

الفصل الخامس

قِيُودُ الْمَلِكِيَّةِ وَضَوَابِطُهَا

- ضوابط الملكية المستندة الى حقيقة الملك ومعناه .
- ضوابط تتعلق بملك الغير وحقوقه .
- القيود الاستثنائية أو الطارئة .

قنود الملكية (١) وضوابطها

سبق أن أوضحنا أن الملكية نوع استخلاف ، ومنة من الله على عباده ، ولكنها ليست مطلقة بل موجهة بأوامر الله ونواهيه ، ومن ثم يتعين على المستخلفين أن تكون تصرفاتهم فى حدود تلك الأوامر والنواهي ، وطبقا لتوجيهات الشرع .

ويحسن بنا أن نذكر مجموعة من المبادئ الأساسية ، تعتبر بمثابة الضوابط لنظام الملكية فى الشريعة الإسلامية ، وأساسا لنظامنا الاقتصادى .

● أصول كلية :

١ — الملكية الفردية فى الإسلام مصونة بلا حظر ، ولا حد لما يملكه الانسان من مال طبقا لقواعد وأحكام الشرع الإسلامى ، فى بيانه لأسباب الملك المشروعة ، والأسباب التى يمنع التملك عن طريقها ، وفى بيانه لضوابط التصرف فى المال والانتفاع به ، وفى حرصه على مصلحة جماعة المسلمين فى نفس الوقت ، والحاكم المسلم يراقب ذلك كله ، فتفاوت الناس فى الدخول والثروات لا يمنعه الإسلام .

٢ — أقر الإسلام الملكية العامة فى الأموال التى تتعلق بها حاجات مجموع أفراد الأمة ، كما أقر ملكية الدولة كذلك كما سبق بيانه .

٣ — عمل الإسلام على عدم تركيز الثروة فى أيدي قلة من الأفراد
بعدة وسائل منها :

(١) القيد فى اللغة : يطلق على ما يعقل الشئ فيمنع خروجه وفوته أو دخول شئ عليه . انظر تاج العروس ج ٢ ص ٤٧٩ — ٤٨٠ والقيد فى استعمالات الفقهاء هو الأمر المخصص للأمر العام — انظر كشف اصطلاحات الفنون ج ٢ ص ١١٧٨ .

- (أ) نظام الميراث •
- (ب) الزكاة •
- (ج) الانفاق والصدقات فى سبيل الله •
- (د) تحريم كنز الأموال وجبسها عن أن تكون عنصرا من عناصر الانتاج ، وبصفة عامة عن أن تؤدى دورها فى حفظ حياة الناس وقوتهم (٢) •

٤ - الملكية فى الاسلام ليست وسيلة للبطر ، والترفع ، والسرف ، والتبذير ، والاستغلال ، والتسلط ، والاضرار بالغير •

٥ - خول الاسلام للحاكم المسلم سلطات واسعة فى مراقبة وتنفيذ قواعد الشرع التى تنظم حياة الناس ، وتحقق فى ضوء ما تقدم جميعه نعرض قيد وضوابط الملكية على النحو التالى :

- المبحث الأول : ضوابط مستندة الى حقيقة الملك ومعناه ، وتشتمل على :

المطلب الأول - ضوابط تتعلق بأسباب التملك •

المطلب الثانى - ضوابط تتعلق بسلطات المالك فى التصرف والانتفاع •

- المبحث الثانى : ضوابط تتعلق بملك الغير ، وتشتمل على :

المطلب الأول - حقوق الارتفاق •

المطلب الثانى - حقوق الجوار •

- المبحث الثالث : قيود عارضة أو طارئة (مدى سلطة الحاكم المسلم فى تقييد حق الملكية) •

* * *

(٢) يقول الله تعالى : « والذين يكفزون الذهب والفضة ولا ينفقونها فى سبيل الله فبشرهم بعباب اليم » (التوبة : ٣٤) ومن الانفاق استثمار الأموال •

المبحث الأول

ضوابط الملكية المستندة الى حقيقة الملك ومعناه (١)

المطلب الأول : الضوابط التي تلحق أسباب التملك

سبق أن بينا الأسباب الشرعية للتملك ، وعلى ذلك فليس كل سبب يحصل به الملك يكون مشروعاً ، فهناك من الأسباب ما لا يثبت بها ملك ، وهي ما منعتة الشريعة وحرمتها ، فحرمت التملك عن طريق السرقة والغصب ، والربا ، والرشوة ، والقمار ، والخذاع ، والغش ، والاحتكار ، والتفجير ، والاتجار في الخمر والخنزير وغيرها من المحرمات .

كما منعت كل طريق يجعل من الملكية وسيلة للظلم ، والاضرار بالناس ، وأكل أموال الناس بالباطل . وفي ذلك يقول الله تعالى :

« ولا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل وتبدلوا بها الى الأحكام لتأكلوا

فريقاً من أموال الناس بالائتم وأنتم تعلمون » (البقرة : ١٨٨) (٢)

وقد بين شيخ الاسلام ابن تيمية رحمه الله أن المحرمات قسمان :

١ - محرم لعينه كالنجاسات من الدم والميتة .

٢ - ومحرم لحق غيره وهو ما جنسه مباح من المطاعم والنقود

وغير ذلك ، وهذا القسم تحريمه يعود الى الظلم ، لأنها انما تحرم لسببين :

(١) راجع ما سبق أن أوضحناه في بيان شرعية الملك ، ومعناه ، حتى

يتضح وجه الارتباط الشديد بينهما ، وبين التبادلات الواردة في هذا المبحث .

(٢) انظر في تفسير هذه الآية الترتيبي ج ٢ ص ٣٣٨ - أحكام القرآن

لابن العربي ج ١ ص ٩٧ - ٩٨ ، ص ٤٠٨ - ٤٠٩ في ظلال القرآن

ج ٥ ص ٣٣٧ - ٣٣٨ - انظر احياء علم الدين للغزالي ج ٢ ص ١١٧ - ١٢٠

فقد بين أنواع المسائل المحرمة .

أحدهما : قبضها بغير طيب نفس صاحبها ، ولا اذن الشارع ، وهذا هو الظلم المحض كالسرقة والخيانة والغصب .
الثاني : قبضها بغير اذن الشارع أو اذن صاحبها وهي العقود والقبوض المحرمة كالربا والميسر ونحو ذلك (٣) .

* * *

المطلب الثاني : الضوابط التي تتعلق بسلطات المالك في التصرف والانتفاع

الثابت من تعريف الملك كما سبق بيانه أنه يخول صاحبه مكنة التصرف والانتفاع .
فامتلاك الأموال ليس مقصودا لذاته ، بل لما تحققه الأموال من فوائد ومصالح في حياة الناس (٤) .
وقد نظمت الشريعة الاسلامية كيفية استعمال المال والانتفاع به ، كما نظمت طرق التصرف فيه ، وهذا ما نتناوله فيما يلي :

● الفرع الأول — ضوابط استعمال الملك والانتفاع به :

لقد منع الاسلام الترف والتبذير والاسراف وأيضا منع التقدير ، فنهى عن الأكل والشرب في آنية الذهب والفضة ، وعن لبس الرجال للحريير والذهب (٥) .

(٣) الفتاوى ج ٢ ص ١٦٤ — ١٦٧ .

(٤) انظر في تفصيل ذلك التوضيح لصدر الشريعة ج ٣ ص ١٧٨ ، قواعد الزكشي : ذ ٣٣٤ أ — ب — مشار في رسالة ذ . عبد السلام العبادي — التسم الثاني ص ٧١ ، القراني في الذخيرة ج ٧ — ص ٢٨٣ .

(٥) انظر في الأحاديث الواردة الدالة على ذلك في شرح النووي لصحيح مسلم ج ١٤ ص ٢٧ وما بعدها ، وتفسير القرطبي ج ٧ ص ١٩٦ وما بعدها ، وج ١٢ ص ٧٣ — قواعد الأحكام للعز بن عبد السلام ج ٢ ص ١٦٢ ، ص ١٦٧ طبعة دار الجيل .

فالتترف مذموم فى القرآن وفى السنة • يقول الله تعالى :
« وأصحاب الشمال ما أصحاب الشمال • فى سموم وحميم • وظل
من يحموم • لا بارد ولا كريم • انهم كانوا قبل ذلك مترفين » •
(الواقعة : ٤١ — ٤٥)

وأخرج الامام أحمد عن معاذ بن جبل رضى الله عنه أن رسول
الله ﷺ لما بعثه الى اليمن قال له : « واياك والتنعيم فان عباد الله
ليسوا بالتنعيمين » (٦) •

والاسراف والتبذير هو ما جاوز القصد والحد فى النفقة :
« واياك والتنعيم فان عباد الله ليسوا بالتنعيمين » (٧) •

وفى ذلك يقول شيخ الاسلام ابن تيمية : « فالانسان ليس له أن
يصرف المال الا فيما ينفعه فى دينه أو دنياه وما سوى ذلك سفه
وتبذير نهى عنه الله سبحانه وتعالى :

« وآت ذا القربى حقه والمسكين وابن السبيل ولا تبذر تبذيرا » •
(الاسراء : ٢٦)

ولذلك قرر الفقهاء أن السفه يوجب الحجر ، على تفصيل ذلك بينهم
مبسوط فى كتب الفقه (٨) •

ومن ناحية أخرى حثت الشريعة على العمل والكسب وعلى استثمار
الأموال وانمائها ، وعدم كنزها أو اضعافها (٩) • فالأمة القوية هى التى
تتمتع باقتصاد قوى ، وكما يقول صاحب معنى المحتاج « وقيام الدين
يتوقف على أمر الدنيا » (١٠) •

(٦) مسند الامام أحمد ج ٥ — ص ٢٤٣ •

(٧) انظر التعريفات للجرجاني ص ١٨ •

(٨) انظر كتابنا « ضوابط العقود فى الفقه الاسلامى » — التوضيح لصدر
الشريعة ج ٣ ص ٢١٧ — القوانين الفقهية لابن جزيء ص ٣٤٠ — حاشية
الحموى على الأشباه والنظائر ج ٢ ص ٢٦٥ — المفنى ج ٤ ص ٣٤٣ •

(٩) انظر فى طرق استثمار الأموال بحث د. محمد عبد الله العربى ،

المؤتمر الثانى لجمع البحوث ص ١٣٠ — ١٣٤ •

(١٠) الجزء الرابع ص ٢١٣ •

كما منعت الشريعة التقتير فقال تعالى :

« ولا تجعل يدك مغلولة الى عنقك » • (الاسراء : ٢٩)

وقال تعالى : « والذين اذا أنفقوا لم يسرفوا ولم يقتروا » •

(الفرقان : ٦٧)

والتوازن بين الحالين عدم الاسراف وعدم التقتير هو قوام حال

الأمة والأفراد والمنهج المنشود فى الشرع •

* * *

● الفرع الثانى — ضوابط التصرف فى الملك :

التصرف أحد عناصر الملك ، كما سبق بيانه فى تعريف الملك ،
والضوابط التى تتعلق بهذا الشق من عناصر الملك سنعرضها فى
حالتين :

١ — ضوابط التصرف فى الملك حال حياة المالك •

٢ — ضوابط التصرف فى الملك لما بعد وفاة المالك وبعدها •

أولا — ضوابط التصرف فى الملك فى حياة المالك :

١ — الرضا أساس التصرفات الا ما استثنى :

تقرر النصوص الشرعية أن الأساس فى انتقال الملك فى حياة
الشخص هو الرضا ، سواء أكان تجارة أو تبادل أموال أو هبة ... الخ •

وفى ذلك يقول الله تعالى :

« يا أيها الذين آمنوا لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل الا أن تكون

(النساء : ٢٩)

تجارة عن تراض منكم » •

ويقول سبحانه :

« وآتوا النساء صدقاتهن نحلة ، فان طبن لكم عن شيء منه نفسا

(النساء : ٤)

فكلوه هنئنا مريئنا » •

وعنه عليه السلام أنه قال : « انما البيع عن تراض » وقال : « لا يحل مال امرئ مسلم الا بطيب نفس منه » (١١) .

ولذلك منعت الشريعة كل ما يؤثر على الرضا والاختيار ويعيبه ، كالاكراه ، والغلط ، والتدليس بكل صوره ، ووضعت القيود على تصرفات الصبى ، وذوى الغفلة والمعتوه ، والسفيه ، كما وضعت قيودا للتصرف فى الملك فى حالة مرض الموت ، على تفصيل فى ذلك مبسوط فى كتب الفقه (١٢) .

ومما يتعلق بارضا كأصل مقرر شرعا القيود الارادية التى ترد على الملك سواء أكانت تلك القيود بارادة منفردة أو عقدية وهو ما نتناوله فيما يلى :

٢ — القيود الارادية :

هى ما كان لارادة المالك الدور الأساسى فيها ، سواء أكانت تلك الارادة منفردة ، أو مرتبطة بارادة أخرى وهى ما تسمى « بالارادة العقدية » .

(١) الارادة المنفردة وتقييدها للملك :

يتمثل ذلك فى التبرع بمنفعة العين المملوكة ، كلها كما فى الاعارة ، أو بيعها ، كعدم تعلية بنائه عن حد معين .
وفى حكم التبرع اختلف الفقهاء : فالجمهور يرونه غير ملزم ،

(١١) سنن البيهقى ج ٦ ص ١٧ و ١٧ وما بعدها — سنن ابن ماجه ج ٢ ص ٧٣٧ .

(١٢) انظر فى تفصيل ذلك كتابنا « فوابط العتود فى الفقه الاسلامى » ويستثنى من هذا الاصل نزع الملك لمنفعة العامة وبيع القاضى اموال المدين الفليس للوفاء بديونه ، وانحكم على الشخص بانفتحات الواجبة عليه شرعا .

خلافًا للملكية على الراجح عندهم من أن التبرع ملزم للمالك (١٣) وذلك فيما عدا النذر إذ يجمع الفقهاء على لزومه .

(ب) التعاقد وتقييده للملك :

ونخص بالذكر هنا أربع صور لأهميتها هي :

- (١) حالة بيع منفعة العين المملوكة لفترة معينة كما فى الاجارة .
- (٢) حالة رهن العين المملوكة .
- (٣) حالة انشاء حقوق ارتفاق جديدة على خلاف بين الفقهاء فى جواز ذلك (١٤) .
- (٤) ملكية الشقق أو الطبقات لفترة قيام العقار .

كما تتمثل القيود العقدية فى الشروط المقترنة بالعقد والتي تقييد آثاره وأحكامه ، سواء أكانت لمصلحة أحد المتعاقدين أو لمصلحة الغير ، وهذا النوع من الشروط محل تفصيل واسع فى كتب الفقه (١٥) .

٣ - حالات نزع الملكية على خلاف الأصل :

الأصل هو أن تكون ملكية الشخص مصونة ، ولا تنتقل الى غيره فى حياته الا برضاه ، وفى ذلك يقول الامام الشافعى : « لا يزول ملك المالك الا أن يشاء ولا يملك رجل شيئًا الا أن يشاء الا فى الميراث » (١٦) .

(١٣) انظر فى تفصيل ذلك حاشية ابن عابدين ج ٥ ص ٦٧٨ - ٦٨٠ ، المغنى لابن قدامة ج ٥ ص ١٧٠ ، ١٧١ - معنى المحتاج ج ٢ ص ٢٧٠ ، وقد بين ابن القيم أن كل طاعة جاز فعلها قبل النذر لزمت بالنذر - اعلام الموقعين ج ٣ ص ٤٠٢ - انظر البيهجة شرح التحفة ج ٢ ص ٢٥١ - ٢٥٢ فتح العلى المالك ج ١ ص ٢١٧ .

(١٤) غالبية الأحناف لا يجيزون ذلك - انظر حاشية ابن عابدين ج ٥ ص ٧٧ - ٨٠ ويرى الملكية والشافعية جواز ذلك - انظر حاشية الباجورى ج ١ ص ٣٦١ ، حاشية الجمل ج ٣ ص ٣٦٨ ، فتح العلى المالك ج ١ ص ٣٣٩ .

(١٥) نظرية الشرط فى العقد - د. حسن الشاذلى - النظرية العامة فى الشريعة الاسلامية - زكى الدين شعيان .

(١٦) الام ج ٣ ص ٢١٨ - ٢١٩ .

الا أن هناك حالات أجازت فيها الشريعة نزع الملك جبرا عن صاحبه ، أما لمصلحة فردية راجحة ، أو لمقتضيات المصلحة العامة .

(أ) الحالات التي أجازت فيها الشريعة نزع الملك جبرا عن صاحبه ، مراعاة لمصلحة فردية راجحة :

- (١) الشفعة .
- (٢) الحجر على المدين المفلس وبيع أمواله جبرا عنه وفاء لديونه .
- (٣) إذا امتنع الراهن عن بيع الرهن .
- (٤) الأتشياء التي لا تنقسم ، أو في قسمتها ضرر ، كاتلافها ، يجوز أن يجبر على البيع من رفضه ، إذا طلبه الشركاء معه ، إلى غير ذلك من الصور المنثورة في كتب الفقه (١٧) .

(ب) الحالات التي أجازت فيها الشريعة نزع الملك جبرا عن صاحبه ، مراعاة لمقتضيات المصلحة العامة :

- (١) بيع الطعام المحتكر جبرا عن صاحبه ، عند الحاجة إليه .
- (٢) الأرض المجاورة للمسجد إذا ضاق بالناس ، تؤخذ جبرا من صاحبها وكذا الأرض المجاورة للطريق العام ، إذا احتاج الناس إليها ، وكذا الأرض الملازمة لشق طريق ، أو مجرى ماء ، ونحو ذلك مما هو مبسوط في كتب الفقه (١٨) .

ثانيا - ضوابط انتقال الملك لما بعد وفاة المالك وبعدها :

لقد وضعت الشريعة نظاما دقيقا وعادلا لانتقال الملك لما بعد وفاة المالك وبعدها وهو ذو شقين :

(١٧) انظر قواعد ابن رجب ص ١٤٧ — ١٥٠ ، الأحكام لابن حزم ج ١ ص ٤٨٠ .
(١٨) انظر البهجة شرح النخبة ج ٢ ص ٧٦ (م ٧ — الضوابط الفقهية) .

الأول : يتمثل في حق المالك في التصرف في ماله تصرفا مضافا الى ما بعد الموت عن طريق الوصية ، ولكن هذا التصرف عن طريق الوصية ليس طليقا من كل قيد ، بل هو مقيد بأمرين هامين هما :

(أ) أن يكون في حدود الثلث . لحديث الرسول ﷺ « ان الله تبارك وتعالى تصدق عليكم بثلث أموالكم في آخر أعماركم زيادة في أعمالكم فضوه حيث شئتم » (١٩) .

(ب) لا وصية لوارث الا أن يجيز الورثة .

وهذا حديث لرسول الله ﷺ (٢٠) ، فاذا أجازها الورثة فقد أسقطوا حقهم وزال المانع .
وفى هذا خلاف واسع بين العلماء (٢١) ، ولكن الجمهور على ما جاء به الحديث المذكور .

الثاني : يتمثل فيما يثبت بالشرع في تركة المورث من حقوق الميت نفسه في ماله بعد وفاته ، من تكفينه وتجهيزه ، وحقوق الدائنين ، وحقوق الورثة ، وحق بيت المال عند عدم وجود وارث للميت ،

(١٩) انظر في خلاف الفقهاء فيما اذا أوصى بأكثر من الثلث : المعنى ج ٦ ص ١٤٦ وما بعدها . المهذب ج ١ ص ٥٦ — حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ج ٤ ص ٢٧ — المطبوع ج ١٠ ص ٤٢٥ — ٤٣٢ — شرح الزرقاني على الموطن ج ٤ ص ٦٢ — ٦٣ .

وهذا الحديث أخرجه أحمد وابن ماجة والدارقطني وأبييه من طرق متعددة وبألفاظ متقاربة عن معاذ بن جبل وأبي هريرة — سبل السلام ج ٢ ص ١٤٥ المطبعة المنيرية — نيل الأوطار ج ٨ ص ٤٣ — ٤٤ ، سنن ابن ماجة ج ٢ ص ٩٠٤ — وسنن البيهقي ج ٦ ص ٢٦٩ .

(٢٠) أخرجه الدارقطني عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده وأخرجه عن ابن عباس بلفظ « لا يجوز لوارث وصية الا أن يشاء الورثة » وحسنه ابن حجر بهذه الرواية — وأخرجه البيهقي براويين عن الدارقطني سنن الدارقطني ج ٤ ص ١٥٢ — سنن البيهقي ج ٦ ص ٢٦٣ وما بعدها — نيل الأوطار ج ٨ ص ٤٦ .

(٢١) انظر المعنى ج ٦ ص ١٤١ — المهذب ج ١ ص ٥٨ — المطبوع ج ١٠ ص ٤٢٥ — فتاوى الشيخ عليش ج ٢ ص ١٨٣ — المبسوط ج ٢٧ ص ١٤٢ وما بعدها .

وما يتعلق بكل ذلك من تصفية تركة الميت ، على تفصيل فى كل مسألة من هذه المسائل مبسوط فى كتب الفقه (٢٢) .

* * *

● الفرع الثالث — عدم الاضرار بالغير عند استعمال الملك والتصرف فيه :

من المصالح أن يشرع الله سبحانه وتعالى لعباده من الحقوق ما يضرهم لقوله تعالى :

« يريد الله بكم اليسر ولا يريد بكم العسر » (البقرة : ١٨٥)

ولقوله ﷺ : « لا ضرر ولا ضرار » (٢٣) .

فكل ما جاءت به الشريعة من حقوق وأحكام مقيد بعدم الضرر ، ومن ثم فلا يسوغ أن تتخذ الحقوق وسيلة للاضرار بالناس .

فللمالك أن ينتفع بملكه ، ويتصرف فيه ، بما لا يضر بغيره أو حتى نفسه من نحو سفه وتبذير إذ يحجر عليه فى هذه الحالة .

وما يترتب على استعمال المالك لحقه من الضرر بغيره ، قد يكون ضررا مقصودا أراد المالك من استعماله لحقه ، وقد يكون غير مقصود ، ثم ان الضرر قد يكون كثيرا فاحشا ، وقد يكون قليلا نادرا ، وأنه قد يكون ضررا محقق الوقوع ، وقد لا يكون كذلك ، ولكن يغلب على الظن وقوعه ، وقد لا يغلب على الظن وقوعه ، فإذا كان الضرر مقصودا دون أن يكون للمالك من مصلحة يبتغيها من استعمال حقه ، فانتفاء المصلحة يعتبر قرينة على قصد الاضرار ، ويجب عليه الكف عن هذا الاستعمال بل ويعد معتديا باقدامه على الاضرار بغيره باستعماله حقه ، وكذلك

(٢٢) انظر احكام التركات والمواريث : محمد أبو زهرة — احكام الموارث : عيسوى احمد عيسوى — الموارث فى الشريعة الاسلامية : حسنين مخلوف .

(٢٣) انظر فى تفصيل اقوال الفقهاء فى معنى هذا الحديث ، رسالتنا نظرية تحمل التبعة فى الشريعة والقانون .

الحكم ، اذا صاحب ذلك القصد تحصيل منفعة أو مصلحة ، ولكن كان بإمكان المالك أن يحقق منفعته بطريق آخر لا ضرر فيه بغيره (٢٤) .

أما اذا انتفى قصد الاضرار ، وكان للمالك فى استعمال حقه منفعة ومصلحة ، ولا يتم له تحصيلها الا بضرر يقع لغيره ، فان من الفقهاء من يرى أن الضرر الذى يقع بغيره اذا كان عظيما فاحشا ، وليس نادر الوقوع ، قدّم على حق المالك فى استعماله لحقه ، اعمالا لقاعدة « يتحمل الضرر الأخف لدفع الضرر الأشد » ، كالطعام اذا منعه صاحبه لحاجته اليه بحسب العادة ، بينما يطلبه غيره دفعا للهلاك .

ويرى البعض أن العبرة بالضرر اذا كان فاحشا بقطع النظر عن نية المالك أقصد الاضرار أم لم يقصد (٢٥) .

وإذا كان الضرر الذى يلحق الغير من استعمال المالك لحقه ، لا يتناسب مع ما يعود على المالك من نفع ، أو لا يتناسب مع الضرر الذى يلحقه ، فيما لو منع من استعمال حقه ، بمعنى أن الضرر الحاصل لغيره كان أكثر ، فان المالك يمنع من استعمال حقه (٢٦) .

وإذا تساوت الأضرار فللمالك استعمال حقه ، لرجحان كفته ، لكونه مالكا أو كان الضرر نادر الوقوع ، أو تافها قليلا ، فلا يترتب عليه تقييد حق المالك فى استعماله لحقه (٢٧) .

(٢٤) انظر الشيخ على الخفيف — المرجع السابق ص ١٠٢ — الموافقات ج ٢ ص ٣٤٨ وما بعدها — نظرية التعسف فى استعمال الحق لفتحي الدينى .

(٢٥) وهو مذهب متأخرو الحنفية ورواية عن أبى يوسف وبعض الشافعية . انظر تبين الحقائق ج ٤ ص ١٩٦ — فتح القدير ج ٥ ص ٥٠٦ — المبسوط ج ١٥ ص ٢١ و ٢٢ — انبذائع ج ٦ ص ٢٦٤ — المغنى لابن قدامة ج ٤ ص ٣٨٨ — المحلى ج ٩ ص ١٠٦ — نهاية المحتاج ج ٥ ص ٣٣٧ .

(٢٦) وهو مذهب مالك وأحمد فى الرواية المشهورة وبعض الشافعية . انظر تبصرة الحكام ج ٢ ص ٣٥٨ ، ٣٧٦ — المغنى ج ٤ ص ٣٨٨ — نظرية الضمان د . وهبة الزحيلي ص ٢٣ ، ٢٥ .

(٢٧) انظر قيود استعمال الحق أو معايير اساءة استعمال الحق أو المضار المترتبة على استعمال الحق — نظرية التعسف فى استعمال الحق =

وإذا كان المالك مقيداً بعدم الأضرار بالغير من الأشخاص ، فإنه من باب أولى يكون استعماله مقيداً بعدم الأضرار بالمجتمع ، إذ المصلحة العامة مقدمة على المصلحة الخاصة ، والضرر الخاص يتحمل لدفع الضرر العام ، وهذه قاعدة مهمة من قواعد الشرع ، مبنية على المقاصد الشرعية فى مصالح العباد استخرجها المجتهدون من الاجماع ومعقول النصوص (٢٨) .

والضرر العام كتلقى السلع ، وبيع الحاضر للبادى ، والامتناع عن بيع داره ، أو فدائه ، وقد اضطر الناس لمسجد جامع أو غيره فيمنع .

= د. فتحى الدرينى - الملكية - على الخفيف ج ١ بحوث أسبوع الفقه الاسلامى - دمشق سنة ١٣٨٠ هـ (١٩٦١) م .

(٢٨) انظر قواعد انعم بن عبد السلام ج ٢ ص ٨٩ - الطرق الحكيمية ص ٢٨٤ ، وما بعدها - الموافقات ج ٢ ص ٣٥٠ - شرح المجلة للاتاسى ج ١ ص ٦٦ .

المبحث الثاني

ضوابط تتعلق بملك الغير وحقوقه

المطلب الأول : حقوق الارتفاق

● معناها :

مما تتقيد به ملكية العقار ، أن يتقرر عليه حق لمنفعة عقار آخر ، دون نظر الى شخص مالكة .

وعلى ذلك فحق الارتفاق هو :

حق مقرر على عقار « مرتفق به » ، لمنفعة عقار آخر « مرتفق » ، مملوك لشخص آخر ، غير مالك العقار المرتفق به (١) .
كحق الشرب والمجرى والمرور والمسيل .

* * *

● أوجه الاختلاف بين هذا النوع من المنفعة وحق الانتفاع الذي يثبت للأشخاص (٢) :

- ١ - ان حق الارتفاق يكون مقررا لعقار ، بخلاف حق الانتفاع فإنه مقرر لشخص .
- ٢ - حق الارتفاق يكون دائما متعلقا بعقار ، بخلاف حق الانتفاع ، فقد يتعلق بعقار أو بمنقول ، كما في كتاب ونحوه .
- ٣ - حق الارتفاق لازم ، بالنسبة لمالك العقار المرتفق به ، فلا يملك انهاءه أو ابطاله ، بخلاف حق الانتفاع ، قد يكون غير لازم ، فيملك المالك للعقار المتعلق به ابطاله ، كما في حالة مستعير الأرض .

(١) انظر م ٣٧ من مرشد الحيران .

(٢) انظر في هذه المسألة الشيخ على الخفيف - المرجع المسابق

٤ - حق الارتفاق بالنسبة لمالك العقار المرتفق به حق سلبى ، لا يتطلب منه الا عدم التعرض لصاحبه فى انتفاعه ، بخلاف حق الانتفاع ، فقد يلتزم فيه الشخص بعمل ، أو الامتناع عن عمل ، كتسليم الشيء المعار ، أو الامتناع عن معارضة الموصى له بمنفعة الأرض الموصى بها فى الانتفاع بها .

٥ - حق الارتفاق يرى للحنفية أنه حق دائم بدوام ما يتعلق به ، فلا يزول بتغير المالك ، ولا ينتهى بوفاته ، ويرى بعض المالكية أنه يقبل التوقيت .

* * *

● طبيعة حقوق الارتفاق :

اختلف الفقهاء فى ذلك الى فريقين :

(أ) فريق (٣) يرى أنها ليست أموالا فى ذاتها ، لعدم امكان حيازتها ، ومن ثم لا يجوز بيعها أو هبتها استقلالاً ، ولكن يجوز بيعها تبعاً للأموال التى تتعلق بها (٤) .

الا أن الحنفية اعتبروا هذه الحقوق حقوقاً مالية (٥) ، اذ الحق يعتبر عندهم كذلك ، اذا تعلق بالمال ، بأن كان خادماً للمال ، أو قائماً به مثل حق الشرب ، والمرور ، والمسيل ، والتعلّى ، أو موثقاً له ، كما فى حق الارتهان ، أو اذا تعلق الحق بمحض الارادة والاختيار ، ولم يتعلق بالمال كحق الشفعة وحق الولاية (٦) .

(٣) الحنفية والزيدية - انظر حاشية ابن عابدين ج ٥ ص ٥٢ - فتح القدير ج ٥ ص ٢٠٤ - البدائع ج ٥ ص ١٤٠ - التاج المذهب ج ٤ ص ١٦٤ .

(٤) انظر البدائع ج ٦ ص ١٨٩ وما بعدها - حاشية ابن عابدين ج ٥ ص ٧٨ ، وما بعدها .

(٥) انظر البدائع ج ٦ ص ١٩٠ .

(٦) انظر الشيخ على الخفيف المرجع السابق ص ٥٧ - ٥٩ .

(ب) وذهب جمهور الفقهاء ^(٧) الى اعتبارها أموالاً ، لذلك جاز عندهم بيعها وهبتها .

* * *

● أسباب ثبوت حقوق الارتفاق :

١ — أن يتعلق حق الارتفاق بمرتفق عام :
كالطرق العامة والأنهار الكبيرة ، والمصارف العامة ، ومنشأ حق الارتفاق في هذه الحالة ، هو الشركة العامة في هذه المرافق .

٢ — الالتزام بها شرعاً :
مثل ما حدث عندما أمر عمر بن الخطاب الضحاك بن خليفة أن يمر بالقناة من العريض الى أرضه عبر أرض محمد بن سلمان لثبوت ذلك الحق شرعاً (٨) .

٣ — قد ينشأ حق الارتفاق نتيجة لوضع العقارين بحسب الطبيعة :

بأن يكون أحد العقارين أعلى من الآخر فيسيل ماء الأول الى الثاني كمياه الأمطار ومياه الارتساح ، ففي هذه الحالة الأخيرة يثبت حق الصرف على العقار المنخفض بحكم الطبيعة .

٤ — اشتراطها في عقد معاوضة :

وهنا خلاف بين الفقهاء ، فذهب غالبية الأحناف الى عدم جواز انشاء حقوق ارتفاق بعقود مستقلة ولكن يجوز أن تنشأ هذه الحقوق تبعاً لاشتراطها في عقود المعاوضة (٩) .

(٧) المسالكية والشافعية والحنابلة — انظر نهاية المحتاج وحاشية الشيرازي عليه ج ٣ ص ٣٧٢ ، ٣٩٨ ، ج ٤ ص ٧ الشيخ على الخفيف — المرجع السابق ص ٨٠ .

(٨) المنتقى شرح الموطأ ج ٦ ص ١٥ .

(٩) يرى بعض الأحناف جواز انشائها على وجه الاستقلال — انظر حاشية ابن عابدين ج ٥ ص ٧٧ — ٨٠ شرح المجلة للأناسي ج ٤ ص ١٩٤ ، ١٩٥ .

ويذهب المالكية والشافعية الى أن هذه الحقوق يمكن أن تنشأ بعقود المعاوضات استقلالا ، فهؤلاء الفقهاء يعتبرون المنافع أموالا كما سبق بيانه .

٥ — الاذن من مالك العقار المرتفق به اذا كان مملوكا ملكا خاصا (١٠) .

٦ — التقدم عند الجهل بسبب الحق :
والقاعدة أن التقديم يبقى على قدمه ، لظهور أنه كان بناء على سبب صحيح ، وذلك ما لم يثبت بطلان السبب الذي قام عليه حق الارتفاق فيحكم ببطلانه ويزال .

والتقدم هنا ليس هو المنشئ للحق ، ولكن اعتباره قرينة على الرضا بالحق ، وتبرعا به واقارارا به (١١) ، وتقدير مدة التقدم مختلف فيها فقليل أربعة أعوام وقيل أكثر .

* * *

● هل حقوق الارتفاق محصورة في عدد معين أم لا ؟

ذهب غالبية الأحناف (١٢) الى أنها محصورة فلا يجوز للمتعاقدين استحداث حقوق جديدة وهي عندهم :

- (١) حق الشرب .
 - (٢) حق المرور .
 - (٣) حق المجرى .
 - (٤) حق المسيل .
 - (٥) حق التعلی .
- ويلحق بها حقوق الجوار .

وذهب المالكية والشافعية الى أنها ليست محصورة في عدد معين ، ويجوز الاتفاق على اثبات حقوق جديدة ، ويرى الشيخ على الخفيف

(١٠) انظر محمد أبو زهرة المرجع السابق ص ٨٦ .

(١١) انظر الشيخ على الخفيف المرجع السابق ص ١٢٥ .

(١٢) مصادر الحق — السنهوري ج ١ ص ٣٤ ، ٦٤ ، ٦٥ — بحث المنافع في مجلة القانون والاقتصاد للشيخ على الخفيف السنة العشرون ص ٢٣ — ٢٨ .

معهم أن حقوق الارتفاق ليست بمحصورة ، إذ أنها كثيرة وتختلف باختلاف موضوعاتها وأسبابها ، وما يراد منها ، فمنها ما يتعلق بالمياه في استعمالها و صرفها ، ومنها ما يتعلق بالمباني وتحسينها ، وتوفير الشمس والهواء لها ونحو ذلك (١٣) .

وسنقتصر على أهم حقوق الارتفاق وهي :

- ١ — حق الشرب .
- ٢ — حق المسيل .
- ٣ — حق المرور .

أولا — حق الشرب :

معناه : يطلقه الفقهاء على النصيب من الماء ، ويطلقونه أيضا على زمن الشرب ، سقيا للزرع والشجر ، ويلحق بحق الشرب ، حق الشفة وهو خاص بشرب الدواب والانسان ومنفعته .

● أقسام المياه بالنسبة لحق الشرب وحق الشفة :

١ — ماء الأنهار الكبيرة العامة وما تفرع عنها : وهذه المياه ليست مملوكة لأحد ، ومن ثم فهي على أصل الإباحة ، ويكون لكل انسان أن ينتفع بها ، ويسقى زرعه وشجره وحيوانه ، سواء بشق جداول منها أو بفتح كوى ومنافذ في حوائفها أو بنصب آلات رافعة عليها ، كل ذلك بشرط عدم الاضرار بعامة الناس ، لشركة الناس فيها شركة اباحة لا ملك ، أما ما يحرز من هذا الماء ، كان ملكا لحرزه ، ولا ينتفع به الا باذنه ، كالماء في مجراه الخاص به .

٢ — ماء المجرى والبئر في أرض مملوكة ملكا خاصا : وذلك مثل الترغ والمنهيرات التي يحدتها شخص في ملكه ، أو في أرض موات له حق أحيائها ، أو ينفجر ماؤها في أرض مملوكة .
والماء في هذه الحالة غير محرز ، وغير مملوك لصاحب الأرض ، وان كان يجري في أرض مملوكة له وذلك لما يأتي :

(١٣) انظر الملكية ص ١٢٥ للضيف .

(أ) أن هذه المجارى والينابيع لم تتخذ فى العادة وسيلة لحيازة هذا الماء .

(ب) أن الماء فى هذه الحالة يجرى متتابعا وباستمرار مع تنوعه ورشحه على الدوام ، الى درجة تحول دون حيازته ، ومن ثم لا يعد محوزا بملكية الأرض التى يجرى فيها .

(ج) أن الحاجة الى هذا الماء متجددة ومستمرة وليس فى الأخذ منه ضرر بأصحاب الأرض ، وخالف المالكية فى ذلك ، واعتبروا أن ماء هذه الأماكن مملوك لمالكها لحيازته اياه بواسطتها (١٤) .

● حكم هذا الماء :

يختلف حكم هذا الماء بالنسبة لحق الشرب عنه بالنسبة لحق الشفء .

(أ) حق الشرب : يرى الحنفية أن حق الشرب يثبت فى هذا الماء ، لأن الماء فى هذه الحالة غير مملوك لمالك الأرض ، بل شركة بين الناس (١٥) .

ويرى المالكية أن الماء مملوك لصاحب الأرض يرسله متى شاء ويمنعه متى شاء لأنه أحق به (١٦) .

وعند الحنابلة أن الماء اذا سيق من نهر غير مملوك الى مجرى مملوك ، كان ملكا لمالك المجرى ، أما اذا انفجر الماء فى أرض مملوكة بسبب حفرة فلا يكون مملوكا لمالك الأرض لحديث : « الناس شركاء فى ثلاثة » ، ولكن يكون أحق به من غيره ، فيأخذ منه حاجته أولا فاذا فضل منه شيء لم يمنعه عن طالبيه (١٧) .

(١٤) انظر الشيخ الخفيف - الملكية ص ١٢٨ - محمد ابو زهرة المرجع السابق ص ٨٨ .

(١٥) انظر محمد ابو زهرة - المرجع السابق ص ٩١ .

(١٦) انظر على الخفيف المرجع السابق ص ١٢٧ ، ١٢٨ .

(١٧) نفس المرجع السابق والصفحة .

ويعلل فضيلة الشيخ محمد أبو زهرة عدم ثبوت حق الشرب في هذا الماء ألا يقدم غير معروف أو باذن خاص من المالك بأن الشرب ليست له نهاية معلومة ، وقدر معلوم ، ففي اباحته تعرض لضرر الحرمان من الانتفاع ، واحتمال ابطال حق صاحب الأرض الذي أجرى الماء في ملكه الخاص ، إذ أن ملكيته للأرض التي يجري فيها الماء أوجد له امتيازاً بذلك الملك الذي قدمه (١٨) .

(ب) حق الشفة : وبالنسبة لحق الشفة في هذا الماء فإنه يثبت لكل انسان ولا يخص شخصاً دون آخر ، لشربهم وشرب دوابهم ، بشرط عدم الاضرار ، لأن حق الشفة انما ثبت للضرورة ، وإذا ما قامت الضرورة فليس لصاحب الأرض التي فيها الماء أن يمنعهم عنه ، ليأخذوا منه ما يدفع الهلاك عنهم والا كان لهم في اضطرابهم الى الماء أن يقاتلوه بالسلاح .

أما اذا كانت الشفة تأتي على كل الماء فقد اختلف الفقهاء ، فقال بعضهم ليس لصاحب الأرض المنع لأن الماء غير مملوك له ، وقال بعضهم أنه له المنع لأن حقه أولى بالرعاية لأن الماء يجري في ملكه .

٣ - الماء المحرز والمحوز :

وهو ما يكون في الأواني والصحاريح الخاصة ويدخل في ملك صاحبه بالاستيلاء عليه وبحيازته ، ولكن ما زالت شبة الشركة الطبيعية بالاباحة عالقة به . واذا خاف شخص على نفسه الهلاك وليس معه ماء وسأل صاحب الماء المحرز فمنعه وكان عنده ما يفضل عن حاجته ليس له أن يقاتله بالسلاح ولكن له بغير قتال مغالبتة ومجاهدته مراعاة لحرمة الملك ، أما اذا كان صاحب الماء ليس عنده ما يزيد عن حاجته فلا يجوز مقاتلته لأنه أولى بالماء باعتباره يملكه .

● حق الجرى :

يتبع حق الشرب حق الجرى ، فهو حق اجراء الماء المستحق شرباً ، وامراره في أرض الى أخرى مملوكة لشخص آخر .

وهذا المجرى قد يكون ملك صاحب العقار المرتفق أى الأرض التى تسقى منه ، وان كان يخترق أرض غيره ، وقد يكون ملك صاحب الأرض التى اخترقها وقد يكون ملكا مشتركا لأصحاب الأرض التى تحيط به •

وليس لصاحب الأرض التى يخترقها المجرى أن يمنع صاحب حق الشرب أو صاحب حق المجرى من امرار الماء فيه وليس له أن ينقل المجرى من مكانه فى الأرض الى مكان آخر منها الا برضاء أصحاب الحق فى المجرى (١٩) ■

ولصاحب الأرض التى يمر فيها المجرى أن يطالب أصحاب الحق فيه بازالة الضرر الذى يصيبه منه ومن ثم كان لصاحب الحق فى المجرى حق المرور على حافته لاصلاحه كما أن الأرض التى يمر بها المجرى يثبت لها حق الشرب على المجرى أو حق الصرف بعد استيفاء صاحب المجرى حقه منها •

* * *

ثانيا - حق المسيل :

هو حق صرف الماء الزائد عن الحاجة أو غير الصالح من ملك الغير • ولا يسقط حق المسيل بتغيير صفة وحالة العقار الذى يمر فيه من أرض زراعية الى دراسة أو خربة الى عامرة • واصلاح الخلل فى المسيل على من لهم الحق فيه ، ومن ثم كان لهم حق دخول ملك غيرهم لهذا الغرض •

* * *

(١٩) وهذا النقل محل خلاف بين الفتهاء فبرى البعض جواز النقل طالما لم يحدث ضرر من ذلك ، وكان فيه منفعة وهو ما حدث فى قضية عبد الرحمن بن عوف ضد جد عمر بن يحيى المازنى أمام عمر بن الخطاب الا أن مالك اشترط رضا أصحاب الحق وهو ما ذهب اليه أبو حنيفة وروى عن مالك جواز ذلك وان أبى صاحب الحق — انظر على الخفيف المرجع السابق ص ١٣١ •

(١٠ - الملكية وضوابطها)

ثالثا - حق المرور :

معناه : هو أن يكون للشخص بمفرده حق المرور فى ملك غيره أو معه دوابه ليصل الى ملكه ، سواء أكان الطرق مملوكا للغير أم مملوكا لصاحب حق المرور لكنه يخترق ملك غيره •

● أنواع الطريق : الطريق عام أو خاص ••

(أ) الطريق العام : هو ما كان غير مملوك لأحد •

ويثبت لكل انسان حق المرور فيه ولكل صاحب عقار متصل به أن يفتح أبوابا أو نوافذ انشاء أو اعادة •

أما انشاء مظلة أو بلكون أو يضح عروضاً للتجارة فان كان ذلك لا يلحق الضرر بالمرور فيه فهو غير ممنوع ، أما ان كان يلحق ضرراً بالمرور فيه منع من ذلك • وعند أبى حنيفة لكل واحد من الناس أن يمنعه من ذلك وأن يكلفه رفع ما وضعه سواء أكان فيه ضرر أم لم يكن اذا وضع بغير اذن ولى الأمر ، فمن فعل من غير اذنه فى الطريق شيئاً فقد افتات عليه ، ومن افتات على ولى الأمر كان لكل واحد منعه •

وعند أبى يوسف لكل واحد من الناس أن يمنعه قبل الوضع ، أما بعده فلا ، ولو وضع بغير اذن الامام ، لأن الوضع جعل له يدا خاصة على ما وضع عليه •

وعند محمد ليس لأحد من الناس منعه لا قبل الوضع ولا بعده ، اذن له ولى الأمر أم لم يأذن ، لأن العمل اذا كان لا ضرر فيه فهو مأذون فيه شرعا ، ومن ثم ليس لأحد منعه •

والراجح هو رأى أبى حنيفة لأن الامام هو صاحب الولاية فى تقدير حدوث الضرر من عدمه (٢٠) •

(٢٠) انظر محمد أبو زهرة - المرجع السابق ص ١٠٢ وما بعدها -
بدران أبو العينين المرجع السابق ص ٣٤٢ - الشيخ على الخفيف المرجع
السابق ص ١٢٣ •

(ب) الطريق الخاص : هو ما كان مملوكا لشخص أو لعدة أشخاص .

ولأصحابه حق المرور فيه وفتح الأبواب والنوافذ عليه انشاء أو اعادة ، ما لم يضر ذلك بغيره .

ولا يجوز لأحد من الشركاء فيه بناء مظلة أو بلكون أو دكان الا باذن باقى شركائه .

وللعامة أن يمروا منه اذا ازدحم الطريق العام ، وكان الطريق الخاص نافذا الا اذا كان عليه باب منذ بدء انشائه يحول دون المرور فيه ، لا بعد فتحه ، فان وجود هذا الباب يمنع من ثبوت حق العامة فى المرور .

وليس لأصحاب الطريق الخاص أن يتفقوا فيما بينهم على سده أو ازالته مع ثبوت حق العامة فى المرور فيه على نحو ما تقدم .

المطلب الثانى : حقوق الجوار

تقوم حقوق الجوار على منع الضرر بالجوار ، ضررا بينا فاحشا (٢١) ، فى سبيل انتفاعه بملكه ، ومن ثم فهى تقييد لانتفاع المالك بعقاره بقيد ألا يضر بجاره .

والفرق بين حق الارتفاق وحق الجوار ، أن الأول ايجابى ، على نحو ما تقدم والثانى سلبى ، يتمثل فى منع الضرر بالجوار ، والجوار نوعان :

(أ) جوار رأسى وهو ما كان منشؤه الجوار بين صاحب العلو وصاحب السفلى ، وذلك بأن توجد دار (٢٢) متعددة الطبقات سفلا

(٢١) الضرر الفاحش هو ما لا يحتمل عادة ، وينكره العرف ، ويمنع الحوائج الاصلية كسد الضوء بالكلية .

(٢٢) تطلق الدار على ما كان مسقونا من البناء .

لمالك وعلوها لآخر وفى هذه الحالة ، يكون للعلو حق القرار على السفلى ،
ويسمى حق القرار بحق التعلی .

(ب) جوار جانبى وهو الناشئ عن ملاصقة الحدود .

● الفرع الأول — الجوار الرأسى « حق التعلی » :

ضابطه :

الجوار الرأسى كما سبق تعريفه يتصور فى حالة ما اذا باع صاحب
الدار العلوى منها فقط دون السفلى .

وعند الحذيفة لا يثبت هذا الحق الا على علو قائم بناؤه على سفلى ،
ولا يثبت حق التعلی بدون بناء قائم على بناء آخر ، اذ لا يند حق التعلی
عندهم مالا .

وعند المسالكية والحنبالية يجوز بيع حق التعلی استقلالاً كما يجوز
تمليكه تبعاً لتمليك البناء المستعلی (٢٣) ، ومتى حصل ذلك كان لصاحب
العلو حق القرار على سقف الدور السفلى الذى هو ملك صاحب السفلى .

* * *

● الآثار المترتبة على ثبوت حق القرار :

١ — اذا انهدم العلو أو هدمه صاحبه ، كان لصاحبه ولورثته من
بعده تجديده دون اجبار من صاحب السفلى .

واختلف فى حكم الزيادة على البناء الأصلى للعلو سواء أكان فى
الارتفاع أو فى عدد الحجرات .

فقيل يجوز مطلقاً ، وقيل لا يجوز مطلقاً ، وقيل ان وافقت الزيادة
الرسم المعتاد ولم تضر جازت ، ولو بدون رضاء صاحب السفلى ،
والا فلا تجوز الا باذن صاحب السفلى .

(٢٣) انظر كشاف النفع الجزء الثانى ص ١٩٧ .

٢ — أن ينهدم السفل بغير تعدد من صاحبة ، أى بغير فعل صاحبه فلا يجبر على اعادته ، ويكون لصاحب العلو أن يعيد ما سقط من السفل باذن صاحبه أو باذن القاضى ، اذا ما رفض صاحب السفل ، وفى الحالتين يرجع بكل ما اتفق على صاحب السفل .

أما اذا بنى صاحب العلو بغير اذن ففى حكم ذلك اختلف الراى الفقهى :

فذهب الحنفية الى أنه يعد متبرعا ما لم يمنعه من الاستئذان عذر والا فلا يعد متبرعا ، ويكون لصاحب العلو فى هذه الحالة أن يجبس السفل فى يده حتى يستوفى ما أنفق ، ولكن تحديد هذا الحق « ما أنفق » اختلف فيه :

فذهب بعض الحنفية الى أن قيمة السفل تتحدد وقت تسليمه الى صاحب السفل ، لأنه وقت التملك ، وهو الراجح ، وقيل وقت تمام البناء ، لأنه يستحق تملكه من هذا الوقت .

وذهب البعض الى أنه قيمة ما أنفق بالفعل على اعادة السفل من نفقات (٢٤) .

٣ — أما اذا انهدم السفل بفعل صاحبه ، فانه يجبر على اعادته ، لتعديه لزوال حق القرار الذى لصاحب العلو واذا أعاده صاحب العلو بغير اذن من صاحبه أو من القاضى عد متبرعا ، اذ أن عدوله عن الاجبار دليل على ارادة التبرع .

● الضابط فى تصرفات كل من صاحب العلو وصاحب السفل :

١ — التصرفات الضارة بأحدهما ضررا محققا ، ممنوعة على كل منهما والا ضمن .

(٢٤) انظر الشيخ على الخفيف المرجع السابق ص ١١٦ — محمد أبو زهرة المرجع السابق ص ١١٦ اذ يرى أن الرجوع يكون بقيمة وقت تمام البناء .

- ٢ - التصرفات غير الضارة بأحدهما جائزة دون اعتراض .
- ٣ - التصرفات المحتملة للضرر من عدمه ، فهي مشكوك في نتائجها ، مثل أن يفتح صاحب السفل نافذة فيه ، أو يبني صاحب العلو غرفة أو يثقل على السفل ففي حكمها خلاف : فيرى البعض المنع وتحميل بعدم المنع (٢٥) .

* * *

● الفرع الثاني - الجار الجانبي « المطلق » :

الأصل أن للمالك أن ينتفع بملكه ويتصرف فيه كيف شاء ما لم يضر بجاره ضررا بينا غير معتاد ولا خلاف في ذلك بين الفقهاء ديانة .

لكن مرد الخلاف بينهم في مدى التزام المالك بذلك القيد في الجوار الجانبي قضاء .

(أ) فيرى أبو حنيفة ومتقدمو الحنفية والشافعي ورواية عن أحمد (٣٦) أن المالك لا يقيّد في ملكه لأجل مصلحة جاره ومن ثم فلا حق لجاره أن يقيّد تصرفاته وهذا هو مقتضى القياس وما جاء في ظاهر الرواية .

(ب) وذهب متأخرو الحنفية والمالكية وأحمد في الرواية المشهورة (٣٧) الى وجوب تقييد الجار في تصرفه وانتقاعه بملكه بما لا يضر بجاره ضررا بينا غير معتاد ، وحمله على ذلك بسلطان القضاء .

(٢٥) انظر التحفة شرح البهجة الجزء الثاني ص ٣١٥ .

(٢٦) انظر حاشية ابن عابدين ج ٥ ص ٤٤٣ وما بعدها - المبسوط للسرخسي ج ١٥ ص ٣١ - نهاية المحتاج ج ٥ ص ٣٣٧ - الفتاوى الخانية ج ٢ ، ٤ ، ٥ ص ٢٨٣ ، ٣٩٢ ، ٥١ .

(٢٧) وفي فتح القدير « . . . » عن أبي حنيفة أن رجلا شكاه اليه من بئر حفرها جاره في داره ، فقال له : احفر في دارك بجوار تلك البئر بالوعة - ففعل فنزت البئر الأولى فكبسها صاحبها فهو لم يفتنه بمنع الحائر بل هداه الى هذه الحيلة وليست الا من قبيل التصرف في الملك ج ٥ ص ٥٠٦ .

ومما يجب مراعاته أن الضرر من الأمور التي تختلف باختلاف الأشخاص والأمكنة والأزمنة ، فقد يكون الضرر فاحشا بالنسبة لبعض الأشخاص ولا يكون كذلك بالنسبة للآخرين ، وكذلك قد يكون فاحشا في مكان أو زمان دون آخر . . . ولذلك كان للعرف ، دورا في تحديد الضرر ، ومتى يعتبر فاحشا فيمنع ، أو غير فاحش ويسير فلا يمنع .

* * *

المبحث الثالث

القيود الاستثنائية أو الطارئة

● مدى سلطة الدولة في تقييد حق الملكية :

من وظائف الدولة في الإسلام القيام على تطبيق شريعة الله وحراسة الدين ، من أجل تحقيق مصالح العباد الدنيوية والأخروية .

يقول الله تعالى :

« الذين ان مكناهم فى الأرض أقاموا الصلاة وآتوا الزكاة وأمروا بالمعروف ونهوا عن المنكر » . (الحج : ٤١)

ويقول شيخ الإسلام ابن تيمية : « ان جميع الولايات فى الإسلام مقصودها أن يكون الدين كله لله وأن تكون كلمة الله هى العليا فان الله سبحانه وتعالى انما خلق الخلق لذلك وبه أنزل الكتب وبه أرسل الرسل وعليه جاهد الرسول والمؤمنون » (١) .

ومن ثم كان للدولة مراقبة المعاملات المالية ، والنهى عن الغش ، وتطهير الكيل والميزان ، ومنع الصناعات المحرمة والعقود المحرمة كالربا والميسر ، وغيرها وتحقيق قواعد الإسلام فى عدم تركيز الثروة فى أيدى فئة قليلة ، بينما يعيش الآخرون فى حاجة وعوز .

● مدى سلطة الحاكم :

ومن أهم مسؤوليات الحاكم منع الظلم والتعدى ، واقامة العدل بين

(١) الحسبة فى الإسلام ص ٤ — انظر ايضا مقدمة ابن خلدون ص ١٥٠ ، الفصل الثالث من الكتاب الأول .

الناس تحقيقا لمصلحة الرعية ، فتصرف الحاكم على الرعية منوط بالمصلحة^(٢) ، وطاعته في غير معصية واجبة^(٣) .

وقد أعطى الاسلام الحاكم سلطات واسعة في الظروف الطارئة ، فعندما تعرضت المدينة لأمر طارئ بقدم جماعة محتاجة اليها نهى رسول الله ﷺ عن ادخار لحوم الأضاحي ، ولما غادرت هذه الجماعة المدينة أباح رسول الله ﷺ ادخارها وقال : « انما نهيتكم من أجل الدافة التي دفت عليكم فكلوا وادخروا وتصدقوا »^(٤) .

وبذلك سن رسول الله ﷺ قاعدة أن للحاكم اتخاذ ما يراه محققا للمصلحة العامة ، اذا كان هناك مقتضى لذلك يتطلب التدخل في أحوال الناس .

وأساس ذلك ما قرره الشريعة من قواعد وما يهتدى اليه الحاكم باجتهاده بنفسه ، أو بمن هم أهل لذلك في معرفة الحكم الشرعي ، فيما يجد من حوادث ، وظروف طارئة ، تستدعي تدخله في تقييد الملكية فلا يأخذ مالا من مالكة الا بحق .

● تقدير المصالح :

ولم تترك الشريعة الغراء أمر تقدير المصالح للأهواء ، فقد بين الفقهاء الشروط التي يجب توافرها في المصلحة ومن أهمها^(٥) :

١ - أن تكون مصلحة قطعية ، لا تعارضها مصلحة أهم منها أو مثلها .

(٢) الأشباه والنظائر لابن نجيم ص ١٢٣ ، الأشباه والنظائر للسيوطي ص ١٢١ ، ابن القيم : الطرق الحكيمة ص ١٦ وما بعدها .

(٣) حاشية ابن عابدين ج ٥ ص ٤٩ .

(٤) سنن أبي داوود ج ٢ ص ٨٩ - ٩٠ نيل الأوطار ج ٥ ص ١٤٣ .

(٥) المستصفي للقرظي ج ١ ص ٢٩٦ - ٢٩٧ - شفاء الغليل للقرظي ص ٢٠٧ وما بعدها .

- ٢ - أن تكون مصلحة عامة لا نادرة تتعلق بآحاد الناس .
- ٣ - أن تكون مصلحة ضرورية بها رفع الحرج لازم .
- ٤ - أن تكون مصلحة ملائمة لمقاصد الشرع ، فلا تصادم نصا أو دليلا من أدلته ، بل تكون من جنس المصالح التي جاءت الشريعة لتحقيقها ، وإن لم يشهد لها دليل خاص بالاعتبار .
- وقد عرف الامام الغزالي المصلحة بأنها :
- « المحافظة على مقصود الشرع .. ومقصود الشرع من الخلق خمسة وهو أن يحفظ عليهم دينهم ونفسهم وعقلهم ونسلهم وأموالهم فكل ما يتضمن حفظ هذه الأصول الخمسة فهو مصلحة وكل ما يفوتها فهو مفسدة ودفعه مصلحة .. ومقاصد الشرع تعرف بالكتاب والسنة والاجماع فكل مصلحة لا ترجع الى حفظ مقصود فهم من الكتاب والسنة والاجماع وكانت من المصالح القريبية التي لا تلائم تصرفات الشرع فهي باطلة ... » (٦)



● تقييد الملك :

- ومن الأصول الشرعية التي يستند اليها الحاكم في تقييده للملك « لا ضرر ولا ضرار » وما تفرع عنه من قواعد فقهية منها :
- (أ) الضرر يدفع بقدر الامكان .
- (ب) الضرر يزال .
- (ج) الضرر الأشد يزال بالأخف .
- (د) يتحمل الضرر الخاص لدفع الضرر العام .
- (هـ) درء المفسد مقدم على جلب المنافع (٧) .

(٦) المستصفي ج ١ ص ٢٨٧ وما بعدها .

(٧) انظر قواعد الاحكام للعز بن عبد السلام ج ١ ص ٥٣ ، ٥٤ -

اعلام الموقعين ج ٣ ص ١٤٧ .

ومن الأسس التي يستند اليها الحاكم في تعيينه للملك أيضا قاعدة « الضرورات تبيح المحظورات » والضرورات تقدر بقدرها والاضطرار لا يبطل حق الغير ، فليس من الاضطرار اسقاط حق غير المضطر في ضمان قيمة ائلاف ماله ، أو استعماله في حالات الضرورة ، وقاعدة « الحاجة العامة تنزل منزل الضرورة » ، والحاجة العامة هي التي يترتب على عدم سدها مشقة وخرج ، أما الضرورة فهي ما يترتب على عدم الاستجابة لها الهلاك أو ما يقرب منه (٨) .

وتقدير الضرورة والحاجة يرجع فيه الى أصحاب الرأي والاجتهاد والعلم بمصالح الأمة لقوله تعالى :

« ولو ردوه الى الرسول والى أولى الأمر منهم لعلمه الذين يستنبطونه منهم »
(النساء : ٨٣)

تم بحمد الله — اللهم انى أعوذ بك من علم لا ينفع ، وأستغفرك
مما يكون قد جانبتني فيه الصواب .

(٨) انظر الأشباه والنظائر للسيوطى ص ٩٤ — قواعد الأحكام
للغز بن عبد السلام ج ٢ ص ١٨٨ ،