمعت بين الوكالة في حال الخسارة، ومعنى المشاركة حال الربح.
- محل عقد المزارعة هو منفعة الخارج من العقار، وهي إما أن تكون عمل العامل، أو منفعة الأرض"^{١١١٢}.

^{١١٠٦} البخاري، صحيح البخاري، ١٠٣/٣.

^{١١٠٧} البغوي، شرح السنة، ١٤٩/٦.

^{١١٠٨} الجزيري، الفقه على المذاهب الأربعة، ٦/٣.

^{١١٠٩} البخاري، صحيح البخاري، ١٩٠/٣.

^{١١١٠} محمد رواس قلجي وآخرون، معجم لغة الفقهاء، ٤٢٣/١.

^{١١١١} السرخسي، المبسوط، ٣٠/٢٣.

^{١١١٢} المومني، علي محمد، التطبيقات المعاصرة لعقدي المزارعة والمساقاة، رسالة ماجستير، جامعة اليرموك، الأردن، إشن: د. محمود السرطاوي، (١٤١٣هـ/١٩٩٣م)، ٦٣.

مما جاء في المزارعة قوله ﷺ: «أَنْتُمْ تَزْرَعُونَهُ أَمْ نَحْنُ الزَّارِعُونَ».^{١١١٣} لمصطلح المزارعة عند الفقهاء تعاريف متعددة، حتى داخل المذهب الواحد، لكنها متقاربة الهدف. وموضوع عقد المزارعة اقتصادي؛ فالحنفية يعرفون المزارعة بأنها: "هِيَ عَقْدٌ عَلَى الزَّرْعِ بِبَعْضِ الْخَارِجِ".^{١١١٤} لا نريد ذكر تعاريف أخرى، فالمعنى يدور على استغلال الأرض، فالعقد على استغلال واستثمار الأرض الزراعية بين مالكها والعامل عليها، ويتم اقتسام الناتج وفق النسبة المتفق عليها. وعليه، يمكن القول إن عقد المزارعة عقدٌ بين شخصين أو أكثر على استثمار أرض زراعية واستغلالها، بحيث تكون هذه الأرض من طرف، والعمل من طرف آخر، ويكون النماء الناتج من الأرض بين المتعاقدين وفق نسبة شائعة معلومة. لأن كراء الأرض عقد ملزم لكلا المتعاقدين، "فالمزارعة عقد معاوضة، فيكون لازماً كالإجارة".^{١١١٥} فهل عقدا المزارعة كذلك؟ أم أنه ينتمي إلى فئة الشركات؟ واختلاف العلماء في حكم المزارعة يرجع إلى أمرين:

١. تردد المزارعة في ظاهر الأمر بين أصليين؛ "أَنَّ الْمَزَارَعَةَ فِيهَا مَعْنَى الْإِجَارَةِ وَالشَّرَكَةِ، لِأَنَّهَا إِمَّا إِجَارَةٌ الْأَرْضِ أَوْ مَعْنَى الشَّرَكَةِ بَيْنَ الْمُتَعَاقِدِينَ لَكَوْنِ الْخَارِجِ مُشْتَرَكًا بَيْنَهُمَا".^{١١١٦} من وجه عقود المعاوضات التي يشترط فيها انتفاء الغرر والجهالة، ومن وجه آخر عقود الشركات التي يغتفر فيها ما لا يغتفر في عقود المعاوضات.
 ٢. اختلاف الأحاديث الواردة في الباب في دلالاتها؛ أن رسول ﷺ: «عَامِلٌ أَهْلٌ خَيْرٌ بِشَطْرِ مَا يَخْرُجُ مِنْهَا مِنْ ثَمَرٍ أَوْ زَرْعٍ». ^{١١١٧} وحديث النهي عن رَسُولِ اللَّهِ ﷺ «نَهَى عَنِ الْمَزَارَعَةِ». ^{١١١٨}
- من هنا كان للعلماء مذهبين:

❑ **عدم جواز المزارعة**، قَالَ أَبُو حَنِيفَةَ وَزُفَرٌ: "الْمَزَارَعَةُ فَاسِدَةٌ وَلَا تَجُوزُ".^{١١١٩} ومالك وأصحابه "من أكرى أرضه من رجل يزرعها قصباً، أو قصبلاً، أو قمحاً، أو شعيراً، أو قطنية على أن ما أنبتت بينهما، أو هو مع الأرض بينهما لم يجز".^{١١٢٠} غير أن الشافعي أجازها تبعاً إن اشتمل العقد على مساقاة ومزارعة معاً، "كانت الأرض البيضاء متخللة بين الشجر تبعاً للمساقاة للحاجة، فلو كان بين النخل بياض صحت المزارعة عليه مع المساقاة على النخل بشرط اتحاد العامل"^{١١٢١} حجتهم أن المزارعة مخالفة للأصول، لأنها إجارة بثمر لم يخلق، أو إجارة بثمر مجهولة، وفي ذلك يتحقق الغرر، وقد نهى الرسول ﷺ عن بيع الغرر فقد يحصل النماء وقد لا يحصل وبذلك يتحقق الغرر.

❑ **جواز المزارعة قول** "أبي يوسف ومحمد وابن أبي ليلى".^{١١٢٢} واعتبر الإمام أحمد أن المزارعة عقد شركة بين مالك العقار والعامل على "عَيْنٌ تُنْمَى بِالْعَمَلِ عَلَيْهَا فَصَحَّ الْعَقْدُ عَلَيْهَا بِبَعْضِ نَمَائِهَا".^{١١٢٣} يجيزون

^{١١١٣} الواقعة ٦٤/٥٦.

^{١١١٤} الزيلعي، **تبيين الحقائق**، ٢٧٨/٥.

^{١١١٥} اللاحم، عبد الكريم بن محمد، **المطلع على دقائق زاد المستقنع**، الرياض، دار كنوز إشبيليا للنشر والتوزيع، ط ١ (١٤٢٩هـ/٢٠٠٨م)، ٥٦/٤.

^{١١١٦} السمرقندي، محمد بن أحمد بن أبي أحمد، **تحفة الفقهاء**، بيروت، دار الكتب العلمية، ط ٢ (١٤١٤هـ/١٩٩٤م)، ٢٦٤/٣.

^{١١١٧} الترمذي، **السنن**، ٦٠/٣.

^{١١١٨} الدارمي، **السنن**، ١٧٠٨/٣.

^{١١١٩} السرخسي، **المبسوط**، ١٣٤/١٩.

^{١١٢٠} القاضي عبد الوهاب، **الإشراف على نكت مسائل الخلاف**، ٦٤٩/٢.

^{١١٢١} ابن قاضي شعبة، بدر الدين أبو الفضل محمد، **بداية المحتاج في شرح المنهاج**، غناية: أنور بن أبي بكر الشيعي الداغستاني، جدة، دار المنهاج للنشر

والتوزيع، ط ١ (١٤٣٢هـ/٢٠١١م)، ٣٨٥/٢.

^{١١٢٢} السرخسي، **المبسوط**، ١٧/٢٣.

^{١١٢٣} ابن قدامة، **المغني**، ٨/٥.

المزارعة سواء كانت منفردة أو مقترنة بالمساقاة، وأغلبهم لا يفرق في هذا بين ما إذا كان البذر من صاحب الأرض أو كان من العامل.

المزارعة: الأصل فيهما قوله ﷺ: «وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ»^{١١٢٤}، وخروجاً من ذلك يمكن القول إن المزارعة عقد "بيع، لأنها بيع منفعة"، وجوازها على تخريج "أنها إجارة قد يرفع الخلاف".^{١١٢٥} ثم إن الحاجة إلى هذه الشركة ضرورية، فأبيحت تماشياً مع مصالح الناس، فقد يوجد الشجر وليس لصاحبه إمكانية خدمته. والذي "تشهد به الروايات والشهادات أن الناس كانوا يتعاملون فيما بينهم معاملة المزارعة في عهد النبوة، والخلافة الراشدة، ومن بعدهم، ولا سبيل أماننا إلا الامتثال والاقتداء"^{١١٢٦}.

وأما فيما يخص الجهالة المتحصلة في الخارج من الأرض: "مشاركة هذا بنفع ماله، وهذا بنفع بدنه، وما قسم الله من ربح كان بينهما على الإشاعة".^{١١٢٧} وحاجة الناس إلى الزراعة مهمة في تشجيعهم على العمل.

2.24. عقد المشاركة بالوقت في المال غير المنقول عقد وارد على عقار بنظام المشاركة بالوقت في العقارات السياحية، أو ما يُسمى بالإنجليزية شير تايم". وهذه "التسمية نجد أساسها في المصطلح الإنجليزي (Time Share). يقوم عقد المشاركة بالوقت على فكرة مؤداها استثمار الوقت لتوزيع الانتفاع بالوحدة السكنية في الأماكن السياحية على أكثر من شخص".^{١١٢٨}

وتخضع الحصة الزمنية إلى أحكام المهاداة، وتُعتبر المشاركة من أهم صيغ استثمار الأموال في العصر الحالي، وهي معاملة تقوم على تملك حصص شائعة في رُقبة أو منفعة وحدة سكنية، بهدف تقديم خدمة السكن أو الإقامة والمشاركة. وإذا ما أردنا أن نبحث في الأحاديث النبوية، نجد أن المشاركة وردت في الحديث: «مَنْ أَعْتَقَ شِرْكَاً لَهُ فِي عَبْدٍ».^{١١٢٩} أي حصة، وعرف مجمع الفقه الإسلامي عقد المشاركة بأنه: "عقد تملك حصص شائعة، إما على سبيل الشراء لعين معلومة على الشيوع، أو على سبيل الاستئجار لمنافع عين معلومة لمدد متعاقبة، أو الاستئجار لمنافع عين معلومة لفترة ما، بحيث يتم الانتفاع بالعين المملوكة أو المنفعة المستأجرة بالمهاداة".^{١١٣٠}

أي حصة وعرف مجمع الفقه الإسلامي عقد المشاركة "عقد تملك حصص شائعة، إما على سبيل الشراء لعين معلومة على الشيوع، أو على سبيل الاستئجار لمنافع عين معلومة لمدد متعاقبة، أو الاستئجار لمنافع عين معلومة لفترة ما بحيث يتم الانتفاع بالعين المملوكة أو المنفعة المستأجرة بالمهاداة".^{١١٣١}

^{١١٢٤} البقرة ٢/ ٢٧٥.

^{١١٢٥} مراد، فضل بن عبد الله، المقدمة في فقه العصر، صنعاء، الجيل الجديد ناشرون، ٢ (١٤٣٧هـ/ ٢٠١٦م)، ٨٠٩/٢.

^{١١٢٦} المودودي، أبو الأعلى، ملكية الأرض في الإسلام، بيروت، دار الوعي، ط ٣ (١٩٧٣م)، ٩٣.

^{١١٢٧} ابن قيم الجوزية، إعلام الموقعين عن رب العالمين، ١٦٨/٣.

^{١١٢٨} سعيد مبارك، وآخرون، الموجز في العقود المسماة، (البيع – الإيجار – المقاوله)، وزارة التعليم العالي والبحث العلمي – بغداد، بلا سنة نشر مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية العدد الثاني/ السنة السابعة (٢٠١٥م) ٢٣١.

^{١١٢٩} مسلم، صحيح مسلم، ١١٣٩/٢.

^{١١٣٠} مجمع الفقه الإسلامي الدولي، قرار رقم ١٧٠ (٨/١٨) بشأن "عقد التملك الزمني (Time Sharing)"، الدورة الثامنة عشرة، ١٤ يوليو ٢٠٠٧، مجمع الفقه الإسلامي الدولي، متاح على: <https://iifa-aifi.org/ar/2276.html> تاريخ التصفح ١٢ يناير ٢٠٢٥م.

^{١١٣١} مجمع الفقه الإسلامي قرار رقم ١٨/٨/١٧٠٠، المنعقد في ماليزيا مع ملاحظة أن المجمع سمي عقد المشاركة بعقد التملك الزمني.

وَعُرِفَ بأنه: "معاملة تقوم على شراء ملكية رُقبة أو منفعة وحدة، مكوّنة من (جناح، شقة، شاليه، فندق، شقق مفروشة، وحدات المنتجعات)، لمدة زمنية — أسبوع أو مضاعفاته — في كل سنة من السنوات المنقطة عليها".^{١١٣٢}

يكون العقد بصورة نقل ملكية حصة في وحدة سياحية، أو نقل المنفعة للمستفيد، ويُعتبر هذا العقد عقدًا حديثًا، يؤدي إلى استغلال الوحدات السياحية من المنتجعات والفنادق، أو الدينية، أو أماكن المناسك، على أساس التملك الزمني. وقد "تكون الحصة بأسبوع فأكثر، مع أنه قد توجد حصة بأقل".^{١١٣٣}

2.24.1. صور عقد المشاركة بالوقت تنوعت صور عقد المشاركة بالوقت بين البيع والإجارة، والحديث عن صور البيع أو الإجارة في عقد اقتسام الوقت لا بد أن يُبين الاعتبار في التجزئة والتقسيم، فهناك ثلاث اعتبارات لصور عقد المشاركة بالوقت: المكان، وزمن الانتفاع، وتاريخ بدء الانتفاع. فأركان البيع ثلاثة: الصيغة، والعقدان، والمعقود عليه، وهو الوحدة السكنية. وهنا لا بد أن تتوفر شروط في المعقود عليه؛ من كونه مألًا متقومًا، ومقدورًا على تسليمه، ويكون البائع مالكًا للمبيع أو له الحق في التصرف فيه، وتكون الوحدة السكنية معلومة غير مجهولة. وقد نظر مجلس مجمع الفقه الإسلامي الدولي، المنبثق عن منظمة المؤتمر الإسلامي، المنعقد في دورته الثامنة عشرة في بوتراجايا (ماليزيا)، من ٢٤ إلى ٢٩ جمادى الآخرة ١٤٢٨هـ، الموافق ٩-١٤ تموز (يوليو) ٢٠٠٧م، في هذا النوع من العقود، وقرّر ما يلي: "ينقسم التملك الزمني المشترك.

✕ **تملك تام (العين والمنفعة)**، بشراء حصة شائعة بعقد البيع، للانتفاع المشترك في مدد متعاقبة.

✕ **تملك ناقص (للمنفعة فقط)**، باستئجار حصة شائعة من المنفعة، بعقد إجارة للانتفاع المشترك في مدد متعاقبة".^{١١٣٤}

2.24.1.1. البيع في عقد المشاركة بالوقت البيع في عقد المشاركة بالوقت هو بيع المنفعة على وجه التأييد (بيع حصص مشاعة من عقار): "وصحّ بيع عشرة أسهم من مائة سهم من دار".^{١١٣٥} وللمالك التصرف في حصته ببيعها وهبتها، وهي التي يشترك فيها عدد من الأشخاص في ملكية وحدة عقارية معينة، مع بيان حصة كل شريك وتحديد الفترة الزمنية التي يملكها. ويُعتبر أن بعض صور البيع في عقد المشاركة تعتمد على ثلاث اعتبارات، وهي: المكان، والزمان، وتاريخ بدء الانتفاع.

١. **معلومية الوحدة والفترة الزمنية:** وهذه من الصور التي لا خلاف عليها، لكونها كاملة الأركان والشروط، لعدم اقتراها بما يُخلّ بشروط البيع.

٢. **معلومية الوحدة وجهالة الزمن:** هذه الصورة تكون حصة المشتري معلومة، ولكنها غير معلومة التاريخ؛ فهو يملك فترة زمنية محددة، فكان أشبه ببيع فترة زمنية مشاعة غير محددة. وقد أجاز بعض الفقهاء بيع الجزء المشاع: "بيع الجزء الشائع من كل جملة معلومة من أرض ودار... وغيرها صحيح".^{١١٣٦}

^{١١٣٢} المصري، رفيق يونس، المشاركة، مقدم لمركز أبحاث الاقتصاد الإسلامي، www.islamic.net.
^{١١٣٣} الشثري، زيد بن عبد العزيز الشثري، عقد المشاركة في الوقف صورته وأحكامه، بحث تكميلي لنيل درجة الماجستير، المعهد العالي للقضاء، جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، (١٤٢٤هـ/٢٥١٤هـ)، ٥٤.
^{١١٣٤} مجمع الفقه الإسلامي، قرار رقم ١٧٠.
^{١١٣٥} الحلبي، إبراهيم بن محمد بن إبراهيم، مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر، تحقق: خليل عمران المنصور، لبنان، دار الكتب العلمية، ط١ (١٤١٩هـ/١٩٩٨م)، ١٨/١.
^{١١٣٦} النووي، المجموع، ٢٨٧/٩.

٣. "أن يشتري وحدة عقارية من شركة لها عدة فنادق في أنحاء العالم، لمدة أسبوع غير محددة مدة البدء" ١١٣٧؛ وهي من البيوع الباطلة، لكون الجهالة في المعقود عليه سبباً في بطلان العقد.

يختلف عقد البيع وعقد اقتسام الوقت عن بعضهما، من حيث إن عقد البيع لا يُعدّ الزمن عنصراً جوهرياً، خلافاً لعقد اقتسام الوقت؛ فعنصر العقد فيه هو الزمن. ففي عقد البيع، يكون المالك للمبيع مالاً ملكية تامة، تُحوّله ببيعته، أو هبته، أو تأجيرَه، أو التنازل عنه للغير. أما في اقتسام الوقت، فلا يحق للمشتري التصرف فيه إلا في حدود معينة، فهو من قبيل الملك الناقص. ومن حيث التشابه بينه وبين عقد الإجارة، فهما عقود معاوضة على الزمن مقابل الانتفاع بوحدة عقارية، مع الفرق أن عقد المشاركة فيه تكون الإجارة لمدة قد تصل إلى عشرين سنة؛ فالزمن الطويل هو الغاية والغرض من العقد.

2.24.1.2. الإجارة في عقد المشاركة بالوقت من صوره: توزيع الانتفاع، فيكون العقد إجارة على "تملك مؤقت لحصة شائعة من منفعة عين معينة، أو موصوفة في الذمة، مع استخدام المنفعة بالمهابة وهناك صورة أخرى: كسواء عين أو منفعة مؤقتة، لمدة محددة، أو مشاعة، في وحدة معينة بعقار محدد، قابلة لمبادلتها بعقار آخر أحياناً" ١١٣٨ ويتم الاتفاق على تحديد الوقت الزمني للانتفاع لكل واحد من المشاركين، بحيث يتكرر كل سنة حتى انتهاء مدة الإجارة. فيُشترط في العقد حينئذ شروط عقد الإجارة، مما يترتب على هذه الصورة: "أن المستفيد له حق الانتفاع شخصياً بالوحدة في المدة المحددة له، وله حق المبادلة مع مشتركين آخرين، وله أيضاً حق التأجير والهبة للغير" ١١٣٩.

2.24.2. حكم عقد المشاركة بالوقت هناك "تكييفان يتنازعان في تحديد الطبيعة الفقهية لعقد اقتسام الوقت، وهما: إما أن يكون عقد بيع لحصة شائعة في وحدة زمنية، أو هو حق انتفاع بوحدة سكنية عقارية" ١١٤٠ فعقد التملك الزمني لا يخرج بشكله العام عن عقد البيع أو عقد الإجارة، وعقد الاشتراك في الوقت جائز من حيث العموم، ويمكن اعتبار كثير من صورته صيغة من صيغ صكوك ملكية المنافع. وله تطبيقات كثيرة، كصكوك برج زمزم، وصكوك تقاسم في المدينة النبوية.

ومن حيث شرعية إصدار صكوك عقد الاشتراك في الوقت، وحكم نظام الاشتراك في الوقت بصوره المختلفة، أصدر مجمع الفقه الإسلامي القرار رقم (٤) في الدورة الرابعة عشرة، بخصوص صكوك الإجارة "حيث أجاز المجمع إصدار صكوك إجارة تمثل ملكية الأعيان المؤجرة للمستفيدين من منافعها، كما أجاز القرار أيضاً إصدار صكوك إجارة تمثل منافع الأعيان القابلة للتأجير، مع التزام الضوابط الشرعية اللازمة في إصدار مثل هذه الصكوك والتعامل بها في السوق الثانوية تُقسم صكوك الإجارة إلى قسمين:

١. **شهادات المنافع:** وهي شهادات إجارة، وهي عبارة عن أجرة لاحقة.

١١٣٧ العميرة، نوازل العقار، ٤٥٧.

١١٣٨ الشثري، زيد بن عبد العزيز، عقد المشاركة في الوقف صورته وأحكامه، ٢٧.

١١٣٩ جمعي، حسين عبد الباسط، التعامل على الوحدات العقارية بنظام المشاركة في الوقت، كلية الحقوق - جامعة القاهرة (١٩٩٧م) ٩١.

١١٤٠ العبيد، سامي أحمد، عقد المشاركة بالوقت بين الفقه والقانون دراسة مقارنة، مجلة العلوم الإنسانية جامعة المدينة العالمية الماليزية، مجلد ٦، ع ٩٤، (٢٠٢٢م) ١٤.

٢. **صكوك الأعيان المؤجرة:** كشخص يمتلك عيئاً، وهذه العين مؤجرة، وله الحق في أن يبيع هذه العين مجزأة إلى شهادات وصكوك، وكل من يشتري هذه الشهادة أو هذا الصك له حق في الأجرة المتفق عليها".^{١١٤١}

أما فيما يتعلق بتكليف هذا العقد في صورة الإجارة، فيقال: "إن حق المنتفع في هذا العقد هو ملكية على الشيوع، ولكنه شيوع زمني لا مكاني، له ذاتية خاصة، رغم اعتباره أن الانتفاع هو محل العقد دون سواه. وإذا كنا قد انتهينا إلى اعتبار حق المستفيد في الإقامة حق ملكية على الشيوع، إلا أن الملكية هنا تتميز ببعض الخصائص الذاتية، التي توجب الطبيعة لنظام المشاركة في الوقت. وبعض هذه الخصائص نجدها في الملكية، والبعض الآخر في الشيوع؛ فالشيوع اتفاقي، يقوم على الاستفادة من فكرة الوقت، على عكس الشيوع العادي الذي يقوم على استغلال المكان، فحصة كل شريك على جزء من وقت الانتفاع بهذا الشيء".^{١١٤٢}



^{١١٤١} منظمة المؤتمر الإسلامي، *مجلة مجمع الفقه الإسلامي التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي*، ٤٥٨/١٢.
^{١١٤٢} زهرة، محمد مرسى، *الوضع القانوني لنظام اقتسام الوقت*، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، ع ١٠١ (١٩٩٣م) ٣٥.

الفصل الثالث ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

جائزة المال غير المنقول في الشريعة الإسلامية.

3.1. غصب المال غير المنقول ملكية العقار إما أن تكون مستندة إلى حق يعترف به الشارع، يكون المال فيه محترماً يكتسب حمايته من الشرع، وإما ملكية لا يقرها الشرع ولا يكتسب حمايته منه، وتكون الملكية غير محترمة كالسرقة والغصب، ويعرف الغصب لغة: "الْغَصْبُ أَخْذُ الشَّيْءِ ظُلْمًا وَقَهْرًا".^{١١٤٣} وقد تشدد الفقهاء في شرعية المال المكتسب فقالوا: "إِذَا مَرَضَ فِي الدَّارِ الْمَغْصُوبَةِ لَا يُعَادُ فِيهَا".^{١١٤٤} واختلف الفقهاء في وقوع الغصب في العقار، "فاشْتَرَطَ أَبُو حَنِيفَةَ وَأَبُو يُسُفَ كَوْنَ الْمَغْصُوبِ قَابِلًا لِلْقَبْلِ وَالتَّحْوِيلِ عَلَى وَجْهِ يَتَضَمَّنُ تَقْوِيَتَ يَدِ الْمَالِكِ".^{١١٤٥} وهو ما أخذت به المجلة في المادة 905: "يَكُونُ غَصْبٌ بِدُونِ إِيقَاعِ الْفِعْلِ فِي الْمَجْلَى، وَهَذَا لَا يُتَصَوَّرُ إِيقَاعُهُ عَلَى هَذَا الْوَجْهِ فِي الْعَقَارِ".^{١١٤٦} وفي مفهوم الغصب يفهم من أقوال أخرى وقوع الغصب في غير المنقول من المال: "وقهره على الدار ولو لم يدخلها فغاصب".^{١١٤٧} أما منفعة العقار، كانت نظرية الملكية موافقة لرأي الحنفية من عدم اعتبار جريان الغصب لكونها لا تدخر ولا تحرز، فقالوا بتضمين منافع العين بالتعدي، وسبب تفريقهم من عدم جريان الغصب في المنافع، من كون الغصب أخص من التعدي، فالتعدي في الأنفس والأموال والفروج، وليس الغصب كذلك، فالاستيلاء على رقبة الشيء سميت غصبا، والاستيلاء على المنفعة دون رقبة العقار تعدي، وأشار ابن عرفة بأن التعدي هو: "التصرف في الشيء بغير إذن ربه دون قصد تملكه".^{١١٤٨} وأما من حيث رد العين المغصوبة، فهو مُجمع عليه عند الفقهاء ومبرر من الضمان متى عادت سلطة المالك على عقاره. وبالنظر إلى خلاف الفقهاء في تعريفهم للمال، يظهر أن الاعتبار في أخذ الشيء غصباً من عدمه يكون على حسب وضعه، فإما أن يُحكم بأنه مال كان غصباً، وإما لا.

أما تعريف الغصب عند الفقهاء، فقد جاء بتعريفات، نختار منها التعريف الجامع الذي تُبنى عليه أحكام الضمان. "أخذ مال متقوم محترم من ذي سلطان أو قوة على سبيل المجاهرة على وجه القوة والغلبة والجحد يزيل يد المالك بغير إذن المالك على وجه يزيل يده".^{١١٤٩} والقول بأن الغصب أخذ مال دون إضافة أو حق يلزما إخراج حق المُحتجر والحقوق العينية. والمالكية قالوا بأن الغصب: "أخذ رقبة الملك أو منفعة بغير إذن المالك على وجه الغلبة والقهر دون حرابة".^{١١٥٠} فلا بد من تحديد ضابط للغصب، والأصل أن الغصب، كما ثبت في المال المنقول، فقد ثبت في المال غير المنقول؛ لأن الحق ثبوت اليد والاستيلاء، وإن لم يُنقل. وقد ذكرت الأحاديث صوراً للغصب، منها ما جاء في قوله ﷺ: «من أخذ من الأرض شبراً بغير حق، طوقه من سبع أرضين». ^{١١٥١} وسواء أخذ ذلك بصورة عقد، أو إنكار حق عقاري، أو إخفاء الوصية الموصى بها، أو تقسيم العقار قسمة غير عادلة في الميراث، هذا من صورة الأخذ بغير وجه حق، إلا أن الحنفية لا يرون وقوع الغصب في المال غير المنقول، إنما:

^{١١٤٣} الأزهرى، تهذيب اللغة، ٦٢/٨.

^{١١٤٤} البلخي، الفتاوى الهندية، ١٥٤/٥.

^{١١٤٥} الموصلي، الاختيار لتعليل المختار، ٥٨/٣.

^{١١٤٦} علي حيدر أفندي، درر الحكام، ٥٠٢/٢.

^{١١٤٧} الرملي، نهاية المحتاج، ١٤٩/٥.

^{١١٤٨} التسولي، البهجة في شرح التحفة، ٥٧١/٢.

^{١١٤٩} الميداني، اللباب، ٢٢٧/١.

^{١١٥٠} ابن جزئ، أبو القاسم، محمد بن أحمد بن محمد بن عبد الله، القوانين الفقهية، دبت، دم، دبن، ٢٨/٣.

^{١١٥١} أحمد بن حنبل، المسند، ١٨٣/٣.

"الغصب يجري في المال المنقول".^{١١٥٢} حذر عليه السلام من الغصب ففي قوله عليه السلام: «إن أعظم الغلول عند الله أن يأخذ الرجل من أرض غيره إلى أرض نفسه». ^{١١٥٣}، وكاقتطاعه مال امرئ بيمينٍ دعوى باطلة، والتلاعب بالحدود العقارية، كتزيب الحجج والوثائق والسندات العقارية دون النقل؛ فلو فرضنا القول بأن الغصب في غير المنقول لا يتحقق، فكيف نجيب عمّن زوّر وأخفى وقسم الميراث؟ ونصوص القرآن والسنة ترمي إلى هدف واحد، وإن اختلفت العبارات، والغصب من جملة الباطل والعدوان على ملك الغير، والعدوان لا يكون سبباً للملك، فإذا حُرّم دخوله إلى ملك الغير بغير إذن، فيحرم أن يغصب الرجل مال الغير: "لأن الاستيذان ليس للسكان أنفسهم خاصة بل لأنفسهم ولأموالهم، لأن الإنسان كما يتخذ البيت سترًا لنفسه يتخذ سترًا لأمواله".^{١١٥٤}

3.1.1. ضمان منافع المصوب حظي حق الملكية بحماية شرعية وقانونية من أيّ تعدّ أو أيّ فعل ضار، ولمصطلح الضمان مدلول لغوي، فكان: "عبارة عن ردّ مثل الهالك إن كان مثلياً، أو قيمته إن كان قيميّاً".^{١١٥٥} والضمان ثابت بالكتاب، والسنة، والإجماع، ويقتضيه القياس الصحيح؛ قال الله عليه السلام: (وَلَمَنْ جَاءَ بِهِ جُمْلٌ بَعِيرٌ وَأَنَا بِهِ زَعِيمٌ)،^{١١٥٦} فقوله: "وأنا به زعيم" أي: ضامن. فقوله وأن بيه زعيم" أي ضامن وكفيل".^{١١٥٧} ثم إن اليد على المنفعة تثبت كما تثبت على العين والغصب يقع على المنافع منفردة ومع العين وعلى الحقوق المتعلقة بالعين، مثلما يقع على العين، وإن ما يفوت منها مضمون إجمالاً على الغاصب ولا تبرأ ذمة الغاصب ومن بحكمه من عهدة المصوب إلا بضمان المنافع التي تقوت ويخسرها المالك خلال مدة الغصب وأصل خلاف الفقهاء هل يجري الغصب في المنافع أم لا؟ وسببه من خلافهم في مالية المنافع فظهر أثر خلافهم في ضمان منافع المصوب على خلاف بينهم فالمالكية يفرقون بين غصب ذات العقار وغصب منفعة وبين الضمان بالاستعمال والضمان بالترك فيرون أن منافع المصوب من دور وأموال وأرض مضمونة بالاستعمال ولا تضمن حال تركت أما الشافعية فقسّموا ضمان منافع العقار المصوب إلى قسمين فأوجبوا ضمانه في المنفعة المباحة "إِذَا غَصَبَ الرَّجُلُ مِنَ الرَّجُلِ دَارًا فَسَكَنَهَا أَوْ أَكْرَاهَا أَوْ لَمْ يَسْكُنْهَا، وَلَمْ يُكْرِهَا وَلِمَلِكِهَا كِرَاءً أَوْ شَيْئًا مَا كَانَ مِمَّا لَهُ غَلَّةٌ اسْتَعْلَهُ أَوْ لَمْ يَسْتَعْلَهُ انْتَفَعَ بِهِ أَوْ لَمْ يَنْتَفِعْ بِهِ فَعَلَيْهِ كِرَاءٌ مِثْلِهِ مِنْ حِينَ أَخَذَهُ حَتَّى يَرُدَّهُ".^{١١٥٨} ومنعوا ضمانه إذا كانت المنافع غير مباحة وإن غصبت "أَنْ تَكُونَ الْمَنْفَعَةُ مِمَّا يَبَايَعُ عَلَيْهِمَا بِالْإِجَارَةِ".^{١١٥٩} فيخرج بذلك من غصب البيت مدة من الزمن أو حائناً لبيع الخمر فلا ضمان.

اعتبروا الحابطة كل ما هو مفوت لمنفعة العقار يضمن، سواء ترك أم استعمل، وبوب الامام ابن قدامة على الغاصب أجره الأرض منذ غصبها إلى وقت تسليمها: "كُلُّ مَا لَهُ أَجْرٌ، فَعَلَى الْغَاصِبِ أَجْرٌ مِثْلِهِ، سَوَاءً اسْتَوْفَى الْمَنَافِعَ أَوْ تَرَكَهَا حَتَّى ذَهَبَتْ".^{١١٦٠} خلافاً للمذهب الحنفي على أن ضمان البذل في المصوب يجري في الأعيان دون المنافع، فقالوا: لما كان منافع العقار تقوم بالعقد اعتبرنا المالية، أما الغاصب الذي انتفع بالعقار على غير عقد تصبح المنافع التي قدرت وقومت بالعقد غير معلومة، فلا ضمان،

^{١١٥٢} آراز، يونس، ضمان المنفعة في الفقه الإسلامي، بورصة: دار نشر أمين، (٢٠١٦م) ٣١٠.

^{١١٥٣} الطبراني، المعجم الكبير، تحق: حميدي عبد المجيد، القاهرة، مكتبة ابن تيمية، ط ٣، دت، ٢٩٩/٣.

^{١١٥٤} الكاساني، بدائع الصنائع، ١٢٤/٥.

^{١١٥٥} البركتي، التعريفات الفقهية، ١٣٤/١.

^{١١٥٦} يوسف ٧٢/١٢.

^{١١٥٧} السرخسي، المبسوط، ٢/٢٠.

^{١١٥٨} الشافعي، الأم، ٢٥٤/٣.

^{١١٥٩} الماوردي، الحاوي، ١٦٢/٧.

^{١١٦٠} ابن قدامة، المغني، ١٨٣/٥.

بل يضمن فقد العين إذا هلكت أو تعيبت، "ولا يضمن الغاصب منافع ما غصبه من ركوب الدابة وسكنى الدار، لأنها حصلت على ملك الغاصب".^{١١٦١}

استثنوا الحنفية ضمان المنافع في ثلاث حالات:

١. أن يكون المال لئيم.
٢. إذا كان في منافع الوقف المغصوب. واستثنى الحنفية القاعدة الفقهية التي تُعد أساس في تضمين منافع الأعيان المغصوبة "أن الأجرة والضمان لا يجتمعان".^{١١٦٢} ويشترط اتحاد السبب والمحل فيهما وتطبيقاً لهذا القاعدة عند الحنفية نجد أنهم يوجبون الأجر والضمان في منافع الوقف حفاظاً على الأصول الوقفية، ولا يوجبونها في رجلاً غصب بيتاً فسكنه مدة من الزمن ففوت على مالكها خلال هذه الفترة منافع العقار فلا ضمان فالمحل المغصوب في المال غير المنقول واحد لكن اختلف الضمان في الوقف عن المالك الخاص.
٣. أن يكون معداً للاستغلال بأن بناء صاحبه، أو اشتراه لذلك الغرض".^{١١٦٣}

وفي نهاية ذلك، نلاحظ أن الخلاف بين الفقهاء كان بين الجمهور، وهم: المالكية، والشافعية، والحنابلة، مع بعض التفصيلات اليسيرة فيما بينهم، وذهب الحنفية إلى أنهم لا يعتبرون الضمان في المنافع المغصوبة إلا في الحالات السابقة. علماً بأن المال إذا تحققت فيه شروط المالية، وحصل تعدي عليه، وجب الضمان، فلا ننتظر حتى نعد عقداً على منافع الأعيان ثم نُضمّن متلفها؛ إنما العقد لا يصير ما ليس بمالٍ مالا، لأن الاعتبار والحكم على كونه مالا هو حكم الشرع، لا العقد، فهو من يُقرّر أن ذلك مال أم ليس بمال.

3.1.2. البناء والغرس في الأرض المغصوبة يُعد من أبرز التصرفات المتعلقة بالمال غير المنقول، من كون الغاصب يحدث أوصافاً جديدة على العين العقارية، مما يؤثر على طبيعة المال من حيث التصرف والانتفاع، والبناء والغرس في الأرض المغصوبة، لا يُثبت ملك إنسانٍ بعرقٍ؛ لأن الأرض المملوكة هي حق شرعيّ لصاحبها، فمهما أهملت وهجرها أصحابها، فإن ملكيتها تبقى على ذمتهم، لا تزول عنهم. والشرعية الإسلامية حافظت على حقوق الناس، ووصفت في الحديث التعدي على ملك الآخرين بأنه ظلم، وأن الظلم لا يُكسب الظالم حقاً. ويُعدّ هذا الحديث أساساً في أن العدوان غصبٌ على ملك الغير، وصورته: أن يغرس أرضاً، أو يبني بيتاً على أرض دون وجه حق، لقوله ﷺ: «ليس لعرقٍ ظالمٍ حقٌّ». ^{١١٦٤} والأرض للآخر، أي ليست للذي غرس يحدث فيها شيئاً ليستوجب به الأرض. ومما ورد عنه ﷺ أنه قال: «من زرع في أرض قومٍ بغير إذنهم، فليس له من الزرع شيء، وله نفقته». ^{١١٦٥} بمفهوم المخالفة لعرق، غير الظالم حق، وعرق الظالم "الغرس والزرع والبناء أو الحفر في أرض الغير بغير حق ولا شبهة". ^{١١٦٦} وللمالك أحقية في إلزام الغاصب طمّ البئر التي حفرها في أرضه المغصوبة، "لأن له غرضاً في طمها وهو أن يسقط عنه ضمان من يقع فيها" ^{١١٦٧} ورد الحديث في مناسبة لها دلالة، جاءت في دعوى غصب عقار من رجلين اختصما

^{١١٦١} الميداني، اللباب شرح الكتاب، ١٩٥/٢.

^{١١٦٢} عبد الغفار، محمد حسن، القواعد الفقهية بين الأصالة والتوجيه، القاهرة: دار السلام، القاهرة، (٢٠٠٩م)، ١١/١٨.

^{١١٦٣} الزيلعي، تبیین الحقائق، ٢٣٤/٥.

^{١١٦٤} أبو داود، السنن، ٢٨٢/٥.

^{١١٦٥} أبو داود، السنن، ٢٨٢/٥.

^{١١٦٦} الصنعاني، سبل السلام، دار الحديث، د. م، د، ت، ١٠٣/٢.

^{١١٦٧} الشيرازي، المهذب، ٣٧٢/١.

إلى رسول الله ﷺ، فقال أحدهما: «أَنَّ رَجُلًا غَرَسَ فِي أَرْضٍ رَجُلٍ مِنَ الْأَنْصَارِ، مِنْ بَنِي بَيَاضَةَ، فَأَخْتَصَمَا إِلَى النَّبِيِّ - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - فَقَضَى لِلرَّجُلِ بِأَرْضِهِ، وَقَضَى لِلْآخَرِ أَنْ يَنْزِعَ نَخْلَهُ. قَالَ: فَأَقْدَرْتُ أَنَّهَا تُضْرَبُ فِي أُصُولِهَا بِالْفُؤُوسِ، وَإِنَّهَا لَنَخْلٌ عُمٌّ»^{١١٦٨} وفيه دليل على معاملة المغتصب بنقيض عمله؛ لأن مؤدّي الغاصب استحقاق العقار، والغصب ليس سبباً لاستحقاق الملك، فوجب إفراغ المحل عن إشغاله لملك الغير، فليس لعرق غاصبٍ ثبوت ملكٍ على وجه الغصب. والعلماء يوجبون على غاصب العقار إعادته على صورته التي كانت عليه وقت الغصب، سالمًا من النقص أو الإتلاف، وأنه لا يبرأ من الإثم وعُهدة الضمان إلا بالرد؛ فتارة يكون جبر النقصان بالضمان، وتارة يكون بتسوية الأرض وإرجاعها على ما كانت عليه.

فالشافعية يرون فيمن "غصب أرضًا فغرسها نخلاً أو أصولاً.... فإذا قلعه ضمن ما نقص القلع الأرض حتى يردها على حالها"^{١١٦٩} ولو حفر الغاصب في الأرض بئرًا أجبر على طمها. "إِنْ غَرَسَ أَوْ بَنَى فِيهَا أَخَذَ بِقُلْعِ غَرَسِهِ أَوْ بِنَائِهِ وَتَسْوِيَتِهَا وَأَرُشَ نَقْصِهَا وَأَجْرَتِهَا"^{١١٧٠}. "وعليه إزالة البناء، وعلى الغاصب تعويض صاحب الأرض إن ألحق هذا البناء ضررًا بالأرض. والغاصب مُطالب بدفع قيمة منافع الأرض المغصوبة طيلة مدة الغصب، وتصرفات الغاصبين تُعدّ تصرفات باطلة. ويجوز التراضي بينهما على الإبقاء على البناء بعوض، أو بغير عوض، أو ببيع الأرض لصاحب البناء.

3.1.3. الصلاة في الأرض المغصوبة يذكر الفقهاء هذه المسألة من جهة ارتباط الصلاة في الأرض المغصوبة بالحقوق المالية والإسلام يحترم الملكية الفردية، فمن ثبتت ملكيته بطريقة مشروعة، يحرم على غيره غصب ملكه ظلمًا، ولو كان لإقامة مسجد به. فذهب الحنابلة إلى أن صلاته تكون باطلة: "ولا تصح الصلاة في موضع مغصوب، أي مأخوذ ظلمًا، من أرض وحيوان وغيرهما، وسواء كان الظلم للرقبة أو المنافع نص عليه"^{١١٧١}. ووضعوا هذا المطلب تحت باب شرائط، لأنها وقعت في مكان مغصوب، فكيف يكون مُطيعًا بما هو عاصٍ به، فكانت كالصلاة التي تقع في زمان محرم فعلها فيه، لأنها باطلة: "ولا تصح الصلاة في الأرض المغصوبة لحرمة لبثه فيها"^{١١٧٢}؛ لأن الزمن يحرم فيه إيقاع هذه الصلاة، وكذلك هذا المكان المغصوب، فتقع الصلاة محرمة باطلة، وهذا هو المشهور من مذهب الإمام أحمد بن حنبل، والرواية الأخرى: "أن الصلاة في الأرض المغصوبة صحيحة ولا مانع من أن يكون آثمًا مأجورًا في آن واحد"^{١١٧٣}، لكن لو حدث في مكان مغصوب، ولم يتمكن من الخلاص منه، وصلى، فإن صلاته صحيحة ولا إعادة عليه. فقالوا في الأرض المغصوبة أو المسجد المبني في أرض الغصب: إن الصلاة فيها باطلة، وعليه إعادة لإتيان العبادة على وجه محرم، ولا على أسطحها؛ لأن من غصب أرضها غصب سماءها، فصارت صلاته في أسفلها كصلاته في أعلاها، وسواء كان الغصب للرقبة أو للمنفعة، وتقع باطلة، وعلى المصلي أن يعيدها في مكان آخر غير مغصوب. قال ﷺ: «لا تدخلوا مساكن الذين ظلموا أنفسهم -قوم ثمود قوم صالح- إلا أن تكونوا باكين؛ أن يصيبكم ما أصابهم»^{١١٧٤}. فدل الحديث على أنه لا يجوز السكنى بمثل هذه الأرض، ولا الإقامة بها، لأن هذه الأماكن اكتسبت السخط بما نزل على ساكنيها العصاة فإذا كان المكث في مواقع العذاب والدخول إليها لغير حاجة منهى عنه فالصلاة بها أولى فصارت هذه البقاع مثل أرض

^{١١٦٨} ابن قدامة، *المغني*، ١٠٨/٥.

^{١١٦٩} الشافعي، *الأم*، ٢٤٩/٣.

^{١١٧٠} الشيباني، *نيل المآرب بشرح دليل الطالب*، ٤٥/١.

^{١١٧١} عبد الرحمن بن محمد بن قاسم العاصمي الحنبلي، *حاشية الروض المربع شرح زاد المستقنع*، د.ن، ط ١ (١٣٩٧هـ)، ٥٤٢/١.

^{١١٧٢} ابن ضويان، *منار السبيل*، ٧٧/١.

^{١١٧٣} حمد بن عبد الله بن عبد العزيز الحمد، *شرح زاد المستقنع*، د.م، د.ن، د.ت، ٩٢/٤.

^{١١٧٤} البخاري، *صحيح البخاري*، ٩٤/١.

الحجر وأرض بابل ومسجد الضرار لقوله ﷺ: ﴿لَا تَقُمْ فِيهِ أَبَدًا﴾. ^{١١٧٥} " فلو كان إلى الإباحة سبيل لكان أولئك القوم أحق الناس بالإباحة". ^{١١٧٦}

وذهب الفقهاء إلى القول بأن الصلاة في الأرض المغصوبة لا تجوز: "أَنَّ الصَّلَاةَ فِي الْأَرْضِ الْمَغْصُوبَةِ لَا تَجُوزُ". ^{١١٧٧} وإلى هذا رأي المالكية: "الحرمة فيها لأمر خارج عن ذات العبادة، وهو الشغل". ^{١١٧٨} ذهب الشافعية: " الصَّلَاةُ فِي الْأَرْضِ الْمَغْصُوبَةِ حَرَامٌ بِالْإِجْمَاعِ، وَصَحِيحَةٌ عِنْدَنَا". ^{١١٧٩} صحيحة، مجزئه، مسقطه للقضاء، لكن لا ثواب عليها عندهم فالمُصَلِّي يَأْتُم بالصلاة في الأرض المغصوبة، وإن لم تَبْطُل صلاته: "ولا تصح الصلاة في الأرض المغصوبة لحرمة لبثه فيها". ^{١١٨٠} وأما تخريج الحنابلة، قولهم يرجع إلى إنفكاك الحكم عن ذات الأرض، فهل النهي يرجع إلى ذات المنهي عنه أم إلى الوصف الطارئ؟ وأن النهي الوارد كان عن الغضب لا عن الصلاة، ولا مانع من أن يكون الغاصب آثمًا ومأجورًا في آن واحد، ذلك أن الحرمة لم تأت من ذات الشيء وماهيته، إنما جاءت الحرمة من أمر خارج، فالبیت والأرض المغصوبة أصبحت حرامًا بسبب دخولهم تحت يده بطريق غير مشروع.

وذكر الإمام ابن قدامة في المغني روايتين عن أحمد، في الصلاة وإذا قلنا باعتبار أن الصلاة في الأرض المغصوبة لا تجوز فإنه يتفرع مسائل على هذا الأصل أن الأرض المحرمة، وهي المشتراة بمالٍ حرام. ^{١١٨١} أنه لا تصح صلاته فيها والقول بتصحيح صلاة الفرد في الأرض المغصوبة مما يعني أن المصلي " مثابًا على صلاته وفي فعله عاصيًا في مقامه الصلاة في الأرض المغصوبة اشتمل على طاعة وهي الصلاة وعلى معصية وهي استعمال الأرض المغصوبة فيثاب على الطاعة ويعاقب على المعصية". ^{١١٨٢}

فالغضب من الأسباب التي تؤثر في صفة المال، وتُخرجه من دائرة الحلال إلى دائرة الحرام، فلا يلزم من تحريم العين إهدار ماليتها؛ لأن التلازم منفك بين الحرمة والعينية. فالطهارة شرط لصحة الصلاة، أما كون الأرض مغصوبة أو غير مغصوبة فليست شرطًا من شروط صحة الصلاة، فالصلاة صحيحة مع إثم استعمال الأرض أو الدار، فيجب ردها إلى صاحبها؛ فالحرام للمكان دون فعل الصلاة، لأن "الفرض لا يمكن اتصافه بالحرمة". ^{١١٨٣}

^{١١٧٥} التوبة ١٠٨/٩.

^{١١٧٦} ابن تيمية، شرح عمدة الفقه، ٤٢٠/٣.

^{١١٧٧} ابن نجيم، البحر الرائق، ١٣٠/٨.

^{١١٧٨} الصاوي، بلغة السالك لأقرب المسالك، ٩٠/١.

^{١١٧٩} النووي، المجموع، ١٦٤/٣.

^{١١٨٠} ابن ضويان، منار السبيل، ٧٧/١.

^{١١٨١} الشنقيطي، شرح زاد المستقنع، ١٥/٣٥.

^{١١٨٢} صدر الدين علي بن أبي العز، التنبيه على مشكلات الهداية، تحقق: عبد الحكيم بن محمد شاکر وأنور صالح أبو زيد، رسالة ماجستير، الجامعة الإسلامية بالمدينة المنورة، الرياض، مكتبة الرشد ناشرون، ط١ (١٤٢٤هـ/٢٠٠٣م)، ٢٦٧/٤.

^{١١٨٣} ابن عابدين، حاشية رد المختار، ٤٥٦/٢.

3.2. استملاك المال غير المنقول هذه تسمية قانونية لا فقهية، لأنها تسمى فقهاً الجبر الشرعي أو الجبر الحلال أو الإكراه بحق وكذلك "يتصور الإكراه بحق في البيع".^{١١٨٤} وفرقت اللغة بين النزاع وبين الظفر فالنزع يختص بالأعيان المادية والظفر يقع في الحقوق عيئاً كانت أم لا فالنزع لغةً "استلب وحول الشيء عن موضعه".^{١١٨٥} نزع ملكية خاصة لتحقيق نفع عام لقاء تعويض شرعي عادل "استملك قطعة أرض: نزع ملكيتها، حرّم مالكاً من ملكيتها ووضع اليد عليها".^{١١٨٦} والملك إذا ثبت لمعين لا يزول عن ملكه إلا بإزالة أو إخراج من محله إلى محل آخر. ينقل الملك عند رجحان المصلحة فإذا امتنع المالك من التنازل عن الملك للمصلحة العامة حل محله في التصرف ولي الأمر واعتبر هذا التصرف على الملك الخاص بالقيّد والاستثناء "وليس للإمام أن يخرج شيئاً من يد أحد إلا بحق ثابت معروف".^{١١٨٧} وعُرف نزع الملكية "نزع ملكية خاصة لتحقيق نفع عام لقاء تعويض شرعي عادل".^{١١٨٨} والنفع هو المصلحة اشترط بأن تكون ناشئة عن أسباب مشروعة وفي المواضع التي يلزمهم أخذها لا المواضع الممنوعة "ما يعتد بها الشارع ويرتب عليها مقتضياتها".^{١١٨٩} والنزع يكون بنوعيه بتحصيل المنفعة أو دفع الضرر العام وبالأخص في ضوء البلاد التي يشكل ظاهرة حضارية بسبب تغير وجوه التعايش وتسهيل سبل العيش لهم فالمنقولات والحقوق الشخصية ليست محلاً لنزع الملكية.

ولا بد من توضيح المراد بنزع الملكية عن الغصب، وإن اتفقا على أن الإزالة تكون على وجه الغلبة والإكراه، إلا أن الغصب هدفه فردي، تعود منفعته على الغاصب وحده، في حين نرى بأن إزالة الملكية الفردية للمنفعة العامة تهدف إلى تحقيق غرض مشروع مختص بعامة المسلمين، مقابل تعويض مالي لصاحب الملك. وقد يتشابه الأمر على البعض بين "الحمى" و"نزع الملكية"، في أن هدفهما واحد، وهو تحقيق النفع العام، ومن جهة أن شخص الإمام هو من يقوم بهما، كما إذا كان ذلك بالشروط الشرعية التي ذكرها الإمام مالك فيما مر بنا سابقاً. لكن وجه الخلاف بينهما أن الحمى يختلف عن محل نزع الملكية، حيث إن محل الحمى في الأصل هو أرض مملوكة للدولة، أما محل نزع الملكية الخاصة للمنفعة العامة، فهو في الملك الفردي، فكل منهما أحكام مستقلة بعضها عن بعض. وقد تحدثت كتب الفقهاء عن نزع الملكية، والتملك القهري، والإكراه على البيع بحق، فاتفق الفقهاء على جواز نزع الملكية الفردية لصالح النفع العام في الأحوال التي أذن الشارع بها، ومثلوا على ذلك بعدة صور، منها ما جاء في فقه الحنفية من جواز نزع الملكية: "لو ضاق المسجد على الناس، وبجنبه أرض لرجل، تؤخذ أرضه بالقيمة كرهاً".^{١١٩٠}

بينما نجد في كتب المالكية أن النزاع هو طريق لرفع الضرر العام بنزع ملك الفرد الخاص، كما في قولهم: "يُجبر الإنسان على بيع ماله مجاورةً لمسجد إذا ضاق، ويُجبر على البيع والماء للخائف من العطش، ومن انهارت بئر جاره وعليها زرع بغير ثمن، ويُجبر على بيع طعامه، وجار الطريق إذا أفسدها السيل يُؤخذ مكانها بالقيمة، وصاحب القرن... إلخ".^{١١٩١} فأصبح من قبيل الإكراه بحق. فالمالكية ذكروا حالتين للنزع: نزع ملكية خاصة لمصلحة خاصة أخرى. والشافعية كذلك أقرّوا هذا المبدأ، كما ورد:

^{١١٨٤} الزمخشري، جاز الله أبو القاسم محمود بن عمر، *رؤوس المسائل*، تحقق: عبد الله نذير أحمد، بيروت: دار البشائر الإسلامية للطباعة والنشر والتوزيع، ط ١ (١٤٠٧هـ/١٩٨٧م)، ٤٥٢/١.
^{١١٨٥} ابن منظر، *لسان العرب*، ٤٣٩٥/٦.
^{١١٨٦} أحمد مختار عبد الحميد عمر، *معجم اللغة العربية المعاصرة*، ٢١٢١/٣.
^{١١٨٧} أبو يوسف، *الخراج*، ٦٦-٦٥.
^{١١٨٨} عبد الكريم زيدان، *القيود الواردة على الملكية*، جمعية عمال المطابع التعاونية، الأردن، (١٤٠٢هـ/١٩٨٢م)، ٩٠.
^{١١٨٩} الشاطبي، *الموافقات*، ٣٧٥/١.
^{١١٩٠} شيخ زاده، *مجمع الأنهر*، ٧٤٨/١.
^{١١٩١} القرافي، *الذخيرة*، ٣٣١/٦.

"لما استخلف عمر - رضي الله عنه - وكثر الناس، وسَّع المسجد، واشترى دورًا وزادها فيه، وهدم على قوم من جيران المسجد أبوا أن يبيعوا، ووضع لهم الأثمان حتى أخذوها".^{١١٩٢}

وذكر ابن القيم حالة أخرى احتاج فيها المسلمون إلى نزع ملكية عقار، كما في "قصة شراء الرسول ﷺ أرض مسجده من اليتيمين"، وقال بأن فيه دليلًا على جواز بيع عقار اليتيم، وإن لم يكن محتاجًا إلى بيعه للنفقة، إذا كان في البيع مصلحة للمسلمين عامة، لبناء مسجد أو سور أو نحوه، وغُوض عنه بما هو خير له".^{١١٩٣} هذه خلاصة من أقوال الفقهاء حول تملك العقار جبرًا عن مالكة، ونرى أن مسألة نزع الملكية الفردية للمنفعة العامة محل اتفاق بينهم، لكن يُشترط لنزعها شروط:

١. أن يتعيَّن إزالة الملك في ملك الفرد على الحقيقة، بمعنى: إذا أمكن عدم المساس بملكه مع وجود طريق آخر، فلا يصح نزعها؛ لأن للملكية حرمة، فلا بد من الموازنة بين ما كان متعيَّنًا ولا طريق آخر إلا بانتزاعه، أو أن هناك طريقًا آخر، وهذا أفضل. فلو أرادت الدولة شق طريق، واعترض البيت مكان عملهم، وأمكن شقه من أرض مجاورة، تعيَّن النزع في الأرض لا في البيت. وأشار إلى ذلك ابن عابدين: "لعل الأخذ كرهًا ليس في كل مسجد ضاق، بل الظاهر أن يختص بما لم يكن في البلد مسجد آخر، إذ لو كان فيه مسجد آخر يمكن دفع الضرورة بالذهاب إليه، نعم، فيه حرج، لكن الأخذ كرهًا أشدَّ حرجًا منه".^{١١٩٤}
٢. أن تكون ضرورة لصيانة الجماعة عن الهلاك، كما ذكر المالكية النزع لتوسعة المسجد، بالأخص إذا كان مما تُقام به صلاة الجمعة، والطريق الذي يُوصل به إلى المسجد دون الطرق الأخرى وقد قيل: "الحاجة تُنزِّل منزلة الضرورة، عامة كانت أم خاصة".^{١١٩٥}
٣. أن يتولى النزع الحاكم أو نائبه؛ لأنه تصرف الإمام منوط بالمصلحة، والنزع شرع لتحقيق المصلحة العامة، وهو ممثِّل عن الأمة في ذلك، فأنيط التصرف به.

يقسم الفقهاء الأرض إلى مملوكة لمسلم أو ذمي، وغير مملوكة كالجبال والمفاوز وما انجلى عنها أهلها، والصلح والعنوة والموات والتي أسلم عليها أهلها، ونتبع في ذلك تقسيم القاسم ابن سلام في كتاب الأموال: "أرض أسلم عليها أهلها فهي لهم ملك أيماهم، وهي أرض عشر، لا شيء عليهم فيها غيره، وأرض افتتحت صلحًا على خرج معلوم فهي على ما صولحوا عليه، وأرض أخذت عنوة فهي التي اختلف فيها المسلمون".^{١١٩٦} يرى الإمام الماوردي قصر مصطلح الغنيمة على الأموال المنقولة دون العقارات: "الأموال المنقولة هي الغنائم المألوفة".^{١١٩٧}

3.2.1. استملاك الأراضي التي جلا عنها أهلها كأرض بني النضير، تصوير وفقًا على المسلمين، أي ملكية عامة لهم؛ لأنها تأخذ حكم الفيء، والفيء "هو كل مال صار للمسلمين من الكفار من غير قتال كالجزية والخراج الصلحي والعشور".^{١١٩٨} وهو على نوعين: ما هربوا عنه وتركوه خوفًا من المسلمين، منقولًا أو غير منقول، فتنقل إلى ملكية الدولة، ويتخير الإمام بين قسمتها

^{١١٩٢} الماوردي، *الأحكام السلطانية*، ٣٣٤/١.

^{١١٩٣} ابن القيم الجوزية، محمد بن أبي بكر بن أيوب، *بدائع الفوائد*، بيروت، دار الكتب العلمية، دت، ٢٠٨/٣.

^{١١٩٤} ابن عابدين، *رد المحتار*، ٣٧٩.

^{١١٩٥} مصطفى الزرقاء، *شرح القواعد الفقهية*، ٢٠٩/١.

^{١١٩٦} القاسم ابن سلام الهروي، *الأموال*، ١٤٢/١.

^{١١٩٧} الماوردي، *الأحكام السلطانية*، ٢٧١/١.

^{١١٩٨} الشحود، علي نايف، *الخلاصة في أحكام أهل النمة*، دم. دت، دن، ٤٤٥/١.

أو وقفها أو بيعها وقسمة ثمنها، خلافاً لما جاء في تقسيم أموالهم في الغنيمة، فإن عقارهم ومنقولهم على حد سواء؛ لأنهم ملكوها بكسبهم وفعلهم. وبوّب الإمام الشافعي فرعاً "كون الشيء مما لا ينقل"، فقال بأن أربعة أخماس الشيء من الدور والأراضي تُصرف على المصالح العامة وتُستغل عليهم في كل عام".^{١١٩٩} فيه دليل على أن الأمر فيه راجع إلى رأي الإمام في ذلك في مال الشيء دون مال الغنيمة، ورواية عند الحنابلة وافقوا فيها رأي الشافعية بأن الأراضي التي انجلى عنها أهلها في عقار الشيء مخير الإمام بين وقفها أو تقسيمها على الجنود. "فأما عقار الشيء من بناء أو أرض فالمذهب أنه لا يصير وقفاً، بل الإمام مخير بين أن يجعله وقفاً ويقسم غلته في كل سنة".^{١٢٠٠} والرأي الثاني عندهم أن تكون الأرض وقفاً: "وما جلى عنها أهلها فيصير وقفاً بنفس الظهور عليها".^{١٢٠١} فملكية المسلمين عليها أسبق وأقدم من ملكية الكفار

3.2.2. استملاك الأراضي التي فتحت عنوة (الأراضي المفتوحة عسكرياً) استعمل الفقهاء مصطلح الغنيمة وأرادوا به "ما أخذ من أموال أهل الحرب عنوة بطريق القهر والغلبة".^{١٢٠٢} فلا خلاف بين الفقهاء في أن الفتح الإسلامي للبلاد سبب من أسباب التملك وانتقاله إلى سيادة الدولة وتملكه بالاستغنام وإزالة ما كان من ملك قديم إلى ملك جديد فهذا محل اتفاق بينهم لقوله ﷺ: ﴿وَأَعْلَمُوا أَنَّمَا غَنِمْتُمْ مِنْ شَيْءٍ فَإِنَّ لِلَّهِ خُمُسَهُ وَلِلرَّسُولِ وَلِذِي الْقُرْبَىٰ وَالْيَتَامَىٰ وَالْمَسَاكِينِ وَابْنِ السَّبِيلِ﴾.^{١٢٠٣} واتجهت أنظار الفقهاء تبعاً لاختلافهم في الأدلة إلى أربع اتجاهات اعتبارها ملكية للغنمين وقسمتها على المحاربين أو التخيير بين الوقف التقسيم وتركها فيئا على المسلمين أو التخيير بين تقسيم الأرض وإقرارها بيد أصحابها وقوله ﷺ: ﴿وَأَعْلَمُوا أَنَّمَا غَنِمْتُمْ مِنْ شَيْءٍ﴾.^{١٢٠٤} وقوله ﷺ: «أيما قرية آتيتوها وأقمتم فيها فسهكم فيها، وأيما قرية عصت الله ورسوله فإن خمسها لله ورسوله ثم هي لكم». ^{١٢٠٥} هذا الحديث يبين نوعين من التملك إما بالصلح أو بالعنوة قال الخطابي: "فيه دليل على أن أرض العنوة حكمها حكم سائر الأموال التي تغنم ان خمسها لأهل الخمس وأربعة أخماسها للغنمين"^{١٢٠٦} فالآية والحديث "عامة في المنقول، والأرض".^{١٢٠٧} في كل مال للكفار أخذ عنوة يكون حكمها حكم سائر الأموال التي تغنم وأكد عدم التفريق قوله ﷺ: «افتتحنا خيبر فلم نغنم ذهباً ولا فضة إنما غنمنا الأبل والبقر والمتاع والحوائط». ^{١٢٠٨} والحوائط الضياع والبساتين أما آية الحشر فهي خاصة بالعقار ودليل تخصيص الآية بالعقارات من العطف الوارد من قوله ﷺ: ﴿وَالَّذِينَ جَاءُوا مِنْ بَعْدِهِمْ﴾ ^{١٢٠٩} وملكية المسلمين في مالهم أقدم من ملك الكفار "والأحقية بالأسبقية ظاهرة لا خفاء بها. فالمسلمون عندما غنموا الكفار؛ ثبت لهم حق الملكية بتشريع خالق الجميع".^{١٢١٠}

فجميع الناس الحاضرين والآتئين يلزمهم أن يكونوا شركاء في الشيء، ومعلوم أن ما عدا العقار من الأموال المنقولة لا بقاء لها، ولا يتصور أن يستفيد من أعيانها من يأتي بعد، فكان دليل العطف في الآية أن المقصود العقار دون غيرها من الأموال. استدلل

^{١١٩٩} العمراني، البيان في مذهب الشافعي، ١٢/٢٤٦.

^{١٢٠٠} الرملي، نهاية المحتاج، ١٤٢/٦.

^{١٢٠١} ابن قدامة، المغني، ٥٧٧/٢.

^{١٢٠٢} وهبة الزحيلي، أثر الحرب في الفقه الإسلامي، دمشق، دار الفكر، ط٣ (١٩٩٨م)، ٥٣٠.

^{١٢٠٣} الانفال ٤١/٨

^{١٢٠٤} الانفال ٤١/٨

^{١٢٠٥} صهيب عبد الجبار، الجامع الصحيح، ١١٩/٣٧.

^{١٢٠٦} الشوكاني، نيل الأوطار، إدارة الطباعة المنيرية، دم، دت، ١١٨/٨.

^{١٢٠٧} وزارة الأوقاف الشؤون الإسلامية، الموسوعة الفقهية الكويتية، ١١٨/٣.

^{١٢٠٨} البيهقي، السنن الكبرى، ٥١٥/٦.

^{١٢٠٩} الحشر ١٠/٥٩.

^{١٢١٠} أيوب، حمد بن سليمان، موسوعة محاسن الإسلام ورد شبهات اللنام، إشر: د. سليمان الدريع، دم، دار إيلاف الدولية للنشر والتوزيع، ط١ (١٤٣٦هـ/٢٠١٥م)، ٢٣٥/١٠.

عمر بن الخطاب - رضي الله عنه - من الآية أي الحشر فقال: "استوعبت هذه الآية الناس، فلم يبقَ أحد من المسلمين إلا له فيها حق".^{١٢١١} بالأموال غير المنقولة وقسمتها حاجز عن التنقل إلى من بعدهم، فيرى الجصاص "أن آية الأنفال خاصة بالغنائم المنقولة دون العقار، وآية الحشر خاصة بالعقار".^{١٢١٢} هذا من جهة نوع المال، أما الوجه الآخر للآيتين، فإن آية الأنفال لا خلاف في أنها تعين الأموال المأخوذة عنوة، وآية الحشر في قوله ﷺ: ﴿وَمَا أَفَاءَ اللَّهُ عَلَى رَسُولِهِ مِنْهُمْ فَمَا أُوجِفْتُمْ عَلَيْهِ مِنْ خَيْلٍ وَلَا رِكَابٍ﴾^{١٢١٣} لا خلاف في أنها تعني الأموال المأخوذة بدون قتال، أما اختلاف الفقهاء كان في قوله ﷺ: ﴿وَمَا أَفَاءَ اللَّهُ عَلَى رَسُولِهِ...إِلَى قَوْلِهِ: وَالَّذِينَ جَاءُوا مِنْ بَعْدِهِمْ يَقُولُونَ﴾^{١٢١٤} فهل المراد في قوله: ما أفاء الله على رسوله نفس المقصود بما أفاء الله على رسوله في الآية قبلها، أي الأموال التي جاءت بدون قتال؟ أم المقصود به الأموال التي تحدث عنها في آية الغنائم بسورة الأنفال؟ فهذا الاحتمال الواقع في الآية الثالثة كان السبب في خلاف الفقهاء حول مصير الأراضي والعقارات التي يغنمها المسلمون من أعدائهم إثر مقاومة وحرب، فاختلّفوا في تقسيم ملكية أراضي العنوة. فمذهب الحنفية يرى بأن الإمام مخير بين الوقف أو إقرارها بأيدي أصحابها: "الإمام مخير في أرض العنوة بين قسمها وتركها، وبين قسم بعضها وترك بعضها".^{١٢١٥} جواز التخيير عندهم ثبت حكمه بدلالة الآية، وإجماع السلف، والسنة، تخيير الإمام في قسمة الأراضي أو تركها ملكاً لأهلها".^{١٢١٦} كفعله ﷺ في تقسيم أراضي خيبر ووقف أراضي مكة.

يرى المالكية أن أرض العنوة لها حكم الوقف على المسلمين لفعل عمر بن الخطاب في العراق ومصر والشام، وسبب خلافهم التعارض الظاهري بين آية الغنيمة في سورة الأنفال مع آية الفء في سورة الحشر؛ فيرى مالك ملكية "كل ما افتتح بعد عمر من العنوة، فالشأن فيها أن تترك كما فعل عمر".^{١٢١٧} الشافعية على أن أرض العنوة تُجعل وقفًا، وتُقسم أعيانها على المقاتلين، وتكون أرضًا عشرية، تملك: "فَتَكُونُ غَنِيمَةً كَالْأَمْوَالِ، تُقَسَّمُ بَيْنَ الْغَانِمِينَ، إِلَّا أَنْ يَطِيبُوا نَفْسًا".^{١٢١٨} والحنابلة على نفس رأي المالكية والشافعية في كون أرض العنوة لا تملك "أَمَّا الْمُسْلِمُونَ فَإِنَّهُمْ يَمْلِكُونَ رَقَبَةً أَرْضَ الْعُنُوتِ".^{١٢١٩} مالمهم غير معصوم بسبب الكفر.

3.2.3. الاستملاك للمصلحة العامة شهدت السنة النبوية وقائع في عصره ﷺ لاستملاك المال غير المنقول لأجل المصلحة العامة، وقد ورد ما يدل على ذلك حينما أراد رسول الله ﷺ بناء المسجد، قال: «يَا بَنِي النَّجَّارِ، ثَامِنُونِي بِحَايِطِكُمْ هَذَا».^{١٢٢٠} ومما يؤكد على صحة جواز الاستملاك للمصلحة ما قرره "مجلس مجمع الفقه الإسلامي في دورة مؤتمره الرابع بجدة في المملكة العربية السعودية من ١٨-٢٣ جمادى الآخر ١٤٠٨هـ، الموافق ٦-١١ فبراير ١٩٨٨م، بعد الاطلاع على البحوث الواردة إلى المجمع بخصوص موضوع انتزاع الملك للمصلحة العامة: ثانيًا: لا يجوز نزع ملكية العقار للمصلحة العامة إلا بمراعاة الضوابط والشروط:

^{١٢١١} أبو داود، السنن، ١٤١/٣.
^{١٢١٢} الجصاص، أحكام القرآن، ٣١٩/٥. بتصرف.
^{١٢١٣} الحشر ٦/٥٩.
^{١٢١٤} الحشر ١٠٧/٥٩.
^{١٢١٥} على بن أبي العز، التنبيه على مشكلات الهداية، تحقق: عبد الحكيم شاكر، السعودية، مكتبة الرشد، ط١ (١٤٢٤هـ/٢٠٠٣م)، ٢٣٢/٤.
^{١٢١٦} الجصاص، أحكام القرآن، م.س، ٣٢٠/٥.
^{١٢١٧} القرطبي، البيان والتحصيل، تحقق: الدكتور محمد حجي، بيروت، دار الغرب، ط٢ (١٤٠٨هـ/١٩٨٨م)، ٥١٣/١٧.
^{١٢١٨} الماوردي، الأحكام السلطانية، م.س، ٢٦٧/١.
^{١٢١٩} السيوطي، مصطفى بن سعد بن عيده، مطالب أولي النهى في شرح غاية المنتهى، دم، المكتب الإسلامي، ط٢ (١٤١٥هـ/١٩٩٤م)، ٦٩٤/٣.
^{١٢٢٠} البخاري، صحيح البخاري، ١٢/٤.

١. "أن يكون نازعه ولي الأمر أو نائبه في ذلك المجال.
٢. أن يكون نزع العقار مقابل تعويض فوري عادل يقدره أهل الخبرة، بما لا يقل عن ثمن المثل.
٣. أن لا يؤول العقار المنزوع من مالكه إلى توظيفه في الاستثمار العام أو الخاص، وألا يُعجل بنزع ملكيته قبل الأوان.
٤. أن يكون النزع للمصلحة العامة التي تدعو إلى ضرورة عامة أو حاجة عامة تنزل منزلتها، كالمساجد، والطرق، والجسور." ١٢٢١

قد تقتضي أحياناً نزع الملكية الخاصة من المال غير المنقول للمصلحة العامة، وكثيراً ما نرى مثل ذلك كاستملاك طريق أو بناء دائرة حكومية أو مركز صحي أو مدرسة، وهنا قد يحدث اعتراض من قبل مالك المال على ذلك باعتبار أن الإسلام قرر مبدأ الملكية الفردية، ولكن في مثل هذه الحالات نزع هذا المال مقابل تعويض يجوز "وَلَوْ ضَاقَ الْمَسْجِدُ عَلَى النَّاسِ وَبَجَنِيهِ أَرْضٌ لِرَجُلٍ تُؤْخَذُ أَرْضُهُ بِالْقِيَمَةِ كُرْهَا" ١٢٢٢ وهذا الشكل من الاستملاك من قبيل تحويل الملكية الخاصة إلى ملكية عامة المادة (١٢١٦) "يُؤْخَذُ لَدَى الْحَاجَةِ مِلْكٌ أَيْ أَحَدٍ بِقِيَمَتِهِ بِأَمْرِ السُّلْطَانِ، وَيُلْحَقُ بِالطَّرِيقِ، وَلَكِنْ لَا يُؤْخَذُ مِلْكُهُ مِنْ يَدِهِ مَا لَمْ يُؤَدَّ لَهُ الثَّمَنُ." ١٢٢٣ وجاء آثار عن الخفاء الراشدين من استملاك وتحويل الملكية الخاصة إلى ملكية عامة "بئر رومة بالمدينة اشتراها عثمان - رضي الله عنه - وسبلها: أي جعلها وقفاً" ١٢٢٤ وهذه المسألة، تطرّق إليها الفقهاء كثيراً، وسُميت عندهم بالإكراه بحق: "الإكراه بحق لا يعدم الاختيار شرعاً" ١٢٢٥ البيع والشراء، الأصل فيه التراضي، إلا إذا أبى المالك، وكان هناك ضرر على المصلحة العامة، أجبره الحاكم على بيعه، فيكون لمن "له ولاية شرعية في حمل الغير على فعل مشروع، وبالإلزام للحكم القضائي" ١٢٢٦

يفيد الاختصاص بالشيء المقتطع من العقار حقاً في التملك، ويمنح صاحبه حق الأولوية في استثمار ما منح له، سُمي الإقطاع "قطيعة" لأنه اقتطع من جملة الأرض. ونظيره في العصر الحالي عقد (B.O.O.T) أو بما يُعرف بالبناء والتملك والتشغيل والتحويل، كمنح الدولة مستمراً لتطوير بناء أو تحديث أحد المرافق العامة، يكون عائد ماله خلال مدة الترخيص له على شرط الانتهاء منه، والالتزام بنقل كافة أصول المشروع إلى الدولة، فتنتفع الدولة بها دون تحمّل تكاليف مالية.

3.3. إقطاع المال غير المنقول يفيد الاختصاص بالشيء المقتطع من العقار حقاً في التملك، ويمنح صاحبه حق الأولوية في استثمار ما منح له، سُمي الإقطاع "قطيعة" لأنه اقتطع من جملة الأرض "١٢٢٧ ونظيره في العصر الحالي عقد (B.O.O.T) أو بما يُعرف بالبناء والتملك والتشغيل والتحويل، كمنح الدولة مستمراً لتطوير بناء أو تحديث أحد المرافق العامة، يكون عائد ماله خلال مدة الترخيص له على شرط الانتهاء منه، والالتزام بنقل كافة أصول المشروع إلى الدولة، فتنتفع الدولة بها دون تحمّل تكاليف مالية.

١٢٢١ منظمة المؤتمر الإسلامي، مجلة مجمع الفقه الإسلامي التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي، ١٤٠٤/٤.

١٢٢٢ الزيلعي، تبیین الحقائق، ٣/ ٣٣١.

١٢٢٣ لجنة مكونة من عدة علماء وفقهاء في الخلافة العثمانية، مجلة الأحكام العدلية، م.س، ٢٣٥/١.

١٢٢٤ ابن كثير، أبو الفداء إسماعيل بن عمر، البداية والنهاية، تحقق: علي شيري، د.م، دار إحياء التراث العربي، ط ١ (١٤٠٨هـ/١٩٨٨م)، ٢٠٠/٧.

١٢٢٥ شيخ زاده، مجمع الأنهر، ٤٣٠/٢.

١٢٢٦ المشوخي، زياد بن عابد، الاستضعاف وأحكامه في الفقه الإسلامي، الرياض، دار كنوز إشبيليا للنشر، ط ١ (١٤٣٤هـ/٢٠١٣م)، ٤٧/١.

١٢٢٧ الشنقيطي، لوامع الدرر في هتك أستار المختصر، ٣٢٤/١١.

واتفق أهل العلم على مشروعيته، والأصل في الإقطاع السنة المطهرة والإجماع، وقد جاء في ذلك أحاديث تدلّ على وقوعه من رسول الله ﷺ، فروي عن علقمة بن وائل، عن أبيه: «أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ أَقْطَعَهُ أَرْضًا بِحَضَرِ مَوْتٍ». ١٢٢٨ أورد أبو داود هذه الترجمة في باب في إقطاع الأراضين وأما وهو " يدل على ما ترجم له المصنف من ثبوت الإقطاع عن رسول الله ﷺ". ١٢٢٩ ظهور نظام الإقطاع في الدولة العثمانية كان بالدرجة الأولى إقطاعاً عسكرياً، فكانت حيازتهم للأرض تتفاوت حسب مناصبهم العسكرية والإدارية، وكانت تُسمّى الثيمار بالتركية (Timar)، وهو "نظام إقطاعي لملكية الأرض أدخله العثمانيون ليحل محل الإقطاع العسكري" ١٢٣٠، إلى أن صدر قانون الأراضي العثماني وقسم الأراضي إلى خمسة أقسام" وارتبطت كلمة الإقطاع في الاصطلاح بالنظام الاقتصادي والسياسي والاجتماعي الذي تميّز به الغرب المسيحي في العصور الوسطى، والذي يقوم على علاقة التبعية بين السيد الإقطاعي -المالك لمساحات كبيرة من الأرض الزراعية- ومن يقطعه أرضاً للمنفعة لا للرقبة، لقاء تعهده بتقديم عمل أو مال يدفعه وفاءً لالتزامات التبعية الإقطاعية والمساعدة العسكرية". ١٢٣١

ويُعدّ الإقطاع سبباً مكسباً للملكية العقارية، جاء تعريفه لغةً: "مصدر أقطعه إذا ملكه، أو أذن في التصرف بالشيء". ١٢٣٢ والمتصرف في الإقطاع رئيس الدولة "نظام يقوم على العلاقة بين السادة ونوابهم يُقضي بأن يملك الأولون الآخرين قطائع من الأرض على سبيل المنحة لهم ولأولادهم". ١٢٣٣ وفي المصباح المنير: "أقطع الإمام الجند البلد إقطاعاً، جعل لهم غلتها رزقاً". ١٢٣٤ والاقطاع يكون تملك وغير تملك وهو خاص بالأرضين، ولا يكون في الأشياء المنقولة، ويطلق الإقطاع في مصطلح الفقهاء بالمعنى اللغوي ولكنه في خصوص الأراضي والمرافق العامة، والذي يكون من شؤون الإمام والحاكم نفسه عرف المالكية الاقطاع "تَمْلِكُكَ الْإِمَامُ جُزْءًا مِنْ الْأَرْضِ الْحَبْسِ" ١٢٣٥ فيرى المالكية بأن إقطاع الإمام سبب من أسباب التملك، وهو ملكٌ مجرد، يجوز لصاحبه بيعه، وهبته، ويورث عنه، وليس من الإحياء، ولا يصح إلا في موات لم يستقر عليه ملك لأحد، وفي موات ما جَلَّتْ عنه أهله بغير قتال، لا موات أرض العنوة؛ لأنها موقوفة على مصالح المسلمين، ولا تفيد الملك التام، بل إقطاع انتفاع.

في حين يرى الشافعية بأن للإمام أن يقطع رقبة الأرض الموات: "أَنَّ لِلْإِمَامِ الْإِقْطَاعَ لِتَمْلِكِ الرِّقْبَةَ، وَلِتَمْلِكِ الْمُنْفَعَةَ فَقَطْ، بِحَسَبِ مَا يَرَاهُ مِنَ الْمَصْلَحَةِ، سَوَاءً أَهْلُ النَّجْدَةِ وَغَيْرُهُمْ". ١٢٣٦ أما الحنابلة، فقد قسموا الإقطاع إلى ثلاثة أقسام: "إِقْطَاعُ تَمْلِكِ، وَإِقْطَاعُ اسْتِغْلَالٍ، وَإِقْطَاعُ إِزْقَاقٍ". ١٢٣٧ فإقطاع التملك في أرض الموات، والعامر، والمعادن، وإقطاع الاستغلال من أخذ ناتج الأرض، كالغش أو الخراج، نظير الانتفاع، وإقطاع الموات لا يُفِيدُ ملكاً إلا بالإعمار، لكن يُمنَحُ حقَّ أولوية، وأُجِيزَ إقطاع الإرفاق شريطة عدم الإضرار بالمارة: "وَلِلْإِمَامِ إِقْطَاعُ جُلُوسٍ بِطَرِيقٍ وَاسِعَةٍ وَرَحْبَةٍ مَسْجِدٍ غَيْرِ مَحْوَطَةٍ مَا لَمْ يَضِقْ عَلَى النَّاسِ". ١٢٣٨

١٢٢٨ البيهقي، شرح السنة، ٢٧٧/٨.

١٢٢٩ العباد، عبد المحسن، شرح سنن أبي داود، د.م، د.ت، د.ت، ٣١٠/١٦. قال المنذري وأخرجه الترمذي وقال حسن صحيح.

١٢٣٠ الجندي وأمل، خالد عبد القادر، وأمل عبد الغني عيسى، قانون الأراضي في الدولة العثمانية، أنقرة: Iksad Publications، سبتمبر (٢٠٢١م)، 12-1-ISBN 978-625-8007-61.

١٢٣١ المجلس الأعلى للشئون الإسلامية، موسوعة المفاهيم الإسلامية العامة، أعده للشاملة عويسيان التميمي البصري - مصر، د.ط، د.ت، ٤٢/١.

١٢٣٢ محمد رواس قلججي وحامد قنبي، معجم لغة الفقهاء، ٨٤/١.

١٢٣٣ إبراهيم مصطفى وآخرون، المعجم الوسيط، ٧٤٥/٢.

١٢٣٤ الفيومي، أحمد بن محمد بن علي، المصباح المنير، بيروت، المكتبة العلمية، د.ت، ٥٠٨/٢.

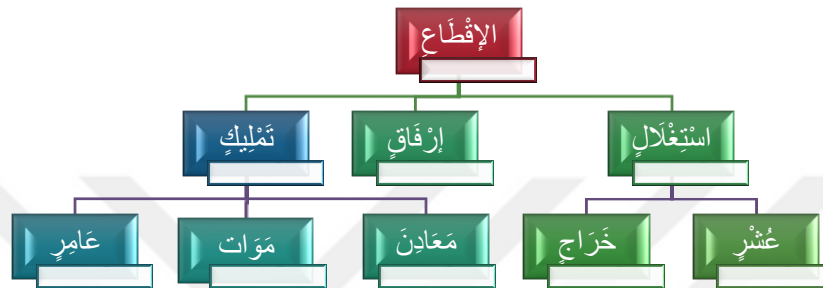
١٢٣٥ الخرشي، شرح مختصر خليل للخرشي، ٦٩/٧.

١٢٣٦ ابن حجر الهيتمي، تحفة المحتاج، مصر، المكتبة التجارية، (١٣٥٧هـ/١٩٨٣م)، ٢١٥/٦.

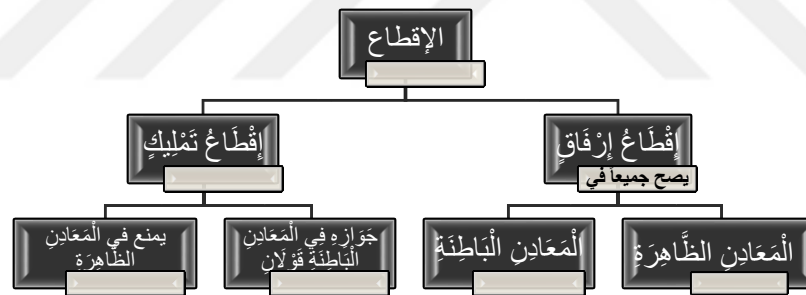
١٢٣٧ البهوتي، كشف القناع، ١٩٥/٤.

١٢٣٨ البهوتي، شرح منتهى، ٣٦٨/٢.

وهو من قبيل تنظيم الحركة التجارية، لا يُفيد ملكًا تامًا، إنما لصاحبه حق الانتفاع في الموضع الذي جلس به. وقد حظي الإقطاع في قديم الزمان، والحضارات الأوروبية، مكانة اجتماعية فيما بينهم، فكان نظام الإقطاع "وسيلة حفظ النظام الاجتماعي في الإمبراطورية السومرية، فقد كان الملك عقب كل حرب يقطع الزعماء الوسائل مساحات واسعة من الأرض، ويُعفيها من الضرائب".^{١٢٣٩} وقد كان يُمارس في الجاهلية، على عكس ما طبقه الإسلام، فمعروف بين الجاهليين، وخاصة بين أهل العربية الجنوبية: "وقد كان إقطاعًا للأرض لئلا تُستغل زراعة، وإقطاعات لاستغلال ما فيها من ماء أو معدن".^{١٢٤٠}



هذا الرسم البياني هو تقسيم المذهب الحنبلي للإقطاع، بخلاف المذهب الشافعي، فالإمام الماوردي قسم الإقطاع إلى قسمين، ولكل قسم منهما أحكام تختلف بحسب محله



أما الحنفية فقد أجازوا الإقطاع لمن له حق في بيت المال "فالإمام يملك إقطاع الموات من مصالح المسلمين لما يرجع ذلك إلى عمارة البلاد".^{١٢٤١} ويتناول الإقطاع إما تملك رقبة أو تملك منفعة فالمالكية يرى بأن الإقطاع يفيد ملك الرقبة "وإذا أقطع الإمام رجلاً أرضاً كانت ملكاً له، وإن لم يعمرها، ولا عمل فيها شيء، يبيع ويهب ويتصرف، وتورث عنه، وليس هو من الإحياء بسبيل، وإنما هو تملك مجرد".^{١٢٤٢} وأما الشافعية: "إعلم أن الإقطاع ضربان: إقطاع إرفاق، وإقطاع تملك".^{١٢٤٣} والحنابلة فقالوا بأنه الإقطاع يفيد ملك المنفعة ليستفيد لنفسه، لا ليعاوض عليه ومالكة بمثابته المحتجر الذي يصير به صاحبه أحق بالإحياء

^{١٢٣٩} ويليام جيمس ديورانت، قصة الحضارة، تقديم: الدكتور محيي الدين صابر، ترجمة: الدكتور زكي نجيب محمود وآخرين، دار الجيل - بيروت، د. ط. ١٤٠٨ هـ / ١٩٨٨ م) ٢/ ٢٧.

^{١٢٤٠} جواد علي، المفصل في تاريخ العرب قبل الإسلام، د. ط. دار الساقى، ط ٤ (١٤٢٢ هـ / ٢٠٠١ م)، ٩/ ٢٦٢.

^{١٢٤١} الكاساني، بدائع الصنائع، ٦/ ١٩٤.

^{١٢٤٢} ابن شاس، عقد الجواهر الثمينة في مذهب عالم، ٣/ ٩٥٠.

^{١٢٤٣} الروياني، بحر المذهب، ٧/ ٣٠٢.

من غيره أما الحنابلة فكان عندهم تفصيل في الإقطاع فقسموه إلى ثلاث أقسام: "إِطْعَامُ تَمْلِيكِ، وَإِطْعَامُ اسْتِغْلَالٍ، وَإِطْعَامُ إِزْقَاقٍ".^{١٢٤٤}

واشترط الشافعية في إقطاع الإمام على رقبة العقار كانت أو على منفعة دون رقبته: "أَنَّ إِطْعَامَ السُّلْطَانِ إِنَّمَا يَتَوَجَّهُ إِلَى مَا كَانَ مُبَاحًا مِنَ الْأَرْضِ لَمْ يَجْرَ عَلَيْهِ مِلْكٌ مُسْلِمٌ"^{١٢٤٥}، فالإقطاع في الأرض الموات في كونه خارجاً عن حقوق الأملاك.^{١٢٤٦}

وهنا مسألة متعلقة بالأموال غير المنقولة، فيما يكون في باطن الأرض من المعادن؛ فذهب الحنفية إلى أن "إقطاع المعادن إنما يجوز إذا كانت باطنة، لا يُنَال منها شيء إلا بتعب ومؤنة، كالملاح، والنفط، والفيروز، والكبريت، ونحوها. وما كانت ظاهرة، يحصل المقصود منها من غير كدٍّ وصناعة، لا يجوز إقطاعها، بل الناس فيها شرع"^{١٢٤٧} يرى الشافعية، استناداً إلى قول الماوردي، أن المعادن نوعان: "قَدْ ذَكَرْنَا أَنَّ الْمَعَادِنَ ضَرْبَانِ ظَاهِرَةٌ وَبَاطِنَةٌ"^{١٢٤٨} والحنابلة إلى أنه لا يجوز للإمام إقطاع المعادن "وليس للإمام إقطاع المعادن الظاهرة. وقال أصحابنا: وكذلك المعادن الباطنة"^{١٢٤٩}. على خلاف بين ما هو ظاهر منها وما هو باطن، لأن الناس متساوون فيها لا فرق بين كبيرهم وصغيرهم ودليلهم رواية بهيسة عن أبيها قال: «استأذن أبي النبي ﷺ فدخل بينه وبين قميصه، فجعل يقبل ويلتزم ثم قال: يا رسول الله ما الشيء الذي لا يحل منعه؟ قال الماء قال يا نبي الله ما الشيء الذي لا يحل منعه؟ قال الملاح قال يا نبي الله ما الشيء الذي لا يحل منعه؟ قال يا نبي الله ما الشيء الذي لا يحل منعه؟ قال إن تفعل خيراً لك». ^{١٢٥٠} وأثر المعادن المتصلة بالأموال غير المنقولة يترتب عليها التزامات مالية من قبل مالك الأرض مرتبطة بالموقع والتصنيف الفقهي لها.

فالحديث يدل على أن المعادن التي تتعلق بها حاجة الناس هم فيها شركاء، وأشار الماوردي إلى ذلك بقوله: «فإن أقطعت هذه المعادن الظاهرة لم يكن لإقطاعها حكم، وكان المُقْطَع وغيره فيها سواء، وجميع من ورد إليها أسوة، مشتركون فيها، فإن منعهم المقطع منها، كان بالمنع متعدداً، وكان لأخذه مالكا متعدياً بالمنع لا بالأخذ، فكفَّ عن المنع، وصرَّح عن مداومة العمل، لئلا يثبته إقطاعاً بالصحة، أو يصير معه كالأملاك المستقرة".^{١٢٥١}

أوجه الاختلاف بين الأحياء والإقطاع

- ❑ الإقطاع يحصل به التملك كما مر، بخلاف الحمى؛ يرى ابن القاسم أن الإقطاع تملك تام.^{١٢٥٢}
- ❑ "أما من حيث من له سلطة التملك، ففي الحمى يكون للإمام ونائبه، وإن لم يأذن له الإمام، بخلاف الإقطاع، فليس لنائب السلطان إقطاع إلا بإذن".^{١٢٥٣}

^{١٢٤٤} البهوتي، *كشف القناع*، ١٩٥/٤.

^{١٢٤٥} الماوردي، *الحاوي الكبير*، ٤٩٣/٧.

^{١٢٤٦} الجويني، عبد الملك بن عبد الله بن يوسف، *نهاية المطلب في دراية المذهب*، تحقق: أ. د عبد العظيم محمود الديب، دم، دار المنهاج، ط ١ (١٤٢٨هـ/٢٠٠٧م)، ٣١٥/٨.

^{١٢٤٧} القحطاني وآخرون، أسامة بن سعيد، *موسوعة الإجماع في الفقه الإسلامي*، ٥٧٩/٥.

^{١٢٤٨} الماوردي، *الإقناع*، ١١٨/١.

^{١٢٤٩} ابن قدامة، *الكافي في فقه الإمام أحمد*، ٢٨٤/٢.

^{١٢٥٠} أبو داود، *السنن*، ٢٩٥/٣. حديث ضعيف.

^{١٢٥١} الماوردي، *الأحكام السلطانية*، ٣٩٣/١.

^{١٢٥٢} ابن عرفة، محمد بن محمد الورغمي، *المختصر الفقهي*، تحقق: د. حافظ عبد الرحمن، دم، مؤسسة خلف أحمد الخبتور للأعمال الخيرية، ط ١ (١٤٣٥هـ/٢٠١٤م)، ٣٩٧/٨.

^{١٢٥٣} الصاوي، *حاشية الصاوي*، ١١٧/٩.

✕ "لم يُقَدَّر الإحياء بمساحة معيّنة، فما أحياه إحياءً شرعياً ملكه، ولو كثر، فمساحة الإحياء لا تحديد فيها. بخلاف الإقطاع، فيُقَدَّر بحسب حاجة المُقَطَّع؛".^{١٢٥٤} يقطع الإمام ما قُدِّر على إحيائه، لأنه حقٌّ مشترك.

✕ "لأن الإحياء يكون بمبادرة فردية، أما الإقطاع فمبادرة من الإمام للفرد في إصلاح الأرض والاستفادة منها، باعتباره أسلوباً إسلامياً لتقسيم العمل والطاقات البشرية المُسلَّطة على المصادر الطبيعية، فجعل للفرد المُقَطَّع حقاً في استثمار المصدر الطبيعي، مما يعني أن للفرد الحق بالعمل في ذلك المصدر، ولا يجوز لغيره انتزاعه منه والعمل فيه بدلاً عنه، وتُسترد إذا لم يستطع إحياءها أو زراعتها، فلا يجوز تعطيلها عن الإنتاج. لذا، راعت الشريعة الإسلامية قدرة الفرد على القيام بها حرصاً على الإنتاج، قال الشافعي: "ولا يقطع الإمام إلا قادراً على الإحياء حساً وشرعاً".^{١٢٥٥} لأنه حبس العقار عن الاستثمار أو التداول، إهداراً لمصلحة عامة فيها صلاح العيش لهم. إنَّ مساحة الإحياء لا تحديد فيها، بخلاف الإقطاع، فيُقَدَّر بحسب حاجة المُقَطَّع.

✕ "في الإحياء، للإمام مطالبته بالعمارة، وليس له ذلك في الإقطاع، ويُلزَم اعتبار العمارة في الإحياء ليثبت التملك".^{١٢٥٦}

3.4 جَمَى المال غير المنقول (أرض الحمى) نظام هو نظام إدارة المراعي التقليدي، قامت القبائل العربية، ومنذ القدم، باستخدام هذا النهج في مناطق سكنها في شبه الجزيرة العربية، بالاعتماد على الأنماط المستدامة في استخدام الأراضي، التي من شأنها ضمان البقاء على المدى الطويل، ومواجهة ندرة الموارد، بالأخص المياه. "يَحْمِي أَرْضًا مِنْ الْمَوَاتِ، يَمْنَعُ النَّاسَ رَغْيَ مَا فِيهَا مِنْ الْكَلَالِ، لِيَخْتَصَّ بِهَا ذُوهُمْ".^{١٢٥٧} لا يصح لأحد التصرف بها، لأنها محمية لصالح الدولة والرعية، فإذا زال الحمى، جاز للأفراد تملكها بشرط إذن الإمام.

نهج الإسلام في التحفيز على استصلاح الأرض الميتة وإحيائها لم يكتفِ برصد الثواب الأخروي فقط، بل تعدى إلى إعطاء كل من أحياها حقاً في تملكها، والحمى أحد أدوات الاستخلاف الشرعية. تعتبر الأرض الهدف المقصود في الحمى، وهي مدار الحكم في ذلك. والحمى لغة: "وَأَحْمَى الْمَكَانَ: جَعَلَهُ جَمًى لَا يُقَرَّبُ"^{١٢٥٨} نهى رسول الله ﷺ عن الحمى، فقال: «لا حمى إلا لله ولرسوله». ^{١٢٥٩} ويبدو أن معارضة القائل لمثل هذه الإجراءات من خلال تقييد ملكية الناس قد انعكس ليظهر في حديث الرسول ﷺ، فلم يترك النبي ﷺ أمر إنشاء الحمى مطلقاً، بل قيده، فملكية الموارد ملكية عامة، يتساوى الجميع في استخدامها، ويتبادل الناس والحيوان منفعتها، فهو إقرار للملكية العامة. ومن تتبّع أخبار الحمى في المصادر الأولية، يجد أن وُلاة الأمر من الخلفاء قد توسَّعوا في السماح بالحمى، وكقوله ﷺ: «لَا جَمَى فِي الْأَرَاكِ». ^{١٢٦٠} والحمى كان معروف قبل بعثة النبي ﷺ وبعد بعثته، وكذلك في عهد الخلفاء الراشدين وكانت في الجاهلية تأخذ المفهوم القبلي وهو إما ملك خاص لقبيلة أو لفرد أو أسرته تقرض سيطرتها عليها طلباً لمرعى أو مرود ماء، أو ملك عام، وهي ملك لأبناء القبيلة. فالحمى عند العرب قديماً تنظيم عُرفي لإدارة المراعي، وحسن استغلال المراعي الطبيعية يعود إلى عصر الجاهلية، فكانت تلك الأراضي حقاً عاماً أو مشاعاً، لا تعود ملكيتها لأحد. ثم اعترف

^{١٢٥٤} البسام، توضيح الأحكام من بلوغ المرام، ٧٤/٥.

^{١٢٥٥} الرملي، نهاية المحتاج، ٣٤١/٥.

^{١٢٥٦} الشنقيطي، لوامع الدرر في هتاف أستاذ المختصر، ٣٢٥/١١.

^{١٢٥٧} ابن قدامة، المغني، ٤٢٨/٥.

^{١٢٥٨} الزبيدي، تاج العروس، ٤٧٧/٣٧.

^{١٢٥٩} ابن حبان، صحيح ابن حبان، ٣٤٥/١.

^{١٢٦٠} أبو داود، السنن، ١٤٠/٣.

الإسلام بنظام الحمى، وحصره بالمصلحة العامة دون الخاصة، كضمان قوة المسلمين، مع إدخاله بعض التعديلات، ووضع حدًا للخلاف القبلي، واستبداله بنظام حمى تشرف عليه الدولة. فأصدر الإسلام تشريعًا لحماية مصالح العباد، وقال الشافعي في تفسير قول النبي: ﷺ لا حمى إلا لله ولرسوله ﷺ: "كان الشريف من العرب في الجاهلية، إذا نزل بلدًا في عشيرته، استعوى كلبًا، فحمى لخاصته مدى غواء ذلك الكلب، فلم يزع معه أحد، وكان شريك القوم في سائر المراتع حوله".^{١٢٦١}

وكانت الحمى من أكثر الملكيات الجماعية انتشارًا وشيوعًا في الجاهلية، وكانوا حيث ينتهي صوته أقطع الأرض لنفسه ليختص بها، ويمنع عامة المسلمين من إحيائها، وليس لأحد أن ينفرد عن المسلمين بمنفعة تخصه، وأنه لا حمى إلا على مثل ما حمى رسول الله، بمعنى أنه لا حق لأي أحد في الحمى لنفسه إلا ما كان في مصلحة المسلمين، ويختص بمن قام مقام النبي ﷺ، وهو الخليفة أو الملك، خاصة باعتبار أن الله تعالى استخلفه على جزء من هذا المال الذي نشأت منه ملكيته الخاصة في إحياء الأراضي، فيكون عمله بمقتضى السياسة والإمامة، والحديث عام وخاص؛ فعام من حيث شمول الأئمة والقادة في حمى الأرض، وخاص في كون النبي ﷺ يحمي لنفسه دون غيره، وأجاز الملكية الحمى بشروطها الشرعية.

- أن يكون في مكان خالٍ عن الملك.
- حاجة المسلمين، فلا يجوز أن يحمي لنفسه ولا لغيره عند عدم الحاجة.
- فيه تحقيق مصلحة عامة للناس كدواب الغزاة والصدقة وضعفاء المسلمين.
- أن يكون المحمي قليلًا لا كثيرًا، وضابطها أن لا يكون فيه تضيق على الناس وزائدًا عن حاجتهم".^{١٢٦٢}

والقاعدة المتبعة في أرض الحمى أنه لا يؤخذ عوض ممن يرعى في أراضيها، أو أراضي الموات، أو المراعي التي تملكها الدولة، واستخدمت الأحمية في صدر الإسلام لإبل الزكاة والصدقة، ولخيل المسلمين، وإعداد الحروب. فيمكننا القول بأن مشروعية الحمى التي سعى النبي ﷺ على تحقيقها هي تطوير القوة الدفاعية للجيش الإسلامية وتنظيم الأمور التي تتعلق بالجهاد، فجعل النقيع، وهو من أودية الحجاز، لخير المسلمين. فسمح الإسلام للدولة أن تقوم بحماية مساحات لأغراض الصالح العام، وأوقف الحمى القبلي. وأدرك الصحابة من بعد النبي ﷺ أهمية الحمى، فيذكر البلاذري أن سعد بن أبي وقاص "وجد غلامًا يقطع الحمى، فضربه وسلبه فأسه".^{١٢٦٣}

ورأى الفقهاء أنه يجب للسلطان ألا يحمي جميع أراضي الموات، ولا أن يحمي لنفسه خاصة، ولا أن يحمي الماء العذب، كما أنه لا يحمي للأغنياء ولا لقوم معينين دون غيرهم، بل إذا زالت الحاجة للحمى، واقتضت المصلحة تغييره، جاز نقضه وردّه إلى ما كان عليه قبل إحمائه. وحمى الخلفاء الراشدون كذلك عدة أحمية، كحمى "ضرية".^{١٢٦٤} حمى ضرية، وحمى الريدة، وحمى حایل، وحمى سجي، وحمى الخرمة. رَوَى بن أَبِي شَيْبَةَ بِإِسْنَادٍ صَحِيحٍ عَنْ نَافِعٍ عَنْ عُمَرَ "أَنَّ عُمَرَ حَمَى الرَّيْدَةَ لِئَعْمَ الصَّدَقَةِ".^{١٢٦٥}

^{١٢٦١} الشافعي، الأم، ٤/٤٨.

^{١٢٦٢} الصاوي، حاشية الصاوي، ٩٢/٤.

^{١٢٦٣} البلاذري، أحمد بن يحيى بن جابر بن داود، فتوح البلدان، القاهرة، لجنة البيان العربي، دت، دم، ط١، ٨/١.

^{١٢٦٤} الطبري، أبو جعفر بن جرير، صحيح وضعيف تاريخ الطبري، تحق: البرزنجي، إشراف: محمد صبحي خلاق، دمشق، دار ابن كثير، ط١ (١٤٢٨هـ/٢٠٠٧م)، ٥٣٥/٦.

^{١٢٦٥} ابن حجر، فتح الباري، ٤٥/٥.

لكون الصحابة يقومون مقامه ﷺ في النظر في مصالح الدولة وحاجتها. وبذلك قرر بعض الفقهاء "أن للإمام الحق في استحداث حمى للدولة من موات الأرض من أجل رعي خيل الجهاد والغنيمة والصدقة والجزية ونعمها".^{١٢٦٦}

إحياء الموات	الحمى	الفرق بين إحياء وحمى
حق للأفراد	من حقوق الحاكم	صاحب الحق
الأراضي الموات غير مملوكة لأحد	في أرض مباحة، المراعي العامة	محل التصرف
الانتفاع الشخصي	تحقيق مصلحة عامة	الهدف
لكل من سبقت يده	الحاكم فقط من له التصرف	الحكم
الملكية للمال للرقبة والمنفعة	ملكية المال غير المنقول انتفاع	الملكية

يختلف الحمى والإحياء في الأموال غير المنقولة من عدة فروق من حيث من له حق ومحل التصرف والغاية والحكم والملكية فإذا نظرنا فيمن له الحق في حمى المال غير المنقول فهو منوطٌ بولي الأمر والحاكم فقط، ويجري التصرف في أرض مباحة أو مرعى عام لا ملك خاص ومن حيث التملك فإن الملكية للعقار ملكية انتفاع دون الرقبة أما في إحياء المال غير المنقول فأحاد الناس التصرف به في أرض موات وتثبت ملكيتها لمن سبق بالإحياء والتملك فيها للرقبة والمنفعة على حدٍ سواء.

3.5. البلاد التي فتحت صلحاً يفتح صلحٌ يحدث نتيجة التفاهم بين الطرفين، حيث يطلب أهل البلد المحاصر أو المهدد التفاوض مع قادة الجيش الغازي، وفي الغالب يتم الاتفاق على تسليم المدينة بشروط تحفظ لأهل البلد المحاصر حقوقهم، كتأمينهم على دمائهم وأموالهم ودور عبادتهم وغيرها من الشروط، ولا تدخل ملكيتها في نطاق الملكية العامة أو ملكية الدولة، بل يلتزم فيها بحسب ما اتفق عليه. ويستعمل الفقهاء مصطلح الفيء في "كل ما دخل على المسلمين من غير حرب ولا إيجاف".^{١٢٦٧} ويُعتبر عقد الصلح من الناحية القانونية عقدًا سياسيًا لا عقد بيع وشراء أو إيجار، فهو في حقيقته "عقدٌ ينتقل بموجبه ملكية هذه الأرض إلى المصالحين في مقابل امتيازاتٍ معينة تكسبها كالجزية مثلاً".^{١٢٦٨} يتحدد ملكية هذه الأراضي بموجب عقد الصلح، ويلتزم فيه المسلمون بكل شروطه، فإن عُقد الصلح مثلاً على أن تبقى الأرض للمسلمين، كانت وفقاً كأرض العنوة والأرض التي جلا عنها أهلها، فيكون عامرها للمسلمين كافة ومواتها للإمام خاصة. والحالة الثانية تبقى ملكية الأراضي لأهلها مقابل امتيازات معينة، وتقسم إلى ثلاثة أقسام:

3.5.1. الصلح على أن الأراضي للمسلمين أرض الصلح تابعة في كيفية الملكية لمقتضى عقد الصلح وبنوده؛ فعقد صلح بين المسلمين والمشركون على أن الأرض للمسلمين مقابل خراج يؤدونه إلى المسلمين، وتعد ملكيتها مختصة بنوع من المسلمين، وهي من قبيل الملك الناقص للمشركون، يملكون فيه حق السكنى فيها واستثمارها. "أرض صالحناهم على نزولها عنها وتكون

^{١٢٦٦} أبو حطب، أمانة محمود إبراهيم، **الملكية في عصر الرسول ﷺ**، رسالة ماجستير في التاريخ، جامعة النجاح الوطنية، نابلس، (٢٠٠٤م)، ٧١-٧٣.

^{١٢٦٧} القرطبي، **الجامع لأحكام القرآن**، ١٠٦/٣.

^{١٢٦٨} عبد المهدي، **أرض الصوافي**، الأردن، دار أم القرى، ط ١ (١٤١٠هـ/١٩٨٩م)، ٥٠.

ملكاً لنا، وتقرّ في أيديهم بالخراج"، فحكم هذه الأراضي أيضاً حكم أرض العنوة: أنها تصير وفقاً للمسلمين، وتقرّ بأيديهم بالخراج، ولا يسقط هذا الخراج.^{١٢٦٩} يُمنح المشركون فيها حقّ اختصاص المعاوضة على منفعة العقار، ولا يملك أهل الذمة هذه الأرض بالإسلام؛ لتقدّم ملكية المسلمين على إسلامهم، فتبقى خراجية بعد إسلام أهلها.

3.5.2. الصلح على أن الأراضي للمشركين أنهى الإسلام الملكية الفردية في حال ضُمَّت الأرض ودخلت في حوزة الإسلام نتيجة الفتح، وباعتباره عملاً جماعياً لا عملاً فردياً، فالأمة هي من تملك ذلك، ويُطبّق مبدأ الملكية العامة. ثم إن الأراضي التي صولح عليها أهلها من المشركين تبقى على ملكهم، فهي ملكٌ لهم على الخصوص، يصح لهم بيعها وغيره من التصرف فيها؛ مقابل خراج يؤدونه إلى بيت مال المسلمين، وتُسمّى أرضهم "دار عهد"، لهم كامل التصرف بها من بيعها ورهنها، وتسقط جزيئهم بإسلامهم مع بقاء أصل الرقبة لهم: "كل بلدةٍ فُتحت صلحاً وقبلوا الجزية، فهي أرض خراج".^{١٢٧٠} وتبقى ملكاً لهم، ولا تدخل في الملكية العامة، بل لهم الملكية المطلقة في التصرف فيها، فلا تخرج من طابع. الألفردية. وبوّب الإمام ابن زنجويه فقال: "اِفْتِتَاحُ الْأَرْضَيْنِ صَلُحًا وَسُنَّيْهَا وَأَحْكَامُهَا، وَهِيَ مِنَ الْفَيْءِ وَلَا تَكُونُ غَنِيمَةً".^{١٢٧١} والسنة في حكم الأراضي والبيوت التي صولحوا عليها أن تبقى على وظيفتها، وإن كثروا، لأن "أرض الصلح لا تُقسم ولا تُقطع".^{١٢٧٢} ولحديث أخرجه أبو داود: «إنكم لعلمكم تقاتلون قومًا، فيتقونكم بأموالهم دون أنفسهم وأبنائهم، ويصالحونكم على صلح، فلا تأخذوا منهم فوق ذلك، فإنه لا يحل لكم». ^{١٢٧٣}

3.6. الأراضي التي أسلم عليها أهلها الأرض التي أسلم عليها أهلها تركت في يدهم إذا كانت عامرة، وعليهم الزكاة من حاصلها. كل بلد أسلم عليه أهله بقي في أيديهم. قال رسول الله ﷺ: «مَنْ أَسْلَمَ عَلَى شَيْءٍ فَهُوَ لَهُ». ^{١٢٧٤} قال أبو يوسف عنها: "وَسَأَلْتُ يَا أَمِيرَ الْمُؤْمِنِينَ عَنْ قَوْمٍ مِنْ أَهْلِ الْحَرْبِ أَسْلَمُوا عَلَى أَنْفُسِهِمْ وَأَرْضِهِمْ مَا الْحُكْمُ مِنْ ذَلِكَ فَإِنَّ دِمَاءَهُمْ حَرَامٌ وَمَا أَسْلَمُوا عَلَيْهِ مِنْ أَمْوَالِهِمْ؛ فَلَهُمْ وَكَذَلِكَ أَرْضُهُمْ لَهُمْ وَهِيَ أَرْضُ عَشْرِ بَمَنْزِلَةِ الْمَدِينَةِ".^{١٢٧٥} ويُطبق هذا المبدأ في الأموال المنقولة وغير المنقولة، وهم مالكون لرقبتها، فلأصحابها حقّ التصرف التام بها، وتخضع أموالهم لمبدأ الملكية الخاصة، تشجيعاً لهم، وحتى لا يكونوا في وجه الدعوة الإسلامية.

ويمكن تقسيمها إلى ثلاث أقسام: الأراضي العامرة، والأراضي الموات، والأراضي الخربة بعد أن كانت عامرة.

أما الأموال المنقولة وغير المنقولة التي أسلم أصحابها في دار الحرب قبل الفتح، فقد كانت آراء الفقهاء فيها على اتجاهين: الاتجاه الأول: يرى أن تبقى على ملكه بعد الفتح، وهي من قبيل الملكية الفردية، كما قال الشافعية: "وإسلام كافر مكلف قبل الظفر

^{١٢٦٩} ابن قيم الجوزية، *أحكام أهل الذمة*، ٢٥٢/١.

^{١٢٧٠} البلخي، *الفتاوى الهندية*، ٢٣٧/٢.

^{١٢٧١} ابن زنجويه، أبو أحمد حميد بن مخلد بن قتيبة بن عبد الله، *الأموال*، تحق: شاكر ذيب فياض، السعودية، مركز الملك فيصل للبحوث والدراسات

الإسلامية، ط١ (١٤٠٦هـ/١٩٨٦م) ١، ٣٦٢.

^{١٢٧٢} القسطلاني، أحمد بن محمد بن أبي بكر، *إرشاد الساري لشرح صحيح البخاري*، مصر، المطبعة الكبرى الأميرية، ط٧ (١٣٢٣هـ) ٢٣٣/٥.

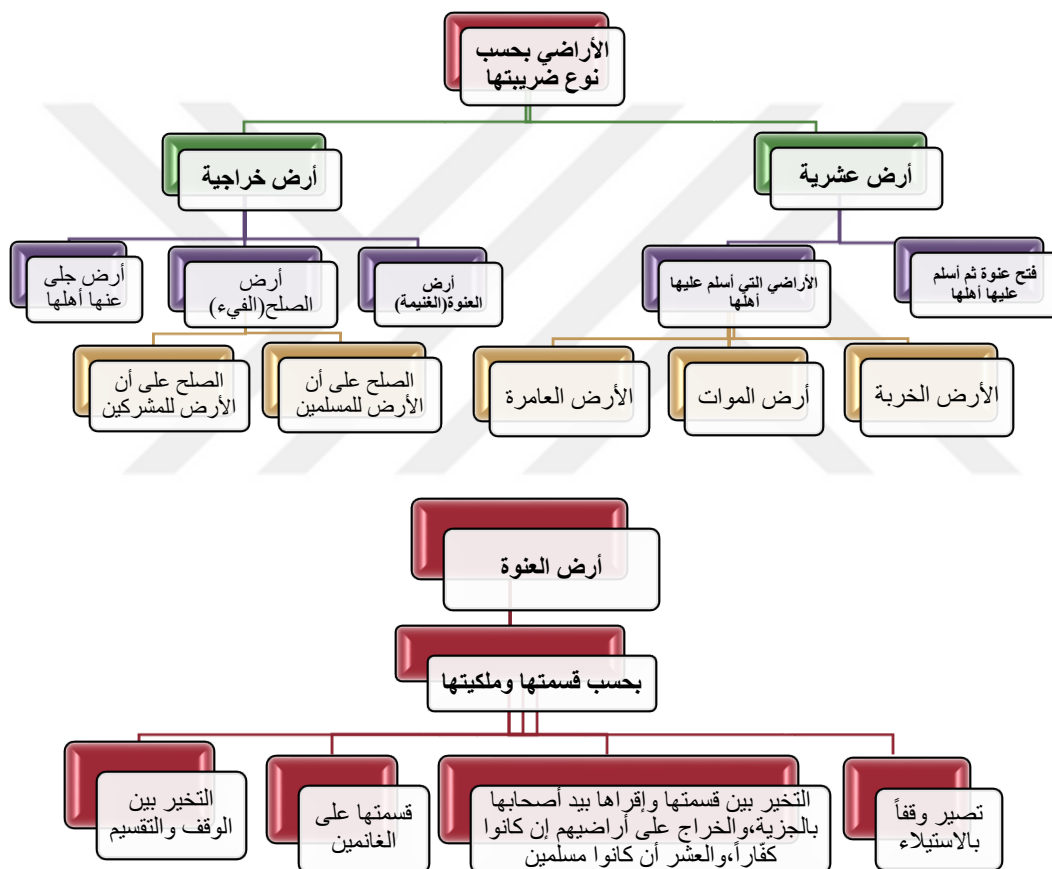
^{١٢٧٣} القاسم بن سلام، *الأموال*، م، س، ٣٧١/١.

^{١٢٧٤} صهيبي عبد الجبار، *الجامع الصحيح للسنن والمسائيد*، د.م، د.د (٢٠١٤م) ١١٣/٣٧.

^{١٢٧٥} أبو يوسف، *الخراج*، ٧٥/١.

به، أي قبل وضع يدنا عليه، يعصم دمه وماله".^{١٢٧٦} وقال الحنابلة: "إذا أسلم الحربي في دار الحرب، وله مال وعقار، فظهر المسلمون على ماله وعقاره، لم يملكوه".^{١٢٧٧} فالإسلام عصم ماله بقسميه: المنقول وغير المنقول.

الاتجاه الثاني: يرى دخولها في ملكية المسلمين عامة، عند أبي حنيفة ومحمد، حيث قالوا: "إذا أسلم الحربي في الحرب، ثم ظهر على تلك الدار، ترك له ما في يده من ماله... وأما عقاره فإنها تصير غنيمة للمسلمين".^{١٢٧٨} وقال المالكية على أرجح الروايتين: "إذا أسلم الحربي، وفرَّ إلينا في بلاده، حتى غنمنا بلاده، فإن ولده وماله غنيمة للجيش الذي دخل بلاده".^{١٢٧٩} أما ملكية المسلمين في الأراضي التي أُجلوا عنها، فتبقى على ملكهم: "أما المسلمون، فلا يسقط ملكهم عن أراضيهم بانجلائهم".^{١٢٨٠}



^{١٢٧٦} الرملي، *نهاية المحتاج*، ٧٠/٨.
^{١٢٧٧} ابن قدامة، *المغني*، ٢٧٠/٩.
^{١٢٧٨} السرخسي، *المبسوط*، ٦٦/١٠.
^{١٢٧٩} الخُرشي، *شرح مختصر خليل*، ١٤٢/٣.
^{١٢٨٠} الخُرشي، *شرح مختصر خليل*، ٢٠٨/٢.

3.7. التقادم في المال غير المنقول مبدأ من المبادئ ذات الأثر الكبير، المرتبط ارتباطاً وثيقاً بأمور الحياة، حتى يتمكن المالك من إثبات ملكيته، وحتى لا يصبح عقاره محل نزاع؛ لأن العادة جارية بأن الإنسان لا يسكت عن حقه مدة طويلة من غير مانع حسي أو معنوي، "مدة محدودة تسقط بانقضائها المطالبة بالحق، أو بتنفيذ الحكم".^{١٢٨١}

أما فيما يتعلق بوضع اليد على الشيء والاستيلاء عليه والتصرف به، فيكون على أمور: كالسكنى، أو الإسكان، أو الزرع، أو الغرس، أو الاستغلال، أو الهبة، أو الصدقة، أو البيع، أو الهدم، أو البناء، أو قطع الشجر".^{١٢٨٢} وعرف القانون المدني التقادم بأنه "آلية قانونية تحدد الفترة الزمنية التي يمكن خلالها للشخص المطالبة بحق معين، وبعد انتهاء هذه الفترة، يسقط الحق في المطالبة به أمام القضاء".^{١٢٨٣} ذلك أن المطالبة بعد مضي هذه المدة الطويلة محل تهمة، أما فيما يتعلق بتعريف الفقهاء لحق التقادم فلم يثبت في ذلك تعريف اصطلاحي، إنما دلت عبارتهم على مرور الزمن: "وَالْتَقَادُ مِنَ الْقَدَمِ بِمَعْنَى الْقَدِيمِ وَهُوَ خِلَافُ الْحَدِيثِ وَهُوَ الْمُرَادُ هُنَا، فَمَعْنَى قَوْلِهِ شَهِدُوا بِحَدِّ مُتَقَادِمٍ أَيْ بِحَدِّ قَدِيمٍ، سَبْبُهُ لَا حَدِيثٌ".^{١٢٨٤} فأسباب الملكية التامة المتفق عليها بين الفقهاء: "الاستيلاء على المباح، والعقود، والخلفية، والتولد من الشيء المملوك".^{١٢٨٥} فالشريعة تملك كل شخص وضع يده على عين لم تكن مملوكة لأحد أصلاً "الحق السابق لا يرفع الحق اللاحق، والأحقية بالأسبقية ظاهرة لا خفاء بها".^{١٢٨٦}، لكن الأمر مختلف في القوانين الوضعية؛ هذا في الوقت الذي لا تبيح القوانين الوضعية مثلاً حق تملك الأراضي التي ليس لها مالك، "وإنما تعد هذه الأراضي أملاكاً للدولة. لذا فإن من يحيي أرضاً غير مملوكة لأحد، فإن ملكيته لتلك الأرض في ظل القوانين الوضعية غير تامة، والتقادم يقوم على أساس اعتبارات عامة تتصل بالصالح العام للمجتمع وأسرته".^{١٢٨٧} بمعنى أن الغرض الذي شرع لأجله حق التقادم هو الحد من التلاعب والاحتيايل والغصب في الملك العام أو الخاص.

وضع اليد قرينة على الملك، وتختلف العين الدالة على الملك باختلاف الشيء المحوز من عقار أو منقول. اليد على الدار تثبت بالسكنى، لا بمجرد الدخول فيها".^{١٢٨٨} فالزمن معيار أساس في الحيازة، ويشهد لهذا الزمن السكنى لا مجرد الدخول، والاستمرار يؤكد الملك، وأن وضع اليد ليس كالأوضاع المؤقت الذي ماله الزوال، واستمرار تصرف واضع اليد يدل على أحقية الحائز: "لأنَّ الْيَدَ عَلَى الْعَقَارِ لَا تَتَبُّثُ بِالْكُونِ فِيهِ وَإِنَّمَا تَتَبُّثُ بِالنَّصَرَفِ فِيهِ".^{١٢٨٩} والقول بالاستمرار: إذا طرأ نزاع وادعى أحد ملكية المال اشترط التقادم. "اليد دليل الملك، واستمرارها من غير منازع يقويها، فجرت مجرى الاستفاضة".^{١٢٩٠} التقادم لا يكون مكسباً للملكية إلا في محل واحد، في التي لم تقع في دائرة النفع العام أو خزينة الدولة، أما الأراضي المتروكة لعامة الناس، والأراضي المملوكة ملكاً خاصاً، والعقارات التي لا يمكن تملكها بتقادم الزمن عليها إلا بوجود سبب شرعي كالأراضي الموقوفة وأراضي

^{١٢٨١} إبراهيم مصطفى وآخرون، المعجم الوسيط، ٧٢٠/٢.

^{١٢٨٢} الدردير، الشرح الكبير، ٢٣٣/٤.

^{١٢٨٣} الأتاسي، محمد جاسر، تقادم الحقوق المالية في القانون الأردني، <https://bestlawfirmjo.com> ٣ أغسطس ٢٠٢٤م.

^{١٢٨٤} الزيلعي، تبیین الحقائق، ١٨٧/٣.

^{١٢٨٥} وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ٤٥٦٣/٦.

^{١٢٨٦} أيوب، أحمد بن سليمان، موسوعة محاسن الإسلام ورد شبهات اللنام، ٢٣٥/١٠.

^{١٢٨٧} الشواربي وآخرون، عبد الحميد، أحكام التقادم في ضوء القضاء والفقه، الإسكندرية، المعارف، دت، ١١.

^{١٢٨٨} ابن مازة، برهان الأئمة حسام الدين عمر بن عبد العزي، شرح أدب القاضي، تحقق: محيي هلال السرحان، بغداد، مطبعة الإرشاد، ط١، ١/ ٣، ٢٤٩.

^{١٢٨٩} الكاساني، بدائع الصنائع، ٢٥٦/٦.

^{١٢٩٠} ابن قدامة، المغني، ٢٦/١٢.

الحمى. والتقدم إما أن يكون سبباً لكسب الحق، أو سبباً لسقوطه، فالتقدم المكسب لا يعتد به إلا في مجال الحقوق العينية المتفرعة عن حق الملكية، بينما التقدم المسقط فيكون في الحقوق العينية والحقوق الشخصية.

أما التملك لهذا القسم فيه من إشكالات في كيفية اكتسابها وثبوتها في يد حائزها، ومتى تكسب ومتى تنتزع، وذلك من خلال آراء العلماء في ذلك: هل يعتبر سبباً يضاف إلى أسباب التملك أم لا؟ وهل التصرف ووضع اليد فيه دليل على الملكية؟ يمتاز حيازة الأموال المباحة أو وضع اليد عليها عن الأسباب الآتية أنه سبب منشئ للملكية، أي أن ثبوت ملكيتها ابتداءً بخلاف البيع والميراث، فإن الملكية ثابتة قبل تحققهما. المال قبل الاستيلاء عليه غير مملوك لأحد، وبه صار ملكاً للمستولي، ولا يفيد الاستيلاء ملكاً في الأموال المملوكة وإن طال وضع اليد عليها سواء أكانت عقاراً أم منقولاً. أما فيما يتعلق بالتقدم المؤدي إلى اكتساب حق الارتفاق، فإن حق الارتفاق إما أن يكتسب بالميراث أو بعمل قانوني. فالأسباب التي تنتقل بها ملكية العقارات هي ذات الأسباب التي تنتقل بها الملكية، فإذا انتقل بالإرث كان سبب الانتقال لحق الارتفاق هو الإرث، وإن كان انتقاله بالوصية أو بالهبة أو العقود انتقل الحق محملاً بحق الارتفاق. "حق الارتفاق المستمر وغير المستمر يجوز كسبه بالتقدم، كما يجوز أن يكتسب بالتقدم طريقة استعمال حق الارتفاق".^{١٢٩١}

3.9. إحياء الموات في المال غير المنقول يُعد من صور استخدام الاستثمار العقاري، سواء أكان ذلك زراعياً أو حيوانياً أو صناعياً، لتحقيق أهداف عامة تقتصر إلى جهد إنساني، بإدخال عامل الإحياء عليها يوفر لها شروط الإنتاج. عُرف على أنه "هي أرض تُعَدَّر زراعتها لِانْقِطَاعِ الْمَاءِ عنها أو لِعَلْبَتِهِ عليها غَيْرُ مَمْلُوكَةٍ بَعِيدَةٍ مِنَ الْعَامِرِ".^{١٢٩٢} ويُطلق عليها بالطَّعْمَةُ "أن يذُفَع الضَّيْعَةُ ليعمرها، وَيُؤَدِّيَ عشرها مَدَّةَ حَيَاتِهِ، فَإِذَا مَاتَ ارتجعت من ورثته".^{١٢٩٣} موات الأرض لا يتعلق به ملك خاص أو عام، وهو من قبيل ما ينتقل من غير مالك إلى مالك بالإحياء، ومستند الملكية لمثل هذه الأراضي قوله ﷺ: «من أحيا أرضاً ميتة فهي له»^{١٢٩٤} فهي أرض طبيعية لا أثر للزراعة فيها، ولا يملكها أحد، وعُرف عند الحنابلة بأنه "الأرضُ الْمُفْكَةُ عَنِ الْإِخْتِصَاصَاتِ وَمِلْكِ مَعْصُومٍ، فَيَمْلُكُ بِإِحْيَاءِ كُلِّ مَا لَمْ يَجْرَ عَلَيْهِ مِلْكٌ لِأَحَدٍ".^{١٢٩٥} أرض التي لا تكن في ملك أحد أو مات عنها أهلها، وأراد أحد إحياءها ويبقى حق قائماً في حال داوم على زراعتها وإعمارها، فيستمر محتفظاً بحق، إلى أن يتركها دون رعاية واهتمام، فيسقط حقه في تملكها.

في التعريف القانوني: "إجراء اقتصادي عقاري شرعه النبي ﷺ بعد تأسيسه للدولة الإسلامية في المدينة المنورة، مزوداً سياسته بما يكفل نجاحها، تملك الأرض المحيَّاة له ولخلفه".^{١٢٩٦} وكثير من الآيات والأحاديث تضمنت الدعوة إلى تعمير الأرض واستثمارها، كقوله ﷺ: «من باع داراً أو عقاراً ولم يجعل ثمنها في مثلها، كان قمناً أن لا يبارك له فيه». ^{١٢٩٧} ومكافأة لمن يفوز بالإحياء أن يملك رقبته، والعمل بتنميتها واستثمارها جعل منها سبباً من أسباب تملكها وحيازتها، وإهمال عامل الإحياء يفقد المحبي حقه في العقار. فموات الأراضي مال مباح، وطريق لتملك الأعيان بالاستيلاء عليه أو بالإعمار بحيث يجعلها صالحة

^{١٢٩١} السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ١٣٤٧/٦.

^{١٢٩٢} ابن نجيم، البحر الرائق، ٢٣٨/٨.

^{١٢٩٣} السيوطي، جلال الدين، معجم مقاليد العلوم في الحدود والرسوم، تحق: أ. د محمد إبراهيم عباد، القاهرة، مكتبة الآداب، ط ١ (١٤٢٤هـ/٢٠٠٤م)، ١٦٠/١.

^{١٢٩٤} البيهقي، السنن الكبرى، ١٦٤/٦.

^{١٢٩٥} ابن النجار، منتهى الإرادات، ٢٦٩/٣.

^{١٢٩٦} الخرافي، عبد المحسن، الاستثمار العقاري في الاقتصاد الإسلامي، رسالة ماجستير جامعة أم القرى (١٤٠٩هـ/ ١٩٨٩م) ٢٨١.

^{١٢٩٧} أحمد بن حنبل، المسند، ٣٦/٣١.

للاستفادة منها، يستوي فيها المسلم والذمي. وأثر الاستيلاء لا يظهر ولا يتحقق إلا بظهور أثره والانتفاع به وإزالة صفة الموات بالمستأنف، فالإحياء مظهر من مظاهر حيازة العقار. ويشترط كثير من الفقهاء شروطاً لاستملاك أراضي الموات: أن يكون في أرض ميتة، وأن يكون المحيي من أهل دار الإسلام، وأن يكون الإحياء مقروناً بالقصد، وأن يكون الإحياء بإذن الإمام.

ويرى الآخرون بأن يد المحيي تثبت ملكية الأرض، وقد ترتب على ذلك خلاف بين الفقهاء، فمن رأى بأنه مال مباح قال بتملك الأرض بإذن الإمام، ومن رأى بأن التملك مفتقر لإذن الإمام قال بعدم ثبوت ملكية الأرض بالاستيلاء عليها، وهو قول أبي حنيفة مستنداً بقوله ﷺ: «ليس للمرء إلا ما طابت له نفس إمامه». ^{١٢٩٨} وقول الحنفية يفيد بأن إحياء الفرد لشيء من أراضي الدولة لا يدرج الأرض في نطاق الملكية الخاصة، ولا ينزع عنها طابع ملكية الدولة، وتزاحم رغبات الناس توقع الضرر مما يولد نزاعاً وخصاماً، فاشتراط الإذن دفعاً للفتن. وأراضي المباح بجميع أقسامها، سواء التي فتحت عنوة، أم أسلم عليها أهلها، أم صولحوا عليها، أم جُلّيت عنها، تكون ملكية للدولة قبل إحيائها، وتكون ملكية خاصة بأحيائها. أما نوع وظيفة الأرض المحيية، أي الضريبة التي تُفرض عليها بحسب نوع الأرض، قال أبو يوسف: "فإن كانت من حيز أرض الخراج فهي خراجية، وإن كانت من حيز أرض العشر فهي عشرية". ^{١٢٩٩}

شروط الإحياء الذي يثبت به الملك:

١. أن يكون الإحياء بإذن الإمام، وهذا رأي الإمام أبي حنيفة: "من أحياه بإذن الإمام ملكه، وإن أحياه بغير إذنه لم يملكه". ^{١٣٠٠} يشترط إذن الإمام لثبوت الملك في الإحياء؛ لأنه منشئ لملكية الأرض، بينما يرى المالكية: "لا يُحيي ما قرب من العمران إلا بإذن الإمام" ^{١٣٠١} إلى أن إذن الإمام يختلف باختلاف مواضعه، فما كان قريباً من العمران لزم إذن الإمام فيه لقطع النزاع بين الناس، وبه يعد محيي الأرض مالكاً له، وما كان بعيداً عن العمران لا يلزم الإذن من أي أرض كانت؛ عنوة أو صلحاً أو أرض أسلم عليها أهلها. وذهب الشافعي إلى عدم طلب الإذن من الإمام لمن أراد إحياء الموات فقال: "يجوز تملكها بالإحياء، سواء أذن فيه الإمام، أو لم يأذن". ^{١٣٠٢} واكتفى بإذن الرسول ﷺ؛ لأنه صادر بطريق الشرع والنبوة.

٢. الإحياء بالتحجير: "أَنْ يُعْلِمَهَا بِعَلَامَةٍ، بِأَنْ وَضَعَ الْحَجَارَةَ أَوْ غَرَسَ حَوْلَهَا أَغْصَانًا يَابِسَةً، أَوْ قَلَعَ الْحَشِيشَ أَوْ أَحْرَقَ الشَّوْكَ وَنَحْوَهُ، فَإِنَّهُ تَحْجِيرٌ" ^{١٣٠٣} ويبتدئ المحتجر تحقيق قصده في إحياء بقعة ويشترط أن يتم خلال المدة المقدرة وهي ثلاث سنين مروى عن عمر - رضي الله عنه - أنه قال: «لَيْسَ لِلْمُحْجَرِ بَعْدَ ثَلَاثِ حَقٍّ» ^{١٣٠٤} والتحجير لا يكسب ملكاً، لكنه يثبت به حق الأولوية ديانة لا قضاءً، فإذا مضت هذه المدة دون إحياء سقط حقه ديانة وقضاءً، وفوضت إلى غيره؛ لأنه دليل على عجزه وعدم رغبته وإضاعة للحق العام بحجز إباحتها عن الآخرين.

^{١٢٩٨} البيهقي، أحمد بن الحسين بن علي بن موسى، *معرفة السنن*، تحقق: قلنجي، دمشق، دار الوعي، ط ١ (١٤١٢ هـ/ ١٩٩١ م)، ٨/٩.

^{١٢٩٩} بدر الدين العيني، *البنية شرح الهداية*، ٢٢٤/٧.

^{١٣٠٠} بدر الدين العيني، *البنية شرح الهداية*، ٣٦٢/١.

^{١٣٠١} المواق، *التاج والإكليل*، ٦١٥/٧.

^{١٣٠٢} القزويني، *الشرح الكبير*، تحقق: علي عوض وعادل عبد الموجود، بيروت، دار الكتب العلمية، ط ١١ (١٤١٧ هـ/ ١٩٩٧ م)، ٢٠٥/٦.

^{١٣٠٣} الموصلي، *الاختيار لتعليل المختار*، ٦٧/٣.

^{١٣٠٤} ابن عابدين، *رد المختار*، ١٢٩/٢٧.

٣. أن تكون الأراضي محلاً للإحياء وسالمةً عن الاختصاص، فلا يصح أن تكون ملكاً لمسلم أو ذمي، لقوله ﷺ: «عادي الأرض لله ولرسوله، ثم هي لكم من بعد». ١٣٠٥ يدل الحديث على أن شرط التملك أن تثبت ببراءة أرض الموات من الحقوق الفردية والجماعية، ومثلها الأراضي المملوكة لعامة المسلمين، والعقارات الموقوفة، وأرض عرفة، والمزلفة ومنى لتعلق حق الحجاج فيه، وحريم الآبار العامة، والمرافق التابعة للعقارات، وما كان من مرافق أهل بلدة تستعمل مرعى للمواشي، أو مقبرة لموتاهم، سواء أكانت داخل البلدة أم خارجها، فالكل له الانتفاع بها؛ لأنها ملك للجماعة.
٤. يدل الحديث على أن شرط التملك أن تثبت ببراءة أرض الموات من الحقوق الفردية والجماعية، ومثلها الأراضي المملوكة لعامة المسلمين، والعقارات الموقوفة، وأرض عرفة، والمزلفة، ومنى لتعلق حق الحجاج فيه، وحريم الآبار العامة، والمرافق التابعة للعقارات، وما كان من مرافق أهل بلدة تستعمل مرعى للمواشي، أو مقبرة لموتاهم، سواء أكانت داخل البلدة أم خارجها، فالكل له الانتفاع بها؛ لأنها ملك للجماعة.
٥. يدل الحديث على أن شرط التملك أن تثبت ببراءة أرض الموات من الحقوق الفردية والجماعية ومثلها الأراضي المملوكة لعامة المسلمين، والعقارات الموقوفة، وأرض عرفة، والمزلفة ومنى لتعلق حق الحجاج فيه، وحريم الآبار العامة، والمرافق التابعة للعقارات، وما كان من مرافق أهل بلدة تستعمل مرعى للمواشي، أو مقبرة لموتاهم سواء أكانت داخل البلدة أم خارجها، فالكل له الانتفاع بها؛ لأنها ملك للجماعة.
٦. القصد والمباشرة في الإحياء شرط متعلق بذات المحيي؛ لأنه تصرف شرعي تترتب عليه أحكام، فلزم التهيئة للمقصود، فكان لا بد من توفر القصد لثبوت الملكية لاختلاف الغرض المقصود منه، وبالإمكان إزالة هذا الشيء من تخصيص أماكن للسكن وأخرى لزراعة الحبوب، وأخرى للأشجار والغراس، ويلتزم المحيي بقوائم الإحياء المسجلة لدى الدولة.
- تملك الأرض بالإحياء يكون للمحيي حق اختصاص وأولية عن غيره "إحياء الموات المنفكة عن الاختصاص". ١٣٠٦ ملكية تامة الأرض يرون بأن له ملكية تامة ودليلهم قوله ﷺ: «من عمر أرضاً ليست لأحد فهو أحق بها». ١٣٠٧ قال عروة قضى به عمر في خلافته فاللام في قوله فهي له للتمليك ورد عند الحنفية التملك بالإحياء يفتقر إلى إذن وغير ذلك يعتبر عملاً مكسباً للملكية "أرض الموات التي أحيها رجلٌ بغير إذن الإمام فلا يجوز بيعها". ١٣٠٨ يملكها بالإذن ملكاً تاماً ذكرت صور لذلك كالتحويط بجدار، أو بالزراعة، أو أي وسيلة من وسائل الإعمار "فكل فعل رتب عليه الحكم، ولا ضابط له في الشرع ولا في اللغة كإحياء الموات والحرز في السرقة، والأكل من بيت الصديق وما يعد قبضاً وإيداعاً وهديةً وعصباً والمعروف في المعاشرة". ١٣٠٩ مرجعه إلى العرف.

١٣٠٥ البيهقي، السنن الكبرى، ٢٣٧/٦.

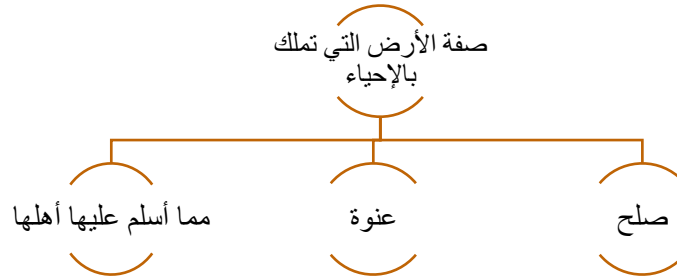
١٣٠٦ ضياء الدين الجندي، خليل بن إسحاق بن موسى، التوضيح في شرح المختصر الفرعي لابن الحاجب، تحقق: أحمد بن عبد الكريم نجيب، دن، مركز نجيبويه للمخطوطات وخدمة التراث، ط ١ (١٤٢٩هـ/٢٠٠٨م)، ٢٥٠/٧.

١٣٠٧ البيهقي، السنن الكبرى، ٢٣٥/٦.

١٣٠٨ الموصلي، الاختيار لتعليل المختار، ٦٦/٣.

١٣٠٩ ابن النجار، شرح الكوكب المنير، تحقق: محمد الزحيلي ونزيه حماد، دم، مطبعة العبيكان، ط ٢ (١٤١٨هـ/١٩٩٧م)، ٤٥٢/٤.

ذكر ابن سحنون، من المالكية، في صفة الأرض التي تملك بالإحياء ثلاثة أقسام:



تبث ملكية الأرض في العنوة فيما إذا كانت الأرض مواتاً ولم يُجرَ أن ملكها أحد، فهي لمن أحيائها. وكذلك الحكم في أرض الصلح، إذا كانت مواتاً ولم تحظ بعمارة، فهي لمن أحيائها. وأما ما أسلم عليها أهلها، فتملك بطريقتين: "إما أن تكون مَحْدُودَةً وَلَهَا مَالِكٌ مَعْرُوفٌ مَحْصُوفٌ، وَالثَّانِي أَنْ تَكُونَ مِنَ الْأَوْدِيَةِ وَالْمَزَايِي لَيْسَتْ بِمَحْدُودَةٍ وَلَهَا مَالِكٌ مُعَيَّنٌ" ^{١٣١٠}

3.10. الصوافي هي نوع من أراضي العنوة حررت أو فتحت حرباً وقهراً وردت كلمة الصوافي في القرآن الكريم قال الله ﷻ: ﴿فَاذْكُرُوا اسْمَ اللَّهِ عَلَيْهَا صَوَافِي﴾ ^{١٣١١} بآلياء، فتفسيره "أَنَّهَا خَالِصَةٌ لِلَّهِ الْأَمْلاك" ^{١٣١٢}. والأرض التي جلا عنها أهلها، أو ماتوا ولا وارث لها، أو الضياع التي كان يستخلصها السلطان لخاصته، أو الأرض الخاصة بالدولة في الإسلام وطريق لتوزيع الأراضي، أو يسمى في وقتنا بالأراضي الأميرية، ويسمى أبو يوسف الصوافي "بالقطائع لكون الخليفة يقطعها" ^{١٣١٣}.

وصفة هذه الأراضي إما أن تكون عامرة أو تكون مواتاً، ويطلق عليها "صوافي الأسفار" أو "صوافي الأشبار"، فلاطلاق الأول معناه الأراضي المستخلصة في الأسفار، وعلى الثاني الأراضي المستخلصة للإعطاء" ^{١٣١٤}. وقيل في تعريفها: "ما يستخلصه السلطان لخاصته، أو الأملاك، والأراضي التي جلا عنها أهلها وماتوا ولا وارث لها." وأحدها صافية" ^{١٣١٥}.

واستخدامها يختلف، مفهوم أراضي الصوافي من مكان لآخر تبعاً لطبيعة المنطقة ووفقاً للظروف والأحوال فيها، وحكمها إلى الإمام كالموات. الأراضي التي كانت ملكاً في الأصل لأكاسرة الفرس وقياصرة الروم، أو كانت لرجل قتل في الحرب، أو رجل لحق بأهل الحرب، أي بالعدو، فهذه الأراضي تسمى الصوافي" ^{١٣١٦}. سُميت بهذا الاسم لأن الخليفة اصطفاها وجعلها خالصةً لبית المال، وهي شيء نفيس. "كان يصطفيه رسول الله ﷺ لنفسه من الغنيمة قبل القسمة، كسيف أو فرس أو أمة" ^{١٣١٧}.

فالصوافي: الأملاك، وقد روي في هذه الصوافي آثار متعددة، ونقل يحيى بن آدم أن المسلمين "قبضوا على كل أرض ليست في يد أحد، فكانت صوافي إلى الإمام" ^{١٣١٨}. وقد كانت أولى المشاكل التي عمد الخليفة الأموي عمر بن عبد العزيز إلى حلها

^{١٣١٠} الباجي. المنتقى شرح الموطأ، ٢٧/٦٠.

^{١٣١١} الحج ٣٦/٢٢.

^{١٣١٢} الأزهرى، تهذيب اللغة، ١٧٤/١٢.

^{١٣١٣} أبو يوسف، الخراج، ٢٦٦/١.

^{١٣١٤} منظمة المؤتمر الإسلامي، مجلة مجمع الفقه الإسلامي التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي، ٦٦٦/٤.

^{١٣١٥} الصلّابي، علي محمد محمد، الدولة الأموية عوامل الازدهار وتدهايات الانهيار، دم: دار المعرفة، (٢٠١٠م)، ١١٤/٤.

^{١٣١٦} مناهج جامعة المدينة العالمية، السياسة الشرعية، د.ش. جامعة المدينة العالمية، د.ت، دم، د. د. د. د. ١٢٩/١.

^{١٣١٧} أبو جيب، سعدي، القاموس الفقهي، ٢١٤/١.

^{١٣١٨} القرشي، يحيى بن آدم، الخراج، مصدر الكتاب: موقع جامع الحديث، <http://www.alsunnah.com>، ١٦/١.

وإخضاعها للنظام العام للدولة. أشهر من كتب في هذا الموضوع على التفصيل هو محمد نجمان ياسين في رسالة تحت عنوان: "أرض الصوافي - الأرض الخاصة بالدولة في الإسلام منذ عصر الرسالة حتى نهاية العصر الأموي"، سلسلة الرسائل والدراسات الجامعية^{١٣١٩}. تناول مؤلفها سياسة إقطاع الأراضي، وسياسة الدولة في التعاطي مع هذه الأرض واستثمارها، وغير ذلك، وكتاب "الأرض الخاصة بالدولة في الإسلام: أرض الصوافي"^{١٣٢٠} تأليف عبد المهدي عبد المهدي المصري، بحث في كتابة (الأسس الفقهية والإدارية والاقتصادية لأرض الصوافي والتطبيقات التاريخية لها عبر التاريخ)، وكتاب "أراضي الصوافي في الدولة العربية الإسلامية حتى عام ٣٣٤هـ"^{١٣٢١}.

ذكر أبو يوسف في كتابه «الخراج» أنواع أراضي الصوافي في سواد العراق، ذلك في عهد الخليفة عمر بن الخطاب، وقال بأنها عشرة أصناف، والعجيب بأنه ذكر ستة أقسام ونسي أن يذكرها، فقال: "أَصْنَفُ عُمَرُ بْنُ الْخَطَّابِ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ - مِنْ أَهْلِ السَّوَادِ عَشْرَةَ أَصْنَافٍ".

- أَرْضُ مَنْ هَرَبَ.
- كُلُّ أَرْضٍ كَانَتْ لِكِسْرَى.
- أَرْضُ مَنْ قُتِلَ فِي الْحَرْبِ.
- كُلُّ أَرْضٍ كَانَتْ لِأَحَدٍ مِنْ أَهْلِهِ.
- كُلُّ مَغِيضٍ مَاءٍ وَكُلُّ دَيْرٍ بَرِيدٍ"^{١٣٢٢} وقد مرت سياسة ملكية هذه الأراضي من عصر إلى عصر بمراحل مختلفة عما كانت عليه، نتيجة اضطراب الأوضاع السياسية والاقتصادية التي تمر بها كل مرحلة، مما أثر في نظم الأراضي، خصوصاً الصوافي. وتعد الصوافي، بالنظر الاقتصادي، "نوعاً جديداً من أنواع الموارد المالية التي أنشأها وابتدعها الأمويون"^{١٣٢٣} وكانت في العصور الماضية مورداً مالياً واقتصادياً للدولة، وقد بلغت غلة الصوافي "على عهد عمر بن الخطاب رضي الله عنه أربعة آلاف ألف"^{١٣٢٤}.

3.10. الشفعة في المال غير المنقول نظام اجتماعي وقرينة على وقوع الضرر لا يوجد شك عند العلماء في قَدَم نظام الشفعة، إلا أن العالم لا عهد له بنظام الشفعة على النسق والقواعد الإسلامية. قال الأستاذ سعيد مراد الغزي: إن نظام الشفعة هو: "حاجة من حاجات هذه الشريعة، التي قصدت بتعاليمها مزج الأقوام المختلفة في الشرائع والتربية في سعيد واحد من المدائن والأمصار، وأخذ الحيلة من أضرار بعضهم بعضاً لأول وهلة، بإثبات حق الشفعة"^{١٣٢٥}. وقد كانت تسري الشفعة بالأراضي المملوكة في لبنان وسوريا، وتُطبق أحكام المجلة المستمدة من الفقه الحنفي، وكان ذلك قبل نشر قانون الملكية في ١٢ تشرين الثاني ١٩٣٠،

^{١٣١٩} ياسين، محمد نجمان، *أرض الصوافي*، دار الكتب العلمية كتاب في التاريخ الإسلامي تكلم المؤلف فيه على أرض الصوافي وهي الأرض الخاصة بالدولة الإسلامية منذ عصر الرسالة حتى نهاية العصر الأموي وقد تناول سياسة إقطاع الأراضي وسياسة الدولة في التعاطي مع هذه الأرض واستثمارها وغير ذلك.

^{١٣٢٠} كتاب في التاريخ الإسلامي تكلم المؤلف فيه على أرض الصوافي وهي الأرض الخاصة بالدولة الإسلامية منذ عصر الرسالة حتى نهاية العصر الأموي وقد تناول سياسة إقطاع الأراضي وسياسة الدولة في التعاطي مع هذه الأرض واستثمارها وغير ذلك أرض الصوافي الاردن: دار أم القرى للنشر والتوزيع؛ (١٤١٠هـ/١٩٨٩م).

^{١٣٢١} أحلام سلمان علي، رسالة ماجستير في الجامعة المستنصرية في الجمهورية العراقية (٢٠٠٥م)، إش: أمل عبد الحسن السعدي.

^{١٣٢٢} أبو يوسف، *الخراج*، ٦٩/١.

^{١٣٢٣} مناهج جامعة المدينة العالمية، *السياسة الشرعية*، جامعة المدينة العالمية، رسالة ماجستير

^{١٣٢٤} ابن رجب الحنبلي، أبو الفرج عبد الرحمن بن أحمد، *الاستخراج لأحكام الخراج*، بيروت، دار الكتب العلمية، ط١ (١٤٠٥هـ/١٩٨٥م)، ١٣١/١.

^{١٣٢٥} الغزي، محمد سعيد مراد، *الأدلة الأصلية الأصولية شرح مجلة الأحكام العدلية*، القاهرة، المطبعة البطريركية، دم (١٩١٩م)، ٢٥٥/٢.

رقم ٣٣٣٩، وقد وردت مباحث الشفعة في المواد (٩٥٠ - ٩٥٦)، والمواد (١٠٠٨ إلى ١٠٤٤) من المجلة، المتعلقة بـ:
"الْمُسْتَعْلَاتِ الْوُفِيَّةِ الَّتِي يُنَصَّرَفُ فِيهَا بِالْإِجَارَتَيْنِ وَالْأَرَاضِي الْأَمِيرِيَّةِ".^{١٣٢٦}

ويُشترط لثبوت الشفعة فيها أن يكون العقار ملكاً مملوكاً. ولم يكن هناك نظام لحق الشفعة في القانون الفرنسي، إنما وردت عبارات قريبة من مبدأ الشفعة، وكانت العلة من تشريع هذا الحق: عدم اطلاع الغير على أسرار العائلات، كما ورد: "كل شخص لم يكن وارثاً، ولو كان قريباً للمتوفى، تنازل له أحد الورثة عن حصته في التركة، فباقي الورثة أو أحدهم له الحق في إخراجه من القسمة، ودفع قيمة الحصة المبيعة له".^{١٣٢٧}

وسُمي عندهم بـ حق استرداد الحصة المبيعة، والحكم يجري في الشركات والتركات ما دام أن المشتري أجنبياً عن العائلة، ويسقط حق الاسترداد فيما بينهم إذا كان من جنس العائلة. واعتبر القانون المصري "أن حق الشفعة يختلف عن حق استرداد الحصة المبيعة، فهما حقان مختلفان من حيث الشروط والقواعد لكل واحدٍ منهما".^{١٣٢٨} ثم إن نظام الشفعة يختلف من حيث كونه مستمداً من الشريعة، أما حق الاسترداد فمستمد من المادة ٨٤١ من القانون المدني الفرنسي. وقد عُرف الشفعة لغةً بأنها: "من الشفع، وهو الضم، سُميت بها لما فيها من ضمّ المشتري إلى ملك الشفع".^{١٣٢٩}

وتُعد الشفعة طريقاً من طرق كسب الملكية والحقوق العينية، ورخصة استثنائية وقانونية، تهدف إلى استبعاد الأجنبي من مشاركة المشفوع له في تملك العقار، دفعاً لضررٍ محتمل، وحمايةً للمال المشاع من شراكة مال الأجنبي. فالشفعة نظام إسلامي، وحق استثنائي، يُجَلّ الشفع محلّ المشتري في الحقوق والتصرفات، ويُفضّل الشفع على المشتري، فيتحول الملك من جيز إلى جيز جبراً، ويحلّ المشفوع له محلّ المشتري. وقد أثبتتها الشرع لمصلحة راجحة، حتى أصبحت جزءاً من التقاليد القانونية، وهي حق من الحقوق التي لا يجوز تملكها، ومفهوم الشفعة يدور حول معنى واحد، وهو: انتزاع الحصة المبيعة من المشتري.

وأحسن ما قال في حكمة تشريع الشفعة الإمام ابن قيم الجوزية "لما كانت الشركة منشأ الضرر في الغالب فإن الخلطاء يكثر فيهم بغي بعضهم على بعض شرع الله سبحانه رفع هذا الضرر بالقسمة تارة وانفراد كل من الشريكين بنصيبه، وبالشفعة تارة وانفراد أحد الشريكين بالجملة إذا لم يكن على الآخر ضرر في ذلك؛ فإذا أراد بيع نصيبه وأخذ عوضه كان شريكه أحق به من الأجنبي، وهو يصل إلى غرضه من العوض من أيهما كان؛ فكان الشريك أحقّ بدفع العوض من الأجنبي، فيزول عنه ضرر الشركة، ولا يتضرر البائع لأنه يصل إلى حقه من الثمن".^{١٣٣٠} والتضرر يترك تقديره للشفع فإن رأي وقوعه عليه أعلن رغبته بطلب الشفعة وإن رأي تخلفه أحجم عن الطلب.

واستحقاق الحق ثبتت مشروعيته بالسنة والإجماع والمعقول، ونقل الاجماع ابن المنذر: "أَجْمَعَ أَهْلُ الْعِلْمِ عَلَى إِبْنَاتِ الشُّفْعَةِ لِلشَّرِيكِ الَّذِي لَمْ يُقَاسِمْ، فِيمَا بَيْعَ مِنْ أَرْضٍ أَوْ دَارٍ أَوْ حَائِطٍ".^{١٣٣١} وهي من الحقوق التي ثبتت على قاعدة حديث: "لا

^{١٣٢٦} علي حيدر، *درر الحكام شرح مجلة الاحكام العدلية*، ١/١٦٣.

^{١٣٢٧} يكن، هدي، *الشفعة*، بيروت، مكتبة صادر، (١٩٤٥م)، ١٥.

^{١٣٢٨} عبد الحكيم، محمد، *شرح القانون المدني المصري - الملكية والحقوق العينية*، القاهرة: دار النهضة العربية، (٢٠١٥م)، ٤٥٠-٤٥٥.

^{١٣٢٩} القونوي، قاسم بن عبد الله بن أمير علي، أنيس *الفقهاء في تعريفات الألفاظ المتداولة بين الفقهاء*، تحقّق: يحيى حسن مراد، دار الكتب العلمية - بيروت، دم. (١٤٢٤هـ/٢٠٠٤م)، ١/١٠١.

^{١٣٣٠} ابن قيم الجوزية، *إعلام الموقعين*، السعودية: دار ابن الجوزي للنشر والتوزيع، ط١ (١٤٢٣هـ) ٣/٣٧٢.

^{١٣٣١} ابن قدامة، *المغني*، ٥/٢٢٩.

ضرر ولا ضرار"، لإزالة النزاع الحادث في الملك، الناشئ عن الاشتراك في الملك أو الانتفاع بمرفقه فوجود ضرر محتمل من الشريك أو الجار، كافٍ لثبوت حق المطالبة بالشفعة.

"ويُنزَع ملك العقار جبراً عن مالكه في دار المصالح عليها، إذا انتقل الملك بغير شراء، وكان العوض مائلاً، صحَّ وجاز النزاع. يعني أن الملكية الخاصة في الإسلام ليست مطلقة، لكنها مضبوطة بأمرين، هما:

- عدم الإضرار بالغير.
- تحقيق الصالح العام^{١٣٣٢}

فجمع الشفيع ما تفرَّق من عناصر الملكية، بضمِّ بعضها إلى بعض، والتقليل من عدد الشركاء في العقار الشائع، وجعلها في يد واحدة. وقد عُرِفَت الشفعة لغةً بأنها: "يُشْفَعُكَ فِيمَا تَطْلُبُ فَتَضُمُّهُ إِلَى مَا عِنْدَكَ وَتَزِيدُهُ"^{١٣٣٣} أو تُعرف على أنها: " ملك البقعة جبراً، بما قام على المشتري بالشركة أو الجوار"^{١٣٣٤} وكان التعريف اللغوي الأقرب لتعريف الفقهاء، لكونه يحمل التملك الجبري، وفيه ضم عقارين واستغلالهما معاً. وأما في الاصطلاح، فهي: " حق تملك المرء ما يبيع من عقار، وما هو في حكم العقار، مما هو متصل بعقاره من شركة أو جوار"^{١٣٣٥}.

يرى الحنفية بأن سبب طلب الشفعة يثبت للشريك والمجاور، فزاد الحنفية في حق المطالبة: " ضَمُّ بُقْعَةٍ مُشْتَرَاةٍ إِلَى عَقَارِ الشَّفِيعِ بِسَبَبِ الشَّرِكَةِ أَوْ الْجَوَارِ".^{١٣٣٦} وقيد الملكية الشفعية في الشركة دون غيرها، فقالوا: " لَا شَفْعَةَ إِلَّا فِي الشَّرِكَةِ فِي أَصْلِ الْأَرْضِ"^{١٣٣٧} أما الشافعية، فعلى ذلك أيضاً، حيث قالوا: " ولا تثبت الشفعة إلا للشريك في ملك مشاع، فأما الجار والقاسم فلا شفعة لهما"^{١٣٣٨} أي: يأخذ الحصة قهراً بعوض. وقد عُرِفَت الشفعة في المادة ٦٥٩ من القانون التركي بما يلي: " يستعمل حق الشفعة القانوني ضد الشخص الثالث الذي اشترى حصة من العقار".^{١٣٣٩} ويسمى من له حق الشفعة الشفيع (طالب الشفعة) والعقار الذي تعلق به حق الشفعة (المشفوع) والذي وجبت به الشفعة المشفوع به فحق الأصل أي طالب الشفعة أسبق من حق الدخيل أي المشتري، فالشفعة من حيث الطبيعة القانونية: تقييد على حرية التصرف، ذلك أن البيع لا بد فيه من رضا الطرفين، ولكن حينما يتعلق الأمر بالضرر الناشئ عن هذا البيع، شرع الإسلام الشفعة كحالة علاجية للخروج من الضرر المستقبلي، "فيحل فيه سلطان القضاء محل إرادة البائع".^{١٣٤٠}، لأن سلطة التملك صادرة من القاضي لا مالك العقار.

وأكثر القوانين الحديثة أدخلت أنظمة شبيهة بالشفعة، ومنها من أخذ بذات الشفعة الواردة في النظام الإسلامي مع بعض الاجتهادات، لسلامة الحق من شبهة الغبن في اكتساب الحق. لذا، روعي في بعض شروطها التطور القانوني، أو أن لا يكون القانون مُقيِّداً بمذهب من المذاهب الإسلامية، مراعاةً للزمان والمكان. فدخلت بعدد الحقوق القانونية. وقد وافق القانون الأردني

^{١٣٣٢} السمالوطي، نبيل، بناء المجتمع الإسلامي، دار الشروق للنشر والتوزيع والطباعة، د.م، ط٣ (١٤١٨هـ/١٩٩٨م) ٢٠٥/١.

^{١٣٣٣} الزبيدي، تاج العروس، ٢٨٣/٢١.

^{١٣٣٤} الجرجاني، التعريفات، ١٢٧/١.

^{١٣٣٥} البايروتي، العناية شرح الهادية، ٣٦٩/٩.

^{١٣٣٦} شيخ زاده، مجمع الأنهر، ٤٧١/٢.

^{١٣٣٧} الإمام مالك، المدونة، ٢٥٩/٤.

^{١٣٣٨} الشيرازي، المذهب في فقه الإمام الشافعي، ٢١٣/٢.

^{١٣٣٩} زهدي يكن، الشفعة، ٤٣.

^{١٣٤٠} مساد، منصور فؤاد عبد الرحمن، الشفعة كسبب من أسباب كسب الملكية، رسالة ماجستير إ.ش.د. علي السراطوي، جامعة النجاح الوطنية، (٢٠٠٨م) ص ١١. (يتصرف من الباحث)

في مادته الثانية رقم (٣٨) لسنة ٢٠٠٢م، على أن الأخذ بالشفعة: "أصبح يقتصر فقط على الشريك في المال غير المنقول".^{١٣٤١} محدّدًا حالات الأخذ بها في الشريك، دون الخليط والجار الملاصق؛ فقد يوجد جار سيئ النية، يريد عرقلة شراء العقار الملاصق، باستخدامه التعسفي لحق الشفعة، مما جعل القانون الأردني يَقيصرُ حق المطالبة بالشفعة على الشريك، دون الجار الملاصق أو الخليط.

ويمكن تقسيم حق المطالبة بالشفعة إلى: حق جوار، أو حق شركة. والشركة في العقار على ثلاثة أنواع: شركة في نفس العقار المبيع، بأن يكون لأخوين منزل وراثه عن أبيهما، ولم يقتسماه. شركة في أرض الحائط، بأن كانا قد اقتسما العقار، وأبقيا أرض الحائط الفاصل بينهما مشتركة. شركة في حقوق الارتفاق، بأن كان لاثنتين أو أكثر شِرب خاص، أو طريق خاص. وقد فصل الإمام ابن القيم في هذه المسألة، وجمع بين الأدلة القائلة بالاقتصار على طلب حق الشفعة خاص بالشريك في العقار غير المقسوم، وبين من يرى أن الشفعة تثبت للشريك والجار الملاصق، فقال: "إِنْ كَانَ بَيْنَ الْجَارَيْنِ حَقٌّ مُشْتَرَكٌ مِنْ حُقُوقِ الْأَمْلاكِ مِنْ طَرِيقٍ أَوْ مَاءٍ أَوْ نَحْوِ ذَلِكَ تَبَيَّنَتِ الشُّفْعَةُ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ بَيْنَهُمَا حَقٌّ مُشْتَرَكٌ أَلْبَنَتْ، بَلْ كَانَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُم مُتَمَيِّزًا مِلْكُهُ وَحُقُوقُ مِلْكِهِ - فَلَا شُفْعَةَ".^{١٣٤٢} حلول الشفيع محل المشتري في عقد البيع المشفوع فيه.

3.10.1 موانع الشفعة الشفعة حق لجميع المالكين، والأصل في انتقال الملك من يد إلى أخرى هو الرضا والاختيار، وما شرع على خلاف القياس يُقتصر فيه على موضع الضرورة؛ "فلا شفعة في البناء والشجر المبيع قصداً بدون الأرض القائم عليها"^{١٣٤٣}، لأنها في حكم المنقولات، والأحاديث والآثار كثيرة في اختصاص الشفعة بغير المنقول. ويثبت حق الشفيع بالمطالبة بالشفعة إذا علم من له حق الشفعة بالبيع، وقبل قبض المشتري، أي أن يكون للبيع وجود قانوني قائم وحقيقي تام؛ لأن حق الشفعة ضيق، فشرعت المسارعة في طلبها لتقويته، والتراخي في طلبها مبطل لحق الأخذ، لقوله ﷺ: «الشفعة لمن وأتبه»^{١٣٤٤} وقد نصت المادة (١٠١٧) من مجلة الأحكام العدلية، فمنعت الشفعة في بعض الأموال غير المنقولة، كالأراضي الأميرية، لأن ملكيتها للدولة، والمتصرف فيها له حق الانتفاع، وقد جاء فيها: "فَيُسْتَرَطُّ أَنْ يَكُونَ الْمَشْفُوعُ مِلْكًا عَقَارِيًّا بِنَاءً عَلَيْهِ لَا تَجْرِي الشُّفْعَةُ فِي عَقَارِ الْوُقُوفِ وَالْأَرَاظِي الْأَمِيرِيَّةِ".^{١٣٤٥} ومن الموانع التي تمنع طلب الشفعة أيضاً: "إذا اقتسم الشُّركاءُ العقارَ، فَلَا شُفْعَةَ لَجَارِهِمْ بِالْقِسْمَةِ".^{١٣٤٦} والشفعة تجب في مبادلة المال، أي: انتقال ملك العقار بعقد بيع، على عكس الملك المنتقل بعقد المعاوضة المالي غير البيع، كالميراث، والصدقة، والوصية، والوقف. وكذلك لا شفعة في البيع بشرط الخيار؛ لأن الشقص يؤخذ بالإجبار، فلم يصح فيه شرط الخيار.^{١٣٤٧}

مما يعني أن "ثبوت حق الشفيع أو عدم ثبوته وسقوطه، كخيار الشرط، وخيار العيب، وخيار الرؤية، يؤثر في حق الشفعة فيؤدي إلى سقوط هذا الحق مما يترتب عليه عدم استحقاق الشفيع لهذا الحق".^{١٣٤٨}

^{١٣٤١} حمزة عودة النصور، صاحب الحق في تملك العقار، الأردن: دار الضياء، ط ١ (١٤٣١هـ/٢٠١٠م)، ١٥.

^{١٣٤٢} ابن قيم الجوزية، أعلام الموقعين، ١٠٠/٢.

^{١٣٤٣} قدرى باشا، مرشد الحيران، ١٨/١.

^{١٣٤٤} عبد الرزاق، المصنف، تحقق: حبيب الرحمن الأعظمي، الهند: المجلس العلمي، ط ٢ (١٤٠٣هـ)، ٨٣/٨.

^{١٣٤٥} لجنة مكونة من علماء وفقهاء الدولة العثمانية، مجلة الأحكام العدلية، ١٩٧/١.

^{١٣٤٦} البائرتي، العناية شرح الهداية، ٤١١/٩.

^{١٣٤٧} الشيرازي، المهذب، دار الفكر، د.م، د.ت، ٣٨٢/١.

^{١٣٤٨} العموش، محمد محمود، تأثير الخيار في حق الشفعة دراسة فقهية مقارنة، مؤتة للبحوث والدراسات، سلسلة العلوم الإنسانية والاجتماعية، المجلد الثلاثون، العدد الأول، (٢٠١٥م) ١٦٥.

وقد اختلف العلماء في جواز الشفعة في الأراضي المحتكرة، وجزم بصحته ابن الكمال في أول باب ما فيه الشفعة من أن: "البناء إذا بيع مع حق القرار يلتحق بالعقار".^{١٣٤٩} ورده الرملي، وأفتى بعدمها تبعاً للبرازية، ولعل حجتهم في ذلك: "أن البناء فيما ذكر ليس له حق البقاء على الدوام، بل هو على شرف الزوال، لما قالوا إن الأرض المحتكرة إذا امتنع المحتكر من دفع أجرة المثل يؤمر برفع بنائه وتؤجر لغيره".^{١٣٥٠} وانتصر للقول بجواز الشفعة في البناء، وأنه تبع لحق القرار، أبو السعود، وجزم بخطأ من أفتى بأنه لا شفعة في البناء على الأرض المحتكرة، وعلل جواز ذلك بما يلي: "لَوْ بَاعَ النَّخْلُ وَحْدَهُ أَوْ الْبِنَاءُ وَحْدَهُ فَلَا شُفْعَةَ لَأَنْتَهُمَا لَا قَرَارَ لَهُمَا بِدُونِ الْعُرْصَةِ".^{١٣٥١} وهو المتبع في قانون الملكية العقارية.

ولا شفعة في العقار المعار، فإذا أعار رجل أرضه لأحد، وأذن له في البناء عليه، ثم أراد أن يبيع البناء لآخر، فمذهب الإمام مالك في المدونة في باب الشفعة في النقص، عندما سئل: سئل مالك: "في رجل أذن لرجل أن يبني في عرصته، فأراد الخروج منها ويأخذ نفضه. قال: قال مالك: صاحب العرصة عليه بالخيار، إن أحب أن يدفع إليه قيمة النقص ويأخذها فذلك له، وإن أبى أسلمها إلى صاحبها ينقضها".^{١٣٥٢} ولم ينص عليه علماء المذهب الحنفي، ولا في قانون الملكية العقارية. ولا نستطيع التوسع والقول بمنح المعير حق الشفعة، لأنه حق مقيد بشروط، لا يجوز التوسع بها.

3.10.2. قابلية المال المشفوع للقسمة إذا كان العقار قابلاً للقسمة بين الشركاء، فإنه يُقسم بينهم ولو جبراً، إذا تساوت الأجزاء المقسومة، ليستأثر المالك بمنافع العين كلها. وقد بطرأ لهذا العقار استثناء، يتمثل في إمكانية فرز حق الملكية، ويكون محل الشركاء محدداً معنوياً. فلو فرضنا أن هناك قطعة أرض مشتركة بين ثلاثة إخوة، في قطعة محددة برقم يضبط حدودها، فهي ملكية شائعة بين الإخوة، ومعنوياً، أي لا أحد يعرف أين حصته منها. والقسمة أحد أسباب إنهاء الشيوع، عند تعذر الشركاء من إدارة العقار، وحماية قانونية. وينتهي الشيوع في المال غير المنقول بتقسيمه بين الشركاء، إذا كانت الحصص جميعها قابلة للقسمة. وإذا كانت جميعها غير قابلة للقسمة، حلت القسمة القضائية محل القسمة الرضائية، فيزال الشيوع ببيعه في المزاد، ويوزع الثمن بين الشركاء بنسبة حصصهم. هذا ما جرت عليه المحاكم المدنية. وقد نصت المادة (١١١٦) على أن: "القِسْمَةُ إِذَا قِسْمَةُ رِضَاءٍ، أَوْ قِسْمَةُ قِسْمَةٍ".^{١٣٥٣} ويحق لكل أحد من الشركاء، في أي مدة زمنية، طلب القسمة. أما فيما يتعلق بأقوال الفقهاء في ثبوت الشفعة في العقار غير القابل للقسمة، فقد جاءت على قولين، وكل فريق منهم استدلّ على حجته من المنقول أو المعقول:

☒ مذهب يرى أن الشفعة لا تثبت إلا في العقار القابل للقسمة، أو أمكن مع إحداث ضرر، ومذهب آخر يرى ثبوت الشفعة

فيما لا يقبل القسمة. واحتج هذا الفريق بحديث: "الشفعة في كل شريك"، وحجتهم أن عموم الحديث يشمل ما يُقسم وما لا يُقسم. واستدلوا أيضاً بحديث ينص على ثبوت الشفعة فيما لا يُقسم، لقوله ﷺ: «قَضَى رَسُولُ اللَّهِ ﷺ بِالشُّفْعَةِ فِي كُلِّ شَرِيكَ لَمْ يُقْسَمْ، رُبْعَةً أَوْ خَائِطٍ، لَا يَحِلُّ لَهُ أَنْ يَبِيعَ حَتَّى يُؤْذَنَ شَرِيكُهُ». ^{١٣٥٤} وقد أفاد الحديث انقطاع الشفعة في الأملاك

^{١٣٤٩} الحصكفي، الدر المختار، ٦٢١/١.

^{١٣٥٠} ابن عابدين، حاشية رد المختار، ٢١٧/٦.

^{١٣٥١} ابن عابدين، رد المختار، ٢١٧/٦.

^{١٣٥٢} الإمام مالك، المدونة، ٢١٦/٤.

^{١٣٥٣} علي حيدر، درر الحكام، ١٠١/٣.

^{١٣٥٤} الدارمي، أبو محمد عبد الله بن عبد الرحمن، مسند الإمام الدارمي، تحقق: د. مرزوق بن هياس الزهراني، د.م، د.ن، ط١ (١٤٣٦هـ/٢٠١٥م)، ٢/ ٨٦٤.

إذا أفرزت، وانقطع حق المطالبة بها. كما أن الضرر متصور وجوده في العقار القابل للقسمة، ففي غير القابل للقسمة يكون أشد ضرراً. وأفاد أن البيع طريق من طرق نقل الملكية المثبتة لحق طلب الشفعة.

☒ ذهب الرأي الثاني إلى عدم ثبوت الشفعة في غير القابل للقسمة العقارية لحديث جَابِرِ بْنِ عَبْدِ اللَّهِ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا - قَالَ: «إِنَّمَا جَعَلَ النَّبِيُّ ﷺ الشُّفْعَةَ فِي كُلِّ مَا لَمْ يُقَسَّمْ، فَإِذَا وَقَعَتِ الْخُدُودُ وَصُرِفَتِ الطُّرُقُ، فَلَا شُفْعَةَ». ١٣٥٥

صُرِفَتِ الطُّرُقُ: "بَيَّنَّتْ مصارفها، وشوارعها، وجهاتها". وقعت الحدود: "عُيِّنَتِ الحدود، والحدود جمع حد، وهو هنا: ما تُمَيِّزُ به الأملاك بعد القسمة". ١٣٥٦ أفاد الحديث أن حق المطالبة بالشفعة فيما لم تُصرف حدوده، أي: في الملك الشائع، وقوله: "إِذَا وَقَعَتِ الحدود وَصُرِفَتِ الطُّرُقُ"، فيما هو قابل للقسمة، فدلَّ بمنطوقه على عدم وقوعه في غير الملك الشائع، ودلَّ بمفهومه على عدم ثبوته فيما لا يقبل القسمة؛ لأن كثيراً من العقارات إذا صُرِفَتْ أو وَقَعَتْ حدودها، غُطِّلَتْ منافعها. استدلوا بقول الصحابي عثمان رضي الله عنه، حيث قال: «لَا شُفْعَةَ فِي بَيْتٍ وَلَا فَحْلٍ وَلَا أَرْفُ يَقْطَعُ كُلَّ شُفْعَةٍ». ١٣٥٧

3.10.3. قابلية الشفعة للتجزئة تُعد الشفعة رخصة استثنائية، لا يمكن التوسع فيها، ولا في أصحابها، أو في التصرفات التي تبررها. ومن هذا المنطلق، كان المبدأ فيها هو ألا تكون قابلة للتجزئة، وأن تكون محددة مالياً. والقول بعدم قابلية الشفعة للتجزئة، يعني أنه لا يجوز الأخذ بالشفعة في بعض المبيع دون البعض الآخر، حمايةً لمصلحة الشركاء. فإذا أراد الشفيع أخذ العقار بالشفعة، فإنه يجب عليه أخذ المبيع كاملاً، وليس له أن يحصر شفيعته في جزء منه ويترك جزءاً آخر. وللاخذ بالشفعة، لا بد أن يكون التصرف منصباً على العقار كله دون بعضه، وأن يتميز نصيب كل واحدٍ من الشريكين، مما يعني أن يكون المبيع عقاراً واحداً. وعادةً ما يذكر الفقهاء هذا المطلب تحت شروط العقار المشفوع، كقولهم: "شَرَطَ الْعَقَارُ الَّذِي فِيهِ الشُّفْعَةُ: قَبُولُهُ لِلْقَسَمِ". ١٣٥٨

وليس المقصود من كون العقار هل هو قابل للتجزئة أم غير قابل، هو فصل العقار عن بعضه؛ إنما المقصود هو ذات الشخص الذي يريد طلب الشفعة: هل يحق له طلب جزء من العقار دون الآخر؟ لأن تجزئة الشيء تعني طلب جزء من العقار والاختصاص به دون الجزء الآخر، على عكس حكم قسمة العقار، فهناك فرق بين المصطلحين؛ ففي القسمة، المقصود إنشاء وحدات عقارية جديدة، أما التجزئة، فتعني طلب ربعها أو ثلثها وضمها لعقاره، فيطلب الشفيع جزءاً يُكْمَلُهُ لحاجته إلى عقاره أحياناً. ومن هنا، اشترط في المال المشفوع فيه أن يكون عقاراً، وأن تُطلب الشفعة في العقار كله. وقد قضت محكمة النقض المصرية بهذا الشرط، فيما إذا كان العقار واحداً، أو عقارات متعددة، متصلة أو منفصلة، بشرط أن تكون مخصصة لعمل واحد أو لطريق استغلال واحد. والقول بجواز "قابلية الشفعة للتجزئة" جعل الجزء الباقي منها غير صالح لما أُعْدِلَ منه الانتفاع". ١٣٥٩ وفيه تفريق للصفقة، وإضرار بالمشتري، والشفعة في العقارات على حالات: أحدها مخصص بمجموعها لعمل واحد، وأخذ جزء منها مُفَوِّتٌ ومُعْطَلٌ للباقي منها، فوجب عليه طلبها جميعها حتى لا تتفرق الصفقة على المشتري. وقد أخذ القانون الأردني بمبدأ عدم تجزئة العقار المشفوع، ونصَّ القانون المدني الأردني - المادة رقم (١١٦٠) على أن: "حق الشفعة في قانون الشفعة الجديد لا يقبل التجزئة، وليس للشفيع أن يأخذ جزءاً من العقار دون غيره جبراً على المشتري". إلا عند تعدد المشتريين ووحدة البائع، فللشفيع عندها أن

١٣٥٥ البخاري، صحيح البخاري، ١٤٠/٣.

١٣٥٦ ابن الأثير، النهاية في غريب الحديث والأثر، ٢٤/٣.

١٣٥٧ ابن حزم، المحلى، ٨٣/٩. الأَرْفُ الْخُدُودُ وَالْمَعَالِمُ التي تميز الأملاك العقارية.

١٣٥٨ الخرشى، شرح مختصر خليل للخرشي، م.س، ١٦٤/٦.

١٣٥٩ نبيل إبراهيم سعد، الشفعة علماً وعملاً، الإسكندرية - منشأة المعارف، (١٩٩٧م)، ٦٧.

يأخذ جزءاً من العقار ويترك دونه".^{١٣٦٠}؛ ولأن في تجزئة الشفعة إبطاً لحكمة مشروعية، من كونها تتميز بخاصية تجميع لم شتات الوحدات العقارية، وجمعها في كيان واحد، ينجم عنه عدم حرمان الشفيع من الشفعة، وعدم تفريق الصفقة عليه. وقد نصت المادة (١٤٠١) من مجلة الأحكام العدلية على أن العقار المشفوع به لا يجوز تجزئته: "الشُّفْعَةُ لَا تُقْبَلُ النَّجْزَةُ، بِنَاءً عَلَى ذَلِكَ لَيْسَ لِلشَّفِيعِ حَقٌّ فِي اخْتِزِاقِ مَقْدَارٍ مِنَ الْعَقَارِ الْمَشْفُوعِ وَتَرْكُ بَاقِيهِ".^{١٣٦١} وللعقارات صوراً أخرى لا بد من ذكرها، وهي: تعدد البائعين، وتعدد المشتريين، وتعدد المشفوع عليه. وصورة المسألة على النحو الآتي:

☒ **تعدد البائعين**، كبيعهم نصيباً غير قابل للقسمة في عقار واحد، ففي هذه الحالة لا يجوز للشفيع أن يأخذ بعضها دون بعض.

☒ **البائع واحد وتعدد الشفيعين والمشتري واحد** وهذه على عكس الصورة السابقة ففي هذه الحالة إذا باع العقار لشفيعين جاز لهم الشفعة "فَحَقُّ كُلِّ وَاحِدٍ مِنَ الشَّفِيعَيْنِ ثَابِتٌ فِي جَمِيعِ الْمَبِيعِ لِتَكَامُلِ الْعِلَّةِ فِي حَقِّ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا".^{١٣٦٢}

☒ **"تعدد العقارات المباعة"**: صورة المسألة في رجل أراد الشفعة في أحد العقارين دون الآخر، أو أن يبيع رجل شقاً سكنية، فأراد أن يأخذ مما يلي شقته. فالحنفية فرّقوا في بعض الأشياء من كون طالب الشفعة طلبها بحكم الشركة أم بحكم الجوار، فأجازوا تفريق الصفقة في الجوار دون الشركة. ولهم نظراً آخر في نوع العقار المبيع، فقد يُعلن عن بيع عقارين بصفقة واحدة، أحدهما جيد والآخر ليس بجيد، فهنا لا يجوز أن تُجزأ الشفعة، لأن "الصفقة لما وقعت مجتمعةً للمشتري، فقد ملك الدارين بقبول واحد".^{١٣٦٣}

☒ **بيع جزء من عقار في صفتين**، كرجل باع جزءاً من عقار في صفتين، كرجل باع جزء من عقاره لمشتري ثم أقام الشفيع دعوى طلب الشقص من الأرض، أُعلن بعهده مستقلاً عن الشقص الآخر من الأرض، فإن للشفيع الشقصين من أرضه؛ "لِأَنَّ لِكُلِّ عَقْدٍ حُكْمَ نَفْسِهِ".^{١٣٦٤}

3.10.4. الشفعة في البناء والغراس

اختلف الفقهاء في ثبوت الشفعة إذا كان البناء والغراس منفصلين عن الأرض، بأن يُباع البناء والغراس منفردين. واستدل من قال بجواز ثبوتها بعموم الحديث السابق، الذي يقضي بأن الشفعة في كل شيء، وفي كل شرك من أرض أو رُبع أو حائط، والحائط هو البستان، فيكون البناء والغراس داخلين فيها بشرط اتصالهما بالأرض؛ لأن انفصالهما عن موضعهما يُخرجهما من كون الشفعة عقاراً، فأصبح الشجر والبناء في حكم المنقول بانفصالهما. فما حجة القسمة إذا كانا منفصلين، ومُتَعَذِّرُ ضررهما لعدم دوام ضررهما بالبقاء؟ أما الغراس والزروع إذا بيعت متصلةً مع أصولها، ثبتت الشفعة فيها، فإن بيعت منفردة بدونها لم تثبت، وهي كالمنقولات. ووقع خلاف بين الفقهاء في ثبوت ملكية العقار المشفوع فيه، من حيث مدة ثبوت الملك لطالب الشفعة، وهي مسألة في تصرف المشتري في العقار المشفوع فيه. ولكن قبل الحكم عليه، وتتمثل صورة المسألة فيمن أحدث في الأرض بناء أو زرعاً أو غراساً، فالفقهاء يُفرقون بين البناء والغراس والزرع الحاصل على الأرض قبل

^{١٣٦٠} الأتاسي، محمد جاسر، *الشفعة في قانون الملكية العقارية في الأردن المحامي والمستشار القانوني*، د.د، د.ت، ٢٠٢٤/٤ م.

^{١٣٦١} قدري باشا، *مجلة الأحكام العدلية*، ١/ ٢٠١.

^{١٣٦٢} السرخسي، *المبسوط*، ١٤/ ١٠٤.

^{١٣٦٣} الكاساني، *بدائع الصنائع*، ٥/ ٢٦.

^{١٣٦٤} ابن قدامة، *المغني*، ٥/ ٢٧٥.

الإعلان عن الرغبة في الشفعة، وبعد إعلان الرغبة في الشفعة، أي بمعنى: "أن يكون العقار المشفوع فيه قد خرج من ملك صاحبه خروجًا باتًا بعوض مالي".^{١٣٦٥} وهذه الزيادة الحاصلة على العقار المشفوع فيه، يكون الحكم فيها على ثلاث أمور:

✗ إما أن تكون الزيادة في العقار المشفوع مما يقبل الانفصال، كالزراع والغرس، بأن كان لها وقت معلوم من غير ضرر بها، فيكون أخذها بالأجرة.

✗ وإما أن تكون هذه الزيادة مما لا تقبل الانفصال، كالبناء والغرس، وكالدهن بالألوان، أو تطييبه، أو زخرفة، أو تبييضه. وإما "أن يترك العقار للمشتري الثاني، فيأخذه بالثمن الذي اشترى به وقيمة الزيادة".^{١٣٦٦} المضافة على العقار، لما فيه من الضرر. أو هو مخير بين أمرين: فإن كانت الزيادة مما لا تقبل الانفصال عن العقار وأصر على ثمن ما أحدثه في البناء أو الأرض "فالشَّفِيعُ بِالْخِيَارِ إِنْ شَاءَ تَرْكُهُ وَإِنْ شَاءَ تَمَلَّكَ الْمَشْفُوعُ بِإِعْطَاءِ ثَمَنِهِ وَقِيمَةِ الْأُبْنِيَّةِ وَالْأَشْجَارِ وَلَيْسَ لَهُ أَنْ يُجْبَرَ الْمُشْتَرِي عَلَى قَلْعِ الْأُبْنِيَّةِ أَوْ الْأَشْجَارِ".^{١٣٦٧}

النقصان من العقار المشفوع بأفة سماوية النقصان من العقار المشفوع بأفة سماوية، وهذا الحكم لا علاقة له بأحداث أي زيادة، فالمراد النقص الحاصل من الأرض أو البناء. فالفقهاء يفرقون بين النقص بسبب يد المشتري أو بسبب أفة سماوية، وبين النقص في ذات العقار أو في توابعه من الشجر والبناء. فإذا انهدم البناء، أو غرق، أو جفت الشجر ويبس، أو تحوّل تيار من الماء فأخذ العقار فأتلفه، وهو في يد المشتري الأول، وكان بسبب أفة سماوية، ولم يبق منه شيء؛ فإن حصة التالف "لا يُقَابِلُهُمَا شَيْءٌ مِنْ الثَّمَنِ".^{١٣٦٨} أي إنه يدفع ما يخص الأرض دون البناء والشجر، لأن التالف نقصان وصف لا نقصان قدر. وإن كان النقصان في توابع العقار المشفوع وبسبب المشتري، فالشفيع بالخيار بين تركه أو أن يأخذه. "إِنَّ مَا انْهَدَمَ بِغَيْرِ فِعْلِهِ أُخِذَ بِجَمِيعِ الثَّمَنِ، وَمَا انْهَدَمَ بِفِعْلِهِ، أَوْ فِعْلٍ غَيْرِهِ، أُخِذَ بِحَصَّتِهِ مِنَ الثَّمَنِ".^{١٣٦٩}

3.10.5. الشفعة في المنافع يُفهم من كلام بعض فقهاءنا إلى عدم ثبوت الشفعة في المنافع: "الشفعة تجب في كل عين...

وأراد المصنف بقوله (في كل عين) إخراج الشفعة في المنافع، لأنها تتبع لملك الأعيان، والشفعة إنما هي فيما خرج من مالك إلى مالك خروجًا تامًا".^{١٣٧٠} ذلك أن حديث جابر دلّ على وضع الحدود وتصريف الطرق، وهذا لا يكون إلا فيما كان له جرم وجسم محسوس، وفي المنافع متعذر بيان معالمها. والحنابلة يعتبرون الشفعة في المنافع من قبيل الملك غير التام: "لا شفعة بملك منفعة، كدارٍ موصى بنفعها، فباع الورثة نصفها، فلا شفعة للموصى له".^{١٣٧١} قال ابن ناجي في شرحها، وهو قول مالك ورواية ابن القاسم عنه، وصرح ابن ناجي في شرح المدونة بمشهوريته: أن الشفعة في المنافع لا تجوز، "لا شفعة في الكراء، وهو كأن يكتري شخصان دارًا، ثم يُكْري أحدهما حصته، أو تكون دار بين شخصين فيُكْري أحدهما حصته".^{١٣٧٢} ففي صورتين تعدد

^{١٣٦٥} أبو زهرة، محمد، الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية، القاهرة: دار الفكر العربي، (١٤٣٥هـ/٢٠١٤م)، ١٥٣.

^{١٣٦٦} أحمد إبراهيم بك، المعاملات الشرعية المالية، مصر: دار الأنصار، دم (١٣٥٥هـ/١٩٣٦م)، ٦٥.

^{١٣٦٧} اللجنة مكونة من علماء وفقهاء في الخلافة العثمانية، مجلة الأحكام العدلية، ١/٢٠١.

^{١٣٦٨} الزبيدي، أبو بكر بن علي بن محمد الحدادي العبادي، الجوهرة النيرة، المطبعة الخيرية، ط١ (١٤٢٢هـ) ٢٧٤/١.

^{١٣٦٩} الماوردي، الحاوي، ٢/٢٦٦.

^{١٣٧٠} الشوكاني، السيل الجرار، ١/٥٦١.

^{١٣٧١} البهوتي، شرح منتهى الإرادات، ٢/٣٤٣.

^{١٣٧٢} الخطاب، مواهب الجليل، ٥/٣١٢.

مالكي المنفعة لنفس العقار أو عقار بين اثنين، " فلا يصح الشفعة في الحانوت الذي يكون بين الشريكين، فيكري أحدهما نصيبه شائعاً، فلا شفعة فيه للأخر إذا كان لا يحتمل القسمة".^{١٣٧٣}

ذكر بعض الصور لوقوع الشفعة في منافع العقار: " فلو اشترك اثنان في إجارة عمارة لموسم الحج بمائة ألف، ثم أراد الآخر أن يبيع نصيبه، ويدخل أجنيباً شريكاً في هذه الإجارة، فأدخله بمائة وعشرين ألفاً؛ فحينئذٍ من حَقَّ أن تشفع وتطالب بهذه الشفعة".^{١٣٧٤} وكذلك الشفعة في منافع العقار الموصى به لا تجوز، "لأن ملك الرقبة شرط لصحة الشفعة؛ فلا شُفْعَةٌ بِمَلِكٍ مَنُفَعَةٍ، كَذَارٍ مُوصَى بِنُفْعِهَا، فَبَاعَ الْوَرَثَةُ نَصْفَهَا، فَلَا شُفْعَةَ لِلْمُوصَى لَهُ".^{١٣٧٥} فالشركة المُجِيزَةُ لِلشَّفْعَةِ هي الشركة في الملك فقط، أما الشركة في ملك المنفعة فلا تثبت فيها الشفعة قال الكاساني: "لا شفعة له بدار يسكنها بالإجارة والإعارة، ولا بدار باعها قبل الشراء، ولا بدار جعلها مسجداً، ولا بدار جعلها وقفاً".^{١٣٧٦} وفي قولٍ لِمَالِكٍ: للشريك في المنفعة المطالبة بالشفعة أيضاً. قال الشيخ عليش: " لا شفعة لشريك في كراء، فإن ائتمنى شخصان داراً مثلاً، ثم أكرى أحدهما نصيبه من منفعتها، فلا شفعة فيه لشريكه على أحد قولي مالِك، وله الشفعة فيه على قوله الآخر".^{١٣٧٧}

^{١٣٧٣} اللخمي، علي بن محمد الربيعي، *التبصرة*، تحقق: د. أحمد عبد الكريم نجيب، قطر: وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، ط ١ (١٤٣٢هـ/٢٠١١م)، ٥٠٤٥/١١.

^{١٣٧٤} الشنقيطي، شرح زاد المستقنع، ٧/٢٣٤.

^{١٣٧٥} اليهودي، *كشاف القناع*، ٢/١.

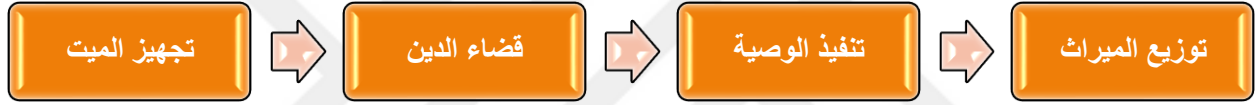
^{١٣٧٦} الكاساني، *بدائع الصنائع*، ١٤/٥.

^{١٣٧٧} عليش، *منح الجليل شرح مختصر خليل*، ١٩٢/٧.

الفصل الرابع DÖRDÜNCÜ BÖLÜM

أحكام متفرقة تتعلق بالأموال غير المنقولة في الشريعة الإسلامية

4.1. ميراث المال غير المنقول حرص الإسلام على تنظيم حياة الناس من خلال إعطائهم حقوقهم كاملة في حياتهم وبعد مماتهم، وقد ثبتت مشروعية الميراث في كتاب الله وسنة نبيه ﷺ، حقاً ثابتاً للوارث، ففي قوله ﷺ: «لِلرَّجَالِ نَصِيبٌ مِّمَّا تَرَكَ الْوَالِدَانِ وَالْأَقْرَبُونَ وَلِلنِّسَاءِ نَصِيبٌ مِّمَّا تَرَكَ الْوَالِدَانِ وَالْأَقْرَبُونَ مِمَّا قَلَّ مِنْهُ أَوْ كَثُرَ نَصِيبًا مَفْرُوضًا»^{١٣٧٨} ومن سنته ﷺ، فقد ورد الكثير في تعزيز فكرة إعطاء الحق المالي للورثة دون تمييز لصالح أحدٍ على أحد، كقوله ﷺ: «مَنْ تَرَكَ مَالًا فَلِوَرَثَتِهِ»^{١٣٧٩} فيُعد الميراث نظاماً لتوزيع الثروة ومنع وقوعها وتجمعها في يد فئةٍ دون أخرى، بهدف توثيق الروابط الأسرية وتآلفها وتماسكها، فشرع الإسلام هذا النظام وبيّنه للناس تخليصاً للنفوس من الأنانية، وتعريفاً بمن له حق في مال المتوفى ومن ليس له حق، وبذلك يرضى كل إنسان بنصيبه، ويلزم حدّه، ويكفّ عن أكل مال غيره بالباطل. فاشتملت الآيات الواردة في القرآن الكريم على نظام تفصيلي لأحكام الميراث وحالاته، فوضع الإسلام للميراث أحكاماً تنظمه وتضبطه^{١٣٨٠}.



سُمّي هذا العلم بأكثر من مُسمّى؛ جاء بأنه تركّة الميت، وعلم الفرائض، والتراث، أي: "البقاء وانتقال الشيء من قوم إلى قوم آخرين"^{١٣٨١}. الورثة ناشئة عن الوفاة، وخلافة حيٍّ لميتٍ في الملك، يثبت الملك له بإلزام الشرع، ويكون الحق قابلاً للتجزئة، ثابتاً لمستحق، وهو "ما يتركه الميت من الأموال خالصاً عن حق الغير بعينها"^{١٣٨٢} فهو من قبيل علم الحساب، يبحث فيما يتعلق به حقوق العباد، وتفتيت الملكية العقارية، تُصبح ملكية كل وارث بحسب حصته المقدّرة شرعاً، ويكون سهم كل وارث مُشاعاً، تنتهي بأجزاء مفرزة، وكان الملك انتقل من ملكية مفرزة لفرد إلى ملكية شائعة لأفراد، ثم عودتها إلى ملكية فردية بعد الفرز. والتركّة إما عقار، أو عروض، أو نقود، وقسمة العقار الموروث اصطلاح الفقهاء عليه بـ القيراط، فقالوا: "اعلم أن كل شيء يُقسّم أربعةً وعشرين قِسْماً، فيُسمّى أحدها قيراطاً"^{١٣٨٣}.

4.1.1. الإرث الشرعي والانتقالي (العثماني) الإرث الشرعي والانتقالي (العثماني) الإرث الشرعي مرّ بنا تعريفه، وأما الإرث الانتقالي العثماني أو الميري، فيُقصد به: "الحصص التي قُسمت وفق قانون الانتقال المتعلّق بحق الانتفاع بالأراضي الأميرية، فيمتلك المواطنون حق الانتفاع بتلك الأراضي دون تملك رقبته، وقد كان الورثة يتقاسمون هذا الحق بالتساوي دون التفريق بين ذكر وأنثى، حتى تاريخ معين"^{١٣٨٤}. وقد مرّت هذه التشريعات بثلاث مراحل: ففي المرحلة الأولى بتاريخ ١٣٣١/٣/٢٧ هـ الموافق

^{١٣٧٨} النساء ٧/٤.

^{١٣٧٩} البخاري، صحيح البخاري، ٤/٤١٣.

^{١٣٨٠} منهاجي، إجابات أسئلة التقويم والمراجعة: الميراث في الشريعة الإسلامية، (تعريف الميراث)، دط، دد، ١٥.

^{١٣٨١} ابن مفلح، المبدع في شرح المقنع، ٣١٨/٥.

^{١٣٨٢} أبو اليقظان عطية الجبوري، أحكام الميراث في الشريعة الإسلامية، العراق: دار النذير للطباعة، ط١ (١٣٨٨ هـ/١٩٦٩ م)، ٦٥.

^{١٣٨٣} الكشناوي، أبو بكر بن حسن بن عبد الله، أسهل المدارك، بيروت: دار الفكر، ط٢، دبت، ٣/٣٤٠.

^{١٣٨٤} دائرة الإفتاء العام الأردنية، "التأصيل الفقهي لمسألة الإرث الانتقالي (العثماني) أو (الميري)"، فتوى رقم (٢٨٩٩)، ١٧/٤/٢٠١٤، على موقع

دائرة الإفتاء: <https://www.aliftaa.jo/fatwa/2899>. بتصرف. تاريخ التصفح ١٥ يناير ٢٠٢٤ م.

١٩١٣/٢/٢١م، حُرمت البنات من حق الانتفاع بالأراضي الأميرية: "تنتقل للابن، ولا تُعطى البنت حصة".^{١٣٨٥} ثم صدر مرسوم سلطاني منحهنّ الانتفاع كحال الذكر، حتى تاريخ معين. إلى أن انتهى الأمر بآخر مرسوم سلطاني، قضى بتقسيم الانتفاع بتلك الأراضي حسب تقسيم التركية. وكانت أحكامه مبنية على أوامر سلطانية، أفتى بها علماء الدولة العثمانية، يرجع فيه التقسيم إلى نظر الإمام وتقدر المصلحة.

الفرق بين الإرث الشرعي والإرث الانتقالي: " نوع الملك: الملك المتعلق بالعقار في الإرث الانتقالي محدد بنوع واحد، وهو ملك المنفعة، وفي نوع من العقار، وهي الأراضي الخراجية. أما الملك في الإرث الشرعي، فهو متعلق بالمال المملوك عيناً ومنفعة".^{١٣٨٦}

حق التصرف: في الإرث الشرعي، يفتقر إلى أسباب شرعية تمكّن المالك من التصرف بالإرث. أما في الإرث الانتقالي، فلا يشترط أن ينتقل إلى المالك بالأسباب التي انتقل بها المال في الشرعي.

- "أحكام الإرث الشرعي المطبق، تقضي بأن يكون للذكر مثل حظ الأنثيين.
- ذوو الأرحام والعصبات: في الإرث الانتقالي على سواء، وفي الشرعي لا يرث ذوو الأرحام مع العصبات.
- من حيث المقدار: في الميراث الشرعي، حق الورثة مُقدّر شرعاً، بخلاف الإرث الانتقالي، فمقدار الحق فيه يُقدّر اجتهاداً.
- أحكام انتقال الأموال غير المنقولة، المطبقة بشأن الأراضي الأميرية، تقضي بتساوي الذكور والإناث في الحقوق".^{١٣٨٧}

4.1.2. الحقوق: ما يُورث منها وما لا يُورث، وهي على قسمين: الأول: ألا يتعلق بها حق الغير، وهذا الذي يدخل في مسمى التركية. الثاني: ما يتعلق بها حق الغير حال الحياة، وهذا لا يدخل في مسمى التركية، فيُقدّم على تجهيز الميت؛ لتعلقه بالمال قبل صيرورته تركة، ويُسمى بالحقوق العينية، كحق البائع في تسليم المبيع، وحق المرتهن في المرهون. اتفق الفقهاء مثلاً " على وراثة الحقوق المقصود بها التوثق، كحبس المرهون لوفاء الدين، واتفقوا أيضاً على وراثة حقوق الارتفاق، كحق الثّرب والمرور؛ لأنها حقوق تابعة للعقار ولازمة له".^{١٣٨٨}

يرى بعض الفقهاء بأن تركة الميت تشمل الأموال والمنافع والحقوق، فمشمولات التركية عند الحنفية فصلوا فيها ما يُورث من الحقوق وما لا يُورث، ومذهبهم ضيق في ذلك؛ فلا يُورثون المنافع ولا الحقوق، إلا ما كان مآلاً أو تابِعاً للمال. ومن الحقوق ما لا يُورث، كحق الشفعة وخيار الشرط".^{١٣٨٩}، سواء كانت الأموال منقولة أو غير منقولة، وسواء كانت الأموال مثلية أو قيمية. وتشمل كذلك الحقوق المالية، كالديون، والحقوق التابعة للأموال، كحقوق الارتفاق، وما ألحق بالحقوق المالية أو الشخصية، كحق الرهن وحبس المبيع حتى يُؤدّى ثمنه. أما المنافع، كأجرة البيت، والحقوق الشخصية، كحق الوكالة والحضانة، فلا تشملها تعريف

^{١٣٨٥} ابن عابدين، *حاشية ابن عابدين*، بيروت: دار الفكر، ط ١ (١٤٢١هـ/٢٠٠٠م)، ٥٢٤/٤.

^{١٣٨٦} سمارة، محمد، *أحكام التركات والميراث في الأموال والأراضي*، الأردن: دار الثقافة للنشر، ط ١ (٢٠٠٢م)، ٣٥٨.

^{١٣٨٧} دار الإفتاء الأردنية. "توفي وترك أراض وزوجة وأم وخمسة أولاد ذكور وابنة: توزيع التركة". فتوى رقم ٨١٧ (١٣ يوليو ٢٠١٠). aliftaa.jo.

^{١٣٨٩} <https://www.aliftaa.jo/fatwa/817> تاريخ التصفح ٣ يونيو ٢٠٢٣م.

^{١٣٨٨} وهبة الزحيلي، *الفقه الإسلامي وأدلته*، ٢٨٤٨/٤.

^{١٣٨٩} ابن عابدين، *الدر المختار*، ٧٦١/٦.

التركة عندهم. والحقوق الشخصية التي فيها الناحية المالية هي الغالبة، كحق الشفعة، والخيار، والانتفاع بالموصى به، والأعيان التي تعلّق بها حق الغير. ومنشأ خلاف الحنفية مع الجمهور في استثنائهم الأعيان التي تعلّق بها حق الغير بعينها، وفي المنافع والحقوق الأخرى، كحق الخيار والشفعة والانتفاع بالموصى به، مع الحنفية الذين يقولون بأنها ليست من مشتملات التركة، من قوله ﷺ: «مَنْ تَرَكَ مَالًا فَلِوَرَثَتِهِ».^{١٣٩٠}، والأصل " أن تورث الحقوق كالأموال، إلا ما قام دليل على مفارقة الحق في هذا المعنى للأموال".^{١٣٩١} وذكر الإمام مالك -رحمه الله- في هذه المسألة من الحديث الذي استدل به الحنفية، قال المالكية: " إرث خيار الشفعة... ثم قال: خيار الشفعة موروث".^{١٣٩٢}

يحصّر الحنفية التركة في المال أو الحق الذي له صلة بالمال فقط، فالذي يُورث عندهم هو الأعيان المالية المتعلقة بمال المورث، لا بشخصه ولا بإرادته ومشينته. فالحقوق عندهم منها ما يُورث كحق حبس المبيع، وحبس الرهن، لأنها تتعلّق بمال المورث، ومنها ما لا يُورث كحق الشفعة، وخيار الشرط، وحد القذف، وحق التزويج، لأنها تتعلّق بإرادته ومشينته. ولهذا لا يُورث خيار القبول والإجازة في بيع الفضولي، والأجل، فيرون الفصل بين شخصية المورث ودمته، واعتبروا أن الملك يثبت للوارث في المال وبالحقوق التي قام الدليل على إلحاقها بالأموال. لذا استثنوا من وراثّة الحقوق: حق الشفعة وحق الخيار؛ لأنه من الحقوق الشخصية، خلافاً للجمهور الذين قالوا بأن الضرر الحاصل بالشفعة، كما أنه حاصل للمورث، حاصل للوارث. ثم إن القول بأن الحقوق والمنافع تُورث لا ينافي أنها تركة؛ "ذلك أن المورث أن يُبقي لنفسه هذه العين التي تعلّق بها حق الغير بها، ويقوم بأداء ما عليها من حقوق الغير، وليس لصاحب الحق المتعلق بها أن يرده عما أراد".^{١٣٩٣} وحق الورثة في العقود الواردة على منافع العقار يبقى بعد موت المورث؛ لأن حقوقهم متعلقة بالأعيان دون المنافع، على خلاف قول الحنفية باعتبارهم أنها تنتهي بموت المورث.

وأثبت القانون العقاري بأن التغيير لا يؤثر على حقوق الورثة المكتسبة بالوفاة قبل التغيير، وقد قضت المحكمة السورية واللبنانية بذلك على السواء، بأن تغيير الأراضي من "أميري" إلى "ملك"، في حال توسعت المدينة ودخلت هذه الأراضي في نطاقها، لا يؤثر في الحقوق. فلو أن متصرفاً بأرض أميرية توفي، وانتقل حق التصرف إلى الورثة، ثم تغيّر النوع الشرعي لهذه الأرض، فإن أولاده من الذكور والإناث، سواء تحولت الأراضي من أميرية إلى ملك، فلا أثر أو تغيير على حق الأولاد والبنات، ولا تتبدل حصتهم الإرثية".^{١٣٩٤}

ما اتفقوا على توريثه من الأموال: الحقوق المالية المحضة من أموال منقولة وغير منقولة، وهي التي يستحقها المورث ولكنه لم يتسلمها حال حياته، كنصيب في غلة وقف مستحق لها ولم يتسلمها".^{١٣٩٥} والحقوق المتقوّمة بالمال، كحقوق الارتفاق، والحقوق التابعة للمال، كحق الشرب والمرور، والرهن، وخيار العيب والتعيين؛ لأنه تعلّق بمال المورث لا بشخصه.

^{١٣٩٠} البخاري، صحيح البخاري، ١٥٦/٨.

^{١٣٩١} ابن رشد، بداية المجتهد، ٢٢٧/٣.

^{١٣٩٢} أبو محمد عبد الوهاب، المعونة على مذهب عالم المدينة، ١٢٧٩/١.

^{١٣٩٣} الكشكبي، محمد، الميراث المقارن، بغداد: دار النذير، ط٣ (١٣٨٩هـ/١٩٦٩م)، ٨٤.

^{١٣٩٤} الكزبري، مأمون، القانون المدني، مطبعة الجامعة السورية، دن (١٣٧٩هـ/١٩٥٩م)، ٢٦.

^{١٣٩٥} إبراهيم عبد الرحيم، أحكام الميراث والوصية، كلية دار العلوم جامعة القاهرة، دار النصر، د.م، دت، ١٠.

ما اختلفوا على توريثه، كالحقوق التي فيها معنى المالية والشخصية، مثل: حق الشفعة، والخيار، وقبول الوصية؛ فمن قال بتغليب معنى المالية فيها، قال بتوريثها، ومن غلب معنى الإرادة والرغبة لم يقل بتوريثها؛ لأنها حقوق شخصية. وفرق المالكية بين الحقوق التي تورث والتي لا تورث، ففرقوا بين نوعين من الحقوق: "فما كان متعلقاً بالمال، أو يدفع ضرراً عن الوارث في عرضه بتخفيف ألمه، وما كان متعلقاً بنفس المورث وعقله وشهوته، لا ينتقل للوارث فما كان متعلقاً بالمال أو يدفع ضرراً عن الوارث في عرضه بتخفيف ألمه وما كان متعلقاً بنفس المورث وعقله وشهوته لا ينتقل للوارث".^{١٣٩٦} وللشافعية كلام يقارب قول المالكية: "ما كان تابعاً للمالك يُورث عنه كخيار المجلس وسقوط الرّدّ بالعيب، وحق الشفعة وكذلك ما يرجع للتشقي كالقصاص لأنه قد يؤول إلى المال وكذا حدّ القذف وهذا بخلاف ما يرجع للشهوة والإرادة".^{١٣٩٧} وكذلك للحنابلة تفريق بين أنواع الحقوق التي تورث: "حقوق أملاك ثابتة متعلقة بالأملاك الموروثة، فينتقل إلى الورثة بانتقال الأموال المتعلقة بها بدون المطالبة، بخلاف الضرب الأول، فإن الحقوق فيه من حقوق المالكين لا من حقوق الأملاك".^{١٣٩٨}

4.1.3 التخرج بحد ذاته من العقود الناقلة للملكية، وعقد معاوضة يُعرف لغةً بـ: "أن يأخذ بعض الشركاء الدار، وبعضهم الأرض". ومن حيث التعريف الاصطلاحي عند الفقهاء، يُعرف على أنه: "أن يتصالح الورثة على إخراج بعضهم من الميراث، في مقابل شيء معلوم من التركة أو من غيرها".^{١٣٩٩} ومما روي أن عثمان - رضي الله عنه - "صالح ثماضير الأشجعية، امرأة عبد الرحمن بن عوف، على رُبع ثمنها على ثمانين ألف دينار".^{١٤٠٠} ويعد التخرج بين الورثة سبباً من الأسباب الناقلة لملكية العقار، لأنه بيع حصة في أعيان مشتركة، ولا يسمى التخرج دون دفع عوض عن الحصة تخرجاً. "أن يخرج أحد الورثة عن نصيبه لآخر مقابل شيء يأخذه من مال الوارث الخاص، فيحل الثاني محل الأول في نصيبه من التركة".^{١٤٠١} ويرد التخرج في المال المنقول وغير المنقول "إذا كانت الشركة بين ورثة فأخرجوا أحدهم منها بمال أعطوه إياه، والتركة عقار أو عروض".^{١٤٠٢}

والحصة المتخارج عنها لا بد وأن تكون معلومة ومملوكة للمُخارج، وأن يكون بين الورثة، فلا يجري بين الورثة وأجنبي؛ لأنه ليس من أصحاب الفروض، وأن يكون بدل التخرج من المال معلوماً متقوماً، منتفعاً به، مقدوراً على تسليمه، وأن لا تكون التركة مستغرقة بدين فأشبهت المحل المجهول: "وإن كان في التركة دين على الناس فأدخلوه في الصلح على أن يُخرجوا المصالح عنه ويكون الدين لهم فالصلح باطل".^{١٤٠٣} فكان بمثابة خروج أحد الشركاء صلحاً من مال الشركة مقابل عوض يتسامح في قيمة التركة المتخارج عنها، فلا يشترط المساواة في قيمة التركة، لأنه صلح لقاء إنهاء الشراكة في الميراث، هدفه عدم رغبة الورثة في بقاء الوارث معهم في الحصة العقارية، أو ضمان لتيسير عملية القسمة دون حدوث أي ضرر، وحتى لا تبقى حصته مشاعاً مع باقي الورثة. "أوصى رجل لرجل بخدمة عبده سنة، وهو يخرج من ثلث ماله، فصالحه الوارث على سكنى بيت".^{١٤٠٤}

^{١٣٩٦} القرافي، الفروق، ٢٧٦/٣.

^{١٣٩٧} الزركشي، المنشور في القواعد الفقهية، ٥٦/٢.

^{١٣٩٨} ابن رجب، القواعد الفقهية، ٣١٧/١.

^{١٣٩٩} وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ٧٩١٥/١٠.

^{١٤٠٠} الزيلعي، نصب الرأية، ١١٢/٤.

^{١٤٠١} التوجيهي، موسوعة الفقه الإسلامي، ٤٥٨/٤.

^{١٤٠٢} المرغيناني، الهداية، ١٩٨/٣.

^{١٤٠٣} القدوري، المختصر، ١٢٣/١.

^{١٤٠٤} الزيلعي، تبیین الحقائق، ٣٤/٥.

4.1.3.1. التخرج بالأعيان في هذه المسألة يكون التخرج من المال المنقول (أي النقد) إلى المال غير المنقول (الأصول الثابتة)، كأن المخارج انتقل بحقه مقابل عقار وضمَّ سهمه في الوحدة العقارية. "إذا كانت التركة بين ورثة فأخرجوا أحدهم منها بمال أعطوه إياه، والتركة عقار أو عروض جاز".^{١٤٠٥} فإذا تملك المخارج العوض المعلوم زال ملكه عن نصيبه في العقار الذي اصطلح معه عليه، فالتخرج عن التركة إما: "التركة ديناراً، أو حمامات، أو حوانيت، أو عبيداً، أو متاعاً".^{١٤٠٦} وقد يتخرج الوارث مع الورثة في مقابل حصة من عقاره إلى حصة في عقار الآخر، وصورتها أن يخرج أحد الورثة عن نصيبه في وحدة عقارية مقابل أن يتخرج له الوارث الآخر في حصته في الوحدة العقارية الأخرى، من أجل أن تبقى لكل واحد منهم وحدة عقارية مستقلة لا شركة فيها، أو ما يسمى بالمبادلة: خذ سهمي من هذه الأرض واعطيني سهمك في أرضك. وأكثر المذاهب تفصيلاً لصور التخرج في الأموال، المذهب الحنفي والمالكي، فذكروا عدة صور للتخرج: "إذا كانت التركة عقاراً أو عرضاً، فأخرج الورثة أحدهم منها بمال أعطوه إياه، جاز التخرج سواء أكان ما أعطوه أقل من حصته أم أكثر".^{١٤٠٧}

الصورة الأولى: التخرج، مقابل عقار.

مثال: - مات رجل عن: زوجة، وبنت، وعم شقيق، وترك مائة وخمسين ألف دينار، وقطعة أرض، خرج العم الشقيق من نصيبه في المبلغ المذكور؛ مقابل أخذ الأرض وحدها فتقسم على النحو التالي.

٨	٥	جزء السهم: ١٥٠٠٠٠٪ ٣٠٠٠٠٠=٥دينار
$\frac{1}{8}$	١	١
زوجة	١	١
$\frac{1}{2}$	٤	٤
بنت	٤	٤
ع	٣	٣
عم ش	٣	٣
خرج مقابل الأرض	خرج	خرج مقابل الأرض

جدول توضيحي لقسمة المال غير المنقول، بالتخرج (١)

الصورة الثانية: التخرج، من حصته، مقابل المال (المخرجة الكاملة).

قبل البدء بالتخرج، لا بد من إظهار ملكية الوارث المخارج ومقدار سهمه في العقار الموروث قبل عملية بيع حصته، فيشترط أن تكون الحصة المخارج عليها معلومة، علمًا أنها تنفي الجهالة عن العقار صفة وقدرًا.

مثال: - ماتت امرأة عن: زوج، وبنت، وأم، وعم شقيق، فخارج الزوج العم الشقيق من حصته بالبيت مقابل مبلغ يدفعه من ماله الخاص.

^{١٤٠٥} بدر الدين العيني، *البنية شرح الهداية*، ٣٨/١٠.

^{١٤٠٦} اللخمي، *التبصرة*، ٣٦٤١/٨.

^{١٤٠٧} وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية، *الموسوعة الفقهية الكويتية*، ٨/١١.

سهامه ثلاثة + سهام العم الشقيق	٤	٣	زوج	$\frac{1}{4}$
	٦	٦	بنت	$\frac{1}{2}$
	٢	٢	أم	$\frac{1}{6}$
نصيبه سهم واحد يُعطى للزوج الذي خارجه	٠	١	عم شقيق	ع

جدول توضيحي لقسمة المال غير المنقول، بالتخراج (٢)

4.1.3.2. التخارج من الصناديق الاستثمارية التي تحوي على منافع وأعيان ثبت مشروعة التخارج في كثير من الأدلة، منها ما جاء عامً أو خاصاً كحديث ابن عباس - رضي الله عنه - قال «يَخَارَجُ الشَّرِيكَانِ، وَأَهْلُ الْمِيرَاثِ، فَيَأْخُذُ هَذَا عَيْنًا وَهَذَا دَيْنًا، فَإِنْ تَوَيَّ لِأَحَدِهِمَا لَمْ يَرْجَعْ عَلَى صَاحِبِهِ»^{١٤٠٨} والمخارجة شرعت لمصلحة الورثة، والشيوع مصيرُهُ إلى الزوال، لأنه مصدر خلاف ونزاع. أما فيما يتعلق بالصناديق الاستثمارية، فهي تُعد وعاءً جديداً ونافذةً مستحدثةً لتجميع المدخرات واستثمارها بهدف إتاحة الفرصة لصغار المستثمرين في الدخول في ميدان الاستثمارات، وهو بمثابة وسيط مالي وأحد أساليب الاستثمار الجماعي على شكل مؤسسي منظم. وتعتبر صناديق الاستثمار مركباً إضافياً مكوناً من كلمتين: صناديق واستثمار، فتعرف كمركب إضافي على أنها "خدمة تقدمها المؤسسات المالية بهدف الإدارة الجماعية للمدخرات من القيم المنقولة، ويديرها محترفون ومتخصصون على درجة عالية من الخبرة العلمية والعملية"^{١٤٠٩}

وصورة هذه المسألة في الأموال غير المنقولة بعد أن يتكون تشغيل الصندوق وتحويل حصيلة الاكتتاب إلى أعيان، أي أصول حقيقية أو منافع، وذلك أن يشتري مدير الصندوق معدات وآلات وأصولاً مختلفة لتأجيرها، أو يشتري قطعة أرض لاستصلاحها أو البناء عليها وتأجيرها. فمصطلح التخارج من الصناديق الاستثمارية هو بيع الوحدة الاستثمارية من مستثمر مشارك في الصندوق إلى مستثمر آخر مشارك أيضاً في نفس الصندوق"^{١٤١٠} فهو بيع حصة في أعيان مشتركة. والمشارك في الصناديق الاستثمارية إما تكون موجودات الصندوق أعياناً ومنافع أو ديوناً أو نقوداً. ويفرق الصندوق الاستثماري بين مصطلح التخارج والتداول، إذ أن القانون قصر استخدام التخارج لمن كان شريكاً في نفس الصندوق وتخراج مع شريكه، وهو ما يعبر عنه عند الفقهاء بأصحاب الفروض، وقد يقال أصحاب الفروض في الصناديق الاستثمارية. أما التداول" فهو نقل ملكية الوحدة إلى أي مستثمر آخر جديد"^{١٤١١} أما التخارج من الصناديق الاستثمارية، فإنه يجوز شرعاً خروج صاحب حصة في صندوق استثماري

^{١٤٠٨} البخاري، صحيح البخاري، ٩٤/٣.

^{١٤٠٩} أبو زيد، عمرو مصطفى، صناديق الاستثمار في مصر الأموال والإدارة دراسة مقارنة، مصر: جامعة الأزهر - مركز صالح عبد الله كامل للاقتصاد الإسلامي، (١٤١٧هـ/١٩٩٧م) ٣٩.

^{١٤١٠} يوسف، أحمد عرفة أحمد، التكيف الفقهي للتخراج من الصناديق الاستثمارية الإسلامية دراسة فقهية مقارنة، مصر: كلية الدراسات الإسلامية والعربية بالديمامون - جامعة الأزهر، مجلة كلية الشريعة والقانون بفتحنا الأشراف - دقهيلية، ع ٢٧، ٢٠٢٣م، الإصدار الثاني - ديسمبر، ٢٦٠١/٣.

^{١٤١١} مجموعة من المؤلفين، فقه المعاملات، ٩٩/٢.

بالقيمة التي يعرضها الصندوق ويقبلها الخارج، بصرف النظر عن الطريقة المحاسبية التي يصل إليها الصندوق في تقييم هذه الجهة".^{١٤١٢}

أنواع التخارج في الصناديق الاستثمارية الإسلامية:

١. **التخارج من صناديق المال المنقول (السلع):** يكون نشاطها الأساسي شراء السلع بالنقد ثم بيعها بالآجل، واتجهت هذه الصناديق إلى أسواق السلع الدولية نظرًا لتطور أسواق السلع الدولية".^{١٤١٣}
٢. **التخارج عن منافع المال غير المنقول:** تعمل صناديق التأجير على امتلاك الصندوق الأصول المؤجرة، مثل مساكن العقارات".^{١٤١٤} سواء كانت الصناديق تمويل إيجاري أو إيجارات، لأنها عائدات من دخل الاستثمارات، والتخارج منها كالتخارج من الأعيان
٣. **التخارج من صناديق المال غير المنقول (الأعيان):** صناديق الاستثمار العقاري، فيعمل على امتلاك الأصول العقارية، والتخارج في هذه الصورة هو ذات الصورة التي يتخارج فيها الورثة فيما بينهم على أعيان عقارية، وتكون متخصصة في بيع وشراء الأموال غير المنقولة.

ومن حيث الحكم الشرعي لمثل هذه الصناديق والتخارج عنها إما مقابل مبلغ من المال، فإن الحكم الشرعي لصناديق الاستثمار هو أنها في الأصل جائزة شرعاً، شريطة أن تراعى فيها أحكام الشركة في الفقه الإسلامي. ومما يميز الصناديق الاستثمارية عن السهم، فكلاهما يمثل حصة شائعة، إلا أن الوحدة الاستثمارية تختلف عن السهم في "سهولة التخارج والاسترداد، وفي قيام جهات عديدة لها علاقات تعاقدية مع الصندوق أو الإصدار الذي يقسم إلى وحدات".^{١٤١٥} وهدف إنشاء مثل هذه الصناديق الاستثمارية تحقيق أرباح رأسمالية ونقدية من خلال شراء وبيع وتطوير أراضٍ أو عمارات أو بيوت، ثم بيعها أو تأجير العقارات المدرة وغير المدرة بصيغة عقد المساومة أو المراجعة للأمر بالشراء".^{١٤١٦}

هناك فرق بين التخارج الفقهي (الشرعي) عن التخارج من الصناديق الاستثمارية، في جوهر ذلك أن المتخارجين في الفقهي هم من الورثة، أي أنهم أصحاب فروض، ولا يكون التخارج إلا بعد وفاة الموروث وبعد قسمة المال، في حين أن التخارج الذي يقصد به في الصناديق الاستثمارية هم مجموعة شركاء في عقار غير موروث، إنما اعتبروا أنفسهم بمثابة أصحاب الفروض من كونه المتخارج من الصندوق. لا يجوز أن يكون طرف خارجي للتخارج إلا إذا كان هناك صندوق استثماري بين عائلة ومات أحد المورث، ففي هذه الحالة يمكن القول بأن المراجعة أصبحت شرعية بمقتضاها ومفهومها وجوهرها.

^{١٤١٢} منظمة المؤتمر الإسلامي، مجلة مجمع الفقه الإسلامي التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي بجدة ٧٨٨/٩.

^{١٤١٣} مطر، محمد، إدارة الاستثمارات الإطار النظري والتطبيقات العملية، دار وائل للنشر، د.م (٢٠٠٤م) ٧٣.

^{١٤١٤} غدير أحمد خليل "الشيخ خليل، تطوير وابتكار صناديق استثمار متوافقة مع الشريعة الإسلامية، بحث مقدم لـ "المؤتمر الدولي الأول للمالية والمصرفية الإسلامية، الجامعة الأردنية- كلية الشريعة- قسم المصارف الإسلامية (٢٠١٤م) ١٣.

^{١٤١٥} أبو غدة، عبد الستار، الاستثمار في الأسهم والوحدات الاستثمارية، د.ط، د.د، مج ٩، ٧٥٧.

^{١٤١٦} العنزي، عصام خلف، صناديق الاستثمار الإسلامية والرقابة عليها، إ.ش: د. محمد حسن أبو يحيى، قدمت هذه الرسالة استكمالاً لمتطلبات درجة الدكتوراه، الجامعة الأردنية (٢٠٠٤م) ٤٣.

4.1.4. نماء التركة نماء التركة، ويعبر بعض الفقهاء عن ذلك في باب التركات بـ "بَرَوَائِدِ التَّرَكَةِ نَمَاءٌ أَعْيَانُهَا بَعْدَ وَفَاةِ

الْمُورِثِ".^{١٤١٧} والمقصود بالنماء في التركة قبول المال للزيادة بالقوة، "كَوْنَ الْمَالِ مُعَدًّا لِلِاسْتِنْمَاءِ بِالتَّجَارَةِ أَوْ بِالْإِسْلَامَةِ".^{١٤١٨} وَيُسْتَعْمَلُ مُصْطَلَحُ التَّمَوُّدِ الإِقْتِسَادِيِّ ويراد به: "الزَّيَادَةُ التَّوَعِّيَّةُ فِي دَخْلِ الْفَرْدِ أَوْ فِي النَّاتِجِ الْقَوْمِيِّ أَوْ الْمَحَلِّيِّ الإِجْمَالِيِّ".^{١٤١٩}

قد تنمو التركة في الفترة التي بين الوفاة وبين سداد الديون، كشجر أثمر أو زرع حصد، أو دابة سمنت، أو نتجت، وكذلك غلات التركة كأجرة دار للسكن أو أرض. فإذا حدث النماء في شيء من أموال التركة قبل توزيعها في مصارفها، فهل ذلك النماء معدوداً في التركة أم لا؟ وقد مر بنا في التعريف الاصطلاحي للتركة أنها كل ما يتركه الميت من أموال، فإن التركة تنتقل إلى الورثة عقب وفاة المورث مباشرة، هذا هو الأصل، وقد يطرأ على التركة مانع من التصرف فيها، فإذا كانت التركة مدينة بدين مستغرق لكل أموالها، خاصة إذا كانت التركة فيها نوع نماء، كان لابد من بيان النماء الحاصل عليها في حال كانت مستغرقة بدين. وعلى هذا اختلف الفقهاء في وقت خلافة الورثة للميت ووقت انتقال الملكية العقارية لهم، للورثة؛ فهل هي من وقت وفاة الميت؟ أم من وقت سداد دين الميت؟

المذهب الحنفي والشافعية والحنابلة يشترطان لثبوت ملك الورثة بالعقار أن يكون غير محمل بالديون، لأن النماء الحادث خلال هذه الفترة على ملك الورثة، والجمهور على أن العقار إن كان مثقلاً بالديون فإن النماء الحاصل هو للدائنين. وأقوالهم على رأيين:

١. التركة المستغرقة بالديون لا تنتقل ملكيتها إلى الورثة وقت الموت، وإنما تبقى على ملك المورث (حكماً وتقديراً) حتى تقضى ديونه، وهو رأي الحنفية، وقيدوا تصرفات التركة المستغرقة بالدين بالقاضي: "وَلَا يَهْدِي بَيْعَ التَّرَكَةِ الْمُسْتَغْرَقَةِ بِالَّذِينَ لِلْقَاضِي لَا لِلْوَثَّةِ".^{١٤٢٠} ووافق الحنابلة في رواية عندهم، فقالوا: "يَمْنَعُ نَقْلَ التَّرَكَةِ، وَلَوْ تَصَرَّفَ الْوَرَثَةُ، لَمْ يَصِحَّ تَصَرُّفُهُمْ؛ لِأَنَّهُمْ تَصَرَّفُوا فِي غَيْرِ مِلْكِهِمْ".^{١٤٢١}، لأنهم بذلك قد تعدوا على حق مورثهم وغرمائه. والشافعية على أن حق الورثة وملكتهم تبدأ من "تركة الميت بمؤنة تجهيزه إن لم يتعلق بعينها حق، ثم بدين الله، ثم بدين الأدمي، ثم بالوصايا من ثلث الباقي، ثم يقسم الباقي بين الورثة".^{١٤٢٢}
٢. إن التركة المدينة بدين مستغرق، أو غير مستغرق، تنتقل ملكيتها إلى الورثة وقت وفاة المورث، وهو الرواية الأولى للحنابلة؛ تَعَلَّقَ الدَّيْنُ بِالْمَالِ لَا يُزِيلُ الْمَلِكُ، فَلَمْ يَمْنَعْ نَقْلَهُ. فَإِنْ تَصَرَّفَ الْوَرَثَةُ فِي التَّرَكَةِ بَيْعًا أَوْ غَيْرَهُ، صَحَّ تَصَرُّفُهُمْ، وَلَزِمَهُمْ أَدَاءُ الدَّيْنِ وَتَكُونُ مِلْكاً لَهُمْ".^{١٤٢٣}

ترتب على هذا الاختلاف في تحديد وقت انتقال الملكية للورثة ما يأتي:

- (١) حق الشفعة بعد الموت، وقبل سداد الدين، لا يثبت للورثة بحسب من قال بعدم الانتقال، وثبت لمن قال بالانتقال.

^{١٤١٧} وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، الموسوعة الفقهية الكويتية، ٢١٦/١١.

^{١٤١٨} الكاساني، بدائع الصنائع، ١١/٢.

^{١٤١٩} المجهرة، معلمة مفردات المحتوى الإسلامي، موسوعة الكُتُوبِ شَامِلَةٌ لِمُفْرَدَاتِ الْمَحْتَوَى الْإِسْلَامِيِّ <https://islamic-content.com>. تاريخ

التصفح ٢٣ أغسطس ٢٠٢٤م

^{١٤٢٠} ابن عابدين، رد المحتار على الدر المختار، ٤١٦/٥.

^{١٤٢١} ابن قدامة، المغني، ٣٢٨/٤.

^{١٤٢٢} الشربيني، مغني المحتاج، ٧/٤.

^{١٤٢٣} ابن قدامة، الشرح الكبير، ٥٠٤/٤.

٢) يصح التصرف بالتركة من قبل الورثة قبل سداد الديون، كالقسمة والبيع، وهي باطلة أو موقوفة حتى تُسَدَّد الديون.

٣) النفقات التي تحتاج إليها التركة، تجب على التركة نفسها عند من قال إنها لا تنتقل، وتجب على الورثة عند من قال إنها تنتقل إليهم.

٤) نماء التركة وغلتها، كثمار الأشجار، وأجرة البيت والسيارة، هو تابع في الملك للتركة على رأي الحنفية، ولذلك تُوفى منه الديون والوصية، وهو مُلْكٌ للورثة على رأي من قال بالانتقال، وبالتالي فإن الوصية بالثلث تُحسب بحسب الرايين السابقين

4.2. زكاة المال غير المنقول حرص الإسلام على أن يُسَوَّى في الفُرص بين الطبقات، وأكد الله تعالى على أهمية الزكاة في قوله ﷺ: «وَالَّذِينَ فِي أَمْوَالِهِمْ حَقٌّ مَّعْلُومٌ». ^{١٤٢٤} وجاء تعريف الزكاة على أنها: "إيجاب طائفة من المال في مالٍ مخصوص لمالكٍ مخصوص، بشرائط مخصوصة، في زمنٍ مخصوص، مع النية". ^{١٤٢٥} والأدلة في تأكيد مشروعية الزكاة لا حصر لها، وهي أحد أركان الإسلام، فكانت الآيات والأحاديث بين أمره بأداء الزكاة باعتبارها من أركان الإسلام، ومنها ما كان يحمل تارة الترغيب في المباشرة بتقديم الزكاة، ومنها ما كان يشمل الوعيد، كقوله: «وَالَّذِينَ يَكْنِزُونَ الذَّهَبَ وَالْفِضَّةَ وَلَا يُمْسِكُونَهَا فِي سَبِيلِ اللَّهِ فَبَشِّرْهُمْ بِعَذَابٍ أَلِيمٍ». ^{١٤٢٦}

فمبدأ الزكاة تقرير لقاعدة التكافل المعيشي في المجتمع، ومبدأ يقوم على الأخذ من الرعية إلى الرعية؛ لتحقيق العدالة وإعادة التوزيع الأولي للثروة العامة، ومحفزاً للاستثمار في نظرة الإسلام، وطُهرًا لِمَالِ الْمُزَكِّي: "مَا أَخْرَجْتَهُ مِنْ مَالِكَ لِنُطْهَرَهُ بِهِ" ^{١٤٢٧} حتى يقل الاكتناز. فأمر الإسلام بتنمية الأموال، لا أن تأكلها الصدقة، فُرضت الزكاة لإرادة إلهية، وهي فريضة إلزامية تؤخذ من قِبَل السلطة الإسلامية، إلى جانب كونها عبادة وفريضة مالية سنوية. ولا فرق أن تكون الفريضة المالية نقدًا أم عينًا، فالأعيان قابلة للتقويم بالمال.

ومن المعلوم أن للمال غير المنقول اليوم وضعًا مختلفًا عن السابق، من حيث الرواج والإقبال، "وله أحوال يختلف حكم الزكاة باختلافها، من الأراضي والمنشآت التي عليها من: البيوت، والقصور، والعمائر، والشقق، والدكاكين، ومحطات الوقود، والاستراحات، ونحوها.

والأرض الزراعية لا زكاة فيها، وإنما تجب الزكاة في الزروع والثمار فقط. أما إذا اشترى أرضًا للتجارة، وزرعها ريثما يبيعها، فأثمر النخل ونبت الزرع، فإنه يُزَكَّى الثمرة والحب: زكاة العشر (١٠٪) من الإيراد الصافي، ويزكي الأرض: زكاة القيمة في نهاية الحول القمري، وهو ما يُسمى في القانون بالدورة المحاسبية؛ لأنهما حقان يختلف سبب وجوبهما، فلا يسقط أحدهما بالآخر، فيزكي كعروض تجارة. أما العقار الذي يتخذه الإنسان للسكنى، أو لأي استعمال شخصي كمستودع ونحوه، فلا تعلق به زكاة باتفاق العلماء؛ لأنه مشغول بالحاجة الأصلية، ولأن العقار يُعدّ في هذه الحال من أموال القنية، والزكاة لا تجب فيها بالاتفاق.

^{١٤٢٤} المعارج ٢٤/٧٠.

^{١٤٢٥} الجرجاني، *التعريفات*، ١٥٢/١. (بتصرف مع الباحث).

^{١٤٢٦} التوبة ٣٤/٩.

^{١٤٢٧} الزبيدي، *تاج العروس*، ٢٢٠/٣٨.

وسواء أكانت نية القنية موجودة عند الشراء، أو طرأت بعد ذلك، فمجرد نية اقتناء العقار للاستعمال الشخصي تجعله مالا غير زكوي، حتى لو بقي سنوات عديدة، ما دامت نية مالكه لم تتغير عن هذا القصد".^{١٤٢٨}

4.2.1. زكاة المستغلات والمُراد بالمستغلات: "الأموال التي يكتسبها أصحابها بقصد استغلال منفعتها بواسطة تأجير عينها كالدَّار، أو بيع إنتاجها كالمصانع".^{١٤٢٩} وأكد هذا المعنى "بيت الزكاة الكويتي، فقال: "أن المستغلات التي أُعدت بغرض الاستفادة من ريعها، لا تجب الزكاة في أعيانها، وإنما يُزكى نتاجها"^{١٤٣٠} وعند الشافعية: "فَإِنْ زَرَعَ زَرْعًا لِلْقُنْيَةِ فِي أَرْضٍ لِلتَّجَارَةِ: فَلِكُلِّ مِنْهُمَا حُكْمُهُ، فَتَجِبُ زَكَاةُ الْعَيْنِ فِي الزَّرْعِ، وَزَكَاةُ التَّجَارَةِ فِي الْأَرْضِ"^{١٤٣١}؛ لأنها مُبتدأة للتجارة في عينها.

وهذه المسألة من المسائل المستحدثة: هل الأصول المؤجرة تدخل في عملية التقويم مع الغلة؟ أم أن الأصول لا تدخل مع الغلة في عملية تقويم العقار الذي يملكه الإنسان بقصد الاستغلال، أي لتأجيره والاستفادة من ريعه وغلته؟ وصورة المسألة في المصنع الذي بُني لإنتاج مادة الإسمنت، هل يخرج المزكي زكاة قيمة العقار مع ما ينتجه، أم أن الزكاة تقتصر على الناتج دون الغلة؟ فعند الحنفية: "وَلَوْ اشْتَرَى قُدُورًا مِنْ صُفْرِ يُمَسِّكُهَا وَيُؤَاجِرُهَا لَا تَجِبُ فِيهَا الزَّكَاةُ كَمَا لَا تَجِبُ فِي بُيُوتِ الْغَلَّةِ".^{١٤٣٢} وعندما سئل الإمام مالك عن زكاة أعيان العقارات هل تقوم كل سنة وتخرج زكاتها فأجاب قائلًا: "لو اشتراها للتجارة لقومها، وإنما لم يقومها من أجل أنه اشتراها للكراء".^{١٤٣٣} ويتعلق حق الزكاة في العقار إذا خرج من الحاجة الأصلية إلى الاتجار. "وَلَا زَكَاةَ لِغَيْرِ تِجَارَةٍ، وَلَا فِي قِيَمَةٍ مَا أُعِدَّ لِلْكَرَاءِ مِنْ عَقَارٍ وَحَيَوَانٍ وَغَيْرِهِمَا".^{١٤٣٤}

عند الشافعية: "العروض التي لم تُسَنَّرَ لِلتَّجَارَةِ مِنْ الْأَمْوَالِ لَيْسَ فِيهَا زَكَاةٌ بِأَنْفُسِهَا، فَمَنْ كَانَتْ لَهُ دُورٌ أَوْ حَمَامَاتٌ لِغَلَّةٍ أَوْ غَيْرِهَا، أَوْ نِيَابَ كَثُرَتْ أَوْ قَلَّتْ، أَوْ رَقِيقٌ كَثُرَ أَوْ قَلَّ فَلَا زَكَاةَ فِيهَا".^{١٤٣٥} ووافق الحنابلة: "وَلَا زَكَاةَ فِيمَا أُعِدَّ لِلْكَرَاءِ مِنْ عَقَارٍ وَحَيَوَانٍ وَغَيْرِهِمَا؛ لِأَنَّهُ لَيْسَ بِمَالٍ تِجَارَةٍ".^{١٤٣٦}

لا زكاة في قيمته، أي: إعفاء الأصل من الزكاة دون الغلة، فتكون الزكاة في الأجرة المتحصلة منه إذا حال عليها الحول. فالمساكن، والمستودعات، والشقق المفروشة، والفنادق، والعمائر: كل هذه العقارات إذا أُعدت للتأجير أو للاستعمال الشخصي، لأنها للمهنة الفردية، لا زكاة فيها، فلا يلزمه تقويم هذا العقار كل سنة وإخراج زكاته. والأصل أن العقار ليس من الأموال الزكوية، إلا إذا قُصد به التجارة، والمقصود بنية التجارة: "أَنْ يَقْصِدَ التَّكْسُبَ بِهِ بِالْإِعْتِيَاظِ عَنْهُ".^{١٤٣٧} بمعنى أن يجعله عرضًا من عروض التجارة، فيبيع الأصل ويشتري بدله أصلًا آخر. فالزكاة مستحقة على أجرة العقار لا على أصل العقار، وقد أفتى بهذا القول مجمع

^{١٤٢٨} موقع الإسلام سؤال وجواب. قسم الفتاوى. متاح على: <https://islamqa.info/ar/answers> تاريخ الدخول: ١٢ أبريل ٢٠٢٣ م.

^{١٤٢٩} شبير، محمد عثمان، زكاة الأصول الاستثمارية الثابتة، مؤنة للبحوث والدراسات (١٩٩٨م)، مج ١٣، ١٤، ١٥.

^{١٤٣٠} بيت الزكاة الكويتي، بيان بشأن زكاة المستغلات، https://www.zakathouse.org.kw/zakathouse_Detail.aspx?id=11096 (تاريخ الدخول: ١٨ يناير ٢٠٢٥ م).

^{١٤٣١} السنيكي، أسنى المطالب، ٣٨٥/١.

^{١٤٣٢} البلخي، الفتاوى الهندية، ١٨٠/١.

^{١٤٣٣} القرطبي، البيان والتحصيل، ٤٠٥/٢.

^{١٤٣٤} ابن مفلح، الفروع، ٢٠٥/٤.

^{١٤٣٥} الشافعي، الأم، ٥٠/٢.

^{١٤٣٦} البهوتي، كشف القناع، ٢٤٣/٢.

^{١٤٣٧} المرادوي، الانصاف في معرفة الراجح من الخلاف، ١١٠/٣.

الفقه الإسلامي في دورته الثانية المنعقدة في جدة في ١٠ ربيع الأول ١٤٠٦ هـ الموافق ١٩٨٥/١٢/٢٢ م، وجاء في التوصية:

"بأن الزكاة غير واجبة في أصول العقارات والأراضي المأجورة".^{١٤٣٨}

فإذا نظرنا إلى عروض القنية المستخدمة في المشاريع الاستثمارية من الشقق الفندقية، والعمائر، والمصانع، وغيرها، لوجدنا أن بينهما تشابهًا كبيرًا، ولكن الخلاف في طبيعة ونوعية القنية المستخدمة في كل منها. ففي البيت نجد الثلاجة من عروض القنية، وفي مصانع اللحوم من عروض التجارة، وفي المثاليين أعدت كل ثلاجة منها للانتفاع؛ ففي البيت لأهل البيت، وفي المصنع للعاملين. وكذلك البناء المعد للسكنى، والمصنع المعد للإنتاج، كل منهما لا زكاة فيه؛ فكيف يقوم مصنع بإنتاج سلعة دون آلة أو بناء؟! فذات البناء غير نامٍ، وليس متولدًا من جنس البناء. والدليل على أن المستغلات العقارية مال قائم بذاته، هو أنه عبارة عن إدخال الأعيان الثابتة في عملية إنتاجية بهدف إيجاد ناتج جديد بصورة منتج. وأكد بيت الزكاة أن: "المستغلات التي أعدت بغرض الاستفادة من ريعها لا تجب الزكاة في أعيانها، وإنما يُركى نتاجها".^{١٤٣٩} فالزرع مثلاً نماء للبذر، وليس للأرض، وإنما كانت الأرض مخزنًا ووعاءً لتلك البذور.

وها نحن نشاهد طرقًا حديثة وصلت إلى درجة أنهم يزرعون دون أرض ودون تربة، فكيف نقول إن المستغلات نماء العقار؟! وفي ذلك أن الأموال المستغلة من العقارات التي أعدت للإنتاج والإيجار، أموال قائمة بحد ذاتها، وهي من المستحدثات المعاصرة. ثم أن حبس الأصل المستغل يعد أساسيًا لتحقيق الغلة والأصل حاجة أساسية.

وذهب الفريق الثاني إلى القول بوجوب الزكاة في قيمة أعيان المستغلات وفي غلتها بنسبة ربع العشر (٢,٥٪)، قياسًا على عروض التجارة، وهو رأي ابن عقيل الحنبلي، وهو من القدامى، قال: "يُخرج من رواية إيجاب الزكاة في حلي الكراء والمواشط أن يجب في العقار المعد للكراء، وكل سلعة تُؤجر وتُعد للإجارة".^{١٤٤٠} ومن المعاصرين الذين قالوا بوجوب الزكاة: الدكتور رفيق المصري، قال: "الأصل في الأصول الثابتة هو زكاتها، لا فرق بين تجارة وزراعة وصناعة".^{١٤٤١}

الراجع: إعفاء الأصول من الزكاة دون غلتها، فالزكاة في الأشياء النامية وليس في المستغل الثابت؛ ولأنها أموال تغل لأصحابها كسبًا ببيع إنتاجها أو تأجير عينها، وفي قوله ﷺ دليل على صفة المال الذي تجب فيه الزكاة: «لَيْسَ عَلَى الْمُسْلِمِ فِي فَرَسِهِ صَدَقَةٌ».^{١٤٤٢} فشرط النماء في الأموال المعرضة للنماء شرط لا اعتبارها أموالًا زكوية، لأننا فهمنا أن أموال القنية لا زكاة فيها، وما هو معد للنماء شرط للاعتبار. وهو قرار مجمع الفقه الإسلامي بشأن زكاة العقارات والأراضي المأجورة غير الزراعية "أن الزكاة غير واجبة في أصول العقارات والأراضي المأجورة".^{١٤٤٣}

^{١٤٣٨} مجلة مجمع الفقه الإسلامي، ٢٤ (١٩٨٦م) ١/١٩٨.

^{١٤٣٩} بيت الزكاة الكويتي، "زكاة المستغلات"، متاح على: https://www.zakathouse.org.kw/zakathouse_Detail.aspx?id=11096 (تاريخ الدخول: ١٨ يناير ٢٠٢٥).

^{١٤٤٠} ابن قيم الجوزية، **بدائع الفوائد**، ١٤٣/٣.

^{١٤٤١} المصري، رفيق يونس، **زكاة الأصول الثابتة**، بحث في المعهد الدولي للاقتصاد الإسلامي - باكستان، ١٧.

^{١٤٤٢} البخاري، **صحيح البخاري**، ١٢٠/٢.

^{١٤٤٣} تصدر عن منظمة المؤتمر الإسلامي، **مجلة مجمع الفقه الإسلامي التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي**، ١٢٥/٢.

4.2.1.1. مقدار زكاة المستغلات النصاب في الزكاة فارق بين أهل الاستحقاق وأهل الوجوب، ولا بد من اعتبار كمال النصاب. وقبل بيان مقدار الزكاة، كان لا بد من بيان أنواع الأموال النامية التي أوجب الإسلام فيها الزكاة: -

النوع الأول: وجوب الزكاة في أصله وغلته معاً، كما في زكاة الماشية وعروض التجارة، وذلك لتمام الصلة بين الأصل والفائدة، ومقدار الزكاة ربع العشر (٢,٥٪).

النوع الثاني: وجوب الزكاة في غلته وإيراده دون أصله، سواء أكان رأس المال ثابتاً كالأرض والبناء أو غير ثابت، ومقدار الزكاة هو العُشر أو نُصْفُ العُشر (١٠٪ أو ٥٪).

اختلف الفقهاء في صفة تقويم زكاة العوائد من العقارات المستغلة، فهل يكون تقدير نصاب الزكاة على أساس نصاب الزرع أم على أساس نصاب النقود؟ وللعلماء في تحديد النصاب أقوال: -

١. أن التقدير فيها يرجع إلى قياس المستغلات على الأرض الزراعية النامية، فقالوا: تجب فيها العُشر. "إن العقار المأجور والمصنع المنتج للمصنوعات تكون الزكاة فيه بمقدار العُشر من أجرة العقار" ^{١٤٤٤}، أي بنسبة نص العُشر (٥٪) من الإيراد الإجمالي، أو العُشر (١٠٪) من الإيراد الصافي. فإذا بلغ إيراد العقارات قيمة خمسة أوسق، أي ما يساوي ٦٤٧ كجرام، تعلق وجوب الزكاة.

٢. قالوا: تركز الغلة زكاة النقود (الأوراق النقدية)، أي ما يساوي ربع العُشر (٢,٥٪)، وهو رواية للإمام أحمد بن حنبل، "وَقَيَّدَهَا بَعْضُ الْأَصْحَابِ بِأَجْرَةِ الْعَقَارِ" ^{١٤٤٥}.

4.2.1.2. صفة الواجب في زكاة المال غير المنقول، والمقصود هل تؤخذ زكاة العقار من قيمته أم من عينه؟ وللعلماء خلاف

حول إخراج عين العقار أو قيمته؛ فأبو حنيفة يرى أن المزكي مخير بين إخراج ربع عشر عين عقاره التجاري أو ربع عشر قيمته: "فَالْوَجِبُ فِي أَمْوَالِ التَّجَارَةِ أَحَدُ شَيْئَيْنِ إِمَّا الْعَيْنُ أَوْ الْقِيَمَةُ" ^{١٤٤٦} وصورة ذلك لو ملك رجل عقارات تجارية وحلّ حول ماله وبلغ نصاب الزكاة فوصلت قيمته زكاته شقة سكنية؛ فعلى قول أبي حنيفة أن المزكي مخير بين إعطاء الفقير الشقة السكنية زكاة ماله أو قيمة عقاره نقداً، وهو قول للإمام ابن تيمية بأن إخراجها بحسب الحاجة والمصلحة الراجحة: "أَنَّ إِخْرَاجَ الْقِيَمَةِ لِغَيْرِ حَاجَةٍ وَلَا مَصْلَحَةٍ رَاجِحَةٍ مَمْنُوعٌ مِنْهُ وَلَا يَجُوزُ بِهَا إِيْذَانُ الْمَالِكِ إِلَى الْقِيَمَةِ إِلَّا لِعَدَرٍ" ^{١٤٤٧} وذهب المالكية إلى أن زكاة العقارات المعدة للتجارة يكون بالقيمة، أي بعد أن يقومها بالنقد يكون ربع عشر القيمة: "العرض هو ما لا زكاة في عينه من الأمتعة والعقار والمأكول والحيوان" ^{١٤٤٨}، فزكاته في قيمته: والشافعي في القديم اعتبر صفة وجوب الزكاة بالقيمة نظراً لمصلحة الفقير؛ لأن الزكاة شرعت مواساة للفقير: "تجب زكاة التجارة، لأنها أنفع للمساكين، ولأنها تزداد القيمة فكان إيجابها أولى" ^{١٤٤٩} والأصل أن إخراج زكاة

^{١٤٤٤} مصطفى الزرقاء، **جوانب من الزكاة تحتاج إلى نظر فقهي جديد**، مجلة أبحاث الاقتصاد الإسلامي، جدة: جامعة الملك عبد العزيز، ع ٢ (١٤٠٤هـ)، ٩١-٩٢.

^{١٤٤٥} المرداوي، **الانصاف في معرفة الراجح من الخلاف**، ١٦/٣.

^{١٤٤٦} الكاساني، **بدائع الصنائع**، ٢١/٢.

^{١٤٤٧} ابن تيمية، **مجموع الفتاوى**، ٨٢/٢٥.

^{١٤٤٨} أبو محمد عبد الوهاب، **التلخيص في الفقه المالكي**، ٦٠/١.

^{١٤٤٩} الشيرازي، **المهذب**، ٢٩٤/١.

العقارات بالقيمة وليس بالعين؛ لأن النماء هو الذي تتعلق به الزكاة، فما أريد من العقارات إلا تقليب عينها بهدف الربح. أما الحنابلة فقالوا: "يُخْرَجُ الزَّكَاةُ مِنْ قِيَمَةِ الْغُرُوضِ دُونَ عَيْنِهَا".^{١٤٥٠}

والتاجر المزكي مخير بين إخراج القيمة أو إخراج العين، ونقول: مصلحة الفقير في القيمة أصلح له، لأن أسعار العقارات تزداد قيمتها من فترة لأخرى، وتعلق استحقاقه بالقيمة أفضل له إن كان في ذلك مصلحة له.

والتاجر المزكي مخير بين إخراج القيمة أو إخراج العين ونقول مصلحة الفقير في القيمة أصلح له، لأن أسعار العقارات تزداد قيمتها من فترة لأخرى وتعلق استحقاقه بالقيمة أفضل له إن كان في ذلك مصلحة له. والقول بالنظر في حال الفقير، إذا كان لا يملك بيتاً، فإعطائه بيت سداً لحاجته لا يعني أن إعطائه قيمة عقاره بالنقد مانع له من سد حاجته من شراء عقار آخر. والنصاب معتبر بالقيمة وليس بالعين: "وَلَا تُسَلِّمُ أَنَّ الزَّكَاةَ تَجِبُ فِي الْمَالِ، وَإِنَّمَا وَجِبَتْ فِي قِيَمَتِهِ".^{١٤٥١} والمتتبع في أقوال الفقهاء يلحظ من خلافهم إخراج زكاة العقار قيمة أو نقداً، فكل واحد منهم ينظر من الزاوية التي يرى بأن تكون أصلح لحال الفقير وسد حاجته.

4.2.2. زكاة المعدل للتجارة يختلف الحكم الشرعي للأموال غير المنقولة بحسب نية صاحبها، وهي أربع حالات:

- ❖ "أن يمتلكها بنية الاستخدام الشخصي للبناء والسكن، وفي هذه الحالة ليس فيها زكاة مهما بلغت.
- ❖ أن يمتلكها بنية الزراعة والحرف، فهذه ليس في أصلها زكاة، وإنما الزكاة على الزروع والثمار الناتجة، والواجب إخراجها عند الحصاد".^{١٤٥٢}
- ❖ أن يمتلكها للإيجار والاستثمار والاستفادة من ريع إيجارها وإيرادها، فهذه ليس في أصلها زكاة، وإنما الزكاة تجب على الإيرادات المستفادة، وتُحسب زكاة الإيراد أو العائد في هذه السنة مع بقية الأموال والنقود التي يملكها صاحب العقارات.
- ❖ أن يمتلكها بنية التجارة، فهذه فيها الزكاة على قيمتها كل عام، وتُقدَّر قيمتها عند مضي الحول عليها، بحسب قيمتها في السوق، سواء زاد عن ثمن شرائها أم نقص.

فالعقارات ونية التجارة: "أَنَّ يَقْصِدَ التَّكْسِبَ بِهِ بِإِلَا عَيْيَاضِ عَنْهُ"^{١٤٥٣}؛ قيد الإنشاء تُزَكَّى زكاة عروض التجارة، فإن كان العقار معداً للبيع يتم تقييمه كل سنة قمرية، ولو كان تحت الإنشاء. ونصوص الفقهاء تدل على أن المعتبر هو نية الاتجار وليس عرض البيع، قال الإمام النووي: "ومال التجارة كل ما قصد الاتجار فيه عند اكتساب الملك بمعاوضة محضة، وإذا اقترنت نية الاتجار بالشراء، فإن المشتري يصير مال تجارة".^{١٤٥٤}

والأصل الشرعي أن تُقَوَّم العقارات التامة المعدة للتجارة بحسب متوسط قيمتها في السوق يوم وجوب الزكاة، فلا يُقَوَّم بأعلى الأسعار الموجودة في السوق، ولا بأخفض الأسعار، ولا بسعر البيع المعروض؛ قال الإمام الباجي: "والمدير يقوم عرضه قيمة

^{١٤٥٠} ابن قدامة، المغني، ٥٩/٣.

^{١٤٥١} ابن قدامة، المغني، ٥٩/٣.

^{١٤٥٢} الماجد، عبد الله، فقه الزكاة في ضوء الكتاب والسنة، الرياض: دار السلام، (٢٠٠٢م) ١٢٠-١٢٥.

^{١٤٥٣} المرادوي، الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، ١١٠/٣.

^{١٤٥٤} النووي، روضة الطالبين، ٢٦٦/٢.

عدل بما تساوي حين تقويمه، لا يُنظر إلى شرائه، وإنما يُنظر إلى قيمته على البيع المعروف دون بيع الضرورة؛ لأن ذلك هو الذي يملكه في ذلك الوقت، والمراعي في الأموال والنُصُب حين الزكاة دون ما قبل ذلك وما بعده.^{١٤٥٥}

أما العقارات غير التامة، قيد الإنشاء، فُتقِّم على أساس قيمتها الحاضرة حسب حالتها، بمعرفة الخبراء ولو بالخرص والتقدير، فإن تعذر ذلك قُومت على أساس سعر التكلفة، أي: تكلفة الأرض والمواد المضافة. وهذا ما نصّ عليه دليل الإرشادات لمحاسبة زكاة الشركات: الأصول العقارية قيد التطوير المعدة للبيع تجب فيها الزكاة كل سنة، سواء عرضها المالك للبيع أثناء التطوير أو أَعدها للبيع بعد اكتمال تطوُّرها.^{١٤٥٦} وكذلك نص عليه المعيار الشرعي رقم (٣٥) الصادر عن المعايير الشرعية للمؤسسات المالية الإسلامية.^{١٤٥٧} أخرج البيهقي عن ابن عمر - رضي الله عنهما - قال: «لَيْسَ فِي الْعُرُوضِ زَكَاةٌ، إِلَّا فِي عَرْضٍ فِي تِجَارَةٍ، فَإِنَّ فِيهِ زَكَاةً».^{١٤٥٨}

فَعُرُوضُ التِّجَارَةِ معدة للبيع، وأعيانها تتقلب في السوق، فإذا أُعدَّت العقارات للبيع أصبحت عرضاً تجارياً تجب فيه الزكاة. أما إذا أُعدَّت غلتها - أي الأبنية - كما مر سابقاً في المستغلات العقارية، فإنها ثابتة لا تتحرك. أما الشخص الذي يملك قطعة أرض أو عقاراً معداً للإصلاح أو البناء ولا يخطط لبيعه، فلا زكاة على العقار نفسه. لكن إن كان العقار معداً للبيع بعد البناء، تجب الزكاة على قيمته بعد انتهاء البناء. أما عقار الورثة، وما كان من العقارات يُحتفظ به كميراث مستقبلي للبناء أو للاستخدام الشخصي في المستقبل، ولا يُعرض للبيع، فلا زكاة عليه.

4.2.3. الحول في المال غير المنقول أو وقت وجوب الزكاة في مال الميراث: لا خلاف بين العلماء في اعتبار الحول شرطاً من شروط وجوب تعلق حق الزكاة في العقارات؛ قال رسول الله ﷺ: «لَا زَكَاةَ فِي مَالٍ حَتَّى يَحُولَ عَلَيْهِ الْحَوْلُ».^{١٤٥٩} كالزكاة والصلاة في كونهما مختصةً بوقت.

من ملك عقاراً للتجارة، وحال عليه الحول، قُومت في آخر الحول وأخرج زكاته. "وَلَا نَعْلَمُ بَيْنَ أَهْلِ الْعِلْمِ خِلَافًا فِي اعْتِبَارِ الْحَوْلِ فِي الْعُقَارِ التِّجَارِي" ^{١٤٦٠} فيبدأ الحول في العقارات من حين العقد، سواء قُبِضَ الأجر مقدماً في أول السنة أو مؤخراً في آخر السنة، وذلك للتمكن من كمال التصرف فيه: "فلا زكاة، في دين الكتابة ولا في مغصوب، ومسروق، ومعروف، وموروث... لعدم استقرارها".^{١٤٦١} فإن قبضها في أول السنة ومَرَّ عليها الحول أخرج زكاتها، واشترط الشرع لهذه المدة "لأن نماءها لا يظهر إلا بمضي مدة الحول عليها".^{١٤٦٢} وهناك أشياء قد تطرأ على حول الزكاة فتقطعها، كمن مات قبل أن يحول الحول على عقاره.

وعليه اختلف الفقهاء في كيفية حساب الحول: فهل يدخل زمن حول العقار وهو في ملك الوارث ويكمل الزمن وهو في ملك المورث، فيما إذا مات قبل انتهاء الحول؟ فمن الفقهاء من قال: "أن الحول ينقطع بموت المالك، ويستفتح الوارث حولاً جديداً".^{١٤٦٣}

^{١٤٥٥} الباجي، المنتقى شرح الموطأ، ١٠٢/٢.

^{١٤٥٦} النشمي، عجيل جاسم، دليل الإرشادات لحساب زكاة الشركات، رئيس الأمانة العامة لندوات قضايا الزكاة المعاصرة، د.م، ط٤ (٢٠١٥م) ٤٧.

^{١٤٥٧} هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية، المعايير الشرعية للمؤسسات المالية الإسلامية، ٥٧٣.

^{١٤٥٨} البيهقي، السنن الكبرى، ٢٤٨/٤.

^{١٤٥٩} ابن ماجه، السنن، ٥٧١/١. الشيخ الألباني هو فقط من صحح الحديث.

^{١٤٦٠} ابن قدامة، المغني، ٥٨/٣. بتصرف يسير.

^{١٤٦١} ابن مفلح، الفروع، ٤٤٧/٣.

^{١٤٦٢} الخطابي، معالم السنن، ٣٠/٢.

^{١٤٦٣} الجويني، نهاية المطلب في دراية المذهب، ١٨٨/٣.

ونية وهلاك القنية تقطع الحول. دُكر للشافعية قولين في حول الزكاة المنقطع بموت الوارث قال في القديم: "يبني عليه؛ لأن من ورث مالا ورثه بحقوقه قال في الجديد: يستأنف الورثة الحول وهو الصحيح؛ لأن ملك الميت قد زال".^{١٤٦٤} ومضمون كلام الشافعية هو وجوب الزكاة في المال الموروث من حين موت الوارث وانتقال المال إلى الورثة، سواء كان قبل القبض أو بعده، ولكن خلافهم الوارد، فيه نص الإمام في القديم والجديد، إنما هو في البناء على الحول أو استئناف حول جديد.

وللحنابلة في رواية عندهم نص على أن عقار التجارة الموروث يبدأ حوله بعد وفاة الوارث، ويستأنف حول جديد: "وَلَا يَنْبِي وَارِثٌ عَلَى حَوْلٍ مُورَثٍ".^{١٤٦٥} وللإمام أبي حنيفة في أحد قوليه: إن الحول في مال أبيه لا يُحسب من حول الورثة، "ولو أن رجلاً ورث عن أبيه ألف درهم، فأخذها بعد سنين، فلا زكاة عليه لما مضى".^{١٤٦٦} وللمالكية كذلك قول بأن الحول يُحسب من حيث تملك الورثة للمال، وعندئذ يبدأ حول جديد، وكأنه دخل في ملكه من تلك الساعة. فالعقار الموروث لا تجب زكاته بمجرد تملك الوارث له، وإنما يُستقبل حولٌ بثمنه إذا بيع؛ فيُشترط أن يكون بملك معاوضة. قال مالك: "السنة عندنا أنه لا تجب على وارث في مال ورثه الزكاة حتى يحول عليه الحول".^{١٤٦٧}

هنا مسألة: إذا أراد شخصُ الاتجارَ بالشقق، فاشترى أرضاً ومواداً للبناء، فإن حول زكاة الشقق يبدأ عند إنهاء العمل وعرض الشقق للبيع؛ لأن اسم التجارة، الذي هو التقلب بهدف الربح والنماء، لا يتحقق ولا يصدق إلا حينها، "أي عند الانتهاء، لا قبله. فتقدّر قيمة العقار حسب السوق في نهاية الحول، وتجب الزكاة على القيمة الكلية بنسبة ٢,٥٪".

مثال: إذا كان شخصٌ يملك عقاراً بقيمة ١٠٠,٠٠٠ دولار، فإن الزكاة المستحقة ستكون: $٢,٥\% \times ١٠٠,٠٠٠ = ٢,٥٠٠$ دولار.

4.2.4. أثر النية في وجوب الزكاة ويقصد بذلك: متى تصبح عقارات القنية عقارات تجارية؟ ومتى تتحول العقارات التجارية إلى قنية؟ فيصبح العقار بالنية عقار تجارة أو عقار قنية، وللنية أثر في ذلك، "وَتُقَطَّعُ نِيَّةُ الْقُنْيَةِ حَوْلَ التِّجَارَةِ وَتَصِيرُ لِلْقُنْيَةِ لِأَنَّهَا الْأَصْلُ، كَالْإِقَامَةِ مَعَ السَّفَرِ".^{١٤٦٩} ولأن النية شرط لوجوب الزكاة، فيُشترط في إخراج العقار عن مسماه التجاري إلى القنية هو النية فقط. قال ابن عمر: "لَيْسَ فِي الْعَرْضِ زَكَاةٌ إِلَّا أَنْ يُرَادَ بِهِ التِّجَارَةُ".^{١٤٧٠}، لأنه إرجاع لحالته الأصلية. بينما إخراج مسمى العقار عن القنية إلى عقار التجارة، اشترط الفقهاء شرطاً آخر مع النية، وهو التصرف، فلا بد من اقتران النية بالعمل: "وَلَوْ اشْتَرَى عُرُوضًا لِلْبَدَلَةِ وَالْمِهْنَةِ ثُمَّ نَوَى أَنْ تَكُونَ لِلتِّجَارَةِ بَعْدَ ذَلِكَ لَا تَصِيرُ لِلتِّجَارَةِ مَا لَمْ يَبِعْهَا فَيَكُونُ بَدَلُهَا لِلتِّجَارَةِ.... لِأَنَّ النِّيَّةَ لَا تُعْتَبَرُ مَا لَمْ تَنْتَهِ بِالْفِعْلِ".^{١٤٧١}

^{١٤٦٤} العمراني، البيان في مذهب الإمام الشافعي، ١٥٤/٣.

^{١٤٦٥} البهوتي، كشف القناع، ١٧٨/٢.

^{١٤٦٦} السرخسي، المبسوط، ٧٣/٣.

^{١٤٦٧} ابن عبد البر، أبو عمر يوسف بن عبد الله بن محمد، الاستنكار، تحقق: سالم محمد عطا، محمد علي معوض بيروت: دار الكتب العلمية، ط١ (١٤٢١هـ/٢٠٠٠) ١٥١٣/١.

^{١٤٦٨} محاجنة، حسين وليد، زكاة العقار: مفهوماتها وأحكامها الفقهية، رسالة دكتوراه، الجامعة الأردنية، إشراف: د. عباس الباز، (٢٠٠٦م)، ٢٣٣.

^{١٤٦٩} ابن مفلح، الفروع، ١٩٦/٤.

^{١٤٧٠} البغوي، شرح السنة، ٥٢/٦.

^{١٤٧١} الكاساني، بدائع الصنائع، ١٢/٢.

فمن اشترى أرضاً ولم ينو التجارة بها، أو تردد في ذلك ولم يجزم، فلا تجب فيها الزكاة، ولو مرَّ عليها الحول؛ لأن الإمساك حاصل، فبقيت النية لإسقاط وجوب الزكاة. أما في تحويل عقار القنية إلى عقار تجاري، فالنية تهينه للزكاة، ويبقى مباشرة العمل؛ "لأنها عبادة يدخل فيها بفعله" لأنها عبادة يدخل فيها بفعله^{١٤٧٢}، وهذا لا يكون إلا بالتعاقد وممارسة العمل التجاري الذي يُخرجه عن كونه قنية إلى عرض تجاري، ويبداً حول الزكاة ابتداءً من التعاقد

يترتب على ذلك مسائل: فإذا سكن عقاره التجاري، فالاستعمال لا يخرجه عن كونه عقاراً تجارياً، فتجب فيه الزكاة؛ لأن العبرة في النية بما هو الأصل ابتداءً، وهو أنها وضعت للتجارة، فتبقى عقارات تجارية، "وَمُجَرَّدُ الاسْتِعْمَالِ بِلَا نِيَّةٍ قَنِيةٌ لَا يُؤَيَّرُ"^{١٤٧٣}؛ فالنية لا تؤثر في وجوب الزكاة في العقارات التجارية إلا إذا اقترنت بالفعل، "وذلك بالتوقف عن أعمال التجارة التي يقصد منها الربح"^{١٤٧٤} أما النية في وجوب الزكاة في العقارات الاستثمارية، فهي مؤثرة في إرجاعها إلى عقارات سكنية شخصية فقط بالنية؛ لأن الأصل الانتفاع فيها، فكما أن المسافر يصير مقيماً بمجرد النية، والمقيم لا يصير مسافراً بمجرد النية إلا باقترانها مع الفعل - فالمقيم أصل، والسفر عرض - فكذلك النية في العقارات والشقق السكنية: فالقنية أصل، والتجارة عرض.

الشروط الواجبة في الزكاة: يشترط الفقهاء لوجوب الزكاة في العقارات شرطان:

١. **نية التجارة:** وقد مر بنا سابقاً تفصيل المسألة.
 ٢. **أن يملك العقار بفعله:** " أن يملك العقار بفعله: والمقصود من اعتبار هذا الشرط كموجب للزكاة أن يكون العقار قد دخل في ملكه بفعل من أفعال التجارة، كَالْبَيْعِ، وَالنَّكَاحِ، وَالْخُلْعِ، وَقَبُولِ الْهَبَةِ، وَالْوَصِيَّةِ، وَالْغَنِيمَةِ، وَكَتْسَابِ الْمُبَاهَاتِ؛ لِأَنَّ مَا لَا يَنْبُتُ لَهُ حُكْمُ الزَّكَاةِ بِدُخُولِهِ فِي مَلِكِهِ لَا يَنْبُتُ بِمُجَرَّدِ النِّيَّةِ".^{١٤٧٥}
- 4.2.5. زكاة الموروث العقار الموروث يرى فيه أهل العلم:** إن لم يُنَوَّ فيه التجارة، فلا زكاة فيه عند جميع المذاهب. أما إذا نُوي فيه التجارة بعد انقضاء سنة من امتلاكه للإرث، فذهب العلماء إلى أنه يمكن حساب الحول عندما تُنَوَّى التجارة فيه، أو لا تُخرج زكاته حتى يُباع، وعند البيع تُخرج زكاته مرة واحدة. أما الموروث، فلا تجب زكاته بمجرد تملك الوارث له، وإنما يُستقبل حول بثمنه إذا بيع. وقد اختلف الفقهاء في زكاة العقار الموروث، وخلافهم يدور حول كيفية دخول العقار في ملك الفرد؛ فإذا دخل بمعاوضة -فبيع العقار- وجبت الزكاة، وإذا دخل بغير معاوضة، كالهبة، فلا زكاة عليه إذا بيع، وإن بلغ النصاب، لأنهم اشترطوا في العروض أن تدخل في ملك الشخص باختياره، بخلاف الإرث، فإنه يدخل في ملكه قهراً عليه.

فذهب أصحاب الفريق الأول إلى القول بعدم وجوب الزكاة في العقار الموروث، وصرح المالكية بذلك، فقالوا: " لا زكاة في المال الموروث إلا بعد حول من يوم قبضه".^{١٤٧٦} وقالوا بأن الملك دخل بغير فعل تجاري (عقد)، إنما ملك قهري، والنية مع

^{١٤٧٢} النووي، **المجموع**، ١٧٩/٦.

^{١٤٧٣} ابن حجر الهيتمي، **المنهاج القويم**، ٢٣٠/٢.

^{١٤٧٤} محمد الطوالية، **"التصرف بمال الزكاة وأثره على انقطاع الحول"**، مجلة الجامعة الأردنية، دراسات علوم الشريعة والقانون، مجلد ٤٨، عدد ١

(٢٠٢١م)، ١٣٥.

^{١٤٧٥} ابن قدامة، **المغني**، ٥٩/٣.

^{١٤٧٦} أبو بكر الصقلي، محمد بن عبد الله التميمي، **الجامع لمسائل المدونة**، تحقق: مجموعة باحثين في رسائل دكتوراه، معهد البحوث العلمية وإحياء التراث الإسلامي - جامعة أم القرى، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع - مكة المكرمة، د.م، ط ١ (١٤٣٤هـ/٢٠١٣م)، ٨٠/٤.

التملك القهري لا توجب الزكاة فيه، والإرث ليس سبباً من أسباب التجارة: "فإن ملكها بإرث ثم نوى التجارة بها لم تصر للتجارة".^{١٤٧٧}

والقول الثاني: رواية عند الحنابلة أن كل ما يُهيأ للتجارة تجب عليه الزكاة بالنية، والعقار الموروث الذي أُعدَّ للبيع يدخل في عموم الحديث؛ لقول سمرة: «أمرنا رسول الله ﷺ أن نخرج الصدقة مما نعد للبيع».^{١٤٧٨} لأنه عام في كل ما قُصد به البيع، فمن ورث أرضاً أو بناءً وهيئاً للتجارة وجبت عليه الزكاة؛ لأن التربص بالسلع لارتفاع الأسواق من صور التجارة، ولا فعل فيه. لأن التربص بالسلع لارتفاع الأسواق من صور التجارة ولا فعل فيه".^{١٤٧٩} فإذا ورث الوارث العقار، وكان بالغاً للنصاب، وحال عليه الحول في ملك الوارث ثم مات، فإن الورثة غير مجبرين على إخراج زكاته، وإنما تجب عليهم إذا كانت أموالهم بالغة للنصاب، وبعد قسمتها وحال عليها الحول، وجب على كل منهم إخراج زكاة ماله.

فلا ينتقل العقار محملاً بحق الله يدفعه عنهم الورثة والمعتد "أن العين الموروثة فائدة يستقبل بها حولاً بعد قبضها"^{١٤٨٠}، فلا زكاة فيما مضى، والزكاة تُدفع من حين دخول المال في الملك، وإذا كان بين ورثة، فتقسم الأموال، وتتعلق الزكاة بنصيب كل وارث بعد القسمة.

هنا مسألة: إذا كان العقار الموروث فيه شركاء، فإذا قُسمت الأموال غير المنقولة من أرض أو بناء أو شقق سكنية، فقد تكون - في حال كونها مجتمعة في يد مالك واحد - تجب فيها الزكاة، وإذا قُسمت، تفرق العقار فنقص نصاب زكاتها. وفي هذه الحالة، قد تُضم هذه الأموال إلى أمواله الأخرى إن كانت من جنسها، ونستأنف حولاً جديداً فنُخرج زكاتها. أما إذا كانت حصة كل مالك بعد القسمة بالغة للنصاب، فننتظر حولان الحول ثم نُخرج زكاتها. "لا تكون العقارات الموروثة من عروض التجارة، ولو نُوي بها التجارة، حتى يُباع العقار، وتوضع أعيان أخرى للتجارة، فيبدأ حولها من الشراء الثاني".^{١٤٨١}

4.3. المال غير المنقول كمحل للمهر وقد ثبتت مشروعية المهر بالقرآن، والسنة، والإجماع؛ قال الله ﷻ: ﴿وَأَجَلَ لَكُمْ مَا وَرَاءَ ذَلِكَ أَنْ تَبْتَغُوا بِأَمْوَالِكُمْ﴾.^{١٤٨٢}، وهو يرفع من شأن المرأة، ويُعلي من قدرها، ولا يُعتبر المهر ثمناً للمرأة كما يزعم الحاقدون على الإسلام والناقمون عليه. ومن السنة النبوية قوله ﷺ: «الْتِمَسْ وَلَوْ خَاتِماً مِنْ حَدِيدٍ».^{١٤٨٣} عليه بل هو عين التكريم للمرأة وللمهر أسماء متعددة، منها: "الصداق، والنحلة، والفريضة، والعلائق، والاجر، والفريضة، والعقر، والجباة".^{١٤٨٤} والعلاقة الأسرية قائمة في التشريع الإسلامي على الالتزامات المتبادلة بين أطراف هذه العلاقة، ومن أبرز هذه الالتزامات الحقوق المالية بين الطرفين، فالحق يقابله واجب، وأبرز الحقوق المالية للمرأة هو المهر والنفقة

^{١٤٧٧} ابن قدامة، أبو الفرج عبد الرحمن بن محمد، الشرح الكبير، دار الكتاب العربي للنشر والتوزيع، دم، دب، ٦٢٦/٢.

^{١٤٧٨} البيهقي، السنن الكبير، ٢٤٧/٤.

^{١٤٧٩} التتوخي، زين الدين المنجى بن عثمان بن أسعد، الممتع في شرح المقنع، تحق: عبد الملك دهيش، ط١ (١٤٢٤هـ/٢٠٠٣م)، ٧٤٤/١.

^{١٤٨٠} الدردير، الشرح الكبير، ٤٥٩/١.

^{١٤٨١} ابن عبد البر، الكافي في فقه أهل المدينة، ٢٩٩/١.

^{١٤٨٢} النساء ٢٤/٤.

^{١٤٨٣} البخاري، صحيح البخاري، ١٧/٧.

^{١٤٨٤} الزركشي، شمس الدين محمد بن عبد الله، شرح الزركشي على مختصر الخرق، تحق: عبد المنعم إبراهيم، لبنان: دار الكتب العلمية، دب، (١٤٢٣هـ/٢٠٠٣م)، ٤٢٠/٢.

والعلاقة الأسرية قائمة في التشريع الإسلامي على الالتزامات المتبادلة بين أطراف هذه العلاقة، ومن أبرز هذه الالتزامات الحقوق المالية بين الطرفين، فالحق يقابلُه واجبٌ، وأبرز الحقوق المالية للمرأة هو المهرُ والنفقة، والمهرُ له أحكامٌ تفصيليةٌ يطولُ بيانُها، وتتسَعَّبُ تفرعاتُها في الفقه والقانون. ويُعرف على أنه: "عَوَضٌ في النكاح ونحوه، يُقال: أُصْدَقْتُ المرأةَ ومَهْرُها، مأخوذاً من الصدق، لإشعاره بصدق رغبة الزوج في الزوجة".^{١٤٨٥} فالمهر واجب في كلِّ نكاح، واستدل أبو حنيفة بما رواه أبو عبيدة عن زائدة بن أبي أوفى، قال: «قضى الخلفاء الراشدون المهديون أنه إذا أغلق الباب، وأرجيَ الستر، فقد وجب الصداق». ^{١٤٨٦}

ما يهمننا: هل يصح أن يكون المال غير المنقول مهرًا للزوجة؟ والنقود هي المتداولة فيما بين الناس عند الزواج، والأصل في المهر أن يكون من الأموال المنقولة وغير المنقولة، والمهرُ والصَّدَاقُ من الحقوق التي فرضها الله للمرأة على الرجل إذا رغب بنكاحها.

4.3.1 جعل المهر عيناً "كأن يتزوجها على أن يخيظ لها كل شهر ثوباً، صحَّ أيضاً؛ إذ لا فرق بين الأعيان والمنافع".^{١٤٨٧} وفي اعتبار الأعيان من المهر قسمان: الأول: ما يجوز أن تملكه، كالدراهم، والدنانير، والعروض، والحيوانات، والبيت، والشقق، والأراضي، ونحو ذلك. الثاني: ما لا يجوز تملكه، ولا جعله عوضاً في مقابل البضع، كالخمر، والخنزير، والدم، وغيرها مما لا يُنتفع به لعدم ماليتها. ومن حيث تعيين المال، فيجوز عقد النكاح بما يتعين في عقود المعاوضات، من العروض، والعقار، والحيوان، والموزون، والمكيل. قال ابن قدامة -رحمه الله- في المغني: "وكل ما جاز ثمنه في البيع، أو أجرة في الإجارة، من العين والدين، والحال والمؤجل، والقليل والكثير.... جاز أن يكون صداقاً".^{١٤٨٨}

وإما أن يكون مما لا يتعين في عقود المعاوضات، كالدنانير والدراهم. وعليه: لا يصح أن يكون المهر مالاً لا يملكه الزوج، وإن كان معيناً، كدار أو أرض لغيره، لعدم ملكيته للمال. فإذا سُمي مهرها في العقد "فإن كان معيناً كالدار فلها التصرف فيه ونماؤه لها، ونقصه وزكاته وضمانه عليها".^{١٤٨٩} أي: إن الغنم للمرأة، والغرم على المرأة، فلو أصدقها بيتاً أو شقة أو عمارة أو قطعة أرض، فسقطت وانهدمت، فقد استحققت حقها بمجرد العقد وقبض العين. وإذا أُجرت الأرض أو العمارة بعد العقد، فزيادتها للزوجة، لأنها أصبحت في ملكيتها

4.3.2. جعل المهر منفعةً يصح أن يكون المهر نقداً، أو مصاعاً، أو عقاراً، أو حيواناً، أو عروض تجارة، أو غير ذلك مما له قيمة. ويُشترط أن يكون معلوماً، إما بالتفصيل، كالف ليرة، وإما بالإجمال، كهذه القطعة من الذهب، أو هذه الصبرة من الحنطة. ومن المسائل التي اختلف فيها الفقهاء، كغيرها من المسائل، هي مالبة المنافع، أي: جعل منافع الأموال غير المنقولة مهرًا. فذهب الحنفية إلى أن المنفعة في الأموال غير المنقولة لا تكون مهرًا، واستدلوا لرأيهم بقوله ﷺ: ﴿وَأَجَلَ لَكُمْ مَا وَرَاءَ ذَلِكَ أَنْ تَبْتَغُوا بِأَمْوَالِكُمْ﴾.^{١٤٩٠}

^{١٤٨٥} القحطاني، الإحكام شرح أصول الأحكام، ٣٧/٤.

^{١٤٨٦} سيد سابق، فقه السنة، ١٦١/٢.

^{١٤٨٧} ابن تيمية، تقي الدين أبو العباس أحمد بن عبد الحليم، المستدرک على مجموع فتاوى شيخ الإسلام، تحقق: محمد بن عبد الرحمن بن قاسم، د.د، د.م، ط ١. (١٤١٨هـ) ١٨٧/٤.

^{١٤٨٨} ابن قدامة، المغني، ٧/٨.

^{١٤٨٩} ابن قدامة، المقنع في فقه الإمام أحمد، تحقق: محمود الأرنؤوط، ياسين الخطيب، جدة: مكتبة السوادي، ط ١ (١٤٢١هـ/٢٠٠٠م)، ٣٢١/١.

^{١٤٩٠} النساء ٢٤/٤.

فالمهر عندهم لا يُصدَّق أن يكون في المنفعة؛ لأن الآية صريحة في اشتراط صفة المالية، أي: معينة، ولا يستطيع أحد وصف مالية المنفعة وجعلها صداقاً في مقابلة البضع، إنما يكون ذلك في الأعيان من الأموال، "وَلَنَا أَنَّ الْمَشْرُوعَ هُوَ الْإِبْتِغَاءُ بِالْمَالِ وَالْمَنَافِعَ لَيْسَتْ بِمَالٍ عَلَى أَصْلِنَا".^{١٤٩١}

واحتج الحنفية على إبطال المهر في المنفعة بقوله ﷺ: (وَأَتُوا النِّسَاءَ صَدَقَاتِهِنَّ نَحْلَةً فَإِنْ طِبْنَ لَكُمْ عَنْ شَيْءٍ مِنْهُ نَفْسًا فَكُلُوهُ هَنِيئًا مَرِيئًا)^{١٤٩٢} وذكر الإمام الجصاص أن المنافع لا تكون مهرًا، وأورد هذه الآية محتجاً على ذلك من وجهين: في قوله: وأتوا النساء صدقاتهن نحلة "وأتوا معناه أعطوا، والإعطاء إنما يكون في الأعيان دون المنافع.... وقوله فَإِنْ طِبْنَ لَكُمْ عَنْ شَيْءٍ مِنْهُ نَفْسًا فَكُلُوهُ هَنِيئًا مَرِيئًا فِي الْمَأْكُولِ أو فيما يمكن صرفه لا المنافع"^{١٤٩٣}

أما جمهور الفقهاء من المالكية، والشافعية، والحنابلة، فقالوا: "وَكُلُّ مَا صَحَّ ثَمَنًا أَوْ أَجْرَةً صَحَّ مَهْرًا".^{١٤٩٤} والذين قالوا بأن المنافع يصح أن تكون مهرًا، هم بالأصل يقولون بأن المنافع أموال، وقد بينا ذلك في بداية الرسالة حول مالية المنافع. قال المالكية: "كل ما جاز أن يكون ثمنًا في البيوع، وأجرة في الإيجارات، جاز أن يكون عوضًا".^{١٤٩٥} فيصح أن "يَجْعَلَ مَنَافِعَ دَارِهِ، أَوْ دَابَّتِهِ، أَوْ عَبْدِهِ، سَنَةً صَدَاقًا لِرَوْجَتِهِ"^{١٤٩٦} قوله ﷺ: (عَلَى أَنْ تَأْجُرَنِي ثَمَانِي جَجَجٍ)^{١٤٩٧} دلّ على جواز جعل المنفعة صداقًا، لأن المنافع يمكن تقويمها وأخذ العوض عنها، فتأخذ حكمها، والحديث الوارد عنه ﷺ «زَوَّجْتُكَهَا بِمَا مَعَكَ مِنَ الْقُرْآنِ».^{١٤٩٨} استدل به الشافعية على صحة جعل المنفعة صداقًا، فقالوا: "دَلِيلٌ لِلْمُبَالِغَةِ فِي الْقَلَّةِ وَجَوَازِ جَعْلِ الْمُنْفَعَةِ صَدَاقًا".^{١٤٩٩}

فيصح جعل منافع الأعيان صداقًا؛ "الْمُنْفَعَةُ مَالٌ مُتَقَوِّمٌ فِي حُكْمِ الصَّدَاقِ، فَتَصِحُّ التَّسْمِيَةُ".^{١٥٠٠} فصحت منافع الأموال غير المنقولة أن تكون مهرًا: "وتزوّجها على منافع سائر الأعيان، من سكنى داره، وخدمة عبيده، وركوب دابته، والحمل عليها، وزراعة أرضها، ونحو ذلك من منافع الأعيان مدة معلومة، صحت التسمية؛ لأنّ هذه المنافع أموال، والتحقّت بالأموال شرعاً في سائر العقود لمكان الحاجة، والحاجة في النكاح متحققة، وإمكان الدفع بالتسليم ثابت بتسليم محالها".^{١٥٠١} قال الشافعية: "كل ما جاز أن يكون ثمنًا من عين أو منفعة، جاز جعله صداقًا"^{١٥٠٢} ورأي الحنابلة على: "نبه الله تعالى على جواز كون الصداق منفعة"^{١٥٠٣} ونقل الرّئجاني القول بمالية المنافع، فيجوز "أن تكون مَنَافِعُ الدَّارِ صَدَاقًا، لان الشرع قد حكم بكون الْمُنْفَعَةِ مَوْجُودَةً، مُقَابَلَةً بِالْأَجْرَةِ فِي عَقْدِ الْإِجَارَةِ، وَاتَّبَعَتْ الْإِجَارَةَ، أَحْكَامُ الْمُعَاوَضَاتِ الْمُحَصَّنَةِ، وَاتَّبَعَتْ لِلْمُنْفَعَةِ حُكْمُ الْمَالِ"^{١٥٠٤}

^{١٤٩١} البايروتي، *العناية شرح الهداية*، ٣/٣٣٩. (بتصرف من الباحث).

^{١٤٩٢} النساء ٤/٤.

^{١٤٩٣} الجصاص، *أحكام القرآن*، ١٧٩/٢.

^{١٤٩٤} البهوتي، منصور بن يونس بن صلاح الدين، *المستقنع*، دار الكتب العلمية، دم، دبت، دط، ١٢٩/٥.

^{١٤٩٥} أبو محمد عبد الوهاب، *المعونة على مذهب عالم المدينة*، ١٤٦٧/١.

^{١٤٩٦}، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، *الموسوعة الفقهية الكويتية*، ١٥٦/٣٩.

^{١٤٩٧} القصص ٢٧/٢٨.

^{١٤٩٨} البخاري، *صحيح البخاري*، ١٩٢/٦.

^{١٤٩٩} الحصني، أبو بكر بن محمد بن عبد المؤمن بن حريز، *كفاية الأخيار في حل غاية الاختصار*، تحقق: علي عبد الحميد بلطجي ومحمد سليمان، دمشق: دار الخير، ط١ (١٩٩٤م)، ٣٧٠/١.

^{١٥٠٠} السرخسي، *المبسوط*، ١٤٥/٢٣.

^{١٥٠١} ابن نجيم، *البحر الرائق*، ١٦٨/٣.

^{١٥٠٢} الحصني، *كفاية الأخيار في حل غاية الاختصار*، ٣٧٠/١.

^{١٥٠٣} التنوخي، *المتع في شرح المقنع*، ٦٥٧/٣.

^{١٥٠٤} الرّئجاني، محمود بن أحمد بن محمود، *تخريج الفروع على الأصول*، تحقق: د. محمد أديب صالح، بيروت: مؤسسة الرسالة، ط٢ (١٣٩٨هـ)، ٢٢٦/١.

شرط المنفعة التي يصح أن تكون مهرًا:

وعليه، يكون شرط المنفعة المقصودة – والتي اختلف عليها جمهور الفقهاء مع الحنفية – اشتراط معلومية المنفعة لتصح التسمية مهرًا. وعليه، يكونوا قد وافقوا جمهور الفقهاء في جعل منفعة المال غير المنقول صدقًا؛ "الْجَهَالَةُ تَمْنَعُ صِحَّةَ النَّسَمِيَةِ، يَكُونُ الصَّدَاقُ مَنْفَعَةً يَصْنَفُ الْأَرْضُ، وَالْمَنْفَعَةُ مَالٌ مُتَقَوِّمٌ فِي حُكْمِ الصَّدَاقِ".^{١٥٠} وخالف الظاهرية اشتراطهم المالية في المنفعة، فقالوا: "يصح كل عمل حلال موصوف، كتعليم شيء من القرآن، أو تعليم العلم، أو البناء، أو الخياطة، أو غير ذلك، إذا تراضيا بذلك".^{١٥٦}

واستثنى شيخ الإسلام ابن تيمية صورًا من صور جعل المنفعة مهرًا للزوجة التي لا تجوز، فقال: "لا يجوز أن تكون المنفعة خدمة خاصة للزوجة، أما لو كانت تملك شققًا ومزارع وبيوتًا، والقيام بمتابعة ذلك، جاز، فلها أن تقول: مهري أن تقوم بإدارة المزارع الخاصة بي، أو المنازل الخاصة بي، أو بتأجير البيوت التابعة لي، ونحو هذه، أو بمتابعة المعاملات الخاصة بي. إلا أنه يجب أن تكون المنفعة محددة ومعلومة".^{١٥٧}

4.4. الخلع في المال غير المنقول الهدف من دراسة هذا الموضوع هو أن تعوض الزوجة زوجها عما دفعه لها مالا غير منقول. ومشروعية الخلع جاءت في الكتاب والسنة، في قوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا يَجِلُّ لَكُمْ أَنْ تَرْتَوُوا النِّسَاءَ كَرَاهًا وَلَا تَعْضَلُوهُنَّ لِتَذْهَبُوا بِبَعْضِ مَا آتَيْنَهُنَّ إِلَّا أَنْ يَأْتِيَنَّ بِفَاحِشَةٍ مُبَيَّنَةٍ﴾^{١٥٨} وأما الأحاديث ذات الصلة بالخلع، فعن ابن عباس: «أَنَّ امْرَأَةً تَابَتْ بِنِ قَيْسٍ أَتَتْ النَّبِيَّ ﷺ، فَقَالَتْ: يَا رَسُولَ اللَّهِ، تَابَتْ بِنِ قَيْسٍ، مَا أَعْتَبَ عَلَيْهِ فِي خُلُقٍ وَلَا دِينٍ، وَلَكِنِّي أَكْرَهُ الْكُفْرَ فِي الْإِسْلَامِ، فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ: أَتُرَدِّينَ عَلَيْهِ حَدِيثَهُ؟ قَالَتْ: نَعَمْ، قَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ: أَقْبِلِ الْحَدِيثَ وَطَلِّقِيهَا تَطْلِيقَةً». ^{١٥٩} وهو أول خلع في الإسلام على المال غير المنقول، ويُعد الخلع من عقود المعاوضات، "تصرف شرعي من قبل الزوجين بصيغة معينة تترتب عليه الفقرة بينهما نظير مال تدفعه الزوجة إلى الزوج".^{١٥١٠}

كل ما صح أن يكون من الأموال المنقولة وغير المنقولة مهرًا، صح أن يكون بدلًا في الخلع. فلو خالغ زوجته على ثياب، أو سيارة، أو أرض، أو بيت، صح ذلك. والمقصود بذلك هو أن تقتدي الزوجة زوجها على بيت أو أرض مقابل الخلع. "يجوز اختلاعها على زراعة أرضها".^{١٥١١} وكثير من حالات الخلع ما تقع على غير منقول من المال، "لَأَنَّ الْخُلْعَ عَقْدٌ عَلَى الْبُضْعِ فَمَا جَازَ أَنْ يَثْبُتَ فِي النِّكَاحِ جَازَ أَنْ يَثْبُتَ فِي الْخُلْعِ".^{١٥١٢} ويشترط في عوض الخلع أن يكون له قيمة ويصح الانتفاع به، فإن الذي شرع الخلع شرع ما يترتب على عوض الخلع، أما عوض الخلع، فيشترط فيه "أن يكون مالا له قيمة، وأن يكون طاهرًا يصح الانتفاع به".^{١٥١٣} فلا يجوز الاعتياض عما لا يصلح محلاً للعقد، فلو خالغت زوجها على منفعة محرمة لا يصح.

^{١٥٠} السرخسي، المبسوط، ١٤٥/٢٣.

^{١٥٦} ابن حزم، المحلى بالآثار، ٩/ ٤٩٤.

^{١٥٧} الخليل، أحمد بن محمد بن حسن بن إبراهيم، شرح زاد المستقنع، دم، دت، دط، ١٩٦/٥.

^{١٥٨} النساء ١٩/٤.

^{١٥٩} البخاري، صحيح البخاري، ٤٦/٧.

^{١٥١٠} السيد سالم، أبو مالك كمال، صحيح فقه السنة وأدلتها وتوضيح مذاهب الأئمة، القاهرة: المكتبة التوفيقية، دط. (٢٠٠٣م)، ٣/ ٣٤٧.

^{١٥١١} ابن الهمام، فتح القدير، ٢٢١/٤.

^{١٥١٢} الزبيدي، الجوهرة النيرة، ٦٠/٢.

^{١٥١٣} الجزيري، الفقه على المذاهب الأربعة، ٣٥٩/ ٤.

دلت الآية في قوله ﷺ: ﴿فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ﴾^{١٥١٤} على أنه: "يصح الخلع بكل ما يصح المهر به من عين مالية، أو منفعة، أو غير ذلك".^{١٥١٥} فلو خالعت المرأة على سكنى بيت. أنواع العوض في الخلع:

١. "العين: كالدار، والسيارة، والمزرعة ونحوها.
٢. النقد: كالذهب، أو الفضة، أو الدراهم ونحوها.
٣. المنفعة: كأن ترضع ولده وتحضنه، أو يسكن دارها سنة مثلاً".^{١٥١٦}

وقد تصح المعاوضة على نص عقار، "إِنْ خَالَعَهَا عَلَى نَصْفِ دَارٍ، صَحَّ".^{١٥١٧} وقد تخالع الزوجة زوجها على سكنى، ففي هذه الحالة لا بد من تعيين المدة كعقد الإجارة "إِذَا خَالَعَهَا عَلَى سُكْنَى دَارٍ مُعَيَّنَةٍ، فَلَا بُدَّ مِنْ تَعْيِينِ الْمُدَّةِ، كَالِإِجَارَةِ".^{١٥١٨}

4.5. الدعاوى والمنازعات في المال غير المنقول توسعت الشريعة الإسلامية والقوانين الحالية في توسيع دائرة الإجراءات التحفظية على الأموال، فكان في القديم التركيز على المنقولات إلى أن أصبح استحداث حجز تحفظي على الأموال غير المنقولة بهدف تأكيد قاعدة الضمان على الأموال في حال احتمال أن تكون حقوق الدائن مهددة بالخطر، مما يتطلب معالجة ذلك قبل التصرف به قال الله ﷻ: ﴿وَلَهُمْ مَا يَدْعُونَ﴾^{١٥١٩}، فاستحدث حماية وقتية، لأن أثمانها شيء لا يضاهيه بثمن، مما تسبب إلى وجود دعاوى تتعلق بالتملك والارتفاق والاستثمار والاستحقاق والحيازة، وكحال قيام الورثة بتقديم دعوى في المحكمة حول تقسيم عقار موروث، تصدر المحكمة قرار ببيعها في المزاد، وقد أثبت العقار باعتباره مالاً ثابتاً مما يمنع للمدين تهريبه ونقله.

ظهرت أسباب قانونية قد يستعملها في تهريب ماله بالتصرف فيه كالتنازل عنه لأخيه ولزوجته حتى لا يتم الحجز عليه وبيعه وإخراجه من الضمان المقرر لحقوق الدائنين، فلا يستطيع الدائن كشف ذلك بطريق الدعاوى، مما يمنعه من التوصل إلى حقه وفقدان الضمان لحقه. فالفصل في قضايا الدعاوى والمنازعات كان محلّ القضاء، وذلك لأنه الأقدر على السماع من أطراف النزاع وإدراك حقيقة الدعاوى والبيّنات. وكعادة الفقهاء، قبل الشروع في بيان الأحكام المتعلقة بذلك، لا بد من بيان تعريف لذلك، فالدعوى "مشقة من الدعاء، وهو الطلب، وفي الشرع: قول يطلب به الإنسان إثبات حق على الغير".^{١٥٢٠}

واعتبر الفقهاء الدعاوى تصرفاً قولياً له شروطه الخاصة به، يعترف الشارع بقيامها وبآثارها: "فَهِىَ طَلْبٌ مُعَيَّنٌ، أَوْ مَا فِي ذِمَّةٍ مُعَيَّنَةٍ، أَوْ أَمْرٌ يَتَرَتَّبُ لَهُ عَلَيْهِ نَفْعٌ مُعْتَبَرٌ شَرْعاً، لَا تُكْذِبُهَا الْعَادَةُ".^{١٥٢١}

والدعاوى وسيلة من وسائل استيفاء الحق، وتعريف الدعوى بالاصطلاح القانوني على أنه: "سلطة عامة بمقتضاها يلجأ الفرد إلى القضاء، أو هي ادعاء قانوني لدى القضاء، أو هي الحق في الحصول على الحماية القضائية، أو هي حق صاحب الادعاء في أن يسمعه القضاء حول ما إذا كان الادعاء على أساس أم لا، وهي بالنسبة للمدعى عليه حقه في مناقشة أساس هذا الادعاء".^{١٥٢٢}

^{١٥١٤} البقرة ٢/٢٢٩

^{١٥١٥} القحطاني، الإحكام شرح أصول الأحكام، ٤/١٠٠.

^{١٥١٦} التوجيهي، موسوعة الفقه الإسلامي، ٤/٢٣٠.

^{١٥١٧} ابن قدامة، المغني، ٧/٣٣٨.

^{١٥١٨} ابن قدامة المقدسي، الشرح الكبير، ٢٢/٥٢.

^{١٥١٩} يس ٣٦/٥٧.

^{١٥٢٠} الجرجاني، التعريفات، ١/١٠٤.

^{١٥٢١} القرافي، الذخيرة، ١١/٦.

^{١٥٢٢} ماهر، أحمد، أصول قواعد المرافعات، دبت، دبط. <https://shamela.ws/book/308/1243#p4>.

ولم يختلف كثيراً تعريف الدعوى في القانون عنه في اصطلاح الفقهاء إلا من حيث طريقة صياغته. وقد جاءت أحاديث نبوية تدل على المنازعات في المال غير المنقول وفي حقوق الارتفاق، كقوله ﷺ: «لا يمنع جار جاره أن يغرز خشبه في جداره».^{١٥٢٣} أورد الإمام مالك هذا الحديث في "باب القضاء في المرافق".^{١٥٢٤}

تتعدد صور الدعاوى والمنازعات في المال غير المنقول:

4.5.1. الدعاوى الوقفية الدعوى الوقفية يعدّ الوقف نظاماً قانونياً قائماً بذاته، ويختلف عن غيره من الأنظمة والتصرفات القانونية القرينة منه من حيث تعريفه، خصائصه، أنواعه، أركانه وشروطه، ومن حيث إدارته، وكذلك منازعاته والجهات القضائية المختصة للفصل فيها. فأصبح الوقف يدعي ويدعى عليه، وأصبح كغيرها من الكيانات بحاجة إلى معرفة حقوقها وواجباتها في الخصومات والنزاعات. واتجه بعض الباحثين لإطلاق مصطلح المنازعات الوقفية، ويقصد به: "الحق المراد حمايته من خلال إقامة الدعوى، أي ما يطالب المدعي بالقضاء به على المدعى عليه من تقديم شيء أو القيام بعمل أو الامتناع عنه، أو إثبات ملكية أو إبطالها".^{١٥٢٥} واصطلاح بعض القانونيين على الدعاوى الوقفية بالمنازعات والخصومات الذي ساروا عليه في كتبهم أخذ من المعنى اللغوي والشرعي لمفهوم النزاع: "ودعوى الوقف إنما يستوجبها التخاصم والتنازع شأنها شأن غيرها من الدعاوى، إذ لا قوام لها ولا معنى من غير تنازع".^{١٥٢٦}

ونظر الوقف هو من يكون لديه الحرص على حمايته قبل وقوع الخصومة، ومنازعات الأوقاف تشابه منازعات الشخصيات الحكيمة من جهة أحكام من يمثل الشخصية الحكيمة، وأحكام مطالبة الشخصية الحكيمة واستيفاء حقوقها وبذلك لحقوق غيرها التي في ذمتها. وتختلف نوع الدعوى تارة بحسب أطرافها، كالمنازعة بين الواقف والناظر كحصول تقصير وإهمال أو تعدٍ، والمنازعة بين الناظر أنفسهم من تقصير أو إهمال، والمنازعة بين الموقوف عليهم والناظر كصرف الغلة لهم وإخراج بعضهم من الاستحقاق، والمنازعة بين كيان الوقف مع الغير، ومحل ذلك إذا ما كان للوقف كيان استثماري.

منازعات الأوقاف مختلفة فأنواع دعاوى (قضايا) الأوقاف إما:

- ❖ إثبات وقف أو وصية.
- ❖ إبطال وقف أو وصية.
- ❖ عزل ناظر وقف أو وصية.
- ❖ استحقاق في وقف أو وصية.
- ❖ محاسبة ناظر وقف أو وصية
- ❖ ملكية عين من الأعيان الوقفية أو تأجيرها".^{١٥٢٧}

^{١٥٢٣} البخاري، صحيح البخاري، ١٣٢/٣.

^{١٥٢٤} الخطاب، مواهب الجليل، ١٧١/٥.

^{١٥٢٥} أحمد هندي، قانون المرافعات المدنية والتجارية، قطر: كلية القانون - جامعة قطر، دبط (٢٠٢٠م)، ١٨٤/١.

^{١٥٢٦} الأمانة العامة للأوقاف، مدونة أحكام الوقف الفقهية، الكويت: إدارة الدراسات والعلاقات الخارجية، ط٣ (١٤٤٢هـ/٢٠٢٠م)، ٢٠٣/٣.

^{١٥٢٧} شركة ثقة للمحاماة والاستشارات القانونية، <https://thiqahlawfirm.com>. تاريخ التصفح ١٥ أكتوبر ٢٠٢٣م.

وبحسب أنواع منازعات الأوقاف، فهناك عدة صور، "ولكل دعوى سبب وموضوع، فالسبب هو النزاع أو واقعة الاعتداء على الحق أو إنكاره، مما يقتضي تدخل السلطة القضائية عن طريق هذه الدعوى".^{١٥٢٨} فكان منها دعوى إبطال وقف، أو دعوى إبطال وثيقة الوقف، يستهدف الواقف من دعواه إبطال التصرف أو إبطال الوقف ذاته، ودعوى إثبات وقف، ودعوى استحقاق وقف، ودعوى عزل ناظر. ولا بد في دعوى العقار من بيان حدوده الأربع، وهذا قول للإمام زفر من الحنفية، إلا أن تحديده في دعوى العقار الوقفي لا يشترط، "ولا يشترط تحديد العقار والدار في صحة وقفهما".^{١٥٢٩} تندرج دعوى الوقف في السياق العام لفقه القضاء المتكفل لبيان أحكام الدعاوى والخصومات، وتحديد طرق حلّ المنازعات في الحقوق والتصرفات، ودعوى الوقف يستوجبها التخاصم والتنازع، شأنها شأن غيرها من الدعاوى؛ إذ لا قوام لها ولا معنى من غير تنازع.

لكن التنازع في الوقف متعدّد المنشأ والأسباب؛ فبعضه يتصل بعلاقة الواقف بالناظر، وآخر بعلاقة الناظر بالموقوف عليهم، سواء كانوا من الذرية أم لا، وثالث بأصل ادعاء استحقاق النظارة، ورابع بعلاقة الناظر بالقاضي، وثمة نزاع ينشأ بين الموقوف عليهم لناحية مقدار الاستحقاق وأشخاص المستحقين، وآخر بينهم وبين الورثة، وثالث ينشأ من الاختلاف حول تفسير شروط الواقف، "غصب الوقف والدعوى به".^{١٥٣٠}

من هنا كان لدعوى الوقف كذلك خصوصيتها وتمييزها عن غيرها من الدعاوى، مما استوجب أن تُعالج كموضوع له استقلاله وهويته الخاصة، وأن تُبحث في إطار هذه الخصوصية. وبالرجوع إلى حكم هذه الدعاوى، يرجع إلى ما نص عليه قانون الوقف المستنبط في واقعه من الفقه الإسلامي أن أصل هذه المسألة لا بد أن يبين ما هي الصورة التي ينبغي قبل مثل هذه الدعاوى، عما يشابهها من المسائل، ومنها مسألة رجوع الواقف عن الوصية بالوقف، أو الوقف المعلق على الموت. وذكر الفقهاء صور الدعاوى الوقفية في حقوق الارتفاق: "إِنْ كَانَتْ دَعْوَى الطَّرِيقِ الْخَاصِّ وَالْمَسِيلِ وَحَقِّ الشُّرْبِ فِي عَقَارِ الْوَقْفِ، فَلِلْمُنْتَوَلِي أَنْ يَدْعِيَهَا إِلَى سِتِّ وَثَلَاثِينَ سَنَةً".^{١٥٣١}

4.5.2. التعويض عن الاستملاك، أو ما يسمى "بالالتزام الجزائي"^{١٥٣٢}، ومبدأ التعويض عن الضرر مشروع في الفقه الإسلامي. وتُعد السلطة المختصة بالاستملاك هي وحدها من يحق لها التصرف بممارسة هذا الحق وفقاً لشروط وإجراءات قانونية. والاستملاك قاصر على الأموال غير المنقولة والحقوق العينية، ويُعرف على أنه: "استملاك الأرض بسعرها العادل جبراً عن صاحبها للضرورة أو المصلحة العامة، كتوسيع مسجد، أو طريق، ونحو ذلك".^{١٥٣٣}

وهو إما أن يكون على عقارٍ بأكمله، أو على جزءٍ منه كطابق أو جزء من أرض. والدولة كشخصية معنوية تحتاج إلى تشييد المباني، وبناء الجسور، وتوسعة المطارات، وشق الطرق، والأنفاق، وفتح الملاعب والحدائق، وبناء المساجد والمدارس، فكل هذه الأشياء قد تعرض الفرد إلى نزع جزء من ملكه للصالح العام. وقد فصل العلماء الأسباب الشرعية الموجبة للتعويض المالي،

^{١٥٢٨} فاطمة الزهرة منار ومنار صبرينة منار، *الدعاوى الرامية لحماية الأملاك الوقفية ومجال الاختصاص فيها*، مجلة الفقه القانوني والسياسي، مج ١، ع ٢٢٢، ١.

^{١٥٢٩} الملا، الشيخ عبد اللطيف بن عبد الرحمن، *وسيلة الظفر في المسائل التي يُفتى فيها بقول زُفر*، تحقق: د. عبد الإله محمد الملا، بيروت: دار خضر، ط ١ (١٤٢٢هـ/٢٠٠١م) ١٠٣.

^{١٥٣٠} الطرابلسي، يرهان الدين إبراهيم موسى علي، *الإسعاف في أحكام الأوقاف*، طبع بمطبعة هندية بشارع المهدي بالأزبكية، مصر: مصر المحمية، ط ٢ (١٣٢٠هـ/١٩٠٢م) ٨٦/١.

^{١٥٣١} علي حيدر، *درر الحكام*، ٣٠١/٤.

^{١٥٣٢} السنهوري، *الوسيط في شرح القانون المدني*، ٨٧٥/١.

^{١٥٣٣} وهبة الزحيلي، *الفقه الإسلامي وأدلته*، ٢٩١٣/٤.

وقد قامت على أخذ التعويض المالي أدلة كثيرة من كتاب الله ﷺ، وعمل بهذا المبدأ فقهاء الأمة، فمن ذلك قوله ﷺ: (وَدِيَّةٌ مُسَلَّمَةٌ إِلَى أَهْلِهِ) ١٥٣٤، فقد قرر الله ﷻ مبدأ التعويض المالي كقتل النفس المعصومة خطأ. "إذا تعذر نفي الضرر من حيث الصورة، فيجب نفيه من حيث المعنى، ليقوم الضمان مقام المتلف". ١٥٣٥

والتعويض يتحقق في العين أو المنفعة، وقد فصل العلماء الأسباب الشرعية الموجبة للتعويض المالي. يفرق الشرع بين النزاع المشروع وغير المشروع، لأن من الأهداف لإقامة الدولة حماية ممتلكات رعاياها، والفقهاء متفقون على اعتبار كل نزاع للملكية دون تعويض من قبيل الغصب، وتعطيل للمنفعة بوجه غير مشروع، باعتبار الأثر الناشئ عن الضرر الحاصل يستوجب دفع بدلاً عنه، وجبر الضرر الواقع على مالك العقار، استناداً إلى نصوص قاطعة من الكتاب والسنة. كما أن ما لم تتوفر فيه شروط معينة يُعد بمثابة البيع الباطل. ومما ورد عنه ﷺ، وباعتباره حاكم الدولة في عصره، أنه قد استملك أرضاً عندما أراد أن يبني المسجد النبوي الشريف، مع حرصه ﷺ على إدامة الود وتحقيق الرضى، فلم يقبل أن يقيم المسجد على الأرض إلا بعد أن سأل: لمن هذه الأرض؟ ثم عرض التعويض في مقابل الاستملاك لبناء مسجد ﷺ «فَعَنْ أَنَسٍ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ قَالَ: قَدِمَ النَّبِيُّ ﷺ الْمَدِينَةَ، وَأَمَرَ بِبِنَاءِ الْمَسْجِدِ، فَقَالَ: يَا بَنِي النَّجَّارِ ثَامُنُونِي، فَقَالُوا: لَا نَطْلُبُ ثَمَنَهُ، إِلَّا إِلَى اللَّهِ، فَأَمَرَ بِقُبُورِ الْمُشْرِكِينَ، فَتُبِسَتْ ثُمَّ بِالْخَرْبِ، فَسُوِّيَتْ وَبِالنَّحْلِ فَقُطِعَ، فَصَفُّوا النَّحْلَ قِبْلَةَ الْمَسْجِدِ». ١٥٣٦

قد جرت وقائع من هذا النوع كثيرة في عهد النبي ﷺ، وفي عهد خلفائه الراشدين، وعلى مرّ تاريخ الدولة الإسلامية، من غير تكبر من أهل العلم. ويجوز للدولة استملاك الأموال غير المنقولة مراعاةً للمصلحة العامة، ومصالح المجتمع، ومنع ما يضر به، تحقيقاً للمصلحة العامة المعتبرة. وهو ما أكدته المادة (١٠٢٠) من القانون الأردني: "لا يُنزع ملك أحد بلا سبب شرعي، ولا يُستملك ملك أحد إلا للمنفعة العامة، وفي مقابل تعويض عادل". ١٥٣٧ تحويل ملكية العقار من الملكية الخاصة إلى الملكية العامة، إجبارياً عن مالكها، يكون لقاء تعويض مالي عادل. لذا، يُشترط حين استملاك عقار شروط لجلّ جواز ذلك: أن يتحقق عنصر الإجبار على الاستملاك، وأن يكون للصالح العام، وأن يكون هناك تعويض عادل مقابل ذلك، وأن يُحقق الاستملاك المنفعة العامة؛ فهي الغاية التي يُراد تحقيقها، وغيابها يعني عدم شرعية الإجراءات، وهي في حقيقتها تضحية بمصلحة الفرد لصالح خدمة المجتمع.

4.5.3. التعويض عن فوات المنافع أو التعويض عن فوات الربح تُعتبر دعوى فوات المنفعة والتعويض عنها مسألة هامة في الفقه والقانون. ولتفويت المنافع مصطلحات عرفية شائعة يجب التنبيه عليها، وهي قول بعضهم: "الفرصة الفائتة" أو "الفرصة الضائعة"، حيث يتعلق التعويض عن فوات المنافع بحقوق الأفراد وتعويضهم عن الأضرار التي تسببت بها جهات أخرى.

١٥٣٤ النساء ٩٢/٤.

١٥٣٥ الكاساني، *بدائع الصنائع*، ١٦٥/٧.

١٥٣٦ البخاري، *صحيح البخاري*، ٢٠/٣.

١٥٣٧ حُماة الحق للمحاماة، "نزع الملكية الخاصة للمنفعة العامة في التشريع الأردني"، ١١ سبتمبر ٢٠٢٣، متاح على: <https://jordan-lawyer.com/2023/09/11/> نزع-الملكية-الخاصة-للمنفعة-العامة-في-ا/ تاريخ التصفح ١١ سبتمبر ٢٠٢٣ م.

هو "المال الذي يُحكم به على من تسبب في عدم إدراك إنسان مصلحة أو فائدة مشروعة له، تأكد حصولها".^{١٥٣٨} ويمكن رفع دعوى التعويض في حالة تعرّض الفرد لضرر نتيجة لذلك التفويت، ويتعين في هذه الحالة اللجوء إلى الجهات المختصة للحصول على تعويض عادل للضرر الذي لحق بالفرد. وتقويت المنافع قد يقع على الأشخاص، أو على الأعيان، أو منافع الأعيان، وكلها مما يوجب الضمان.

ويقصد بفوات المنفعة عند الفقهاء: "تعطيل فائدة شخص، أو عين مملوكة، بوجه غير مشروع، من خلال منعه، وحبسه، وتضييع منافعها، عمداً كان أو خطأ".^{١٥٣٩} فيدعي طرف على آخر بأن تصرفه غير المشروع حال بينه وبين تحقيق ذلك الربح المقدّر. وعند الفقهاء، كثيراً ما يجري في كتبهم استعمالهم لمصطلح الضمان بالمعنى الذي يحمله شرّاح القانون، وهو التعويض. ويُعرّف التعويض اصطلاحاً بأنه: "دفع ما وجب من بدل ماليّ بسبب إلحاق ضررٍ بالغير".^{١٥٤٠}

وكل التعاريف حول الضمان أو التعويض إنما مدارها حول تعويض مالك العقار عن الضرر الواقع في حقه. وقد ذكرنا أن التعويض، كما أنه حاصل في الأعيان، كذلك قد يقع التعويض عند تقويت منفعة العقار. وأسباب تقويت المنفعة كثيرة؛ فإما أن تكون باليد، كيد الغاصب، أو بعقد، كالبيع والإجارة، أو تقويت بسبب الإتلاف، وغيرها من الأسباب الموجبة للتعويض بدلاً من الضرر. وقد أكد الفقهاء على جواز التعويض عن فوات المنفعة، وذلك بإثبات وجود المنفعة الفائتة، وأن تكون مشروعة ومنتجة.

كما يتطلب ذلك إثبات الضرر الناتج، والذي يكون بمثابة العقوبة لمن أسفر تصرفه عن حصول المتضرر على أضرار بالغة. وقد استعمل الفقهاء مصطلح المنفعة الفائتة والتعويض عنها، فمما ذكره الإمام العز بن عبد السلام عند بيانه في التعويض عن فوات المنافع، قال: "أَنَّ تَكُونَ الْمُنْفَعَةُ مُبَاحَةً مُتَقَوِّمَةً فَتُجْبَرُ فِي الْعُقُودِ الْفَاسِدَةِ وَالصَّحِيحَةِ وَالْفَوَاتُ تَحْتَ الْأَيْدِي الْمُبْطِلَةِ وَالتَّقْوِيْتُ بِالْإِنْتِفَاعِ، لِأَنَّ الشَّرْعَ قَدْ قَوِّمَهَا وَنَزَّلَهَا مَنَزِلَةَ الْأَمْوَالِ فَلَا فَرْقَ بَيْنَ جَبْرِهَا بِالْعُقُودِ وَجَبْرِهَا بِالتَّقْوِيْتُ وَالْإِتْلَافِ".^{١٥٤١}

ويشترط الفقهاء لتحقيق التعويض أن يحصل الضرر بما يسمى بتخلف النفع المستقبلي، الذي انعقد سبب وجوده، على غير النفع المحتمل أو المتوهم. أما تعريف الفوات في اصطلاح الفقهاء: "تضييع منفعة العين المملوكة، كإسراك عين لها منفعة يُستأجر لها".^{١٥٤٢} ولأن المنافع من الأموال التي يصعب ردها لأنها أعراض تتلاشى فلا تبقى وجب تعويض المنتفعة الفائتة وكما هو مقرر في القواعد الفقهية "إذا تعذر إيفاء الأصل بالفوات، أو التفويت فإنه يصار إلى البديل".^{١٥٤٣}، والبديل هو التعويض المالي.

فكل ما هو سبب في تقويت منافع العقارات، ومنع من استغلالها واستثمارها، موجب للتعويض. وعليه، يمكن القول إن فوات المنافع شكل من أشكال الإتلاف. وأن الإتلاف نوعان "إعدام موجود، وتقويت لمعدوم انعقد سبب وجوده، وهذا تقويت".^{١٥٤٤} ثم إن المنفعة الفائتة المستوجبة للتعويض تحققت بالتقويت، وللفقهاء صور في تقويت منفعة العقار، من تحويل منفعة العقار ونقلها من صفة إلى صفة، إلى تقويت المنفعة على الصالح العام لصالح الفرد. ومثلوا على ذلك، فقال ابن عابدين الحنفي -نقلًا عن

^{١٥٣٨} مجموعة من المؤلفين نتائج وخواتيم رسائل علمية، كتاب نتائج البحوث وخواتيم الكتب، موقع الدرر السنية dorar.net، تم تحميله في ربيع الأول (١٤٣٣هـ) ٩٤/٤.

^{١٥٣٩} مجلة الجامعة الإسلامية للعلوم الشرعية، المملكة العربية السعودية، ٢٠٨٤ (١٤٤٥هـ) ٢٢٦/٤.

^{١٥٤٠} وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، الموسوعة الفقهية الكويتية، ٣٥/١٣.

^{١٥٤١} العز ابن عبد السلام، قواعد الأحكام في مصالح الأنام، ١٨٣/١.

^{١٥٤٢} المناوي، التوقيف على مهمات التعاريف، ٢٦٥/١.

^{١٥٤٣} الزحيلي، محمد مصطفى، القواعد الفقهية وتطبيقاتها في المذاهب الأربعة، دمشق: دار الفكر، ط ١ (١٤٢٧هـ / ٢٠٠٦م) ٥١٨/١.

^{١٥٤٤} ابن تيمية، الفتاوى الكبرى، ٤٠٦/٥.

الخيرية والحامدية: " إذا كان الوقف للسكنى أو للاستغلال أو كان مسجداً، فإن من تعدى عليه (كمن جعل المسجد بيتاً) يلزمه أجره مثله مدة شغله".^{١٥٤٥}

● **منفعة انعقد سبب وجودها، وتفويتها يستوجب التعويض؛** أي أصبحت منفعة متحققة، وترتب عليها ضرر. وصورة المسألة "الْعَامِلُ فِي الْمَزَارَعَةِ إِذَا تَرَكَ الْعَمَلَ فَقَدْ اسْتَوَلَى عَلَى الْأَرْضِ وَفَوَتْ نَفْعَهَا، فَيُنْبَغِي أَيْضًا ضَمَانُ إِتْلَافٍ أَوْ ضَمَانُ إِتْلَافٍ وَيد".^{١٥٤٦}؛ كالتعويض عن منفعة عقار تسبب تصرف غير مشروع من قبل مقاول البناء في فواتها، سواء بالتأخر في إنجاز عمل البناء وتسليمه في موعده. وكثير من مثل هذه الدعاوى تحصل فيمن أخرج بناء أو شققاً سكنية عما هو متفق عليه، أو أخطأ في بنائها؛ مما يعني فوات ربح التأجير عليه أو بيعه، فيجب التعويض، وإن كان غير واقع، إلا أنه شبيه بالربح الحاصل والمتحقق تماماً. ولو لم يُقيد بانعقادها وسبب وجودها، لادعى أناس أموالاً ودماء آخرين، ومما يجدر الإشارة إليه أن المنافع لا مثل لها، فيكون التعويض الواجب عن فوات المنافع هو القيمة لا المثل. "مَنَافِعُ الْأَمْوَالِ إِذَا فَاتَتْ فِي يَدٍ عَادِيَةٍ غَضَبًا: أَوْ شِرَاءً فَاسِدًا، أَوْ غَيْرُهُمَا تَجِبُ فِيهَا أَجْرَةُ الْمَثَلِ".^{١٥٤٧} وتعويض المثل يرجع إلى أهل الاجتهاد لتقدير قيمة فوات المنفعة.

● **منفعة لم ينعقد سبب وجودها وتفويتها لا يتوجب التعويض،** فهي أرباح محتملة غير متحققة، ويغلب على الظن عدم حصولها، ولا يجوز التعويض عنها؛ لنهيهِ ﷺ «عن ربح مالم يُضْمَنْ». ^{١٥٤٨} وعليه، لا يكون محل للتعويض عن المنفعة الفائتة حال عدم وجود الخطأ، والقاعدة الفقهية: "لا يُعتبر الضرر الموهوم تجاه الضرر المحقق".^{١٥٤٩}؛ كمن يحدث خللاً في شقة أو أرض جاره، يترتب عليه احتمال سقوط الشقة أو حدوث ضرر في الأرض، فإن مثل هذا الضرر لا يُعوض عليه إلا إذا تأكد وقوعه في المستقبل، أو وقع بالفعل ولأهل الاختصاص تقدير ذلك الاحتمال، من كونه حاصل الوقوع أم لا. ونجد أن خلاف الفقهاء في أكثر المسائل الفقهية التي اختلفوا عليها، يدور حول اختلافهم في مالية المنافع، ولا يتسع المقام لعرض جميع ذلك، إنما أكتفي بذكر الخلاف فيما بينهم في مسألة تمر في بحثي، لبيان الأثر الفقهي المترتب على ذلك.

4.6. تمويل المال غير المنقول تمويل المال غير المنقول يعتبر العقار في علم الاستثمار المالي هو أفضل أشكال الاستثمار وأبعده عن الخسارة، وهو المحفظة الآمنة للمال، فكيف وإن كان هذا الاستثمار واحداً من أهم برامج التمويل في البنوك وشركات التمويل لاعتماده على نسبة مخاطرة قليلة. مع ظهور المصارف الإسلامية برزت صيغ من العلاقات الاستثمارية فاحتل التمويل الإسلامي أهمية كبيرة في تمويل قطاع العقار، وفي الحديث قال رسول الله ﷺ: «خذته فتموّلُهُ». ^{١٥٥٠} وأخذ التمويل المعاصر، والتي لم تكن في عصر التشريع، وأحد عمليات شراء العقار أشكالاً بهدف زيادة نسبة نجاح عقد صفقات شراء العقارات، وبهدف تسهيله للأفراد

^{١٥٤٥} ابن عابدين، حاشية رد المحتار، ٢٠٦/٦.

^{١٥٤٦} ابن تيمية، المستدرک علی مجموع فتاوی شیخ الإسلام، ٤٣/٤.

^{١٥٤٧} السيوطي، الأشباه والنظائر، ٣٦٤/١.

^{١٥٤٨} أحمد بن حنبل، المسند، ١٩٠/٦.

^{١٥٤٩} ابن الهمام، فتح القدير، ٤٤/١٩.

^{١٥٥٠} أحمد بن حنبل، المسند، ٢٢٥/١.

سبل الحصول على المسكن والمال. إذا لم يتم تنميته بأن يؤخذ منه باستمرار يهدد بالفناء مع طول الزمن، وكما قيل: خذ من التل يخل. وعرف التمويل بأنه "مول فلانا تمويلًا صيره ذا مال".^{١٥٠١}

ويحظى التمويل في المال غير المنقول بأهمية كبيرة على كافة القطاعات بصفة عامة، وقطاع المصارف بصفة خاصة، ويساهم في معالجة الركود، مما يدفعه ويجعله في حال طلب. وهذا ما يميز العقار أن أسعاره لا تهبط، لأن الحاجة إلى المنزل، والأرض، والشقة، والمكتب هي حاجة الإنسان الدائمة التي لا تنقطع، وهي ملازمة للتواجد البشري. فمن يعيش على أي أرض يتوق إلى امتلاك عقار فيها، للسكن أو العمل، وهذه الرغبة تولد دائمًا المزيد من العروض العقارية وتحافظ على الحركة التصاعدية لأسعار العقارات. "التزويد بالمال لتملك أو إصلاح أصل ثابت لا يمكن نقله وتحويله مع بقائه على هيئته وصورت".^{١٥٠٢}

فالتمويل تغطية مالية لكل مشروع يهدف من جعل وضع مؤسسة مالية تحت تصرف أحد الأشخاص لشراء أو بناء أو ترميم وتحسين المساكن، فيلتزم المصرف بمقتضى الالتزام بالوفاء بالعقد. فالغاية من التمويل التملك أو الإصلاح، فهو بمثابة عقد مالي طويل الأجل بين الممول والمتمول على إصلاح وترميم أو إنشاء بيت. يلتزم الشخص أو المستثمر بسداد أقساطه على حسب ما اتفقا عليه، وقد يُعرف كذلك على أنه "تقديم ثروة عينية أو نقدية، بقصد الاسترباح من مالها إلى شخص آخر يديرها ويتصرف فيها لقاء عائد تبيحه الأحكام الشرعية".^{١٥٠٣}

أهم فائدة في هذا العقد الحذر من دخول الربا على عقد التمويل، فلا بد من تنمية المال بالطرق المشروعة. والفرق الجوهرى بين شراء عقار بتمويل إسلامي وشراء بتمويل تجاري يتمثل بأن التمويل التجاري قائم على مبدأ الربا، أي أنه يتم دفع زيادة ثابتة على القرض، بينما التمويل الإسلامي قائم على مبدأ الربح، أي أن جهة التمويل تحصل على نسبة من الربح بعقد موقع بين الطرفين. وهناك صورة معاكسة لبيع العينة يقصد بها: الاحتيايل على طأب العين" النقد بالدين من خلال بيع الأجل، المنهي عنه، وهو أن يقوم مالك العقار ببيعه للمصرف أو الجهة التمويلية ثمنًا عاجلاً، ثم يقوم بإعادة شرائه بثمن مؤجل بأكثر من الثمن الأول ويرهن مقابل ذلك العقار للجهة التمويلية. وهذه الصورة محرمة، يقصد بها الاحتيايل الممنوع على الربا في صورة البيع. فمصطلح عكس مسألة العينة لم يذكر إلا عند الحنابلة: "عَكُسُ مَسْأَلَةِ الْعَيْنَةِ وَهُوَ أَنْ يَبِيعَ السِّلْعَةَ أَوَّلًا بِنَقْدٍ يَفْضُلُهُ، ثُمَّ يَشْتَرِيهَا مِنْ مُشْتَرِيهَا بِأَكْثَرَ مِنَ الْأَوَّلِ مِنْ جَنْبِهِ نَسِيبَةً".^{١٥٠٤}

وضع الإسلام صيغًا عديدة لاستخدام المال واستثماره بالطرق المشروعة، وبدلاً عن الطرق الممنوعة، سواء بتعاون المال مع المال، أو بتعاون المال مع العمل، وهي ما يمكن تسميتها بصيغ التمويل:

4.6.1. التمويل بعقد الاستصناع بات عقد الاستصناع يُستخدم على نطاق واسع في عمليات التمويل، التي تقوم بهدف صناعة أعيان يمكن وصفها بدقة، بأنه "بات يُستخدم في صناعة مثل عمارة، أو مصنع، أو طائرة، أو سيارة، أو سفينة".^{١٥٠٥}، أو بنية

^{١٥٠١} أبو حبيب، سعدي، *القاموس الفقهي*، ٣٤٤/١.

^{١٥٠٢} شبيب، حمد عبد العزيز، *التمويل العقاري لبناء المساكن وشرائها دراسة فقهية تأصيلية تطبيقية*، إشراف: أ.د. زيد عبد الكريم الزيد، رسالة دكتوراه -

جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، (١٤٣٢هـ/١٤٣٣هـ) ٣٦.

^{١٥٠٣} قحف، منذر، *مفهوم التمويل في الاقتصاد الإسلامي*، بحث بحليلي، رقم ١٣، البنك الإسلامي للتنمية المعهد الإسلامي للبحوث والتدريب، مكتبة الملك

فهد الوطنية (١٤٢٤هـ) ٢٢.

^{١٥٠٤} البهوتي، *كشف القناع*، ١٨٦/٣.

^{١٥٠٥} منظمة المؤتمر الإسلامي، *مجلة مجمع الفقه الإسلامي التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي*، ١٢/ ١٧٥.

تحتية. قال الله ﷻ: ﴿وَاصْطَلَعْتُكَ لِنَفْسِي﴾^{١٥٥٦} وتتميز المصارف الإسلامية بتعدد صيغ التمويل، التي من خلالها يتمكن العميل من تلبية احتياجاته المختلفة. ويحتاج العميل (الأفراد، والشركات) إلى التعرف على تلك الصيغ، ليتمكن من تحديد الصيغة التمويلية التي تلبي احتياجاته. وتعتبر صيغة الاستصناع هي الصيغة الملائمة لتمويل القطاع العقاري، وصيغة متطورة ملتزمة بالضوابط الشرعية، وتستخدم هذه الصيغة كبديل أمثل وفعل عن التمويل بالطرق التقليدية بسبب التعاملات الربوية.

أخذ التمويل بعقد الاستصناع في العصر الحالي شكلاً آخر، فأصبح للمصرف الإسلامي دور في تغذية مشاريع كثيرة، سواء على المستوى المهني، أو الحرفي، أو الصناعي، أو التعمير والإنشاءات. وقد تطور العصر، فأنشأت حالات جديدة امتد إليها عقد الاستصناع، منها إقامة المباني على أرض مملوكة للمستصنع بعقد مقولة. والعقد يستلزم من جهة الصانع أمرين مهمين، هما: العين والعمل. ويعرف الاستصناع على أنه: "عقد يشتري به في الحال شيء مما يُصنع صنعاً، يلزم البائع بتقديمه مصنوعاً بمواد من عنده، بأوصاف مخصوصة، وبثمن محدد".^{١٥٥٧}؛ عقد زمني يترخى تنفيذه عن وقت إبرامه. ومن حيث مشروعية الاستصناع، لم يثبت به نص شرعي خاص، إنما هو استثناء للمصلحة وحاجة الناس إليه، وقد استثنى الاستصناع بالإجماع للحاجة، فعن عبد الله: أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ «اصْطَنَعَ خَاتَمًا مِنْ ذَهَبٍ»^{١٥٥٨}.

يرى الحنفية أن الإجماع على جوازه للحاجة، وممارسته عملياً، أقوى من تركه، ولا يستطيع أحد تركه. ووجه الاستحسان عندهم: "الْإِجْمَاعُ الثَّابِتُ بِالْعَمَلِ، فَإِنَّ النَّاسَ فِي سَائِرِ الْأَعْصَارِ تَعَارَفُوا الْإِسْتِصْنَاعَ فِيمَا فِيهِ تَعَامُلٌ مِنْ غَيْرِ نَكِيرٍ".^{١٥٥٩}، حتى من الذين قالوا من جمهور الفقهاء إنه لا يصح إلا بما صحت به شروط السلم، من الناحية العملية يستعملونه في حياتهم، وحاجتهم إليه.

كان للعقارات الحظ الأوفر من ذلك، فبعد التمويل عن طريق عقد الاستصناع من أهم الصيغ التنموية على الساحة المصرفية الإسلامية؛ إذ قامت بتمويل إنشاء المباني السكنية والاستثمارية بنظام الاستصناع. وبرزت هذه الأهمية حجماً في المعاملات في المجال العقاري، مثل عقود تمويل إنشاء المدارس، وإنشاء محطات الكهرباء، وإنشاء الفنادق.

وبدأ الاستصناع يحتل دوراً رئيساً في استثمارات المصارف الإسلامية، فقامت المصارف بتمويل المباني السكنية، مما ساهم في حل مشكلات معاصرة كثيرة، إذ وفرت للمستصنع المواد الخام، إضافة إلى العمل نفسه. وساهمت المصارف في صناعات أخرى عديدة، وأبرمت عقود استصناع مع عملائها، غير أن أبرزها حجماً في المعاملات هو المجال العقاري.

أصبح التمويل عن طريق عقد الاستصناع يحتل دوراً رئيساً في الصناعة المصرفية الإسلامية، إذ قامت المصارف بتمويل إنشاء المباني السكنية والاستثمارية بنظام الاستصناع، وساهمت بذلك في حل مشكلات معاصرة كثيرة، إذ ساهمت في توفير السلع التي يطلبها العميل وفقاً لاحتياجاته ومتطلباته، بما يؤدي إلى تلبية احتياجات العميل. وساهمت المصارف في صناعات أخرى عديدة،

^{١٥٥٦} طه ٤١/٢٠.

^{١٥٥٧} مصطفى الزرقا، عقد الاستصناع ومدى أهميته في الاستثمارات الإسلامية المعاصرة، سلسلة محاضرات العلماء البارزين رقم (١٢)، المعهد الإسلامي للبحوث والتدريب، مكتبة الملك فهد الوطنية - السعودية، (١٤٢٠هـ)، ٢٩.

^{١٥٥٨} أحمد بن حنبل، المسند، ٢٠٨/١٠.

^{١٥٥٩} البابرتي، العناية شرح الهداية، ١١٤/٧.

وأبرمت العديد من عقود الاستصناع مع عملائها، غير أن أبرزها حجماً في المعاملات هو المجال العقاري، مثل عقود تمويل إنشاء المدارس، وإنشاء محطات الكهرباء، وإنشاء الفنادق.

وظهر كذلك استحداث أدوات مالية مبتكرة، مثل صكوك الاستصناع وتوظيفها في الأسواق المالية، وهي طريق وبديل عن الأدوات التمويلية الربوية المحرمة، وهي "وثائق متساوية القيمة يتم إصدارها لاستخدام حصيلة الاكتتاب فيها في تصنيع سلعة، ويصبح المصنوع مملوكاً لحملة الصكوك".^{١٥٦٠} وتكون عملية إصدار الصكوك على أساس عقد الاستصناع، "فتقوم على تجزئة قيمة الأصل المطلوب تصنيعه أو إنجازها إلى وحدات متساوية القيمة، ثم تُصدر صكوك تُمثل مجموعها قيمة ذلك الأصل، وعندما تُطرح للاكتتاب يشتريها الجمهور".^{١٥٦١} ففي نهاية البيع، يمتلك كل مشتري شقته أو بيته أو أرضه أو متجره.

الضوابط والأحكام المهمة في التمويل بعقد الاستصناع.

- ❖ "لا يجوز بيع المباني قبل تسليمه من الصانع حقيقة أو حكماً.
- ❖ يجوز الاستصناع في المباني لإقامتها على أرض معينة مملوكة للمستصنع أو للصانع أو على الأرض التي ملك أحدهما منفعتة".^{١٥٦٢}

لصكوك الاستصناع في المال غير المنقول تطبيقات واسعة، كصكوك الاستصناع الإجارة؛ "يتم إنجاز مشروع، وبعد تسليمه تبدأ مرحلة الإجارة، والاستفادة من إمكانية تداولها خلال هذه المرحلة، إلى أن تنتهي بتمليك المشروع إلى المستفيد النهائي، مع الحصول على عوائد هذه الصكوك، وهي الإيجارات التي يدفعها المستأجر منذ توقيع عقد الإجارة".^{١٥٦٣} وهي ورقة مالية تمثل جزءاً شائعاً من ملكية عين استعمالية، ولها أهمية في تمويل المشروعات الحكومية، في تمويل الطرق، والمطارات، والمنافع العامة، والخدمات العامة. وقد تكون صكوك الاستصناع بالإجارة تشغيلية أو تمويلية. وهذا تعريف فيه تفصيل أكثر، من حيث طريقة صك الإجارة، والمراحل التي يمر بها من بداية العقد إلى أن تنتقل ليد المشتري، مثل: "بيع بعض الأصول المملوكة لها (مثل مبنى الإدارة، أو مصنع من مصانعها... إلخ) عن طريق إصدار وحدات استثمارية تمثل ملكية هذا الأصل، فإذا طُرحت هذه الصكوك في السوق واشترها الناس، أصبحوا ملاكاً للأصل المشار إليه، وحصلت الشركة على النقود التي تحتاج إليها، وتتضمن هذه العملية استئجار الشركة للمبنى المذكور بعقد طويل الأجل، يحصل حملة الصكوك فيه على عائد دوري (شهري أو سنوي) يمثل مبلغ الإيجار، ثم يُباع الأصل في نهاية عقد الإجارة، الذي ربما امتد لسنوات".^{١٥٦٤} ويُشترط في هذه الصكوك أن تكون محلّاً لعقد الإجارة.

^{١٥٦٠} هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية في المعيار الشرعي رقم ١٧، صكوك الاستثمار، ٤٦٩.

^{١٥٦١} ياسين، سمية أحمد ماهر، *تطبيقات معاصرة لعقد الاستصناع وأهميته في الحياة العملية*، رسالة ماجستير، الجمهورية السورية، إش: د. علاء الدين زعتري، (٢٠٢٢م/٢٠٢٣م)، ٥٠.

^{١٥٦٢} هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية في المعيار الشرعي رقم ١١، ١٧٧.

^{١٥٦٣} ياسين، سمية أحمد ماهر، *تطبيقات معاصرة لعقد الاستصناع*، ٥٦.

^{١٥٦٤} تصدر عن منظمة المؤتمر الإسلامي، *مجلة مجمع الفقه الإسلامي التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي*، ١١/١٣٣.

أطراف عملية الاستصناع:

١. المستصنع: - وهو الطرف المشتري في عقد الاستصناع (العميل).
٢. الصانع: - وهو البائع الذي يلتزم بتقديم الشيء المصنع للعميل (المصرف).
٣. المقاول: - وهو الذي يباشر الصنع (تصنيع المنتج المطلوب) (الجهة المنفذة).

4.6.2. التمويل بعقد المقاولة يلعب دوراً رئيسياً في التنمية الاجتماعية والاقتصادية للمجتمعات الحديثة، وتشمل هذه الصناعة مجموعة واسعة من الأنشطة، بما في ذلك شراء وبيع وتأجير وتطوير العقارات السكنية والتجارية والصناعية. وهو من عقود المعاوضات يأخذ كل طرف مقابلاً لما يقدمه. "عقد عرف حديثاً في القوانين الوضعية، وقد استقيت أحكامه في القانون المدني الأردني وفي قانون الإمارات من أحكام عقد الاستصناع وعقد الأجير المشترك العام"^{١٥٦٥}. وله تعريف في اللغة العربية "اتِّفَاقَ بَيْنَ طَرَفَيْنِ يَتَعَهَّدُ أَحَدُهُمَا بِأَنْ يَقُومَ لِلْآخَرِ بِعَمَلٍ مُعَيَّنٍ بِأَجَرٍ مَحْدُودٍ فِي مُدَّةٍ مُعَيَّنَةٍ".^{١٥٦٦}

وهو كغيره من العقود يُشترط لصحته ونفاذه توافر الأركان الموضوعية العامة، وهو ذو طبيعة رضائية. أما طريقة وشكل العقود في العقارات فتتنوع وتعددت أشكالها، سواء على الصعيد الحكومي كبناء المستشفيات والمدارس، أو على الصعيد الشخصي في الإنشاء والتعمير. "تصح المقاولة على عمل البناء إذا كانت الآلات والمهمات اللازمة للعمارة من صاحب العمل، أما إن كانت من المعماري بأن استأجره ليعمر له كذا بالآلات من عنده بأجرة، فإنه لا يجوز. وإذا عمر المعماري، يكون له أجرة مثل عمله وما أنفق من ثمن الآلات".^{١٥٦٧}

ويرى كثير من الفقهاء بأن عقد المقاولة عقد استصناع، وبالنظر إلى صورته يتضح جلياً أن عقد الاستصناع يمثل صورة واحدة من صور عقد المقاولة. ومن هذه الصور التي لا تتشابه مع عقد الاستصناع: "ما إذا قدّم المقاول العمل فقط وكانت الأدوات من رب العمل، وعلى هذا فإن عقد المقاولة أعم من عقد الاستصناع".^{١٥٦٨} ويُعد عقد المقاولة من العقود الواردة على العمل، ويشترط فيه ما يشترط في غيره من العقود من كون العقد على إقامة المشروع السكني أن يكون مما أباحه الشارع، فلا يصح عقد مقاولة على بناء كنيسة أو ملهى ليلي أو بيت للدعارة.. إلخ. وكذلك يشترط أن يكون العمل معيناً: "وَإِذَا اسْتَأْجَرَ حَقَّارًا لِيَخْفَرَ لَهُ بَيْتًا فِي دَارِهِ وَلَمْ يُسَمِّ مَوْضِعًا وَلَمْ يَصِفْهَا فَهُوَ قَاسِدٌ لِجَهَالَةِ الْمُعَقَّدِ عَلَيْهِ فَعَمَلُ الْحَفَرِ يَخْتَلِفُ بِاخْتِلَافِ الْمَوْضِعِ فِي الصَّلَابَةِ وَالرَّخَاوَةِ وَالسُّهُولةِ وَالصُّعُوبَةِ وَيَخْتَلِفُ بِاخْتِلَافِهِ الْبَيْتُ فِي الْعَرْضِ وَالْعُمُقِ".^{١٥٦٩}

ووافق القوانين الوضعية الشريعة الإسلامية على بطلان عقد المقاولة في المحل المجهول، فذهب بعض الباحثين، منهم الدكتور رفيق المصري، والشيخ حسن الجواهري، والدكتور علي محيي الدين القره داغي، فقالوا: "إن الشرط الجزائي جائز في عقد الاستصناع والمقاولة والتوريد في حالة عدم التنفيذ، ولا يجوز في حالة التأخر عن التنفيذ".^{١٥٧٠}

^{١٥٦٥} وهبة الزحيلي، *الفقه الإسلامي وأدلته*، ٣/٤١٧٢.

^{١٥٦٦} إبراهيم مصطفى وآخرون، *المعجم الوسيط*، ٢/٧٦٧.

^{١٥٦٧} قدري باشا، *مرشد الحيران*، ١/٨٣.

^{١٥٦٨} نسيم، شيخ، *التكييف الفقهي لعقد المقاولة*، المركز الجامعي عين تموشنت-الجزائر، مجلة الدراسات الإسلامية-ع ٣، سبتمبر (٢٠١٣) ٢٦٣.

^{١٥٦٩} السرخسي، *المبسوط*، ٤٧/١٦.

^{١٥٧٠} أبو عمر الدُّبَّيَّان، *المعاملات المالية أصالة ومُعاصرة*، ٥/٥٠٥.

ويضمن المقاول أي ضرر يحصل في البناء من تلف أو تصدع أو تهدم تولد عن فعله وصنعه بتعدي منه أو بتقصير، لأنه كالأجير المشترك ضامن لما يسلم إليه من أموال الناس، عملاً بما أفتى به الخلفاء الراشدون - رضي الله عنهم - حيث قضاوا بتضمين الصانع. قال علي - رضي الله عنه -: " لَا يُصْلِحُ النَّاسَ إِلَّا ذَاكَ".^{١٥٧١} وعليه يمكن القول إن محل عقد المقاول، "إن كان إقامة مبانٍ أو منشآت ثابتة، يصممها المهندس وينفذها المقاول تحت إشرافه، كانا ضامنين في التعويض لصاحب العمل عما يحدث خلال عشر سنوات تبدأ من وقت تسليم العمل، من تهدم كلي أو جزئي في البناء، وعن كل عيب يهدد متانة البناء وسلامته".^{١٥٧٢}

وأورد السنهاوري مقارنة بين عقد المقاول في البناء والبيع بما يلي: "أن عقد المقاول يتميز عن البيع لأن عقد المقاول عقدٌ يرد على العمل، والبيع يقع على الملكية. فالمقاول الذي يتعهد ببناء منزل يبرم عقد المقاول، أما الذي بنى المنزل لحسابه ثم باعه بعد ذلك فالعقد بيع. ولا شك أن العقد إذا اقتصر المقاول فيه على التعهد بتقديم العمل على أن يقدم رب العمل المادة التي يستخدمها فيجوز ذلك، ولكن إذا قدم رب العمل المادة واقتصر المقاول على العمل، يتمحض عقد المقاول لا شبهة فيه".^{١٥٧٣}

الفرق بين عقد الاستصناع والمقولة:

✳ " المقولة عقد، في حين يرى بعض الحنفية أن الاستصناع وعد لا عقد، وعند الجمهور أن الاستصناع والمقولة كلاهما عقد.

✳ قد يتم في عقد المقولة تحديد المدة بزم، بينما في عقد الاستصناع إن اشترطت المدة فيما لا تعامل فيه بين الناس صار سلباً باتفاق أئمة الحنفية.

✳ عقد المقولة عقد لازم، بينما عقد الاستصناع جائز قبل أن يحضر المصنوع إلى المستصنع".^{١٥٧٤}

✳ يصح وجود الشرط الجزائي في عقد المقولة، بينما لا يتصور وجوده في الاستصناع عند الحنفية لعدم لزومه عندهم، وحجتهم "أن الصانع لا يُجبر على العمل بل يتخير: إن شاء فعل وإن شاء لم يفعل".^{١٥٧٥} فعقد الاستصناع يخالف في بعض تفصيلاته عقد المقولة من ناحية لزوم العقد.

4.6.3. التمويل الإيجاري من العقود المعاصرة والأساليب التمويلية الحديثة وغير المسماة في الفقه الإسلامي، عقد جديد يتمتع بطابع تمويلي، ظهر التعامل به حديثاً، وكتبت فيه البحوث والفتاوى لبيان حكمه الشرعي. وهو " صيغة تمويلية حديثة، ظهرت أول مرة في الولايات المتحدة الأمريكية عام ١٩٥٣م، وفي فرنسا عام ١٩٦٢م، واعترف بها القانون الفرنسي المؤرخ في ٢ تموز يوليو ١٩٦٦م. والتمويل الإيجاري هو كالباع الإيجاري، إلا أن السلعة التي يراد تأجيرها لم تدخل بعد في ملك المؤجر".^{١٥٧٦} وهو نشاط وساطة بين العميل والمصرف والبائع، يحصل الممول على الأصل بغرض تأجيره على الغير بهدف تطوير مفهوم

^{١٥٧١} الشاطبي، إبراهيم بن موسى بن محمد اللخمي، *الاعتصام*، تحقق: د. محمد بن عبد الرحمن الشقير وآخرون، السعودية: دار ابن الجوزي، ط ١ (١٤٢٩هـ/٢٠٠٨م)، ١٨/٣.

^{١٥٧٢} وهبة الزحيلي، *عقود جديدة عقد المقولة*، بيع الاسم التجاري والترخيص والتنازل عن المنفعة مقابل بدل الخلو، مجلة جامعة الإمارات للبحوث القانونية، [1988] Vol. 1988, No. 2, Art. 1، ١٩.

^{١٥٧٣} السنهاوري، *الوسيط في شرح القانون المدني*، ٢٢/٧.

^{١٥٧٤} العابد، عبد الرحمن بن عابد بن خالد، *عقد المقولة*، سلسلة مشروع وزارة التعليم العالي لنشر ألف رسالة علمية (٥١) جامعة الامام محمد بن سعود، ط ١ (١٤٢٥هـ/٢٠٠٤م) ١١٢. بتصرف من الباحث.

^{١٥٧٥} ابن مازة البخاري، *المحيط البرهاني في الفقه النعماني* فقه الإمام أبي حنيفة، ١٣٦/٧.

^{١٥٧٦} منظمة المؤتمر الإسلامي، *مجلة مجمع الفقه الإسلامي التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي*، ٢٠٠/٦.

التأجير التمويلي وتوفير بدائل مختلفة عن أساليب التمويل التقليدية، وفيه "لا يكون المؤجر منتجاً للأصل، وإنما تتمثل وظيفته في تقديم التمويل لشراء الأصل من المنتج لحسابه وباسمه، ثم يؤجره إلى المستأجر، ويناسب هذا النوع من التأجير التمويلي المؤسسات المالية المختلفة كإحدى صيغ الاستثمار الإسلامي".^{١٥٧٧}

ويكون في المال المنقول وغير المنقول في معاملة واحدة ذات علاقات متعددة لتحقيق أهداف المتعاقدين: الممول والمستفيد وبائع العقار، ويهدف لتحقيق مصالح الطرفين. ويقصد به تملك منفعة مقصودة قابلة للبذل والإباحة لمدة معلومة، بعوض معلوم، ومدة معلومة، ثم الانتهاء بملكية العين مقابل عوض. والعوض يملك شيئاً فشيئاً، وهو من العقود المالية المركبة غير المسماة، من خلاله يمكن للمستأجر (العميل) الانتفاع بأصل معين مقابل دفعات دورية لمدة زمنية محددة، على أن تنتقل ملكية المأجور في نهاية مدة العقد إلى المستأجر تلقائياً، أو مقابل مبلغ متفق عليه مع إمكانية تملك المأجور خلال مدة العقد.

وقد أطلق على هذه الصورة عدة مسميات، فقد تناوله فقهاء القانون تحت مسميات كـ "الإيجار مع الوعد بالتمليك"، أو "الإيجار المنتهي بالتمليك"، أو "الإيجار الساتر للبيع"، أو "البيع الإيجاري"، أو "الإجارة التمويلية"، أو "الإجارة الائتمانية"، أو "الائتمان الإيجاري... إلخ".^{١٥٧٨} فكلها مسميات لمسمى واحد.

وتشمل برامج التأجير العقاري التجاري كلاً من المجمعات والأبنية التجارية والصناعية، والمكاتب، والعيادات الخاصة، والمراكز الطبية، والمستودعات، بالإضافة إلى شموله لتمويل قطع الأراضي لغايات البناء التجاري ضمن غايات البرنامج. ويُعرف التمويل الإيجاري بأنه "نظام تمويلي مشوب من عقدين: أولهما ظاهر ونافذ بحكم العقد، وهو الإجارة، وثانيهما بيع مرابحة مستتر، مُعلق الآثار على إتمام الممول الوفاء بالتزاماته وتسديده لثمن الأصل كاملاً؛ الأصل الذي يستأجره ظاهراً ويشتريه حقيقة".^{١٥٧٩}

فيكون دور المصرف في التمويل الإيجاري هو تحويل حق انتفاع أصل ما للعميل - دون ملكيته - إلى دخل مستمر خلال فترة الإجارة، مقابل أجر متفق عليه. ولهذا العقد طبيعته الخاصة التي تميزه عن غيره من العقود. وللاقتصاديين تعريف للتمويل الإيجاري، وهو: "وسيلة تمويل، بمقتضاها تقوم مؤسسة مالية بتأجير بعض التجهيزات والآلات إلى عملائها، مع تطبيق أحكام عقد الإيجار في العلاقة بينهما".^{١٥٨٠}

نجد دائماً أساليب تمويلية إسلامية جديدة تتناسب مع التطورات الاقتصادية، فكانت إحدى هذه الأساليب طريق عقود التأجير التمويلي المنتهية بالتملك. والإجارة المذكورة صورة مستحدثة من صور التمويل في ضوء عقد الإجارة، والمتتبع لطبيعة هذا العقد يجد أنه شكل من أشكال بيع التقسيط، إلا أنه يختلف في أن بيع التقسيط تنتقل فيه السلعة مباشرة بالعقد إلى ملك المشتري، على عكس الإجارة المنتهية بالتملك، فإن السلعة تبقى في ملك المؤجر فترة السداد، ثم ينتهي العقد بتملك المسكن المؤجر بعد أداء المستأجر لجميع أقساط الإيجار خلال مدة محدودة، فيصبح المستأجر مالئاً للمسكن بمجرد أن ينتهي آخر قسط.

^{١٥٧٧} فوزي، محمد، *التأجير التمويلي في شركات التمويل والاستثمار الإسلامية*، د.م، د.ط ٢١ ديسمبر ٢٠١٤.
^{١٥٧٨} أرشيف ملتقى أهل الحديث، المحرم (١٤٣٢ هـ) ديسمبر ٢٠١٠م، <http://www.ahlalhdeth.com>، تاريخ التصفح ١٥ يناير ٢٠٢٥م.
^{١٥٧٩} عبد الجبار السبهاني، <https://al-sabhanly.com/>، الموقع الشخصي al-sabhanly.com ١٤ تاريخ التصفح أغسطس ٢٠٢٤م.
^{١٥٨٠} بخيت، عيسى، *طبيعة التمويل وحدوده القانونية*، رسالة ماجستير - جامعة محمد بوترة ومرداس (٢٠١١م)، ٢٢.

ففي صورة التمويل، يكون المصرف طرفاً ثالثاً، بأن يقوم البنك بشراء العقار، ومن ثم إعادة تأجيره للزبون بدفعات إيجارية يتم الاتفاق عليها، مضافاً إليها ربح معلوم، مع وعد البنك بتمليكه العقار بعد إتمام آخر قسط. ويتم نقل الملكية عن طريق اقتران عقد التأجير مع عقد هبة العين للمستأجر، مُعلّقاً على سداد كامل الأجرة، أو وعد بالهبة بعد سداد كامل الأجرة.

ومن حيث مشروعية هذا العقد، فقد جمع مجمع الفقه الإسلامي بين العلماء في دورته الثانية عشرة بالرياض، من ٢٥ جمادى الآخرة ١٤٢١هـ إلى غرة رجب ١٤٢١هـ (٢٣-٢٨ سبتمبر ٢٠٠٠م). "للإيجار المنتهي بالتمليك صور منها الجائز، ومنها المحرم وبين من خلال قرار المجمع ضابط المنع للإجارة المنتهي بالتمليك وضابط الجواز أما:

ضابط المنع: أن يرد عقدان مختلفان في وقت واحد على عين واحدة في زمن واحد.

ضابط الجواز: وجود عقدين منفصلين، يستقل كلُّ منهما عن الآخر زماناً، بحيث يكون إبرام عقد البيع بعد عقد الإجارة، أو وجود وعد بالتمليك في نهاية مدة الإجارة، والخيار يوازي الوعد في الأحكام".^{١٥٨١}

مزاي التمويل الإيجاري:

✗ "التأجير التمويلي أداة تمويل تسمح بتمويل كافة الأصول الثابتة دون سقف، وبضمانات قليلة، حيث إن الضمانة الأساسية هي الأصل المنوي تأجيره".^{١٥٨٢}

✗ "أقساط تأجير تتناسب مع التدفقات النقدية المتوقعة من الأصل المؤجّر، ومرونة في التسديد.

✗ تخفيف العبء المالي والجهد على المستأجر في متابعة وتسديد المصاريف المرتبطة بالأصل، كمصاريف الصيانة والتأمين وغيرها، وذلك بإضافتها كمبلغ ثابت على قسط التأجير.

✗ "منح العميل خيار شراء الأصول، أو إعادتها إلى المؤجّر بعد انتهاء مدة العقد، بغض النظر عن قيمتها وقت الشراء".^{١٥٨٣}

✗ "يمتاز التأجير التمويلي بطول مدته، وهذه المدة تقارب عادةً العمر الفني للأصل الرأسمالي محل العقد، مما يحقق للممول فرصة استرداد قيمة الأصل مع ربح معقول، عن طريق الدفعات الإيجارية".^{١٥٨٤}

للتأجير التمويلي أنواع:

✗ **التأجير التمويلي للشركات:** عقد اتفاقية تتيح لها استخدام أصول محددة لأغراض تجارية، مقابل عوائد تأجيره ومدة تأجير محددة ومتفق عليها مسبقاً. أو يكون التأجير الممول عندما يكون الفرد غير قادر على إتمام مشروعه

^{١٥٨١} مجمع الفقه الإسلامي الدولي، قرار رقم ١١٠ (١٢/٤) بشأن "الإيجار المنتهي بالتمليك"، الدورة الثانية عشرة، الرياض، المملكة العربية السعودية، ٢٥ جمادى الآخرة - ١ رجب ١٤٢١هـ (٢٣-٢٨ سبتمبر ٢٠٠٠م)، متاح على: <https://www.islamweb.net/ar/fatwa/6374> قرار-المجمع-الفقهي-بشأن-الإيجار-المنتهي-بالتمليك تاريخ الدخول: ١٤ يوليو ٢٠٢٣م.

^{١٥٨٢} شركة الكوثر للتأجير التمويلي، "شركة مساهمة خاصة تأسست عام ٢٠٢٢ ومملوكة بالكامل لبنك الاستثمار العربي الأردني (AJIB) برأسمال قدره ٨ ملايين دينار أردني، وتقدم حلول تمويلية متوافقة مع الشريعة الإسلامية"، متاح على: <https://www.alkawtharleasing.com> تاريخ التصفح ١٧ نوفمبر ٢٠٢٤م.

^{١٥٨٣} شركة الأردن للتأجير التمويلي، "شركة مساهمة خاصة تقدم حلول التمويل الإسلامي للأفراد والشركات في قطاعات متنوعة مثل المعدات الطبية، النقل، العقارات، والآلات"، متاح على: <https://www.jordanleasing.com.jo/> تاريخ الدخول: ٩ أبريل ٢٠٢٤م.

^{١٥٨٤} عمر محمد عبد الحليم، *التأجير التمويلي من منظور إسلامي*، مجلة مركز صالح كامل للاقتصاد الإسلامي- جامعة الأزهر ع ٧ (١٩٩٩م) ٢٤٥.

العقاري، فيلجأ إلى ممول لتغطية كامل ثمن الأصل الرأسمالي، وهو إما خيار أن يكون الممول مصرفاً، أو شركة تمويل عقاري، أو مؤسسة مالية.

✗ **التأجير التمويلي للأفراد:** أداة تمويل مرنة، تتيح للأفراد الاستفادة من أصول محددة، مقابل عوائد تأجيره ومدة تأجير محددة ومتفق عليها مسبقاً.^{١٥٨٥}

✗ **التأجير المباشر:** عقد يتم مباشرة بين الممول والتمول دون وساطة طرف ثالث، أي أن الممول يعتمد على مصادره الذاتية في تأمين المبالغ المطلوبة للتمويل.^{١٥٨٦}

✗ **التأجير التشغيلي:** يعرف بأنه "بيع نفع معلوم بعوض معلوم"، وتعني أن يقوم المؤجر بشراء أصل من الأصول الثابتة مثل المباني والأراضي بهدف تأجيره إلى الغير بحسب عقود إجارة تتضمن بدل الإيجار والمدة الزمنية للعقد، ثم يعود الأصل بعد ذلك إلى المؤجر ليؤجره مرة أخرى.^{١٥٨٧}

4.6.4. المشاركات وردت مشروعية الشركة في القرآن والسنة النبوية والإجماع. تكررت لفظة الشركة في كتب الفقهاء، وعقد الفقهاء لها فصولاً فخصص لها الإمام البخاري في صحيحه كتاباً سماه "كتاب الشركة". قال الله ﷻ: ﴿وَإِنْ تَخَالَطَوْهُمُ فَإِخْوَانُكُمْ﴾^{١٥٨٨} وجاء في حديث عنه ﷺ: «أنا ثالث الشريكين ما لم يخُن أحدهما صاحبه، فإذا خان خرجت من بينهما». ^{١٥٨٩} فدللت السنة على مشروعية الشركة بالجملة، ونقل الإجماع ابن المنذر فقال: " اتفقوا الفقهاء على أن الشركة جائزة ".^{١٥٩٠}

يطلق على المشاركات عدة إطلاقات، منها: المشاركة المتناقصة، والمشاركة المنتهية بالتمليك، والمضاربة المنتهية بالتمليك، وهذه التسمية تصدق على بعض صور هذه المعاملة. وتُعد المشاركات من أساليب التمويل المباشر وشكلاً من أشكال التمويل المصرفي، وبدأت في المصارف الإسلامية على أنها صيغ تمويلية. ويشارك البنك في الناتج المحتمل إن كان ربحاً أو خسارة، ويقدم المشاركون المال بنسب متساوية أو متفاوتة، ويكون المصرف وسيطاً مالياً ونائباً، بهدف دفع المصارف والأفراد نحو الاستثمار. ويعد التمويل بعقد المشاركة أهم عقد استحدثته المصارف، كونه يعتمد على تحمل المخاطر واقتسام الربح والخسارة، مما جعله بديلاً عن النظام الربوي من أجل توسيع القاعدة الإنتاجية للأموال غير المنقولة، بحيث يشترك فيه المصرف والعميل بتقديم جزء من رأس المال اللازم لتمويل مشروع معين، ويتقاسم المصرف والعميل الأرباح بالنسبة المتفق عليها أو بنسبة مشاركة كل منهما في رأس المال إذا لم يتفقا على نسبة محددة في العقد، حيث يتم توزيع الربح في العقد

عرفت المشاركة لغةً على أنها "عبارة عن اختلاط النصيبين فصاعداً بحيث لا يعرف أحد النصيبين من الآخر"، ولا يخرج المعنى الاصطلاحي عن المعنى اللغوي، ففي الاصطلاح عرفت بتعاريف كثيرة نذكر بعضاً منها: "اجتماع في استحقاق أو تصرف"^{١٥٩١} فهي شركة مع وعد يصبح كل مشارك مالكاً لحصة من رأس المال بصفة دائمة تستحق نصيباً من الأرباح، وتظل

^{١٥٨٥} شركة تملك للتأجير التمويلي، "شركة ذات مسؤولية محدودة تأسست في ١٢ نوفمبر ٢٠١٣، مملوكة بالكامل لبنك القاهرة عمان، وتقدم خدمات التأجير التمويلي للأفراد والشركات في الأردن"، متاح على: <https://www.tamallak.jo> تاريخ الدخول: ١ يوليو ٢٠٢٣ م.

^{١٥٨٦} إسماعيل حسن، **التأجير التمويلي للأصول والمعدات في المصارف الإسلامية**، مجلة الاقتصاد الإسلامي، ٧١ ع (١٩٨٧ م) ٤٧٤.

^{١٥٨٧} محمد محمود العجلوني، **البنوك الإسلامية أحكامها، مبادئها، تطبيقاتها المصرفية**، عمان: دار المسيرة، (٢٠١٧ م)، ٢٦٨.

^{١٥٨٨} البقرة ٢/٢٢٠.

^{١٥٨٩} أبو داود، **السنن**، ٢٦٥/٥.

^{١٥٩٠} ابن المنذر، محمد بن إبراهيم، **الإجماع**، تحقق: د. فؤاد عبد المنعم أحمد، د.م: دار المسلم للنشر والتوزيع، ط ١ (١٤٢٥ هـ/ ٢٠٠٤ م)، ١٠٠/١.

^{١٥٩١} الحجاوي، موسى بن أحمد بن موسى بن سالم، **زاد المستقنع في اختصار المقنع**، تحقق: عبد الرحمن بن علي بن محمد العسكر، د.م: دار الوطن للنشر - الرياض، د.ت، ١٢٤/١.

المشاركة قائمة إلى انتهاء الشركة. وحقيقة هذا النوع من الشركة "تكون هذه الشركة شركة ملك، وليست شركة عقد، لأن موضوع الشركة هنا عين معينة كعقار أو مصنع أو طائرة أو سفينة أو غيره".^{١٥٩٢}

أما من حيث كيفية تطبيقها، فتعريفها يبين دور المصرف مع الطرف الآخر: "شركة بين طرفين أو أكثر في مشروع ذي منفعة مادية، يتعهد فيها أحد الأطراف بشراء حصة البقية سواء كان الشراء من حصة الطرف المشتري في الدخل أم من موارد أخرى".^{١٥٩٣} وهناك تعاريف معاصرة للمشاركات في المال غير المنقول على الخصوص، وهي "الشركات التي تعمل في مجال الاستثمارات العقارية لصالحها مباشرة أو لصالح عملائها كما، يدخل فيها شركات المقاولات الموردة لاحتياجاتها التي تسهم مباشرة أو غير مباشر في دعم عملائها".^{١٥٩٤} جمع المصرف مع شريك أو أكثر في مشروع سواء كان قائمًا أو سوف ينشأ مستقبلًا، "اتفاق طرفين على إنشاء شركة ملك مؤقتة بينهما في عقار أو مشروع أو غير ذلك، تنتهي بانتقال حصة أحد الشريكين (الممول) إلى الآخر تدريجيًا بعقود بيع مستقلة متعاقبة".^{١٥٩٥}

تتميز صيغة المشاركات في توسيع قاعدة انتشار ملكية العقارات، ويمكن تقسيم الشركات إلى شركات التطوير وشركات التمويل، والفرق بينهما أن شركات التطوير جهات مرخصة في مجال البناء والإنشاء والصيانة ثم البيع، وتستخدم كوسيلة تسويقية، أما شركات التمويل فتقوم بتقديم قروض عقارية بهدف الاسترباح. وليصيح المشاركة صور عدة، أهمها المشاركة الثابتة أو المستمرة، والمشاركة المتناقصة المنتهية بالتمليك، وتضم طرفين في العملية التمويلية، فالعمليل يطلب دعماً مالياً لمشروعه بشرط ألا يتقابل على ذلك فائدة ربوية، وتتناقص نسبة التملك للشريك البائع تدريجيًا.

أما نظام المشاركة المنتهية بالتمليك، فقد استقر في المصارف الإسلامية على شكلين: إما مشاركة ثابتة أو مشاركة غير ثابتة أو متناقصة، وذلك لعدم توفير عنصر الاستمرارية للمصرف. ولا يشتهب على أحد بين عقد المضاربة وعقد المشاركة، لدرجة أن البعض قد يظن أن المشاركة نوع من المضاربة وصورة منها، وهناك فروق جوهرية فيما بينهما. فمن حيث رأس المال والعمل، نجد أن عقد المضاربة يكون رأس المال من طرف، والعمل من الطرف الآخر، على عكس المشاركة، فرأس المال والعمل من كلا المتعاقدين. ثم إن التصرف في عقد المضاربة من طرف وهو صاحب العمل، بينما في عقد المشاركة للمتعاقدين الحق في التصرف إما بنفسه أو نيابة عن غيره. ومن حيث الربح والخسارة، فالربح في عقد المضاربة والمشاركة بحسب ما اتفقا عليه، أما في حال الخسارة، ففي عقد المشاركة كلاهما يتحملان الخسارة، أما في عقد المضاربة فقط صاحب رأس المال هو من يتحمل الخسارة. المشاركة المنتهية بالتمليك هي اتفاق بين طرفين أو أكثر على أساس اشتراكهما في رأس مال معلوم، تنتقل بمقتضاه حصة أحدهما إلى الآخر بعد مدة".^{١٥٩٦}

وتسمى عند البعض بأنها المشاركة المتناقصة، وهو أحد أهم القضايا والعقود المستجدة في الفقه المصرفي الإسلامي المعاصر، وهو أحد الأدوات الاستثمارية التي تمارسها المصارف الإسلامية في العصر الحديث. ولا يعني الحكم على هذه العقود المستحدثة

^{١٥٩٢} الشاذلي، حسن علي، المشاركة المتناقصة وصورها في ضوء ضوابط العقود المستجدة، كتاب مجلة مجمع الفقه الإسلامي، ١٥.
^{١٥٩٣} الكواملة، نور الدين، المشاركة المتناقصة وتطبيقاتها المعاصرة، بحث تكميلي لنيل درجة الماجستير كلية معارف الوحي والعلوم الإنسانية- ماليزيا (٢٠٠٦م) ٢٤.
^{١٥٩٤} المغلوث، عبد الله، موسوعة المصطلحات والمفاهيم العقارية، دن، دم، دت، ١٠٥.
^{١٥٩٥} حماد، نزيه كمال، المشاركة المتناقصة وأحكامها، مجلة مجمع الفقه الإسلامي التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي - جدة، دت، ٩٣٧/١٣.
^{١٥٩٦} عريبات، وائل، المصارف الإسلامية والمؤسسات الاقتصادية، عمان: دار الثقافة، (٢٠٠٩م)، ٤٢.

"بالاستقلالية التامة عن الشركات الأم الوارد ذكرها، بل يخرج كثير من العلماء المشاركة المتناقضة على شركة العنان".^{١٥٩٧} سميت بذلك لعدم توفر عنصر الاستمرارية فيها بين جميع أطرافها، وذلك أن الممول هنا لا ينوي الاستمرار في المشاركة إلى حين انتهاء الشركة".^{١٥٩٨} وتتفق الشركة المتناقضة مع الشركة الدائمة في أن المصرف يملك كامل حقوق الشريك في الشركة، وتختلف في عنصر الدوام. أما من حيث تاريخ نشوء عقد المشاركة المنتهية بالتملك، فلم يثبت تاريخ وقت بعينه، إنما كانت الأردن أول من طبق هذا العقد في مصارفه، إلا أن أول دراسة حول هذا العقد هي أطروحة الدكتور سامي حسن محمود في تاريخ ١٩٧٠/٠٦/٣٠، والتي عنوانها "تطوير الأعمال المصرفية بما يتوافق والشريعة الإسلامية".^{١٥٩٩}

وباعتبار أن البنك الأردني هو أول من طبق هذا النظام، عُرفت المشاركة بأنها: "دخول البنك بصفة شريك ممول كلياً أو جزئياً في مشروع ذي دخل متوقع، وذلك على أساس الاتفاق مع الشريك الآخر بحصول البنك على حصة نسبية من صافي الدخل المتحقق فعلاً، مع حقه بالاحتفاظ بالجزء المتبقي، أو أي قدر منه يُتفق عليه، ليكون ذلك الجزء مخصصاً لتسديد أصل ما قدمه البنك من التمويل".^{١٦٠٠}

القطاعات التي يمكن تمويلها من خلال صيغ المشاركات العقارية المتناقضة (المجالات التطبيقية): "تصلح المشاركة المتناقضة أسلوباً لتمويل المنشآت الصناعية والمزارع والمستشفيات، وكل ما من شأنه أن يكون مشروعاً منتجاً للدخل المنتظم، كما أنها تصلح طريقة للتمويل العقاري في البيوت السكنية وغيرها كبديل عن القروض الربوية والرهون المرتبطة بها".^{١٦٠١}

✗ **"القطاع الزراعي:** وتتم هذه العملية بأن يشتري قطعة أرض بهدف زراعتها واستصلاحها وإحيائها، ثم يكون دور البنك الخروج من المشروع وبحل مكانه العميل.

✗ **القطاع العقاري:** من اسمه يعرف بأن الهدف بناء، ثم بيع حصة البنك بعد ذلك للعميل من قيمة الأقساط الإيجارية، وتملك العميل للعقار.

✗ **القطاع الصناعي:** بناء وإنشاء مصانع، واقتسام نتائج العملية بعد ذلك وفق الشروط المحددة، وتملك العميل للمصنع".^{١٦٠٢}

✗ **القطاع التعليمي:** بناء وإنشاء المدارس والجامعات والمعاهد التعليمية، اقتسام نتائج العملية بعد ذلك.

✗ **القطاع الطبي:** بناء المستشفيات والمراكز الصحية والمختبرات الطبية ودور الرعاية الصحية.

صور المشاركة المنتهية بالتملك في التمويل العقاري:

^{١٥٩٧} الكواملة، نور الدين، *المشاركة المتناقضة وتطبيقاتها المعاصرة*، م.س (٢٠٠٦م) ١٦.

^{١٥٩٨} شبيب، أحمد بن عبد العزيز، *التمويل العقاري لبناء المساكن وشرائها*، رسالة مقدمة ليل درجة الدكتوراه- جامعة الامام محمد بن سعود-الرياض، إشراف: أ.د. زيد عبد الكريم الزيد وآخرون، ج ١ (١٤٢٣هـ / ١٤٣٣هـ) ١٢٨.

^{١٥٩٩} سامي حمود، *تطوير الأعمال المصرفية بما يتفق والشريعة الإسلامية*، مجلة المسلم المعاصر، مصر، ع ٣٢ (١٩٨٢م)، ١٧٩-١٨٩.

^{١٦٠٠} البنك الإسلامي الأردني، *قانون البنك الإسلامي الأردني*، رقم ١٣ لسنة ١٩٧٨م، المادة الثامنة، نقلاً عن محمد رامز المريزي، بعض المخالفات الشرعية في استثمارات البنك الإسلامي الأردني والحلول الشرعية لهذه المعاملات - عمان مكتبة افنان، ط ١ (١٤٢٠هـ / ٢٠٠٠م) ٨٩.

^{١٦٠١} حماد، نزيه كمال، *المشاركة المتناقضة وأحكامها*، م.س، ٩٢٠/١٣.

^{١٦٠٢} جاموس، أنس إبراهيم، *المشاركة المتناقضة وأحكامها في الفقه الإسلامي*، أطروحة دكتوراه، جامعة بيروت الإسلامية - لبنان، إشراف: أ.د. محمد البيلي إبراهيم، (١٤٤٠هـ / ٢٠١٩م)، ١٢٦. بتصرف من الباحث.

✕ كون العميل مالكا للأرض (المشاركة في عين مع الوعد بالبيع)، يتقدم العميل للبنك بطلب عقد مشاركة متناقصة منتهية بالتملك، يكون العميل مالكا للأرض، والبنك هو من يمول العميل لبناء الأرض، وهنا يلتزم البنك للعميل ببيع حصته من المسكن للعميل، والتزام العميل بالشراء بسعر محدد متفق عليه.

✕ المشاركة بين المصرف والعميل لشراء العقار (المشاركة المتناقصة المنتهية بالتملك مع الإجارة): في هذه الصورة، يكون المصرف والعميل مشاركين في شراء المسكن، وفي نفس الصورة السابقة يكون الوعد ملزماً بالتنازل عن حصته تدريجياً، والحلول محله في الملكية دفعة واحدة أو على دفعات، ووعد من العميل بالشراء، بالإضافة إلى وعد من العميل باستئجار حصة البنك.

✕ المشاركة بين المصرف والعميل بشراء بيت جاهز (المشاركة المتناقصة بتمويل مشروع قائم): ولكن يلتزم العميل للبنك باستئجار حصته إلى أن يسدد ثمن ذلك للمصرف، وفي نهاية العقد وانتهاء القسط، يهب المصرف العقار للعميل^{١٦٠٣}.

✕ المشاركة بين إدارة الوقف والممول المشارك (تمويل الوقف بصيغة المشاركة المتناقصة): "تشتري دائرة الوقف مع ممول في إقامة مبانٍ للتأجير على أرض موقوفة، بحيث يساهم الوقف بالأرض، ويحمل الممول كلفة البناء، ويصبح المشروع ملكاً للجانبين، ثم يتم تأجير المبنى ويأخذ كل ما يخصه بقدر مساهمته، ثم يقوم الوقف بشراء البناء من الممول تدريجياً بجزء من نصيبه من الربح إلى أن تؤول كامل ملكية البناء للوقف"^{١٦٠٤} وهذه الصيغة أقرها المجلس الشرعي لهيئة المحاسبة، وطبق في بعض المصارف الإسلامية، كما طُبق فعلاً في تمويل بعض أراضي الوقف في السودان^{١٦٠٥}.

الفرق بين الإجارة المنتهية بالتملك والمشاركة المنتهية بالتملك في المال غير المنقول: "أن المشاركة المتناقصة يتم التملك فيها جزئياً، ويترتب على ذلك تدرج القسط الإيجاري انخفاضاً بحسب مقدار التملك لحصة الشريك المؤجر، أما الإجارة المنتهية بالتملك فإن التملك يتم في نهاية أقساط الإيجار التي غالباً ما تكون موحدة، وتظل الملكية كاملة للمؤجر إلى أن يتم البيع أو الهبة في نهاية مدة الإجارة"^{١٦٠٦}.

ولا يلتبس على أحد القول بأن المشاركة المتناقصة هي كبيع الوفاء؛ لأن الفرق بينهما واضح من كون عنصر التملك في بيع الوفاء موجود، فحال المشتري بين كونه مالكا خلال مدة الانتفاع، وغير مالك بمقتضى الشرط الذي في العقد، في كونه بعد إعادة أن يتحصل المبلغ لدى المشتري سعيده العقار إلى البائع، بينما في المشاركة المتناقصة على العكس من ذلك.

^{١٦٠٣} شبيب، التمويل العقاري لبناء المساكن وشرائها، ١٣٠. يتصرف

^{١٦٠٤} الأمانة العامة للأوقاف، مدونة أحكام الوقف الفقهية، الكويت: إدارة الدراسات والعلاقات الخارجية، ط٢ (١٤٤٢هـ/٢٠٢٠م)، ١١٤.

^{١٦٠٥} المعيار الشرعي رقم (١٢) الصادر عن المجلس الشرعي بهيئة المحاسبة، ٢٢٠ و ٢٢١، د. سعيد الحسيني، تجربة الأوقاف في السودان، بحث مقدم إلى ندوة عرض التجارب الوقفية المنعقدة بمركز صالح كامل للاقتصاد الإسلامي بجامعة الأزهر في شوال ١٤٢٣هـ/ديسمبر (٢٠٠٢م).

^{١٦٠٦} أبو غدة، عبد الستار، الأجوبة الشرعية في التطبيقات المصرفية، شركة التوفيق مجموعة دله البركة، د.م، ط١ (١٤٢٣هـ) ١٦٨.

أقر مؤتمر المصرف الإسلامي بدبي المشاركة المنتهية بالتمليك، واشترط لها الشروط التالية:

١. "ألا تكون المشاركة المتناقصة مجرد عملية تمويل بقرض، فلا بد من إرادة الفعلية للمشاركة، وأن يتحمل جميع الأطراف الربح والخسارة.
٢. أن يملك البنك حصته في المشاركة ملكاً تاماً، وأن يتمتع بحقه الكامل في الإدارة والتصرف، وفي حالة توكيل الشريك بالعمل يحق للبنك مراقبة الأداء ومتابعته.
٣. ألا يتضمن عقد المشاركة المتناقصة شرطاً يقضي برد الشريك إلى البنك كامل حصته في رأس المال بالإضافة إلى ما يخصه من أرباح، لما في ذلك من شبهة الربا".^{١٦٠٧} عقد ابن عابدين مطلب فيما يلي: "إذا اشترى أحد الشريكين جميع الدار المشتركة من شريكه، قلّت علم من هذا ما يقع كثيراً، وهو أن أحد الشريكين في دار ونحوها يشتري من شريكه جميع الدار بثمن معلوم، فإنه يصح، على الأصح، بحصة شريكه من الثمن، وهي حادثة الفتوى، فلتحفظ".^{١٦٠٨}

^{١٦٠٧} شبير، محمد عثمان، المعاملات الإسلامية المعاصرة، عمان: دار النفائس، ط ٦ (١٤٢٧هـ/٢٠٠٧م)، ٣٣٧.

^{١٦٠٨} ابن عابدين، حاشية رد المحتار، ٥٧/٥.

عقد مشاركة متناقصة منتهية بالتملك في المال غير المنقول في البنك الأردني^{١٦٠٩}

قال رسول الله ﷺ: «أنا ثالث الشريكين ما لم يخن أحدهما صاحبه، فإذا خان خرجت من بينهما»؛ رواه أبو داود وصححه الحاكم.

العقد الأول: -

إنه في يوم هـ الموافق م تم الاتفاق بين كل من: -

١. بنك...../الفرع (.....) ويمثله في هذا العقد السيد.....

بصفته: طرفاً أول (شريكاً على الشيوع)

٢. السيد/ السادة/..... الجنسية:..... ممثلة..... بصفته.....

ممثله بالسيد/..... بصفته:.....

العنوان بالتفصيل:.....

رقم الهاتف:..... رقم صندوق البريد:.....

طرفاً ثانياً (شريكاً على الشيوع)

أقر الطرفان بأهليتهما للتعاقد واتفقا على ما يلي: -

تمهيد: -

بموجب:.....

يملك الطرفان معاً على الشيوع: -

.....

.....

هذا، وقد قبل الطرفان الدخول معاً في مشاركة متناقصة منتهية بالتملك تخلص بموجبها ملكية المشروع محل المشاركة للطرف الثاني في غضون (.....) سنة من تاريخ المشاركة طبقاً لشروط هذا العقد.

كما اتفق الطرفان كذلك على تقسيم أموال المشاركة بينهما إلى حصص وفقاً لما يلي: -

^{١٦٠٩} البنك الإسلامي الأردني، "يقدم خدمة الإجارة المنتهية بالتملك، حيث يقوم بتمويل شراء العقار أو السيارة أو المعدات، مع تأجيرها للمستفيد لفترة محددة، وفي نهاية المدة يُمكن المستفيد من تملك العين المؤجرة"، متاح على: <https://www.jordanislamicbank.com/ar/ijarah-muntahia-bittamlik> تاريخ التصفح ١٠ مايو ٢٠٢٥م.

القيمة الكلية للمشروع محل المشاركة:

إجمالي عدد حصص المشروع: حصة

قيمة الحصة الواحدة:

نصيب الطرف الأول: -

أ- عدد ما يخصه من حصص: - حصة

ب- قيمتها: -

نصيب الطرف الثاني: -

أ- عدد الحصص التي تخصه: - حصة

ب- قيمتها: -

أولاً: - يعتبر هذا التمهيد جزءاً لا يتجزأ من العقد وامتثالاً له، ويتم تفسير سائر شروط العقد في ضوء مفهومه.

ثانياً: - يقوم الطرف الأول (البنك) ببيع عدد: حصة/ حصص.

سنوياً مما يخصه، كما يلتزم الطرف الثاني (.....) بشراء ما يقوم الطرف الأول بعرضه للبيع كل عام، ويحرر الطرفان عقد بيع مستقل بهذه الحصة، وضماناً لتنفيذ الطرف الثاني لالتزامه هذا معه يقوم بالآتي: -

.....

.....

وفي ضوء التزام الطرف الثاني بشراء ما يقوم الطرف الأول ببيعه سنوياً تتناقص تدريجياً حصة هذا الأخير (الطرف الأول) بنفس القدر الذي تزداد به حصة الطرف الثاني.

ثالثاً: - يتم تقدير قيمة الحصة التي يرغب الطرف الأول في بيعها وفقاً للسعر الجاري عن طريق خبير عادل مؤتمن.

رابعاً: - في حالة تخلف الطرف الثاني عن شراء الحصة التي يعرضها الطرف الأول للبيع سنوياً، يلتزم الطرف الثاني ببيع كامل حصته في محل المشاركة إلى الطرف الأول (بنك). حتى يتسنى للبنك ببيع كامل المشروع.

خامساً: - يتم توزيع العائد السنوي للمشروع موضوع المشاركة بين الطرفين بنسبة ما يمتلكه كل منهما من حصص.

سادساً: - يتولى الطرف إدارة شؤون المشروع وصيانته والمحافظة عليه نظير نسبة سنوية من الإيراد الإجمالي للمشروع قدرها

سابعاً: - إذا أخل أي طرف من طرفي هذا التعاقد بأي من التزاماته الواردة بالعقد وترتب على ذلك إلحاق ضرر بالطرف الآخر، التزم الطرف المتسبب بتعويض المضرور عن الأضرار الفعلية التي لحقت به نتيجة هذا الإخلال.

ثامناً: - أي خلاف ينشأ بين الطرفين حول تفسير وتنفيذ شروط هذا العقد يجري حله بالطرق الودية، فإذا لم يتسن ذلك انعقد الاختصاص للمحاكم.....

تاسعاً: - كل ما لم يرد ذكره في هذا العقد يخضع لأحكام الشريعة الإسلامية والنظام الأساسي للطرف الأول (بنك.....) وما لا يتعارض معهما من القوانين والأعراف التجارية النافذة بدولة.....

عاشراً: - يقر الطرف الثاني بأن موطنه المختار هو عنوان محل إقامته المبين بصدر هذا العقد.

حادي عشر: - حرر هذا العقد من نسختين أصليتين متماثلتين موقعتين من الطرفين ويبد كل منهما نسخة للعمل بموجبها

والله ولي التوفيق وهو سبحانه خير الشاهدين

الطرف الثاني

الطرف الأول

عقد إيجار حصة شائعة في المال غير المنقول بنظام المشاركة المتناقصة في البنك الأردني

إنه في يوم هـ الموافق م تم الاتفاق بين كل من: -

١- بنك...../فرع (.....) ويمثله السيد.....

بصفته:

طرفاً أول (مؤجراً): -

٢- السيد/السادة/.....الجنسية:

ممثله بالسيد/.....بصفته:

العنوان بالتفصيل:

رقم الهاتف: رقم صندوق البريد:

طرفاً ثانياً (مستأجراً): -

أقر الطرفان بأهليتهما للتعاقد واتفقا على ما يلي:

تمهيد: -

بموجب: -

يمتلك الطرفان معاً على الشيوع: -

.....

.....

ولما كان الطرفان قد اتفقا على تقسيم أموال المشاركة بينهما إلى حصص، وكان نصيب الطرف الأول منها: عدد

.....حصص/ حصة، وقد رغب الطرف الأول في تأجير كامل حصته الشائعة

في محل المشاركة، كما رغب الطرف الثاني في استئجارها، فقد اتجهت إرادة الطرفين إلى تنظيم العلاقة الإيجارية بينهما وفقاً

للمضوابط التالية: -

أولاً: - يعتبر هذا التمهيد جزءاً لا يتجزأ من العقد ومتماً له، ويتم تفسير كل شروط والتزامات العقد في ضوء مفهومه.

ثانياً: - أجر الطرف الأول للطرف الثاني كامل حصته الشائعة في: لمدة اعتباراً من أول سنة،

وحتى نهاية سنة.

وبإيجار سنوي للحصة الواحدة مقداره:

وبالتالي تحدد القيمة الإيجارية عن العام الأول (الذي يبدأ من م وينتهي في م) بمبلغ

كما تحدد القيمة الإجمالية للإيجار سنوياً: بقدر عدد الحصص المملوكة للطرف الأول بعد ما يتم بيعه كل عام وفق شروط عقد المشاركة المتناقصة المبرم بين الطرفين.

ثالثاً: - يقوم المستأجر بدفع وتحويل القيمة الإيجارية السنوية للطرف الأول على عنوان مقر مركزه الرئيسي عند نهاية كل عام/ على أربعة أقساط خلال العام؛ أي بمعدل قسط واحد كل ثلاثة أشهر، وبقيمة مالية قدرها: لكل قسط.

رابعاً: - يتحمل الطرف (.....) المؤجر/ المستأجر مختلف تكاليف الصيانة اللازمة، ويحق للطرف الثاني التأجير من الباطن، على أن يتحمل وحده كل ما يترتب على ذلك من التزامات تجاه الغير.

خامساً: - يستمر العمل بهذا التعاقد حتى تؤول ملكية كامل إلى الطرف الثاني (المستأجر) وفق شروط عقد المشاركة المتناقصة المبرم بين الطرفين.

سادساً: - لا يحق للطرف الثاني (المستأجر) إجراء أي تعديلات أو تغييرات جوهرية بـ محل التعاقد.

سابعاً: - إذا أخل أي طرف من طرفي التعاقد بأي من التزاماته الواردة بالعقد، التزم بتعويض الطرف الآخر عن الأضرار الفعلية التي لحقت به نتيجة هذا الإخلال.

ثامناً: - أي خلاف ينشأ بين الطرفين حول تفسير وتنفيذ شروط هذا العقد يجري حله بالطرق الودية، فإذا لم يتسن ذلك انعقد

الاختصاص لمحاكم

تاسعاً: - كل ما لم يرد ذكره في هذا العقد يخضع لأحكام الشريعة الإسلامية والنظام الأساسي للطرف الأول (بنك وما لا يتعارض معهما من القوانين والأعراف التجارية النافذة بدولة

عاشراً: - حرر الطرف الثاني بأن موطنه المختار هو عنوان محل إقامته المبين بصدر هذا العقد.

آخرأ: حُرر هذا العقد من نسختين أصليتين متماثلتين موقعتين من الطرفين ويبد كل منهما نسخة للعمل بموجبها.

والله ولي التوفيق وهو سبحانه خير الشاهدين.

الطرف الثاني

المستأج

الطرف الأول

المؤجر

4.6.5. صكوك حق الانتفاع "بدأت مع ظهور الأزمة الاقتصادية في الثمانينيات من القرن الماضي، وتظهر فكرة الصكوك الإسلامية كصيغة من صيغ التمويل المشروعة من المستندات المالية المعاصرة"^{١٦١٠} ومحلها منفعة العقار (الأموال غير المنقولة)، وتُعد أداة تمويل شرعية مباحة، وبدلاً عن السندات المحرمة، هدفها سد الحاجات التمويلية لبناء المشاريع ذات مخاطر قليلة ومنخفضة في مقابل غيرها من الاستثمارات، وهي تحويل الأصول الاستثمارية العينية إلى أوراق مالية.

وقد وردت لكلمة "الصك" عدة معانٍ؛ فتارة جاءت بمعنى الكتابة والتوثيق، والصك "وَتِيقَةً بِمَالٍ أَوْ نَحْوِهِ"^{١٦١١} قال الله ﷺ: (فَصَكَّتْ وَجْهَهَا).^{١٦١٢} وقد وردت تعريفات الفقهاء لكلمة "الصك" بنفس المعنى اللغوي، من كونه توثيقاً للحقوق المالية وكتابة: "الصُّكُوكِ يُسْتَعَانُ بِهَا فِي تَحْصِينِ الْحُقُوقِ"^{١٦١٣} ولكن سرعان ما تطورت الحياة، فأخذ هذا المصطلح وتُقل لمعنى لا يخرج بمفهومه العام عن التوثيق، إلا أنه أصبح يُستعمل عند العلماء المعاصرين بأنه: "إصدار أوراق قابلة للتداول بنسبة على مشروع استثماري يدر دخلاً، أو تحويل الأعيان والمنافع إلى أوراق مالية يمكن أن تجري عليها عمليات التبادل في السوق الثانوية"^{١٦١٤} ومن خلال هذا التعريف، قد نستنتج خصائص للصك، منها: أنه يتميز بكونه ورقة مالية يأخذ كل صفات الأوراق المالية، وأن قابليته للتداول تميزه عن العقود التمويلية التي تُبنى على عقود تمويل مجمعة كالمرابحة والاستصناع، التي لا يمكن أن تكون صكوكاً متداولة؛ لأنها ديون في ذمة المدين.

فتعريفهم للصكوك جاء على صفة مخصوصة، على خلاف تعريف الفقهاء القدامى لها. ولم تعد الصكوك تُصدر وفق نوع واحد، بل تعددت وأخذت بالتوسع. ولصكوك ملكية المنافع عند الفقهاء المعاصرين:

❑ "صكوك استثمارية ذات صفة تمويلية تعطي حق التبادل في الأسواق الثانوية بهدف الحصول على تمويل مالي.

❑ صكوك ليست ذات دخل، ولا تعطي حق التبادل، إنما تعطي حق الانتفاع والتصرف بالبيع أو الرهن"^{١٦١٥}.

أما نشأة الصكوك الإسلامية، فقد كانت أبرز تلك المحاولات التي وضعت اللبنة الأولى للصكوك الإسلامية، هي تلك الدراسة التي قدمها المرحوم د. سامي حمود: "سندات المقارض"^{١٦١٦} ضمن إنشاء مشروع قانون البنك الإسلامي الأردني المؤقت رقم (٣) لسنة ١٩٧٨م. ثم بدأت محاولة تطبيق هذه الفكرة بالتعاون مع وزارة الأوقاف الأردنية، حيث اعتمدت سندات المقارضة أسلوباً مناسباً وشرعياً لإعمار الممتلكات الوقفية وتحديثها. وقد جرت خلال فترة ١٩٧٨م - ١٩٨٨م العديد من التجارب، وأهمها: تجربة باكستان، والسودان، وتركيا، والبحرين، وكانت أبرزها تجربة تركيا، إذ أصدرت في عام ١٩٨٤م سندات المشاركة المخصصة بمبلغ ٢٠٠ مليون دولار أمريكي، لغرض تمويل بناء جسر البسفور الثاني (جسر محمد الفاتح).

^{١٦١٠} أحمد سالم ملحم، "نشأة الصكوك الإسلامية وأهدافها"، موقع الدكتور أحمد سالم ملحم، تم الاطلاع عليه بتاريخ ١٥ يوليو ٢٠٢٣م، متاح على:

https://www.drahmadmelhem.com/p/blog-page_13.html

^{١٦١١} إبراهيم مصطفى وآخرون، الوسيط، ٥١/١.

^{١٦١٢} الذاريات ٥١/٢٩.

^{١٦١٣} الشربيني، معني المحتاج، ٤/٤٥٠.

^{١٦١٤} مجمع الفقه الإسلامي الدولي المنبثق عن منظمة المؤتمر الإسلامي المنعقد في دورته الخامسة عشرة بمسقط- سلطنة عُمان، ١٤-١٩، المحرم (١٤٢٥هـ) الموافق ١١-٦ آذار (٢٠٠٤م)، بشأن صكوك الإجارة، قرار رقم ١٣٧ (٣-١٥).

^{١٦١٥} الخوالدة، صفاء، حق الانتفاع العقاري، ٧٤.

^{١٦١٦} حمود، سامي حسن، سندات المقارضة، مركز البركة للبحوث والاستشارات المالية الإسلامية -الأردن، مجلة مجمع الفقه الإسلامي -١٤٨٦ - جامع الكتب الإسلامية مج ٤ - ١٤٨٦.

يعتبر حق الانتفاع العقاري من قبيل ملكية المنافع، وعلى هذا يمكن تعريف تصكيكه بأنه: "وثائق متساوية القيمة عند إصدارها، ولا تقبل التجزئة، وتمثل حصصاً شائعة في ملكية منافع عقار معينة، أو موصوفة في الذمة، مما يؤهل ملاكها حقوق هذه الوثائق، ويرتب عليهم مسؤولياته".^{١٦١٧}

ومن صور التعامل في الصكوك في عهد الصحابة رضي الله عنهم: "صكوك الطعام"، أي الورقة التي تخرج من ولي الأمر بالرزق لمستحقه، بأن يكتب فيها للإنسان كذا وكذا من طعام أو غيره.^{١٦١٨} إلا أن هناك صكوك الإجارة، وصكوك حق الانتفاع العقاري، من حيث أنها "ورقة مالية تدر دخلاً، إلا أن حملة صكوك الإجارة يستحقون الأجرة عن فترة التأجير، أما في صكوك حق الانتفاع العقاري، فإن حملة الصكوك يملكون منافع عقار قائم، أو موصوف في الذمة".^{١٦١٩} ورد جواز إصدار الصكوك الاستثمارية في المعايير الشرعية ونصت على ما يلي:

١. "يجوز إصدار صكوك لاستثمار حصيلة الاكتتاب فيها على أساس عقد من عقود الاستثمار الشرعية.

٢. يجوز تصكيك الموجودات من الأعيان والمنافع والخدمات".^{١٦٢٠}

واستثني عدم جواز إصدار صكوك استثمار للعقار المؤجر للغير، وتداول صكوك المنافع العقارية يأخذ صوراً متعددة، كما لو استأجرت الشركة أصولاً ثابتة أو منقولات، أو تملك حق الانتفاع بعقار أو بأصل من الأصول. وفي المعايير الشرعية، قسمت صكوك المنافع العقارية إلى عدة أقسام:

١. "صكوك ملكية منافع الأعيان الموجودة.

٢. صكوك ملكية الخدمات من طرف معين.

٣. صكوك ملكية الأعيان الموصوفة في الذمة.

٤. صكوك ملكية الخدمات من طرف موصوف في الذمة".^{١٦٢١}

وتشمل الصكوك، بشكلها العام، الوحدات السكنية، والمكاتب، والأماكن التجارية مثل الفندق، والمطاعم، ومتاجر التجزئة، والمباني الصناعية والحكومية. ويشمل النشاط العقاري شراء وبيع وتطوير الأراضي، والمباني السكنية وغير السكنية".^{١٦٢٢}

أما صورة صكوك حق الانتفاع في الأموال غير المنقولة "أن يقوم مالك عقار معين بتقسيم منفعة على صكوك متساوية يمثل كل صك منها حصة مشاعة من منافع هذا العقار".^{١٦٢٣}

^{١٦١٧} ميرة، حامد بن حسن، صكوك الإجارة دراسة فقهية تأصيلية تطبيقية، الرياض: دار الميمان وبنك البلاد، ط ١ (١٤٢٩هـ/٢٠٠٨م)، ٣٢٦.

^{١٦١٨} النووي، المنهاج شرح صحيح مسلم، ١٠/١٧.

^{١٦١٩} الشبيلي، يوسف بن عبد الله، إصدار وتداول الأسهم والصكوك والوحدات الاستثمارية، بحث مقدم لمجمع الفقه الإسلامي الدولي، جمادى الآخرة (١٤٣١هـ) ٩١.

^{١٦٢٠} المعايير الشرعية، المعيار (١٧)، ٤٦٧.

^{١٦٢١} المعايير الشرعية، المعيار (١٧)، ٤٦٩.

^{١٦٢٢} مجلس الخدمات المالية الإسلامية متطلبات كفاية رأس المال للصكوك والتصكيك والاستثمارات العقارية، وهو هيئة دولية تضع معايير وتعزيز صناعة الخدمات المالية الإسلامية، د.د. د.د. (٢٠٠٩م) ٢٤.

^{١٦٢٣} المرشدي، فهد بن بادي، الصكوك أحكامها وضوابطها وإشكالاتها، السعودية: دار كنوز إشبيليا للنشر، ط ١ (١٤٣٥هـ/٢٠١٤م)، ١٣٦.

النتائج والتوصيات SONUÇ

توصلت الدراسة إلى مجموعة من النتائج ومن أهمها:

- ❖ أن الأرض أبسط صورة من صور المال غير المنقول، وهي بداية لكل ما يُقام عليها من بناء أو زرع.
- ❖ تمثل الأموال غير المنقولة عنصرًا ثابتًا في الاقتصاد، وسيلة لتقدير الثروة، وغالبًا ما ترتبط بالتزامات ذات أثر كبير، مثل: التمويل العقاري، والاستثمار طويل الأجل، والمشاريع التنموية.
- ❖ اكتسبت الأرض والأبنية صفة السلعة الاقتصادية التي تميّزها عن غيرها من الأموال، وذلك لموقعها وثباتها المتصف به، مما يجذب الأموال إلى الأماكن.
- ❖ اكتسبت الأرض والأبنية صفة السلعة الاقتصادية، تميّزها عن غيرها من الأموال، وذلك لموقعها، وثباتها المتصف به، مما يجذب الأموال إلى الأماكن.
- ❖ مراعاة الشريعة الإسلامية لخصائص ذات المال غير المنقول، فالدور والأراضي، وإن كانت جنسًا واحدًا، إلا أنها تختلف في أوصافها، وطبيعتها، ومقاصدها، باعتبار البلد، والجيران، والسوق.
- ❖ اعتبر بعض الفقهاء أن كل ما هو على سطح الأرض من بناء وشجر مال غير منقول، واعتبر آخرون أن الأرض مال غير منقول، وما يُقام عليها هو بمثابة التبع له.
- ❖ يعبر الفقهاء عند تعريفهم للمال غير المنقول بأنه ما لا يمكن نقله وتحويله، ومنهم من يعبر عن المال غير المنقول فيستعمل لفظ "العقار"، ويقصدون به البناء، وتارة يقصدون به الثمار أو النخل.
- ❖ الإقطاع من المال غير المنقول، المنوط برأس الدولة في عهده ﷺ، تمارسه الدول المعاصرة تحت مسميات، كالإقطاع السكني وغيره.
- ❖ تُعطي طبيعة المال غير المنقول، من حيث الثبات وعدم القابلية للنقل، خصوصية قانونية في تكوين الالتزام، وتحديد أطرافه، وآثاره، وهو ما يستدعي تنظيمًا فقهيًا وقانونيًا دقيقًا، يراعي هذه الخصائص، ويضبط العلاقات الناشئة عنها.
- ❖ أخذ البيع في الأموال غير المنقولة أشكلاً غير التي تعارف عليها الناس بالبيع والشراء، إنما دخلت عليه عقود مستحدثة، كبيعها على وجه الاستصناع، والمساهمات العقارية، التي غابيتها المتاجرة بعقارٍ مقسم إلى أسهم متساوية، يتم تقسيم الأرباح بين المساهمين بعد بيعها.
- ❖ قد يكون المال غير المنقول محلًا مباشرًا للالتزام، كما في عقود البيع، أو محلًا غير مباشر، كما في الالتزامات التي تنشأ عن الهدم، أو الاستعمال الضار للجوار.
- ❖ الأموال غير المنقولة، كغيرها من الأموال، اختلف الفقهاء في وجوب الزكاة فيها، كخلافهم في دخول الأصول المؤجرة في عملية التقويم مع الغلة.
- ❖ أخذت الأموال غير المنقولة في التطور، مما استحدثت في العصر الحالي عقد المشاركة بالوقت، وهو شراء ملكية عين أو منفعة مؤقتة، فكانت نشاطًا تجاريًا.

- ❖ خضعت ملكية المال غير المنقول إلى قواعد الفقه الإسلامي، المستمدة من الكتاب، والسنة، واجتهاد العلماء، ورجال القضاء والفقه.
- ❖ فرقت الشريعة الإسلامية بين تملك الانتفاع وتمليك المنفعة وهذه القاعدة يظهر أثر تطبيقها في المال غير المنقول بصورة واضحة.
- ❖ أخذ التوثيق المعاصر شكلاً مختلفاً عما كان عليه سابقاً، كالكتابة، والإشهاد، والرهن، بل تحاول الدول إدخال التوثيق الإلكتروني.
- ❖ الدولة الإسلامية مارست أنماطاً من تملك المال غير المنقول، كالإقطاع في عهد النبي ﷺ، وهو أصل لفكرة التخصيصات الحكومية.
- ❖ الأموال غير المنقولة في الميراث، خلافة حي لميت في ملكية الأرض والبناء الموروث، مع قابلية الملكية بين أفراد العائلة للتجزئة.
- ❖ الهدم في الحقوق العقارية، كحق الارتفاق، لا يلغي الحق؛ لأن الحق ثابت وملتصق به.
- ❖ المباح في الأموال غير المنقولة على نوعين: ما أبيح إحراز عينه، كامتلاك أرض الموات، أو ما أبيح الانتفاع بعينه دون تملك رقبته.
- ❖ الأسباب التي تنتقل بها الملكية في المال غير المنقول، هي ذاتها الأسباب التي تُثقل بها حقوق الارتفاق.
- ❖ حقوق الارتفاق لا تثبت إلا بين عقارين اثنين، لمالكين مختلفين.
- ❖ ظهور أوعية استثمارية جديدة، مختصة بالمال غير المنقول، كالصناديق الاستثمارية العقارية، والتمويل الإيجاري المنتهي بالتمليك.
- ❖ منفعة المال غير المنقول تابعة للمادة التي تولدت ونشأت منه، وهو ما يعبر عنه أهل القانون بقيمة الاستعمال، فالمنفعة رابطة بين المادة ومنفعتيها الناتجة منها.
- ❖ إثبات منافع الأموال غير المنقولة، وإضفاء الصفة المالية، مما يعني أنها أصبحت محلاً للتصرفات العقدية في الشريعة الإسلامية.

يوصي الباحث المتخصصين وطلبة العلم، في كل ما يطرأ على هذا النوع من الأموال من عقود مستحدثة، من خلال دمج التطبيقات القانونية الحديثة (كالتمويل، والاستصناع، والصكوك) في دراسات الفقه المالي، وبخاصة في المال غير المنقول، وإنشاء أنواع جديدة من العقود التي تتلاءم مع مقتضيات العصر ومستجداته، وتشجع الناس على الانتقال إلى الاستثمار بالوحدات العقارية، كونه رصيذاً باقياً للإنسان، من خلال إنشاء المحاضرات والندوات الإرشادية، وتبصيرهم بالفتاوى الفقهية الشرعية المتعلقة بذلك.

وكما يوصي الباحث بتحقيق التكامل بين النصوص الشرعية، والقوانين الوضعية، في معالجة قضايا التصرف، والتملك، والنزاع، والتمويل في العقارات، واعتماد التوثيق الإلكتروني من خلال إدخال القطع العقارية تحت برنامج يسهل للبائع والمشتري معرفة حال الوحدة، وحدودها، وموقعها، ومعرفة حال المال من كونه خالياً من أي حقوق متعلقة به. ولا مانع كذلك من دراسة

تاريخية لدور الفقه الإسلامي في النظام العقاري، ومراحل تطوره على مر العصور القديمة والحديثة، ومما يساعد على فهم مراحل البناء: من أين بدأ، وإلى أين وصل.



KAYNAKÇE المصادر والمراجع

- إبراهيم بك، أحمد إبراهيم بك، المعاملات الشرعية المالية، دار الأنصار، د.م، ١٣٥٥هـ/ ١٩٣٦م.
- إبراهيم مصطفى، وآخرون، المعجم الوسيط، مجمع اللغة العربي، دار الدعوة- القاهرة، د.ت.
- إبراهيم، محمد يسري، فقه النوازل للأقليات المسلمة، رسالة دكتوراه في الفقه الإسلامي من كلية الشريعة والقانون بجامعة الأزهر، دار اليسر - القاهرة، ط١، ١٤٣٤هـ/ ٢٠١٣م.
- ابن أبي العز، صدر الدين علي بن علي، التنبيه على مشكلات الهداية، تحقق: عبد الحكيم شاکر وأنور صالح أبو زيد، رسالة ماجستير - الجامعة الإسلامية بالمدينة المنورة، مكتبة الرشد ناشرون - المملكة العربية السعودية، ط١، ١٤٢٤هـ/ ٢٠٠٣م.
- ابن أبي زمنين، أبو عبد الله محمد بن عبد الله بن عيسى بن محمد بن إبراهيم، منتخب الأحكام، تحقق: الدكتور عبد الله بن عطية الرداد الغامدي، المكتبة المكية - مؤسسة الريان، ط١. ١٤١٩هـ/ ١٩٩٨م.
- ابن أبي شيبه، عبد الله بن محمد بن إبراهيم، المصنف، تحقق: كمال يوسف الحوت، مكتبة الرشد - الرياض، ط١، ص ١٤٠٩م.
- ابن الأثير، مجد الدين أبو السعادات، النهاية في غريب الحديث والأثر، تحقق: طاهر أحمد الزاوي محمود محمد الطناحي، المكتبة العلمية- بيروت ١٣٩٩هـ/ ١٩٧٩م.
- ابن الأزرقي الغرناطي، محمد بن علي بن محمد الأصبحي الأندلسي، بدائع السلك في طبائع الملك، تحقق: د. علي سامي النشار، وزارة الإعلام - العراق، ط١، د.ت.
- ابن البرادعي، خلف بن أبي القاسم محمد، التهذيب في اختصار المدونة، تحقق: الدكتور محمد الأمين ولد محمد سالم بن الشيخ، دار البحوث للدراسات الإسلامية وإحياء التراث- دبي، ط١، ١٤٢٣هـ / ٢٠٠٢م.
- ابن الجوزي، جمال الدين أبو الفرج عبد الرحمن بن علي، التبصرة، بيروت: دار الكتب العلمية، ط١، ١٤٠٦هـ / ١٩٨٦م.
- ابن الدهان، محمد بن علي بن شعيب، تقويم النظر، تحقق: د. صالح الخزيم، مكتبة الرشد-السعودية، ط١. ١٤٢٢هـ/ ٢٠٠١م.
- ابن الرامي البناء، محمد بن إبراهيم اللخمي، الإعلام بأحكام البنين؛ تحقق: عبد الرحمن صالح الأطرم، إ.ش: صالح الفوزان، مقدمة لنيل درجة الماجستير من جامعة الامام محمد بن سعود- الرياض، ١٤٠٣هـ. ودراسة لمحمد عبد الستار اسمها الإعلان بأحكام البنين لابن الرامي دراسة أثرية معمارية طبعت في دار المعرفة الجامعية-الإسكندرية، ١٤٠٨هـ.
- ابن الرفعة، أحمد بن محمد بن علي الأنصاري، أبو العباس، نجم الدين، كفاية النبيه في شرح التنبيه، تحقق: مجدي محمد سرور باسلوم، دار الكتب العلمية، د.م، ط١. ٢٠٠٩م.
- ابن المرتضى، أحمد بن يحيى، البحر الزخار الجامع لمذاهب علماء الأمصار، مؤسسة الرسالة- بيروت، ط٢، ١٣٩٤هـ/ ١٩٧٥م.

ابن المنذر، أبو بكر محمد بن إبراهيم، الإجماع، تحقق: د. فؤاد عبد المنعم أحمد، دار المسلم للنشر والتوزيع، د.م، ط١، ١٤٢٥هـ/٢٠٠٤م.

.....، الإشراف على مذاهب العلماء، تحقق: صغير أحمد الأنصاري أبو حماد، مكتبة مكة الثقافية - رأس الخيمة الإمارات العربية المتحدة، ط١، ١٤٢٥هـ/٢٠٠٤م.

ابن النجار، تقي الدين أبو البقاء محمد بن أحمد الفتوحي، شرح الكوكب المنير، تحقق: محمد الزحيلي ونزيه حماد، مطبعة العبيكان، د.م، ط٢، ١٤١٨هـ/١٩٩٧م.

.....، منتهى الارادات، تحقق: عبد الله التركي، مؤسسة الرسالة، ط١، ١٤١٩هـ/١٩٩٩م.

ابن الهمام، كمال الدين محمد بن عبد الواحد السيواسي، فتح القدير، بيروت: دار الفكر، د.ت،

ابن تيمية، تقي الدين أبو العباس أحمد بن عبد الحلیم، الفتاوى الكبرى، دار الكتب العلمية، د.م، ط١، ١٤٠٨هـ/١٩٨٧م.

.....، القواعد النورانية، تحقق: د.أحمد محمد الخليل، دار ابن الجوزي-السعودية، ط١، ١٤٢٢هـ.

.....، المحرر في الفقه على مذهب الإمام أحمد بن حنبل، مكتبة المعارف- الرياض، ط٢، ١٤٠٤هـ/١٩٨٤م.

.....، المستدرک على مجموع فتاوى شيخ الإسلام، تحقق: محمد بن عبد الرحمن بن قاسم، ط١. ١٤١٨هـ.

.....، شرح عمدة الفقه، موقع شبكة مشكاة الإسلامية www.almeshkat.net.

.....، كتب ورسائل وفتاوى شيخ الإسلام ابن تيمية، تحقق: عبد الرحمن بن محمد النجدي، مكتبة ابن تيمية، م.د، د.ت.

.....، مجموع الفتاوى، تحقق: عبد الرحمن بن محمد بن قاسم، مجمع الملك فهد لطباعة المصحف الشريف- المدينة المنورة، ١٤١٦هـ/١٩٩٥م.

ابن جبرين، عبد الله بن عبد الرحمن بن عبد الله، شرح عمدة الأحكام. د.ط، د.م، د.ت.

ابن جزى، أبو القاسم، محمد بن أحمد بن محمد بن عبد الله، القوانين الفقهية، د.ت، د.م، د.ن.

ابن حبان، محمد بن حبان بن أحمد بن حبان بن معاذ بن مَعْبَد، صحيح ابن حبان، تحقق: شعيب الأرناؤوط، مؤسسة الرسالة - بيروت، ط٢، ١٤١٤هـ/١٩٩٣م.

ابن حجر الهيتمي، أحمد بن محمد بن علي، الفتاوى الكبرى الفقهية، دار الفكر، د.م، د.ط، د.ت.

.....، المنهاج القويم، دار الكتب العلمية- د.م، ط١، ١٤٢٠هـ/٢٠٠٠م.

.....، تحفة المحتاج، المكتبة التجارية- مصر، ١٣٥٧هـ/١٩٨٣م.

-، **مجمع الزوائد ومنبع الفوائد**، دار الكتب العلمية - بيروت، ١٤٠٨ هـ / ١٩٨٨ م.
- ابن حجر**، أحمد بن علي بن حجر أبو الفضل، **فتح الباري**، دار المعرفة - بيروت، ١٣٧٩ هـ.
- ابن حزم**، أبو محمد علي بن أحمد بن سعيد، **المحلى**، دار الفكر للطباعة والنشر، د.م، د.ت.
- ابن خزيمة**، أبو بكر محمد بن إسحاق بن خزيمة بن المغيرة، **صحيح ابن خزيمة**، تحقق: د. محمد مصطفى الأعظمي، بيروت: المكتب الإسلامي، د.ت.
- ابن خلدون**، عبد الرحمن بن مُحمَّد بن خلدون الحضرمي، **المقدمة**، تحقق: علي عبد الواحد وافي، القاهرة: لجنة البيان العربي، ط٥، ٢٠٠٤ م.
- ابن رجب الحنبلي**، أبو الفرج عبد الرحمن بن أحمد، **الاستخراج لأحكام الخراج**، دار الكتب العلمية - بيروت، ط١، ١٤٠٥ هـ / ١٩٨٥ م.
-، **القواعد الفقهية**، دار الكتب العلمية، د.م، د.ط، د.ت.
-، **جامع العلوم والحكم**، تحقق: د. محمد الأحمد أبو النور، دار السلام للطباعة والنشر والتوزيع، د.م، ط٢، ١٤٢٤ هـ / ٢٠٠٤ م.
- ابن رشد**، أبو الوليد محمد بن أحمد، **المقدمات والممهدات**، تحقق: د. محمد حجي، دار الغرب الإسلامي - بيروت، ط١، ١٤٠٨ هـ / ١٩٨٨ م.
-، **بداية المجتهد**، مصر: مطبعة مصطفى البابي الحلبي، ط٤، ١٣٩٥ هـ / ١٩٧٥ م.
-، **البيان والتحصيل**، تحقق: الدكتور محمد حجي، دار الغرب-بيروت، ط٢، ١٤٠٨ هـ / ١٩٨٨ م.
- ابن زنجويه**، أبو أحمد حميد بن مخلد بن قتيبة بن عبد الله الخراساني، **الأموال**، تحقق: شاكِر ذيب فياض، مركز الملك فيصل للبحوث والدراسات الإسلامية-السعودية، ط١، ص١٤٠٦ هـ / ١٩٨٦ م.
- ابن سيده**، أبو الحسن علي بن إسماعيل، **المحكم والمحيط الأعظم**، تحقق: عبد الحميد هنداوي، دار الكتب العلمية - بيروت، ط١، ١٤٢١ هـ / ٢٠٠٠ م.
- ابن شاس**، أبو محمد جلال الدين عبد الله بن نجم بن شاس بن نزار، **عقد الجواهر الثمينة في مذهب عالم المدينة**، تحقق: أ.د. حميد بن محمد لحمر، دار الغرب الإسلامي- بيروت، ط١، ١٤٢٣ هـ / ٢٠٠٣ م.
- ابن ضويان**، إبراهيم بن محمد بن سالم، **منار السبيل**، تحقق: زهير الشاويش، المكتب الإسلامي، د.م، ط٧، ١٤٠٩ هـ / ١٩٨٩ م.
- ابن عابدين**، محمد أمين بن عمر بن عبد العزيز، **الدر المختار**، دار الفكر-بيروت، ط٢، ١٤١٢ هـ / ١٩٩٢ م.
-، **حاشية رد المختار على الدر المختار حاشية**، دار الفكر- بيروت، ١٤٢١ هـ / ٢٠٠٠ م.

-، **رد المحتار**، دار الفكر - بيروت، ط ٢، ١٤١٢هـ / ١٩٩٢م.
-، **قره عين الأخيار لتكملة رد المحتار**، دار الفكر للطباعة، بيروت، د.ت.
- ابن عبد البر**، أبو عمر يوسف بن عبد الله بن محمد، **التمهيد**، تحقق: مصطفى بن أحمد العلوي ومحمد عبد الكبير، وزارة الأوقاف - المغرب، ١٣٨٧هـ.
-، **الكافي في فقه أهل المدينة**، تحقق: محمد ولد ماديك، مكتبة الرياض - السعودية، ط ٢، ١٤٠٠هـ / ١٩٨٠م.
-، **الاستذكار**، تحقق: سالم محمد عطا، محمد علي معوض بيروت: دار الكتب العلمية، ط ١، ١٤٢١هـ / ٢٠٠٠م.
- ابن عبد ربه الاندلسي**، أبو عمر، شهاب الدين أحمد بن محمد بن عبد ربه ابن حبيب، **العقد الفريد**، موقع الوراق، بيروت: دار الكتب العلمية، ط ١، ١٤٠٤هـ.
- ابن عرفة**، محمد بن محمد ابن عرفة الورغمي التونسي المالكي، **المختصر الفقهي**، تحقق: د. حافظ عبد الرحمن محمد خير، مؤسسة خلف أحمد الخيتور للأعمال الخيرية، د.م، ط ١، ١٤٣٥هـ / ٢٠١٤م.
- ابن عساكر**، أبو القاسم علي بن الحسن بن هبة الله، **تاريخ دمشق**، تحقق: عمرو بن غرامة العمروي، دار الفكر، د.م، د.ط، ١٤١٥هـ / ١٩٩٥م.
- ابن فارس**، أحمد بن فارس بن زكرياء القزويني الرازي، **معجم مقاييس اللغة**، تحقق: عبد السلام محمد هارون، دار الفكر، د.م، ١٣٩٩هـ / ١٩٧٩م.
- ابن قاضي شهبه**، بدر الدين أبو الفضل محمد بن أبي بكر الأسدي، **بداية المحتاج في شرح المنهاج**، عنى به: أنور بن أبي بكر الشبيخي الداغستاني، دار المنهاج للنشر والتوزيع - جدة، ط ١، ١٤٣٢هـ / ٢٠١١م.
- ابن قتيبة**، أبو محمد عبد الله بن مسلم، **تأويل مختلف الحديث**، المكتب الإسلامي - مؤسسة الإشراف، ط ٢، ١٤١٩هـ / ١٩٩٩م.
- ابن قدامة**، أبو محمد موفق الدين عبد الله بن أحمد بن محمد، **المغني**، مكتبة القاهرة، د.ن، ١٣٨٨هـ / ١٩٦٨م.
-، **الشرح الكبير على شرح المقنع**، تحقق: محمد رشيد رضا، دار الكتاب العربي - بيروت، د.ت.
-، **الكافي في فقه الإمام أحمد**، دار الكتب العلمية، بيروت، ط ١، ١٤١٤هـ / ١٩٩٤م.
-، **المقنع في فقه الإمام أحمد**، تحقق: محمود الأرناؤوط، ياسين الخطيب، مكتبة السوادي، جدة، ط ١، ١٤٢١هـ / ٢٠٠٠م.
- ابن قيم الجوزية**، محمد بن أبي بكر بن أيوب بن سعد شمس الدين، **أحكام أهل الذمة**، تحقق: يوسف البكري - شاكرا العاروري رماد للنشر - الدمام، ط ١، ١٤١٨هـ / ١٩٩٧م.
-، **بدائع الفوائد**، تحقق: علي بن محمد العمران، دار عالم الفوائد - مكة المكرمة، ط ١، ١٤٢٥م.

- ابن كثير، أبو الفداء إسماعيل بن عمر، **البداية والنهاية**، تحقق: علي شيري، دار إحياء التراث العربي، ط ١، ١٤٠٨ هـ/ ١٩٨٨ م.
- ابن ماجه، أبو عبد الله محمد بن يزيد بن ماجه الربيعي، **السنن**، تحقق: محمد فؤاد عبد الباقي، دار إحياء الكتب العربية - فيصل عيسى البابي الحلبي، د. ط، د. م، د. ت.
- ابن مازة، أبو المعالي برهان الدين محمود بن أحمد بن عبد العزيز، **المحيط البرهاني في الفقه النعماني فقه الإمام أبي حنيفة**، تحقق: عبد الكريم سامي الجندي، دار الكتب العلمية - بيروت، ط ١، ١٤٢٤ هـ/ ٢٠٠٤ م.
-، **شرح أدب القاضي**، تحقق: محيي هلال السرحان، مطبعة الإرشاد-بغداد، ط ١، د. ت.
- ابن مفلح، إبراهيم بن محمد بن عبد الله بن محمد، **الفروع**، تحقق: عبد الله بن عبد المحسن التركي، مؤسسة الرسالة، د. م، ط ١، ١٤٢٤ هـ/ ٢٠٠٣ م.
-، **المبدع في شرح المقتنع**، دار الكتب العلمية-بيروت، ط ١، ١٤١٨ هـ/ ١٩٩٧ م.
- ابن منظور، محمد بن مكرم بن علي، **أبو الفضل، لسان العرب**، دار صادر - بيروت، ط ٣، ١٤١٤ هـ.
- ابن نجيم، زين الدين بن إبراهيم بن محمد، **الأشباه والنظائر**، دار الكتب العلمية - بيروت، ١٤٠٠ هـ/ ١٩٨٠ م.
-، **البحر الرائق**، دار الكتاب الإسلامي، د. م، د. ت، ط ٢.
- ابن هبيرة، يحيى بن محمد بن هبيرة الذهلي الشيباني، **اختلاف الأئمة العلماء**، تحقق: السيد يوسف أحمد، دار الكتب العلمية - لبنان، ط ١، ١٤٢٣ هـ/ ٢٠٠٢ م.
- ابن هشام، عبد الملك بن هشام بن أيوب الحميري، **السيرة النبوية**، تحقق: مصطفى السقا وإبراهيم الأبياري وعبد الحفيظ الشلبي، شركة مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي - بمصر، ط ٢، ١٣٧٥ هـ/ ١٩٥٥ م.
- أبو الأصغ، عيسى بن سهل القرطبي، **ديوان الأحكام الكبرى أو الإعلام بنوازل الأحكام**، دار الحديث - القاهرة، ١٤٢٨ هـ/ ٢٠٠٧ م.
- أبو الحسين، يحيى بن أبي الخير بن سالم العمراني، **البيان في مذهب الإمام الشافعي**، تحقق: قاسم محمد النوري، دار المنهاج- جدة، ط ١، ١٤٢١ هـ/ ٢٠٠٠ م.
- أبو النجا، إبراهيم، **السجل العيني في التشريع المصري**، مكتبة طريق العلم، د. م، ١٩٧٨ م.
- أبو النجا، موسى بن أحمد بن موسى الحجاوي المقدسي، **الإقناع في فقه الإمام أحمد بن حنبل**، تحقق: عبد اللطيف محمد موسى السبكي، دار المعرفة بيروت، د. ط، د. ت، ج ٢، ص ٥٩.
- أبو بكر الأتباري، محمد بن القاسم بن محمد بن بشار، **الزاهر في معاني كلمات الناس**، تحقق: د. حاتم الضامن، مؤسسة الرسالة - بيروت، ط ١، ١٤١٢ هـ/ ١٩٩٢ م.

- أبو بكر الدمياطي، عثمان بن محمد شطا، حاشية إعانة الطالبين، دار الفكر - بيروت، د.ت، د. ط.
- أبو بكر الصقلي، محمد بن عبد الله التميمي، الجامع لمسائل المدونة، تحقق: مجموعة باحثين في رسائل دكتوراه، معهد البحوث العلمية وإحياء التراث الإسلامي - جامعة أم القرى، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، د.م، ط ١، ١٤٣٤هـ/٢٠١٣م.
- أبو بكر العبادي الزبيدي، علي بن محمد الحدادي، الجوهر النيرة، مطبعة الخيرية، د.م ط ١. ١٣٢٢هـ.
- أبو بكر بن مخلد الشيباني، عاصم وهو أحمد بن عمرو بن الضحاك، الأحاد والمثاني، تحقق: د. باسم فيصل أحمد الجوابرة، دار الراية - الرياض، ط ١، ١٤١١هـ/١٩٩١م.
- أبو حبيب، سعدي أبو حبيب، القاموس الفقهي لغة واصطلاحاً، دار الفكر - دمشق، ط ٢، ١٤٠٨هـ/١٩٨٨م.
- أبو حطب، آمنة محمود إبراهيم، الملكية في عصر الرسول ﷺ، رسالة الماجستير في التاريخ، جامعة النجاح الوطنية-نابلس، ٢٠٠٤م.
- أبي داود، سليمان بن الأشعث بن إسحاق بن بشير، السنن، تحقق: شعيب الأرناؤوط ومحمد كامل قره بللي، دار الرسالة، د.م، ط ١، ١٤٣٠هـ/٢٠٠٩م.
- أبو زهرة، محمد، الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية، دار الفكر العربي-القاهرة، ١٤٣٥هـ/٢٠١٤م.
- أبو زيد، عمرو مصطفى، صناديق الاستثمار في مصر الأموال والإدارة دراسة مقارنة، جامعة الأزهر - مركز صالح عبد الله كامل للاقتصاد الإسلامي، ١٤١٧هـ/١٩٩٧م.
- أبو سنة، أحمد فتوح، النظريات العامة للمعاملات، القاهرة: دار النهضة العربية، ط ٣، ٢٠٠٥م.
- أبو عبد الله شمس الدين، محمد التتائي المالكي، جواهر الدرر في حل ألفاظ المختصر، تحقق: الدكتور أبو الحسن ونوري حسن حامد المسلاتي، دار ابن حزم - بيروت، ط ١، ١٤٣٥هـ/٢٠١٤م.
- أبو عمر، ديبان محمد الديبان، المعاملات المالية أصالة ومعاصرة، مكتبة الملك فهد-الرياض، ١٤٣٢هـ.
- أبو غدة، عبد الستار، الأجوبة الشرعية في التطبيقات المصرفية، شركة التوفيق مجموعة دلة البركة، د.م، ط ١، ١٤٢٣هـ.
- أبو محمد عبد العزيز، محمد بن عبد الرحمن بن عبد المحسن السلطان، الأسئلة والأجوبة الفقهية، د.ط، د.م، د.ت.
- أبو محمد عبد الوهاب، علي بن نصر الثعلبي البغدادي، المعونة على مذهب عالم المدينة، تحقق: حميش عبد الحق، المكتبة التجارية، مصطفى أحمد الباز - مكة المكرمة رسالة دكتوراه جامعة أم القرى، د.ت.
-، التلقين في الفقه المالكي، تحقق: أبي أويس محمد بو خبزة الحسني التطواني، دار الكتب العلمية، د.م. ط ١، ١٤٢٥هـ/٢٠٠٤م.

أبو نعيم، أحمد بن عبد الله بن أحمد بن إسحاق بن موسى، مسند الإمام أبي حنيفة رواية أبي نعيم، تحقق: نظر محمد الفاريابي، مكتبة الكوثر - الرياض ط ١، ١٤١٥ هـ.

أبو يعلى الموصلي، أحمد بن علي بن المثنى التميمي، المسند، تحقق: حسين سليم أسد، دار المأمون للتراث-دمشق، ط ١، ١٤٠٤ هـ/ ١٩٨٤ م.

أبو يوسف، يعقوب بن إبراهيم بن حبيب بن سعد بن حبة، الخراج، المكتبة، تحقق: طه عبد الرؤوف سعد، سعد حسن محمد، الأزهرية للتراث، د.م، د.ت.

أبي الفضل، جعفر بن علي الدمشقي، الإشارة إلى محاسن التجارة، د.م، د.ن، ١٣١٨ هـ.

أبي الفضل، محمد بن أبي الفتح بن أبي الفضل البعلبي، المطلع على ألفاظ المقنع، تحقق: محمود الأرناؤوط، مكتبة السوادي، د.م، ط ١، ١٤٢٣ هـ/ ٢٠٠٣ م.

أبي محمد، بن غانم بن محمد البغدادي، مجمع الضمانات، تحقق: أ.د محمد أحمد سراح و أ. د علي جمعة محمد، د.م، د.ت، د.ط. الاتاسي، جاسر، الشفعة في قانون الملكية العقارية في الأردن المحامي والمستشار القانوني. <https://fursanlaw.com.jo> فبراير ٢٠٢٤/٤ م.

الاتاسي، محمد خالد، شرح المجلة العدلية، اعتنى ما فات المؤلف نشره من المواد ولده مفتي حمص محمد طاهر الاتاسي، مطبعة حمص، ١٣٥٢ هـ/ ١٩٣٣ م.

أحد طلبة العلم، بحوث لبعض النوازل الفقهية المعاصرة، د.م، د.ط، د.ت.

أحمد عرفة، أحمد يوسف، التكيف الفقهي للتخارج من الصناديق الاستثمارية الإسلامية دراسة فقهية مقارنة، كلية الدراسات الإسلامية والعربية بالديمامون- جامعة الأزهر، مجلة كلية الشريعة والقانون بتفهننا الأشراف- دقهيلة، ع ٢٧، ٢٠٢٣ م.

الأحمد نكري، لقاضي عبد النبي بن عبد الرسول، جامع العلوم في اصطلاحات الفنون، دار الكتب العلمية - لبنان، ط ١، ١٤٢١ هـ/ ٢٠٠٠ م.

أراز، يونس. ضمان المنفعة في الفقه الإسلامي. بورصة: دار أمين للنشر، ٢٠١٦ م.

الازرقى، أبو الوليد محمد بن عبد الله بن أحمد بن محمد بن الوليد، أخبار مكة وما جاء فيها من الآثار، تحقق: رشدي الصالح ملحس، دار الأندلس للنشر - بيروت، د.ت، د.ط.

الأزهري، محمد بن أحمد، تهذيب اللغة، تحقق: محمد عوض مرعب، دار إحياء التراث العربي - بيروت، ط ١. ٢٠٠١ م.

.....، الزاهر في غريب ألفاظ الشافعي، تحقق: د. محمد جبر الألفي، وزارة الأوقاف الإسلامية - الكويت، ط ١، ١٣٩٩ هـ.

- إسماعيل، حسن، التاجير التمويلي للأصول والمعدات في المصارف الإسلامية، مجلة الاقتصاد الإسلامي، ع ٧١، ١٩٨٧م.
- الأسمرى، صالح بن محمد بن حسن، مجموعة الفوائد البهية على منظومة القواعد البهية، تحقق: متعب بن مسعود الجعيد، دار الصميعة للنشر والتوزيع، د.م، ط ١، ١٤٢٠هـ / ٢٠٠٠م.
- الأسمندي، محمد بن عبد الحميد، طريقة الخلاف في الفقه بين الأئمة الأسلاف، تحقق: د. محمد زكي عبد البر، مكتبة دار التراث - القاهرة، ط ٢، ١٤٢٨هـ / ٢٠٠٧م.
- الإسنوي، جمال الدين عبد الرحيم، المهمات في شرح الروضة والرافعي، تحقق: أبو الفضل الدمياطي وآخرون، مركز التراث الثقافي المغربي - المغرب، ط ١. ١٤٣٠هـ / ٢٠٠٩م.
- الأشقر، عمر سليمان، مجموع في المناقلة والاستبدال بالأوقاف، مؤسسة الرسالة-بيروت، ١٤٢٢هـ / ٢٠٠١م.
- الأشقر، محمد سليمان وآخرون، بحوث فقهية في قضايا اقتصادية، دار النفائس- الأردن، مج ١، ط ١، ١٤١٨هـ / ١٩٩٨م.
- الأشقر، أسامة عمر، تطوير المؤسسة الوقفية الإسلامية في ضوء التجربة الخيرية الغربية، دار النفائس- الأردن، ط ١، ١٤٣٣هـ / ٢٠١٢م.
- إكنجي، أكرم بورا، الفقه الإسلامي، إسطنبول: دار آري سانات للنشر، ط ٣، ٢٠١٨م.
- الإمام أحمد، أحمد ان حنبل، المسند، تحقيق: شعيب الأرناؤوط-عادل مرشد، مؤسسة الرسالة، د.م، ط ١، ١٤٢١هـ / ٢٠٠١م.
- الإمام مالك، مالك ابن أنس، الموطأ، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي، دار إحياء التراث العربي - مصر، د.ت.
- الأمانة العامة للأوقاف، مدونة أحكام الوقف الفقهية، إدارة الدراسات والعلاقات الخارجية- الكويت، ط ٣. ١٤٤٢هـ / ٢٠٢٠م.
- الأمير، محمد بن إسماعيل بن صلاح بن محمد الحسني، التنوير شرح الجامع الصغير، تحقيق: د. محمد إسحاق، مكتبة دار السلام- الرياض، ط ١. ١٤٣٢هـ / ٢٠١١م.
- آن دوزي، رينهارت بيتر، تكملة المعاجم العربية، تحقيق: محمّد سليم النعيمي وآخرون، وزارة الثقافة والإعلام - الجمهورية العراقية، ط ١، ١٩٧٩م / ٢٠٠٠م.
- أيوب، حمد بن سليمان، موسوعة محاسن الإسلام ورد شبهات اللنام، إ.ش: د. سليمان الدريع، دار إيلاف الدولية للنشر والتوزيع، د.م، ط ١، ١٤٣٦هـ / ٢٠١٥م.
- البابرتي، محمد بن محمد بن محمود، أكمل الدين أبو عبد الله، العناية شرح الهادية، دار الفكر، د.م، د.ت.
- بابلي، محمود، إعمار الأرض في الاقتصاد الإسلامي واستثمار خيراتها بما ينفع الناس، منشورات المكتب الإسلامي- دمشق، ط ١، ١٩٨٨م.
- الباجي، أبو الوليد سليمان بن خلف بن سعد، المنتقى شرح الموطأ، مطبعة السعادة - مصر، ط ١. ١٣٣٢هـ.

بأحمد، قيس حسن عبد الرحمن وآخرون، الاختصاص عند الشافعية وأثره على العقود والمعاملات، بحث منشور جامعة العلوم الإسلامية، مج ٥٠، ع ٢، ٢٠٢٣م.

البجيرمي، سليمان بن محمد بن عمر، حاشية البجيرمي على الخطيب، مطبعة الحلبي، د.م، ١٣٦٩هـ / ١٩٥٠م.

البخاري، محمد بن إسماعيل بن إبراهيم المغيرة، صحيح البخاري، تحقق: محمد زهير الناصر، دار طوق النجاة، د.م، ط ١، ١٤٢٢هـ.

.....، الأدب المفرد، ح ١١٦، تحقق: محمد فؤاد عبد الباقي، دار البشائر الإسلامية - بيروت، ط ٣، ١٤٠٩هـ / ١٩٨٩م.

الصقيه، أحمد بن عبد العزيز، استثمار الوقف دراسة فقهية تطبيقية، إش: أ.د محمد بن أحمد الصالح، رسالة دكتوراه، جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، ١٤٢٨هـ / ١٤٢٩هـ.

بخيت، عيسى، طبيعة التمويل وحدوده القانونية، رسالة ماجستير - جامعة محمد بوترة ومرداس، ٢٠١١م.

البركتي، محمد عليم الإحسان المجددي، التعريفات الفقهية، دار الكتب العلمية إعادة صف للطبعة القديمة في باكستان، ط ١، ١٤٠٧هـ / ١٩٨٦م ١٤٢٤هـ / ٢٠٠٣م.

برمو، تيسير محمد، نظرية المنفعة، دار النوادر - الكويت، ط ٢، ١٤٣٢هـ / ٢٠١١م.

.....، استثناء المنفعة في عقد البيع في الفقه الإسلامي، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، مجلد ٢٩، ع ٢، ٢٠١٣م.

البسام، أبو عبد الرحمن عبد الله بن عبد الرحمن، توضيح الأحكام من بلوغ المرام، مكتبة الأسد - مكة المكرمة، ط ٥، ١٤٢٣هـ / ٢٠٠٣م.

البصري، عويسيان التميمي، المجلس الأعلى للشئون الإسلامية، موسوعة المفاهيم الإسلامية العامة، مصر، د.ط، د.ت.

البطاوي، وليد فوزي خلف إبراهيم، الوصية بالأعيان، د.م، د.ت.

بعلي، لحسن، أثر هلاك المعقود عليه في عقود المعاوضات، إشراف: عزوز مناصرة، رسالة دكتوراه في العلوم الإسلامية، جامعة الحاج لخضر - باتنة، الجزائر، ١٤٤٣هـ / ٢٠٢٢م.

البعلي، محمد بن أبي الفتح بن أبي الفضل، المطلع على ألفاظ المقتنع، تحقق: محمود الأرناؤوط وياسين محمود الخطيب، مكتبة السوادي للتوزيع، د.م، ط ١، ١٤٢٣هـ / ٢٠٠٣م.

البغوي، أبو محمد الحسين بن مسعود بن محمد، التهذيب في فقه الإمام الشافعي، تحقق: عادل أحمد عبد الموجود وعلي محمد معوض، دار الكتب العلمية، ط ١، ١٤١٨هـ / ١٩٩٧م.

.....، شرح السنة، تحقق: شعيب الأرنؤوط ومحمد زهير الشاويش، المكتب الإسلامي - دمشق، ط٢، ١٤٠٣هـ/ ١٩٨٣م.

.....، معالم التنزيل، تحقق: محمد عبد الله النمر وآخرون، دار طيبة للنشر والتوزيع، دم، ط٤، ١٤١٧هـ/ ١٩٩٧م.

البلاذري، أحمد بن يحيى بن جابر بن داود، فتوح البلدان، لجنة البيان العربي- القاهرة، د، ط، د.ت.

البلخي، الشيخ نظام وجماعة من علماء الهند، الفتاوى الهندية العالمية، دار الفكر، دم، ط٢، ١٣١٠هـ.

البنك الإسلامي الأردني، قانون البنك الإسلامي الأردني، رقم ١٣ لسنة ١٩٧٨م، المادة الثامنة، نقلاً عن محمد رامز المريزي، بعض المخالفات الشرعية في استثمارات البنك الإسلامي الأردني والحلول الشرعية لهذه المعاملات- عمان مكتبة افنان، ط١، ١٤٢٠هـ/ ٢٠٠٠م.

بهاء الدين المقدسي، عبد الرحمن بن إبراهيم بن أحمد، العدة في شرح العدة، دار الحديث- القاهرة، ١٤٢٤هـ/ ٢٠٠٣م.

البهوتي، منصور بن يونس بن صلاح الدين، المنح الشافيات بشرح مفردات الإمام أحمد، تحقق: أ. د. عبد الله بن محمد المطلق، دار كنوز إشبيلية للنشر والتوزيع - المملكة العربية السعودية، ط١. ١٤٢٧هـ/ ٢٠٠٦م.

.....، المستقنع، دار الكتب العلمية، دم، د.ت، د.ط.

.....، شرح منتهى الإرادات المسمى دقائق أولي النهى لشرح المنتهى، عالم الكتب، دم، ط١، ١٤١٤هـ/ ١٩٩٣م.

.....، كشف القناع عن متن الإقناع، تحقق: هلال مصيلحي ومصطفى هلال، دار الفكر - بيروت، د.ط، ١٤٠٢هـ.

.....، الروض المربع، دار المؤيد - مؤسسة الرسالة، دم، د.ت.

البورنو، محمد صدقي البورنو، الوجيز في إيضاح قواعد الفقه الكلية، مؤسسة الرسالة-بيروت، ط٤، ١٤١٦هـ/ ١٩٩٦م.

البهقي، أحمد بن الحسين بن علي بن موسى، الآداب للبيهقي، اعتنى به وعلق عليه: أبو عبد الله السعيد المندوه، مؤسسة الكتب الثقافية - بيروت - لبنان، ط١. ١٤٠٨هـ/ ١٩٨٨م.

.....، أحمد بن الحسين بن علي بن موسى، السنن الكبرى، تحقق: محمد عبد القادر عطا، بيروت: دار الكتب العلمية، ط٣، ١٤٢٤هـ/ ٢٠٠٣م.

.....، معرفة السنن، تحقق: قلعجي، دار الوعي-دمشق، ط١، ١٤١٢هـ/ ١٩٩١م.

تسرنكتش، سناد، المسائل الفقهية التي عليها الفتوى عند متأخري الحنفية جمعاً ودراسةً، إ.د. عبد الله بن عبد الواحد الخميس، ماجستير، جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية كلية الشريعة - بالرياض ١٤٤٠هـ - ١٤٤١هـ.

التسولي، علي بن عبد السلام بن علي، البهجة في شرح التحفة، تحقق: محمد عبد القادر شاهين، دار الكتب العلمية-بيروت، ط ١، ١٤١٨هـ/١٩٩٨م.

تصدر عن منظمة المؤتمر الإسلامي، مجلة مجمع الفقه الإسلامي التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي -بجدة، د.ت.

التفتازاني، سعد الدين مسعود بن عمر، شرح التلويح على التوضيح، مكتبة صبيح - بمصر، د. م، د.ت.

تقي الدين الحصني، أبو بكر بن محمد بن عبد المؤمن، القواعد، تحقق: د. عبد الرحمن بن عبد الله الشعلان، د. جبريل بن محمد بن حسن البصيلي، رسالتا ماجستير للمحققين، الرياض: مكتبة الرشد للنشر والتوزيع، ط ١، ١٤١٨هـ/١٩٩٧م.

تناغو، سمير تناغو، التأمينات العينية الشخصية، توزيع منشأة المعارف - الإسكندرية، ط ٢٠٠٨م.

.....، التأمينات الشخصية والعينية الكفالة- الرهن الرسمي- حق الاختصاص- الرهن الحيازي- حقوق الامتياز، منشأة المعارف السلسلة: الكتب القانونية- الإسكندرية، د.ط. (٢٠٠٠م) الصفحات الأولى.

التم، إبراهيم صالح، الامتياز في المعاملات المالية وأحكامه في الفقه الإسلامي، دار ابن الجوزي، د.م، ط ١، ١٤٣٠هـ.

التنوشي، زين الدين المُنَجَّى بن عثمان بن أسعد ابن المنجي، الممتع في شرح المقنع، تحقق: عبد الملك بن عبد الله بن دهيش، ط ٣. ١٤٢٤هـ/٢٠٠٣م.

توفيق، محمد، نظام الأراضي في الدولة العثمانية، القاهرة: مطبعة دار العلوم، ١٩٨٤م.

التويجري، محمد بن إبراهيم بن عبد الله، موسوعة الفقه الإسلامي، بيت الأفكار الدولية، د.م، ط ١، ١٤٣٠هـ/ ٢٠٠٩م.

جاموس، أنس إبراهيم، المشاركة المتناقضة وأحكامها في الفقه الإسلامي، أطروحة أعدت لنيل درجة الدكتوراه- جامعة بيروت الإسلامية، إ.ش: أ.د. محمد البيلي إبراهيم، ١٤٤٠هـ/٢٠١٩م.

الجبوري، أبو اليقظان عطية، أحكم الميراث في الشريعة الإسلامية، دار النذير للطباعة-بغداد، ط ١، ١٣٨٨هـ/١٩٦٩م.

جرادة، نضال جمال، الوصية على مذهب الامام أبي حنيفة النعمان، د.ن، د.م، د.ت.

الجرجاني، علي بن محمد بن علي الزين الشريف، التعريفات، دار الكتب العلمية بيروت -لبنان ط ١. ١٤٠٣هـ/ ١٩٨٣م.

الجريسي، خالد بن عبد الرحمن بن علي، إدارة الوقت من المنظور الإسلامي والإداري، د.م، د.ط، د.ت.

الجزيري، عبد الرحمن بن محمد عوض، الفقه على المذاهب الأربعة، دار الكتب العلمية - بيروت، ط ٢، ١٤٢٤هـ/٢٠٠٣م.

الجصاص، أحمد بن علي أبو بكر ، أحكام القرآن، تحقق: عبد السلام محمد علي شاهين، دار الكتب العلمية -بيروت، ط ١، ١٤١٥هـ/١٩٩٤م.

جعفر، عبد القادر، صور القرض الحكمي وأحكامه في الفقه الإسلامي، مجلة الواحات للبحوث والدراسات، مج ١٣٣، ع ١، ٢٠٢٠م.

الجمال، سليمان بن عمر بن منصور العجيلي الأزهرى، فتوحات الوهاب بتوضيح شرح منهج الطلاب، دار الفكر، دم، د.د، د.ت.

جميعي، حسين عبد الباسط، التعامل على الوحدات العقارية بنظام المشاركة في الوقت، كلية الحقوق - جامعة القاهرة، ١٩٩٧م.

الجندي، خليل بن إسحاق، مختصر العلامة خليل، تحقق: أحمد جاد، دار الحديث-القاهرة، ط١، ١٤٢٦هـ/٢٠٠٥م.

الجندي وأمل، خالد عبد القادر الجندي، و أمل عبد الغني عيسى، قانون الأراضي في الدولة العثمانية، أنقرة: Iksad Publications، سبتمبر ٢٠٢١م، ISBN 978-625-8007-12-1

.....، التوضيح في شرح المختصر الفرعي لابن الحاجب، تحقق: د. أحمد بن عبد الكريم نجيب، مركز نجيبويه للمخطوطات وخدمة التراث، دن، ط١. (١٤٢٩هـ/٢٠٠٨م) ج٧، ص٢٥٠.

الجوهري، أبو نصر إسماعيل بن حماد، الصحاح تاج اللغة وصحاح العربية، تحقق: أحمد عبد الغفور عطار، دار العلم للملايين - بيروت، ط٤، ١٤٠٧هـ/١٩٨٧م.

الجويني، أبو نصر إسماعيل بن حماد، نهاية المطلب في دراية المذهب، تحقق أ. د عبد العظيم محمود الديب، دار المنهاج، د.م، ط١، ١٤٢٨هـ/٢٠٠٧م.

الحاج، عبد الرحمن، التمييز بين المنقول والعقار في التشريع المدني، مجلة القانون المعاصر، العدد ١٢، ٢٠١٥م.

الحجاوي، موسى بن أحمد بن موسى بن سالم بن عيسى، زاد المستقنع في اختصار المقنع، تحقق: عبد الرحمن بن علي بن محمد العسكر، دار الوطن للنشر - الرياض، د.ت.

حسن، عبد الخالق، الوجيز في شرح قانون المعاملات المدنية لدولة الإمارات العربية المتحدة، المطبعة العصرية. ١٤١٠هـ/١٩٩٠م.

الحسيني، سعيد الحسيني، تجربة الأوقاف في السودان، بحث مقدم إلى ندوة عرض التجارب الوقفية المنعقدة بمركز صالح كامل للاقتصاد الإسلامي بجامعة الأزهر في شوال ١٤٢٣هـ/٢٠٠٢م.

الحصكفي، محمد بن علي بن محمد، الدر المختار، تحقق: عبد المنعم خليل إبراهيم، دار الكتب العمية-بيروت، ط١. ١٤٢٣هـ/٢٠٠٢م.

.....، كفاية الأخيار في حل غاية الاختصار، تحقق: علي عبد الحميد بلطجي ومحمد وهبي سليمان، دار الخير - دمشق، ط١. ١٩٩٤م.

الحطاب، شمس الدين أبو عبد الله محمد بن محمد بن عبد الرحمن، تحرير الكلام في مسائل الالتزام، تحقق: عبد السلام محمد الشريف، دار الغرب الإسلامي- بيروت، ط١. ١٤٠٤هـ / ١٩٨٤م.

.....، مواهب الجليل في شرح مختصر خليل، دار الفكر، دم، ط٣. ١٤١٢هـ / ١٩٩٢م.

الحلالشة، عبد الرحمن جمعة، حق الاختصاص في القانون المدني القطري دراسة مقارنة، المجلة الأردنية في القانون والعلوم السياسية، مج ١٠، ١٤، ٢٠١٨م، ص ٨٩.

الحلبي، إبراهيم بن محمد بن إبراهيم، ملتقى الأنهر في شرح ملتقى الأبحر، تحقق: خليل عمران المنصور، دار الكتب العلمية – لبنان، ط ١، ١٤١٩هـ/١٩٩٨م.

حماد، نزيه، المشاركة المتناقضة وأحكامها، مجلة مجمع الفقه الإسلامي التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي- بجة، د.ت.

.....، معجم المصطلحات الاقتصادية في لغة الفقهاء، دار القلم الدار الشامية – دمشق الدار الشامية – بيروت ط ١. ١٤٢٩هـ/٢٠٠٨م.

حمدان، حسين حمدان، التأمينات العينية دراسة تحليلية شاملة لأحكام الرهن والتأمين والامتياز، منشورات الحلبي الحقوقية، د.م، ط ١، ٢٠٠٩م.

حمدان، سليمان بن عبد الرحمن، كشف النقاب عن مؤلفات الأصحاب، تحقق: عبد الإله بن عثمان الشايع، دار الصميعي للنشر والتوزيع – الرياض ط ١، ١٤٢٦هـ/٢٠٠٥م.

حمود، سامي حسن، سندات المقارضة، مركز البركة للبحوث والاستشارات المالية الإسلامية -الأردن، مجلة مجمع الفقه الإسلامي -١٤٨٦ - جامع الكتب الإسلامية مج ٤.

حمود، سامي حمود، تطوير الأعمال المصرفية بما يتفق والشريعة الإسلامية، جمعية المسلم المعاصر - مصر، ٣٢٤، ١٩٨٢م. الحموي، أحمد بن محمد مكي أبو العباس، غمز عيون البصائر، دار الكتب العلمية، د.م ط ١. ١٤٠٥هـ / ١٩٨٥م.

الحميدي، محمد بن فتوح بن عبد الله بن فتوح بن حميد الأزدي، الجمع بين الصحيحين البخاري ومسلم، تحقق: د. علي حسين البواب، دار النشر - لبنان، ط ٢. ١٤٢٣هـ / ٢٠٠٢م.

الحنبلي، شاكر، موجز في أحكام الأوقاف، ب.د، د.م، د.ت.

الحنبلي، عبد الرحمن بن محمد بن قاسم العاصمي، حاشية الروض المربع شرح زاد المستقنع، دن، ط ١، ١٣٩٧هـ.

حوى، سعيد حوى، الأساس في السنة وفقهها، دار السلام للطباعة والنشر والتوزيع والترجمة، د.م، ط ١. ١٤١٤هـ/١٩٩٤م.

الحويس، صالح، أحكام عقد الحكر في الفقه الإسلامي، رسالة دكتوراه جامعة أم القرى، ١٤٢٧هـ.

الخرافي، عبد المحسن، الاستثمار العقاري في الاقتصاد الإسلامي، رسالة ماجستير جامعة أم القرى- مكة المكرمة، ١٤٠٩هـ. ١٩٨٩م.

الخرشي، خليل بن إسحاق بن موسى، مختصر خليل، دار الحديث- القاهرة، ط ١، ١٤٢٦هـ/ ٢٠٠٥م.

الخصاونة، عبد الكريم، يحرم شراء المنزل عن طريق القرض الربوي، رقم الفتوى ٧٦٠، ٢٠١٠م.

274

- الدريني، محمد فتحي، **الفقه الإسلامي المقارن**، منشورات جامعة دمشق، ط٧، ١٤١٧هـ - ١٩٩٨م.
- الدسوقي، محمد بن أحمد بن عرفة، **حاشية الدسوقي**، تحقق: تحقيق محمد عlish، دار الفكر - بيروت، دت.
- الدمشقي، محمد بن عبد الرحمن العثماني، **رحمة الامة في اختلاف الانمة**، دت، دم، دن.
- دنيا، شوقي أحمد، **مجالات وقفية مستجدة وقف النافع والحقوق**، مقدم للمؤتمر الثاني للأوقاف بالمملكة العربية السعودية - جامعة أم القرى، ١٤٢٧هـ.
- الدويك، محمد سامح الشيخ، **قسمة المال الشائع**، رسالة ماجستير - الجامعة الأردنية - عمان، ١٩٩٤م.
- ديورانت، ويليام جيمس، **قصة الحضارة**، تقديم: الدكتور محيي الدين صابر، ترجمة: الدكتور زكي نجيب محمود وآخرين، دار الجيل - بيروت، دط ١٤٠٨هـ / ١٩٨٨م.
- الرازي، أبو عبد الله محمد بن عمر بن الحسن، **مفاتيح الغيب التفسير الكبير**، دار إحياء التراث العربي - بيروت، ط٣، ١٤٢٠هـ.
- الرازي، زين الدين أبو عبد الله محمد بن أبي بكر، **مختار الصحاح**، تحقق: يوسف الشيخ محمد، المكتبة العصرية - بيروت، ط ٥، ١٤٢٠هـ / ١٩٩٩م.
- الراشد، علي إبراهيم عيسى، **إجازة العقد دارسة فقهية مقارنة**، مجلة الشريعة والدراسات الإسلامية - الكويت، مجلد ٢٨ ع ٩٢، ٢٠١٣م.
- الرافعي، عبد الكريم بن محمد، **الشرح الكبير**، تحقق: علي عوض وعادل عبد الموجود، دار الكتب العلمية - بيروت، ط١، ١٤١٧هـ / ١٩٩٧م.
- الربتي، عبد الله، **المنهاج في بيان أحكام العشر والخراج**، تحقق: جاسم عبد شلال النعيمي، دار الكتب العلمية - بيروت، ١٠٦٠هـ - ١١٥٩هـ / ١٩٧١م.
- الرجراجي، أبو الحسن علي بن سعيد، **مناهج التحصيل**، دار ابن حزم، دم، ط١، ١٤٢٨هـ / ٢٠٠٧م.
- الرحياني، مصطفى بن سعد بن عبده السيوطي شهرة، **مطالب أولي**، المكتب الإسلامي، دم، ط٢، ١٤١٥هـ / ١٩٩٤م.
- الرصاص، محمد بن قاسم الأنصاري، **شرح حدود ابن عرفة**، المكتبة العلمية، د. م، ط١، ١٣٥٠.
- الرافعي، حسين علي الرافعي، **خلاصة الاقتصاد السياسي**، دار الترقى - مصر، ١٩٢٨م.
- الرملي، شهاب الدين أبو العباس أحمد بن أحمد، **فتح الرحمن بشرح زبد ابن رسلان**، عنى به: الشيخ سيد بن شلتوت الشافعي، باحث شرعي وأمين فتوى بدار الإفتاء المصري، دار المنهاج - بيروت، ط١، ص ١٤٣٠هـ / ٢٠٠٩م.
-، **نهاية المحتاج**، دار الفكر - بيروت، ط أخيره، ١٤٠٤هـ / ١٩٨٤م.
- الروياتي، أبو المحاسن عبد الواحد بن إسماعيل، **بحر المذهب**، تحقق: طارق فتحي السيد، دار الكتب العلمية، دم، ط١، ٢٠٠٩م.

الرئاسة العامة لإدارات البحوث العلمية والإفتاء والدعوة والإرشاد، مجلة البحوث الإسلامية، <http://www.alifta.com> د.ت.

الزبيدي، محمد بن محمد بن عبد الرزاق الحسيني، تاج العروس، دار الهداية، دم، د.ت، د.ط.

الزحيلي، محمد مصطفى، الفرائض والمواريث والوصايا، دار الكلم الطيب- دمشق، ط ١، ١٤٢٢هـ/٢٠٠١م.

.....، القواعد الفقهية وتطبيقاتها في المذاهب الأربعة، دار الفكر - دمشق، ط ١، ١٤٢هـ/٢٠٠٦م.

الزحيلي، وهبة بن مصطفى، أثر الحرب في الفقه الإسلامي، دار الفكر-دمشق، ط ٣، ١٩٩٨م.

.....، الفقه الإسلامي وأدلته، دار الفكر - سورية، د.ت، ط ٤.

.....، الوصايا والوقف، دار الفكر-دمشق، ١٤١٧هـ/١٩٩٦م.

.....، عقود جديدة عقد المقاول، بيع الاسم التجاري والترخيص والتنازل عن المنفعة مقابل بدل الخلو، مجلة

جامعة الامارات للبحوث القانونية المجلد ١٩٨٨، العدد ٢، ١٩٨٨م، المادة ١.

الزرقا، مصطفى أحمد، المدخل الفقهي العام، دار القلم - دمشق، ط ٢، ١٤٢٥هـ/٢٠٠٤م.

.....، المدخل إلى نظرية الالتزام العامة، دار القلم- دمشق، ط ٢، ١٤٣٤هـ/٢٠١٣م.

.....، جوانب من الزكاة تحتاج إلى نظر فقهي جديد، مجلة أبحاث الاقتصاد الإسلامي، جامعة الملك عبد العزيز-

جدة، ع ٢، ١٤٠٤هـ.

.....، شرح القواعد الفقهية، دار القلم-سوريا، ط ١، ١٤٠٩هـ/١٩٨٩م.

.....، عقد الاستصناع ومدى أهميته في الاستثمارات الإسلامية المعاصرة، سلسلة محاضرات العلماء البارزين

رقم (١٢) المعهد الإسلامي للبحوث والتدريب، مكتبة الملك فهد الوطنية- السعودية، ١٤٢٠هـ.

الزركشي، أبو عبد الله بدر الدين محمد بن عبد الله، إعلام الساجد بأحكام المساجد، تحقق: أبو الوفا مصطفى المراغي، دم،

المجلس الأعلى للشؤون الإسلامية، ط ٤، ١٤١٦هـ/١٩٩٦م.

.....، المنثور في القواعد، تحقق: د. تيسير فائق أحمد محمود وزارة الاوقاف- الكويت، ط ٢، ١٤٠٥هـ.

الزركشي، شمس الدين محمد بن عبد الله، شرح الزركشي على مختصر الخرق، تحقق: عبد المنعم خليل إبراهيم، دار الكتب

العلمية- بيروت، د.ط، ١٤٢٣هـ/٢٠٠٣م.

الزركلي، خير الدين بن محمود بن محمد بن علي بن فارس، الاعلام، دار العلم للملايين، م.س، د.ت، ط ٥.

الزعيبي، أحمد الزعيبي، قاعدة ذهاب المنفعة المقصودة من العين كذهاب العين جملة، جامعة العلوم الإسلامية- الأردن، مج (٥)

ع (٣) ٢٠٢٢م.

- زكي، محمود جمال الدين، **الوجيز في الحقوق العينية الأصلية**، مطبعة جامعة القاهرة، ١٩٧٨م.
- الزمخشري، جار الله أبو القاسم محمود بن عمر، **رؤوس المسائل**، تحقق: عبد الله نذير أحمد، بيروت: دار البشائر الإسلامية للطباعة والنشر والتوزيع، ط١، ١٤٠٧هـ/١٩٨٧م.
- الزنجاني، محمود بن أحمد بن محمود بن بختيار، **تخريج الفروع على الأصول**، تحقق: د. محمد أديب صالح، مؤسسة الرسالة – بيروت، ط٢، ١٣٩٨هـ.
- الزنوح، حسن علي، **الحقوق العينية الأصلية**، شركة الرابطة للطبع والنشر-بغداد، ١٩٥٤م. شرح للقانون المدني العراقي.
- الزهراء، منار، فاطمة الزهرة ومنار صبرين، **الدعوى الرامية لحماية الأملاك الوقفية ومجال الاختصاص فيها**، مجلة الفقه القانوني والسياسي، مج١٠، ع١٠.
- زهرة، محمد مرسي، **الوضع القانوني لنظام اقتسام الوقت**، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، ع١٠. ١٩٩٣م.
- زيدان، عبد الكريم زيدان، **القيود الواردة على الملكية**، جمعية عمال المطابع التعاونية-الأردن، ١٤٠٢هـ/١٩٨٢م.
- الزبلي، عثمان بن علي بن محجن البارعي، **تبين الحقائق وحاشية الشلبي**، المطبعة الكبرى الأميرية-القاهرة، ط١، ١٣١٣هـ.
-، **نصب الراية لأحاديث الهداية**، تحقق: محمد عوامة، مؤسسة الريان للطباعة والنشر-بيروت، ط١، ١٤١٨هـ/١٩٩٧م.
- سابق، سيد سابق، **فقه السنة**، دار الكتاب العربي، بيروت، ط١، ١٣٩٧هـ/١٩٧٧م.
- ساعي، محمد نعيم محمد هاني، **موسوعة مسائل الجمهور في الفقه الإسلامي**، دار السلام – مصر، ط٢، ١٤٢٨هـ/٢٠٠٧م.
- السبكي، تاج الدين عبد الوهاب بن تقي الدين، **الاشباه والنظائر**، دار الكتب العلمية، د.م، ط١، ١٤١١هـ/١٩٩٢م.
- السدلان، صالح بن غانم بن عبد الله بن سليمان بن علي، **رسالة في الفقه الميسر**، وزارة الشؤون الإسلامية والأوقاف والدعوة والإرشاد - المملكة العربية السعودية، ط١. ١٤٢٥هـ.
- السرخسي، محمد بن أحمد بن أبي سهل شمس الأئمة، **المبسوط**، تحقق: خليل محي الدين الميسر، دار الفكر-بيروت، ١٤١٤هـ/١٩٩٣م.
- السرיתי، عبد الودود محمد، **أحكام الوصايا والأوقاف والمواثيق في الشريعة الإسلامية**، دار النهضة العربية-بيروت، ١٩٩٧م.
- السعدي، عبد الرحمن، **تيسير الكريم الرحمن**، تحقق: عبد الرحمن بن معلا اللويحق، مؤسسة الرسالة، د.م، ط١، ١٤٢٠هـ/٢٠٠٠م.
- سعيد مبارك، وآخرون، **الموجز في العقود المسماة**، (البيع – الإيجار – المقاولات)، وزارة التعليم العالي والبحث العلمي، بغداد، د.ت.

- سعيد، نبيل إبراهيم، التأمينات العينية والشخصية، دار الجامعة الجديدة- مصر، ط٢٠٠٧م.
-، الشفعة علما وعملا، منشأة المعارف-الإسكندرية، ١٩٩٧م.
- السُّعدي، أبو الحسن علي بن الحسين بن محمد، **النتف**، تحقق: المحامي الدكتور صلاح الدين الناهي، دار الفرقان مؤسسة الرسالة – الأردن، بيروت، ط٢، ١٤٠٤هـ/ ١٩٨٤م.
- سلامة، أحمد، **الملكية الفردية في القانون المصري**، دار النهضة العربية، د. م، دبت، ط١.
-، **دروس في التأمينات المدنية**، دار النهضة العربي، د. ط، ١٩٦٨م.
- سلطان، عثمان سلطان، شرح أحكام الأراضي الأميرية ونظام الملكية، مكتب النشر العربي-الجامعة السورية، ١٣٥٤هـ/ ١٩٣٦م.
- سلطح، حمدي سلطح، أحكام قسمة المهايأة في القانون المدني والفقه الإسلامي، دار الجامعة- الإسكندرية، ٢٠٠٩م.
- سليمان التويجري، رسالة دكتوراة جامعة أم القرى مكة المكرمة، إ. ش، د. محمد شعبان حسين ١٤٠٢هـ/ ١٩٨٢م.
- سمارة، محمد، أحكام التركات والمواريث في الأموال والأراضي، دار الثقافة للنشر- الأردن، ط١، ٢٠٠٢م.
- السمرقندي، محمد بن أحمد بن أبي أحمد، أبو بكر علاء الدين، **تحفة الفقهاء**، دار الكتب العلمية، بيروت – لبنان، ط٢. ١٤١٤هـ/ ١٩٩٤م.
- سمية، زعيتر، اكتساب الملكية بالاتصاق، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ٢٠١٢م.
- السنهوري، عبد الرزاق، الوسيط في القانون، مطبعة النهضة العربية-القاهرة، ط ١٩٦٥م.
- سنوسي، عبد الله، شروط الواقفين بين الوضوح والغموض، مجلة وقفنا، الخميس ٩ ذي القعدة ١٤٢٧هـ.
- السنكي، زكريا بن محمد بن زكريا الأنصاري، أسنى المطالب في شرح روض الطالب، تحقق: د. محمد محمد تامر دار الكتب العلمية – بيروت، ط ١، ١٤٢٢هـ/ ٢٠٠٠م.
-، **الغرر البهية في شرح البهجة الوردية**، المطبعة الميمنية، ب. ط، ب. ت.
- سوار، وحيد الدين، **الحقوق العينية التبعية**، دار الثقافة- الأردن، ط١، دبت.
- السيد سالم، أبو مالك كمال، صحيح فقه السنة وأدلته وتوضيح مذاهب الأئمة، المكتبة التوفيقية – القاهرة، د. ط، ٢٠٠٣م.
- السيوطي، عبد الرحمن بن أبي بكر، **الاشباه والنظائر**، دار الكتب العلمية – بيروت، ١٤٠٣هـ.
-، **معجم مقاليد العلوم في الحدود والرسوم**، تحقق: أ. د محمد إبراهيم عبادة، مكتبة الآداب- القاهرة، ط١، ١٤٢٤هـ/ ٢٠٠٤م.
- السيوطي، مصطفى بن سعد بن عبده، **مطالب أولي النهى**، المكتب الإسلامي، م. د، ط٢، ١٤١٥هـ/ ١٩٩٤م.

الشاطبي، إبراهيم بن موسى بن محمد اللخمي، الاعتصام، تحقق: د. محمد بن عبد الرحمن الشقير وآخرون، دار ابن الجوزي - السعودية، ط ١، ١٤٢٩هـ/٢٠٠٨م.

.....، الموافقات، تحقق: مشهور بن حسن آل سلمان، دار ابن عفان، دم، ط ١، ١٤١٧هـ/١٩٩٧م.

الشافعي، محمد ابن ادريس، الأم، دار المعرفة - بيروت، ١٤١٠هـ/١٩٩٠م.

الشبلي، يوسف بن عبد الله، إصدار وتداول الأسهم والصكوك والحدات الاستثمارية، بحث مقدم لمجمع الفقه الإسلامي الدولي، جمادى الآخرة ١٤٣١هـ.

شبيب، أحمد بن عبد العزيز، التمويل العقاري لبناء المساكن وشرائها، رسالة مقدمة لنيل درجة الدكتوراه- جامعة الامام محمد بن سعود-الرياض، إتش: أ.د. زيد عبد الكريم الزيد وآخرون، ج ١، ١٤٢٣هـ/١٤٣٣هـ.

شبير، محمد عثمان، أحكام الخراج في الفقه الإسلامي، دار الأرقم- الكويت، ط ١، ١٤٠٦هـ/١٩٨٦م.

.....، المعاملات الإسلامية المعاصرة، دار النفائس- عمان، ط ٦، ١٤٢٧هـ/٢٠٠٧م.

.....، زكاة الأصول الاستثمارية الثابتة، مؤنة للبحوث والدراسات، ١٩٩٨م، مج ١٣، ع ١.

الشبيلات، غالب خليل سليمان، الحقوق المتعلقة بالعقارات التجارية، ٢٠١٠م.

الشثري، زيد بن عبد العزيز، عقد المشاركة في الوقف صورته وأحكامه، بحث مقدم تكميلي بمرحلة الماجستير مقدم للمعهد العالي للقضاء بجامعة الامام محمد بن سعود الإسلامية، ١٤٢٤هـ/١٤٢٥هـ.

الشحود، علي نايف، الخلاصة في أحكام أهل الذمة، دم. دبت، دن.

شرارة، عبد الجبار حمد حسين، أحكام الغصب في الفقه الإسلامي، رسالة ماجستير، كلية الآداب - جامعة بغداد، مؤسسه الأعلمي للمطبوعات - بيروت، مكتبة دار التربية - بغداد، ط ١. ١٣٩٥هـ/ ١٩٧٥م.

الشربيني، شمس الدين، محمد بن أحمد الخطيب، مغني المحتاج، دار الكتب العلمية، دم، ط ١، ١٤١٥هـ/١٩٩٤م.

الشرواني، عبد الحميد المكي وآخرون، حواشي الشرواني والعبادي، دم، دد، دط، دبت.

الشطبي، محمد أفندي، القواعد الحنبلية في التصرفات العقارية، مطبعة الترقى، م.د، ١٣٤٧هـ/١٩٢٩م.

الشمري، عادل شمران حميد، المسؤولية العينية للحاتز في الرهن التأميني، جامعة بابل - كلية القانون، ٢٠٠٥م.

شموط، حسن تيسير عبد الرحيم، أحكام الوصية في الفقه الإسلامي مقارناً بقانون الأحوال الشخصية الأردني، مج ١، رقم ٣٦، ٢٠١٠م.

الشنقيطي، محمد بن محمد سالم المجلسي، لوازم الدرر في هتك أستار المختصر، دار الرضوان - موريتانيا، ط ١، ١٤٣٦هـ/٢٠١٥م.

- الشواربي، عبد الحميد وآخرون، أحكام التقادم في ضوء القضاء والفقه، المعارف-الإسكندرية، ١٩٨٤م.
- شودار، يمينة، أحكام حقوق الامتياز في الفقه الإسلامي والقانون، أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراة- جامعة الجزائر، إش أ.د علي عزوز، ١٤٣٢هـ/ ٢٠١١م.
- الشوكاني، محمد بن علي بن محمد بن عبد الله، السيل الجرار، دار ابن حزم، د.م، د.ت، ط ١.
-، محمد بن علي بن محمد بن عبد الله، الفتح الرباني من فتاوى الإمام الشوكاني، تحقق أبو مصعب محمد صبحي بن حسن حلاق، مكتبة الجيل الجديد، صنعاء - اليمن، د.ت.
-، نيل الأوطار، إدارة الطباعة المنيرية، د.م، د.ت.
- الشَّيْبَانِي، عبد القادر بن عمر بن عبد القادر ابن عمر بن أبي تغلب، نَيْلُ الْمَآرِبِ بِشَرْحِ دَلِيلِ الطَّالِبِ، تحقق: د. محمد سليمان الأسقر، مكتبة الفلاح - الكويت، ط ١، ١٤٠٣هـ/ ١٩٨٣م.
-، الأصل، تحقق: الدكتور محمد بونوكال، دار ابن حزم- بيروت، ط ١، ١٤٣٣هـ/ ٢٠١٢م.
- الشيخ خليل، غدير أحمد خليل، تطوير وابتكار صناديق استثمار متوافقة مع الشريعة الإسلامية، بحث مقدم لـ "المؤتمر الدولي الأول للمالية والمصرفية الإسلامية، الجامعة الأردنية- كلية الشريعة- قسم المصارف الإسلامية، ٢٠١٤م.
- شيخ زاده، عبد الرحمن بن محمد بن سليمان، مجمع الأنهر، تحقق: خليل عمران المنصور، دار الكتب العلمية- بيروت، ١٤١٩هـ/ ١٩٩٨م.
- الشيرازي، أبو اسحاق إبراهيم بن علي بن يوسف، المذهب في فقه الإمام الشافعي، دار الكتب العلمية، د.م، د.ت.
- الشيرواني، عبد الحميد العبادي، ابن قاسم، شهاب الدين أحمد بن قاسم، حواشي تحفة المحتاج بشرح المنهاج، مطبعة مصطفى محمد، القاهرة، د.ت.
- الصاوي، أبو العباس أحمد بن محمد الخلوتي، بلغة السالك لأقرب المسالك، تحقق: محمد عبد السلام شاهين، دار الكتب العلمية- بيروت، ١٤١٥هـ/ ١٩٩٥م.
-، حاشية الصاوي على الشرح الصغير، مكتبة مصطفى البابي الحلبي. د.م، ١٣٧٢هـ/ ١٩٥٢م.
- الصغي، أمل بنت محمد بن فالح، أحكام المنفصل في الفقه الإسلامي، رسالة مقدمة لنيل درجة الدكتوراه في الفقه جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية -الرياض، إش عبد الله بن عبد الواحد الخميس، ١٤٢٩هـ.
- صغير، رلى، الملكية الشائعة استغلالها وإدارتها، مجلة موقع الجيش اللبناني، العدد ٢٠٦-٢٠٧، آب-تشرين الأول ٢٠٠٢م.
- الصنعاني، محمد بن إسماعيل بن صلاح بن محمد الحسني، سبل السلام، دار الحديث، د.م، د.ت.

الصوافي، إبراهيم بن انصر بن سالم، الإجارة الموصوفة في الذمة وتطبيقاتها المعاصرة دراسة مقارنة، رسالة ماجستير في الفقه واصوله جامعة السلطان قابوس - سلطنة عمان، ٢٠١٦م.

الطبراني، سليمان بن أحمد بن أيوب بن مطير اللخمي، المعجم الأوسط، تحقق: طارق بن عوض الله، وعبد المحسن إبراهيم، دار الحرمين-القاهرة، د، ت.

.....، المعجم الكبير، تحقق: حميدي عبد المجيد، مكتبة ابن تيمية-القاهرة، دبت، ط٣.

الطبري، الإمام أبو جعفر، صحيح وضعيف تاريخ الطبري، تحقق: البرزنجي، إيش: محمد صبحي خلاق، دار ابن كثير - دمشق، ط١، ١٤٢٨هـ/٢٠٠٧م.

الطرابلسي، أبي زكريا يحيى بن محمد بن محمد الرعيني، الإسعاف في أحكام الأوقاف، طبع بمطبعة هندية بشارع المهدي بالأزبكية - بمصر المحمية، ط٢، ١٣٢٠هـ/١٩٠٢م.

.....، رسالة في حكم بيع الأحباس، تحقق: إقبال عبد العزيز المطوع، سلسلة إصدارات الأمانة العامة للأوقاف بالشارقة رقم (٢). ١٤٢٧هـ/٢٠٠٦م.

طلبة، أنور، الشهر العقاري والمفاضلة بين التصرفات، د.ط، دار الكتب القانونية، ١٩٩٠م.

الطوالة، محمد، التصرف بمال الزكاة وأثره على انقطاع الحول، مجلة الجامعة الأردنية، دراسات علوم الشريعة والقانون، مجلد ٤٨ عدد ١ (٢٠٢١)، ص١٣٥.

الطيار وآخرون، عبد الله بن محمد، الفقه الميسر، مَذَارُ الْوَطْنِ لِلنَّشْرِ - الرياض، ط١. ١٤٣٢هـ/٢٠١١م.

العايد، عبد الرحمن بن عايد بن خالد، عقد المقاول، سلسلة مشروع وزارة التعليم العالي لنشر ألف رسالة علمية (٥١) جامعة الامام محمد بن سعود، ط١، ١٤٢٥هـ/٢٠٠٤م.

العباد البدر، عبد المحسن بن حمد بن عبد المحسن، شرح سنن أبي داود، د.م، دبت، دبت.

العبادي، عبد السلام، الفقه الإسلامي والحقوق المعنوية، بحث مقدم لمجلة مجمع الفقه الإسلامي-ع ٥.

عبد الحكيم، محمد، شرح القانون المدني المصري الملكية والحقوق العينية، القاهرة: دار النهضة العربية، ٢٠١٥م.

عبد الحلیم، عمر محمد، التأجير التمويلي من منظور إسلامي، مجلة مركز صالح كامل للاقتصاد الإسلامي- جامعة الأزهر ع٧، ١٩٩٩م.

عبد الرحمن الملا، الشيخ عبد اللطيف، وسيلة الظفر في المسائل التي يفتي فيها بقول زُفر، تحقق: د. عبد الإله محمد الملا، دار خضر- بيروت، ط١، ١٤٢٢هـ/٢٠٠١م.

عبد الرحمن، رمضان حافظ، موقف الشريعة الإسلامية من البنوك المعاملات المصرفية، دار السلام- القاهرة ١٤٢٥هـ/٢٠٠٥م.

- عبد الرحيم، إبراهيم عبد الرحيم، أحكام الميراث والوصية،، كلية دار العلوم جامعة القاهرة، دار النصر، د. م. د. ت.
- عبد الرزاق، أبو بكر عبد الرزاق بن همام بن نافع الحميري، المصنف، تحقق: حبيب الرحمن الأعظمي، المجلس العلمي- الهند، ط ٢، ١٤٠٣ هـ.
- عبد العزيز الحمد، حمد بن عبد الله، شرح زاد المستقنع، د. م. د. ن. د. ت.
- عبد العزيز، أسماء عبد العزيز، بحث ضوابط التأجير من الباطن للخدمات المعينة، مؤتمر المصارف الإسلامية بين الواقع والمأمول، دائرة الشؤون الإسلامية، المنعقد في ٣١ مايو- ٣ يونيو ٢٠٠٩، دبي الإمارات العربية المتحدة، ص ١٦.
- عبد الغني، عبيد الله، النور البادي في أحكام الأراضي، تحقق: بيرام بهلوان وياسر البياتي. د. م. د. ت.
- عبد القادر، محمود، المدخل إلى علم القانون، الإسكندرية: دار الفكر الجامعي، ط ٣. ١٤٢٤ هـ/ ٢٠٠٣ م.
- عبد القادر، وحيد العبد القادر، أحكام المساهمات العقارية وتطبيقاتها القضائية، بحث تكميلي لنيل درجة الماجستير في الفقه المقارن من المعهد العالي للقضاء بجامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، ١٤٢٥ هـ.
- عبد الله مراد، فضل بن عبد الله مراد، المقدمة في فقه العصر، الجيل الجديد ناشرون – صنعاء، ط ٢، ١٤٣٧ هـ/ ٢٠١٦ م.
- عبد المطلب، بدوي، التوريق كأداة من أدوات تطوير البورصة المصرية، بحث مقدم في مؤتمر أسواق الأوراق المالية والبورصات: آفاق وتحديات المنعقد في دبي، سنة ٢٠٠٧ م.
- عبد نايل، السيد عبد نايل، أحكام الضمان العيني والشخصي، مطابع جامعة الملك سعود- السعودية، ط ١، ١٤١٩ هـ.
- العبيد، سامي أحمد، عقد المشاركة بالوقت بين الفقه والقانون دراسة مقارنة، مجلة العلوم الإنسانية جامعة المدينة العالمية الماليزية، مجلد ٦، ع ٩، ٢٠٢٢ م.
- العثيمين، محمد بن صالح، الشرح الصوتي لزاد المستقنع، د. ط. د. ت. د. م.
- العجلوني، محمد محمود، البنوك الإسلامية أحكامها، مبادئها، تطبيقاتها المصرفية، دار المسيرة- عمان، ٢٠١٧ م.
- عديله، خنوسه عديله، دور عقد الاستصناع في تمويل البنى التحتية، جامعة الشلف- الجزائر، ٢٠١٨ م، مجلة اقتصاديات شمال أفريقيا، م ١٤، ع ١٩.
- عربيات، وائل عربيات، المصارف الإسلامية والمؤسسات الاقتصادية، دار الثقافة- عمان، ٢٠٠٩ م.
- العز ابن عبد السلام، أبو محمد عز الدين عبد العزيز، قواعد الأحكام، تحقق: محمود الشنقيطي، دار المعارف-بيروت، د. ت.
- العظيم آبادي، محمد أشرف بن أمير بن علي بن حيدر، عون المعبود شرح سنن أبي داود ومعه حاشية ابن القيم: تهذيب سنن أبي داود وإيضاح علله ومشكلاته، دار الكتب العلمية- بيروت، ط ٢، ١٤١٥ هـ.

علاء الدين البخاري، عبد العزيز بن أحمد بن محمد، كشف الأسرار، تحقق: عبد الله محمود عمر، دار الكتب العلمية-بيروت، ط١، ١٤١٨هـ/١٩٩٧م.

علي حيدر، علي حيدر خواجه أمين أفندي، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، تحقق: المحامي فهمي الحسيني، دار الكتب العلمية-بيروت، د.ت.

علي، جواد علي، المفصل في تاريخ العرب قبل الإسلام، دار الساقى، م.د، ط٤، ١٤٢٢هـ/٢٠٠١م.

عليش، محمد بن أحمد بن محمد، فتح العلي المالك في الفتوى على مذهب الإمام مالك، دار المعرفة، د.م، د.ت، د.ط.

.....، منح الجليل شرح مختصر خليل، دار الفكر – بيروت، د.ط، ١٤٠٩هـ/١٩٨٩م.

عمر عبد الحميد، أحمد مختار، معجم اللغة العربية المعاصرة، عالم الكتب، د.م، ط١، ١٤٢٩هـ/٢٠٠٨م.

العمرائي، أبو الحسين يحيى بن أبي الخير بن سالم، البيان في مذهب الإمام الشافعي، تحقق: قاسم محمد النوري، دار المنهاج – جدة، ط١، ١٤٢١هـ/٢٠٠٠م.

العموش، محمد محمود، تأثير الخيار في حق الشفعة دراسة فقهية مقارنة، مؤتة للبحوث والدراسات، سلسلة العلوم الإنسانية والاجتماعية، المجلد الثلاثون، العدد الأول، ٢٠١٥م.

العميرة، أحمد عبد العزيز، نزاول العقار دراسة فقهية تأصيلية، دار الميمان -الرياض، ط١. ١٤٣٢هـ/٢٠١١م.

العنزي، عصام خلف، صناديق الاستثمار الإسلامية والرقابة عليها، إ.ش: د. محمد حسن أبو يحيى، قدمت هذه الرسالة استكمالاً لمتطلبات درجة الدكتوراه، الجامعة الأردنية، ٢٠٠٤م.

العوايشة، حسين بن عودة، الموسوعة الفقهية الميسرة، المكتبة الإسلامية – الأردن، ط١، ١٤٢٣هـ/١٤٢٩هـ.

العباش، محمد عبد الغني المحمود، بيع الرجا وتطبيقاته المعاصرة، رسالة ماجستير-جامعة كاي، تقديم أ.د سامر مظهر قنطقجي.

العيدان، عبد العزيز بن عدنان، الدلائل والإشارات على أخصر المختصرات، دار الركائز للنشر والتوزيع – الكويت، ط١، ١٤٣٩هـ/٢٠١٨م.

العيني، أبو محمد محمود بن أحمد بن موسى، البناية شرح الهادية، دار الكتب العلمية-بيروت، ١٤٢٠هـ/٢٠٠٠م.

الغزالي، أبو حامد محمد بن محمد الغزالي، إحياء علوم الدين، دار المعرفة-بيروت، د.ت.

.....، الوسيط في المذهب، تحقق: أحمد محمود إبراهيم وآخرون، دار السلام – القاهرة، ط١، ١٤١٧هـ.

الغزي، محمد سعيد مراد، الأدلة الاصلية الاصولية شرح مجلة الاحكام العدلية، المطبعة البطريركية، د.م، ١٩١٩م.

.....، الوجيز في إيضاح قواعد الفقه الكلية، مؤسسة الرسالة العالمية – بيروت، ط٤، ١٤١٦هـ/١٩٩٦م.

- الغفار، محمد حسن عبد، القواعد الفقهية بين الأصالة والتوجيه، دار السلام، القاهرة، ٢٠٠٩م.
- الغفيلي، عبد الله بن منصور، نوازل الزكاة دراسة فقهية تأصيلية لمستجدات الزكاة، دار الميمان للنشر والتوزيع - الرياض، ط١، ١٤٣٠هـ/٢٠٠٩م.
- الفايز، إبراهيم محمد، البناء وأحكامه في الفقه الإسلامي، مكتبة الرشد، الرياض، ط١، ١٤٣٦هـ.
- الفرّاج، الشيخ يوسف، تنظيم العقار وتوثيقه، بحث مقدم لندوة القضاء والأنظمة العدلية - السعودية، ١٤٢٥هـ.
- فوزي، محمد، التأجير التمويلي في شركات التمويل، د.ط، د.د، د.م، ٢١ ديسمبر ٢٠١٤م.
- الفيروز آبادي، مجد الدين أبو طاهر محمد بن يعقوب، القاموس المحيط، الفيروز آبادي، د.م، د.ن، د.ت.
- الفيومي، أحمد بن محمد بن علي الحموي، المصباح المنير، المكتبة العلمية - بيروت، د.ط، د.ت.
- القاسم بن سلام، أبو عبيد القاسم بن سلام الهروي، الأموال، تحقق: خليل محمد هراس، دار الفكر - بيروت، د.ت.
- القاسم، يوسف بن أحمد، واقع المساهمات العقارية المتعثرة، مجلة الأصول والنوازل العدد الثالث، محرم ١٤٣١هـ.
- القاضي عبد الوهاب، القاضي أبو محمد عبد الوهاب بن علي بن نصر، الإشراف على نكت مسائل الخلاف، تحقق: الحبيب بن طاهر، د.م، ط١، ١٤٢٠هـ/١٩٩٩م.
- القحطاني، أسامة بن سعيد وآخرين، موسوعة الإجماع في الفقه الإسلامي، دار الفضيلة للنشر - السعودية، ط١، ١٤٣٣هـ/٢٠١٢م.
- القحطاني، عبد الرحمن بن محمد العاصمي، الإحكام شرح أصول الأحكام، د.م، د.د، ط٢، ١٤٠٦هـ.
- الطيّار وآخرين، عبد الله بن محمد، فقه المعاملات، د.م، مكتبة الرشد، د.ت.
- قحف، منذر، مفهوم التمويل في الاقتصاد الإسلامي، بحث بحليلي، رقم ١٣، البنك الإسلامي للتنمية المعهد الإسلامي للبحوث والتدريب، مكتبة الملك فهد الوطنية، ١٤٢٤هـ.
- قذري باشا، محمد، قانون العدل والإنصاف للقضاء على مشاكل الأوقاف، اعتنى به ووضع فهارسه عبد الله نذير أحمد مزي، مؤسسة الريان - مكة المكرمة، ط١. ١٤٨٢هـ/٢٠٠٧م.
-، مرشد الحيران، المطبعة الكبرى الأميرية - ببولاق، ط٢، ١٣٠٨هـ / ١٨٩١م.
- القُدوري، أحمد بن محمد بن أحمد بن جعفر بن حمدان، التجريد، تحقق: مركز الدراسات الفقهية والاقتصادية، د. محمد أحمد سراج و د. علي جمعة، دار السلام - القاهرة، ط٢. ١٤٢٧هـ/٢٠٠٦م.
-، المختصر، تحقق: كامل محمد محمد عويضة، دار الكتب العلمية، د.م، ط١، ١٤١٨هـ/١٩٩٧م.

قرارات وتوصيات مجمع الفقه الإسلامي الدولي المنبثق عن منظمة المؤتمر الإسلامي، ومقره جدة - المملكة العربية السعودية.
(القرارات ١-١٨٥) و (الدورات ١ - ١٩) ١٤٠٥/١٤٣٠ هـ

قرار-المجمع-الفقهي-بشأن-الإيجار-المنتهي-بالتملك <https://www.islamweb.net/ar/fatwa>.

القرافي، أبو العباس شهاب الدين أحمد بن إدريس بن عبد الرحمن، الذخيرة، تحقق: محمد حجي وآخرين دار الغرب الإسلامي-بيروت، ط١. ١٩٩٤م.

.....، أنوار البروق في أنواع الفروق، عالم الكتب، د.م، د.ت.

القرافي، محمد بن يحيى بن عمر بن أحمد بن يونس، الدرّة المنيفة في الفراغ عن الوظيفة، اعتنى بها جلال علي الفذافي الجهاني، دار ابن حزم-بيروت، ط١، ١٤٢٧ هـ/٢٠٠٦م.

القرشي، يحيى بن آدم، الخراج، المطبعة السلفية ومكتبتها، د.م، ط٢، ١٣٨ هـ.

القرضاوي، يوسف، فقه الزكاة، مؤسسة الرسالة-بيروت، ط٢، ١٣٩٣ هـ/١٩٧٣م.

.....، فوائد البنوك هي الربا الحرام، دار الصحوّة- القاهرة، ط٣، ١٤١٥ هـ/١٩٩٤م.

القرطبي، أبو عبد الله محمد بن أحمد الأنصاري، الجامع لأحكام القرآن، تحقق: أحمد البردوني وإبراهيم أطفيش، دار الكتب- القاهرة، ط١، ١٣٨٤ هـ/١٩٦٣م.

.....، تفسير القرطبي، تحقق: أحمد البردوني وإبراهيم أطفيش، دار الكتب المصرية- القاهرة، ط٢، ١٣٨٤ هـ/١٩٦٤م.

القرى، محمد علي، خصائص بيع الانتفاع وآثار نقله، بحث مقدم إلى المؤتمر السادس للهيئات الشرعية للمؤسسات المالية الإسلامية.

القرويني، عبد الكريم بن محمد الرافعي، العزيز شرح الوجيز المعروف بالشرح الكبير، تحقق: علي محمد عوض وعادل أحمد عبد الموجود، دار الكتب العلمية - بيروت، ط١، ١٤١٧ هـ/١٩٩٧م.

القسطلاني، أحمد بن محمد بن أبي بكر بن عبد الملك، إرشاد الساري لشرح صحيح البخاري، المطبعة الكبرى الأميرية- مصر، ط٧، ١٣٢٣ هـ.

قطلوبغا، أبو الفداء زين الدين أبو العدل قاسم، تاج التراجم، تحقق: محمد خير رمضان يوسف، دار القلم- دمشق، ط١، ١٤١٣ هـ/١٩٩٢م.

قلعجي، محمد رواس وحامد قنبي، معجم لغة الفقهاء، دار النفائس، د.م، ١٤٠٨ هـ/١٩٨٨م.

القليوبي، أحمد سلامة القليوبي وأحمد البرلسي عميرة، حاشيتا قليوبي وعميرة، دار الفكر - بيروت، ١٤١٥ هـ/١٩٩٥م.

- القونوي، قاسم بن عبد الله بن أمير علي، أنيس الفقهاء في تعريفات الألفاظ المتداولة بين الفقهاء، تحقق: يحيى حسن مراد، دار الكتب العلمية، د.م، ١٣٢٤هـ/٢٠٠٤م.
- القيرواني، أبو محمد عبد الله بن أبي زيد عبد الرحمن، النوادر والزيادات، تحقق: د. عبد الفتاح الحلو، دار الغرب الاسلامي-بيروت، ط١، ١٩٩٩م.
- الكاساني، علاء الدين، أبو بكر بن مسعود بن أحمد، بدائع الصنائع، دار الكتب العلمية-بيروت، ط٢، ١٤٠٦هـ/١٩٨٦م.
- كامل، عمر، الإحصاء وتطبيقاته في ضوء الترسن، دار العلم للملايين، د.م، ط١، د.ت.
- الكبي، سعد الدين محمد، المعاملات المالية المعاصرة، المكتب الإسلامي-بيروت، ط١، ١٤٢٣هـ/٢٠٠٢م.
- الكبيسي، محمد عبيد، أحكام الوقف في الشريعة الإسلامية، مطبعة الإرشاد - بغداد، د.ط. ١٣٩٧هـ/١٩٧٧م.
- الكجراتي، جمال الدين الفتنّي، مجمع بحار الأنوار مجلس دائرة المعارف العثمانية، د، ن، ط٣، ١٣٨٧هـ/١٩٦٧م.
- كراويه، ياسر بن طه على، المعاملات المالية المعاصرة في الفكر الاقتصادي الإسلامي، د.م، د.ط، د.ت.
- الكرباسي، علي محمد إبراهيم، موسوعة التشريعات العقارية، د.د، ١٩٨٦م.
- الكردي، أحمد الحجّي، حكم إخراج المنفعة بدلاً عن زكاة المال، بحث. ١٤٢٩هـ/٢٠٠٨م.
- الكرمي، مرعي بن يوسف بن أبي بكر، دليل الطالب لنيل المطالب، تحقق: أبو قتيبة نظر محمد الفاريابي، دار طيبة-الرياض، ط١، ١٤٢٥هـ/٢٠٠٤م.
- الكريديس، صالح، الاستثمارات العقارية في الزراعة والبناء، رسالة ماجستير-جامعة الملك سعود، ١٤١٨هـ/١٩٩٧م.
- الكريري، مأمون، القانون المدني الحقوق العينية، مطبعة الجامعة السورية، د.م، ١٣٧٩هـ/١٩٥٩م.
- الكشكي، الشيخ محمد، الميراث المقارن، دار النذير-بغداد، ط٣، ١٣٨٩هـ/١٩٦٩م.
- الكشناوي، أبو بكر بن حسن بن عبد الله، أسهل المدارك، دار الفكر-بيروت، ط٢، د.ت.
- الكفوي، أيوب بن موسى الحسيني القريمي، الكليات، تحقق: عدنان درويش - محمد المصري الناشر: مؤسسة الرسالة - بيروت د.ت.
- الكلوذاني، محفوظ بن أحمد بن الحسن أبو الخطاب، الهداية على مذهب الإمام أحمد، تحقق: عبد اللطيف هميم وماهر الفحل، مؤسسة غراس للنشر. د.م، ط١، ١٤٢٥هـ/٢٠٠٤م.
- الكواملة، نور الدين، المشاركة المتناقصة وتطبيقاتها المعاصرة، بحث تكميلي لنيل درجة الماجستير كلية معارف الوحي والعلوم الإنسانية-ماليزيا، ٢٠٠٦م.

اللاحم، عبد الكريم بن محمد، **المطلع على دقائق زاد المستقنع**، دار كنوز إشبيليا للنشر والتوزيع، الرياض-السعودية، ط١، ١٤٢٩هـ / ٢٠٠٨م.

لجنة مكونة من علماء وفقهاء الدولة العثمانية، **مجلة الأحكام العدلية**، تحقق نجيب هواويني، دبت، د. م، د. ط.

اللخمي، علي بن محمد الربيعي، أبو الحسن، التبصرة، تحقق: د. أحمد عبد الكريم نجيب، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية-قطر، ط١، ١٤٣٢هـ / ٢٠١١م.

لقليب، سعد لقليب، **الامتيازات المترتبة على الحق المعنوي**، جامعة المسيلة، مجلة التراث-الجمهورية الجزائرية، ع١٥، ٢٠١٤م.

الماجد، عبد الله، **فقه الزكاة في ضوء الكتاب والسنة**، الرياض: دار السلام، ٢٠٠٢م.

المازري، أبو عبد الله محمد بن علي بن عمر التميمي، شرح التلقين، تحقق: سماحة الشيخ محمد المختار السلامي، دار الغرب الإسلامي، ديم، ط١، ٢٠٠٨م.

ماهر، أحمد، **أصول قواعد المرافعات**، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٠م

الماوردي، أبو الحسن علي بن محمد بن محمد بن حبيب، **الأحكام السلطانية**، دار الحديث - القاهرة، د، ت.

.....، **الحاوي الكبير**، تحقق: الشيخ محمد عوض وعادل عبد الموجود، دار الكتب العلمية-بيروت، ١٩٤١هـ / ١٩٩٩م.

مجلة الجامعة الإسلامية للعلوم الشرعية، المملكة العربية السعودية، ع٢٠٨، ١٤٤٥هـ.

مجلة مجمع الفقه الاسلامي التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي، تصدر عن منظمة المؤتمر الإسلامي- جدة، ع١٤.

مجلس الخدمات المالية الإسلامية، متطلبات كفاية رأس المال للصكوك والتصكيك والاستثمارات العقارية، وهو هيئة دولية تضع معايير وتعزيز صناعة الخدمات المالية الإسلامية. د. د. ط. دبت.

مجمع الفقه الإسلامي الدولي المنبثق عن منظمة المؤتمر الإسلامي المنعقد في دورته الخامسة عشرة بمسقط- سلطنة عُمان، ١٤-١٩، المحرم ١٤٢٥هـ الموافق ١١-٦ آذار ٢٠٠٤م، بشأن صكوك الإجارة، قرار رقم ١٣٧(٣-١٥).

مجمع الفقه الإسلامي قرار رقم ١٧٠٠/٨/١٨، المنعقد في ماليزيا دبت.

مجموعة من المؤلفين نتائج وخواتيم رسائل علمية، كتاب نتائج البحوث وخواتيم الكتب، موقع الدرر السنية على الإنترنت dorar.net، تم تحميله في ربيع الأول ١٤٣٣هـ.

محاجنه، حسين وليد، **زكاة العقار مفهومها وأحكامها الفقهية**، رسالة دكتوراه- الجامعة الأردنية إشراف د. عباس الباز، ٢٠٠٦م.

المحجوب، رفعت، **الاقتصاد السياسي**، دار النهضة العربية- القاهرة، ط١٠، ١٩٦٤م.

محمد الحنفي، إبراهيم بن أبي اليمن، حمد الحنفي، لسان الحكام، البابي الحلبي-القاهرة، ١٣٩٣هـ / ١٩٧٣م.

- مدكور، محمد سامي، **نظرية الحق**، دار الفكر العربي - القاهرة، ١٩٥٧م.
- موسى، محمد يوسف، **الأموال ونظرية العقد**. القاهرة: دار الفكر العربي، ١٩٨٧م.
- المديني، محمد، **المجموع المغيث في غريب القرآن والحديث**، تحقق: عبد الكريم العزباوي، مركز البحث العلمي وإحياء التراث الإسلامي - جامعة أم القرى مكة المكرمة، ط١، ١٤٠٦هـ / ١٩٨٦م.
- مراد، فضل بن عبد الله، **المقدمة في فقه العصر**، الجيل الجديد ناشرون - صنعاء، ط٢. ١٤٣٧هـ / ٢٠١٦م.
- المرداوي، ابن قاضي الجبل، **مجموع في المناقلة والاستبدال بالأوقاف**، تحقق: د. محمد سليمان الأشقر، مؤسسة الرسالة - بيروت، ١٤٢٢هـ / ٢٠٠١م.
- المرداوي، علاء الدين أبو الحسن علي بن سليمان، **الإتصاف في معرفة الراجح من الخلاف**، دار إحياء التراث العربي، ط٢، د.م. د.ب.
- المرداوي، علاء الدين أبو الحسن علي بن سليمان، **التحبير شرح التحرير في أصول الفقه**، تحقق: د. عبد الرحمن الجبرين، د. عوض القرني، د. أحمد السراح، مكتبة الرشد - السعودية، ط١. ١٤٢١هـ / ٢٠٠٠م.
- مرسي بك، محمد كامل، **الملكية والحقوق العينية**، المطبعة الرحمانية - مصر، ١٣٤٢هـ / ١٩٢٣م.
- المرشدي، فهد بن بادي، **الصكوك أحكامها وضوابطها وأشكالاتها**، دار كنوز اشبيليا للنشر - السعودية، ط١، ١٤٣٥هـ / ٢٠١٤م.
- المرغيناني، علي بن أبي بكر بن عبد الجليل الفرغاني، **الدراية في شرح بداية المبتدي**، تحقق: طلال يوسف، دار إحياء التراث العربي - بيروت، د.ب.
-، **بداية المبتدي**، مكتبة محمد علي صبح - القاهرة، د.ب.
- المزني، إسماعيل بن يحيى بن إسماعيل، **مختصر المزني**، دار المعرفة - بيروت، ١٤١٠هـ / ١٩٩٠م.
- مساد، منصور فؤاد عبد الرحمن، **الشفعة كسب من أسباب كسب الملكية**، رسالة ماجستير إتش د. علي السرطاوي، جامعة النجاح الوطنية، ٢٠٠٨م.
- المسعر، حمود بن عبد الله بن حمود، **الفروق بين العقار والمنقول في باب المعاملات**، رسالة ماجستير في الفقه المقارن جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية - الرياض، إشراف، يعقوب بن عبد الوهاب الباحسين، ١٤٢٥هـ / ١٤٢٦م.
- مسلم، مسلم بن الحجاج أبو الحسن القشيري، **صحيح مسلم**، تحقق: محمد فؤاد عبد الباقي، دار إحياء التراث العربي - بيروت، د.ب.
- المشوخي، زياد بن عابد، **الاستضعاف وأحكامه في الفقه الإسلامي**، دار كنوز إشبيليا للنشر - الرياض، ط١. ١٤٣٤م / ٢٠١٣م.

المشيقح، خالد بن علي بن محمد، الجامع لأحكام الوقف والهبات والوصايا، الناشر: وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية القطرية، ١٤٣٤هـ / ٢٠١٣م.

المصري، حسني المصري، فكرة الترسر وعقد الاسرثمار المشترك في القيم المنقولة، ١٩٨٥م.

المصري، رفيق يونس، الأوقاف فقهاً واقتصاداً، دار المكربى -سورية، ط١، ١٤٢٠هـ / ١٩٩٩م.

.....، المشاركة، مقدم لمركز أبحاث الاقتصاد الإسلامي. جامعة الملك عبد العزيز، جدة، ١٩٨٢م.

.....، بيع التقسيط، دار القلم- بيروت، ط٢، ١٩٩٧م.

.....، زكاة الأصول الثابتة، بحث في المعهد الدولي للاقتصاد الإسلامي- باكستان. دب.

المصري، ضياء الدين الجندي المالكي، التوضيح في شرح المختصر الفرعي لابن الحاجب، تحق: د. أحمد بن عبد الكريم نجيب، مركز نجيبويه للمخطوطات وخدمة التراث، دم، ط١، ١٤٢٩هـ / ٢٠٠٨م.

المصري، عبد المهدي، أرض الصوافي، دار أم القرى - الأردن، ط١، ١٤١٠هـ / ١٩٨٩م.

مطر، محمد، إدارة الاسرثمارات الإطار النظري والتطبيقات العملية، دار وائل للنشر، دم، ٢٠٠٤م.

المغلوث، عبد الله، موسوعة المصطلحات والمفاهيم العقارية، دن، دم، دب.

المكتب الفني في نقابة المحامين، المذكرات الإيضاحية للقانون المدني الأردني- عمان، ط٢، ١٩٨٥م.

مناهج جامعة المدينة العالمية، أصول الدعوة وطرقها، جامعة المدينة العالمية IDWH4043، دب، دب، دب.

.....، السياسة الشرعية، دبش جامعة المدينة العالمية، دب، دم، دب، دب.

المناعي، زين الدين محمد المدعو بعبد الرؤوف بن تاج العارفين، التوقيف على مهمات التعاريف، عالم الكتب ٣٨ عبد الخالق ثروت-القاهرة، ط١٠. ١٠١٤هـ / ١٩٩٠م.

.....، التيسير بشرح الجامع الصغير، مكتبة الإمام الشافعي - الرياض، ط٣، ١٤٠٨هـ / ١٩٨٨م.

المنجد، محمد صالح، فتاوى الشيخ محمد صالح المنجد. www.islam-qa.com. إ.ش نور عليف فردوسي، ٢٠٠٧م.

منظمة المؤتمر الإسلامي، مجلة مجمع الفقه الاسلامي التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي <http://www.ahlalhdeeth.com>

المنقور، أحمد بن محمد بن حمد، الفواكه العديدة في المسائل المفيدة، شركة الطباعة العربية - السعودية، ط٥، ١٤٠٧هـ / ١٩٨٧م.

منلا خسرو، محمد بن فرامرز بن علي الشهير، درر الحكام شرح غرر الأحكام، دار إحياء الكتب العربية، دم، دب،

المنهاجي الأسيوطي، شمس الدين محمد بن أحمد بن علي بن عبد الخالق، جواهر العقود ومعين القضاة والموقعين والشهود،
تحق: مسعد عبد الحميد محمد السعدني، دار الكتب العلمية - بيروت، ط ١. ١٤١٧هـ/ ١٩٩٦م.

منهاجي، إجابات أسئلة التقويم والمراجعة: الميراث في الشريعة الإسلامية، <https://minhaji.net/printlesson/34646>

مهناء، عبد الله بن محمد، أحكام المساهمات العقارية المتعثرة، إ.ش: د. عبد الله بن ناصر السلمي، رسالة ماجستير جامعة الامام
محمد بن سعود، ١٤٣٣هـ/ ١٤٣٤هـ.

المواق، محمد بن يوسف بن أبي القاسم بن يوسف العبدري، التاج والإكليل، دار الكتب العلمية-بيروت، ط ١. ١٤١٦هـ/ ١٩٩٤م.

الموسى، طارق عبد الله، المساهمات العقارية وعلاقتها بالأعمال التجارية، جامعة دار العلوم-الرياض، ١٤٣٦هـ/ ١٧٣٧هـ.

الموصللي، عبد الله بن محمود بن مودود، الاختيار لتعليل المختار، تعليقات: الشيخ محمود أبو دقيقة، مطبعة الحلبي - القاهرة
١٣٥٦هـ/ ١٩٣٧هـ.

المومني، على محمد علي، التطبيقات المعاصرة لعقدي المزارعة والمساقاة في الاقتصاد الإسلامي، رسالة ماجستير جامعة
اليرموك-الأردن، إ.ش: د. محمود السرطاوي، ١٤١٣هـ/ ١٩٩٣م.

الميداني، عبد الغني بن طالب بن حمادة بن إبراهيم الغنيمي، اللباب، تحق: محمود أمين النواوي، دار الكتاب العربي، د.ت، د.م.

ميرة، حامد بن حسن، صكوك الإجارة دراسة فقهية تأصيلية تطبيقية، ط ١، دار الميمان وبنك البلاد-الرياض، ١٤٢٩هـ/ ٢٠٠٨م.

النسائي، أبو عبد الرحمن أحمد بن شعيب بن علي، السنن، تحق: عبد الفتاح أبو غدة، مكتب المطبوعات الإسلامية - حلب، ط ٢،
١٤٠٦هـ/ ١٩٨٦م.

النسفي، أبو البركات عبد الله بن أحمد بن محمود حافظ الدين، كنز الدقائق، تحق: أ. د. سائد بكداش، دار البشائر الإسلامية، دار
السراج، ط ١، ١٤٣٢هـ/ ٢٠١١م.

النسفي، نجم الدين أبي حفص عمر بن محمد، طلبية الطلبة في الاصطلاحات الفقهية، المطبعة العامرية - بغداد، ١٣١١هـ.

النسور، حمزة عودة، صاحب الحق في تملك العقار، دار الضياء-الأردن، ١٤٣١هـ/ ٢٠١٠م.

نسيمة، شيخ نسيمة، التكيف الفقهي لعقد المقاولة، المركز الجامعي عين تموشنت-الجزائر، مجلة الدراسات الإسلامية-ع ٣،
سبتمبر ٢٠١٣م.

نصار، أحمد محمود، ضوابط الإجارة الموصوفة في الذمة وتطبيقها في تمويل الخدمات، بحث مقدم لدعوة البركة الثلاثون
للاقتصاد الإسلامي، المنعقد في شهر رمضان، د.ط ٣. ٢٠٠٩م.

نعيم ياسين، محمد، نظرية الدعوى بين الشريعة الإسلامية وقانون المرافعات المدنية والتجارية، دار علم الكتب-الرياض، طبعة
خاصة، ١٤٢٣هـ/ ٢٠٠٣م.

النفراوي، أحمد بن غانم (أو غنيم) بن سالم ابن مهنا، الفواكه الدواني على رسالة ابن أبي زيد القيرواني، دار الفكر، د.م، ١٤١٥هـ / ١٩٩٥م.

النمشي، عجيل جاسم، دليل الارشادات لحساب زكاة الشركات، رئيس الأمانة العامة لندوات قضايا الزكاة المعاصرة، ط٤، ٢٠١٥م.

النووي، أبو زكريا محيي الدين يحيى بن شرف، المجموع شرح المذهب، دار الفكر، د.م، د.ت.

.....، المنهاج شرح صحيح مسلم، دار إحياء التراث العربي - بيروت، ط٢، ١٣٩٢هـ.

.....، روضة الطالبين، تحقق: زهير الشاويش، المكتب الإسلامي، بيروت- دمشق- عمان، ط٣، ١٤١٢هـ/ ١٩٩١م.

النووي، مسلم بن الحجاج أبو الحسن، شرح صحيح مسلم، دار إحياء التراث العربي - بيروت، ط٢، ١٣٩٢م.

الهاشمي، سلطان، أحكام تصرفات الوكيل في عقود المعاوضات، دار البحوث للدراسات الإسلامية-دبي، ط١، ١٤٢٢هـ/ ٢٠٠٢م.

هندي، أحمد هندي، قانون المرافعات المدنية والتجارية، كلية القانون جامعة قطر، د.ط، ٢٠٢٠م.

هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية (أيوبي)، المعيار الشرعي رقم (١٢): الإجارة، المجلس الشرعي، المنامة - البحرين، ٢٠٠٢م.

هيئة كبار العلماء بالملكة العربية السعودية، أبحاث هيئة كبار العلماء، <https://shamela.ws/book/21759>، د.ت، د.ط، د.م.

واصل، نصر فريد، فتاوى دار الإفتاء المصرية، <https://www.dar>، رقم الفتوى: ١٩٦٣ الأحد ٠٩ فبراير ٢٠٢٥ م - ١٠ شعبان ١٤٤٦هـ.

وزارة الأوقاف، الشؤون والمقدسات الإسلامية، الموسوعة الفقهية الكويتية، دار السلاسل-الكويت، ط٢، ١٤٠٤هـ/ ١٤٢٧هـ.

ياسين، سيماء أحمد ماهر، تطبيقات معاصرة لعقد الاستصناع وأهميته في الحياة العملية، رسالة ماجستير الجمهورية السورية، إ.ش.د. علاء الدين زعتري، ٢٠٢٢م/ ٢٠٢٣م.

ياقوت الحموي، شهاب الدين أبو عبد الله، معجم البلدان، دار صادر- بيروت، ط٢، ١٩٩٥م.

اليزدي، محمد كاظم، حاشية اليزدي على المكاسب، الطبعة الحجرية - إيران، م.ت، د.ر.

يكن، زهدي يكن، الشفعة، مكتبة صادر - بيروت، ١٩٤٥م.

المواقع الالكترونية

أحمد سالم ملحم، "نشأة الصكوك الإسلامية وأهدافها"، موقع الدكتور أحمد سالم ملحم، تم الاطلاع عليه (تاريخ ١٥ يوليو ٢٠٢٣م) متاح على: https://www.drahmadmelhem.com/p/blog-page_13.html

أرشيف المتحف الفلسطيني العثماني، مجموعة مركز يافا الثقافي "سند خاقاني" صادر عن دائرة تسجيل الأملاك، https://palarchive.org/index.php/Detail/objects/245091/lang/ar_PS جنين، ١٨ سبتمبر ١٨٩٢م. (تاريخ التصفح ٢٣ مارس ٢٠٢٤)

أرشيف ملتقى أهل الحديث، المحرم (١٤٣٢ هـ) ديسمبر ٢٠١٠م، <http://www.ahlalhdeth.com>، (تاريخ التصفح ١٥ يناير ٢٠٢٥م).

إسلام ويب، "حكم الفائدة على القروض"، فتوى رقم ٣٥١٧٧٢، (تاريخ التصفح ١ مايو ٢٠١٤) <https://www.islamweb.net> حكم-الفائدة-على-القروض.

بحوث ومسابيل: إيجار المال الشائع في الفقه الإسلامي، المجلد الأول، ص ١٨، موقع KetabOnline. <https://ketabonline.com/ar/books/91654/read?part=1&page=18&index=3333821> (تاريخ التصفح ١٧ أكتوبر ٢٠٢٤م).

بنك الأردن الإسلامي. (بدون تاريخ). المشاركة (Musharaka) – التمويل الإسلامي. تم الاسترجاع يوم الأربعاء، تاريخ التصفح ١٨ نوفمبر ٢٠٢٣م، من <https://www.jordanislamicbank.com/ar/musharaka>

البنك الإسلامي الأردني، "يقدم خدمة الإجارة المنتهية بالتمليك، حيث يقوم بتمويل شراء العقار أو السيارة أو المعدات، مع تأجيرها للمستفيد لفترة محددة، وفي نهاية المدة يُمكن المستفيد من تملك العين المؤجرة"، (تاريخ التصفح ١٠ مايو ٢٠٢٥م). <https://www.jordanislamicbank.com/ar/ijarah-muntahia-bittamlik>

بيت التمويل الكويتي، فتوى رقم (١٩٤)، الفتاوى الاقتصادية، المجلد ١، (تاريخ التصفح ٥ أبريل ٢٠٢٥م). <https://ketabonline.com/ar/books/2084/read?part=1&page=598&index=3072963%2F3073413%2F3073558>

بيت الزكاة الكويت. (بدون تاريخ). تفاصيل الصفحة رقم ١١٠٩. تم الاسترجاع يوم الأربعاء، (تاريخ التصفح ١٨ يناير ٢٠٢٥م)، من https://www.zakathouse.org.kw/zakathouse_Detail.aspx?id=1109

حُماة الحق للمحاماة، "نزع الملكية الخاصة للمنفعة العامة في التشريع الأردني"، ١١ سبتمبر ٢٠٢٣، متاح على: <https://jordan-lawyer.com/2023/09/11> نزع-الملكية-الخاصة-للمنفعة-العامة-في (تاريخ الدخول: ١١ سبتمبر ٢٠٢٣م).

دار الإفتاء الأردنية. "توفي وترك أراضٍ وزوجة وأم وخمسة أولاد ذكور وابنة: توزيع التركة". فتوى رقم ٨١٧ (١٣ يوليو ٢٠١٠). <https://www.aliftaa.jo/fatwa/817> (تاريخ التصفح ٣ يونيو ٢٠٢٣م).

دائرة الإفتاء العام الأردنية، "التأصيل الفقهي لمسألة الإرث الانتقالي (العثماني) أو (الميري)"، فتوى رقم (٢٨٩٩)، ٢٠١٤/٤/١٧، على موقع دائرة الإفتاء: <https://www.aliftaa.jo/fatwa/2899>. (تاريخ التصفح ١٥ يناير ٢٠٢٤م).
بتصرف.

الرابطه المحمدية للعلماء، "المدونة"، [بدون تاريخ]: (التصفح ١٣ أكتوبر ٢٠٢٣م). <https://www.arrabita.ma/blog>
شركة الأردن للتأجير التمويلي، "شركة مساهمة خاصة تقدم حلول التمويل الإسلامي للأفراد والشركات في قطاعات متنوعة مثل المعدات الطبية، النقل، العقارات، والآلات": (تاريخ الدخول: ٩ أبريل ٢٠٢٤م). <https://www.jordanleasing.com.jo/>
شركة الكوثر للتأجير التمويلي، "شركة مساهمة خاصة تأسست عام ٢٠٢٢م ومملوكة بالكامل لبنك الاستثمار العربي الأردني (AJIB) برأسمال قدره ٨ ملايين دينار أردني، وتقدم حلول تمويلية متوافقة مع الشريعة الإسلامية"، متاح على: <https://www.alkawtharleasing.com> (تاريخ الدخول: ١٧ نوفمبر ٢٠٢٤م).

شركة تملك للتأجير التمويلي، "شركة ذات مسؤولية محدودة تأسست في ١٢ نوفمبر ٢٠١٣، مملوكة بالكامل لبنك القاهرة عمان، وتقدم خدمات التأجير التمويلي للأفراد والشركات في الأردن"، متاح على: (تاريخ الدخول: ١ يوليو ٢٠٢٣م) <https://www.tamallak.jo>

شركة ثقة للمحاماة والاستشارات القانونية، "قضايا الأوقاف والصاايا"، الموقع الرسمي لشركة ثقة للمحاماة، (تاريخ التصفح ١٥ أكتوبر ٢٠٢٣م)، <https://thiqahlawfirm.com/services/endowments-and-wills-issues>

عبد الجبار السبهاني، الموقع الشخصي، ٢٠١٩م، <https://al-sabhany.com/index.php/articles/leases> (تاريخ التصفح ١٤ أغسطس ٢٠٢٤م).

العقار بالتخصيص هو المنقول الذي يضعه صاحبه في عقار مملوك له بقصد خدمة العقار أو استغلاله، شرط أن يكون مثبتاً في الأرض. "موقع Awnak. سؤال رقم ٢٧٤٤٩. متوفر على: <https://www.awnak.net/answer?question=27449> (تاريخ التصفح ١٨ نوفمبر ٢٠٢٣م).

المادة (رقم المادة) من قانون رقم (٢٥٥٩) بشأن (عنوان القانون)، الموسوعة القانونية القطرية (الميزان)، متاح على: <https://www.almeezan.qa/LawArticles.aspx?LawArticleID=37573&LawID=2559&language=ar> (تاريخ التصفح ١٦ ديسمبر ٢٠٢٣م).

مجمع الفقه الإسلامي الدولي، "قرار بشأن الحقوق المعنوية"، [بدون تاريخ]، (تاريخ التصفح ٢ فبراير ٢٠٢٤م): <https://iifa-aifi.org/ar/1757.html>.

مجمع الفقه الإسلامي الدولي، "قرار بشأن حقوق الارتفاق وتطبيقاته المعاصرة في الأملاك المشتركة"، قرار رقم ١٧١ (٩/١٨)، الدورة الثامنة عشرة، ١٤ يوليو ٢٠٠٧م، (تاريخ التصفح ٩ أكتوبر ٢٠٢٣م). <https://iifa-aifi.org/ar/1757.html>.

مجمع الفقه الإسلامي الدولي، قرار رقم ١١٠ (١٢/٤) بشأن "الإيجار المنتهي بالتمليك"، الدورة الثانية عشرة، الرياض، المملكة العربية السعودية، ٢٥ جمادى الآخرة - ١ رجب ١٤٢١ هـ (٢٣-٢٨ سبتمبر ٢٠٠٠م)، متاح على: قرار-المجمع-الفقهي-بشأن-الإيجار-المنتهي-بالتمليك (تاريخ التصفح: ١٤ يوليو ٢٠٢٣م). <https://www.islamweb.net/ar/fatwa/6374>

مجمع الفقه الإسلامي الدولي، قرار رقم ١٧٠ (٨/١٨) بشأن "عقد التملك الزمني (Time Sharing)"، الدورة الثامنة عشرة، ١٤ يوليو ٢٠٠٧م، مجمع الفقه الإسلامي الدولي، (تاريخ التصفح ١٢ يناير ٢٠٢٥م)، متاح على: <https://iifa-aifi.org/ar/2276.html>

المجهره، موسوعة إلكترونية شاملة لمفردات المحتوى الإسلامي"، المحتوى الإسلامي الشامل، تاريخ التصفح ٢٣ أغسطس ٢٠٢٤م، <https://islamic-content.com>

منار الإسلام للأبحاث والدراسات، الدكتور محمد جعواني، مفهوم المال وأقسامه الأربعة (تاريخ التصفح ١٥ أغسطس ٢٠٢٣م)، <https://islamanar.com/money-concept>

المنقولات بطبيعتها"، محتوى المحاضرة: المطلب الثاني: محل الحق العيني، جامعة سطيف ٢ (تاريخ التصفح ١ يونيو ٢٠٢٣م)، متاح على: <https://cte.univ-setif2.dz/moodle/mod/book/view.php?id=17746&chapterid=4635>

موقع الإسلام سؤال وجواب. قسم الفتاوى. متاح على: <https://islamqa.info/ar/answers> (تاريخ التصفح: ١٢ أبريل ٢٠٢٣م).

هيئة تنظيم قطاع الاتصالات، "صفحة خدمات المستخدمين" (أو العنوان الظاهر في الصفحة)، الموقع الرسمي لهيئة تنظيم قطاع الاتصالات في لبنان، <http://www.tra.gov.lb/SubPage.asp?pageid246>، (تاريخ التصفح ٨ يوليو ٢٠٢٣م).

وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية (المغرب). (بدون تاريخ). الشرق. تم الاسترجاع يوم الأربعاء، (تاريخ التصفح ١٧ يوليو ٢٠٢٣م)، من <https://www.habous.gov.ma> الشرق-٩٧٨/٢

وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية. (بدون تاريخ). الموقع الرسمي لوزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية بالمملكة المغربية. تم الاسترجاع يوم الأربعاء، (تاريخ التصفح ٢٣ ديسمبر ٢٠٢٤م)، من <https://www.habous.gov.ma>

GENİŞ TÜRKÇE ÖZETİ ملخص موسع

Bu çalışma, " İslam Hukukunda Gayrimenkul Mallarla İlgili Hükümler (Borçlar Hukuku Çerçevesinde) " konusunu ele almakta ve bu mallara ilişkin hükümleri sistematik bir şekilde incelemektedir. Mal kavramı bireysel ve toplumsal ihtiyaçların giderilmesinde önemli bir role sahip olduğundan, ekonomik sistemin tüm yapılarıyla doğrudan ilişkilidir. Çalışmada, malların taşınır ve taşınmaz şeklinde tasnifi esas alınmış ve özellikle Hanefi mezhebinin bu konudaki yaklaşımı temel alınarak gayrimenkul mallara ilişkin fıkhi hükümler detaylı bir şekilde incelenmiştir. Araştırmanın amacı, gayrimenkul mallar üzerine özgün bir nazariye geliştirmek ve bu alanda bireylerin ve piyasaların ihtiyaçlarına uygun yeni hüküm inşasına katkıda bulunmaktır. Tez dört bölümden oluşmaktadır. Birinci bölümde, mal kavramı ve malların sınıflandırılması üzerinde durulmuş, fıkıh alimleri ve modern hukukçuların görüşleri çerçevesinde malın tanımı yapılmıştır. Bu bölüm, diğer bölümler için bir giriş ve hazırlık niteliğindedir. İkinci bölümde, gayrimenkul mallara ilişkin akitler ale alınmış bu bağlamda satış, selem, kira, sulh ve taksim gibi muavaza akitleri ve vasiyet, vakıf ve hibe gibi bağış akitleri çerçevesinde gayrimenkul mallara dair hükümler işlenmiştir. Üçüncü bölümde, gasb kavramı bağlamında gayrimenkul malların mülkiyetinin korunması ve istimlak, ikta, hima, ölü toprağın ihyası ve şufa gibi güncel meseleler incelenmiştir.

Son bölümde ise, gayrimenkul malların miras, zekât, davalar, ihtilaflar ve mülke verilen zararların tazmini gibi diğer hükümler kapsamlı bir şekilde değerlendirilmiştir. Bu çalışma, İslam hukukunda gayrimenkul mallara ilişkin hükümleri sistematik bir çerçevede ele alarak hem teorik hem de pratik açıdan katkı sağlamayı amaçlamaktadır.

Anahtar Kelimeler: İslam Hukuku, Muamelat, Akit, Gayrimenkul Hukuku, Gayrimenkul Mallar

BİRİNCİ BÖLÜM

MALIN TANIMI, TÜRLERİ VE BÖLÜNMESİNİN ÖNEMİ

İslam, taşınmaz mallara –diğer mal türlerinde olduğu gibi– büyük önem vermiştir. Bu konuda birçok ayet ve hadis rivayet edilmiştir. Taşınmaz mallar (gayrimenkuller), tarihsel süreçte çeşitli inşa ve gelişim aşamalarından geçmiştir.

İnsan, ilk çağlarda mağaralarda ve kovuklarda yaşamış, ardından çadırlarda barınmış, zamanla ev inşa etme sanatında ilerleme kaydetmiştir. Bu bağlamda, birçok fıkıh kitabı, akademik tez ve İslam hukuk tarihi üzerine yapılan araştırmalar taşınmaz mallara ilişkin hükümlere temas etmiştir.

Bazı hadislerde taşınmaz malların sahibine güvenlik, huzur ve istikrar hissi kazandırdığı, aynı zamanda insanın soyunu koruma araçlarından biri olduğu ifade edilmiştir.

Bu konuda kaleme alınan eserler arasında, taşınmaz malların satışı, kiralanması, taksimi, şufa hakkı ve başkalarına zarar verme gibi meseleleri konu edinen çok sayıda klasik ve modern kaynak bulunmaktadır. Çalışmayı dört ana bölüme ayrılmış, her bir konuyu ilgili bölüm başlıkları altında sistematik bir şekilde düzenlenmiştir. Bu bölümler arasında birinci bölüm, diğer tüm bölümlerin girişi mahiyetinde olduğundan en fazla kapsamı bu bölüm teşkil etmektedir.

Bu bölümde öncelikle "mal" kavramını dilsel ve ıstılahî (terimsel) açıdan tanımlayarak başladım. Tanımlara dair bu açıklamalar, konunun en iyi şekilde anlaşılması ve meselenin zihinde tam bir tasavvurla yer bulması amacıyla yapılmıştır.

Daha sonra, İslam hukuk ekolleri arasındaki görüş ayrılıklarına yer vererek, her bir mezhebin "mal" tanımına dair yaklaşımını açıklamaya çalıştım. Bu çerçevede, fakihlerin "mal" anlayışlarını derinlemesine ele alarak doğru bir tanıma ulaşmayı hedefledim.

Bu tanım çerçevesinde, başta Malikî, Şafîî ve Hanbelî mezhepleri olmak üzere fakihlerin çoğunluğu ile Hanefî mezhebi arasında önemli farklılıklar bulunduğu görülmektedir. Bu farklılıkların en belirgin olduğu alanlardan biri de "menfaatlerin mal olması" meselesidir.

Cumhur (çoğunluk) fakihler, menfaatlerin de aynî mallar gibi mal sayıldığını kabul ederken, Hanefî mezhebi buna muhalif bir görüş benimseyerek, menfaatlerin mal sayılamayacağını savunmuştur.

Bu görüş ayrılığı, taşınmaz mallara ilişkin birçok fikhî hükmün doğrudan etkilenmesine yol açmaktadır. Örneğin, Hanefî fikhına göre menfaatlerin mal olarak kabul edilmemesi, ev, daire veya arazi menfaatlerinin mal sayılmadığı; yalnızca aynî unsurların mal niteliğinde olduğu anlamına gelir Bu da, menfaatlerin dışsal ve hissedilebilir bir şeklinin olmadığı gerekçesiyle.

Ancak bu görüşe katılmadığımı ve menfaatlerin de aynî mallar gibi mal sayılması gerektiğini belirttim. Zira menfaatleri mal kabul etmemek; taşınmaz gelirlerinden zekât verilmesi gibi birçok fikhî meselenin geçersiz sayılması sonucunu doğurur.

Birinci bölümün ikinci kısmında ise, taşınmaz haklarının malî değeri ve bu hakların, örneğin intifa hakları gibi, mübadeleye konu olup olamayacağı meselesi ele alınmıştır.

Daha sonra, genel olarak malların kısımlarını açıklamaya başladım; çünkü taşınmaz mal, taşınır malın zıddıdır. Malların bazı türlerini ve bu malların mal sayılabilmesi için gereken şartları ortaya koydum. Bu bağlamda, malın "meta" (değer taşıyan) olması gerektiği şartını ekledim. Zıddı ise, değer taşımayan (gayr-i metâ) maldır. Fakihler, malın tanımında metâ olma şartını getirirler de, metâ kavramının anlamı konusunda ihtilaf etmişlerdir. Hanefilere göre metâ, korunamayan mal (gayr-i mahruz mal) iken, cumhur ulemaya göre metâ, Allah'ın istifadeye helal kıldığı mallardır. Bu, malların değerini Allah'ın belirlediği anlamına gelir.

Ardından malların diğer kısımlarına geçtim ve tezin önemli bir bölümü olan taşınır ve taşınmaz mallar konusuna ulaştım. Taşınır malın tanımını açıklamakla başladım. Bu bölüm, diğer mal türlerine kıyasla daha ayrıntılı bir şekilde ele alındı; çünkü taşınır mal, taşınmaz malın karşıtıdır. Taşınır malın hem dilsel hem de terimsel tanımını verdim ve türlerini inceledim. Bu kapsamda iki tür belirledim: tabiatı itibarıyla taşınır mallar ve manevi taşınırlar. Her bir bölüm için ayrı tanımlar sundum. Taşınır malların kendilerine özgü bir mülkiyet biçimi vardır; bu da onların gayrimenkulle olan bağlantısının taşınmaz mülkiyetinin genişlemesini ifade ettiğini gösterir. Bu husus, sabit (durağan) varlık ile hareketli varlık arasındaki farkı ortaya koymamızı sağlar ve bu sayede maliklerin hak ve durumlarını ayırt etmemize imkân tanır.

Taşınmaz mallara gelince, diğer mal türlerinde olduğu gibi bu bölümde de taşınmaz mal kavramının dilsel ve terimsel tanımına yer verilmiştir. Ancak bu tür mallara ilişkin bazı hukuki tanımlar da eklenmiştir. Bilindiği üzere, "taşınmaz mal" kavramı yerine en yaygın olarak kullanılan terim "gayrimenkul"dür. Muhasebe literatüründe ise bu mallar genellikle "duran

varlıklar” olarak adlandırılmaktadır. Dolayısıyla, taşınmaz mala dair farklı adlandırmalar mevcuttur: taşınmaz mal, duran varlık ya da gayrimenkul; tüm bu terimler toprak ve yapı anlamına gelir.

Ayrıca taşınır ve taşınmaz mallar başka bir şekilde de sınıflandırılabilir: nakdî varlıklar ve nakdî olmayan varlıklar. Fakihler nezdinde taşınmaz malları ayırt edici en önemli özellik, bu malların sabit ve yerel (mahallî) nitelikte olmasıdır. Gayrimenkul teriminin kapsamını belirleyen temel ölçüt, sabitlik özelliğidir. Fakihler, başkasının arazisi üzerine sağlam ve sabit bir yapı inşa eden kişinin mülkiyet hakkını elde edemeyeceği konusunda ittifak etmişlerdir. Zira bir kimsenin gayrimenkul sahibi sayılabilmesi için hem arsanın hem de üzerindeki yapının o kişiye ait olması şarttır. Bu görüş birçok fikhî hüküm doğurur. Bunlardan biri de, başkasının arsasına inşa edilen bir yapı üzerindeki ihtilaf durumunda açılan davanın gayrimenkul davası değil, şahsî bir dava sayılmasıdır.

Örneğin, Malikî mezhebine göre taşınmaz mal kavramı daha geniş bir şekilde ele alınmıştır. Malikîler, bina ve ağaçların araziyle olan fiziksel bağlantısından dolayı bunların da gayrimenkul (taşınmaz mal) sayılacağını belirtmişlerdir. Bu görüşlerini, Nebvî hadislerden çıkardıkları delillere dayandırmışlardır. Malikîlerin bu adlandırmadaki amacı, asıldan türeyen şeylerde mülkiyet sınırını belirlemektir. Bu bağlamda, kira sözleşmeleri ve ağaçlardan elde edilen meyveler gibi ürünler ayrı birer sözleşmeye konu olabilir. Bu yaklaşım, taraflar arasında ortaya çıkabilecek ihtilafları çözmek ve her bir tarafın hakkını netleştirmek açısından meşru ve geçerli bir yoldur. Zira gayrimenkul satışlarında genellikle yapıların tamamlayıcı unsurları, eklentileri ya da taşınmazla doğrudan ya da dolaylı olarak bağlı olan unsurlar da söz konusudur. Bu nedenle, bina ve ağaçların taşınmaz mal sayılmaması, şüfa (ön alım) hakkı talebinde bulunan kişinin yalnızca arsa için hak iddia edebileceği, ancak bina ve ağaçların bedelini ayrıca mal sahibine ödemesi gerektiği anlamına gelir. Öte yandan, eğer bina ve ağaçlar taşınmaz mal sayılırsa, bu durumda arsa ve üzerindeki birlikte şüfa talebinin konusu olur.

Hanbelîler ise, araziye bağlı olan her şeyin —bina ve ağaçlar dâhil— gayrimenkul kapsamına gireceğini ifade etmişlerdir. Onlara göre bu unsurların bulunduğu yerden sökülüp çıkarılması, onların mahiyet ve şekil özelliklerini ortadan kaldırdığı için, bu varlıklar araziden ayrılmaz bir bütün olarak değerlendirilmelidir.

Bu açıklamalardan çıkan sonuç şudur ki; fakihler, taşınmaz mal birliğini bozabilecek her türlü ihtilafı bertaraf etmeye büyük önem vermişlerdir. Arazi bir kişiye, üzerindeki bina ve ağaçlar başka bir kişiye ait olduğunda, bu durumu tek bir malikmiş gibi değerlendirmelerinin amacı, taşınmaz mülkiyetinde birden fazla aynî hakkın üst üste binmesini önlemek ve gayrimenkul birliğini muhafaza etmektir. Fakihler genellikle araziye esas (cevher) ve maliklerin tasarruflarına konu olan bir zemin (kap) olarak kabul etmişlerdir. Ancak, bu zemine yapılan yapılar ve ekilen unsurlar konusunda farklı değerlendirmelerde bulunmuşlardır. Zira akıl, arazide yer alan her türlü yapı, konut ve ağaçların taşınmaz mal kapsamında olduğunu kabul eder. Nitekim İmam Nevevî de, eşyayı üç kısma ayırırken şöyle demiştir: “Eşyalar, taşınır mallar, toprak (arazi) ve aslında taşınır” olup toprağa kalıcı olarak yerleştirilmiş şeylerdir.

Bu doğrultuda, bina ve ağaçlar, Hanefiler, Şafîiler ve Hanbelîler gibi çoğunluk fakihler nezdinde, taşınmaz sayılır; ancak bu sıfat, bağımsızlık yoluyla değil, asıla (toprağa) tâbi olmaları hasebiyle verilmiştir. Malikîler ise bu konuda farklı bir yaklaşım benimseyerek bina ve ağaçları başlangıçtan itibaren müstakil taşınmazlar olarak değerlendirmiştir.

Osmanlı Hukuku’nda ise taşınmaz mallar ayrıntılı biçimde tasnif edilmiştir. Bu tasnife göre, taşınmaz mallar; umuma açık alanlar (yollar, sokaklar, meydanlar), terk edilmiş araziler, mîrî araziler, vakıf arazileri, mevat (ölü) araziler ve özel mülkiyete konu olan araziler şeklinde sınıflandırılmıştır. Bu tür arazilere ilişkin ayrıntılar bir şema ile gösterilmiştir. Özellikle Osmanlı Arazi Kanunnamesi’nin yürürlüğe girmesinden sonra, mîrî araziler iki kısma ayrılmıştır: Tam tasarruf hakkı devlete ait olan araziler ve tapu ile şahıslara devredilmiş, sadece yararlanma hakkı tanınan araziler. Bu ikinci tür, "menfaat mülkiyeti" olarak adlandırılmakta olup, malik yalnızca kullanım hakkına sahiptir; satış, bağış, miras gibi tasarruflarda bulunamaz.

Taşınmaz malların bu şekilde detaylı şekilde sınıflandırılması, ekonomik değerlerinin belirlenmesi, yatırım aracı olarak kullanımı ve hukukî statülerinin açıklığa kavuşturulması açısından büyük önem arz etmektedir. Zira toprak, taşınmaz malın en sade ve temel biçimidir ve üzerine inşa edilen tüm gayrimenkullerin başlangıç noktasıdır.

Mevât araziler ile mirî araziler arasındaki fark şudur: Mevât araziler, sınırları belirlenmemiş ve üzerinde herhangi bir mülkiyet hakkı doğmamış arazilerdir. Buna karşılık, mirî araziler belirli bir yerle sınırlıdır ve devletin tasarrufu altındadır. Arazi türlerinin bu şekilde sınıflandırılması, her tür taşınmaz üzerinde yapılabilecek tasarrufların sınırlarını belirlemek açısından büyük önem taşır.

Örneğin, vakıf arazileri özel mülkiyete konu edilemez; satılamaz, rehin edilemez ve şahsi mülkiyete geçirilemez.

Şâfiî mezhebi, ağaç ve bitkilerin taşınmaz mal sayılıp sayılmaması konusunda lügat anlamına uygun bir yaklaşım benimsemiştir. Buna göre, saksılarda yetişen ve gövdesi (gövde anlamında “sâk”) olmayan bitkiler taşınmaz mal sayılmaz.

Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye de, taşınmazların birbirine yapışması (iltisâk) durumuna dair bir örnek vermiştir. Bu konuda İslam fıkıhı öncülük etmiş ve deniz veya göl sularının çekilmesiyle meydana gelen yeni taşınmazlar örnek gösterilmiştir. Bu türden oluşan yeni arazi parçaları, komşu taşınmaza katılarak onunla birlikte değerlendirilmektedir. Bu tür kazanç, “afet-i semâviyye” neticesinde oluşan sabit taşınmazlar olarak adlandırılmıştır.

Taşınmazlara bağlı unsurların (tebaîler) belirlenmesinde örf (gelenek) temel ölçüt kabul edilmiştir. Fıkıh kaynaklarında örfe sıklıkla atıfta bulunulmuş ve örfen satıma dahil sayılan unsurların ayrıca zikredilmesine gerek olmadığı belirtilmiştir. Bu yönüyle, örfün şer‘î bağlayıcılığı vardır.

Bununla birlikte, bazı taşınmaz mallar zamanla asli niteliklerini kaybedebilir. Bu değişim, dışsal bir müdahale ile olabileceği gibi, tamamen doğal süreçler yoluyla da gerçekleşebilir. Bu durum, taşınmaz malların taşınır mala dönüşmesine neden olabilir ve buna bağlı olarak taşınmaz mallara uygulanan hükümler, taşınır mallara ilişkin hükümlerle yer değiştirir. Bu konu, mülkiyet tasarrufları ve buna bağlı diğer hukukî sonuçlar açısından önem arz etmektedir.

Taşınmaz mallarla ilgili önemli inceleme alanlarından biri de mülkiyet konusudur. Bu konu, fakihler tarafından büyük bir titizlikle ele alınmış ve çeşitli alt başlıklara ayrılmıştır. Taşınmaz malların mülkiyeti, şekline göre “mufrez mülkiyet” (ayrı mülkiyet) ve “müşâ mülkiyet” (ortak mülkiyet) olarak tasnif edilmiştir. Mülkiyetin sahibi dikkate alındığında ise, bireysel (ferdî) mülkiyet, kolektif (cemaat) mülkiyet, menfaat mülkiyeti (kullanım hakkı) ve rakabe (çıplak mülkiyet) gibi farklı türler söz konusudur.

Bu bölüm, özellikle İmam Karâfî tarafından detaylı şekilde işlenmiş; “menfaat hakkı” ve “yararlanma hakkı” başlıkları altında sistematik bir şekilde açıklanmıştır. Bir kişi hem taşınmazın rakabesine (mülkiyetin aslına) hem de menfaatine (kullanım hakkına) sahip olabilir. Bu tür

sınıflandırmalar, maliklerin taşınmaz üzerindeki tasarruf yetkilerinin sınırlarını netleştirmek ve mülkiyetin kapsamını belirlemek açısından önem arz etmektedir

Taşınmazlardan doğan ve onlardan elde edilen unsurlar da özel hükümlere tabidir. Burada “taşınmazdan elde edilenler” (müstehracât) ifadesi ile kastedilen; define, maden, cevher gibi yeraltı kaynaklarıdır. Fakihler bu konuda çeşitli hükümler ortaya koymuşlardır. Arazi türlerine göre bu kaynakların hukuki statüsü farklılık gösterir. Örneğin, bu kaynaklar özel mülkten mi, vakıf arazisinden mi yoksa kamuya açık bir yerden mi çıkarılmıştır? Her bir durumun ayrı fikhî hükmü vardır.

Özellikle altın, gümüş ve diğer madenlerin kamu mülkiyetinden (örneğin devlet arazisi) çıkarılması durumunda, bunların gelirleri Beytü’l-Mâl’e (İslam devlet hazinesine) aittir. Çünkü bu tür arazilerin rakabesi devlete aittir ve asıl mülkiyet sahibi olan devlet, türev hakların da sahibidir. Bununla birlikte, taşınmazla bağlantılı olarak iki tür türev gelişme söz konusudur: “bitişik doğum” (doğrudan bağlı olanlar) ve “ayrık doğum” (bağımsız olarak oluşan unsurlar).

İKİNCİ BÖLÜM

İSLAM HUKUKUNDA TAŞINMAZ MALLAR ÜZERİNE GERÇEKLEŞEN AKİTLER

Çalışma, taşınır ile taşınmaz malların birlikte satışını ele almaktadır. Araziye bağlı olan binalar ve yapılar gibi taşınmazla birlikte otomatik olarak devredilen bağlantılı ve sabit unsurlar açıklanmaktadır. Ayrıca, bazı şeylerin özel bir anlaşma olmaksızın taşınmazla birlikte devredilmeyen bağlı unsurlar olarak ayrımı yapılmaktadır.

Araştırmada, gayrimenkul satışının farklı türleri incelenmektedir; bunlar arasında daha sonra ödenecek bir fiyatla yapılan vadeli satış (satış el-vafâ), gelecekte gerçekleşecek bir şarta bağlı satış (satış er-reca) yer almaktadır. Ayrıca, rekabet usulüyle gerçekleştirilen açık artırma yoluyla taşınmaz satışına yer verilmiş, taşınmaz satışında menfaatlerin istisnaları da belirtilmiştir; zira menfaatler her durumda otomatik olarak devredilmemektedir.

Taşınmaz malların haklarının satışı bağlamında, mülkiyet hakkı gibi taşınmazla bağlantılı haklar ile irtifak hakkı gibi taşınmazdan bağımsız olarak ayrı şekilde işlem görebilen haklar arasındaki farklar ortaya konmuştur.

Daha sonra araştırma, taşınmaz malların kira sözleşmelerini incelemektedir. Ortak mülkiyet altındaki taşınmazlar için geçerli olan ortak kira türü (ijar al-mişa ‘) gibi farklı kira türleri açıklanmaktadır. Ayrıca, İslami çerçevede finansman aracı olarak kullanılan teverük (turuk) ve menkul kıymetleştirme (taskiyk) yöntemlerine değinilmiştir. Taşınmaz malların tanımlanmış ve şartları net bir şekilde belirlenmiş kira sözleşmesi (ijaratu-l-müsūfa fîz-zimmah) açıklanmıştır. Haram bir menfaat için kira yapılmasının yasak olduğu belirtilmiştir.

Araştırma, taşınmaz malların boş (kullanıcısız) kalması durumunu ve bunun hukuki sonuçlarını da incelemektedir.

Gayrimenkullerde sulh (barış, uzlaşma) konusuna geçildiğinde, taşınmaz mallarda sulh türleri detaylandırılmıştır. Ortak haklara ilişkin sulh (sulh al-ḥaṭṭah) ve hakların takası sulhü (sulh al-mu‘āwadah) gibi sulh çeşitleri açıklanmıştır. Ayrıca, menfaatler ve irtifak hakları üzerine sulh yöntemleri sunulmuş, uyuşmazlıkların çözümünde sulhun önemi vurgulanmıştır.

Taşınmaz malların paylaşımında, taşınmazların fiziksel bölünmesi (kısmî paylaşırma) ve menfaatlerin paylaşımı (menfaatlerin taksimi) açıklanmıştır. Zaman ve mekana bağılı yararlanma (muḥayyeṭa) kavramları üzerinde durulmuştur.

Çalışmada, taşınmaz mallar üzerindeki vasiyet konusu ele alınmaktadır. Mülkiyetin devrini içeren maddi varlıklar (taşınmazlar) üzerindeki vasiyetin yanı sıra, taşınmazların faydalarının devriyle ilgili vasiyetler de incelenmiştir. Ayrıca, ürünler ve taşınmazlardan elde edilen getirilerle ilgili vasiyetler ile mülkiyete bağılı hakların (örneğin irtifak hakkı, intifa hakkı) vasiyet yoluyla devri detaylandırılmıştır. Vasiyet konusu mülkiyetin ne zaman sabitlenebileceğı hususu da açıklanmıştır.

Taşınmaz malların vakfı (vakıf kurumları) konusunda ise, vakfedilecek malın koşulları (örneğin müstakil olması ve sahibinin olması) tartışılmıştır. Hem taşınır hem taşınmaz malların vakfedilmesi konusuna değinilmiş, rehinli ve kiralanmış malların vakfı gibi özel durumlar ele alınmıştır. Vakfa ilişkin yönetim ve kullanım hakları olan haklar (mukata, kadık, meske, mersed gibi) tanımlanmıştır. Ayrıca, vakfedilmiş malların satışı ve değıştirilmesi ile ilgili prosedürler ve vakfedilmiş mallardan elde edilen faydaların devamı incelenmiştir.

Taşınmaz malların hibe edilmesi ise farklı şekillerde ele alınmıştır; ömür boyu kullanım şartına bağılı hibe (ömürlü hibe) ve faydanın sürekliliğine bağılı hibe (rikabî hibe) türleri açıklanmış, bu

hibeler arasındaki benzerlikler ve farklar detaylandırılmıştır. Her bir hibe türünün hukuki sonuçları da değerlendirilmiştir.

Ortak Mülkiyet Hibesi (Hibe-i Musha) Ortak mülkiyet hibesi, birden fazla kişinin ortak olduğu taşınmazın belirli bir hissesinin devridir. Hibe, mülkün tamamı için değil, ortaklığa ait pay için geçerlidir. Bu tür hibelerde, mülkiyetin ispatı ve mülkün kullanımıyla ilgili çeşitli hukuki zorluklar ortaya çıkar. Bu nedenle, tüm tarafların haklarının korunması için bu tür durumları düzenleyen hukuki kurallar incelenir.

Taşınmazın tescili, mal sahibinin haklarını güvence altına almak için zorunlu bir işlemdir. Bu işlem, taşınmazın resmi olarak devlet siciline kaydedilmesini kapsar ve böylece mülk resmi ve hukuki bir statü kazanır. Tescil, mülkiyetin kanıtlanmasını kolaylaştırır ve satış, rehin, kira gibi işlemlerin resmi olarak tanınmasını sağlar. Tescilin yapılmaması durumunda yapılan işlemler hukuken geçersiz sayılabilir.

Taşınmaz Rehni Rehin, alacaklıya borcun ödenmesini güvence altına almak için taşınmaz üzerinde verilen bir haktır. Rehin çeşitleri arasında, taşınmazın alacaklıya teslim edilmesini gerektiren zilyetlikle rehin bulunmaktadır. Menfaat rehni ise taşınmazın kendisi değil, üzerinde kurulu menfaatlerin rehin verilmesidir. Ortak mülkiyette rehni ise ortakların payları üzerinde rehin hakkını kapsar. Ayrıca, rehin konusu taşınmazın doğal ya da yapay artışlarının nasıl değerlendirileceği ve kimlerin faydalanacağı detaylandırılır.

Sigorta rehni, alacaklıya taşınmazın teslimi gerekmeksizin borcun teminatını sağlar. Bu tür rehin, borçlunun mülkü kullanmaya devam etmesine olanak tanır, böylece daha esnek bir teminat şeklidir. Sigorta rehninin hukuki şartları ve ticari işlemlerde, özellikle gayrimenkul teminatlarında nasıl kullanıldığı ele alınır.

Taşınmazda İmtiyaz ve Tahsis Hakları İmtiyaz hakkı, alacaklıya diğer alacaklılara kıyasla öncelik tanır ve böylece borçların tahsilatında güven sağlar. Tahsis hakkı ise mahkeme kararı gereği taşınmaz üzerinde uygulanan tasarruf yetkisidir. Bu hakların kanunlarla düzenlenmesi, kötüye kullanılmasını engeller ve tarafların haklarını korur.

Taşınmaz Üzerindeki Tasarruflar Bu bölümde satış, kira, rehin ve menfaat sözleşmeleri gibi taşınmaz üzerindeki tüm hukuki işlemler incelenir. Söz konusu işlemlerin geçerli olması için belirli yasal şartların yerine getirilmesi gerekir. Ayrıca, taşınmaz üzerindeki menfaatlerin kullanımı ve düzenlenmesiyle ilgili sözleşmelerin (intifa, kira sözleşmeleri gibi) hukuki etkileri açıklanır.

Taşınmazın Korunması ve Zarar Görmesi Bu kısımda taşınmazın doğal afetler veya insan hataları nedeniyle zarar görmesi durumunda sorumluluklar ele alınır. Mülkün kendisine (taşınmazın fiziksel varlığı) ve üzerindeki menfaatlara (kira, ürünler) gelen zararlar ayrıntılı şekilde değerlendirilir. Sorumluluğun kimde olduğu, tazminat mekanizmaları ve yasal yükümlülükler bu kapsamda açıklanır.

Çalışma, taşınmaz malın ödünç (ariyet) verilmesi meselesini incelemekte, bunun bir teberru akdi olarak hükmünü ortaya koymaktadır. Ardından, ödünç verilen malın miras yoluyla intikali ve ödünç alan kimsenin bu malı kiraya verip veremeyeceği gibi meselelere temas edilmekte; bu konulardaki fikhî görüşler ve doğacak hukukî sonuçlar açıklanmaktadır.

Tezde, daha sonra taşınmaz mallarla yapılan ortaklıkları ele almakta, özellikle hisse senetleriyle yapılan mudaraba (emek-sermaye ortaklığı) ve anân şirketi (eşit ortaklık) gibi modelleri incelemektedir. Bu çerçevede, taşınmazın ortaklık sermayesine konu edilmesi durumunda şer'î geçerlilik şartları ve farklı ortaklık modelleri detaylı olarak açıklanmaktadır.

Çalışmanın devamında, taşınmazların tarım yoluyla değerlendirilmesine ilişkin olarak, müsâkât (bahçecilik ortaklığı) ve muzâraa (tarım ortaklığı) akitleri ele alınmakta; bu akitlerin hukukî mahiyeti, geçerlilik şartları ve amelî uygulamaları fikhî deliller ışığında değerlendirilmiştir.

Bölümün son kısmı, çağdaş bir mülkiyet ve kullanım modeli olan zaman paylaşımli ortaklık sözleşmelerini konu edinmekte; burada kişilerin belli dönemlerde taşınmazdan yararlanma hakkına sahip oldukları iki temel model, yani satışa dayalı sistem ve kira esaslı sistem ayrıntılı şekilde ele alınmaktadır. Bu sözleşmelerin şer'î hükmü, garar (belirsizlik) ve cehâlet (bilgi eksikliği) gibi hususlar açısından incelenmektedir.

Netice itibariyle tez, taşınmaz mallar üzerindeki tasarrufların ne denli geniş ve çeşitli olduğunu; teberru, akit, ortaklık ve yatırım gibi farklı yönlerden bu tasarrufların fikhî temellendirmelerle nasıl ele alındığını kapsamlı biçimde ortaya koymaktadır.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

İSLÂM HUKUKUNDA GAYRİMENKUL MALLARIN ZİLYETLİĞİ

Bu bölümde, taşınmaz mallarla ilgili olarak rıza ile yapılmayan tasarruflar incelenmektedir. Öncelikle, taşınmaz malların gasbedilmesi ve buna bağlı hükümlere değinilir; gasbedilen malın menfaatleri, gasp edenin kira veya bedel sorumluluğu ele alınır. Ayrıca, gasp edilen toprakta yapılan bina ve dikimlerin hükmü ve gasp edilen yerde ibadetin caiz olup olmadığı tartışılır. Daha sonra, taşınmaz malların istimlâki konusu işlenir; istimlak türleri, özellikle halktan zorla veya gönüllü olarak boşaltılan arazilere dair fikhî değerlendirmeler yapılır. Ayrıca, kamu yararı için emir sahibi tarafından yapılan istimlak işleminin meşruiyeti, İslam fikhindeki maslahat ve zarar prensipleri ışığında açıklanır.

Devamında, İslam devletlerinde toprak mülkiyeti veya kullanımına yönelik bir sistem olan iktâ sistemi ele alınır; bu sistemin şer'î sınırları ve koşulları izah edilir. Ayrıca, kamu yararı için belirli toprakların kullanıma kapatılması anlamına gelen himâ sistemi incelenir; kapsamı ve otoritenin sınırları üzerinde durulur.

Son olarak, sulh yoluyla fethedilen toprakların hukuki durumu değerlendirilir; halkın toprak üzerindeki haklarının korunması veya toprakların Müslümanlara ait sayılması durumları ayrıntılı şekilde açıklanır ve devletin toprak üzerindeki tasarruf hakkına etkisi ortaya konur.

Ardından, taşınmaz mallarda zamanaşımı meselesine değinilmekte; zamanaşımının mülkiyet kazanımı veya ispatı üzerindeki etkileri, İslâm hukukundaki sınırları ve koşulları açıklanmaktadır.

Çalışma, daha sonra kullanılmayan ya da terk edilmiş toprakların canlandırılması (ihya-i mevât) konusuna yönelir. Bu toprakların nasıl ve hangi şartlarda ihya edilebileceği, bunun mülkiyet üzerindeki etkileri fikhî esaslar çerçevesinde ortaya konur. Ayrıca, taşınmaz mallarla ilgili kısıtlı tasarruf biçimlerinden biri olan “sûfâf” (bir tür kısıtlı hak ilişkisi) tartışılır; bu akdin mahiyeti ve uygulanma koşulları ele alınır.

Çalışmanın önemli bir kısmını ise taşınmaz mallarda şuf'a (önalım) hakkı oluşturur. Şuf'a hakkının, malik, ortak veya komşuya satış yapılmadan önce payı satın alma imkânı tanıdığı, böylece hakların korunması ve adaletin sağlanmasının hedeflendiği açıklanır. Şuf'a hakkının engellenebileceği durumlar, malın şuf'a'ya elverişliliği, kısmen bölünebilirliği ve payların

paydaşlar arasında nasıl paylaştırılabileceği gibi hususlar ayrıntılı şekilde değerlendirilir. Ayrıca, taşınmaz üzerindeki yapılar ve dikilen bitkiler açısından şuf'a hakkının kapsamı ile taşınmazdan doğan menfaatler (yararlanma hakları, kâr payları vb.) üzerinde durulur.

Genel olarak, çalışma taşınmaz mallar üzerinde İslam hukukunun hakları koruyan, adaleti gözeten ve günümüz koşullarına uyum sağlayan hassas düzenlemelerini ortaya koyar. Bu sayede taşınmazlarla ilgili hukuki işlemlerde istikrar ve hakkaniyet sağlanması amaçlanır. Çalışma, taşınmaz mal hukuku konusunda fikhî hükümler ile uygulamalarını kapsamlı biçimde değerlendirerek İslam hukukuna önemli bir katkı sunmaktadır.

DÖRDÜNCÜ BÖLÜM

TAŞINMAZ MALLARLA İLGİLİ MUHTELİF HÜKÜMLER

Bu bölüm, gayrimenkul mallarla ilgili fikhî ve malî hükümleri çeşitli başlıklar altında ele almaktadır. İlk olarak, gayrimenkul malların mirası konusuna değinilmekte; İslam fikhinde yer alan klasik miras sistemi ile Osmanlı dönemi geçiş sistemine dayanan idari düzenlemeler karşılaştırmalı olarak incelenmektedir. Ayrıca, miras yoluyla intikal edebilecek haklar ile edilemeyecek haklar, fikhî esaslar ve şeriatın maksatları doğrultusunda açıklanmaktadır. Varisler arası feragat (tehâruç) konusu da detaylı şekilde işlenmiş; gayrimenkul mallar üzerinden doğrudan feragat veya menfaat ve aynlar içeren yatırım fonları aracılığıyla yapılan feragat örnekleriyle birlikte incelenmiştir. Bununla birlikte, miras bırakanın vefatından sonra gayrimenkul mallarda meydana gelen artış (terike neması) ve bu artışların mirasa dahil olup olmayacağı da tartışılmaktadır.

Daha sonra bölüm, gayrimenkul malların zekâtı konusuna geçmekte ve kiraya verilen taşınmazların (müstegallât) zekât yükümlülüğü açıklanmaktadır. Bu kapsamda, müstegallâtın zekât oranı ve zekâtın hangi tür mal üzerinden verilmesi gerektiği hususları ayrıntılı olarak işlenmektedir. Ayrıca, ticaret amacıyla edinilen gayrimenkul malların zekâtı, bunların kişisel kullanım veya yatırım için edinilenlerden farkı ortaya konularak açıklanmaktadır.

Ardından, zekâtın farz olabilmesi için gereken havelânü'l-havl (bir yılın geçmesi) konusu ve niyetin zekât yükümlülüğüne etkisi tartışılmaktadır. Aynı şekilde, miras yoluyla elde edilen gayrimenkullerde zekâtın durumu ve bunun ne zaman varise farz olacağı da değerlendirilmiştir.

Bölümün devamında, gayrimenkul malın mehir konusu yapılması incelenmektedir. Mehirin doğrudan bir gayrimenkul mal (ayn) olarak ya da bu mallardan elde edilen menfaat olarak verilmesi konusundaki fikhî görüşler ele alınmaktadır. Ardından, gayrimenkul karşılığı hul' (kadının boşanmak için mal vermesi) konusu işlenmiş ve bu tür malların hul' bedeli olarak kullanılmasının sonuçları irdelenmiştir.

Bölüm, gayrimenkul mallarla ilgili davalar ve anlaşmazlıklar başlığı altında devam etmekte ve özellikle vakıf taşınmazlar üzerine açılan davalar, kamulaştırma nedeniyle tazminat talepleri, ve menfaat kaybı nedeniyle tazminat gibi konulara yer vermektedir.

Son olarak, gayrimenkul malların finansmanı başlığı altında, şeriata uygun modern finansman yöntemleri incelenmektedir. Bu kapsamda, genellikle inşaat finansmanında kullanılan istisna akdi, mukâvala (müteahhitlik sözleşmesi), kira sözleşmesi yoluyla finansman (icâre), müşareke modelleri ve intifa hakkına dayalı sukuk gibi yöntemler açıklanmakta ve her birinin uygulanabilirliği değerlendirilmektedir.

GENİŞ TÜRKÇE ÖZETİ ملخص موسع

Kur'an-ı Kerim, maldan, türlerinden ve kazanma kurallarından söz etmiştir. Mal, medeniyetin ve imarın kaynağı, çatışmaların arenası ve ticaretin temelidir. Bir sözle “Mal, ruhun kardeşidir.” İslam, mala ilişkin meseleyi göz ardı etmemiş; mal ile imanı birbirine bağlamış, böylece ruh ve maddeyi bir araya getirmiştir. Çünkü mal, bu dünyadaki hayatın temel unsurlarındandır.

İslam Şeriatı, malın yönetimi, harcanması ve ticaretine dair kuralları içermektedir. Hiçbir Müslüman toplumun, malı Batı'daki kanun ve düzenlemelerden farklı bir kavram olarak ele alması uygun değildir. İslami finansal işlemler, maslahat (menfaat) esasına göre şekillenir; çünkü şariat çok mal sahibi olmayı statü ölçüsü saymaz, mal Allah'a aittir ve insan onun vekilidir. İslam, mala yaratılış ve ilahi takdir olarak bakar; bir Müslümanın, Kur'an'ın mal hakkındaki hükümlerine aykırı düşünce taşıması kabul edilmez. Kur'an ayetleri ve Peygamberimizin hadisleri, malın idaresi ve dağıtımıyla ilgili çok sayıda hüküm içerir. Bazı ayet ve hadislerde, malın yaratılış amacına uygun kullanılmaması eleştirilir; çünkü mal araçtır, amaç değil, ve müminin imanını sınayan bir imtihandır.

Mal, hayatın ve toplumun temel direği, genel faydanın aracıdır. İnsanların dünya ve ahiret ihtiyaçlarının çoğu ancak mal aracılığıyla karşılanır. Allah, malları kulların dinî ve dünyevî ihtiyaçlarının teminatı yapmıştır. Allah şöyle buyurur: Akılsızlara mallarınızı vermeyin. Allah'ın sizin için temel kıldığı mallar bunlardır. Onlara bu maldan rızık verin, giydirin ve onlara güzel söz söyleyin. Mal, nefislerin ve hayatın temelidir, aynı zamanda onun değeridir. İslam, malın düşmanı değil, aksine onu Yüce Allah'ın adıyla ilişkilendirir. Allah şöyle buyurur: Onlara Allah'ın size verdiği maldan verin.

Bu ayet, malın temel ve değer olmasını amaçlar. Kur'an'da mal çeşitli şekillerde geçer; bazen tekil, bazen çoğul; bazen belirli, bazen belirsiz; bazen nefisten ve çocuktan önce veya sonra zikredilir ki bu, İslam'ın mala verdiği önemi gösterir. Taşınmaz malların önemi ise şudur: İnsanların barınakları, rahat ve şifa buldukları yerler olmaları; aynı zamanda sermaye malı olarak üretim faaliyetlerinde kullanılmasıdır. Hiçbir ekonomik, üretimsel, sanayi, tarım, ticaret ya da hizmet faaliyeti toprak ve bina olmadan olmaz. Taşınmaz mallar dünya saadetinin temelidir. Hz. Peygamber şöyle buyurmuştur: “Bir müminin saadetinden biri, geniş bir mesken, iyi bir komşu ve

Rahat bir binektir. Bu yüzden taşınmaz malların önemi, mahiyeti ve İslam şeriatındaki temelleri araştırmanın ilk konusudur. Çünkü her malın yatırım açısından kendine özgü bir doğası vardır. Modern yaşamın gelişimine bağlı olarak tasarruf şekilleri de yenilenmekte ve çeşitlenmektedir.

Örneğin tarımsal yapılar genellikle kiraya verilirken, taşınabilir mallar (otomobil, uçak, gemi gibi) ya kiralanmakta ya da bireysel olarak kullanılmaktadır. Her mal türünün farklı özellikleri ve nitelikleri vardır.

BİRİNCİ BÖLÜM

MALIN TANIMI, TÜRLERİ VE SINIFLANDIRILMASININ ÖNEMİ

Bu araştırma, paranın dilsel ve terimsel yönlerden tanımını ele almaktadır. Para, dil açısından insanın sahip olduğu ve kullandığı her şey olarak tanımlanırken; terim olarak maddi varlıklar, taşınırlar, faydalar ve maddi değeri olan hakları kapsamaktadır. Ayrıca, araştırma faydaların maliyeti kavramını açıklamakta; bunun içinde belirli parasal değere sahip “değerli fayda” ve değeri belirli olmayan “değersiz fayda” ayrımı yapılmaktadır. Ayrıca, manevi haklar ve irtifak hakları gibi çeşitli hakların maliyeti ile bu hakların değişim ve alım-satım kabiliyeti üzerinde durulmaktadır.

Araştırma, paranın çeşitli bölümlerini incelemektedir. Bunlar, değerli ve değersiz, maddi ve manevi, gelişen ve gelişmeyen, nakit ve ticari mallar, görünen ve gizli, tüketim ve kullanım amaçlı, yok olabilen ve beklenen gibi kategorilere ayrılmaktadır. Bu sınıflandırma, paranın doğasındaki çeşitliliği ve hukuki ile mali işlemlerde nasıl ele alınması gerektiğini göstermektedir.

Araştırma, taşınabilir ve taşınmaz mallara özel önem vermektedir. Taşınabilir mal, bir yerden başka bir yere taşınabilen maddi mallar veya belirli haklar olarak tanımlanırken; taşınmaz mal ise taşınamayan gayrimenkuller, örneğin arazi, binalar, ağaçlar ve bitkiler olarak belirtilmektedir. Bu taşınmazlar, esasen sabit olanlar ya da gökyüzü ve yapay sabitler gibi bağlı sabitler olarak sınıflandırılmaktadır. Ayrıca, bağlı sabitlerin kabul edilme şartları ile taşınmaz malların mali durumu ve çeşitli kullanım şekilleri ele alınmaktadır.

Araştırma, taşınmaz mallara ilişkin aynı hakları tartışmaktadır. Bunlar arasında mülkiyet hakkı, irtifak hakkı ve faydalanma hakkı bulunmaktadır. Ayrıca, bu asli hakları tamamlayan tali aynı haklar ve bu hakların taşınmaz malın korunması ve düzenlenmesindeki rolü açıklanmaktadır

Araştırma ayrıca, taşınmaz malların mülkiyet türleri ve edinme sebeplerini incelemektedir. Mülkiyetin yeri, sahibi ve şekline göre farklılıkları açıklamakta ve mülkiyet edinmenin çeşitli sebepleri ile mülkiyetin kapsamını, coğrafi ve tasarruf sınırlarını belirlemektedir. Bu da hukuki mülkiyetin net bir çerçevesini oluşturmaktadır.

Son olarak, araştırma taşınmaz mallardan elde edilen ve doğan malların mülkiyetine odaklanmaktadır. Hazine ve madenler gibi çıkarılan malların mülkiyeti, özel mülk, kamu mülkü veya yararlanılan arazi kaynaklı olmasına göre ayrılmakta; ayrıca sürekli doğan mallar ile ayrı doğan mallar arasındaki farklar açıklanmaktadır. Bu durum, söz konusu mallara ilişkin haklar ve yükümlülükler üzerinde önemli etkiler doğurmaktadır.

İKİNCİ BÖLÜM

İSLÂM HUKUKUNDA TAŞINMAZ MALLAR ÜZERİNDEKİ AKITLER

Çalışma, taşınır ile taşınmaz malların birlikte satışını ele almaktadır. Araziye bağlı olan binalar ve yapılar gibi taşınmazla birlikte otomatik olarak devredilen bağlantılı ve sabit unsurlar açıklanmaktadır. Ayrıca, bazı şeylerin özel bir anlaşma olmaksızın taşınmazla birlikte devredilmeyen bağlı unsurlar olarak ayrımı yapılmaktadır.

Araştırmada, gayrimenkul satışının farklı türleri incelenmektedir; bunlar arasında daha sonra ödenecek bir fiyatla yapılan vadeli satış (satış el-vafâ), gelecekte gerçekleşecek bir şarta bağlı satış (satış er-reca) yer almaktadır. Ayrıca, rekabet usulüyle gerçekleştirilen açık artırma yoluyla taşınmaz satışına yer verilmiş, taşınmaz satışında menfaatlerin istisnaları da belirtilmiştir; zira menfaatler her durumda otomatik olarak devredilmemektedir.

Taşınmaz malların haklarının satışı bağlamında, mülkiyet hakkı gibi taşınmazla bağlantılı haklar ile irtifak hakkı gibi taşınmazdan bağımsız olarak ayrı şekilde işlem görebilen haklar arasındaki farklar ortaya konmuştur.

Daha sonra araştırma, taşınmaz malların kira sözleşmelerini incelemektedir. Ortak mülkiyet altındaki taşınmazlar için geçerli olan ortak kira türü (ijar al-mişa ‘) gibi farklı kira türleri açıklanmaktadır. Ayrıca, İslami çerçevede finansman aracı olarak kullanılan teverük (turuk) ve menkul kıymetleştirme (taskiyk) yöntemlerine değinilmiştir. Taşınmaz malların tanımlanmış ve

şartları net bir şekilde belirlenmiş kira sözleşmesi (ijaratu-l-mūsūfa fîz-zimmah) açıklanmıştır. Haram bir menfaat için kira yapılmasının yasak olduğu belirtilmiştir.

Araştırma, taşınmaz malların boş (kullanıcısız) kalması durumunu ve bunun hukuki sonuçlarını da incelemektedir.

Gayrimenkullerde sulh (barış, uzlaşma) konusuna geçildiğinde, taşınmaz mallarda sulh türleri detaylandırılmıştır. Ortak haklara ilişkin sulh (sulh al-ḥaṭīṭah) ve hakların takası sulhü (sulh al-mu'āwāḍah) gibi sulh çeşitleri açıklanmıştır. Ayrıca, menfaatler ve irtifak hakları üzerine sulh yöntemleri sunulmuş, uyuşmazlıkların çözümünde sulhun önemi vurgulanmıştır.

Taşınmaz malların paylaşımında, taşınmazların fiziksel bölünmesi (kısmî paylaşırma) ve menfaatlerin paylaşımı (menfaatlerin taksimi) açıklanmıştır. Zaman ve mekana bağılı yararlanma (muḥayyeṭa) kavramları üzerinde durulmuştur.

Çalışmada, taşınmaz mallar üzerindeki vasiyet konusu ele alınmaktadır. Mülkiyetin devrini içeren maddi varlıklar (taşınmazlar) üzerindeki vasiyetin yanı sıra, taşınmazların faydalarının devriyle ilgili vasiyetler de incelenmiştir. Ayrıca, ürünler ve taşınmazlardan elde edilen getirilerle ilgili vasiyetler ile mülkiyete bağılı hakların (örneğin irtifak hakkı, intifa hakkı) vasiyet yoluyla devri detaylandırılmıştır. Vasiyet konusu mülkiyetin ne zaman sabitlenebileceği hususu da açıklanmıştır.

Taşınmaz malların vakfı (vakıf kurumları) konusunda ise, vakfedilecek malın koşulları (örneğin müstakil olması ve sahibinin olması) tartışılmıştır. Hem taşınır hem taşınmaz malların vakfedilmesi konusuna değinilmiş, rehinli ve kiralanmış malların vakfı gibi özel durumlar ele alınmıştır. Vakfa ilişkin yönetim ve kullanım hakları olan haklar (mukata, kadık, meske, mersed gibi) tanımlanmıştır. Ayrıca, vakfedilmiş malların satışı ve değıştirilmesi ile ilgili prosedürler ve vakfedilmiş mallardan elde edilen faydaların devamı incelenmiştir.

Taşınmaz malların hibe edilmesi ise farklı şekillerde ele alınmıştır; ömür boyu kullanım şartına bağılı hibe (ömürlü hibe) ve faydanın sürekliliğine bağılı hibe (rikabî hibe) türleri açıklanmış, bu hibeler arasındaki benzerlikler ve farklar detaylandırılmıştır. Her bir hibe türünün hukuki sonuçları da değeriendirilmiştir.

Ortak Mülkiyet Hibesi (Hibe-i Musha) Ortak mülkiyet hibesi, birden fazla kişinin ortak olduğu taşınmazın belirli bir hissesinin devridir. Hibe, mülkün tamamı için değil, ortaklığa ait pay için geçerlidir. Bu tür hibelerde, mülkiyetin ispatı ve mülkün kullanımıyla ilgili çeşitli hukuki zorluklar ortaya çıkar. Bu nedenle, tüm tarafların haklarının korunması için bu tür durumları düzenleyen hukuki kurallar incelenir.

Taşınmazın tescili, mal sahibinin haklarını güvence altına almak için zorunlu bir işlemdir. Bu işlem, taşınmazın resmi olarak devlet siciline kaydedilmesini kapsar ve böylece mülk resmi ve hukuki bir statü kazanır. Tescil, mülkiyetin kanıtlanmasını kolaylaştırır ve satış, rehin, kira gibi işlemlerin resmi olarak tanınmasını sağlar. Tescilin yapılmaması durumunda yapılan işlemler hukuken geçersiz sayılabilir.

Taşınmaz Rehni Rehin, alacaklıya borcun ödenmesini güvence altına almak için taşınmaz üzerinde verilen bir haktır. Rehin çeşitleri arasında, taşınmazın alacaklıya teslim edilmesini gerektiren zilyetlikle rehin bulunmaktadır. Menfaat rehni ise taşınmazın kendisi değil, üzerinde kurulu menfaatlerin rehin verilmesidir. Ortak mülkiyette rehni ise ortakların payları üzerinde rehin hakkını kapsar. Ayrıca, rehin konusu taşınmazın doğal ya da yapay artışlarının nasıl değerlendirileceği ve kimlerin faydalanacağı detaylandırılır.

Sigorta rehni, alacaklıya taşınmazın teslimi gerekmeksizin borcun teminatını sağlar. Bu tür rehin, borçlunun mülkü kullanmaya devam etmesine olanak tanır, böylece daha esnek bir teminat şeklidir. Sigorta rehninin hukuki şartları ve ticari işlemlerde, özellikle gayrimenkul teminatlarında nasıl kullanıldığı ele alınır.

Taşınmazda İmtiyaz ve Tahsis Hakları İmtiyaz hakkı, alacaklıya diğer alacaklılara kıyasla öncelik tanır ve böylece borçların tahsilatında güven sağlar. Tahsis hakkı ise mahkeme kararı gereği taşınmaz üzerinde uygulanan tasarruf yetkisidir. Bu hakların kanunlarla düzenlenmesi, kötüye kullanılmasını engeller ve tarafların haklarını korur.

Taşınmaz Üzerindeki Tasarruflar Bu bölümde satış, kira, rehin ve menfaat sözleşmeleri gibi taşınmaz üzerindeki tüm hukuki işlemler incelenir. Söz konusu işlemlerin geçerli olması için belirli yasal şartların yerine getirilmesi gerekir. Ayrıca, taşınmaz üzerindeki menfaatlerin kullanımı ve düzenlenmesiyle ilgili sözleşmelerin (intifa, kira sözleşmeleri gibi) hukuki etkileri açıklanır.

Taşınmazın Korunması ve Zarar Görmesi Bu kısımda taşınmazın doğal afetler veya insan hataları nedeniyle zarar görmesi durumunda sorumluluklar ele alınır. Mülkün kendisine (taşınmazın fiziksel varlığı) ve üzerindeki menfaatlara (kira, ürünler) gelen zararlar ayrıntılı şekilde değerlendirilir. Sorumluluğun kimde olduğu, tazminat mekanizmaları ve yasal yükümlülükler bu kapsamda açıklanır.

Taşınmaz Kredileri Taşınmaz kredileri, gayrimenkul teminatl finansman yöntemlerini içerir. Taşınmazın kendisi ya da üzerindeki menfaatler (kira, ürünler) teminat olarak gösterilebilir. Ayrıca, bireylerin konut sahibi olmasını destekleyen konut kredileri ele alınır; kredi şartları, hak ve yükümlülükler detaylandırılır.

Bu tez, taşınmaz mal üzerindeki tasarruflar konusunu fikhî ve hukukî açıdan ele almaktadır. Çalışma, öncelikle taşınmaz malın ödünç (ariyet) verilmesi meselesini incelemekte, bunun bir teberru akdi olarak hükmünü ortaya koymaktadır. Ardından, ödünç verilen malın miras yoluyla intikali ve ödünç alan kimsenin bu malı kiraya verip veremeyeceği gibi meselelere temas edilmekte; bu konulardaki fikhî görüşler ve doğacak hukukî sonuçlar açıklanmaktadır.

Tez, daha sonra taşınmaz mallarla yapılan ortaklıkları ele almakta, özellikle hisse senetleriyle yapılan mudaraba (emek-sermaye ortaklığı) ve anân şirketi (eşit ortaklık) gibi modelleri incelemektedir. Bu çerçevede, taşınmazın ortaklık sermayesine konu edilmesi durumunda şer'î geçerlilik şartları ve farklı ortaklık modelleri detaylı olarak açıklanmaktadır.

Çalışmanın devamında, taşınmazların tarım yoluyla değerlendirilmesine ilişkin olarak, müsâkât (bahçecilik ortaklığı) ve muzâraa (tarım ortaklığı) akitleri ele alınmakta; bu akitlerin hukukî mahiyeti, geçerlilik şartları ve amelî uygulamaları fikhî deliller ışığında değerlendirilmiştir.

Tezin son kısmı, çağdaş bir mülkiyet ve kullanım modeli olan zaman paylaşımli ortaklık sözleşmelerini (time sharing) konu edinmekte; burada kişilerin belli dönemlerde taşınmazdan yararlanma hakkına sahip oldukları iki temel model, yani satışa dayalı sistem ve kira esaslı sistem ayrıntılı şekilde ele alınmaktadır. Bu sözleşmelerin şer'î hükmü, garar (belirsizlik) ve cehâlet (bilgi eksikliği) gibi hususlar açısından incelenmektedir.

Netice itibariyle tez, taşınmaz mallar üzerindeki tasarrufların ne denli geniş ve çeşitli olduğunu; teberru, akit, ortaklık ve yatırım gibi farklı yönlerden bu tasarrufların fikhî temellendirmelerle nasıl ele alındığını kapsamlı biçimde ortaya koymaktadır.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

İSLÂM HUKUKUNDA GAYRİMENKUL MALLARIN ZİLYETLİĞİ

Bu bölümde, taşınmaz mallarla ilgili olarak **rıza ile yapılmayan tasarruflar** incelenmektedir. Öncelikle, **taşınmaz malların gasbedilmesi** ve buna bağlı hükümlere değinilir; gasbedilen malın faydaları, gasp edenin kira veya bedel sorumluluğu ele alınır. Ayrıca, gasp edilen toprakta yapılan **bina ve dikimlerin hükmü** ve gasp edilen yerde ibadetin caiz olup olmadığı tartışılır. Daha sonra, **taşınmaz malların istimlâki** konusu işlenir; istimlak türleri, özellikle halktan zorla veya gönüllü olarak boşaltılan arazilere dair fikhî değerlendirmeler yapılır. Ayrıca, kamu yararı için **emir sahibi tarafından yapılan istimlak** işleminin meşruiyeti, İslam fikhındaki maslahat ve zarar prensipleri ışığında açıklanır.

Devamında, İslam devletlerinde toprak mülkiyeti veya kullanımına yönelik bir sistem olan **iktâ sistemi** ele alınır; bu sistemin şer'î sınırları ve koşulları izah edilir. Ayrıca, kamu yararı için belirli toprakların kullanıma kapatılması anlamına gelen **himâ sistemi** incelenir; kapsamı ve otoritenin sınırları üzerinde durulur.

Son olarak, **sulh yoluyla fethedilen toprakların hukuki durumu** değerlendirilir; halkın toprak üzerindeki haklarının korunması veya toprakların Müslümanlara ait sayılması durumları ayrıntılı şekilde açıklanır ve devletin toprak üzerindeki tasarruf hakkına etkisi ortaya konur.

Bu çalışma, İslam hukukunda taşınmaz mallarla ilgili hükümleri çok yönlü bir şekilde ele almaktadır. Öncelikle, halkı Müslüman olmuş topraklar konusu incelenmekte; bu durumun toprak mülkiyeti üzerindeki etkileri, arazinin İslâm yönetimine geçip geçmemesi veya sahiplerinin tasarruflarının devam edip etmemesi gibi meseleler ayrıntılı şekilde değerlendirilir.

Ardından, taşınmaz mallarda zamanaşımı meselesine değinilmekte; zamanaşımının mülkiyet kazanımı veya ispatı üzerindeki etkileri, İslâm hukukundaki sınırları ve koşulları açıklanmaktadır.

Çalışma, daha sonra kullanılmayan ya da terk edilmiş toprakların canlandırılması (ihya-i mevât) konusuna yönelir. Bu toprakların nasıl ve hangi şartlarda ihya edilebileceği, bunun mülkiyet

üzerindeki etkileri fikhî esaslar çerçevesinde ortaya konur. Ayrıca, taşınmaz mallarla ilgili kısıtlı tasarruf biçimlerinden biri olan “sûfâf” (bir tür kısıtlı hak ilişkisi) tartışılır; bu akdin mahiyeti ve uygulanma koşulları ele alınır.

Çalışmanın en önemli kısmını ise taşınmaz mallarda şuf’a (önalım) hakkı oluşturur. Şuf’a hakkının, malik, ortak veya komşuya satış yapılmadan önce payı satın alma imkânı tanıdığı, böylece hakların korunması ve adaletin sağlanmasının hedeflendiği açıklanır. Şuf’a hakkının engellenebileceği durumlar, malın şuf’a’ya elverişliliği, kısmen bölünebilirliği ve payların paydaşlar arasında nasıl paylaştırılabileceği gibi hususlar ayrıntılı şekilde değerlendirilir. Ayrıca, taşınmaz üzerindeki yapılar ve dikilen bitkiler açısından şuf’a hakkının kapsamı ile taşınmazdan doğan menfaatler (yararlanma hakları, kâr payları vb.) üzerinde durulur.

Genel olarak, çalışma taşınmaz mallar üzerinde İslam hukukunun hakları koruyan, adaleti gözeten ve günümüz koşullarına uyum sağlayan hassas düzenlemelerini ortaya koyar. Bu sayede taşınmazlarla ilgili hukuki işlemlerde istikrar ve hakkaniyet sağlanması amaçlanır. Çalışma, taşınmaz mal hukuku konusunda fikhî hükümler ile uygulamalarını kapsamlı biçimde değerlendirerek İslam hukukuna önemli bir katkı sunmaktadır.

DÖRDÜNCÜ BÖLÜM

TAŞINMAZ MALLARIN BİR TÜRÜYLE İLGİLİ ÇEŞİTLİ BAŞLIKLAR VE MESELELERİ

Bu bölüm, gayrimenkul mallarla ilgili fikhî ve malî hükümleri çeşitli başlıklar altında ele almaktadır. İlk olarak, **gayrimenkul malların mirası** konusuna değinilmekte; İslam fikhında yer alan klasik miras sistemi ile Osmanlı dönemi geçiş sistemine dayanan idari düzenlemeler karşılaştırmalı olarak incelenmektedir. Ayrıca, miras yoluyla intikal edebilecek haklar ile edilemeyecek haklar, fikhî esaslar ve şeriatın maksatları doğrultusunda açıklanmaktadır. **Varisler arası feragat (tehâruç)** konusu da detaylı şekilde işlenmiş; gayrimenkul mallar üzerinden doğrudan feragat veya menfaat ve aynlar içeren yatırım fonları aracılığıyla yapılan feragat örnekleriyle birlikte incelenmiştir. Bununla birlikte, miras bırakanın vefatından sonra gayrimenkul mallarda meydana gelen **artış (terike neması)** ve bu artışların mirasa dahil olup olmayacağı da tartışılmaktadır.

Daha sonra bölüm, **gayrimenkul malların zekâtı** konusuna geçmekte ve kiraya verilen taşınmazların (müstegallât) zekât yükümlülüğü açıklanmaktadır. Bu kapsamda, müstegallâtın zekât oranı ve zekâtın hangi tür mal üzerinden verilmesi gerektiği hususları ayrıntılı olarak işlenmektedir. Ayrıca, **ticaret amacıyla edinilen gayrimenkul malların zekâtı**, bunların kişisel kullanım veya yatırım için edinilenlerden farkı ortaya konularak açıklanmaktadır.

Ardından, zekâtın farz olabilmesi için gereken **hâvül süresi** (bir yılın geçmesi) konusu ve **niyetin** zekât yükümlülüğüne etkisi tartışılmaktadır. Aynı şekilde, **miras yoluyla elde edilen gayrimenkullerde zekâtın** durumu ve bunun ne zaman varise farz olacağı da değerlendirilmiştir.

Bölümün devamında, **gayrimenkul malın mehir konusu yapılması** incelenmektedir. Mehirin doğrudan bir gayrimenkul mal (ayn) olarak ya da bu mallardan elde edilen **menfaat** olarak verilmesi konusundaki fikhî görüşler ele alınmaktadır. Ardından, **gayrimenkul karşılığı hul'** (kadının boşanmak için mal vermesi) konusu işlenmiş ve bu tür malların hul' bedeli olarak kullanılmasının sonuçları irdelenmiştir.

Bölüm, gayrimenkul mallarla ilgili davalar ve anlaşmazlıklar başlığı altında devam etmekte ve özellikle vakıf taşınmazlar üzerine açılan davalar, kamulaştırma nedeniyle tazminat talepleri, ve menfaat kaybı nedeniyle tazminat gibi konulara yer vermektedir.

Son olarak, **gayrimenkul malların finansmanı** başlığı altında, şeriata uygun modern finansman yöntemleri incelenmektedir. Bu kapsamda, genellikle inşaat finansmanında kullanılan **istisna akdi, mukâvala (müteahhitlik sözleşmesi), kira sözleşmesi yoluyla finansman (icâre), müşareke modelleri ve intifa hakkına dayalı sukuk** gibi yöntemler açıklanmakta ve her birinin uygulanabilirliği değerlendirilmektedir.



