الفصل الخامس

قيود الملكية وضوابطها

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

obeikandl.com

obeikandl.com

قيود الملكية [1] 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 والنواهى ، وطبقا لتوجيهات الشرع .

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

● **أصول كلية :**

١ ــ الملكية الفردية فى الاسلام مصونة بلا حظر ، ولا حد لما يملكه الانسان من مال طبقا لقواعد وأحكام الشرع الاسلامى ، 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 الاسلام .

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

٣ ــ عمل الاسلام على عدم تركيز الثروة فى أيدى قلة من الأفراد بعدة وسائل منها :

---

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

(أ) نظام الميراث .

(ب) الزكاة .

(جـ) الانفاق والصدقات فى سبيل الله .

(د) تحريم كنز الأموال وحبسها 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 ، والترف ، 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 يكنزون الذهب والفضة ولا ينفقونها فى سبيل الله فبشرهم بعذاب اليم** » (التوبة : ٣٤) ومن الانفاق استثمار الأموال .

المبحث الأول

ضوابط الملكية المستندة الى حقيقة الملك ومعناه [1]

المطلب الأول : الضوابط التى تلحق أسباب التملك

سبق أن بينا الأسباب الشرعية للتملك ، وعلى ذلك فليس كل سبب يحصل به الملك يكون مشروعا ، فهناك من الأسباب مالا يثبت بها ملك ، وهى ما منعته الشريعة وحرمته ، فحرمت التملك عن طريق السرقة والغصب ، والربا ، والرشوة ، والقمار ، والخداع ، والغش ، والاحتكار ، والتغرير ، والاتجار فى الخمر والخنزير وغيرها من المحرمات .

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

« ولا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل وتدلوا بها الى الحكام لتأكلوا فريقا من أموال الناس بالاثم وأنتم تعلمون » (البقرة : ١٨٨)[2]

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 فى بيان شرعية الملك ، ومعناه ، حتى يتضح وجه الارتباط الشديد بينهما ، وبين القيود الواردة فى هذا المبحث .

(٢) انظر فى تفسير هذه الآية القرطبى جـ ٢ ص ٣٣٨ — أحكام القرآن لابن العربى جـ ١ ص ٩٧ — ٩٨ ، ص ٤٠٨ — ٤٠٩ فى ظلال القرآن جـ ٥ ص ٣٣٧ — ٣٣٨ — أنظر احياء علوم الدين للغزالى جـ ٢ ص ١١٧ — ١٢٠ فقد بين أنواع المال المحرمة .

أحدهما : قبضها بغير طيب نفس صاحبها ، ولا اذن الشارع ، وهذا هو الظلم المحض كالسرقة والخيانة والغصب .

الثانى : قبضها بغير اذن الشارع أو اذن صاحبها وهى العقود والقبوض المحرمة كالربا والميسر ونحو ذلك [٣] .

* * *

المطلب الثانى : الضوابط التى تتعلق بسلطات المـالك فى التصرف والانتفاع

الثابت من تعريف الملك كما سبق بيانه أنه يخول صاحبه مكنـة التصرف والانتفاع .

فامتلاك الأموال ليس مقصودا لذاته ، بل لمـا تحققه الأموال من فوائد ومصالح فى حياة الناس [٤] .

وقد نظمت الشريعة الاسلامية كيفية استعمال المـال والانتفاع به ، كما نظمت طرق التصرف فيه ، وهذا ما نتناوله فيما يلى :

● الفرع الأول ــ ضوابط استعمال الملك والانتفاع به :

لقد منع الاسلام الترف والتبذير والاسراف وأيضا منع التقتير ، فنهى عن الأكل والشرب فى آنية الذهب والفضة ، وعن لبس الرجال للحرير والذهب [٥] .

---

(٣) الفتاوى جـ ٢ ص ١٦٤ ــ ١٦٧ .

(٤) انظر فى تفصيل ذلك التوضيح لصدر الشريعة جـ ٣ ص ١٧٨ ، قواعد الزركشى : د ٣٣٤ أ ــ ب ــ مشـار فى رسالة د . عبد السلام العبادى ــ القسم الثانى ص ٧١ ، القرافى فى الذخيرة جـ ٧ ــ ص ٢٨٣ .

(٥) انظر فى الأحاديث الواردة الدالة على ذلك فى شرح النووى لصحيح مسلم جـ ١٤ ص ٢٧ وما بعدها ، وتفسير القرطبى جـ ٧ ص ١٩٦ وما بعدها ، وجـ ١٣ ص ٧٣ ــ قواعد الاحكام للعز بن عبد السلام جـ ٢ ص ١٦٢ ، ص ١٦٧ طبعة دار الجيل .

فالترف 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 والتنعم فان عباد الله ليسوا بالمتنعمين »(٦) .

والاسراف والتبذير هو ما جاوز القصد والحد فى النفقة :

« .... واياك والتنعم فان عباد الله ليسوا بالمتنعمين »(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 اضاعتها (٩) . فالأمة القوية هى التى تتمتع باقتصاد قوى ، وكما يقول صاحب مغنى المحتاج « وقيام الدين يتوقف على أمر الدنيا »(١٠) .

---

(٦) مسند الامام أحمد جـ ٥ — ص ٢٤٣ .

(٧) انظر التعريفات للجرجانى ص ١٨ .

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

(٩) انظر فى طرق استثمار الأموال بحث د. محمد عبد الله العربى ، المؤتمر الثانى لمجمع 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 ــ ضوابط التصرف فى الملك :**

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

١ ــ ضوابط التصرف فى الملك حال حياة المـالك .

٢ ــ ضوابط التصرف فى الملك لمـا بعد وفاة المـالك وبعدها .

أولا ــ ضوابط التصرف فى الملك فى حياة المـالك :

١ ــ الرضا أساس التصرفات الا ما استثنى :

تقرر النصوص الشرعية أن الأساس فى انتقال الملك فى حيـاة 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 تجارة عن تراض منكم** » . (النساء : ٢٩)

ويقول سبحانه :

« **وآتوا النساء صدقاتهن نحلة ، فان طبن لكم عن شىء منه نفسا فكلوه هنيئا مريئا** » . (النساء : ٤)

وعنه ﷺ أنه قال : « انما البيع عن تراض » وقال : « لا يحل مال امرىء 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 بالرضا 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 » .

(أ) الارادة المنفردة وتقييدها للملك :

يتمثل ذلك فى التبرع بمنفعة العين المملوكة ، كلها كما فى الاعارة ، أو ببعضها ، كعدم تعلية بنائه عن حد معين .

وفى حكم التبرع اختلف الفقهاء : فالجمهور يرونه غير ملزم ،

---

(١١) سنن البيهقى جـ ٦ ص ١٧ و ٩٧ وما بعدها — سنن ابن ماجة جـ ٢ ص ٧٣٧ .

(١٢) انظر فى تفصيل ذلك كتابنا « ضوابط المعقود فى الفقه الاسلامى » ويستثنى من هذا الأصل نزع الملك للمنفعة العامة وبيع القاضى أموال المدين المفلس للوفاء بديونه ، والحكم على الشخص بالنفقات الواجبة عليه شرعا .

خلافا للمالكية على الراجح عندهم من أن التبرع ملزم للمالك [١٣] وذلك فيما عدا النذر اذ يجمع الفقهاء على لزومه .

(ب) التعاقد وتقييده للملك :

ونخص بالذكر هنا أربع صور لأهميتها هى :

(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 والتى تقيد 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 شيئا الا أن يشاء الا فى الميراث »[١٦] .

---

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

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

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

(١٦) الأم جـ ٣ ص ٢١٨ — ٢١٩ .

الا أن هنـــاك حالات أجازت فيها الشريعـــة نزع الملك جبرا عن صاحبه ، اما لمصلحة فردية راجحة ، أو لمقتضيات المصلحة العامة .

(أ) الحالات التى أجازت فيهـــا الشريعـــة نزع الملك جبرا عن صاحبه ، مراعاة لمصلحة فردية راجحة :

(١) الشفعة .
(٢) الحجر على المدين المفلس وبيع أمواله جبرا عنه وفاء لديونه .
(٣) اذا امتنع الراهن عن بيع الرهن .
(٤) الأشياء التى لا تنقسم ، أو فى قسمتها ضرر ، كاتلافها ، يجوز أن يجبر على البيع من رفضه ، اذا طلبه الشركاء معه ، الى غير ذلك من الصور المنثورة فى كتب الفقه [١٧] .

(ب) الحالات التى أجازت فيهـــا الشريعـــة نزع الملك جبرا عن صاحبه ، مراعاة لمقتضيات المصلحة العامة :

(١) بيع الطعام المحتكر جبرا عن صاحبه ، عند الحاجة اليه .
(٢) الأرض المجاورة للمسجد اذا ضاق بالناس ، تؤخذ جبرا من صاحبها وكذا الأرض المجاورة للطريق العام ، اذا احتاج الناس اليها ، وكذا الأرض اللازمة لشق طريق ، أو مجرى ماء ، ونحو ذلك مما هو مبسوط فى كتب الفقه [١٨] .

* * *

ثانيا ــ ضوابط انتقال الملك لمـــا بعد وفاة المـــالك وبعدها :

لقد وضعت الشريعة نظاما دقيقا وعادلا لانتقال الملك لمـــا بعـــد وفاة المـــالك وبعدها وهو ذو شقين :

---

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

الأول : يتمثل فى حق المـالك فى التصرف فى ماله تصرفا مضافا الى ما بعـد الموت عن طريق الوصية ، ولكن هـذا التصرف عن طريق الوصية ليس طليقا من كل قيد ، بل هو مقيد بأمرين هامين هما :

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

(ب) لا وصية لوارث الا أن يجيز الورثة •

وهذا حديث لرسول الله ﷺ (٢٠) ، فاذا أجازها الورثة فقـد أسقطوا حقهم وزال المـانع •

وفى هذا خلاف واسع بين العلماء (٢١) ، ولكن الجمهور على ما جاء به الحديث المذكور •

الثانى : يتمثل فيما يثبت بالشرع فى تركة المورث من حقوق الميت نفسه فى ماله بعد وفاته ، من تكفينـه وتجهيزه ، وحقوق الدائنين ، وحقوق الورثة ، وحق بيت المـال عند عـدم وجـود وارث للميت ،

---

(١٩) انظر فى خلاف الفقهاء فيما اذا اوصى باكثر من الثلث : المغنى جـ ٦ ص ١٤٦ وما بعدها . المهذب جـ ١ ص ٤٥٦ — حاشية الدسوقى على الشرح الكبير جـ ٤ ص ٤٢٧ — المحلى جـ ١٠ ص ٤٢٥ — ٤٣٢ — شرح الزرقانى على الموطأ جـ ٤ ص ٦٢ — ٦٣ .

وهذا الحديث اخرجه أحمد وابن ماجة والدارقطنى والبيهقى من طرق متعددة وبألفاظ متقاربة عن معاذ بن جبل وأبى هريرة — سبل السلام جـ ٣ ص ١٤٥ المطبعة المنيرية — نيل الأوطار جـ ٨ ص ٤٣ — ٤٤ ، سنن ابن ماجة جـ ٢ ص ٩٠٤ — وسنن البيهقى جـ ٦ ص ٢٦٩ .

(٢٠) أخرجه الدارقطنى 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 البيهقى برأويتين عن الدارقطنى سنن الدارقطنى جـ ٤ ص ١٥٢ — سنن البيهقى جـ ٦ ص ٢٦٣ وما بعدها — نيل الأوطار جـ ٨ ص ٤٦ .

(٢١) انظر المغنى جـ ٦ ص ١٤١ — المهذب جـ ١ ص ٤٥٨ — المحلى جـ ١٠ ص ٤٢٥ — فتاوى الشيخ عليش جـ ٢ ص ١٨٣ — المبسوط جـ 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 فيـــه :**

من المحـــال أن يشرع الله سبحانه وتعالى لعبـــاده 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 بملكـــه ، ويتصرف فيه ، بمـــا لا يضر بغيره أو حتى نفســـه من نحو سفه وتبذير اذ يحجر عليه فى هذه الحـــالة .

وما يترتب على استعمال المالك لحقه من الضرر بغيره ، قد يكون ضررا مقصودا أراده 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 ، فاذا 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 أحكام التركات والمواريث : محمد أبو زهرة — أحكام المواريث : عيسوى أحمـــد عيسوى — المواريث فى الشريعة الاسلامية : حسنين مخلوف .

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

الحكم ، اذا صاحب ذلك القصد تحصيل منفعة أو مصلحة ، ولكن كان بامكان 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 ، قدم 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] .

واذا 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] .

واذا 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 جـ ٢ ص ٣٤٨ وما بعدها — نظرية التعسف فى استعمال الحق لفتحى الدرينى .

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

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

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

واذا كان المـــالك مقيدا بعدم الاضرار بالغير من الأشخاص ، فانه من باب أولى يكون استعماله مقيداً بعدم الاضرار بالمجتمع ، اذ المصلحة العامة مقدمة على المصلحة الخاصة ، والضرر الخاص يتحمل لدفع الضرر العام ، وهذه قاعدة مهمة من قواعد الشرع ، مبنية على المقاصد الشرعية فى مصـــالح العبـــاد استخرجها المجتهـــدون من الاجمـــاع ومعقول النصوص (٢٨) .

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

* * *

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

(٢٨) انظر قواعد العز بن عبد السلام ج ٢ ص ٨٩ — الطرق الحكمية ص ٢٨٤ ، وما بعدها — الموافقات ج ٢ ص ٣٥٠ — شرح المجلة للأتاسى ج ١ ص ٦٦ .

obeikandl.com

المبحث الثانى

ضوابط تتعلق بملك الغير وحقوقه

المطلب الأول : حقوق الارتفاق

● **معنـــاها :**

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

وعلى ذلك فحق الارتفاق هو :

حق مقرر على عقار « مرتفق به » ، لمنفعة عقار آخر « مرتفق » ، مملوك لشخص آخر ، غير مالك العقار المرتفق به [1] .

كحق الشرب والمجرى والمرور والمسيل .

* * *

● **أوجه الاختلاف بين هذا النوع من المنفعة وحق الانتفاع الذى يثبت للأشخاص [2] :**

١ ــ ان حق الارتفاق يكون مقررا لعقار ، بخلاف حق الانتفاع فانه مقرر لشخص .

٢ ــ حق الارتفاق يكون دائما متعلقا بعقار ، بخلاف حق الانتفاع ، فقد يتعلق بعقار أو بمنقول ، كما فى كتاب ونحوه .

٣ ــ حق الارتفاق لازم ، بالنسبة لمـالك العقار المرتفق به ، فلا يملك انهاءه أو ابطاله ، بخلاف حق الانتفاع ، قد يكون غير لازم ، فيملك المـالك للعقار المتعلق به ابطاله ، كما فى حالة مستعير الأرض .

---

(١) انظر م ٣٧ من مرشد الحيران .

(٢) انظر فى هذه المسألة الشيخ على الخفيف ــ المرجع السـابق ص ١٢١ ــ وما بعدها .

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 للحنفيه 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 استقلالا ، ولكن يجوز بيعها تبعا للأموال التى تتعلق بها [٤] .

الا أن الحنفية اعتبروا هذه الحقوق حقوقا مالية [٥] ، اذ الحق يعتبر عندهم كذلك ، اذا تعلق بالمال ، بأن كان خادما للمال ، أو قائما به مثل حق الشرب ، والمرور ، والمسيل ، والتعلى ، أو موثقا 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 أموالا ، 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 فى هذه الحالة ، هو الشركة العامة فى هذه المرافق .

٢ — الالزام بها شرعا :

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 شرعا [٨] .

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

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

٤ — اشتراطها فى عقد معاوضة :

وهنا خلاف بين الفقهاء ، فذهب غالبية الأحناف الى عدم جواز انشاء حقوق ارتفاق بعقود مستقلة ولكن يجوز أن تنشأ هذه الحقوق تبعا لاشتراطها فى عقود المعاوضة [٩] .

---

(٧) المالكية والشافعية والحنابلة — انظر نهاية المحتاج وحاشية الشبراملسى 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 للأتاسى ج ٤ ص ١٩٤ ، ١٩٥ .

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

٥ ــ الاذن من مالك العقـار المرتفق به اذا كان مملوكا ملكـا خاصـا [١٠] •

٦ ــ القدم عند الجهل بسبب الحق :

والقاعدة أن القديم يبقى على قدمه ، لظهور أنه كان بناء على سبب صحيح ، وذلك ما لم يثبت بطلان السبب الذى قام عليه حق الارتفاق فيحكم ببطلانه ويزال •

والقدم هنا ليس هو المنشىء للحق ، ولكن اعتباره قرينة على الرضا بالحق ، وتبرعا به واقرارا به [١١] ، وتقدير مدة القدم مختلف فيها فقيل أربعة أعوام وقيل أكثر •

* * *

● **هل حقوق الارتفاق محصورة فى عدد معين أم لا ؟**

ذهب غالبية الأحناف [١٢] الى أنها محصورة فلا يجوز للمتعاقدين استحداث حقوق جديدة وهى عندهم :

(١) حق الشرب • (٢) حق المـرور •
(٣) حق المجرى • (٤) حق المسيل •
(٥) حق التعلى •
ويلحق بها حقوق الجوار •

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

---

(١٠) انظر محمد ابو زهرة المرجع السابق ص ٨٦ .
(١١) انظر الشيخ على الخفيف المرجع السابق ص ١٢٥ .
(١٢) مصادر الحق ــ السنهورى ج ١ ص ٣٤ ، ٦٤ ، ٦٥ ــ بحث المنافع فى مجلة القانون والاقتصاد للشيخ على الخفيف السنة العشرون ص ٢٣ ــ ٢٨ •

معهم أن حقوق الارتفاق ليست بمحصورة ، اذ أنها كثيرة وتختلف باختلاف موضوعاتها وأسبابها ، وما يراد منها ، فمنها ما يتعلق بالمياه فى استعمالها وصرفها ، ومنها ما يتعلق بالمبانى وتحسينها ، وتوفير الشمس والهواء لها ونحو ذلك (١٣) .

وسنقتصر على أهم حقوق الارتفاق وهى :

١ — حق الشرب .　　٢ — حق المسيل .

٣ — حق المـرور .

أولا — حق الشرب :

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

● **أقسام المياه بالنسبة لحق الشرب وحق الشفه :**

١ — ماء الأنهار الكبيرة العامة وما تفرع عنها :

وهذه المياه ليست مملوكة لأحد ، ومن ثم فهى على أصل الاباحة ، ويكون لكل انسان أن ينتفع بها ، ويسقى زرعه وشجره وحيوانه ، سواء بشق جداول منها أو بفتح كوى ومنافذ فى حوافها أو بنصب آلات رافعة عليها ، كل ذلك بشرط عدم الاضرار بعامة الناس ، لشركة الناس فيها شركة اباحة لا ملك ، أما ما يحرز من هذا المـاء ، كان ملكا لمحرزه ، ولا ينتفع به الا باذنه ، كالمـاء فى مجراه الخاص به .

٢ — ماء المجرى والبئر فى أرض مملوكة ملكا خاصا :

وذلك مثل الترع والنهيرات التى يحدثها شخص فى ملكه ، أو فى أرض موات له حق احيائها ، أو ينفجر ماؤها فى أرض مملوكة .

والمـاء فى هذه الحالة غير محرز ، وغير مملوك لصاحب الأرض ، وان كان يجرى فى أرض مملوكة له وذلك لمـا يأتى :

---

(١٣) انظر الملكية ص ١٢٥ للخفيف .

(أ) أن هذه المجارى والينابيع لم تتخذ فى العادة وسيلة لحيازة هـذا المـاء .

(ب) أن المـاء 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 .

(جـ) أن الحاجة الى هذا المـاء متجددة ومستمرة وليس فى الأخذ منه ضرر بأصحاب الأرض ، وخالف المـالكية فى ذلك ، واعتبروا أن ماء هذه الأماكن مملوك لمـالكها لحيازته اياه بواسطتها (١٤) .

● حكم هـذا المـاء :

يختلف حكم هذا المـاء بالنسبة لحق الشرب عنـه بالنسبة لحق الشـفه .

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

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

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

---

(١٤) انظر الشيخ الخفيف ـ الملكية ص ١٢٨ ـ محمد ابو زهرة المرجع السابق ص ٨٨ .
(١٥) انظر محمد أبو زهرة ـ 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 فى هـذا المـاء ألا يقدم غير معروف أو باذن خاص من المـالك بأن الشرب ليست له نهاية معلومة ، وقدر معلوم ، ففى اباحته تعرض لضرر الحرمان من الانتفاع ، واحتمال ابطال حق صاحب الأرض الذى أجرى المـاء فى ملكه الخاص ، اذ أن ملكيته للأرض التى يجرى فيها المـاء أوجد له امتيازا بذلك الملك الذى قدمه (١٨) .

(ب) حق الشفه : وبالنسبة لحق الشفه فى هذا المـاء فانه يثبت لكل انسان ولا يخص شخصا دون آخر ، لشربهم وشرب دوابهم ، بشرط عدم الاضرار ، لأن حق الشفه انمـا ثبت للضرورة ، واذا ما قامت الضرورة فليس لصاحب الأرض التى فيها المـاء أن يمنعهم عنه ، ليأخذوا منه ما يدفع الهلاك عنهم والا كان لهم فى اضطرارهم الى المـاء أن يقاتلوه بالسلاح .

أما اذا كانت الشفه تأتى على كل المـاء فقد اختلف الفقهاء ، فقال بعضهم ليس لصاحب الأرض المنع لأن المـاء غير مملوك له ، وقال بعضهم أنه له المنع لأن حقه أولى بالرعاية لأن المـاء يجرى فى ملكه .

٣ — المـاء المحرز والمحوز :

وهو ما يكون فى الأوانى والصهاريج الخاصة ويدخل فى ملك صاحبه بالاستيلاء عليه وبحيازته ، ولكن ما زالت شبهة الشركة الطبيعية بالاباحة عالقة به . واذا خاف شخص على نفسه الهلاك وليس معه ماء وسأل صاحب المـاء المحرز فمنعه وكان عنده ما يفضل عن حاجته ليس له أن يقاتله بالسلاح ولكن له بغير قتال مغالبته ومجاهدته مراعاة لحرمـة الملك ، أما اذا كان صاحب المـاء ليس عنده ما يزيد عن حاجته فلا يجوز مقاتلته لأنه أولى بالمـاء باعتباره يملكه .

● حق المجرى :

يتبع حق الشرب حق المجرى ، فهو حق اجراء المـاء المستحق شربا ، وامراره فى أرض الى أخرى مملوكة لشخص آخر .

---

(١٨) المرجع نفسه ص ٨٩ .

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 المـاء 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 حقـه منهـا .

* * *

ثانيا ــ حق المسيل :

هو حق صرف المـاء 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 الفقهاء فيرى البعض جواز النقل طالمـا لم يحدث ضرر من ذلك ، وكان فيه منفعة وهو ما حدث فى قضية عبد الرحمن بن عوف ضد جد عمر بن يحيى المـازنى أمام عمر بن الخطاب الا أن مالك اشترط رضا أصحاب الحق وهو ما ذهب اليه أبو حنيفة وروى عن مالك جواز ذلك وان ابى صاحب الحق ــ انظر على الخفيف المرجـع السـابق ص ١٣١ .

ثالثا ــ حق المــرور :

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 يضع عروضا للتجارة فان كان ذلك لا يلحق الضرر بالمرور فيه فهو غير ممنوع ، أما ان كان يلحق ضررا 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 شيئا 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 خاصــة على ما وضع عليه •

وعند محمــد ليس لأحــد من الناس منعــه لا قبــل الوضــع ولا بعده ، أذن 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 فــى تقدير حدوث الضرر من عدمه [٢٠] •

---

(٢٠) انظر محمد أبو زهرة ــ المرجع السابق ص ١٠٢ وما بعدها ــ بدران أبو العينين المرجع السابق ص ٣٤٢ ــ الشيخ على الخفيف المرجع السابق ص ١٣٣ •

(ب) الطريق الخاص : هـو ما كان مملوكا لشخص أو لعـدة أشخاص •

ولأصحابه حق المرور فيه وفتح الأبواب والنوافذ عليه انشـاء 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 المـرور •

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

* * *

المطلب الثانى : حقوق الجـوار

تقوم حقوق الجوار على منع الضرر بالجار ، ضررا بينا فاحشا [٢١] ، فى سبيل انتفاعه بملكه ، ومن ثم فهى تقييد لانتفاع المالك بعقـاره بقيد ألا يضر بجاره •

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

(أ) جوار رأسى وهو ما كان منشؤه الجوار بين صاحب العلو وصاحب السفل ، وذلك بأن توجد دار[٢٢] متعددة الطبقـات سـفلها

---

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

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

لمالك وعلوها لآخر وفى هذه الحالة ، يكون للعلو حق القرار على السفل ، ويسمى حق القرار بحق التعلى .

(ب) جوار جانبى وهو الناشىء عن ملاصقة الحدود .

● **الفرع الأول — الجوار الرأسى « حق التعلى » :**

ضـــابطه :

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

وعند الحنفية لا يثبت هذا الحق الا على علو قائم بناؤه على سفل ، ولا يثبت حق التعلى بدون بناء قائم على بناء آخر ، اذ لا يعد حق التعلى عندهم مالا .

وعند المالكية والحنابلة يجوز بيع حق التعلى استقلالا كما يجوز تمليكه تبعا لتمليك البناء المستعلى (٢٣) ، ومتى حصل ذلك كان لصاحب العلو حق القرار على سقف الدور السفلى الذى هو ملك صاحب السفل .

* * *

● **الآثار المترتبة على ثبوت حق القرار :**

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

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

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

---

(٢٣) انظر كشاف القناع الجزء الثانى ص ١٩٧ .

٢ — أن ينهدم السفل بغير تعد 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 انفق على صاحب السفل .

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

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

فذهب بعض الحنفية الى أن قيمه 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 الاجبـــار 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 — محمـــد 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 ، فهى مشكوك فى نتائجها ، مثل أن يفتح صاحب السفل نافذة فيه ، أو يبنى صاحب العلو غرفة أو يثقل على السفل ففى حكمها خلاف : فيرى البعض المنع وقيل بعدم المنع [٢٥] .

* * *

● **الفرع الثانى — الجار الجانبى « المطلق » :**

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

لكن مرد الخلاف بينهم فى مدى التزام المالك بذلك القيد فى الجوار الجانبى قضاء .

(أ) فيرى أبو حنيفة ومتقدمو الحنفية والشافعى ورواية عن أحمد [٢٦] أن المالك لا يتقيد فى ملكه لأجل مصلحة جاره ومن ثم فلا حق لجاره أن يقيد تصرفاته وهذا هو مقتضى القياس وما جاء فى ظاهر الرواية .

(ب) وذهب متأخرو الحنفية والمالكية وأحمد فى الرواية المشهورة [٢٧] الى وجوب تقييد الجار فى تصرفه وانتفاعه بملكه بما لا يضر بجاره ضررا بينا غير معتاد ، وحمله على ذلك بسلطان القضاء .

---

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

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

(٢٧) وفى فتح القدير « ... عن أبى حنيفة أن رجلا شكا اليه من بئر حفرها جاره فى داره ، فقال له : احفر فى دارك بجوار تلك البئر بالوعة — ففعل فنزت البئر الأولى فكبسها صاحبها فهو لم يفته بمنع الحافر بل هداه الى هذه الحيلة وليست الا من قبيل التصرف فى الملك ج ٥ ص ٥٠٦ .

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

* * *

obeikandl.com

المبحث الثالث

القيود الاستثنائية أو الطارئة

● مدى سلطة الدولة فى تقييد حق الملكية :

من وظائف الدولة فى الاسلام 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 الاسلام ابن تيمية : « ان جميع الولايات فى الاسلام 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 »[1] .

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

* * *

● مدى سلطة الحاكم :

ومن أهم مسئوليات الحاكم منع الظلم والتعدى ، واقامة العدل بين

---

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

الناس تحقيقا لمصلحة الرعية ، فتصرف الحاكم على الرعية منوط بالمصلحة[٣] ، وطاعته فى غير معصية واجبة[٣] .

وقد أعطى الاسلام الحاكم سلطات واسعة فى الظروف الطارئة ، فعندما تعرضت المدينة لأمر طارىء بقدوم جماعة محتاجة اليها نهى رسول الله ﷺ عن ادخار لحوم الأضاحى ، ولما غادرت هذه الجماعة المدينة أباح رسول الله ﷺ ادخارها وقال : « انما نهيتكم من أجل الدافة التى 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 فى أحوال الناس .

وأساس ذلك ما قررته الشريعة من قواعد وما يهتدى اليه الحاكم باجتهاده بنفسه ، أو بمن هم أهل لذلك فى معرفة الحكم الشرعى ، فيما يجد من حوادث ، وظروف طارئة ، تستدعى تدخله فى تقييد الملكية فلا يأخذ مالا من مالكه الا بحق .

* * *

● تقدير المصالح :

ولم تترك الشريعة الغراء أمر تقدير المصالح للأهواء ، فقد بين الفقهاء الشروط التى يجب توافرها فى 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 للسيوطى ص ١٢١ ، ابن القيم : الطرق الحكمية ص ١٦ وما بعدها .

(٣) حاشية ابن عابدين جـ ٥ ص ٤٩ .

(٤) سنن أبى داوود جـ ٢ ص ٨٩ — ٩٠ نيل الأوطار جـ ٥ ص ١٤٣ .

(٥) المستصفى للغزالى جـ ١ ص ٢٩٦ — ٢٩٧ — شفاء الغليل للغزالى ص ٢٠٧ وما بعدها .

٢ ــ أن تكون مصلحة عامة لا نادرة تتعلق بآحاد الناس .

٣ ــ أن تكون مصلحة ضرورية بها رفع الحرج لازم .

٤ ــ أن تكون مصلحة ملائمة لمقاصد الشرع ، فلا تصادم نصا أو دليلا من أدلته ، بل تكون من جنس المصالح التي جاءت الشريعة لتحقيقها ، وان 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 القريبة 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 المفاسد مقدم على جلب المنافع [٧] .

---

(٦) المستصفى جـ ١ ص ٢٨٧ وما بعدها .

(٧) انظر قواعد الأحكام للعز بن عبد السلام جـ ١ ص ٥٣ ، ٥٤ ــ اعلام الموقعين جـ ٣ ص ١٤٧ .

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

وتقدير الضرورة والحاجة يرجع فيه الى أصحاب الرأى 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 جانبنى فيه الصواب .

* * *

---

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

obeikandl.com