

مذكرة مقرر
الحقوق العينية الأصلية
(٣٥٢)

إعداد

صالح بن إبراهيم بن محمد الحصين

الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على أشرف الأنبياء والمرسلين نبينا محمد وعلى آله وصحبه أجمعين
ويعد:

هذه مذكرة لطلاب قسم الأنظمة بكلية الشريعة والدراسات الإسلامية بجامعة الإمام محمد بن سعود
الإسلامية في مقرر (الحقوق العينية الأصلية)؛ وذلك أن الحقوق تنقسم الى ثلاثة أقسام:
القسم الأول: الحقوق غير المالية؛ وهي المتعلقة بالحقوق السياسية وحقوق الأسرة، وهذه قد نص عليها
المنظم في النظام الأساسي للحكم.

القسم الثاني: الحقوق المالية؛ وهذه تنقسم الى نوعين:
الأول: الحقوق العينية؛ وهذه إما أن تكون أصلية وهي حق الملكية وحق الانتفاع والارتفاق، وإما أن تكون
تبعية وهي حق الرهن سواء كان حيازياً أو رسمياً، وحق الكفالة، وحق الامتياز.
الثاني: الحقوق الشخصية؛ وهي المتعلقة بالالتزام إما التزام بقيام بعمل أو التزام بامتناع عن عمل.
القسم الثالث: الحقوق المختلطة؛ وهي المتعلقة بالحقوق الأدبية والذهنية كحق التأليف وحق الملكية الصناعية
والتجارية.

ومفردات هذا المقرر على النحو الآتي:

- أنواع الحقوق.
- صور الملكية.
- سلطات المالك في الملكية المفردة.
- الحقوق المتفرعة عن حق الملكية.
- حق الانتفاع.
- حق الارتفاق.
- حق الحكر.
- القيود التي ترد على حق الملكية.
- الملكية الشائعة (أسبابها).
- انتهاء الشيوع وقسمة المال الشائع.
- مصادر الملكية.
- المصادر المادية.

وسيكون الكلام هنا على هذه المفردات من خلال الأنظمة التي صدرت بشأنها، ويغنى جانب النقص
فيها بالرجوع الى الفقه، والله الموفق والهادي الى سواء السبيل، وقد تم تقسيم هذه المذكرة الى أربعة فصول:
الفصل الأول: تعريف الحقوق العينية الأصلية.

الفصل الثاني: الحقوق المتفرعة عن حق الملكية.
الفصل الثالث: القيود الواردة على حق الملكية، واحكام الملكية الشائعة.
الفصل الرابع: مصادر الملكية.

الفصل الأول: تعريف الحقوق العينية الاصلية.

مصطلح الحق العيني ورد في النظام وهو مصطلح قانوني وحيث انه لا مشاحة في الاصطلاح، لكن البحث يقتضي تعريف هذا المصطلح في اللغة والاصطلاح ثم بيان عناصره وخصائصه وصوره؛ وذلك في المباحث الآتية:

المبحث الأول: تعريف الحق العيني الأصلي.

مصطلح الحق العيني مصطلح مركب، ولذا سيتم تعريف الحق والعين في اللغة والاصطلاح ثم تعريف الحق العيني الأصلي مركبا وذلك في المطالب الآتية:

المطلب الأول: تعريف الحق.

الفرع الأول: تعريف الحق لغة.

"الحاء والقاف أصل واحد، وهو يدل على إحكام الشيء وصحته"^(١)، فالحق نقيض الباطل؛ ومنه قوله تعالى: {وَلَا تَلْبِسُوا الْحَقَّ بِالْبَاطِلِ وَتَكْتُمُوا الْحَقَّ وَأَنْتُمْ تَعْلَمُونَ} [البقرة ٤٢]، ويقال: حق الشيء وجب، وثبت، ومنه قوله تعالى: {وَكَذَلِكَ حَقَّتْ كَلِمَتُ رَبِّكَ عَلَى الَّذِينَ كَفَرُوا أَنْهُمْ أَصْحَابُ النَّارِ} [غافر ٦] أي وجبت وثبتت، ومن معانيه اليقين ومنه قوله تعالى: {فَوَرَبُّ السَّمَاءِ وَالْأَرْضِ إِنَّهُ لَحَقُّ مِثْلَ مَا أَنْكُمْ تَنْطِقُونَ} [الذاريات ٢٣]، والحظ والنصيب، ومنه قوله تعالى: {وَفِي أَمْوَالِهِمْ حَقٌّ لِّلسَّائِلِ وَالْمَحْرُومِ} [الذاريات ١٩]، ومن معانيه ايضا ما يحق للإنسان او عليه ومنه قوله تعالى: {وَلِيُمْلِلِ الَّذِي عَلَيْهِ الْحَقُّ} [البقرة ٢٨٢] (٢).

الفرع الثاني: تعريف الحق اصطلاحا.

"استئثار وتسلط بقيم أو اشياء يقره القانون ويجميه"^(٣).

فهذا التعريف اشتمل على العناصر الآتية:

١. الاستئثار؛ بحيث يختص وينفرد الشخص بهذا الحق دون الآخرين فليست فقط انتفاع واستفادة بل استحواذ واختصاص، فمالك المنزل يختص به دون الآخرين، ولا يلزم في هذا الشخص الذي استحوز واختص بهذا الحق ان يكون كامل الاهلية فالصغير والمجنون يملكان، وايضا لا يلزم ان ينتفع بهذا الحق من له حق الاستئثار فقد يملكه وينتفع به آخرون.
٢. التسلط؛ ومعناه القدرة على التصرف بحرية في الشيء موضوع الحق، بحيث يستطيع صاحب الحق مباشرته والتصرف فيه بكافة التصرفات المشروعة سواء كانت حقوقا مالية؛ كحق الملكية، او غير مالية؛ كالسلطة على شخص كحق الحضانة وهذا تكليف، وايضا التسلط هنا قد يكون قابلا لكل

(١) ابن فارس، احمد بن فارس، معجم مقاييس اللغة ١٥/٢ مادة (حق).

(٢) انظر: ابن منظور، لسان العرب ٤٩/١٠ مادة (حق).

(٣) الرويس والرئيس، المدخل لدراسة العلوم القانونية ٢٠٥، وانظر: الخولي، احمد محمود، نظرية الحق بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي ١٤-٢٨.

التصرفات، وقد يكون يقبل بعضها، فالسلطة على السيارة المملوكة للشخص ليست مثل سلطته على جسده، وايضا التسلط هنا لا يلزم ان يكون من المالك نفسه فقد يكون المتسلط هو الولي او الوصي ولكن تسلطه مقيد بان يكون فيه غبطة ومصلحة.

٣. الاعتراف القانوني؛ وهذا يعني مشروعية هذا الحق مثل حق ملكية الشيء عن طريق البيع؛ وذلك ان مجرد كون الشيء في يد صاحبه لا يلزم منه حقا مشروعاً، فالسارق مثلاً لا يخوله كون الشيء المسروق بيده حق الاستئثار والتسلط؛ لأنه غير مشروع، ولهذا يرى بعض الفقهاء عدم صحة عبادته؛ لأن مبنائها على شيء غير مشروع فلو مثلاً سرق ثوباً وصلّى به، او سرق سيارة وحج بها فهنا صلاته وحجه غير صحيحة؛ لأن يده هنا غير مشروعة، وكل ما ترتب عليها من تصرفات حكمية؛ أي لها حكم الصحة والفساد؛ فهو غير مشروعة.

المطلب الثاني: تعريف العين.

الفرع الأول: تعريف العين لغة.

العين والياء والنون أصل واحد صحيح يدل على عضو به يبصر وينظر، ومنه عين المال؛ أي المال الحاضر، يقال: هو عين غير دين، أي هو مال حاضر تراه العيون، وعين الشيء: نفسه (١).

الفرع الثاني: تعريف العين اصطلاحاً.

عينُ الشيء نفسه (٢)، أي ذات الشيء وقد يقع على العين نفسها مثل عين السيارة أي ذاتها، وقد يقع على المنفعة مثل منفعة السكن في الاجارة وهي وان كانت غير مشاهدة لكنها محسوسة، ولذا يرى بعض الفقهاء جواز اجارة المستأجر للعين المؤجرة لمن يكون مثله في الانتفاع (٣)، فهذه المثلية هي عين الانتفاع أي نفس انتفاع المستأجر الأول.

المطلب الثالث: تعريف الحق العيني مركباً.

"استئثار مباشر يحميه القانون يتقرر لشخص على شيء معين" (٤).

وهذا الاستئثار المباشر قد يخول صاحبه سلطة مباشرة على العين بحيث يخول صاحبه مطلق التصرف فيه واستعماله واستغلاله، فهو حق مستقل بذاته، وتارة يكون حقه في الشيء المعين مرتبطاً ومتعلقاً بأمر آخر مثل ضمان حقه؛ كما في الرهن بحيث يكون للمرتهن حق على الشيء المرهون بسبب تعلق دينه به، ولهذا فإن الحقوق العينية تنقسم الى قسمين:

(١) ابن فارس، احمد بن فارس، معجم مقاييس اللغة ١٩٩/٤ مادة (عين).

(٢) المجددي، محمد عميم، التعريفات الفقهية ١٥٥.

(٣) انظر: البهوتي، منصور بن يونس، الروض المربع ٣٢٠.

(٤) الرويس والرئيس، المدخل لدراسة العلوم القانونية ٢١٤.

القسم الأول: حقوق عينية أصلية ويراد بها: "الحق المستقل بذاته، غير المستند إلى حق آخر، يرد على استعمال الشيء محل الحق أو استغلاله أو التصرف فيه"^(١).

القسم الثاني: حقوق عينية تبعية ويراد بها: "حق يتقرر على العقار ضماناً لحق شخصي"^(٢). فالفرق بينهما واضح فالحقوق العينية الأصلية مستقلة بينما في التبعية هي مرتبطة بحق الدائن في ضمان دينه من قبل المدين فهو متعلق بعين العقار بسبب الدين.

والمقصود هنا هو الحقوق العينية الأصلية التي تمنح صاحبها سلطات ثلاث (سلطة الاستعمال، سلطة الاستغلال، سلطة التصرف) فإذا اجتمعت هذه السلطات الثلاث فيكون الحق هنا هو حق الملكية، وهو حق نشأ عن علاقة شرعية بين الإنسان والشيء المملوك تحول صاحبها الانتفاع والتصرف وحده ابتداءً إلا لمانع^(٣)، وهو الحق الرئيسي، وإذا عدم بعضها فينشأ حقوق متفرعة عن حق الملكية كحق الانتفاع، وحق الارتفاق، وحق الحكر.

وواضح الارتباط بين المعنى اللغوي والاصطلاحي فإذا كان معنى الحق في اللغة يدور حول الوجوب والثبوت والحظ والنصيب فهذه موجودة في الاستئثار والتسلط الواردة في المعنى الاصطلاحي، وهي واردة على حق معين أي حاضر كما في المعنى اللغوي وهو بذاته في المعنى الاصطلاحي.

المبحث الثاني: عناصر الملكية وخصائصها.

الملكية هي الحق العيني الأصلي وذلك متى ما توفرت العناصر الثلاثة (سلطة الاستعمال، سلطة الاستغلال، سلطة التصرف) المشار إليها سابقاً فإنها تمنح صاحبها حق الملك الوارد على محل الحق، ولهذا سيتم في هذا المبحث بيان عناصر الملكية وخصائصها وذلك في مطلبين:

المطلب الأول: عناصر الملكية.

بالنظر الى تعريف الحق العيني الاصلي: "الحق المستقل بذاته، غير المستند إلى حق آخر، يرد على استعمال الشيء محل الحق أو استغلاله أو التصرف فيه" نجد انه اشتمل على عناصر الملكية وبياناها في الفروع الآتية:
الفرع الأول: (الحق المستقل بذاته).

(١) المادة (١) من نظام التسجيل العيني للعقار الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/٦) وتاريخ (١١/٢/١٤٢٣هـ).

(٢) المادة (١) من النظام السابق.

(٣) انظر: المصلح، قيود الملكية الخاصة ٣٩، والجنيدل، التملك في الإسلام ١٣، والخطيب، من مبادئ الاقتصاد الإسلامي ٥٢، وزيدان، القيود الواردة على الملكية الفردية ١٥.

هذا هو العنصر الأول، وهو محل الملك؛ وهو الشيء الواقع عليه الملك وهو يتكون من عين ومنفعة، والملك هنا يتنوع ايضا فتارة يقع الملك على العين والمنفعة، وتارة يقع على العين دون المنفعة، وتارة على المنفعة دون العين، وتارة يملك الانتفاع من غير ملك المنفعة^(١)، فهنا اربعة انواع:

١. محل الملك واقع على العين والمنفعة؛ وهو عامة الأملاك الواردة على الأعيان المملوكة بالأسباب المقتضية لها؛ من بيع وهبة وإرث وغير ذلك.

٢. محل الملك واقع على العين دون المنفعة؛ وذلك مثل من اوصى بمنفعة سكن داره لشخص معين، فهنا الورثة ملكوا العين وهي الدار اما المنفعة فلم تدخل في ملكهم وانما هي للموصى له.

٣. محل الملك واقع على المنفعة دون العين، وهذا الملك للمنفعة يكون على نوعين:

الأول: ملك مؤبد للمنفعة؛ وهذا مثل ملك الوقف فإن الموقوف عليه مالك لمنفعة الوقف سواء كانت المنفعة سكنا او ثمارا او غير ذلك، لكنه لا يملك العين نفسها فلو اوقف دارا على الفقراء فقد ملكوا المنفعة وهي السكن دون عين البيت فلا يحق لهم التصرف فيه.

الثاني: ملك غير مؤبد للمنفعة؛ وهذا مثل الإجارة وهذا يقع على وقت معلوم ينتهي ملكه للمنفعة بانتهاء عقد الاجارة، وقد تكون ملكية المنفعة غير محددة المدة مثل العارية فمن استعار شيئا فهو قد ملك منفعته ويرجعه متى انتهى من غرضه من العارية.

٤. محل الملك فقط هو الانتفاع المجرد دون ملك للعين ولا للمنفعة؛ وهذا مثل الانتفاع بملك الجار بوضع خشبه عليه او المرور به، ومثل اقطاع الارفاق بوضع أمكنة للبيع بحيث ينتفع بها من سبق بوضع بضاعته لغرض بيعها دون تملك للمنفعة ولا للعين.

الفرع الثاني: (غير المستند إلى حق آخر).

هذا هو العنصر الثاني وهو صاحب الملك فحقه في ملكه لا يستند الى حق آخر بل حقه قائم بذاته، فيخرج بذلك حق الرهن إذ هو حق متعلق بملك للغير سببه الدين، فهو حق تبعية وليس بمستقل.

الفرع الثالث: (يرد على استعمال الشيء محل الحق أو استغلاله أو التصرف فيه).

هذا هو العنصر الثالث، فسلطة صاحب الحق هنا تخوله السلطات الثلاث:

أولا: سلطة الاستعمال؛ فمالك البيت يستعمل بيته بالسكن فيه، ومالك السيارة يستعملها في ركوبها.

ثانيا: سلطة الاستغلال؛ بحيث يقوم الملك باستغلال منزله بتأجيريه، فالأجرة هنا تولدت نتيجة استغلال الملك.

ثالثا: سلطة التصرف؛ والتصرف قد يكون ماديا؛ مثل ان يقوم المالك بهدم منزله او استهلاك ثمار مزرعته، وقد يكون التصرف قانونيا؛ كأن يقوم المالك ببيع ملكه او هبته او التصرف فيه بأي نوع من انواع التصرفات.

(١) انظر: ابن رجب، القواعد في الفقه، القاعدة (٨٦) ١٨٧.

فإذا اجتمعت هذا السلطات الثلاث فهو حق الملكية التام بحيث يملك صاحبه الرقبة والمنفعة تصرفاً واستغلالاً واستعمالاً، وإذا وجد بعضها؛ كالأستعمال أو الاستغلال فلا تعتبر الملكية هنا تامة وإنما تكون ملكية واقعة على نوع من السلطات الثلاث مثل حق الانتفاع والارتفاق ونحوها.

المطلب الثاني: خصائص الملكية.

ينفرد حق الملكية بخصائص دون سواه، وهي مستفادة من التعريف السابق للحق العيني الاصيلي، وبيان هذه الخصائص في الفروع الآتية:

الفرع الأول: حق المالك حق جامع.

يعد حق الملكية حقاً جامعاً؛ وذلك لأنه يشمل أوسع السلطات التي يمكن أن تكون للشخص على الشيء، وهذه السلطات هي: الاستعمال، الاستغلال، التصرف، وهي التي تمكنه من الحصول على جميع المزايا في الشيء محل الحق وضمن الحدود الجائزة قانوناً، فمتى اجتمعت هذه السلطات الثلاث فهو حق ملكية، وإذا نقصت فيكون الحق هنا انتفاعاً أو ارتفاقاً، والعبرة هنا بسلطة التصرف فهذه لا تكون إلا للمالك نفسه، ويقصد هنا التصرف بالعين محل الحق بحيث يملك الرقبة والمنفعة، والا يمكن ان يتصرف مالك المنفعة فالمستأجر مثلاً يملك تأجير منفعة العين المؤجرة، وكذلك الموقوف عليه يملك بيع منفعة العين الموقوفة فمن اوقف مزرعته على الفقراء فهنا الفقير يملك منفعة المزرعة وهو ناتجها بالأكل أو البيع ونحو ذلك لكن لا يملك اصل العين الموقوفة.

الفرع الثاني: حق المالك حق مانع.

ويعني ذلك أن المالك وحده له الحق في أن يستأثر بجميع مزايا ملكه دون سواه، ويستطيع أن يزاوّل سلطاته عليه، ويمنع غيره من مشاركته فيه حتى ولو لم يلحقه ضرر من المشاركة، وهنا يتنبه ان مزاولة السلطات ومنع الغير من التدخل ليس على اطلاقه فالصبي والمجنون والسفيه وان كانوا مالكين للحق لكن سلطتهم محجور عليها لمصلحتهم وتكون هذه السلطة للولي والوصي، وايضا هؤلاء مقيدة سلطتهم بما فيه غبطة ومصلحة للصبي والمجنون والسفيه.

الفرع الثالث: حق المالك حق دائم.

وهو يعني أن حق الملكية يظل باقياً ما دام الشيء محل الحق موجوداً، وهذا لا يعني أن ملكية الإنسان للشيء تدوم أبد الدهر وإنما هو دوام نسبي، وقد يتخلى المالك عن ملكيته للشيء بأي تصرف ناقل للملكية نحو البيع أو الهبة، فالقصد ديمومة حق الملكية أي أنه حق دائم في ذاته وارداً على شيء معين يظل باقياً ما دام

الشيء باقياً أيضاً، وديمومة الحق هنا تخرج الحق المالي للملكية الفكرية التي هي مؤقتة بزمن تنتهي فيه^(١)، وايضا يخرج حق الانتفاع والارتفاق فلا يعتبر حقاً ملكياً دائماً تاماً بل ينتهي بزوال الانتفاع والارتفاق.

الفرع الرابع: حق الملكية يؤدي وظيفة اجتماعية.

حيث نص المنظم في النظام الأساسي للحكم في المادة [١٧] على ان: "الملكية ورأس المال والعمل مقومات أساسية في الكيان الاقتصادي والاجتماعي للمملكة وهي حقوق خاصة تؤدي وظيفة اجتماعية وفق الشريعة الإسلامية"، والمنظم لم يبين هذه الوظيفة ولا المقصود بها، وبالنظر للمال وهو ما يمتلكه الانسان قد نص القرآن على ان فيه حقاً، ووصف هذا الحق بأنه معلوم؛ كما في قوله تعالى: {وَالَّذِينَ فِي أَمْوَالِهِمْ حَقٌّ مَّعْلُومٌ} [المعارج ٢٤] وهذا في الزكاة الواجبة المحددة المقدار، وفي آية اخرى جاءت مطلقة حيث انها تكون في الصدقة وهي غير محددة المقدار وليست بواجبة وهي قوله تعالى: {وَفِي أَمْوَالِهِمْ حَقٌّ لِّلسَّائِلِ وَالْمَحْرُومِ} [الذاريات ١٩]، والنبي صلى الله عليه وسلم يقول: «مَنْ كَانَ يُؤْمِنُ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ فَلْيُكْرِمْ جَارَهُ، وَمَنْ كَانَ يُؤْمِنُ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ فَلْيُكْرِمْ ضَيْفَهُ»^(٢)، وقال رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «مَا يُؤْمِنُ مَنْ بَاتَ شَبَعَانَ وَجَارَهُ طَاوٍ إِلَى جَنْبِهِ»^(٣).

الفرع الخامس: حق الملكية متقرر بالقانون.

سواء من ناحية حصوله او من ناحية حمايته، وقد نص المنظم كما في المادة [١٩] من النظام الأساسي للحكم على حماية حق الملكية بعدم المصادرة الا بحكم قضائي، وايضا كفلت "الدولة حرية الملكية الخاصة وحرمتها، ولا ينزع من أحد ملكه إلا للمصلحة العامة على أن يعرض المالك تعويضاً عادلاً"، كما في المادة [١٨] من النظام الأساسي للحكم، وفي نظام التسجيل العيني للعقار المادة [١] عرفت الحق العقاري بأنه: "سلطة مباشرة يقرها النظام لشخص أو أكثر على عقار معين، تخوله التصرف فيه والاستثمار بمنافعه"، وما ورد على العقار يشمل كل ملك للشخص، سواء كان عقاراً او منقولاً، والمنقول قد يكون مثلياً، وقد يكون غير مثلي.

المبحث الثالث: صور الملكية.

تنقسم صور الملكية بحسب مالكتها إلى قسمين، وكذلك تنقسم بحسب طبيعة الملك إلى قسمين وبيان هذه الاقسام في المطالب الآتية:

المطلب الأول: الملكية العامة.

(١) انظر: المادة (١٩) من نظام حماية حقوق المؤلف الصادر بالمرسوم الملكي رقم (٤١/م) وتاريخ (٢٠٠٤/٧/٢هـ): "تكون حماية حق المؤلف في المصنف مدى حياة المؤلف، ولمدة خمسين سنة بعد وفاته".

(٢) متفق عليه، مسلم [٤٧] والبخاري [٦٤٧٥].

(٣) رواه ابن ابي شيبة [٣٠٣٥٩].

وبيانها في الفروع الآتية:

الفرع الأول: المقصود بالملكية العامة.

هي التي يكون المالك لها مجموع الأمة دون النظر للأفراد بحيث يكون الانتفاع بها لهم جميعاً بدون أن يختص بها أحد منهم^(١).

الفرع الثاني: هدف الملكية العامة.

الغرض من الملكية العامة هو أن تكون الفائدة من هذا الملك لجميع الناس، فلا يحق لأحد أن يمنعهم من الاستفادة من هذا الملك؛ وذلك مثل الأنهار الكبيرة والطرق والجسور والأراضي المتروكة حول القرى لمصلحة القرية، وفي هذا يقول القاضي أبو يوسف رحمه الله تعالى: "الفرات ودجلة لجميع المسلمين فهم فيها شركاء"^(٢)، والسبب في ذلك أن نفع هذه الأمور لجميع الأمة ولا غنى لأفرادها عنها فإذا تملكها فرد أضر بالجميع.

الفرع الثالث: السند الشرعي لهذه الملكية.

قوله صلى الله عليه وسلم: «الْمُسْلِمُونَ شُرَكَاءُ فِي ثَلَاثٍ فِي الْكَلْبِ وَالْمَاءِ وَالنَّارِ»^(٣)، فجعل النبي صلى الله عليه وسلم هذه الأمور الثلاثة مباحة للناس كافة وجعلهم فيه أسوة؛ وذلك أن ينزل القوم في أسفارهم ويواديهم بالأرض فيها النبات الذي أخرج الله تعالى مما لم يتعب فيه أحد بحرث ولا غرس ولا سقي فهو لمن سبق إليه ليس لأحد أن يختص منه شيئاً دون غيره، ولكن ترعاه أنعامهم ومواشيهم ودوابهم معاً وترد الماء الذي فيه كذلك^(٤).

الفرع الرابع: المسؤول عن هذه الملكية.

الدولة هي مسؤولة عن هذه الملكية من ناحية كونها صاحبة الاختصاص، وبشرط تحقيق مصلحة الأمة، ولهذا نجد الفقهاء حين تكلموا عن إقطاع الأراضي التي يوجد بها معادن؛ وهي على نوعين:

الأول: معادن ظاهرة؛ كالملح والجص وغيرها؛ منعوا ولي الأمر أن يقطعها لأحد؛ لأنه تتعلق به مصالح المسلمين العامة؛ عَنْ أَبِي يَزِيدَ بْنِ حَمَّالٍ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ فَاسْتَقَطَّعَهُ الْمَلْحَ، فَقَطَّعَ لَهُ، فَلَمَّا أَنْ وُلِّيَ قَالَ رَجُلٌ مِنَ الْمَجْلِسِ: أَتَدْرِي مَا قَطَّعْتَ لَهُ؟ إِنَّمَا قَطَّعْتَ لَهُ الْمَاءَ الْعِدَّةَ^(٥)، قَالَ:

(١) انظر: المصلح، قيود الملكية الخاصة، ١٠٥.

(٢) أبو يوسف، الخراج، ٩٧.

(٣) رواه ابن ماجه [٢٤٧٢].

(٤) انظر: أبو عبيد، الأموال، ٣٣٠.

(٥) العد: الدائم الذي لا انقطاع لمادته. النهاية ١٨٩/٣.

فَأَنْتَزَعَهُ مِنْهُ^(١)، والسبب في المنع ظاهر وهو تعلق مصالح الناس به، وايضا لا مشقة في حيازته فكل شخص يستطيع استخراج حيازته.

الثاني: المعادن الباطنة؛ كالذهب والفضة والبتروول وغيرها التي لا يوصل إليها إلا بالعمل والمؤونة، فهنا اجازوا لولي الأمر أن يقطعها لمن يستخرجها لما ورد أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ أَقْطَعَ بِإِلَالِ بْنِ الْحَارِثِ الْمُزَنِيِّ مَعَادِنَ الْقَبِيلَةِ^(٢).

وفي نظام الاستثمار التعديني^(٣) بينت ملكية الدولة للمعادن حيث نصت المادة [٢] على أنه: "تعد جميع الرواسب الطبيعية للمعادن ملكا للدولة وحدها، ويشمل ذلك خامات المحاجر بجميع أنواعها أيًا كان شكلها أو تركيبها، سواء أكانت في التربة أم في باطن الأرض، ويشمل ذلك إقليم الدولة البري ومياهها الداخلية وبحرها الإقليمي ومنطقتها الاقتصادية الخالصة وجرفها القاري والنطاق البري والبحري الذي يمتد إليه اختصاص الدولة، وتنتقل ملكية المعدن من الدولة إلى المرخص له وفقاً لهذا النظام بمجرد استخراجه لذلك المعدن من المنطقة المرخص له فيها وذلك خلال مدة الترخيص، وفيما عدا ذلك فإن ملكية الدولة للمعادن لا يمكن كسبها من قبل الغير بالتقادم".

ونجد المنظم^(٤) ايضاً نص على مجموعة من المرافق العامة وهي: "المياه والمجاري وتصريف السيول والكهرباء والهاتف والطرق العامة والسكك الحديدية والمرافق الأخرى التي يصدر بتحديدتها قرار من مجلس الوزراء ومنشآت مدينة الملك عبد العزيز للعلوم والتقنية"، وفي نظام مباشرة الأموال العامة^(٥) المادة [١] بينت المقصود بأموال الدولة سواء كانت نقدية، أو عينية التي في عهدة الموظفين المشمولين بأحكام هذا النظام، وان كانت تختلف عن المرافق لكن الدولة هي المسؤولة عنها ولها صلاحية التصرف بها بما يخدم المصالح العامة، ولذا نجد من الأموال العامة الأراضي التي لا مالك لها وقريبة من مصالح البلد، فإذا وقع عليها البيع فإنه يكون باطلاً، وبهذا يحكم القضاء كما في دعوى المدعي الذي اشترى من المدعى عليه أرضاً سكنية وسلمه ثمنها وعندما أراد البناء فيها منعتة الجهة المختصة من ذلك لكون الأرض من أملاك الدولة وهدمت السور الذي بناه فيها، ولأن من شروط

(١) رواه الترمذي [١٣٨٠]

(٢) رواه أبو داود [٣٠٦١]

(٣) الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/٤٧) وتاريخ (٢٠/٨/١٤٢٥هـ).

(٤) نظام حماية المرافق العامة الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/٦٢) وتاريخ (٢٠/١٢/١٤٠٥هـ) المادة (١).

(٥) الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/١٨) وتاريخ (٢٣/٢/١٤٣٦هـ).

البيع الصحيح أن يكون مقدورا على تسليمه فقد قضت المحكمة ببطان البيع محل الدعوى وألزمت المدعى عليه بإعادة المبلغ المدعى به للمدعي (١).

وفي اللائحة التنفيذية لنظام التسجيل العيني للعقار (٢) فرقت بين العقار والطرق ونحوها من ناحية كونها وحدة عقارية، فعدت قطعة الأرض المخصصة لمنفعة عامة وحدة عقارية للدولة ومخصصة للاستعمال العام بمقتضى نظام، أو أمر سام، أو قرار، أو حكم نهائي، ولا يعد في حكم هذه المادة الطرق والشوارع والممرات ونحوها.

الفرع الخامس: انواع تصرف الدولة في الملكية العامة.

المنظم فرق في نظام التصرف في العقارات البلدية (٣) بين نوعين من ممتلكات البلدية على النحو الآتي:

النوع الأول: الأموال العامة؛ وهي الأموال المخصصة للمنفعة العامة بالفعل أو بالنظام، وهذه لا يجوز التصرف بها لكن يجوز عقد الانتفاع بها بمقابل أو بدونه.

النوع الثاني: الأموال الخاصة؛ وهي ما عدا ذلك، ويعتبر أيضا من الأموال الخاصة ما زالت عنه بالفعل أو بالنظام صفة التخصيص للمنفعة العامة من الأموال العامة، وهذه الأموال يجوز للبلديات في حدود النظام ولوائحه التصرف بالأموال الخاصة التابعة لها، بما يلي:

١ - البيع أو المعاوضة.

٢ - الإيجار.

٣ - الترخيص بالانتفاع بها بدون مقابل أو مقابل رسم.

المطلب الثاني: الملكية الخاصة.

"سلطة مباشرة يقرها النظام لشخص أو أكثر على عقار معين، تخوله التصرف فيه والاستثمار بمنافعه" (٤)، فهي حق عيني أصلي، وسلطة صاحبه هنا شاملة للتصرف والاستغلال والاستعمال، فيعتبر من أوسع الحقوق العينية الأصلية نطاقا وأقواها من حيث السلطات الممنوحة للمالك، فهذا الحق ينطبق على ملكية العقار والمنقول، فالاستعمال كما سبق يراد به حق المالك في استعماله ملكه والانتفاع منه مباشرة فيما أعد له، والاستغلال يراد به الحق في الانتفاع بغلة الشيء كأخذ ثمار الأشجار وكراء المنزل أو السيارة، أما التصرف فيراد

(١) انظر: المدونة القضائية ١٩٢/١ رَقْم الصَّكِّ (٣٤٢٠٨٨٩٧) تاريخه (١٤٣٤/٥/٧هـ) رَقْم الدعوى (٣٤١٣٣٢٩) رقم قرار التصديق من محكمة الاستئناف (٣٤٢٧٤٠٤٧) تاريخه (١٤٣٤/٧/١٩هـ).

(٢) الصادرة بقرار معالي وزير العدل رقم (٤٤٩٣) وتاريخ (١٤٢٥/٦/١٤هـ).

(٣) الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/٦٤) وتاريخ (١٣٩٢/١١/١٥هـ) المواد [١-٣]

(٤) انظر: المادة [١] من نظام التسجيل العيني للعقار.

به حق المالك في أن يجري ما يشاء من التصرفات على ملكه سواء كانت تصرفات مادية؛ كالهدم والبناء، أو قانونية؛ كبيع أو رهنه، وبيان هذا المطلب في الفروع الآتية:

الفرع الأول: الضابط في تحديد نطاق الملكية.

في نظام البيع بالتقسيط^(١) بينت ما يشمله ملك المشتري للسيارة حيث يشمل: تسليم ملحقات الشيء المبيع، وكل ما أعد بصفة دائمة لاستعماله، وذلك طبقاً لما تقضي به طبيعة الشيء والعرف وقصد المتعاقدين، فالضابط هنا هو العرف فما عده العرف داخلاً في نطاق الملكية دخل فيها وإلا فلا.

ويدخل في نطاق حق الملكية بالإضافة إلى عناصر الشيء الجوهرية كل ما يعتبر من ملحقاته وما ينتج عنه

من ثمار ومنتجات، وبيان ذلك على النحو الآتي^(٢):

ملك الأصول؛ ويراد بها الدور والأرض والشجر، فملكية الدور تشمل الأرض والبناء؛ لأنهما داخلان في

مسمى الدار، وتشمل كل ما هو متصل بهذه الدار.

وملكية الأرض يشمل الغرس والبناء؛ لأنهما من حقوقها، وايضا ملكية البستان تشمل الغرس والبناء؛ لأن

البستان اسم للأرض والشجر والحائط، وفي المادة [٤] من نظام التسجيل العيني بينت ان الوحدة العقارية هي:

"كل قطعة من الأرض - بما عليها من بناء وغراس وغير ذلك - تقع في منطقة عقارية واحدة، وتكون مملوكة

لشخص أو أكثر، دون أن يفصل جزءا منها عن سائر الأجزاء فاصل من ملك عام أو خاص، ودون أن يكون

جزءا منها من الحقوق أو عليه من الالتزامات ما ليس للأجزاء الأخرى أو عليها".

ملك الغلة؛ فيقع حق الملكية على ثمار الشيء المملوك وهذا هو الأصل، ولكن يفرق هنا بالنسبة للبيع لو

وقع على نخل فيه ثمر قد بدأ ظهوره فإن الملك لا يشمل الثمرة التي تم تأبيرها أي تلقيحها من قبل البائع؛ لقوله

صلى الله عليه وسلم: «مَنْ ابْتِئَاعَ نَخْلًا بَعْدَ أَنْ تُؤْبِرَ فَثَمَرُهَا لِلَّذِي بَاعَهَا إِلَّا أَنْ يَشْتَرِطَهُ الْمُبْتِئَاعُ»^(٣).

وعموماً فإن كل الثمار والمنتجات تعتبر في الأصل مملوكة لملك الشيء الذي تفرعت عنه؛ لأن نطاق حق

الملكية يمتد إليها ويشملها، والعرف هنا هو الحاكم.

الفرع الثاني: تحديد نطاق ملكية العلو.

ما يتعلق بحقوق الجار، فلا يبني بناء يضر بجاره^(٤)؛ كما سيأتي في قيود الملكية، وايضا بين النظام ما يتعلق

بحق الارتفاق للطيران، وهذا سيأتي في حق الارتفاق.

الفرع الثالث: تحديد نطاق ملكية الباطن.

(١) الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/١٣) وتاريخ (٤/٣/١٤٢٦هـ) المادة [٣].

(٢) انظر: البهوتي، الروض المربع، ٢٧٤، ومجلة الاحكام الشرعية المادة [١٦٧٣].

(٣) متفق عليه، البخاري [٢٢٠٤] ومسلم [١٥٤٣].

(٤) انظر: مجلة الاحكام الشرعية المواد [١٦٧٥ و ١٦٧٦ و ١٦٧٧].

في نظام الاستثمار التعديني بينت المادة [٢٣] بأن الدولة اذا منحت رخصة استغلال لمعادن وكانت الارض التي وقع عليها الاختيار للتنقيب فيها مملوكة ملكية خاصة فإنه يحفظ حق صاحبها بتعويضه عن الضرر الذي سيلحق ارضه جراء الحفر مما يدل على ان المالك لا يملك ما في بطن ارضه من معادن وهذا نصها: "إذا كانت الأراضي المشمولة برخصة من الرخص الواردة في هذا النظام مملوكة ملكية خاصة ثابتة بسند شرعي، أو كان لأحد الأشخاص حق انتفاع فيها ثابت شرعاً فإن على المرخص له أن يقدم إلى مالك الأرض أو المنتفع الرخصة - متى ما طلب منه ذلك - التي تخول له ممارسة حقوق عليها بموجب هذا النظام، وإلا عد متعدياً، ويجب على المرخص له قبل أن يبدأ ممارسة الحقوق محل الرخصة الممنوحة له أيّاً كان نوعها أن يتفق مع مالك الأرض أو المنتفع على تعويض عادل عما كان سيعود به استعمال الأرض من نفع وعن الأضرار التي قد تلحق بالأرض نتيجة العمليات المرخص بها، وأن يقدم ذلك الاتفاق للوزارة قبل بدء عملياته على هذه الأرض، وإذا لم يتوصل المرخص له ومالك الأرض أو المنتفع إلى اتفاق حول قيمة التعويض العادل، يشكل الوزير لجنة لتقدير ذلك التعويض، ويجوز التظلم أمام ديوان المظالم من قرار اللجنة خلال (ستين) يوماً من تاريخ إبلاغ صاحب الأرض أو المنتفع بذلك القرار، وفي جميع الأحوال فإنه يجب أن تمارس الحقوق الممنوحة بموجب الرخصة بشكل معقول وبأقل قدر ممكن من التأثير على مصالح المالك، أو المنتفع وبما يتمشى مع التنفيذ الملائم لأغراض الرخصة".

الفرع الرابع: تحديد نطاق الملكية بزمن معين.

قد يحدد النظام مدة معينة لمالك الأرض من مواطني دول مجلس التعاون اذا لم يقيم بالبناء ان يستولى عليها من قبل الدولة؛ كما في نظام تنظيم تملك مواطني دول المجلس للعقار في الدول الأعضاء بمجلس التعاون لغرض السكن والاستثمار^(١) في المادة [٢]: "إذا كان العقار أرضاً فيجب أن يستكمل بناؤها أو استغلالها خلال أربع سنوات من تاريخ تسجيلها باسمه، وإلا كان للدولة التي يقع فيها العقار حق التصرف بالأرض مع تعويض المالك بنفس ثمنها وقت شرائها أو ثمنها حين بيعها أيهما أقل مع حفظ حقه بالتظلم أمام الجهة المختصة بالدولة، وللدولة أن تمدد المدة المذكورة إذا اقتنعت بأسباب تأخر المالك عن تلك المدة".

المطلب الثالث: أقسام الملكية بحسب طبيعة الملك.

تنقسم الملكية بحسب طبيعة الملك الى قسمين:

القسم الأول: الملكية الشائعة؛ ويقصد بها: تعدد الملاك للشيء الواحد دون أن يكون لأي منهم نصيب مفرز، إذ أن الحصة التي يملكها الشريك في الشيوع تقع على الشيء كله وإن كانت تقتصر في نفس الوقت على نسبة معينة فيه، لكن هذه النسبة غير مفرزة.

(١) الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/٢٢) وتاريخ (٣/٤/١٤٣٢هـ).

القسم الثاني: الملكية المفترزة؛ وهذا هو الاصل في الملكية بحيث يكون الشيء محل الملك قاصرا على المالك نفسه من غير ان يشاركه أحد.

الفصل الثاني: الحقوق المتفرعة عن حق الملكية.

حق الملكية يمنح صاحبه ثلاث سلطات؛ سلطة التصرف وسلطة الاستغلال وسلطة الاستعمال، وإذا نقصت أو انعدمت واحدة من هذه السلطات فنكون بصدد حقوق أخرى تتعلق بالحق العيني الأصلي، والمنظم نص على ثلاثة حقوق سيكون الكلام على كل حق منها في مبحث وهي على النحو الآتي:

المبحث الأول: حق الانتفاع.

حق الانتفاع من الحقوق العينية الأصلية التي تمنح صاحبها سلطتي الاستغلال والاستعمال دون التصرف؛ وسيكون الكلام عليها في المطالب الآتية:

المطلب الأول: تعريف حق الانتفاع.

الفرع الأول: تعريف الانتفاع لغة.

"(نفع) النون والفاء والعين: كلمة تدل على خلاف الضر، ونفعه ينفعه نفعاً ومنفعة، وانتفع بكذا"^(١).

الفرع الثاني: تعريف حق الانتفاع اصطلاحاً.

"حق يخول للمنتفع سلطة استعمال واستغلال شيء مملوك لغيره دون التصرف فيه"^(٢).

فيلاحظ هنا ان حق الانتفاع يمنح المنتفع سلطتان:

الأولى: الاستعمال؛ وذلك بالانتفاع منه مباشرة فيما أعد له.

الثانية: الاستغلال؛ وذلك بغلة الشيء المنتفع به؛ كأخذ ثمار الأشجار، وأجرة المنزل أو السيارة.

المطلب الثاني: الاصل في حق الانتفاع.

بالنسبة للمالك هذا الحق ممنوح له لكونه يملك المنفعة والرقبة فهو متصل بحق الملكية، ويحق للمالك بما ان له سلطة التصرف ان يمنح هذا الحق لغيره.

وبالنسبة للمستأجر فيحق له منح هذا الحق لكون الشيء محل الانتفاع به تحت حيازته؛ لأنه اذا جاز للمستأجر ان يؤجر العين المؤجرة فيجوز له ايضاً منح حق الانتفاع لغيره، ولأنه مالك للمنفعة فيجوز له ان يستوفيه بنفسه او بغيره^(٣).

لكن هذا ليس على اطلاقه فقد ذكر ابن رجب رحمه الله تعالى في حق الانتفاع^(٤) عدم جواز اعارة ما يستحقه الجار من الانتفاع فقال: "لو باع أرضاً فيها زرع يحصد مرة واحدة ولم يبد صلاحه، أو شجرًا عليه ثمر لم يبد صلاحه؛ كان ذلك مبقًى في الشجر والأرض إلى وقت الحصاد والجذاذ بغير أجرة، ولو أراد (أي البائع

(١) ابن فارس، مقاييس اللغة، مادة (نفع)، ٤٦٣/٥.

(٢) الرويس والريس، المدخل لدراسة العلوم القانونية ٢١٧.

(٣) انظر: البهوتي، الروض المربع ٣٢٠.

(٤) في كتابه: القواعد في الفقه، القاعدة (٨٥) ١٨٤.

الذي منح له حق الانتفاع بالأرض الى وقت الحصاد والجذاذ) تفرغ الأرض من الزرع لينتفع بها إلى وقت الجذاذ أو يؤجرها؛ لم يكن له ذلك، كما لا يملك الجار إعاة غيره ما يستحقه من الانتفاع بملك جاره"، لكن هذا قد ينطبق على ما هو مأذون فيه شرعا بالانتفاع بحيث يُحصر على المنتفع نفسه، والضرورة هي التي اباحت هذا الانتفاع، اما لو اباح المالك لشخص ما الانتفاع بملكه جاز للمنتفع استيفاء هذه المنفعة بنفسه او بغيره بشرط عدم الضرر.

وهذا المنح يكون عبارة عن عقد بين المالك والمنتفع، يعطي المالك بموجبه المنتفع حقاً مؤقتاً على العقار، وهذا التوقيت محدد المدة، وقد يكون غير محدد المدة بل تبقى ما بقي الانتفاع؛ وذلك مثل وضع الخشب على جدار الجار فهو غير محدد المدة وفي هذا يقول صلى الله عليه وسلم: «لَا يَمْنَعُ جَارٌ جَارَهُ أَنْ يَغْرِزَ خَشْبَهُ فِي جِدَارِهِ»^(١)، لكن هذا مقيد بشرطين:

١. ان تقتضي الضرورة استخدام جدار جاره بحيث يريد تسقيف بيته.

٢. ان لا يوجد غير جدار الجار بحيث يضع خشب سقفه عليه.

اما اذا لم يتوفر هذين الشرطين فلا يجوز وضع الخشب على جدار الجار لوجود الضرر وهذا منهي عنه فعن عُبَادَةَ بْنِ الصَّامِتِ رضي الله عنه أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قَضَى أَنَّ لَا ضَرَرَ وَلَا ضِرَارَ^(٢)، ومثله لو اراد ان ينتفع بجدار جاره في تسوير بيته بحيث يكتفي بالجدار الذي بناه الجار ولا يبني هو جدارا جديدا فهذا انتفاع بجدار الجار لكن ليس له ان يضع فيه تمديدات للإنارة لأنه يؤذ الجار الا اذا اذن له، ويلاحظ ايضا ان الانتفاع هنا غير محدد المدة.

وهذا الحق وارد على الملكية العامة والخاصة، فيجوز للحكومة منح هذا الحق بمقابل او بدونه كما في المادة [٣] من نظام التصرف في العقارات البلدية: "الأموال العامة التابعة للبلديات غير قابلة للتصرف، ولكن يجوز في حدود ما تقر الأنظمة واللوائح الترخيص بالانتفاع بها دون مقابل أو مقابل رسم، بصورة لا تتعارض مع الأغراض المخصصة لأجلها"، وفي [المادة ٧/٣] من نظام تنظيم هيئة المدن الاقتصادية. **تراجع المادة**

وهذا يبين الفرق بينه وبين الاجارة فعقد الاجارة يكون بمقابل وهنا يجوز ان يكون بدون مقابل، وايضا عقد الاجارة حق شخصي والانتفاع حق عيني.

ويجوز لغير السعودي حق الانتفاع داخل المدن الاقتصادية؛ كما في نظام تنظيم هيئة المدن الاقتصادية [المادة ١٥].

المطلب الثالث: شروط حق الانتفاع.

١. ملكية الانتفاع؛ اما ملك الرقبة بالنسبة للمالك، او بملك المنفعة كما في المستأجر.

(١) متفق عليه، البخاري [٢٤٦٣] ومسلم [١٦٠٩].

(٢) رواه ابن ماجه [٢٣٤٠]..

٢. وجود المنفعة.

٣. استيفاء المنفعة دون الاستهلاك لعينها.

وهذا الحق وارد على العقار والمنقول.

والمحكمة المختصة به هي المحكمة العامة؛ كما في لائحة نظام المرافعات المادة [٢/٢٤] "الدعاوى العينية المتعلقة بالعقار هي: كل دعوى تقام على واضع اليد على عقار ينازعه المدعي في ملكيته او حق متصل به مثل حق الانتفاع او الارتفاق....".

المطلب الرابع: القيود الواردة على هذا الحق.

١. ان لا يكون حق الانتفاع في حدود مدينتي مكة المكرمة والمدينة المنورة اذا كان المنتفع غير سعودي، ففي نظام تملك غير السعوديين للعقار واستثماره^(١) نصت المادة [٥] منه على انه: "لا يجوز لغير السعودي بأي طريق غير الميراث اكتساب حق الملكية أو حق الارتفاق أو الانتفاع على عقار واقع داخل حدود مدينتي مكة المكرمة والمدينة المنورة، ويستثنى من ذلك اكتساب حق الملكية إذا اقتزن بها وقف العقار المملوك طبقاً للقواعد الشرعية على جهة معينة سعودية وبشرط أن ينص في الوقف على أن يكون للمجلس الأعلى للأوقاف حق النظارة على الموقوف".

٢. ان لا يكون المنتفع محجوراً عليه، ففي نظام التنفيذ^(٢) المادة [٤٣]: "في جميع الأحوال يسلم المال المحجوز للحارس بتوقيعه على ذلك بموجب محضر الحجز، ولا يجوز للحارس الانتفاع بالمال المحجوز، أو إعارته، أو تعريضه للتلف، ولقاضي التنفيذ أن يأذن للحارس بإدارة المحجوز إذا اقتضت المصلحة ذلك، وعليه حفظ غلته محجوزة مع الأصل، وإذا كان الحارس مالئاً للمال المحجوز، جاز لقاضي التنفيذ أن يأذن له بالانتفاع به".

٣. حظر الانتفاع في اماكن معينة لدواع أمنية.

المطلب الخامس: مسؤولية المنتفع.

في نظام الشركات^(٣) المادة [٦] نصت على انه: "إذا كانت حصة الشريك حق ملكية أو حق منفعة أو أي حق عيني آخر، كان الشريك مسؤولاً وفقاً لأحكام عقد البيع عن ضمان الحصة في حالة الهلاك أو الاستحقاق أو ظهور عيب أو نقص فيها، وإذا كانت حصة الشريك مجرد الانتفاع بحق شخصي على المال، طبقت أحكام عقد الإيجار على الأمور المذكورة".

المبحث الثاني: حق الارتفاق.

(١) الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/١٥) وتاريخ (١٧/٤/١٤٢١هـ).

(٢) الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/٥٣) وتاريخ (١٣/٨/١٤٣٣هـ).

(٣) الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/٣) وتاريخ (٢٨/١/١٤٣٧هـ).

حق الارتفاق من الحقوق العينية الأصلية التي تمنح صاحبها سلطة الاستعمال دون التصرف والاستغلال؛ وسيكون الكلام عليها في المطالب الآتية^(١):

المطلب الأول: تعريف حق الارتفاق وعلاقته بالحقوق العينية.

الفرع الأول: تعريف الارتفاق لغة.

الارتفاق لغة الانتفاع، يقال: ارتفعت بالشيء إذا انتفعت به، والمرفق هو ما يرتفق به، قال سبحانه: {وَيُهَيِّئْ لَكُمْ مِنْ أَمْرِكُمْ مِرْفَقًا} [الكهف ١٦]، واسم المكان من ارتفق: مرتفق، قال تعالى: {نِعْمَ الثَّوَابُ وَحَسُنَتْ مُرْتَفَقًا} [الكهف ٣١].

الفرع الثاني: الارتفاق اصطلاحاً.

الارتفاق في استعمال الفقهاء أكثر ما يطلق على المنافع التي تتحقق للعقار، ويذكر هنا تعريفان في الفقه ثم تعريف النظام:

الأول: تعريف الحنفية: أنه حق مقرر على عقار لمنفعة عقار آخر.

الثاني: تعريف المالكية: أنه تحصيل منافع تتعلق بالعقار.

ويلاحظ أن تعريف فقهاء المالكية أعم منه عند الحنفية، لأنه يشمل انتفاع الشخص بالعقار فضلاً عن انتفاع العقار بالعقار، كحق الشرب وحق المرور، لذلك يمكن أن يكون تعريف المالكية أعم وأصح. وقد عرفه المنظم في نظام التسجيل العيني في المادة [١] بأنه: "حق عيني عقاري يحد من منفعة عقار لمصلحة عقار غيره يملكه شخص آخر"، فهنا يتفق مع تعريف الحنفية في جعل الارتفاق لمصلحة العقار فقط. وفي نظام الاستثمار التعديني في المادة [١] بينت معنى الارتفاق: "استعمال ما يوجد على الأرض خارج المنطقة المشمولة بالرخصة أو الانتفاع به، من طرق برية وسكك حديدية وخطوط اتصالات وأنايبب وغيرها من خدمات قد تحتاجها عمليات الاستغلال بموجب الرخصة"، وهذا يتفق مع تعريف المالكية في جعل حق الارتفاق ليس فقط لمصلحة العقار بل للشخص نفسه فهو اعم من سابقه. وبهذا يعلم أن مفهوم حق الارتفاق هو تحصيل المنافع المتعلقة بالعقارات، أو ملاك العقارات، فالارتفاق إذن انتفاع بالعقار وما يتصل به من ماء ونحوه، سواء كان العقار خاصاً، أو كان عاماً يشترك في منفعته عموم الناس.

الفرع الثالث: علاقة حق الارتفاق بالحقوق العينية.

الحقوق العينية: هي الحقوق التي يقررها الشرع لشخص على شيء معين قائم بذاته؛ كالحقوق المتعلقة بالعقار.

(١) ما يتعلق بهذا الحق تم اخذه من السحبياني، عبد الله بن عمر، حق الارتفاق وتطبيقاته المعاصرة، وانظر: الروض المربع ٣٠٠، ومجلة الاحكام الشرعية مادة [١٦٧٩]، والمدخل لدراسة العلوم القانونية ٢١٩.

وحق الارتفاق؛ كما هو ظاهر؛ حق متقرر على عقار، فهو منصب على ذات شيء؛ كحق المرور متعلق بذات الطريق، فهو مرتبط أساساً بعين العقار بحيث يمنح صاحبه سلطة استعمال على العقار المملوك للغير دون الاستغلال أو التصرف.

المطلب الثاني: الفرق بين حق الارتفاق وحق الانتفاع.

الانتفاع اعم من الارتفاق؛ وذلك ان الارتفاق نوع من أنواع الانتفاع، لكن حق الارتفاق يختص عن سائر حقوق الانتفاع بخصائص، وبيانها كالتالي:

١. حق الارتفاق حق مرتبط بالعقارات، أما حق الانتفاع فيكون بالعقار؛ كالانتفاع بالعقار الموقوف، ويكون بغير العقار من المنقولات كالانتفاع بإعارة الكتاب ونحوه.
٢. حق الارتفاق حق ثابت لشخص أو عقار، بينما حق الانتفاع لا يثبت إلا للأشخاص فقط.
٣. حق الارتفاق حق دائم ما دام العقار موجوداً وإن تعدد ملاكته، أما حق الانتفاع فهو مؤقت ينتهي في أحوال معينة.
٤. حق الارتفاق يورث حتى عند الفقهاء الذين لا يعتبرونه مالا؛ لأنه تابع للعقار، بينما حق الانتفاع يختلف في إرثه بين الفقهاء، والمنظم جعل الانتفاع والارتفاق حقاً يورث ففي نظام تملك غير السعوديين للعقار واستثماره المادة [٥] اجازت لغير السعودي اكتساب حق الملكية أو حق الارتفاق أو الانتفاع على عقار واقع داخل حدود مدينتي مكة المكرمة والمدينة المنورة عن طريق الميراث.
٥. حق الانتفاع يمنح صاحبه سلطتي الاستعمال والاستغلال، بينما حق الارتفاق يمنح صاحبه سلطة الاستعمال دون الاستغلال؛ فمثلاً حق الارتفاق بالطريق يمنح صاحبه فقط الاستعمال دون استغلاله.
٦. حق الانتفاع ناتج عن عقد، أما حق الارتفاق فلا يلزم وجود عقد.
٧. حق الانتفاع يكون للمالك ويمنحه للغير، بينما حق الارتفاق لا يشترط فيه الملكية لعين الرقبة المرتفق بها.

المطلب الثالث: الأصل في حقوق الارتفاق، والحكمة منها.

الفرع الأول: الأصل في حقوق الارتفاق.

وردت نصوص شرعية في حق الارتفاق منها ما يلي:

الأول: عن أبي هريرة رضي الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: «لَا يَمْنَعُ جَارٌ جَارُهُ أَنْ يَغْرِزَ خَشْبَهُ فِي جِدَارِهِ»^(١).

فهذا الحديث دليل ظاهر على حق الجوار، وهو من أسباب حق الارتفاق، فكل ما فيه مصلحة للجوار في ان يرتفق من ملك جاره فله ذلك بشرط عدم الضرر، وهذا لا يعارض ما ورد عن رسول الله صلى الله عليه

(١) متفق عليه، البخاري [٢٤٦٣] ومسلم [١٦٠٩].

وسلم في قوله: «لَا يَحِلُّ مَالُ امْرِئٍ إِلَّا بِطَيْبِ نَفْسٍ مِنْهُ»^(١) فهذا في التملك والاستهلاك وهو يختلف عن الارتفاق المتعلق بالاستعمال دون التصرف والاستغلال.

الثاني: عن عُرْوَةَ بْنِ الزُّبَيْرِ، أَنَّ الزُّبَيْرَ خَاصِمَ رَجُلًا مِنَ الْأَنْصَارِ قَدْ شَهِدَ بَدْرًا إِلَى رَسُولِ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ فِي شِرَاحٍ مِنَ الْحَرَّةِ، كَانَا يَسْتَقِيَانِ بِهِ كِلَاهُمَا، فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ لِلزُّبَيْرِ: «اسْقِ يَا زُبَيْرُ، ثُمَّ أَرْسِلْ إِلَى جَارِكَ»، فَعَضِبَ الْأَنْصَارِيُّ، فَقَالَ: يَا رَسُولَ اللَّهِ، أَنْ كَانَ ابْنُ عَمَّتِكَ؟ فَتَلَوْنَ وَجْهَ رَسُولِ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، ثُمَّ قَالَ: «اسْقِ، ثُمَّ أَحْسِنْ حَتَّى يَبْلُغَ الْجَدْرَ»، فَاسْتَوْعَى رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ حِينَعِدَ حَقَّهُ لِلزُّبَيْرِ، وَكَانَ رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قَبْلَ ذَلِكَ أَشَارَ عَلَى الزُّبَيْرِ بِرَأْيِ سَعَةِ لَهُ وَلِلْأَنْصَارِيِّ، فَلَمَّا أَحْفَظَ الْأَنْصَارِيُّ رَسُولَ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، اسْتَوْعَى لِلزُّبَيْرِ حَقَّهُ فِي صَرِيحِ الْحُكْمِ^(٢).
فهذا الحديث أصل في ارتفاق الناس وحقهم في الشرب؛ وذلك أن الأصل في مياه الأودية والسيول التي لا تملك منابعها ولم تستتبط بحجر وعمل الإباحة، وأن الناس سواء في الارتفاق بها، وأن من سبق إلى شيء منها فأحرزه كان أحق به من غيره.

الثالث: عَنْ عَمْرِو بْنِ يَحْيَى الْمَارِزِيِّ، عَنْ أَبِيهِ أَنَّ الضَّحَّاكَ بْنَ خَلِيفَةَ سَاقَ خَلِيفًا لَهُ مِنَ الْعُرَيْضِ، فَأَرَادَ أَنْ يَمُرَّ بِهِ فِي أَرْضِ مُحَمَّدِ بْنِ مَسْلَمَةَ، فَأَبَى مُحَمَّدٌ، فَقَالَ لَهُ الضَّحَّاكُ: لِمَ تَمْنَعُنِي، وَهُوَ لَكَ مَنَفَعَةٌ تَشْرَبُ بِهِ أَوْلًا وَآخِرًا، وَلَا يَضُرُّكَ، فَأَبَى مُحَمَّدٌ، فَكَلَّمَ فِيهِ الضَّحَّاكُ عُمَرَ بْنَ الْخَطَّابِ فَدَعَا عُمَرُ بْنُ الْخَطَّابِ مُحَمَّدَ بْنَ مَسْلَمَةَ فَأَمَرَهُ أَنْ يُحْلِيَ سَبِيلَهُ، فَقَالَ مُحَمَّدٌ: لَا، فَقَالَ عُمَرُ: لِمَ تَمْنَعُ أَخَاكَ مَا يَنْفَعُهُ، وَهُوَ لَكَ نَافِعٌ، تَسْقِي بِهِ أَوْلًا وَآخِرًا، وَهُوَ لَا يَضُرُّكَ، فَقَالَ مُحَمَّدٌ: لَا وَاللَّهِ. فَقَالَ عُمَرُ: وَاللَّهِ لَيَمُرَّنَّ بِهِ، وَلَوْ عَلَى بَطْنِكَ، فَأَمَرَهُ عُمَرُ أَنْ يَمُرَّ بِهِ، فَفَعَلَ الضَّحَّاكُ^(٣).

فهنا فيه منفعة للحار ظاهرة ولا يوجد ضرر ولهذا حكم عمر رضي الله عنه بالارتفاق هنا حتى ولو لم يوافق صاحب الملك فالارتفاق هنا حاصل على المنفعة وليس على عين الملك.

هذه بعض النصوص الخاصة في بعض أنواع الارتفاق، وهي تدل على ما سواها من حقوق الارتفاق في الأملاك الخاصة والعامة، ذلك أن الشريعة لا تفرق بين التماثلات، فكل حقوق الارتفاق المذكورة في كتب الفقهاء أو التي لم تذكر واستجدت في حياة الناس لها حكم تلك الحقوق التي قضى بها النبي صلى الله عليه وسلم وأصحابه رضوان الله عليهم، إذا احتاج إليها الناس، وتضررت الأملاك والأموال بدونها، وقد دلت

(١) رواه الإمام أحمد [٢٠٦٩٥].

(٢) متفق عليه، البخاري [٢٧٠٨] ومسلم [٢٣٥٧].

(٣) رواه الإمام مالك في الموطأ [٣٣].

عمومات النصوص على نفي الضرر ومنعه، فعَنْ عُبَادَةَ بْنِ الصَّامِتِ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قَضَى أَنْ لَا ضَرَرَ وَلَا ضِرَارَ^(١).

الفرع الثاني: الحكمة من مشروعية حق الارتفاق.

الحكمة من مشروعية حقوق الارتفاق دفع الضرر وتقليله على أصحاب الأملاك، ومراعاة حاجاتهم ومصالحهم، ولو لم تكن تلك الحقوق مشروعة للحق الناس في أملاكهم أنواع من الضرر، وربما كبر الضرر مع تطور الحياة ونموها وكثرة الحاجات، واتساع رقعة العمران والزراعة والإنتاج، فثبوت تلك الحقوق فيه مصلحة ظاهرة، ورفع للحرج والمشقة.

المطلب الرابع: أسباب ثبوت حقوق الارتفاق.

يثبت حق الارتفاق على العقار بأحد الأسباب التالية:

السبب الأول: الشركة العامة؛ ويعني ذلك اشتراك الجميع بمنافع العقارات المخصصة للنفع العام، كالطرق والجسور العامة، والأنهار الكبيرة، ومصارف المياه العامة، والحدايق والمواقف العامة، ويترتب على هذه العقارات حقوق ارتفاق لجميع العقارات المتصلة بها، بحسب طبيعة ما خصص له ذلك المرتفق.

مثال ذلك: الدار الواقعة على الطريق العام لها حق ارتفاق على الطريق هو حق المرور فيه إليها، والأرض الزراعية الواقعة على نهر عام لها حق ارتفاق عليه هو حق الشرب، وإجراء الماء لسقي زرعها وشجرها، والأرض المتصلة بمصرف عام للمياه لها عليه حق ارتفاق هو حق المسيل.

وثبوت هذا الحق بهذا السبب؛ الشركة العامة؛ مشروط بعدم إحداث الضرر عند استعمال هذا الحق، بل نص الفقهاء على أنه لكل أحد أن يطالب أو يعترض لمن يخلّ بالطريق العام ببناء فيه أو نحو ذلك مما يضرّ ويضيق على الطريق، حفاظاً على الحق المشروع للجميع.

السبب الثاني: المعاوضة على حق الارتفاق؛ يختلف الفقهاء في حكم عقد المعاوضة على حقوق الارتفاق، وأكثر الفقهاء على جواز المعاوضة بالبيع أو الإجارة أو الصلح على حق الارتفاق، للحاجة الداعية لذلك، ولأن الجهالة اليسيرة مغتفرة في الشرع، وهي جهالة محتملة لا تؤدي إلى النزاع، ولأن حق الارتفاق حق مالي تجوز المعاوضة عليه.

وإنما منع من ذلك بعض الفقهاء لما يترتب على المعاوضة من الجهالة والغرر، ولأن تلك الحقوق عندهم ليست أموالاً، فتصح المعاوضة عليها.

السبب الثالث: اشتراط حق الارتفاق في عقد معاوضة؛ وهو جائز عند عامة الفقهاء، حتى الذين منعوا من المعاوضة على حق الارتفاق استقلالاً أجازوه تبعاً للعقار.

(١) رواه ابن ماجه [٢٣٤٠].

ومثال ذلك: لو باع شخص قطعة أرض له لآخر واشترط عليه أن يكون عليها حق مرور أو حق مجرى أو حق مسيل لقطعة أرض أخرى مملوكة له جاز ذلك في العقد.

السبب الرابع: التبرع بحق الارتفاق؛ يثبت حق الارتفاق بالتبرع به، سواء عند من قال بجواز المعاوضة، أو منعها؛ وذلك لأن الارتفاق حق له فيجوز له التبرع به.

السبب الخامس: الإرث لحق الارتفاق؛ حقوق الارتفاق تثبت بسبب الإرث؛ لأنها أموال يجوز المعاوضة عليها، ولو قلنا بأنها ليست مالا فأثما تثبت بطريق الحكم التبعية غير المقصود، ويجوز أن يثبت الشيء حكماً، وإن كان لا يثبت قصداً؛ كالكلب يملك حكماً بالميراث، وإن لم يملك قصداً بسائر أسباب الملك؛ ولأن الورثة خلفاء الميت فيقومون مقامه في حقوق الميت وأملاكه، وجاز أن يقوموا مقامه فيما لا يجوز تملكه بالمعاوضات والتبرعات كالدين والقصاص.

السبب السادس: الوصية بحق الارتفاق؛ الوصية؛ كما قال بعض الفقهاء أخت الميراث، فهي مثله يجوز فيها أن تكون سبباً في حصول الارتفاق؛ ولأن الوصية وإن كانت تملكاً لكنها تملك بعد الموت، وذلك إن الموصى له لا يملك الموصى به في الحال وإنما يملكه بعد الموت فأشبه الميراث، فإذا كان حق الارتفاق يثبت بالإرث فإنه يثبت بالوصية التي هي أخت الميراث.

السبب السابع: تقادم حق الارتفاق؛ ويقصد به: وجود حق ارتفاق منذ القدم دون معارضة من أحد، وهذا يذكره عامة الفقهاء، ذلك أن ثبوت الارتفاق منذ زمن قديم دون معارضة من أحد يدل على أن الحق نشأ عن سبب صحيح وإن كان مجهولاً، لأن القدم وإن كان بمجرد لا ينشئ حقاً إلا أنه أمانة على ثبوت الحق ونشؤته عن سبب صحيح معتبر.

والمعتبر في حد القدم هو ألا يحفظ ما قبله، بحيث لا يعرف كيف كان الوضع قبل وجود هذا الارتفاق.

السبب الثامن: الجوار؛ الجوار في العقارات ينشئ حقوقاً بين المتجاورين، يجب على كل صاحب عقار مراعاتها، والأصل في ذلك ما ثبت في السنة الصحيحة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: «لَا يَمْتَنِعُ جَارٌ جَارَهُ أَنْ يَغْرَرَ خَشْبَهُ فِي جِدَارِهِ»^(١)، وبظاهر هذا الحديث ذهب جماعة من الفقهاء إلى القول بالوجوب، فيجب على الجار تمكين جاره من المنافع المشتركة بينهما ما لم يكن بذلك ضرر عليه.

وذهب جماعة من الفقهاء إلى الندب والاستحباب فلم يروا ذلك لازماً، لأن الإنسان حرّ في ملكه، ولا يحلّ شيء منه إلا عن طيب نفس.

المطلب الخامس: حقوق الارتفاق قديماً، وما تشمله في هذا العصر.

وبيان هذه الحقوق في الفروع التالية:

الفرع الأول: حق الشرب.

(١) متفق عليه، البخاري [٢٤٦٣] ومسلم [١٦٠٩].

الشرب لغة: الحظ والنصيب من الماء.

اصطلاحاً: الحظ والنصيب من الماء غير المحرز، والخاص بسقي المزروعات فقط. وحق الارتفاق بالشرب متفق عليه بين الفقهاء، وهو يختلف بحسب أنواع المياه التي ينتفع بها العقار، من مياه الأنهار الكبيرة والصغيرة ومياه الآبار والعيون والسيول وغيرها. ومقدار حق الشرب هو الإرواء، لأن حكم الشيء ما يفعل لأجله، وهو يختلف باختلاف الأرضين، وما فيها من شجر ونبات، ووقت الشرب صيفاً وشتاءً، وحال الماء في استمراره واقطاعه، ولهذا فالمعتبر في حق الشرب هو قدر الكفاية، والكفاية معتبرة بالعرف والعادة المعهودة عند الحاجة.

الفرع الثاني: حق المجرى.

لغة: اسم مكان صيغ من مصدره وهو الجري.

اصطلاحاً: حق إجراء الماء الصالح في أرض الغير لإيصاله إلى الأرض المراد سقيها. وحق المجرى في حقيقته مرتبط بحق الشرب، فالشرب هو النصيب من الماء، والمجرى هو موضعه الذي يجري فيه، إلا أنه قد ينفصل الشرب عن المجرى في حال كون الأرض التي لها النصيب واقعة على موضع الشرب من الأنهار أو العيون ونحوها.

وحق المجرى يختلف بحسب اختلاف مكانه والملك الذي هو فيه، فقد يكون الحق في الارتفاق بالمجرى الخاص الذي يكون في عقار الغير، وقد يكون المجرى مشتركاً، وقد يكون عاماً، ويندرج تحت كل نوع من هذه الأنواع مسائل وأحكام خاصة، ناقشها الفقهاء المتقدمون في سائر المذاهب. ومجري المياه العامة في العصر الحاضر صارت تحت نظر الدولة ومسؤوليتها، فليس لأحد أن يتصرف فيها إلا بعد إذن الدولة.

ويمكن أن يلحق بحق المجرى في عصرنا الحاضر كل شيء يحتاج إلى إيصاله إلى العقارات والأراضي المحتاجة من كهرباء ووقود وزيوت، ونحو ذلك مما تحتاجه العقارات ويمر بعقارات أخرى مملوكة لأشخاص أو غير مملوكة.

الفرع الثالث: حق المسيل.

لغة: مجرى السيل وموضعه.

اصطلاحاً: حق صرف الماء الزائد عن الحاجة أو غير الصالح بإرساله في مجرى سطحي أو في أنابيب أعدت لذلك، حتى يصل إلى مقره من مصرف عام أو مستودع.

والمسيل على أربعة أنواع:

الأول: المسيل العام؛ وهو الذي يشترك في حق الارتفاق فيه عموم الناس في عقاراتهم، فيسيل مياهه عبرها، بشرط عدم الضرر، وهذا النوع من الارتفاق في العصر الحاضر ترعاه وتنظمه الدول بوزارات ومؤسسات

خاصة، عبر قنوات لتصريف مياه الأمطار أو الصرف الصحي من العقارات، مما يحفظ للناس هذا الحق العام، ويدفع عنهم الضرر.

الثاني: المسيل الخاص في عقار الغير؛ بأن يكون للإنسان حق تصريف مياه عقاره إلى عقار غيره، وهذا النوع يجري بين أصحاب الأملاك المشتركة أو الجيران، وثبت حق الارتفاق في هذا النوع يحكمه تغيير العرف والعادة حسب الأمكنة والأزمنة.

الثالث: المسيل المملوك في عقار الغير؛ وهذا النوع كالنوع السابق، إلا أن المسيل هنا مملوكاً لصاحبه في أرض غيره، فالحق ثابت له فيه.

الرابع: المسيل المشترك؛ وهو الذي يكون بين مجموعة من أصحاب العقارات، ويدخل في هذا ما يكون اليوم في مباني المجمعات السكنية أو التجارية التي يكون تصريف مياهها ومجاريتها مشتركاً، فلكل منهم الحق في الارتفاق فيه، من غير إحداث ضرر بالآخرين.

الفرع الرابع: حق المرور.

المرور لغة: مصدر مرّ يمر مرأً ومروراً، بمعنى جاء وذهب، ومرّ به ومرّه: جاز عليه، والممر: موضع المرور.

وفي الاصطلاح: حق مرور الإنسان إلى ملكه من طريق عام أو من طريق خاص في ملك غيره.

وتختلف طبيعة الارتفاق في حق المرور بحسب الطريق الذي يكون فيه المرور، وذلك أن الطرق ثلاثة:

الأول: الطرق العامة؛ التي لا يختص بها فرد أو جماعة معينون، فلكل أحد من الناس حق الارتفاق بالمرور فيها، ويتبع حق المرور في الطرق العامة أنواع ارتفاقات أخرى منها مؤقتة كالجُلوس أو البيع والشراء، ومنها حقوق دائمة كفتح الأبواب والنوافذ وإخراج الشرفات والأجنحة، والبناء والغرس، وحق استعمال الطريق في الوقوف فيه بالسيارات، أو جعله مكاناً للدعاية والإعلان، ونحو ذلك.

وقد اشترط عامة الفقهاء للارتفاق بالطرق العامة انتفاء الضرر عند الارتفاق أي كان نوع الارتفاق، وصور الضرر تختلف من زمن لزمان، ويرجع في تقدير حجم الضرر ونوعه والمنع منه إلى نظر الدولة.

والطرق العامة سواء كانت مخصصة للسيارات الكبيرة أو الصغيرة أو للمشاة تكون تحت إشراف الدولة تعبئاً وحماية وصيانة، وينبغي أن تراعى في الطرق سعتها ليتمكن الناس من الانتفاع فيها على الوجه الصحيح.

الثاني: طريق إلى سكة غير نافذة؛ والمقصود بهذا هو الطريق الخاص لجماعة معينين، فهي مشتركة بينهم، وإن كان لغيرهم حق المرور فيها للحاجة، ولذلك لا يجوز لهم سدها أو بيعها وإن كانت في الأصل ملكاً لهم، كما لا يجوز لأحد منهم إحداث شيء فيها إلا بإذن الشركاء.

الثالث: طريق خاص في ملك إنسان؛ قد يتقرر حق الارتفاق بالمرور في عقار لمصلحة عقار آخر، فليس له أن يمنع ما لم يكن فيه ضرر عليه.

الفرع الخامس: حق الجوار.

لغة: مصدر جاور يجاور مجاورة وجواراً، والجار المجاور في السكن.

اصطلاحاً: حق يثبت لعقار على عقار مجاور له، يتمكن الجار بسببه من تمام الانتفاع بملكه، أو يمنعه من بعض التصرفات.

وحق الجوار على نوعين:

النوع الأول: الحق السلبي؛ وهو ما يثبت للجار على جاره من منع الضرر، وتقييد التصرف في ملكه بما يضر بجاره، فكل تصرف فيه ضرر للجار يمنع منه.

النوع الثاني: الحق الإيجابي؛ وهو يقوم على تمكن الجار من الانتفاع بعقار جاره، وأوضح مثال على ذلك ما صح فيه الحديث من أحقية الجار بالانتفاع من جدار جاره بوضع خشبه عليه، في قوله صلى الله عليه وسلم: «لَا يَمْنَعُ جَارٌ جَارَهُ أَنْ يَعْزَرَ خَشْبَهُ فِي جِدَارِهِ»^(١).

ويقاس على حكم وضع الخشب على جدار الجار كل مصلحة ومنفعة يحتاجها الجار في عقاره من عقار جاره، وقد تتحدد الصور مع تحدد طريقة البناء، فيشمله الحكم بجواز الارتفاق وإجبار الجار عليه إذا امتنع؛ عملاً بالنص، لكن ذلك مقيد بعدم ادعاء الجار وجود أي ضرر على عقاره المنتفع به، وإلا فإنه لا ضرر ولا ضرار.

الفرع السادس: حق التعلي.

لغة: مأخوذ من العلو، وهو ضد السفل.

اصطلاحاً: حق القرار الدائم، أو الاستناد لصاحب الطبقة العليا على الطبقة السفلى، والانتفاع بسقوفها، مثل الملكية المشتركة للطوابق الحديثة.

وحق التعلي هو نوع من حقوق الجوار، فهو جوار رأسي، وقد جعل الفقهاء السقف الذي بين العلو والسفل كالجدار المشترك بين الجارين المتلاصقين، فهو ملك بينهما.

وحق التعلي من أهم حقوق الارتفاق التي أخذت اليوم طابعاً جديداً بما أحدثته المدنية الحديثة، من وجود الأبراج والعمائر الشاهقة، التي تجمع ملاكاً كثيرين في بناية واحدة، فقد يجتمع في البناية مئات الوحدات السكنية، ولكل وحدة منها طبقة سفلى وعليا، ولكل صاحب طبقة أو ملك من الطبقة حق الارتفاق بالعلو أو السفل بما لا يحدث ضرراً في الطبقة الأخرى.

ومثال حق التعلي في هذا العصر حق تمديد الماء والصرف الصحي، وتمديد الغاز والكهرباء، والهاتف وسائر وسائل الاتصال، والمنافع الأخرى التي من حاجات ملك صاحب العلو أو السفل، والتي لا يمكن حصولها إلا عن طريق مرورها بطبقة جاره في العلو أو السفل، مع ضمان عدم الضرر حالاً أو مآلاً. وتصرفات الملاك في أملاكهم سواء كانوا في العلو أو السفل لا تخرج عن ثلاثة أنواع:

(١) متفق عليه، البخاري [٢٤٦٣] ومسلم [١٦٠٩].

الأول: التصرفات العادية غير الضارة، فهي جائزة اتفاقاً، كتعليق القناديل والمراوح في السقوف.

الثاني: التصرفات الضارة؛ كحفر صاحب العلو، أو زيادة بنائه، بما يضر بالسفل، أو هدم صاحب السفلى شيئاً من الجسور أو الأعمدة التي تضر بالعلو، فهذه تصرفات ممنوعة بلا خلاف؛ لأنها تدخل في نهي النبي صلى الله عليه وسلم عن الضرر.

الثالث: التصرفات التي تدور بين النفع والضرر، فهذه محل خلاف بين الفقهاء، والضابط هو ألا يحصل بذلك التصرف ضرر حالاً أو مآلاً، ويرجع في ذلك لأهل المعرفة فيقدرون ما يمكن أن يكون مضراً فيه فلا يجوز، وما لا يعتبر ضرراً فيجوز.

المطلب السادس: الأولوية في الارتفاق بالمنافع العامة.

يقصد هنا من هو الأولى والأحق بالارتفاق بالمنافع العامة التي ليست مملوكة لأحد؛ والاصل فيها أنها لمن سبق لقول النبي صلى الله عليه وسلم: «مَنْ مُنَّحَ لِمَنْ سَبَقَ»^(١)، ومعنى مناخ أي مكان فمن سبق إلى مكان فيها فهو أحق به حتى يرتحل، وهذا هو الأصل، وسيكون الكلام في هذا المطلب في الفروع التالية:

الفرع الأول: اقسام ارتفاق الناس بالمنافع العامة.

ينقسم إلى ثلاثة اقسام:

القسم الأول: يختص الارتفاق فيه بالصحاري والفلوات، والمقصود هنا: الارتفاق بالأماكن البعيدة عن

المدن والقرى ومواطن الناس، وهذه الأماكن على نوعين:

النوع الأول: أن يقصد الناس بالارتفاق بالمكان زمناً يسيراً، كاستراحة المسافرين في منزل معين، فهذا يكون السابق إلى المنزل أحق بحلولة من المسبوق حتى يرتحل.

ومن هذا النوع في العصر الحاضر استراحات المسافرين التي تجعلها بعض أنظمة المواصلات في الدول في الطرق السريعة، والتي تكون منافعها متاحة لجميع المارين بالطريق، فهذه الأحق بما هو الأسبق، في غرفها وصالاتها وجميع مرافقها.

ومنه أيضاً المخيمات التي تكون في البراري البعيدة عن العمران، سواء كانت مخيمات للاستثمار أو مخيمات خاصة، تكون في أوقات معينة، فهذه الأصل في أماكنها أن تكون متاحة للجميع، والسابق للمكان هو الأحق به، وليس للدولة منع شيء من ذلك، ما لم يحدث ضرراً، لكن للدولة حق النظر في تنظيم مثل هذه المخيمات، وفي فرض رسوم على أصحابها إذا كانوا مستثمرين، لحاجة رعاية المكان، ونظافته، وعدم الإخلال بالطبيعة من حوله.

(١) رواه الإمام أحمد [٢٥٧١٨].

النوع الثاني: أن يقصد الناس بنزولهم بالصحاري والفلوات الإقامة والاستيطان، فيجب على الدولة حينئذ النظر فيما هو الأصح لهؤلاء، ولمن يجتاز هذه المحال من المسافرين، فإن لم يكن ثمَّ ضرر بهم أو بغيرهم كان على الدولة تمكينهم من ذلك، وليس لها حق منعهم، كما لا يمنع من أحيا أرضاً مواتاً.

القسم الثاني: ما يختص بأفنية المنازل والأماكن؛ والمقصود بهذا: الارتفاق بالأمكنة المحيطة بالمنازل المملوكة أو المحلات التجارية المملوكة أو المساجد والمدارس ونحوها، مما هو لها كالحريم، ويمكن أن يمثل للارتفاق بهذه الأماكن: الارتفاق بالجلوس فيها، أو اتخاذها مكاناً للبيع ونحوه، أو موقفاً للسيارات، وحالات الارتفاق بهذا القسم على النحو الآتي:

الأول: أن يكون في هذا الارتفاق ضرر بأصحاب تلك الأملاك، بحيث يضايقهم ويضر بهم، فهذا حكمه المنع؛ استناداً على قاعدة الشرع المشهورة في منع الضرر، حيث لا ضرر ولا ضرار.

الثاني: أن يكون الارتفاق غير مضر بأصحاب الأملاك، فهل يجوز الارتفاق من غير إذن أصحاب الملك؟ في هذا للفقهاء قولان:

القول الأول: أن لعموم الناس الارتفاق بتلك الأماكن وإن لم يأذن أصحابها؛ لأن الحريم مرفق إذا وصل أهله إلى حقهم منه ساواهم الناس فيما عداه.

القول الثاني: أنه لا يجوز الارتفاق بحريم هذه الأملاك من غير إذن أصحابها، لأن الحريم تبع للأملاك فكان أصحابه به أحق، وبالتصرف فيه أخص.

وهذا القول الثاني هو الصواب، فإن حريم الملك الخاص غالباً ما يكون تابعاً له في عرف الناس، ومنازعة غيره له وإن لم يكن ثمَّ ضرر تخرجه عن كونه حريماً للملك.

القسم الثالث: ما يختص بأفنية الشوارع والطرق؛ والمقصود بهذا: الارتفاق بفناء الشارع في حال سعته، أو الطريق العام بأي نوع من أنواع الارتفاق من جلوس فيها، وإجراء مبيعات ومعاملات، أو جعلها مكاناً للدعاية والإعلان، ونحو ذلك من المصالح والمنافع.

ومع أن هذه الطرق للمرور والاستطراق إلا أنه قد نص الفقهاء على جواز الجلوس فيها، واستخدام الواسع منها لغرض البيع ونحوه، لكنهم شرطوا لجواز ذلك عدم الإضرار بأحد، فإن حصل أي نوع من الضرر منع منه، والأحق بالارتفاق في تلك الأماكن هو الأسبق.

الفرع الثاني: حق الدولة في التدخل في احقية الارتفاق بالطرق العامة.

لما كانت هذه الطرق وما يتبعها تحت نظر الدولة، فإنه يجب على الدولة رعايتها وصيانتها وإصلاحها، ومنع كل ضرر يمكن أن يحدثه أحد في طريقة انتفاعه بها، ولكن هل للدولة حق التدخل في احقية الارتفاق بهذه الطرق، وذلك بأن تمنع بعضاً، وتأذن لبعض، أو تقدم أحداً على أحد؟.

للفقهاء قولان:

القول الأول: أن دور الدولة في هذا النوع من الارتفاق مقصور على كف المرتفقين عن التعدي، ومنعهم من الإضرار، وليس للدولة حق في منع جالس ولا تقديم أحد.

القول الثاني: أن للدولة حق الاجتهاد، فيما تراه صلاحاً، من إجلاس ومنع، وتقديم أحد على أحد، كما أن لها حق الاجتهاد في أموال بيت المال.

ولعل القول الأول هو الأقرب للصواب، لأنه أقرب للعدل، وأبعد من المحاباة، خاصة في حال عدم وجود أنظمة واضحة تجب مراعاتها وتطبيقها، وتوجب المحاسبة على مخالفيها.

الفرع الثالث: حق الدولة في استثمار الارتفاق بالطرق العامة.

تصرف الدولة في استثمار هذه الطرق على نوعين:

الأول: استثمار تمليك، بحيث تخرج هذه المرافق من الشوارع أو غيرها عن ملك الدولة كأن يباع الطريق أو جزء منه، فهذا لا شك في المنع منه؛ لأن هذه الطرق يشترك فيها الناس كافة، وتتعلق به مصلحتهم.

الثاني: الاستثمار بالإجارة، وذلك بأن تقوم الدولة بتأجير مواضع من تلك الأبنية والطرق لمن يقوم بأي نشاط تجاري أو غيره، وهذا النوع من الاستثمار جائز، عملاً بالأصل في عموم العقود وهو الإباحة، ولأن الدولة في العصر الحديث تتكلف على الطرق في إنشائها وصيانتها، ولأنه قد يحصل في الاستثمار مصالح شتى للمستثمر وللدولة ولعموم الناس، وشرطه الرئيس ألا يضرّ بأحد، ولا يضيق على الطريق.

ويمكن أن يكون من أنواع الاستثمارات اليوم ما تقوم به وزارة المواصلات أو البلديات من تأجير لوحات إعلانية بأنواعها، تكون في حافة الطريق وفنائه، أو تأجير بعض محلات الصرافة (الصرافات الآلية)، أو غيرها من المصالح التي تتجدد وتتغير بتغير الزمن.

المطلب السابع: حقوق الارتفاق في العصر الحاضر.

لقد أفرزت المدنية المعاصرة أنماطاً جديدة في الحياة لم تكن معهودة عند المتقدمين، أنماطاً في المعاملات والعلاقات والحقوق، خاصة حقوق الارتفاق في الأملاك المشتركة، أو ما يسمى بالمرافق العامة، وهذه الحقوق بيانها في الفروع التالية:

الفرع الأول: حق الارتفاق في الحدائق والشواطئ العامة.

يشترك عموم الناس في الارتفاق بمنافع الحدائق العامة والشواطئ والمنتزهات، فلكل أحد الجلوس في المكان الذي يختاره، ما لم يضرّ بغيره، وإذا كان هناك أمكنة منظمة للجلوس أو غرفاً أو مظلات فالسابق للمكان هو الأحق به، كما أن عموم الناس يشتركون بما في تلك الأماكن من مصالح أو وسائل ترفيه أو نحو ذلك، والأحق فيها هو الأسبق.

والاصل في هذا الحق ما ذكره الفقهاء من الارتفاق بالطريق العام، فقد نصوا على جواز الارتفاق بالطريق العام ما لم يحدث المرتفق فيه ضرراً، فإن أحدث ضرراً لم يجوز، ويشهد لهذا ما جاء في صحيح مسلم (١) عَنْ أَبِي هُرَيْرَةَ رضي الله عنه أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قَالَ: «اتَّقُوا اللَّعَّانِينَ» قَالُوا: وَمَا اللَّعَّانَانِ يَا رَسُولَ اللَّهِ؟ قَالَ: «الَّذِي يَتَخَلَّى فِي طَرِيقِ النَّاسِ أَوْ فِي ظِلِّهِمْ»، أي الأمرين الجالبين لللعن الحاملين الناس عليه والداعيين إليه، وذلك أن من فعلهما لعن وشتم، فلما صار سبباً لذلك أضيف إليهما الفعل فكان كأنهما اللاعنان. وليس للدولة حق في التصرف بهذه الأماكن ببيعها على الناس، ولا أن تأخذ على الناس عوضاً مقابل جلوسهم، ما لم يكن هناك منافع ومصالح زائدة على مجرد الجلوس، كأن يكون فيها أبنية أو غرفاً أو نحو ذلك فيجوز أن تستثمرها الدولة حينئذ، وبهذا يعلم أن مهمة الدولة هي صيانة هذه الأماكن وإصلاحها، وصرف نفقاتها من بيت المال.

ويجوز للدولة أيضاً أن تخصص بعض الأماكن في تلك الشواطئ والمنتزهات فتستثمرها، ما لم يضيّق ذلك أو يضر بعموم الناس. كما يجوز للدولة أن تأذن من غير استثمار لمن شاء بإجراء أنواع المعاملات من غير ضرر بعموم المنتفعين في تلك الأماكن.

الفرع الثاني: حق الارتفاق في مواقف السيارات.

وهذا الحق من أهم الحقوق المعاصرة، ويمكن أن يتنوع هذا الحق بحسب مكان الوقوف إلى ثلاثة أنواع، هي كالتالي:

النوع الأول: الوقوف في المواقف العامة أو الطريق العام؛ وهذا حق عام لكل أحد، الأحق به هو الأسبق، لكن لا بد أن يكون ذلك خاضعاً لأنظمة المرور والسلامة في الدولة حتى لا يحدث ضرراً من هذا الوقوف، خاصة ما يتعلق بالمواقف في الطريق العام.

كما أن صفة العموم في هذه المواقف توحى بأنه لا يجوز استثثار أحد بالوقوف زمناً طويلاً فيها يخرجه إلى صفة الاختصاص.

النوع الثاني: الوقوف في مواقف مخصصة لجهات خاصة؛ تجبر أنظمة البلديات أصحاب المؤسسات والمحلات التجارية والأسواق على أن تكون محاطة من جهة الطريق العام بمواقف للسيارات؛ تمكن الناس من الوقوف في سياراتهم للدخول والخروج إلى تلك الأماكن من غير مشقة أو حرج لمرتاديها.

وهذه المواقف في الأصل مخصصة لمرتادي تلك الجهات من المؤسسات الحكومية أو الأهلية أو المحلات التجارية وغيرها، والأحق بها هو الأسبق، ما لم يخص صاحب الجهة والصلاحيية أماكن معينة لشخصيات معينة فيجب التزامها، ومثل مواقف المساجد فهل يحق لصاحب سيارة الوقوف بها لفترة طويلة غير اوقات

(١) [٢٦٩].

الصلوات؟؛ فهنا ينظر ان كان فيه ضرر من ناحية ان الموقف مخصص لمرتادي المساجد فإن كان فيه ضرر عليهم فيمنع من ذلك؛ لأنهم أحق بالوقوف منه.

النوع الثالث: الوقوف في الطرق الصغيرة أمام الأملاك الخاصة؛ جرى العرف أن لهذه الملاك الخاصة حرماً من الشارع يوازي العقار، فوقوف السيارة فيه خاص بصاحب المحل أو زبائنه، وفي الدار صاحب البيت وضيوفه، أما وقوف سائر الناس فإنه ممنوع منه في حال وجود الضرر، وهذا ما نص عليه فقهاء المذاهب في حریم الأملاك الخاصة، وفي حال عدم الضرر فهل يحتاج إلى إذن صاحب العقار أو لا؟ تقدم أن في ذلك للفقهاء خلافاً على قولين، الراجح منهما أنه لا بد من إذن صاحب الملك، فإن أذن وإلا لم يجز له الوقوف بسيارته أمام بيته، أو محله التجاري؛ لأن هذه الأماكن كالحریم للملك الخاص، وهو غالباً ما يكون تابعاً له في عرف الناس، وبهذا يقضى به في المحاكم^(١).

الفرع الثالث: حق الارتفاق في وسائل المواصلات العامة.

تتمثل وسائل المواصلات والنقل العامة في العصر الحاضر بالقطارات والطائرات والحافلات الكبيرة. والمقاعد في هذا الوسائل إما أن تخصص، فيكون لكل راكب مقعد معين أو لا تخصص، فإن خصص لكل راكب مقعد معين فلا يجوز لغيره أن يجلس فيه إلا بإذنه، وذلك مثل حجز رقم المقعد في الطائرات، وبعض مقاعد القطارات.

وأما إذا لم تعين المقاعد للراكبين فلكل راكب أن يجلس في المقعد الذي سبق إليه، وذلك كما في بعض وسائل النقل البرية والحافلات الكبيرة، فيكون السابق هو الأحق، فإذا جلس فيه لم يبطل حقه بالقيام منه لقضاء حاجة أو نزول وركوب ونحو ذلك، ويكون نهاية حقه في هذا المقعد هو نهاية رحلته في تلك الحافلة أو القطار، وهكذا الأمر في كل ما كان من هذا القبيل مما هو مباح للجميع.

الفرع الرابع: حق الارتفاق في مقاعد الدراسة في المدارس والجامعات.

مقاعد الدراسة في المدارس العامة، والجامعات في غالب الأحيان ليس لها مستحق على وجه التعيين، بل هي متاحة لكل دارس، فالعدل أن يستوي فيها الجميع، ومثل ذلك مقاعد الحفلات أو المحاضرات والمؤتمرات

(١) انظر: المدونة القضائية ٣٦٢/١٢ رَقْم الصَّنَكِّ (٣٤٣٠٤٣٣٢) تاريخه (١٤٣٤/٨/٢٣) هـ) رَقْمُ الدَعْوَى (٣٤٢٧١٩٣) رقم قرار التصديق من محكمة الاستئناف (٣٤٣٢٨١٩) تاريخه (١٤٣٤/١٠/١٢) هـ) ملخص القضية: "ادعى المدعي بأنه يمتلك منزلاً وورشة ومغسلة سيارات ملاصقين له وأن المدعى عليه له منزل مجاور لمنزله وقد تضرر من إيقاف المدعى عليه لسيارته بمحاذاة منزله بالأضرار المذكورة في دعواه، ولذا طلب إلزامه بعدم إيقاف سياراته بمحاذاة منزله- أقر المدعى عليه بما جاء في الدعوى ودفع بأنه محتاج لإيقافها في ذلك المكان ولا يوجد ضرر على المدعي من ذلك- قررت المحكمة تكليف قسم الخبراء بمعاينة محل النزاع فأفادوا بأن العرف إيقاف السيارات محاذية للمنزل دون تجاوز حدوده بالوقوف- من المقرر شرعاً أنه لا ضرر ولا ضرار وأن الضرر يزال- قضت المحكمة بمنع المدعى عليه من إيقاف سياراته بمحاذاة منزل المدعي- قنع المدعي بالحكم وعارض عليه المدعى عليه- قررت محكمة الاستئناف المصادقة على الحكم".

والندوات العامة، إذا كانت غير مملوكة لجهة أو شخصية معينة، فإن الأحق والأولى بالمقعد السابق إليه، ولا يحق لغيره أن يقيمه منه، وإذا قام منه ليرجع قريباً لأي غرض فهو أحق به، ومستند ذلك قوله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «إِذَا قَامَ أَحَدُكُمْ مِنْ مَجْلِسِهِ ثُمَّ رَجَعَ إِلَيْهِ فَهُوَ أَحَقُّ بِهِ»^(١).

ومتى ينتهي حق الأسبق إلى المقعد في قاعات وفصول الدراسة، هل ينتهي بانتهاء الدرس، أو بنهاية دروس اليوم، أو بنهاية الفصل الدراسي؟.

ربما يقال إن الأسبق إلى موضع الدرس يقاس على الأسبق إلى موضع الصلاة في المسجد، وقد نص الفقهاء على أن السابق إلى موضع في المسجد للصلاة يكون أحق به في تلك الصلاة فقط.

وربما يقال إن موضع الدرس يختلف بحكم العادة عن موضع الصلاة، فالدارس يحتاج إلى موضع يألفه ويعرف فيه بخلاف موضع الصلاة.

وعموماً فالأحق بالمقعد في قاعات وفصول الدراسة يحكمه العرف السائد والعادة في تلك الجهة أو المنطقة، وربما يكون العرف مختلفاً في مراحل التعليم، فالتعليم الجامعي يختلف عن التعليم العام، ومثل ذلك الدورات التدريبية، فيرجع في مقاعد طلاب كل جهة ونوع إلى العرف السائد في ذلك.

وقد يكون لإدارة الجهة أو المدرسة حق في تخصيص المقاعد لكل دارس، حتى يألفه معلمه، ويعرف به، فيجب حينئذ تحري العدل ورعاية المصلحة، حتى لا يقع بحس أو تقصير في بذل هذه الحقوق المشتركة.

المطلب الثامن: حقوق الارتفاق في النظام للمنفعة العامة.

المنظم نص على حق الارتفاق للمنفعة العامة وبيان ذلك في الفروع الآتية:

الفرع الأول: حقوق الارتفاق في التعدين.

في نظام الاستثمار التعديني المادة [٣٠] بينت حقوق الارتفاق: "تكون للمرخص له جميع حقوق الارتفاق اللازمة لتمكينه من تنفيذ عملياته على أي أرض تملكها الدولة خارج المنطقة المشمولة بالرخصة، وذلك بمقتضى تصريح من الوزارة بعد الاتفاق مع الجهات الحكومية المختصة، بشرط ألا تكون متعارضة مع حقوق أخرى لغيره على الأرض المعنية، وإذا وقعت أي من حقوق الارتفاق المطلوبة على أرض مملوكة ملكية خاصة أو على منطقة مشمولة برخصة أخرى، فعلى المرخص له أن يتفق مع المالك أو المنتفع من هذه الأرض أو المرخص له الآخر للحصول على تلك الحقوق بالطريقة المحددة نظاماً؛ لاكتساب تلك الحقوق، وتشمل حقوق الارتفاق لأغراض هذه المادة دون حصر، حق استخدام الطرق بأنواعها وخطوط الاتصالات المختلفة والمياه السطحية والجوفية الضرورية لتنفيذ عمليات المرخص له، على ألا يخل ذلك بالأولويات المنصوص عليها في أنظمة وتعليمات المحافظة على المياه"، وهذا الاصل فيه الارتفاق بالطريق العام، وايضاً بشرط عدم الضرر.

الفرع الثاني: حقوق الارتفاق الجوية.

(١) رواه الإمام أحمد [٧٨١٠].

وهذا الاصل فيه تحقيق المصلحة من ناحية السلامة ومنع الضرر والحفاظ على النفس والأموال، وقد جاء في نظام الطيران المدني^(١) المادة [٤٠]: "تنشأ حقوق ارتفاع خاصة تسمى حقوق ارتفاع جوية لتأمين سلامة الملاحة الجوية وحسن عمل الأجهزة المتعلقة بها، وتقضي بالآتي:

١- إزالة أو منع أية مبان أو منشآت أو غرس أو مد أو تثبيت الأسلاك الهوائية أو أي عقبة مهما كان نوعها أو تحديد ارتفاعها وذلك في المناطق المجاورة للمطارات ومنشآت الأجهزة الملاحية .

٢- وضع علامات الإرشاد عن العوائق التي تشكل خطرا على سلامة الملاحة الجوية".

ويلاحظ هنا ان المنظم نص على الغرس اما بالنسبة للزرع فلا يمنع منه؛ لأنه لا يمثل عائقا فهو ليس مثل الغرس الذي يدوم ويطول ويرتفع، اما الزرع فهو موسم معين ثم يحصد، وبالتالي لا يمثل عقبة.

والمادة [٤١]: "تحدد الهيئة نطاق ومدى حقوق الارتفاع الجوية والمناطق التي تفرض فيها وفقا لأحكام الملحق الرابع عشر لمعاهدة شيكاغو الخاص بالمطارات".

ومناطق الارتفاع الجوي:

المنطقة الأولى: هي الملاصقة للمطار مباشرة، وتسمى بمنطقة الأمان، حيث يمنع إقامة أي بناء أو غرس أو أي عقبة مهما كان نوعها.

المنطقة الثانية: وهي التي تحظر إقامة أي بناء فيها أو أي عائق أو تغيير في طبيعة القائم، إلا بموجب ترخيص من سلطة الطيران المدني.

المنطقة الثالثة: وتسمى بمنطقة ارتفاع أنوار الملاحة الجوية أو اتصالاتها اللاسلكية، فلا يجوز وضع أنوار تبهر النظر فتحجب إشارات وأنوار المطار.

الفرع الثالث: حقوق الارتفاع للآثار والمتاحف والتراث العمراني.

وهذا الاصل فيه تحقيق مصلحة المحافظة على التراث لما فيه من فوائد علمية من ناحية معرفة هندسة البنيان وكيفية الاستفادة من موارد الطبيعة في انشاء هذه الآثار، وايضا مصلحة تاريخية، واقتصادية من ناحية السياحة وما تجلبه من أموال، ولهذا نجد المنظم نص على حقوق ارتفاع لهذه الآثار والمتاحف، ففي نظام الآثار والمتاحف والتراث العمراني^(٢) المادة [٩] نصت على الآتي:

"١- تحدد الهيئة مواقع الآثار والتراث العمراني، وتنسق مع وزارة الشؤون البلدية والقروية، والجهات المعنية الأخرى - كل فيما يخصه - في شأن ذلك.

٢- تجب المحافظة على مواقع الآثار والتراث العمراني عند وضع مشروعات تخطيط المدن والقرى، أو توسيعها، أو تجميلها، كما تجب مراعاة حقوق الارتفاع لها، ومنها إيجاد منطقة حماية غير مبنية حول هذه

(١) الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/٤٤) وتاريخ (١٨/٧/١٤٢٦هـ).

(٢) الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/٣) وتاريخ (٩/١/١٤٣٦هـ).

المواقع بالتنسيق مع وزارة الشؤون البلدية والقروية، ولا يجوز إقرار مشروعات التخطيط التي فيها -أو في نطاقها -مواقع آثار أو تراث عمراني إلا بعد أخذ موافقة الهيئة.

٣- لا يجوز إصدار رخص البناء أو الترميم في الأماكن المجاورة لمواقع الآثار والتراث العمراني المحددة إلا بعد الاتفاق مع الهيئة".

المبحث الثالث: حق الحكر.

الحكر نص عليه المنظم كما في نظام الطرق والمباني المادة [٧٧]: "إذا اشترك شخصان في ملكية أرض بيضاء أو في استحكارها، وأراد أحدهما إنشاء بناء جديد عليها...".

وهذا الحق له مسميات تختلف بحسب المناطق ففي الحجاز يطلق عليه مصطلح الحكر، وفي نجد يطلق عليه مصطلح (الصبرة) وفي الأحساء يطلق عليه مصطلح (العرق) وهي لا تكون إلا في العقارات، ويكون للمستحكر هنا جميع سلطات الحق العيني من تصرف واستغلال واستعمال، وبالتالي سيتم هنا تعريفه وبيان الأحكام المتعلقة به^(١)، وذلك في المطالب التالية:

المطلب الأول: تعريف الحكر.

الفرع الأول: تعريف الحكر في اللغة.

«الحاء والكاف والراء أصل واحد، وهو الحبس، وأصله في كلام العرب: الحكر، وهو الماء المجتمع، كأنه احتكر لقلته» وأصل الحكر: الجمع والإمساك، وفعله على وزن ضرب، يقال: حكر يحكر حكرا، والحكر: ما احتبس مما يؤكل انتظارا لغلائه.

الفرع الثاني: تعريف الحكر اصطلاحا.

توجد عدة تعاريف منها ما يلي:

١. الاستحكار: عقد إجارة يقصد به استبقاء الأرض مقررة للبناء والغرس، أو لأحدهما.
٢. عقد استحجار أرض الوقف لغرضي غرسها والبناء فيها، أو لأحدهما، فهنا قيده بأرض الوقف.
٣. عقد إجارة يقصد به استبقاء الأرض الموقوفة مقررة للبناء والتعلي، أو للغراس، أو لأحدهما.
٤. حق قرار مرتب على الأرض الموقوفة بإجارة مديدة بإذن القاضي يدفع فيها المستحكر لجانب الوقف مبلغا معجلا يقارب قيمة الأرض، ويرتب مبلغ آخر ضئيل سنويا لجهة الوقف من المستحكر، أو ممن ينتقل إليه هذا الحق، على أن يكون للمستحكر حق الغرس والبناء، وسائر وجوه الانتفاع.

(١) كل ما يتعلق بهذا الحق اخذ من الحويس، صالح بن سليمان، أحكام عقد الحكر في الفقه الإسلامي مقارنة بما عليه العمل في المملكة العربية السعودية، رسالة مقدمة لنيل درجة الدكتوراه بقسم الدراسات العليا الشرعية، بجامعة أم القرى ١٤٢٧ هـ، وانظر: بحث "أحكام العرق بالأحساء في عرفها والشرع الشريف"، لعبد الرحيم بن ابراهيم السيد الهاشم، مجلة وزارة العدل العدد (٥١) ١٤٣٢ هـ.

ويلاحظ في هذه التعاريف ان البقاء في الارض المستحكرة لم يحدد بمدة معينة؛ خلافا لعقد الإجارة؛ وذلك استثناء للضرورة إذا تعطل الانتفاع بالأرض، ولم يوجد من يستأجرها، ولا أمكن استبدالها؛ فتحكير الأرض خير من تركها بلا انتفاع.

وأما وصف الأرض بالموقوفة؛ فهو وصف غالب، وليس قيذا أو تخصيصا، وإن كان أكثر كلام العلماء متوجها إلى الحكر القائم على الأرض الموقوفة.

وما ورد في التعريف الاخير من أن المستحكر يدفع مبلغا معجلا وآخر مؤجلا ... فهذه الطريقة هي إحدى صور الحكر، ولا يلزم أن يكون بعض الأجر معجلا.

والعلاقة بين المعنى اللغوي والمعنى الاصطلاحي واضحة من ناحية ان العقار المحكر قد يقفه المحتكر على ذريته، أو جهة قرينة، كالمساجد والمشافي؛ فيكون محبوسا عليهم فهو هنا مثل المعنى اللغوي الذي يعني الحبس، وايضا مع الحبس فهو محكور عليهم بحيث ان فائدة هذا العقار يعود عليهم فهو مثل الماء المحبوس يكون نفعه لمن احتبسه.

المطلب الثاني: إطلاقات الحكر.

يطلق لفظ الحكر على معان أربعة:

أولا: يطلق ويراد به عقد الإجارة الطويلة بقصد البناء أو الغرس أو أحدهما، من غير تحديد مدة العقد.
ثانيا: يطلق على الأجرة المقررة على العقار الطلق، أو الوقف في بعض عقود الإجارة الطويلة والكراء المؤبد، كالتحكير والخلوات (١) والكدك (٢) ونحوها.
ثالثا: يطلق على البناء أو الغرس المقام على الأرض المحتكرة، فيقال: هذا حكر فلان أي: بناء المستحكر أو غرسه.

رابعا: يطلق على الأرض دون الأنقاض.

والإطلاق الأول، وهو الحكر؛ بمعنى عقد الحكر؛ هو المراد هنا.

المطلب الثالث: مشروعية الحكر.

(١) الخلوات: أن يشترك العاقد مع الوقف بشرائه حصة من المنفعة شائعة، بمقدار ما دفعه من ثمن، حسب الاتفاق، سواء كانت عين الوقف حوانيت متهدمة، أو أرضا بيضاء، أو البديل والحق المالي الذي يأخذه مالك المنفعة، مقابل التخلي عنه، أو البناء والغراس القائمان على الأرض المحكرة أو المملوكة، أو هو مبلغ من المال يدفعه الشخص؛ نظير تنازل المنتفع بعقار -أرض أو دار أو محل أو حانوت- عن حقه في الانتفاع به.

(٢) الكدك: بفتح الكاف وكسر الدال، وقد تبدل الكاف الأولى جيما أعجمية: لفظ تركي معرب، ومفهومه: ما يبنيه المستأجر في الحانوت من ماله لنفسه، وما يضعه فيه من آلات الصناعة كالرحى، ونحو ذلك من الأعيان القائمة فيه بإذن ناظر الوقف، ويلتزم المستأجر بدفع أجرة المثل للمسقف باعتباره حاليا مما أحدثه من إنشاءات، فيثبت له حق القرار في هذا المسقف الذي أنفق عليه، فيكون أولى من غيره بالإجارة.

لم يرد في الكتاب والسنة أي نص يأمر أو ينهى عن الحكر، فهو مسكوت عنه؛ فينظر إليه باعتباره عقد معاوضة ماليا، ومدى تحقق مقاصد الشرع فيه، من جهة استمرار انتفاع جهة الوقف، مع المحافظة على أعيانه؛ لأنه مال من الأموال تجب المحافظة عليه؛ حفظا لضرورة من ضروريات الحياة، لتحصيل مصالح الدنيا والآخرة. ومن المقرر شرعا أن الأصل في العقود الإباحة؛ لقوله تعالى: { يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ } [المائدة 1] فكل عقد يجب الوفاء به ما دام موافقا لدين الله تعالى.

والعقود إنما شرعت للحاجة والمصلحة، لا لمحض العبادة، حتى ولو جاءت على غير قواعد العقود، كالاستصناع، وهو التعاقد على صنع شيء معين، وهو عقد يتردد بين البيع والإجارة؛ لأن فيه بيعا لأصل الشيء، وفيه إجارة على صنعه وإعداده، ومثله عقد بيع الوفاء المتردد بين البيع والرهن؛ لأنه بيع صورة، ورهن معنى، ومن ذلك عقد الحكر الذي شرع لحاجة الناس إليه، ولم يشذ عن قواعد العقود. ومقتضى ذلك أن تطلق الحرية للناس، في أن ينشؤوا من العقود ما تدعوهم الحاجة إلى إنشائه، وإن لم يكن معروفا لهم من قبل، وحاجات الناس ورغباتهم في ذلك متجددة، لا تنتهي عند حد معين. قال الإمام السرخسي الحنفي: "حاجة الناس أصل في شرع العقود؛ فيشرع على وجه ترتفع به الحاجة، ويكون موافقا لأصول الشرع".

وقال شيخ الإسلام ابن تيمية: "كل ما احتاج الناس إليه في معاشهم، ولم يكن سببه معصية -هي ترك واجب، أو فعل محرم- لم يجرم عليهم؛ لأنهم في معنى المضطر الذي ليس بباغ ولا عاد".

المطلب الرابع: أركان عقد الحكر وشروطها.

الركن الأول: العاقدان، وهما المحكر والمستحكر طرفا العقد، اللذان تصدر عنهما صيغة إنشاء هذا العقد. والشروط الواجب توفرها في العاقدين اثنان:

الشرط الأول: الأهلية، وهي: صلاحية الشخص للإلزام والالتزام، أي أن يكون صالحا لأن تثبت له حقوق قبل غيره، وتلزمه حقوق لغيره، فإذا كان أهلا لأن تثبت الحقوق المشروعة له وعليه فقط، من غير أن يكون أهلا لأن ينشئ حقوقا ويلتزمها؛ كانت أهليته ناقصة، وتسمى (أهلية الوجوب).

وإذا صار أهلا لأن يلتزم حقوقا ينشئ أسبابها القولية ويوجدتها، أصبحت أهليته كاملة، وتسمى (أهلية الأداء) وهي الأهلية التي تخول صاحبها إنشاء العقود، وهو جازر التصرف أي البالغ العاقل الحر الرشيد المختار.

الشرط الثاني: الولاية، وهي: السلطة التي تمكن العاقد من تنفيذ العقد، وترتيب آثاره عليه، وتلك السلطة قد تكون بالأصالة؛ فيسمى العاقد حينئذ أصيلا، وقد تكون تلك السلطة بتوكيل صاحب الشأن وإنابته؛ ويسمى العاقد حينئذ وكيلا، وقد تكون بقيام الشخص عن غيره بولاية شرعية أعطاهها له الشرع، ويسمى العاقد حينئذ وليا.

الركن الثاني: الصيغة: وهي اللفظ المفهم، أو ما يقوم مقامه عرفاً، المعبر عن إرادة العاقد في إبرام العقد، وهو الإيجاب والقبول، ويكون اللفظ مفهماً بظهوره وانضباطه، بحيث لا تتطرق إليه الاحتمالات، ولا يعتره اللبس المؤدي إلى التنازع والتجاحد.

وما يصدر من تصرف من أحد العاقدين أولاً يسمى إيجاباً، والقبول ما صدر من العاقد الثاني راضياً لما عرضه الأول كأن يقول ناظر الوقف: حكرك أرض الوقف بكذا، فيقول العاقد: قبلت.

الركن الثالث: المعقود عليه أو المحل هو مورد العقد، وهو ما ظهرت فيه آثار العقد وهو في عقد الحكر منفعة العقار المستحكر والأجرة المتفق عليها بين المحكر والمستحكر.

ويشترط في هذا الركن حتى يكون صحيحاً للتعاقد عليه ثلاثة شروط:

الأول: أن يكون موجوداً وقت العقد، فلا يجوز تعليق العقد على وجود محل في المستقبل، كأن يعقد معه عقد حكر على أرض غير مملوكة له بناء على أنه سيملكها مستقبلاً، فهنا محل العقد غير موجود فالعقد غير صحيح.

الثاني: العلم بالمحل علماً يمنع المنازعة والغرر عادة، وذلك يحصل بالتعيين لكل من البدلين بما ينفي الجهالة، برؤية العين المستحكرة، أو الوصف الضابط لها.

الثالث: أن يكون المحل قابلاً لحكم العقد شرعاً، وعدم قبوله؛ كأن يعقد الحكر على أرض موات أو أرض مخصصة للمنفعة العامة، أو مملوكة للغير.

المطلب الخامس: شروط صحة عقد الحكر.

يختلف عقد الحكر بحسب سببه؛ وذلك على نوعين فيذكر هنا كل نوع مع شروطه؛ وذلك في فرعين:

الفرع الأول: عقد التحكير للمصلحة.

وهو أن يكون عقد إجارة أرض الوقف للبناء أو الغراس لمدة معينة، وبعد انقضاء المدة؛ إذا أراد المستأجر أن تبقى الأرض في يده؛ فيشترط لصحة العقد ثلاثة شروط:

الشرط الأول: أن يكون التحكير بأجرة المثل.

الشرط الثاني: ألا يكون المستأجر أو وارثه مفلساً، أو سيء المعاملة، أو متغلباً يخشى على الوقف منه فلا يعقد معه لوجود الضرر.

الشرط الثالث: أن يكون بناء المستأجر، أو غراسه قائماً بعد انتهاء مدة الإجارة المعينة.

فإذا توفرت هذه الشروط؛ يجبر ناظر الوقف على استبقاء الأرض بيد المستأجر، إذا أراد ذلك المستأجر؛ وذلك دفعا للضرر عن المستأجر؛ مع عدم الضرر على الوقف، حيث لا مصلحة في هدم بناء المستأجر، أو قلع غراسه، عند خلو المسألة من مستأجر آخر يزيد على ما سيلتزم به المستأجر الأول، من دفع أجرة المثل للوقف، فهنا تحققت مصلحة الوقف والمستأجر الأول معاً، ويصير العقد مطلق المدة.

الفرع الثاني: عقد التحكير للضرورة.

ووجه الضرورة هنا ان الوقف مجرد من المنفعة تجردا كلياً؛ فيضطر إلى التحكير؛ من باب الضرورات تبيح المحظورات، ويكون الاتفاق في هذه الحالة -ابتداء- على أن مدة التحكير مطلقة غير محددة، وبالتالي يشترط لصحة هذا العقد الشروط الآتية:

الشرط الأول: أن تكون العين الموقوفة خربة؛ ويتحقق ذلك بخروج العين الموقوفة عن الانتفاع المقصود للواقف بالكلية، بحيث لا ينتفع بها أصلاً، كبناء تهدم او شارف على السقوط، أو ارضا زراعية صارت مواتا لا تنبت شيئاً.

الشرط الثاني: عدم وجود غلة في الوقف تفي بالعمارة؛ وبالتالي يلجأ الى هذا العقد لعمارة الوقف وحصول المقصود منه.

الشرط الثالث: ألا يوجد من يستأجر الوقف لمدة محددة بأجرة معجلة، تصرف على تعمييره.

الشرط الرابع: ألا يمكن استبدال عين الوقف؛ وذلك بشراء عين تجعل وقفاً بثمن العين التي خربت وتعطل الانتفاع بها، فإذا لم يمكن ذلك يلجأ الى التحكير للضرورة.

الشرط الخامس: أن يكون التحكير بأجرة المثل وقت العقد، وذلك لحفظ حقوق المستحقين في الوقف، فلو استأجر شخص أرض الوقف بأقل من أجرة المثل، مع وجود من يدفع أجرة المثل؛ يكون العقد باطلاً، وليس للعاقدة أولوية على غيره في الإجارة.

الشرط السادس: أن يكون التحكير بإذن القاضي؛ وذلك ان الحكر يدخل في معنى التصرف في أعيان الوقف؛ لخطورته، ومن المقرر أن كل تصرف في أعيان الوقف بغير شرط الواقف؛ لا بد فيه من إذن القاضي.

الشرط السابع: ألا يمنع ولي الأمر من إنشاء عقد الحكر.

المطلب السادس: تقسيم الحكر باعتبار المدة في العقد.

يمكن تقسيم عقد الحكر بهذا الاعتبار إلى قسمين، وبيان كل قسم في فرعين:

الفرع الأول: الحكر المؤقت بمدة.

وهذا القسم يشمل الأرض الوقف وغيرها، فإذا انقضت المدة وللمستأجر بناء، أو غراس قائم؛ فيبقى له حق البقاء والقرار، بشرط عدم الضرر على الوقف، مع الالتزام بدفع أجر المثل، وتحديد المدة غير مقصود، وإنما المقصود هو البقاء والقرار وتذكر المدة عادة؛ لأن عدم ضرب المدة في أجرة الأرض للغراس، أو البناء يفسد العقد.

الفرع الثاني: الحكر المطلق عن المدة.

وهذا القسم هو الأصل في عقد الحكر، وأكثر الحكورات القديمة لم يعين فيها مدة.

المطلب السابع: التكييف الفقهي لعقد الحكر.

المراد بتكليف عقد المحكر فقها: وصفه، وتحريره، وبيان مدى انتمائه إلى أصل فقهي معتبر. والفقهاء اختلفوا في التكليف الفقهي لهذا العقد وسبب الاختلاف يرجع بالنظر الى عقد المحكر هل هو تمليك المستحكر منافع العقار المحكر بعوض، من غير تقدير مدة؟ فيشبهه هنا عقد الإجارة، وان كان يختلف عنها في تحديد المدة، أو هو تمليك للعين والمنفعة معا، فيشبهه هنا عقد البيع، وان كان يختلف ان من حق المحكر أن يفسخ العقد، إذا امتنع المستحكر من دفع الأجر السنوي.

وينحصر خلاف العلماء والباحثين في تكليف هذا العقد في ثلاثة أقوال، هي:

الأول: أنه عقد إجارة، وأصحاب هذا الرأي نظروا إلى تملك المستحكر حق المنفعة، وبقاء العين المحكرة ملكا للمحكر، وهذا مشابه لعقد الإجارة، حيث يملك المستأجر المنفعة، وتبقى العين المستأجرة ملكا للمؤجر. **والثاني:** أنه عقد بيع مقسط الثمن، فليس هو بعقد اجارة؛ لأنه لو كان كذلك لكان له مدة محددة، ومعينة، والمستحكر يتصرف تصرفات المالك، لا المستأجر، فلو لم يكن بيعا؛ لما صحت تصرفاته.

الثالث: أنه عقد ناقل للملكية، يحتوي على شرط فاسخ، فليس بعقد بيع، ولا إجارة؛ فهو عقد مستقل ناقل للملكية؛ لأن المستحكر يعطى جميع حقوق المالك في ملكه، بشرط واحد، هو أن يستبقي العين عامرة مغللة على الدوام، فإن عادت العين إلى التعطل فسخ العقد بطلب المحكر، الذي لا يملك غير الجعل السنوي؛ علامة على ملكية الشرط الفاسخ وتطبيقه عند توفر شروطه.

وبالنظر لهذا العقد من جهة الصحة والفساد فهو عقد صحيح، إذا أبرم بأركانه وشروط صحته، وخصوصا الضرورة أو الحاجة التي ألجأت إلى التحكير؛ فيكون موافقا لمقاصد الشرع في الإقدام على هذا التصرف؛ مراعاة لمصلحة الوقف ونحوه.

والغرر الناشئ بسبب عدم تقدير المدة في المحكر معتفر؛ نظرا للضرورة التي دعت الناس إلى التعامل به، كالخراج المضروب على الأرض الخراجية، كل سنة بكذا، اغتفر ذلك للضرورة، والعقود إنما تشرع في الفقه؛ للحاجة.

وبالتالي فعقد المحكر من العقود المسماة ومعاملة قائمة بذاتها؛ لأن المستحكر لم يملك العين مطلقا، ولو كان عقد إجارة محضا؛ لاشتراط توقيتها، وإنما ملك منفعتها من غير تقدير مدة؛ إذ العقد على المنفعة في موضع الحاجة من غير تقدير مدة جائز، فالمحكر ليس عقد بيع، ولا عقد إجارة، وإن كان شبيها بهما، وخصوصا الثاني.

فيشبهه عقد البيع من جهة تصرف المستحكر تصرف الملاك في البناء والغراس، بيعا، ووقفا، ووصية، وسائر التصرفات.

ويشبهه عقد الإجارة من جهة بدل المحكر المدفوع سنويا لملاك الأرض، ألا أن عدم ضرب المدة في العقد؛ خرج به عن أن يصبح عقد إجارة محضا.

المطلب الثامن: بيع المستحكر أنقاضه.

لما كان ما بينه المستحكر ويغرسه من ماله ملكا طلقا له؛ اقتضى ذلك تملكه حق التصرف بما أنشأه، ومن ذلك التصرف نقل الملكية ببيع الأنقاض القائمة، مع بقاء ملكية الأرض وما في حكمها؛ كالسقف في ملكية المحكر وقفا أو ملكا طلقا، فالأرض لا تدخل في المبيع، وإن انتقلت عهدة التصرف بها إلى مالك الأنقاض الجديد، ويجب على المستحكر البائع بيان تحكير الأرض للمشتري، وإلا ثبت له شرعا خيار العيب؛ لأن التحكير قيد ثقيل على الملكية، بل ملكية الأرض فيه منفصلة عن ملكية الإنشاءات عليها.

وقد جرى العمل في المملكة العربية السعودية قديما وحديثا على جواز بيع المستحكر ما أنشأه من أبنية وغراس؛ فتنقل ملكية هذه الأنقاض للمشتري، مع التزامه بحكر المثل للأرض، ويقيد في صك المبيعة أن الأنقاض قائمة بالحكر على أرض وقف كذا، أو ملك فلان من الناس، مع بيان مقدار الحكر السنوي؛ بحسب ما دون في الأصل المنقول منه.

الفصل الثالث: القيود الواردة على حق الملكية، واحكام الملكية الشائعة.

القيود الواردة على الحقوق العينية الاصلية ترد على السلطات الممنوحة للمالكها فتزد على سلطة التصرف والاستعمال والاستغلال والتي هي ممنوحة للمالك وهي حق الملكية، وقد ترد على واحد من هذه السلطات كحق الانتفاع او حق الارتفاق او حق الحكر، والملكية تختلف فقد تكون مفرزة وقد تكون مشاعة، ولهذا سيكون الكلام في هذا الفصل متعلقا بالقيود واحكام الملكية الشائعة في مبحثين:

المبحث الأول: القيود الواردة على حق الملكية.

القيود تتنوع بحسب من صدرت منه فقد تكون عامة، وقد تكون خاصة، ولهذا سيتم تقسيم هذا المبحث إلى المطالب الآتية:

المطلب الأول: القيود العامة.

يقصد بها: القيود التي ترد على سلطة صاحب الحق العيني فتقيدها، وهي قيود عامة بمعنى أنه يستوي فيها جميع اصحاب الحقوق العينية الاصلية بغض النظر عن صاحب الحق وموقع الملكية، وسبب هذه القيود التشريع؛ ومن صور هذه القيود ما يلي:

١. منع المالك من تضييع ماله وتحريم ذلك عليه؛ فنهى الله عز وجل عن الإسراف: {وَأْتِ ذَا الْقُرْبَىٰ حَقَّهُ وَالْمِسْكِينَ وَابْنَ السَّبِيلِ وَلَا تُبَذِّرْ تَبْذِيرًا (٢٦) إِنَّ الْمُبَذِّرِينَ كَانُوا إِخْوَانَ الشَّيَاطِينِ وَكَانَ الشَّيْطَانُ لِرَبِّهِ كَفُورًا} [الإسراء ٢٦-٢٧] ونهى عن إعطائه من لا يحسن التصرف فيه: {وَلَا تُؤْتُوا السُّفَهَاءَ أَمْوَالَكُمُ الَّتِي جَعَلَ اللَّهُ لَكُمْ قِيَامًا وَارْزُقُوهُمْ فِيهَا وَاكْسُوهُمْ وَقُولُوا لَهُمْ قَوْلًا مَعْرُوفًا} [النساء ٥].

٢. أن للجار أن ينتفع بملك جاره إذا لم يكن فيه ضرر؛ وذلك مثل وضع خشبة على جدار جاره؛ لحديث: «لَا يَمْنَعُ جَارٌ جَارَهُ أَنْ يَغْرِزَ خَشْبَهُ فِي جِدَارِهِ»^(١).

٣. أن للفقراء حق في هذا الملك وهي الزكاة المفروضة قال تعالى: {وَالَّذِينَ فِي أَمْوَالِهِمْ حَقٌّ مَعْلُومٌ (٢٤) لِلسَّائِلِ وَالْمَحْرُومِ} [المعارج ٢٤-٢٥].

٤. ان يكون المالك من مواطني الدولة او من دول الخليج مع فرض قيد بالنسبة لمواطني دول الخليج وهو ان يستثمر الارض المالك لها او يستغلها خلال اربع سنوات والا فيحق للدولة سحب العقار منه وتعويضه^(٢)، وبالنسبة لغيرهم فإن المنظم يفرق بين المستثمر وغير المستثمر؛ فيجوز للمستثمر غير

(١) متفق عليه، البخاري [٢٤٦٣] ومسلم [١٦٠٩].

(٢) انظر: نظام تنظيم تملك مواطني دول المجلس للعقار في الدول الأعضاء بمجلس التعاون لغرض السكن والاستثمار المادة [٢]: "إذا كان العقار أرضاً فيجب أن يستكمل بناؤها أو استغلالها خلال أربع سنوات من تاريخ تسجيلها باسمه، وإلا كان للدولة التي يقع فيها العقار حق التصرف بالأرض مع تعويض المالك بنفس ثمنها وقت شرائها أو ثمنها حين بيعها أيهما أقل مع حفظ حقه بالتظلم أمام الجهة المختصة بالدولة، وللدولة أن تمدد المدة المذكورة إذا اقتنعت بأسباب تأخر المالك عن تلك المدة".

السعودي من الأشخاص ذوي الصفة الطبيعية أو الاعتبارية المرخص له بمزاولة أي نشاط مهني أو حرفي أو اقتصادي تملك العقار اللازم لمزاولة ذلك النشاط ويشمل العقار اللازم لسكنه وسكن العاملين لديه، وذلك بعد موافقة الجهة التي أصدرت الترخيص، وإذا كان الترخيص المشار إليه يشمل شراء مبان أو أراضٍ لإقامة مبان عليها واستثمارها بالبيع أو التأجير فيجب ألا تقل التكلفة الإجمالية للمشروع أرضاً وبناءً عن ثلاثين مليون ريال ويجوز لمجلس الوزراء تعديل هذا المبلغ، كما يشترط أن يتم استثمار ذلك العقار خلال خمس سنوات من ملكيته^(١)، أما غير المستثمر فيسمح المنظم "للأشخاص غير السعوديين ذوي الصفة الطبيعية المقيمين في المملكة إقامة نظامية بتملك العقار لسكنهم الخاص، وذلك بعد الترخيص لهم من وزارة الداخلية"^(٢)، لكن ينبغي التنبيه أن هذا القيد يرد في حالة تملك العقار بالشراء أما لو كان اكتساب حق الملكية أو أي حق عيني أصلي آخر على عقار عن طريق الميراث فلا ترد عليه هذه القيود^(٣).

المطلب الثاني: قيود خاصة.

وهذه القيود إما أن تكون بأصل المشرع أو النظام لكنها ترد على أماكن معينة فقط؛ ومن صور ذلك:

١. المنع من تملك شيء يكون فيه ضرر على الآخرين؛ وذلك مثل تملك مياه الأنهار، أو تملك المراعي التي يرمى الناس فيها دوابهم، أو تملك المرافق العامة؛ لقوله صلى الله عليه وسلم: «الْمُسْلِمُونَ شُرَكَاءُ فِي ثَلَاثٍ فِي الْكَلْبِ وَالْمَاءِ وَالنَّارِ»^(٤).

٢. المنع من التملك داخل حدود مدينتي مكة المكرمة والمدينة المنورة؛ وذلك لغير المواطنين فلا "يجوز لغير السعودي بأي طريق غير الميراث اكتساب حق الملكية أو حق الارتفاق أو الانتفاع على عقار واقع داخل حدود مدينتي مكة المكرمة والمدينة المنورة"^(٥).

المطلب الثالث: قيود خاصة من أحد المتعاقدين.

قد تكون القيود الواردة على الملكية واردة من أحد المتعاقدين؛ وذلك مثل أن يشترط أحد المتعاقدين على الطرف الآخر شروطاً تقيد به في سلطاته الممنوحة له على حقه العيني الأصلي وسبب هذه الشروط هو العقد؛ وهذه تنقسم إلى قسمين:

(١) نظام تملك غير السعوديين للعقار واستثماره المادة [١].

(٢) النظام السابق المادة [٢].

(٣) انظر: النظام السابق المادة [٧/ج].

(٤) رواه ابن ماجه [٢٤٧٢].

(٥) نظام تملك غير السعوديين للعقار واستثماره المادة [٥].

القسم الأول: قيود واردة على المنفعة؛ مثل اشتراط ان ينتفع بالعقار مدة معينة؛ كأن يسكن في الدار المبيعة لمدة شهر، فهنا اشترط نفعا معلوما له على ملك غيره، فيعتبر هذا قيودا على حق الملكية لكنه لفترة معلومة ومحددة فيجوز هذا الشرط؛ ودليله ما ورد عن جابر رضي الله عنه انه قال: بَعَثَ النَّبِيُّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ جَمَلًا وَاشْتَرَطْتُ ظَهْرَهُ إِلَى الْمَدِينَةِ، وَفِي لَفْظٍ قَالَ: فَبِعْتُهُ بِأَوْقِيَّةٍ، وَاسْتَنْنَيْتُ حُمْلَانَهُ إِلَى أَهْلِي (١)، ولأن هذا الشرط لا يخالف مقتضى الملك من ناحية التصرف فيه والاستعمال والاستغلال، ويلاحظ ان هذا القيد يرد على سلطة الاستعمال والاستغلال خلال هذه الفترة الزمنية، اما سلطة التصرف فلا يرد عليها فمن حق المالك البيع والهبة ونحوهما لكن يبقى لزوم مقتضى الشرط الى نهاية المدة المحددة.

القسم الثاني: قيود واردة على سلطات الحق العيني، ويقصد به: تقييد سلطة المالك في التصرف في ملكه بموجب شرط يتفق عليه في التصرف الذي آلت بمقتضاه الملكية إلى المتصرف إليه فتمنعه من التصرف؛ سواء كان التصرف قانونيا؛ كالبيع ونحوه مثل ان يشترط عليه البائع ان لا يبيع البيت، او المادي مثل ان يشترط عليه عدم تغيير المبنى او ترميمه، او تمنعه من سلطة الاستعمال كأن يشترط عليه عدم سكن الدار او عدم ادخال فلان فيه، او تمنعه من الاستغلال مثل عدم التأجير، فهنا هذه الشروط غير صحيحة وغير ملزمة للعاقدة (٢)، ودليل ذلك قول الرسول صلى الله عليه وسلم: «مَنْ اشْتَرَطَ شَرْطًا لَيْسَ فِي كِتَابِ اللَّهِ فَهُوَ بَاطِلٌ وَإِنْ اشْتَرَطَ مِائَةَ شَرْطٍ» (٣)، والمراد ليس في حكم الله وهذا لا شك انه يخالف مقتضى حق الملكية من ناحية تصرف المالك في ملكه، فيخالف حكم الله من ناحية حرية تصرف المالك في ملكه.

وبعض الفقهاء (٤) يفرق بين المنع من التصرف مطلقا وبين المنع من بعض انواع التصرف فيجيز الثاني؛ لأن فيه مقصودا لاحد المتعاقدين او للعين نفسها، وبالتالي يلزم الشرط ويلزم به صاحب الحق العيني؛ لأن هذا شرط والشرط يجب الوفاء به لقوله تعالى: { يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ } [المائدة ١].

المطلب الرابع: قيد عدم الاضرار بالجيران.

سبب هذا القيد المشرع، فيمنع صاحب الحق العيني أن يتصرف في حقه بما يضر جيرانه، وفي نظام ملكية الوحدات العقارية وفرزها المادة [٦]: "على كل مالك وفقا لهذا النظام، ألا يغلو في استعمال حقه إلى الحد الذي يضر بجاره، وليس للجار أن يرجع على جاره في مضار الجوار المألوفة التي لا يمكن تجنبها، وإنما له أن يطلب إزالة هذه المضار إذا تجاوزت المألوف، على أن يراعي في ذلك الآداب الشرعية والعرف وطبيعة العقار وموقع كل وحدة عقارية بالنسبة للأخرى والغرض الذي خصصت له كل وحدة"، فهنا منعت المادة من الاضرار

(١) متفق عليه، البخاري [٢٧١٨] ومسلم [٧١٥].

(٢) انظر: الروض المربع ٢٥٦.

(٣) متفق عليه، البخاري [٢١٥٥] ومسلم [١٥٠٤].

(٤) انظر: ابن تيمية، مجموع فتاوى شيخ الاسلام ١٣٦/٢٩.

بالجار، وبينت انه ليس كل ضرر معتبر وانما المضار الغير مألوفة؛ وذلك مثل وضع زريبة للغنم مثلا قريبة من البيوت^(١)، او تأجير السكن على عزاب في حي كلهم عوائل^(٢)؛ وبالتالي لو تضرر الجيران تم ازالة هذا الضرر ومستند ذلك ما يلي:

١. عَنْ عُبَادَةَ بْنِ الصَّامِتِ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قَضَى أَنْ لَا ضَرَرَ وَلَا ضِرَارَ^(٣).

٢. القاعدة الشرعية: "الضرر يزال".

اما اذا كان الضرر مألوفاً فلا يحق للجار الاعتراض على ذلك؛ لأن هذا مما لا يمكن تجنبه، ولأن الأصل أن المالك غير مسؤول عن الأضرار اليسيرة التي يسببها لجاره نتيجة استعماله للملكه، لأن ذلك من قبيل التسامح بين الجيران وإلا حرم المالك من استعمال ملكه بشكل مطلق.

والضابط هنا هو مراعاة الآداب والعرف وايضا طبيعة العقار، وطبيعة المكان الذي فيه العقار وبالتالي لا يحق لشخص مثلا ان يعترض على الازعاج الموجود في منطقة صناعية؛ لأن طبيعة المكان تقتضي ذلك، وايضا يشترط لإزالة الضرر كونه حادثا على ملكية الجوار اما لو كان سابقا على الملكية فلا يحق له الاعتراض بوجود الضرر، ولكن هذا ليس على اطلاقه وانما ينبغي مراعاة طبيعة العقار وطبيعة المكان.

(١) انظر: المدونة القضائية ٣٥٣/١٢ رَقْمُ الصَّنْكَ (٣٤١٦٧٧٥٢) تاريخه (١٤٣٤/٣/٢٢هـ) رَقْمُ الدَعْوَى (٣٤١٠٠٦٥٢) رقم قرار التصديق من محكمة الاستئناف (٣٤٣٣١٢٣٧) تاريخه (١٤٣٤/١٠/١٥هـ)، وملخص القضية: "ادعى وكيل المدعية بأن المدعى عليه أقام زريبة أغنام بجوار منزل موكلته وقد تسبب ذلك بالأذية لها من روائح الغنم وأصواتها، لذا طلب إزالة هذه الزريبة، أقر المدعي بأنه شريك في الزريبة وأن إقامة الزريبة جاء لاحقا على سكن المدعية، ثبوت تحقق وقوع الأذية للمدعية من زريبة الحيوانات التي أقامها المدعى عليه، قضت المحكمة بإلزام المدعى عليه بإزالة حظيرة الحيوانات التي بجوار منزل المدعية وإبعادها مسافة كافية لا تقل عن ثلاثمائة متر، قنع وكيل المدعية بالحكم وعارض عليه المدعى عليه، قررت محكمة الاستئناف الموافقة على الحكم".

(٢) انظر: المدونة القضائية ٣٥٧/١٢ رَقْمُ الصَّنْكَ (٣٣٦٧٥٧٣٢) تاريخه (١٤٣٤/٤/٢٩هـ) رَقْمُ الدَعْوَى (٣٤٢٠٠٢٩٩) رقم قرار التصديق من محكمة الاستئناف (٣٤٣١٦٠٩٦) تاريخه (١٤٣٤/٩/٩هـ) وملخص القضية: "ادعى المدعيان بأن المدعى عليه يملك عمارة مجاورة لسكنهما في حي خاص بالعوائل وقد أسكن فيها مجموعة من العمال العزاب فتضرروا من ذلك بما هو مذكور في دعواهما، ولذا طلبا الحكم على المدعى عليه بإخراج العزاب الذين أسكنهم في العمارة وعدم إسكان أمثالهم في المستقبل، أقر المدعى عليه بما جاء في الدعوى ودفع بأنه عرض العمارة لإسكان العوائل فيها فلم تستأجر كما أنه لا يوجد ضرر على المجاورين لوجود عزاب يسكنون في عمارة ملاصقة للملكه، قررت المحكمة الوقوف على محل النزاع ومعاينته فأتضح أن عمارة المدعى عليه لها أبواب تقابل مباشرة منزل المدعي وأنه لا يوجد سوى تلك العمارة داخل الحي أسكن فيها المدعى عليه عمالا عزابا والضرر متحقق من ذلك على سكان الحي من العوائل، قضت المحكمة بإلزام المدعى عليه بإخلاء العمارة من العمال العزاب فوراً وعدم إسكان أمثالهم مستقبلاً، قنع المدعيان بالحكم وعارض المدعى عليه، قررت محكمة الاستئناف المصادقة على الحكم".

(٣) رواه ابن ماجه [٢٣٤٠].

ومعيار الضرر الموجب لمسؤولية المالك هو الضرر الفاحش، وهو ما يعرف بالضرر غير المألوف الذي لا يمكن للجار تحمله عادة، ومن صور الضرر الفاحش:

١. أن يكون هذا الضرر سببا لوهم البناء أو هدمه.

٢. أن يمنع الحوائج الأصلية (المنافع المقصودة من البناء) لملك الجار.

وقد تمنح السلطة المختصة؛ كالمبلدية مثلا؛ ترخيصا لبعض الأشخاص لمباشرة نشاط معين بعد استيفائه للشروط اللازمة لذلك، وهذا الترخيص إن كان يعفي صاحبه من المسؤولية تجاه الجهات الإدارية إلا أنه لا يعفيه من المسؤولية تجاه جيرانه إن مارس نشاطه بطريقة تسبب لهم ضررا فاحشا.

المبحث الثاني: الملكية الشائعة وأحكامها.

الصورة العادية للملكية هي الملكية المفردة، وفيها يكون حق الملكية قاصرا على المالك فقط، غير أن الملكية قد تتخذ وضعا آخر وهو الملكية الشائعة^(١)؛ وبيان هذه الملكية في المطالب الآتية:

المطلب الأول: تعريف الشيوع.

الفرع الأول: تعريف الشيوع لغة.

الشين والياء والعين أصلان، يدل أحدهما على معاضدة ومساعدة، والآخر على بث وإشادة، والثاني هو المقصود؛ ومنه: شاع الحديث، إذا ذاع وانتشر، ويقال: له سهم شائع، إذا كان غير مقسوم، وكأن من له سهم ونصيب انتشر في السهم حتى أخذه، كما يشيع الحديث في الناس فيأخذ سمع كل أحد^(٢).

الفرع الثاني: تعريف الشيوع اصطلاحا.

ملكية أكثر من شخص لشيء واحد بدون فرز وتجنيد نصيب كل منهم في هذا الشيء. فالشيوع يقوم في حالة تعدد الملاك للشيء الواحد دون أن يكون لأي منهم نصيب مفرز، إذ أن الحصص التي يملكها الشريك في الشيوع تقع على الشيء كله، وإن كانت تقتصر في نفس الوقت على نسبة معينة فيه.

المطلب الثاني: أنواع الشيوع وتمييزه عن غيره.

الفرع الأول: الشيوع العادي.

وهو أن تكون الملكية قابلة للقسمة في الشيوع، وتكون اختيارية، ولا يترتب على قسمتها ضرر، كاشتراك في أرض أو عدة منازل.

الفرع الثاني: الشيوع الاجباري.

الشيوع الذي لا يمكن طلب قسمة من أي شريك فيه، فهو شيوع دائم؛ مثل: الحائط المشترك، الأجزاء المشتركة في ملكية الطبقات، أو الأشياء التي لا يمكن قسمتها مثل الدار الصغيرة.

(١) انظر: المادة [١٧٩٦] في مجلة الاحكام الشرعية وما بعدها.

(٢) انظر: ابن فارس، احمد بن فارس، معجم مقاييس اللغة ٣/٢٣٥ مادة (شيع).

يختلف الشيوع الإجباري عن الشيوع العادي في أنه لا يجوز لأي من الشركاء فيه طلب القسمة فيه، لأن غرض وطبيعة المال الشائع يقتضي أن يبقى هذا المال دائماً على الشيوع، وبالتالي لا يكون الانفصال إلا عن طريق بيعه وليس قسمته.

الفرع الثالث: تمييز الشيوع عن غيره.

الملكية الشائعة تختلف عن الملكية الجماعية أو المشتركة في أن المالك مجموعة من الناس لا يملك أي منهم بمفرده لا الشيء المملوك ولا أية حصة فيه، فالأموال المشتركة مملوكة لجميع الناس ولا تخضع للقسمة؛ كقوله صلى الله عليه وسلم: «الْمُسْلِمُونَ شُرَكَاءُ فِي ثَلَاثٍ فِي الْمَاءِ وَالْكَأِ وَالنَّارِ»^(١)، ومثل: المساجد والشوارع والحدائق.

الملكية الشائعة حق يحول المالك على الشيوع جميع سلطات حق الملكية من استعمال واستغلال وتصرف، والملكية الشائعة ملكية فردية وليست جماعية؛ لأن كل شريك في الشيوع يملك ملكيته ملكاً تاماً بحيث يملك كل سلطات المالك على الشيء المملوك بشرط عدم الاضرار بحقوق سائر الشركاء.

المطلب الثالث: مصادر الشيوع.

إن كل سبب من أسباب كسب الملكية المفترزة يصلح لأن يكون سبباً في إنشاء حالة الشيوع إذا تعدد الأشخاص.

مثال: عقد البيع؛ مصدر من مصادر الملكية بحيث يملك شخص واحد محل العقد (العين المبيعة) فهو ملك مفترز، وقد يملكه أكثر من شخص فهو ملك شائع.

المطلب الرابع: استغلال المال الشائع.

تحول الملكية الشائعة لأصحابها سلطات متعددة ولكنها تخضع لقيود متبادلة بين الشركاء نظراً لوقوعها على محل واحد وهذا هو الفارق الرئيس بين الملكية المفترزة والملكية الشائعة، ومن تلك السلطات: الاستعمال، والادارة، والحفظ، والتصرف؛ وبيان هذه السلطات في الفروع الآتية:

الفرع الأول: استعمال المال الشائع.

للمالك في الأصل حق الاستعمال فيما يملكه على الوجه الذي يراه ولكن في حالة الملكية الشائعة ونظراً لكونه لا يستأثر بالملكية وحده فان سلطته في استعمال الشيء يجب ان تقيد بحقوق باقي الشركاء وان لا يكون الاستعمال غير مشروع، وهذا الاستعمال لها حالتان:

الحالة النادرة: ان يكون الشيء قابلاً للاستعمال المشترك؛ وهي ان يستطيع جميع الشركاء استعمال الشيء المشاع؛ كالبئر والمصعد الواقع في عمارة بها عدد من الشقق المملوكة، فالبئر والمصعد مشاع للشركاء فانه

(١) رواه ابن ماجه [٢٤٧٢].

يستطيع جميع الشركاء الاخذ من البئر واستعمال المصعد والاستفادة منهما بدون اتفاق بين الشركاء، ولكن لا يحق لأحد منهم الاستئثار به لوحده.

الحالة الشائعة: ان يكون الشيء غير قابل للاستعمال المشترك؛ فيجوز للشريك ان يستأثر باستعمال المال الشائع بناء على اتفاق باقي الشركاء كما في قسمة المهاية اما ما عدا ذلك فليس للشريك ان يستقل باستعمال المال الشائع.

الفرع الثاني: حفظ المال الشائع.

من حق كل شريك في المال الشائع أن يستخدم الوسائل اللازمة لحفظ الشيء، سواء كانت هذه الوسائل مادية؛ كالترميم والصيانة وجني الثمار في موعدها، أو كانت إجراءات أو تصرفات قانونية؛ كتسجيل الملكية، كما قد تتمثل هذه الوسائل في الوفاء بدين الدائن المرتهن للعين تجنباً للتنفيذ عليها.

الفرع الثالث: إدارة المال الشائع.

يحق لكل شريك استعمال واستغلال المال الشائع بقدر حصته؛ لأن حقه وإن كان يرد على جميع المال إلا أنه يقتصر على نسبة معينة منه، والشريك يجب عليه أن يتقيد في ذلك بعدم الإضرار بحقوق الشركاء الآخرين، ويحق للآخرين الاعتراض ان تعارض استعماله او استغلاله مع حقوقهم.

والأصل أن تكون إدارة المال الشائع لمجموع الملاك فلا ينفرد به أحد منهم دون الآخرين، فإذا اتفق الشركاء بالإجماع على تعيين مدير من بينهم يتولى إدارة المال الشائع نيابة عنهم كانت أعماله ملزمة لهم جميعاً. ومن ثم إذا قام أحد الشركاء بوضع يده على كل المال الشائع اعتبر معتدياً على حقوقهم وكان لهم الحق في رفع دعوى الحيازة عليه لطرده استناداً إلى أن فعله يعتبر تعرضاً لهم في حيازتهم، أما إذا وضع الشريك اليد على جزء مفرز من المال مساو لحصته، فإنه لا يحق لباقي الشركاء الاعتراض في هذه الحالة.

وتنقسم ادارة المال الشائع الى نوعين:

النوع الأول: أعمال الإدارة المعتادة؛ وهي الأعمال والتصرفات اللازمة لاستغلال المال الشائع والحصول على ثماره دون أن يؤدي ذلك إلى إحداث أي تغييرات أساسية أو تعديلات في الغرض الذي أعد له المال الشائع مثل المحافظة على المال الشائع وصيانته ودفع ما من شأنه هلاكه أو نقص منفعته أو زوالها وتكون الإدارة لأغلبية الشركاء ويلتزم جميع الشركاء كل بقدر حصته بنفقات الحفظ والإدارة.

النوع الثاني: أعمال الإدارة غير المعتادة؛ وهي الأعمال التي يترتب عليها إحداث تغييرات جوهرية أو تعديلات في الغرض الذي أعد له المال الشائع بقصد تحسين الانتفاع به، كتحويل منزل إلى مقهى أو تحويل أرض زراعية إلى أرض بناء.

الفرع الرابع: التصرف في المال الشائع.

هو كل عمل يترتب عليه نقل الملكية أو ترتيب حق عيني أصلي أو تبعي عليه؛ كبيع المال أو رهنه، فإذا كان صادرا من الجميع فإنه تترتب آثاره من ناحية نقل الملكية في البيع وايضا لزوم الرهن. وإن كان صادرا من البعض فإن رضي الباقي واجازوا التصرف؛ نفذ التصرف، وإذا لم يرضوا نفذ تصرفهم في الجزء الخاص بهم وللبقية المطالبة بالشفعة كما سيأتي، وبالنسبة للرهن فالمنظم اجاز رهن الحصاة المشاعة حتى ولو لم يرض بقية الشركاء^(١)؛ لأنه هنا غير ناقل للملكية وبالتالي لو لم يسدد الراهن الدين الذي عليه فللمرتهن بيع نصيب الراهن المشاع.

المطلب الخامس: الملكية في الشقق والطبقات.

من الأمور التي انتشرت في هذا الزمان ملكية الشقق والطبقات والوحدات السكنية التي تكون داخل مجمع سكني، فهي تجمع بين الملك المفروز من ناحية أن لكل مالك ملكيته الخاصة به في شقته او دوره او وحدته، وبين الملك المشترك (الشيوع) المتمثل في المرافق التي تشترك في منافعها هذه الملكيات مثل المصاعد والحدائق والمواقف ونحوها^(٢)، ولهذا سيكون الكلام في هذا المطلب في الفروع الآتية:

الفرع الأول: المقصود بتمليك الشقق والطبقات.

أن يتعدد ملاك البناء الواحد فيكون لكل منهم طبقة أو شقة يملكها ملكية مفرزة، ويملكون جميعا على الشيوع بعض الأجزاء المشتركة في البناء، وملكيتهم في تلك الأجزاء تعد ملكية شائعة شيوعا إجباريا.

أهم أركان وملامح التعريف ما يلي:

١. تعدد الأجزاء في المبنى الواحد بحسب طبيعته المعمارية، يستوي في ذلك أن تكون هذه الأجزاء عبارة عن شقق أو طبقات، وعليه فلا يدخل تحت هذا المصطلح المبنى المكون من طبقة واحدة، أو شقة واحدة.
٢. تعدد ملاك الأجزاء في المبنى، فلا يدخل تحت مصطلح الشقق والطبقات ما إذا كان المبنى تحت ملكية واحدة، أو كان مكونا من أجزاء ما دام كائنا تحت ملكية واحدة.
٣. أن تكون أجزاء من المبنى مملوكة ملكية مفرزة، فعليه لا ينطبق المصطلح على ما إذا كان المبنى مملوكا لعدة أشخاص على سبيل الشيوع، وإن كان مكونا من أجزاء متعددة.
٤. وجود أجزاء مشتركة بين ملاك الأجزاء المفرزة مملوكة لهم على وجه الشيوع مما لا بد للمبنى منه بمقتضى الأسس المعمارية وما تقتضيه المصلحة من الخدمات المشتركة.

الفرع الثاني: أنواع الملكية في الشقق والطبقات والشقق.

في ملكية الطبقات والشقق يوجد نوعين من الملكية:

(١) انظر: المادة [٧] من نظام الرهن العقاري المسجل الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/٤٩) وتاريخ (١٣/٨/١٤٣٣هـ).

(٢) تم اخذ ما يتعلق بهذا المطلب من: العميرة، احمد بن عبد العزيز، نوازل العقار ١٦٣ وما بعدها.

الأول: ملكية مفرزة لأجزاء المبنى المكون من شقق وطبقات.

الثاني: ملكية شائعة على جهة الإيجار لبعض الأجزاء لمقتضى الواقع والمصلحة، وفي نظام ملكية الوحدات العقارية وفرزها المادة [٤/٤]: "يكون نصيب كل مالك في الأجزاء المشتركة فيما لا يقبل القسمة جزءاً مشاعاً في الأرض والبناء، ويلحق بالوحدة العقارية إلحاقاً تاماً في التصرفات جميعاً ما لم يتفق على خلاف ذلك".

ومما يشار إليه أنه لا يشترط لهذا المصطلح اجتماع حال الشقق وحال الطبقات، بل كل منهما منفصل فقد يحصل تعدد للشقق دون تعدد للطبقات، وقد يحصل تعدد للطبقات دون تعدد للشقق، وفي كل حال تثبت في ذلك الأنظمة المنظمة لهذه الحالة.

الفرع الثالث: العلاقة بين ملكية الشقق والطبقات والعلو والسفل.

يقصد بملكية السفل والعلو: الأبنية التي فوقانيها ملك لأحد وتحتانيها لآخر، وبالتالي فالفرق بين مصطلح الطبقات والشقق ومصطلح السفل والعلو في الأمور الآتية:

أولاً: من ناحية الملكية المفرزة؛ فبينما تقوم ملكية الشقق والطبقات على مبدأ الملك المفرز لكل جزء، إضافة إلى الملك المشاع الجبري للأجزاء الأخرى، فالسفل والعلو يغلب فيه جانب الملكيات المفرزة بعضها فوق بعض، بحيث يكون للمالك السفل الأرض التي شيد عليها البناء وجدران طبقته وسقفها، ويكون للمالك الطبقة التي تعلوه حق التعلي عليها ويستقل بملكية الطبقة التي يشيدها بجدرانها وسقفها، وهكذا مالك كل طبقة مهما تعدد طبقات البناء.

ثانياً: من ناحية المرافق المشتركة (الأجزاء المشتركة)؛ فبينما تكون المرافق المشتركة (الأجزاء المشتركة) في مصطلح الشقق والطبقات مملوكة ملكاً مشاعاً لأصحاب الأجزاء المفرزة، يثبت في مصطلح العلو والسفل حق الانتفاع دون التملك، وهذا لا يعني عدم وجود ملكية مشتركة بين صاحب السفل والعلو، لكنها على نطاق ضيق ليست أصلاً ولا مبدأً في هذا المصطلح مثل المدخل المشترك.

من خلال ما سبق بخصوص الشقق والطبقات يظهر جلياً أن عنصري المصطلح هما: الملكية المفرزة والملكية الشائعة الجبرية، إذ إن المبنى إما أن يكون مكوناً من شقق أو من طبقات أو منهما معاً، وفي كل الحالات يتضمن المبنى نوعين من أنواع الملكية الخاصة:

ملكية مفرزة؛ وهي الشقة أو الطبقة وما يتكونان منه من حواجز فاصلة بين الحجرات وأدوات صحية وأنايب المياه والكهرباء الداخلية وما يكسو الأرض والجدران والأسقف.

وملكية مشتركة (على شئيل الشيوخ) بين مالك الشقة أو الطبقة وبين غيره من ملاك باقي المبنى كالأعمدة والجدران الرئيسية والمداخل والسلالم وغيرها.

وعليه فإن نظام الشقق والطبقات هو عقد على تملك حقين: حق خاص مفرز، وحق مشترك مشاع، وهو بذلك يشابه إلى حد ما عقد السفل والعلو والذي يكون فيه الملك مفرزا بحيث يملك كل شخص الطبقة التي تخصه، فيملك صاحب السفل طبقة السفل وصاحب العلو طبقة العلو وهكذا.

الفرع الرابع: حصة مالك الطابق أو الشقة في الأرض والاجزاء المشتركة.

الأرض التي يقام عليها البناء سواء في نظام الشقق أو نظام الطبقات تكون مملوكة لملاك الشقق والطبقات ملكا مشاعا، بحيث يملك كل واحد منهم جزءا مشاعا من الأرض بقدر حصته المفرزة في البناء، فإذا كان البناء مكونا من أربع شقق متماثلة كل شقتين في دور فإن مالك كل شقة يملك جزءا مشاعا من الأرض يساوي الربع أي ٢٥%، وقد قرر نظام ملكية الوحدات العقارية وفرزها في المادة [٤] ذلك بقوله:

١. يكون مالكو الوحدات العقارية في بناء واحد، شركاء في الأجزاء المشتركة ما لم يتفق على خلاف ذلك.

٢. تكون الحواجز الجانبية والحيطان بين وحدتين متلاصقتين في بناء قائم مشتركة بين أصحابها ما لم يثبت خلاف ذلك، ولا يحق لأي منهما استعمال حصته فيما يلحق ضررا بالآخر.

٣. تكون الأجزاء المشتركة التي تقتصر منفعتها على بعض المالكين ملكا مشتركا بينهم ما لم يتفق على خلاف ذلك.

٤. يكون نصيب كل مالك في الأجزاء المشتركة فيما لا يقبل القسمة جزءا مشاعا في الأرض والبناء، ويلحق بالوحدة العقارية إلحاقا تاما في التصرفات جميعا ما لم يتفق على خلاف ذلك.

٥. تكون حصة كل مالك في الأجزاء المشتركة بنسبة قيمة الجزء الذي يملكه مفرزا.

فلو كان يملك مثلا شقة مساحتها مائتا متر مربع ومجموع مسطح كامل البناء ألفا متر مربع فتكون نسبة قيمة الجزء الذي يملكه هو ١٠% من مجموع البناء، وهي نسبة ما يملكه من الأرض مشاعا.

ومع ذلك لا بد من بيان أن تملك مالك الوحدة لحصة مشاعة في الأرض بقدر جزئه المفرز لا يمنع أن يخصص بعض قطع الأرض للاستعمال الاستثنائي أو الاختصاص لبعض الملاك كالحديقة أو موقف خاص لسيارته، وهذا لا ينقل هذه القطعة عن كونها مشتركة إلى الخصوصية، وإنما يحصل التخصيص في الاستغلال لا الملك.

ويكون المعتبر في مساحة كامل البناء هو وقت التملك، وهو المعمول به كتابات العدل إذ يتم عمل رفع مساحي للمبنى بعد اكتمال بنائه (عظما) وتقدر المساحة الإجمالية لكامل البناء، وتنسب مساحة الوحدة لكامل المساحة، ومن خلالها تظهر النسبة التي تخص الوحدة العقارية في الأرض مشاعة، ومن باب أولى إذا تم التملك بعد اكتمال البناء وانتهائه.

الفرع الخامس: الملك المفرز في الطبقات والشقق.

معنى الملك المفرز: أجزاء البناء المعدة للاستعمال الاستثنائي لذوي الشأن، فكل ما اعد لاستعمال المالك بمفرده دون غيره من الملاك فهو من الأجزاء المفرزة.

والمالك في الجزء المفرز له سلطة على جزئه المفرز بالتصرف والاستعمال والاستغلال ومن صور التصرف في الأجزاء المفرزة:

أولاً: نقل الملكية؛ إذا كان صاحب الأجزاء المفرزة يملكها ملكاً كاملاً فإنه يجوز له شرعاً ونظماً التصرف بها إما بالبيع أو الهبة أو المعاوضة أو غيرها من التصرفات، إما كلياً بنقل ملكية الوحدة العقارية كاملة، أو جزئياً عن طريق تقسيم هذه الوحدة إلى عدة وحدات أصغر منها والتصرف فيها.

ثانياً: الرهن؛ فيجوز لمالك الوحدة رهنها أو جزء منها على مبلغ معين؛ لأن المتقرر عند الفقهاء أن ما جاز بيعه جاز رهنه، وهذه الأجزاء المفرزة يجوز لمالكها التصرف بها بالبيع كما سبق فيجوز له رهنها.

ثالثاً: التصرف في البناء بالتعديل أو الهدم؛ الأصل في مالك الوحدة أن يتصرف في وحدته كيف شاء، فله أن يتصرف بتجهيزها من الداخل وفق رغبته، وله أيضاً إزالة بعض الفواصل وزيادتها، كما أن له تحسينها بالزخرفة وما يسمى (بالديكورات) وغيرها من الأمور، أما الهدم فليس لمالك الوحدة التصرف بالهدم مطلقاً؛ لأن في ذلك ضرراً بالآخرين من الملاك، غير أنه يجوز له أن يقوم بالهدم إذا كان الهدم جماعياً من جميع الملاك.

رابعاً: التأمين؛ يجوز نظاماً لصاحب الوحدة العقارية أن يؤمن على وحدته، ولو لم يؤمن بقية الملاك، لأن ملكه في هذه الأجزاء المفرزة ملك تام مستقل عن بقية الملاك.

الفرع السادس: القيود الواردة على تصرفات الملاك في الأجزاء المفرزة.

القيود هنا على نوعين:

النوع الأول: قيود عامة.

يقصد بها تلك القيود التي ترد على سلطة المالك في التصرف فتقيدها، وهذه القيود قيود عامة بمعنى أنه يستوي فيها مالك الوحدة العقارية من شقة أو طبقة مع غيره من ملاك العقار مما لا يدخل في مسمى الشقة والطبقة، (كالفلل) وغيرها، وسبب هذه القيود الأنظمة والتشريعات المعمول بها، ومنها على سبيل المثال:

١. منع التصرف بنقل الملكية إلى من لا يجوز تملكه لا شرعاً ولا نظاماً، بسبب وقوع الوحدة العقارية في منطقة ذات خصوصية، كما هو الحال في أراضي مكة والمدينة.

٢. منع المالك من التصرف بالتجزئة للوحدة العقارية إلا وفق مساحات وحدود تحددها متطلبات البلديات، بحسب ما يصدر بهذا الخصوص.

٣. منع المالك من التصرف بالبيع إلا بعد النظر في حق الشفعة.

٤. منع المالك من التصرف الذي يحصل به مضارة للجار.

والضرر هنا هو الضرر غير المألوف الخارج عن العادة ويرجع فيه عند النزاع للقضاء.

النوع الثاني: قيود خاصة.

يقصد بها تلك القيود التي يفرضها الوضع النظامي للوحدات العقارية المكونة من شقق وطبقات، إما بأصل النظام أو باشتراط البائع في أصل عقد البيع أو الملاك فيما بينهم، وهي بذلك على صنفين:

الصنف الأول: قيود خاصة مفروضة بأصل النظام.

وهي تلك القيود الواردة في نظام ملكية الوحدات العقارية وفرزها وفي لائحتها ومنها:

القيود الأول: لا يجوز التصرف بالأجزاء المفروزة دون الأجزاء المشتركة، إذ لا انفكاك بين الأجزاء المفروزة والأجزاء المشتركة، وقد نصت المادة [٣] من لائحة نظام ملكية الوحدات على ما يلي: "الأجزاء المشتركة في العقار التي لا تقبل القسمة على الملاك، لا يجوز للمالك أن يتصرف في حصة منها مستقلة عن الجزء الذي يملكه مفرزا، ويشمل التصرف في الجزء المفروز حصة المتصرف في الأجزاء المشتركة التي لا يمكن قسمتها".

القيود الثاني: ألا يتصرف مالك الوحدة بالأجزاء المفروزة تصرفا يهدد سلامة المبنى أو يغير شكله أو مظهره الخارجي، كهدم جدار داخلي يستند عليه البناء، أو تعديل النوافذ، وقد نصت المادة [٦] من لائحة نظام ملكية الوحدات على ذلك إذ جاء فيها: "لا يجوز لأي مالك أن يقوم بعمل من شأنه أن يهدد سلامة المبنى أو يغير في شكله أو مظهره الخارجي أو إساءة استخدامه".

القيود الثالث: إلزام صاحب الأجزاء المفروزة بصيانتها، والمحافظة عليها، بما يضمن متانة المبنى، ومن ذلك إصلاح التسربات والتشققات التي تحدث في وحدته، وقد نصت المادة [٣/٥] من نظام ملكية الوحدات على ما يلي: "على مالك الوحدة صيانة حصته المستقلة وترميمها، ولو لم يكن ينتفع بها لدفع الضرر عن الآخرين، أو عن الأجزاء المشتركة"، وأكدت على ذلك في الفقرة [٥] والتي جاء فيها: "على صاحب السفلى القيام بالأعمال والترميمات العادية لمنع ضرر العلو وسقوطه، وعلى صاحب العلو ألا يحدث في بنائه ما يضر بالسفل، وأن يقوم بالأعمال والترميمات اللازمة لمنع ضرر السفلى".

الصنف الثاني: قيود خاصة رضائية باتفاق ملاك المبنى.

هذه القيود لا يمكن حصرها، إذ تتعدد وتتنوع بحسب رغبات الملاك، ومنها:

القيود الأول: اشتراط البائع الأول أو الملاك على مالك الوحدة العقارية عدم بيع الوحدة إلى مشتر ينتمي إلى فئة أو جنسية معينة، هادفين في ذلك إلى الحصول على درجة معينة من الراحة والرفاهية في السكن، وهذا القيد هو من باب ما يسميه الفقهاء الشروط في العقد، لأن مالك الوحدة قد دخل في عقد تملك الوحدة واشترط البائع الأول عليه ذلك، كما أن ما يقع من الملاك من شروط له حكم شرط البائع الأول بموجب النظام.

وقد اتفق الفقهاء على بطلان الشرط فيما لو قال البائع للمشتري: أبيعك هذه الدار على ألا تباعها لفلان، وهو قول عامة أهل العلم وحصل الخلاف في صحة العقد، والصحيح صحة العقد وبطلان الشرط، وعلى هذا فإنه إذا اشترط هذا الشرط بين الملاك، فإنه لا يلزم المالك الوفاء به، ولهم رفع الضرر عنهم بالشفعة.

القيود الثاني: وجوب التزام المالك بما يقرره اتحاد الملاك، ففي نظام ملكية الوحدات العقارية وفرزها المادة [١/٩]: "إذا وجدت ملكية مشتركة لعقار مقسم إلى وحدات عقارية يزيد عددها على عشر وجاوز عدد ملاكها خمسة، فعلى الملاك أن يكونوا جمعية فيما بينهم لمصلحة العقار، ويجوز تكوين جمعية فيما بينهم إذا كان عدد هذه الوحدات عشرا فأقل أو كان الملاك خمسة فأقل"، وفي المادة [١١]: "لجمعية الملاك أن تضع بموافقة ثلاثة أرباع الملاك لائحة لضمان حسن الانتفاع بالعقار المشترك وحسن إدارته".

الفرع السابع: حق الاستعمال للأجزاء المفترزة وحكمه الشرعي وإجراؤه النظامي.

يقصد بحق الاستعمال: حق مالك الوحدة في استخدامها والاستفادة منها، فله أن يسكنها، وأن يستقبل فيها زواره، وله كذلك تجزئة الوحدة إلى أكثر من قسم ليتنوع الاستفادة منها، وله أن يزاول فيها ما يريد، وكل هذه الأمور التي هي حق لمالك الوحدة مقيدة بقيود كالقيود السابقة على حق التصرف بنوعيتها:

النوع الأول: قيود عامة؛ وهي على النحو الآتي:

القيود الأول: ألا يستعمل الشقة في نشاط أو عمل محرم كفتح دار للدعارة، أو للعب القمار.

القيود الثاني: الالتزام بالقيود النظامية المقررة من قبل البلديات في حق الاستعمال فلا يحول استعمال وحدة سكنية إلى استعمال تجاري في مكان تمنع البلدية منه.

القيود الثالث: منع المالك من استعمال المبنى استعمالا يضر ببقية الملاك.

النوع الثاني: قيود خاصة؛ وهي على صنفين:

الصنف الأول: ما يفرضه نظام الوحدات العقارية من قيود، ومنها:

القيود الأول: ألا يتعسف مالك الوحدة في استعمال حقه على وجه يضر بالمبنى أو الملاك الآخرين.

القيود الثاني: ألا يغير المالك شكل استخدام وحدته إلا بعد أخذ الموافقة الخطية من جمعية الملاك.

الصنف الثاني: قيود يتم الاتفاق عليها بين ملاك المبنى؛ ومنها:

القيود الأول: تقييد المالك باستخدام الوحدة بنفسه دون تأجيرها للغير، وهذه يرد عليها ما سبق ان قيل

في عدم بيعها لطرف آخر.

القيود الثاني: اشتراط بعض الملاك على بعضهم البعض منع ما يتحقق بمنعه المصلحة للجميع مثل: عدم

تربية الطيور في الشرفات، وإغلاق الباب الموحد في ساعة معينة، إلى غيرها من الشروط المباحة والتي فيها تقييد للمالك لما فيه مصلحة الجميع.

الفرع الثامن: الاجزاء المشتركة في الطبقات والشقق.

معنى الأجزاء المشتركة: الأجزاء المشتركة خلاف الأجزاء المفززة، ومع ذلك فقد عرف النظام الأجزاء المشتركة بتعريف بالمثال في المادة [٥/١] "هي الأرض المشيد عليها البناء والحدائق والارتدادات وهيكل البناء والسطح والمداخل والسلم، وجميع أجزاء البناء الأخرى المعدة للاستعمال المشترك، ملتصقة أو منفصلة كالمواقف والممرات والنوافير والمصاعد ما لم يتفق على خلاف ذلك"، وعليه بينت المادة أمثلة للأجزاء المشتركة، وذكرت القاعدة العامة لتحديدها وهي مبنية على أمرين:

الأمر الأول: ما أعد من البناء للاستعمال المشترك، فيكون ذلك شاملا لكل ما تنطبق عليه هذه القاعدة، ومن أمثلة ما ذكر في هذه المادة الخزانات المشتركة، وأماكن الخدمات العامة، والصالات المشتركة، المصاعد الكهربائية المشتركة وغيرها.

الأمر الثاني: أن تحديد الأجزاء المشتركة وفق هذه القاعدة ليس من النظام العام الذي لا يجوز مخالفته، بل يجوز أن يتم الاتفاق على كون شيء مما يستعمل مشتركا يتفق على اختصاص أحد ملاك الأجزاء المفززة به، وعلى هذا جاء النص في آخر المادة بعبارة "ما لم يتفق على خلاف ذلك".

وفي المادة [٤] من نفس النظام بينت بعض أمثلة الاشتراك:

"١- يكون مالكو الوحدات العقارية في بناء واحد، شركاء في الأجزاء المشتركة ما لم يتفق على خلاف ذلك.

٢- تكون الحواجز الجانبية والحيطان بين وحدتين متلاصقتين في بناء قائم مشتركة بين أصحابها ما لم يثبت خلاف ذلك، ولا يحق لأي منهما استعمال حصته فيما يلحق ضررا بالآخر.

٣- تكون الأجزاء المشتركة التي تقتصر منفعتها على بعض المالكين ملكا مشتركا بينهم ما لم يتفق على خلاف ذلك.

٤- يكون نصيب كل مالك في الأجزاء المشتركة فيما لا يقبل القسمة جزءا مشاعا في الأرض والبناء، ويلحق بالوحدة العقارية إلحاقا تاما في التصرفات جميعا ما لم يتفق على خلاف ذلك.

٥- تكون حصة كل مالك في الأجزاء المشتركة بنسبة قيمة الجزء الذي يملكه مفرزا".

الفرع التاسع: حق التصرف في الأجزاء المشتركة وحكمه الشرعي وإجراؤه النظامي.

لا يحق لمالك الوحدة أن يتصرف في الأجزاء المشتركة بأي نوع من التصرف استقلالا عن تصرفه في الأجزاء المفززة، وعليه يعتبر أي تصرف في جزء مشترك باطلا إذا انفصل عن الأجزاء المفززة، وعلى هذا نصت المادة [٣] من لائحة النظام والتي نصها: "الأجزاء المشتركة في العقار التي لا تقبل القسمة على الملاك لا يجوز للمالك أن يتصرف في حصته مستقلة عن الجزء الذي يملكه مفرزا؛ لأن تلك الحصة تابعة للملكية المفززة وقد أعدت لخدمة ذلك الجزء".

ويختلف الحكم هنا عن حكم تصرف الشريك في حصته المشاعة، لأن الصورة هناك لا ارتباط فيها بين الحصة المشتركة وبين الحصة المفزة، بل إنما حصل الاشتراك بسبب حصول تملك الجزء المفرز، أما في الصورة الثانية فإن الحصة المشاعة حصل فيها الملك باستقلال ولا علاقة لها بالجزء المفرز، والشيوخ في الأجزاء المشتركة هو من قبيل ما يسمى بالشيوخ الجبري، وهذا مقرر عند الفقهاء في حديثهم عن الجدار المشترك الذي لا يمكن قسمته فلا يجوز التصرف به بالبيع ونقل الملكية والرهن وغيرها من التصرفات، وإنما تجوز بعض التصرفات كضرب الوتد وفتح الطاقة ووضع الحشب إذا لم يترتب على ذلك ضرر على هذا الجزء أو على الجار مباشرة. وكذلك الحال هنا فلا يجوز من التصرفات ما ينتج عنه نقل الملك؛ كالبيع والقسمة والرهن وغيرها، وأما حق التعديل فكما هو مقرر عند الفقهاء أنه لا يجوز إحداث هذا التصرف إلا بإذن الشريك عند الجمهور. وعلى هذا جاء النظام كما في المادة [٢/٥]: "لأي مالك بعد موافقة جمعية الملاك أن يحسن على نفقته الانتفاع بالأجزاء المشتركة أو أي جزء منها دون أن يغير من تخصيصها أو ما يلحق الضرر بالآخرين".

فتكون الشروط اللازمة توافرها نظاما لجواز إجراء التعديل ما يلي:

١. أن يكون التعديل بعد موافقة جمعية الملاك.
٢. أن يكون التعديل على نفقة المعدل.
٣. ألا يغير من تخصيص هذه الأجزاء.
٤. ألا يلحق ضررا بالآخرين.
٥. أن يكون في هذا التعديل تحسين انتفاع بالمعدل.

الفرع العاشر: حق الاستعمال للأجزاء المشتركة وحكمه الشرعي وإجراؤه النظامي.

يحق لصاحب الوحدة العقارية استعمال الأجزاء المشتركة وفق قيود معينة تذكر في الفرع التالي، وهذا الحق محفوظ لصاحب الوحدة شرعا ونظاما؛ إذ إن مالك الوحدة مالك لهذه الأجزاء على وجه الشيوخ والمالك له استعمال ما يملكه.

وأما النظام فقد نصت المادة [٥] من اللائحة على: "أن لكل مالك أن يستعمل الأجزاء المشتركة".

الفرع الحادي عشر: القيود الواردة على حق الاستعمال للأجزاء المشتركة.

القيود على نوعين:

النوع الأول: الواجب بأصل الاشتراك؛ ويقصد به ما يلزم الشريك من قيود لدى استعمال الجزء المشترك،

وسبب هذا القيد هو حصول الاشتراك فيها، وأهم هذه القيود ما يلي:

القيد الأول: أن يكون استعمال الجزء المشترك مما يقتضيه الانتفاع بالأجزاء المفزة، بمعنى أن يكون الانتفاع

بالمشترك لصالح المفرز فلا يصح أن يستخدم السطح لخدمة عقار آخر أو الحديقة ممرا لعقار آخر.

القيد الثاني: ألا يتعارض الاستعمال مع الغرض الذي خصصت له الأجزاء المشتركة، فلا يجوز أن يستعمل الجزء المشترك المخصص لغرض معين إلا فيما خصص له، فمثلا لا يجوز استخدام البهو أو مواقف السيارات كمستودع، أو استخدام غرفة الحارس مكانا للعب الأطفال، وعلى هذا نصت المادة [٥] من اللائحة والتي جاء فيها: " لكل مالك أن يستعمل الأجزاء المشتركة فيما خصصت له للانتفاع بما يخصه منها".

القيد الثالث: ألا يحصل في الاستعمال ضرر لبقية الشركاء؛ كما هي المادة [٦] من النظام: "على كل مالك وفقا لهذا النظام ألا يغلو في استخدام حقه إلى الحد الذي يضر بجارته"، والحق هنا عام يشمل الحق في استعمال الأجزاء المفردة وكذا المشتركة، وقد اتفق أهل العلم على أن أي استعمال للمشارك يضر بأحد الشركاء أنه محرم، فلا يحق لأحد الشركاء أن يضر باستعماله أحد الشركاء أو بالمبنى أو بأي جزء من أجزائه.

القيد الرابع: ألا يحصل باستعمال الجزء المشترك إعاقة باقى الشركاء عن استعمال أحد الشركاء للجزء المشترك، فإذا أدى استعمال أحد الشركاء للجزء المشترك إلى منع بقية الشركاء من حق الاستعمال منع هذا الاستعمال، كأن يحتفظ أحد الملاك بمفاتيح السطح أو المصعد مما يمنع بقية الشركاء الاستفادة منه؛ لأن ذلك يلغي حق الشيوع في هذه الأجزاء المشتركة، وذلك بمنع الآخرين من استخدامه.

النوع الثاني: واجب بسبب الاشتراط، وأهم هذه القيود ما يحصل من اشتراط بعض الشركاء استقلال أحدهم باستعمال جزء مشترك كما هو مقرر في المادة [٤] من النظام ونصها: "يكون مالكو الوحدات العقارية في بناء واحد شركاء في الأجزاء المشتركة، ما لم يتفق على خلاف ذلك"، فإذا حصل اتفاق من جميع الشركاء على حصر استعمال جزء مشترك على أحد الشركاء وجب المصير إليه.

الفرع الثاني عشر: حق صيانة الأجزاء المشتركة وحكمه الشرعي وإجراؤه النظامي.

معنى الصيانة: عرفت المادة [٤/١] من نظام ملكية الوحدات العقارية الصيانة والترميم بأنها: الأعمال اللازمة لحفظ العين أو حفظ المنفعة سواء كانت لوحدة مستقلة أو لما تشمله الملكية المشتركة كالمصعد والسلم والحديقة.

المسؤول عن الصيانة: إذا كانت الأجزاء مشتركة بين الملاك يحصل الانتفاع بها من الجميع، فهل رعايتها والقيام عليها بالصيانة، وعمل ما يسهم في بقائها ليحصل الانتفاع بها مقرر فقها ونظاما على الجميع؟. يمكن أن تقاس هذه المسألة على مسألة: هل يجبر الشركاء على إصلاح المجرى المشترك؟ والتي وقع فيها خلاف بين أهل العلم على قولين:

القول الأول: أن الشركاء يجبرون على الإصلاح، وبه قال الجمهور من الحنفية، ومذهب المالكية، وقول عند الشافعية، وهو المذهب عند الحنابلة، واستدلوا بما يلي:

١. أن في ترك الإيجار سببا لحصول الفتنة بين الشركاء.

٢. أن في ترك الإجبار إضراراً عاماً ببقية الشركاء، والشرع جاء بدفع الضرر، خاصة أنه لا يمكن المقاسمة هنا.

القول الثاني: لا يجبر الشريك على الإصلاح وهو قول للمالكية، وهو المذهب عند الشافعية، ورواية عند الحنابلة، ودليلهم:

أن الممتنع يتضرر بالإجبار، وقد قضى رسول الله صلى الله عليه وسلم أن لا ضررَ ولا ضرارَ^(١). ويناقش: أن الضرر على الممتنع بسيط في مقابل الضرر الذي يحصل على الجميع، والقاعدة أنه يرتكب الضرر الخاص لدفع الضرر العام.

أما النظام فقد قرر ذلك وفقاً لما ورد في المادة [١/٥]: "يشترك كل مالك وحدة عقارية أو أكثر في تكاليف صيانة الأجزاء المشتركة وإدارتها وترميمها".

نفقة الصيانة: تجتمع عبارة الفقهاء على أن النفقة في الصيانة تكون على المالكين حسب ملكهم في الجزء المشترك.

وأما النظام فقد قرر أن النفقة تكون على الشركاء بقدر ملكهم في البناء، فإذا كان نصيب صاحب الوحدة من العقار كاملاً ١٠% فإنه بذلك يتحمل ١٠% من مقدار النفقات الواجبة لصيانة المبنى.

أما الأجزاء المشتركة والتي يختص بالانتفاع بها ملاك دون آخرين أو حتى مالك واحد فإن نفقة صيانتها تكون على المنتفع بها فقط كما جاء في المادة [٨] من اللائحة ونصها: "أما الأجزاء المشتركة التي تخص بعض الملاك فتوزع النفقات على المنتفعين منهم بحسب نسبة انتفاعهم أو حسب نسبة المساحات المملوكة لهم وفقاً لما تقرره جمعية الملاك"، وهذا ظاهر في أن الإنسان لا يلزم بصيانة شيء لا ينتفع به، وتكون الصيانة في الأجزاء بحسب انتفاع كل شخص منها فمثلاً السلم الذي ينتفع به صاحب الدور الثاني، هل يجبر بدفع تكاليف صيانتها إلى أعلى البناء ولو استمر للدور العاشر أو زاد عن ذلك؟.

هذه المسألة تكلم فيها الفقهاء رحمهم الله عند حديثهم في الساقية أو القناة إذا احتاجت إلى إصلاح، فإذا تم الإصلاح وجاوز الأرض الأولى إلى الأرض الثانية وهكذا، فهل يلزم صاحب الأرض الأولى ومن بعده بنفقة الإصلاح لما بعد أرضه؟، وقع الخلاف في هذه المسألة على قولين:

القول الأول: لا يلزم صاحب الأرض الأولى نفقة الصيانة لما بعد أرضه وهكذا، وهذا مذهب الحنفية، والمالكية، ووجه عند الشافعية، ومذهب الحنابلة، ودليلهم: أن مؤنة الإصلاح على المنتفع، وإذا جاوز النهر أرض الأول انقطعت منفعتة بالنهر فلا يجبر على إصلاحه.

(١) رواه ابن ماجه [٢٣٤٠]..

القول الثاني: أن النفقة على الجميع لا فرق بين أحد منهم كل حسب ملكه وهو مذهب الصاحبين من الحنفية ووجه عند الشافعية، ودليلهم: أن لصاحب العلو حقا في السفلى لاحتياجه الى تسييل الفائض من الماء فيه فكانت الصيانة عليهم جميعا.

ونوقش: لا يسلم بانتفاع الأعلى، إذ يستطيع أن يدفع الضرر عنه بسد فوهة النهر من أعلاه فلا يحتاج إلى إصلاح الأسفل.

الترجيح: الراجح-والله أعلم-القول الأول، القائل بعدم الوجوب؛ لظهور دليبه، ولما نقشة دليل القول الثاني، ولأنه مقتضى العدل وللقاعدة الشرعية (الغنم بالغرم).

أما النظام السعودي فقد قرر ذلك كما جاء في المادة [٨] من اللائحة ونصها: "أما الأجزاء المشتركة التي تخص بعض الملاك فتوزع النفقات على المنتفعين منهم بحسب نسبة انتفاعهم أو حسب نسبة المساحات المملوكة لهم وفقا لما تقرره جمعية الملاك".

فعليه يحسب مقدار النفقة في الأجزاء المشتركة التي يتفاوت الانتفاع بها بقدر انتفاع صاحب كل وحدة، فكما سبق شرعا ونظاما فإن صيانة الأجزاء المشتركة تعود على المنتفعين بها، فإذا كان الانتفاع عاما كانت نفقة الصيانة عامة على الجميع، وإذا اختص البعض بالانتفاع انحصرت النفقة فيهم.

يبقى أن يشار إلى أن هناك أجزاء تكون المنفعة منحصرة في بعض الملاك ومع ذلك يلزم جميع الملاك نفقة صيانتها، وذلك إذا كانت الصيانة منصبة على أصل وأساس المبنى، مثل صيانة السطح الذي يختص به أصحاب الشقق العليا، تكون صيانة البلاط على المنتفعين أما صيانة السطح من حيث العزل والهيكلة الخرسانية فتكون على الجميع.

الفرع الثالث عشرة: الفرق بين الأجزاء المفترزة والمشاركة.

الفرق الأول: أن الأجزاء المفترزة هي الأصل، وأن الأجزاء المشاركة تابعة لها، فثبوت الملك في الأجزاء المشاركة معتمد على ثبوته في الأجزاء المفترزة، ولا يمكن أن يتصرف المالك بالأجزاء المشاركة دون الأجزاء المفترزة، بل التصرف ينصب أولا على الأجزاء المفترزة ويتبع ذلك تلقائيا الأجزاء المشاركة.

الفرق الثاني: أن صيانة الأجزاء المفترزة تكون على مالك الوحدة دون بقية الملاك؛ لأنه هو المستفيد منها وهو المستغل والمستعمل لها، بعكس الأجزاء المشاركة فإن صيانتها والمحافظة عليها تكون على جميع الملاك كل بحسب ملكه أو بحسب الانتفاع منها كما مر سابقا، وسبب شمول النفقة لجميع الملاك أن المنفعة من الأجزاء المشتركة للجميع.

الفرق الثالث: يحق لصاحب الأجزاء المفترزة أن يعدل في أجزائه دون الرجوع إلى بقية الملاك إذا كان هذا التعديل لا يؤثر على المبنى أو هيئته، بينما لا يجوز التعديل في الأجزاء المشتركة إلا بإذن جمعية الملاك.

الفرق الرابع: أن الأجزاء المفززة يملكها المالك ملكا تاما على وجه الانفراد والأجزاء المشتركة مملوكة لصاحب الوحدة مع غيره من الملاك على وجه الشيوخ.

الفرق الخامس: يجوز لمالك الأجزاء المفززة منح حق استعمالها لغيره، فيجوز أن يؤجرها، أو يسمح لأحد بالسكن فيها ولو بدون عوض، أما الأجزاء المشتركة فلا يستفيد منها ولا يستعملها إلا مالك الوحدة أو من استعملها بإذنه، بمعنى أن صاحب الوحدة ومالكها لا يحق له استعمال الأجزاء المشتركة إلا إذا كان هو المستعمل للأجزاء المفززة.

الفرع الرابع عشرة: انتهاء الشيوخ وقسمة المال الشائع.

تعريف القسمة:

لغة: من قسمت الشيء إذا جعلته أقساما والقسم: النصيب.

اصطلاحا: تمييز بعض انصباء الشركاء عن بعض (١).

أنواع القسمة:

النوع الأول: الحصص التي لا تقبل القسمة؛ وتسمى عند الفقهاء بقسمة التراض وهي: القسمة الحاصلة بين الشركاء مع ضرر أحدهم أو رد عوض من بعضهم لبعض التعديل؛ أي لا تتعدل بأجزاء ولا قيمة، ومثالها: الدور الصغار والشجر المفرد والمخلات الصغيرة، وسميت بقسمة التراض لأن الاجبار بالقسمة فيها غير متصور ولا واقع، فالحل الصغير إذا قسم كأنه اتلف؛ لأن الأجزاء بعد قسمتها لا يمكن الانتفاع بها وبالتالي لا يتصور فيها الاجبار، ولا تكون القسمة إلا عن طريق تنازل البعض أو البيع.

وحكم القسمة فيها أنه لا يجبر من امتنع من الشركاء من قسمتها؛ لأنها معاوضة ولما فيها من الضرر، وإذا اراد أحد الشركاء ان يتصرف فيها تصرفا قانونيا ناقلا للملكية كالبيع اجبر الشريك الآخر، وقسم الثمن بينهما على قدر حصصهما.

النوع الثاني: الحصص التي تقبل القسمة؛ فهنا نص نظام ملكية الوحدات العقارية وفرزها المادة [٣]:

"للشركاء أن يتفاسموا حصصهم الشائعة في البناء المشترك، ويختص كل منهم بوحدة عقارية أو أكثر، فإن لم يتفقوا على القسمة فلطالبها اللجوء إلى القضاء".

وهذه تسمى عند الفقهاء بقسمة الاجبار وهي: القسمة التي لا ضرر فيها على أحد من الشركاء ولا رد

عوض، والقسمة فيها على صورتين:

الصورة الأولى: القسمة الرضائية: وهي التي تتم باتفاق جميع الشركاء وخاصة إذا كان المال الشائع قابلاً

للقسمة فوراً، فيأخذ كل شريك حصته مفززة.

الصورة الثانية: القسمة القضائية؛ وهي التي تتم في المحكمة، وشروط صحتها:

(١) مجلة الاحكام الشرعية المادة [١٧٧٩]، وينظر: الشرح الكبير ٤٥/٢٩، والروض المربع ٥٤٥.

الشرط الأول: أن لا يكون فيها ضرر، فإن كان فيها ضرر لم يجبر الممتنع منها، فعَنْ عُبَادَةَ بْنِ الصَّامِتِ رضي الله عنه أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قَضَى أَنَّ لَا ضَرَرَ وَلَا ضِرَارَ (١).

الشرط الثاني: أن يمكن تعديل السهام من غير شيء يجعل معها، فإن لم يكن ذلك لم يجبر الممتنع على القسمة؛ لأنها تصير بيعا والبيع لا يجبر عليه أحد المتبايعين لقوله سبحانه: {إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً حَاضِرَةً تُدِيرُونَهَا بَيْنَكُمْ} [البقرة ٢٨٢].

الشرط الثالث: أن يثبت عند الحاكم ملكهما بيينة، لأن في الإيجابار على القسمة حكماً على الممتنع منهما، فلا يثبت إلا بما يثبت به الملك لخصمه، بخلاف حالة الرضا فإنه لا يحكم على أحدهما وإنما يقسم بقولهما ورضاهما.

وحكم القسمة في الصورة الثانية: القسمة القضائية؛ وذلك من ناحية هل تعتبر بيعاً أم لا؟ الفقهاء هنا اختلفوا على قولين:

القول الأول: القسمة هنا إفراز حق لا يستحق بها أطراف القسمة شفعة ولا يثبت فيها خيار؛ لأنها ليست بيعاً، ويدخلها الإيجابار، وتنفرد عن البيع باسمها وأحكامها.

القول الثاني: أنها بيع، وتعليقهم بأن الشريك يعدل نصيبه من أحد السهمين بنصيب صاحبه من السهم الآخر، وهذا حقيقة البيع.

النوع الثالث: قسمة المهايأة؛ هي قسمة المنافع بالزمان بأن ينتفع أحدهما مدة والآخر مدة، أو بالمكان بأن ينتفع أحدهما بمكان والآخر بمكان، فهي على نوعين:

قسمة المهايأة المكانية: وهي التي يتناوب الشركاء الانتفاع بجزء من العين المشتركة يعادل حصته فيه وهي تتم اما بالتراضي او بالتقاضي.

قسمة المهايأة الزمانية: وهي التي يتناوب الشركاء الانتفاع بجميع المال المشترك مدة تتناسب مع حصة كل منهم، مثل ان يتهایأ اثنان يملكان منزلا ملكية مشاعة بالمناصفة على ان يسكنها بالمنابوة أحدهما سنة والآخر سنة.

والمختص بالقسمة قضائيا المحاكم الشرعية طبقا للمادة [٢/٢٤] من لائحة المرافعات، وتختص نوعا به المحاكم العامة كما في المادة [٣١/أ] من لائحة المرافعات، أما إذا كان في قسمة تركة فتختص به محاكم الاحوال الشخصية؛ كما في المادة [٣/٣٣] من لائحة المرافعات.

(١) رواه ابن ماجه [٢٣٤٠]..

الفصل الرابع: مصادر الملكية.

- لائحة التسجيل العيني العقاري نصت على اسباب اكتساب الحقوق العينية سواء كانت أصلية او تبعية كما في المادة [١/٨]: "أسباب اكتساب الحقوق العينية ما يلي:
- أ. عقود المعاوضات كالبيع ونزع الملكية.
 - ب. عقود التبرعات كالهبة والوقف والوصية.
 - ج. عقود التوثيق كالرهن.
 - د. الإرث.
 - هـ. الارتفاق.
 - و. الإحياء وفقا للأنظمة والتعليمات المنظمة لذلك.
 - ز. الإقطاع.
 - ح. الشفعة".

ويلاحظ هنا ذكر الرهن وهو من الحقوق العينية التبعية، والذي يرتبط بالمقرر هنا هو بقية الاسباب، وقد سبق ذكر الارتفاق ولهذا سيكون الكلام في هذا الفصل في بقية الاسباب المنصوص عليه على سبيل الاجمال؛ وذلك في المباحث الآتية:

المبحث الأول: البيع.

البيع يعتبر أكثر مصادر الملكية شيوعا واستعمالا فنحن نتعامل في البيع عدة مرات في اليوم ولهذا سيكون الكلام هنا على اهم ما يتعلق بتوضيحه من ناحية تعريفه وحكم عقده وشروطه وذلك في المطالب الآتية:

المطلب الأول: تعريف البيع.

لغة: أخذ شيء وإعطاء شيء؛ قاله ابن هبيرة، مأخوذ من الباع؛ لأن كل واحد من المتبايعين يمد باعه للأخذ والإعطاء.

شرعاً: مبادلة مال ولو في الذمة بقول أو معاطاة بمثل أحدهما على التأيد.

المطلب الثاني: انعقاد البيع.

ينعقد البيع بإيجاب وقبول بأي لفظ دل عليهما، وهذه الصيغة القولية للبيع، وينعقد أيضاً بمعاطاة وهي الصيغة الفعلية مثل أن يقول: أعطني بهذا خبزاً، فيعطيه ما يرضيه، أو يقول البائع: خذ هذا بدرهم فيأخذه المشتري، أو وضع ثمنه عادة وأخذه عقبه، وهذا الذي يجري غالباً في الاسواق التي تكون الاسعار فيها محددة وموضحة عليها فالبايع يخرج نقوده والمشتري يتسلمها بدون ان يتكلم أي منهما.

المطلب الثالث: حكم عقد البيع.

عقد البيع من العقود اللازمة ويقتضي هذا انه لا يحق لأي أحد من المتعاقدين ابطال او فسخ البيع الا برضا الطرف الآخر، او بوجود سبب شرعي يقتضي الفسخ، ومع هذا فإن عقد البيع له مرحلتان: الأولى: مرحلة الجواز؛ فيحق لكل واحد من المتعاقدين امضاء البيع او فسخه وهو إذا كان قبل التفرق، والضابط في التفرق هو العرف بحيث ما عده العرف تفرقا انيط الحكم به وإلا فلا.

الثانية: مرحلة اللزوم؛ وذلك اذا تم التفرق بين المتعاقدين فإن عقد البيع يكون لازماً، وفي هذا يقول النبي صلى الله عليه وسلم: «إِذَا تَبَايَعَ الرَّجُلَانِ فَكُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا بِالْخِيَارِ مَا لَمْ يَتَفَرَّقَا وَكَانَا جَمِيعًا أَوْ يُخَيَّرُ أَحَدُهُمَا الْآخَرَ فَإِنْ خَيَّرَ أَحَدُهُمَا الْآخَرَ فَتَبَايَعَا عَلَى ذَلِكَ فَقَدْ وَجِبَ الْبَيْعُ»^(١).

المطلب الرابع: شروط البيع.

يشترط للبيع سبعة شروط:

الشرط الأول: التراضي من المتعاقدين، فلا يصح البيع من مكره بلا حق لقوله صلى الله عليه وسلم: «إِنَّمَا الْبَيْعُ عَنْ تَرَاضٍ»^(٢).

الشرط الثاني: أن يكون العاقد وهو البائع والمشتري جائر التصرف أي حراً مكلفاً رشيداً.

الشرط الثالث: أن تكون العين المعقود عليها أو على منفعتها مباحة النفع من غير حاجة بخلاف الكلب؛ لأنه إنما يقتنى لصيد أو حرث أو ماشية فمنفعته مباحة للحاجة، وبخلاف الخمر وغيرها من المحرمات فلا يجوز بيعها؛ لأن منفعتها محرمة.

الشرط الرابع: أن يكون العقد من مالك للمعقود عليه أو من يقوم مقامه؛ كالوكيل والولي لقوله صلى الله عليه وسلم لحكيم بن حزام رضي الله عنه: «لَا تَبِعْ مَا لَيْسَ عِنْدَكَ»^(٣).

الشرط الخامس: أن يكون المعقود عليه مقدوراً على تسليمه؛ لأن ما لا يقدر على تسليمه شبيه بالمعدوم فلم يصح بيعه.

الشرط السادس: أن يكون المبيع معلوماً عند المتعاقدين؛ لأن جهالة المبيع غرر، ومعرفة المبيع إما برؤية له، أو لبعضه الدال عليه مقارنة أو متقدمة بزمن لا يتغير فيه المبيع ظاهراً، ويلحق بذلك ما عرف بلمسه، أو شمه، أو ذوقه، أو صفة تكفي في السلم.

الشرط السابع: أن يكون الثمن معلوماً للمتعاقدين؛ لأنه أحد العوضين فاشتراط العلم به كالمبيع.

المبحث الثاني: نزع الملكية.

(١) متفق عليه، البخاري [٢١١٢] ومسلم [١٥٣١].

(٢) رواه ابن ماجه [٢١٨٥].

(٣) رواه الترمذي [١٢٣٢].

تعتبر من اسباب الملكية لكون من نزعت الملكية قد اعطي مقابل ذلك، لكن هذا النزاع يختلف عن البيع من ناحية عدم وجود شرط الرضا هنا؛ وذلك ان المصلحة العامة تقتضي ذلك، وسيكون الكلام هنا في المطالب الآتية:

المطلب الأول: المقصود بنزع الملكية.

في المادة [١] من اللائحة التنفيذية لنظام نزع ملكية العقارات للمنفعة العامة ووضع اليد المؤقت على العقار بينت معنى نزع الملكية حيث نصت على الآتي: "استملاك العقارات -سواء أكانت مملوكة لفرد أو منشأة خاصة أو مصلحة حكومية - من أجل إنشاء أو توسيع المرافق والخدمات العامة، لتحقيق منفعة عامة". فيلاحظ هنا ان الاستملاك هنا حصل لأجل تحقيق المنفعة العامة، وهذا الاستملاك من قبل الدولة يرد على الاملاك الخاصة والعامة، والتعبير بالاستملاك هنا واضح انه نزع للملكية بدون رضا، ومع هذا فهو جائز وبيان مستند جوازه في المطلب الآتي:

المطلب الثاني: المستند في جواز نزع الملكية.

اذا كان نزع الملكية لتحقيق منفعة عامة وبشرط ان يكون التعويض عادلا فهو جائز ومستند ذلك هو القاعدة الشرعية: "تقدم المصلحة العامة على المصلحة الخاصة"، ويدل على هذا ما جاء في ذكر بناء مسجد النبي صلى الله عليه وسلم أنه كَانَ فِيهِ نَخْلٌ وَقُبُورُ الْمُشْرِكِينَ وَحِرْبٌ، فَأَمَرَ رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ بِالنَّخْلِ فُقِطِعَ وَبِقُبُورِ الْمُشْرِكِينَ فَنُبِشَتْ وَبِالْحِرْبِ فُسُوِّتْ^(١)، فبقاء النخل هنا مصلحة لكنه مصلحة خاصة وبناء المسجد فيه مصلحة عامة فقدمت مصلحة المسجد العامة على مصلحة بقاء النخل الخاصة.

المطلب الثالث: شروط صحة نزع الملكية.

- لا بد من مراعاة أمور لا بد من توفرها حتى تكون المعاملة سائغة شرعاً^(٢)، من ذلك:
١. أن يكون في نزع الملكية مصلحة عامة للناس، وليست مصلحة خاصة لأفراد منهم.
 ٢. أن يكون تقدير المصلحة تلك إلى محكمة شرعية، وليست الجهة الحكومية المطالبة بنزع الملكية، فإذا قدرت المحكمة الشرعية بأن هناك حاجة عامة إلى هذه الأرض وقفت بذلك كانت الجهة الحكومية المعنية جهة منفذة لا أكثر.
 ٣. أن يكون التعويض فيه غبطة للمالك، بحيث يكون مقدار التعويض زائداً عن ثمن المثل مراعاة للأضرار التي تلحق المالك، فإن المالك إذا خرج من أرضه قد يأخذ وقتاً طويلاً حتى يبني سكناً آخر يؤويه وعائلته، مع ما يتطلبه البناء من مشقة ووقت، وإذا استأجر سكناً آخر لحقه في ذلك خسائر مادية.

(١) رواه مسلم [٥٢٤].

(٢) انظر: الديبان، المعاملات المالیة أصالة ومُعاصرة ٦٣/٢.

٤. أن يكون الثمن حالاً وليس مؤجلاً، فإن الرجل لو طلب أن يشتري بديلاً قد لا يجد من يقرضه إلا أن يكون ذلك برضا المالك.

المطلب الرابع: التعويض ومقداره.

التعويض هو "المقابل النقدي أو العيني الذي يقدر وفقاً لأحكام النظام" (١). ويكون التعويض وفقاً لما يأتي:

أ - وفق سعر المتر المربع لهذه الأراضي مشاعاً (قبل التخطيط)، بشرط أن يصرف التعويض خلال سنتين من تاريخ التخصيص.

ب - وفق سعر المتر المربع في حينه إذا كان التعويض سيصرف بعد مضي سنتين من تاريخ التخصيص (٢).

المبحث الثالث: الهبة.

المطلب الأول: تعريف الهبة.

تعريفها لغة: من هبوب الريح أي مروره يقال: وهب له شيئاً وهبا - بإسكان الهاء وفتحها - والاتهاب: قبول الهبة، والاستيهاب: سؤال الهبة.

اصطلاحاً: التبرع من جائز التصرف بتمليك ماله المعلوم الموجود في حياته غيره.

المطلب الثاني: انعقاد الهبة.

تنعقد الهبة بالإيجاب والقبول بأن يقول: وهبتك أو أهديتك أو أعطيتك أو بأي لفظ دل عليها، وبالمعاطاة الدالة على الهبة؛ لأنه صلى الله عليه وسلم كان يهدي ويهدى إليه ويعطي ويعطى ويفرق الصدقات ويأمر سعاته بأخذها وتفريقها، وكان أصحابه يفعلون ذلك.

المطلب الثالث: حكم عقد الهبة.

تلتزم بالقبض بإذن واهب، فعن عائشة رضي الله عنها، أنها قالت: إن أبا بكر كان نخلها جُذادَ عشرين وسقاً من ماله بالعالية، فلما حضرته الوفاة، قال: والله يا بُنيَّةُ، ما من الناس أحب إليّ غنىً بعدي منك، ولا أعز عليّ فقراً منك، وإني كنت نخلتك من مالي جُذادَ عشرين وسقاً، فلو كنت جُذديته، واحترتيه كان لك، فإنما هو اليوم مال وارث فأقسموه على كتاب الله عز وجل (٣)، وروي عن عمر رضي الله عنه نحوه ولم يعرف لهما في الصحابة مخالف.

المطلب الرابع: حكم التعديل في عطية الاولاد.

(١) المادة [١] من اللائحة التنفيذية لنظام نزع ملكية العقارات للمنفعة العامة ووضع اليد المؤقت على العقار.

(٢) المادة [٤] من اللائحة السابقة.

(٣) رواه الإمام مالك في الموطأ [٨٠٨].

يجب التعديل في عطية أولاده بقدر إرثهم للذكر مثل حظ الأنثيين اقتداء بقسمة الله تعالى، وقياسا لحال الحياة على حال الموت قال عطاء بن أبي رباح رحمه الله تعالى: "ما كانوا يقسمون إلا على كتاب الله تعالى"، وسائر الأقارب في ذلك كالأولاد.

فإن فضل بعضهم بان أعطاه فوق إرثه أو حصته سوى وجوبا برجوع حيث أمكن أو زيادة المفضل لساوي الفاضل أو إعطاء ليستوا لقوله صلى الله عليه وسلم: «اتَّقُوا اللَّهَ وَاعْدِلُوا بَيْنَ أَوْلَادِكُمْ» (١).

المطلب الخامس: حكم الرجوع في الهبة.

لا يجوز لوأهب أن يرجع في هبته اللازمة لقوله صلى الله عليه وسلم: «الْعَائِدُ فِي هَبَّتِهِ كَالْكَلْبِ يُعْوَدُ فِي قَيْئِهِ» (٢).

إلا الأب فله الرجوع في هبته سواء قصد التسوية أو لا؛ لقوله صلى الله عليه وسلم: «لَا يَجِلُّ لِرَجُلٍ أَنْ يُعْطِيَ عَطِيَّةً أَوْ يَهَبَ هِبَةً فَيَرْجِعَ فِيهَا إِلَّا الْوَالِدَ فِيمَا يُعْطِي وَلَدَهُ» (٣).

ولا يمنع رجوع الأب في الهبة نقص العين أو تلف بعضها أو زيادة منفصلة، لكن يمنعه من الرجوع زيادة متصلة في العين الموهوبة أو بيعها أو هبتها أو رهنها ما لم ينفك فإذا انفك الرهن جاز له الرجوع.

المطلب السادس: حكم اخذ الوالد من مال ولده.

الأب له أن يأخذ ويتملك من مال ولده ما لا يضره ولا يحتاجه لحديث عائشة رضي الله عنها قالت: قَالَ رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «إِنَّ أَطْيَبَ مَا أَكَلْتُمْ مِنْ كَسْبِكُمْ وَإِنَّ أَوْلَادَكُمْ مِنْ كَسْبِكُمْ» (٤)، لكن ليس له أن يتملك ما يضر بالولد أو تعلقت به حاجته ولا ما يعطيه ولدا آخر.

المطلب السابع: حكم الصدقة والهدية.

الصدقة: ما قصد به ثواب الآخرة، والهدية: ما قصد به إكراما وتوددا ونحوه، وهما نوعان من الهبة حكمهما حكما فيما تقدم.

المبحث الرابع: الوقف.

الوقف من اسباب اكتساب الحقوق العينية الاصلية من ناحية ان الموقوف عليه يتملك غلة الوقف التي اوقفت عليه، وسيتم الكلام هنا على التعريف واركان الوقف وشروط كل ركن وحكم الشروط التي يضعها الواقف (٥)، وذلك في المطالب الآتية:

(١) متفق عليه، البخاري [٢٥٨٧] ومسلم [١٦٢٣].

(٢) رواه البخاري [٦٩٧٥].

(٣) رواه أبو داود [٣٥٣٩].

(٤) رواه الترمذي [١٣٥٨].

(٥) انظر: الحصين، صالح بن إبراهيم، أحكام الوقف والوصايا والمواثيق ٢٣-٤٥.

المطلب الأول: تعريف الوقف.

لغة: كلمة وقف تدل على "تمكث في شيء، ويقاس عليه"، فيُقَالُ: وقف الشيء، وحبسه، وأحبسه، وسبَّله؛ كلها بمعنى واحد.

شرعا: تحييس الأصل وتسبيل المنفعة.

المطلب الثاني: أركان الوقف وشروط كل ركن.

الوقف عقد يصدر بإرادة منفردة من الواقف وهذه الإرادة يكون التعبير عنها اما بالقول او الفعل، ولا بد للوقف من ان ينصب على شيء وان يكون لأشخاص، فهنا اربعة عناصر يتكون منها اركان الوقف وبيانها على النحو الآتي:

الركن الأول: الواقف.

الواقف: هو الذي صدر منه الإيجاب بإنشاء عقد الوقف؛ ولكن توجد شروط يلزم توافرها فيه ليكون الإيجاب الصادر منه صحيحا، وهي على النحو الآتي:

١. البلوغ.

٢. العقل؛ فالصغير والمجنون لا يصح الوقف منهما؛ لأن الوقف تبرع بإخراج الملك من صاحبه وحبس التصرف فيه، والصغير والمجنون محجور عليهم في التصرف لعدم اهليتهم.

٣. الرشد؛ أما السفه فلا يصح تصرفه وذلك لأنه محجور عليه لحظ نفسه.

٤. ان لا يكون الواقف محجورا عليه لحظ غيره؛ حتى لا تضيق حقوق غرمائه، أما لو وقف قبل الحجر عليه فيصح وقفه؛ لأنه تصرف في ملكه ولا يوجد أي حق مرتبط بملكه حتى يمنعه من التصرف، بعكس إذا حجر عليه فإن وقفه لا ينفذ ولا يصح؛ وذلك لتعلق حقوق الغرماء بملكه، ومقتضى هذا التعلق بطلان كل تصرف يضر بهذه الحقوق، ويرى بعض الفقهاء أن الواقف المدين الغير محجور عليه لا يصح وقفه ان كان قصده من الوقف الاضرار بالدائنين.

٥. ان لا يكون الواقف مريضا مرض الموت، فإن كان كذلك فإن وقفه ينفذ فقط في ثلث المال، وما زاد عن الثلث فلا ينفذ ولا يصح، وإن كان وقفه على بعض الورثة فلا يصح ولو كان اقل من ثلث المال؛ لأن وقفه هنا حكمه حكم الوصية.

الركن الثاني: العين الموقوفة.

العين الموقوفة: كل عين مملوكة للواقف يصح بيعها؛ ويشترط فيها اشتغالها على المنفعة؛ وذلك حتى يستفيد منه الموقوف عليه، ويشترط في هذه المنفعة ما يلي:

الشرط الأول: أن ينتفع بها دائما، وبالتالي فلا يجوز وقف ما منفعة منقطعة مثل من يوقف بيتا استأجره فهنا المنفعة منقطعة بانتها عقد الاجارة.

الشرط الثاني: أن تكون المنفعة من معين محدد غير مبهم، فلا يصح ان يقول اوقفت أحد بيوتي وعنده عدة بيوت فلا بد من تحديد البيت الذي وقع عليه الوقف.

الشرط الثالث: ان ينتفع بهذا المعين مع بقاء عينه؛ وذلك ان الوقف حبس العين وتسهيل المنفعة، كالعقار والحيوانات والأثاث والسلاح والكتب، والاشربة المفيدة، والحلي للبس والعارية، والاسهم والصكوك الاستثمارية والسجلات التجارية توقف ويجس أصلها وارياحها تكون مسيلة لمن وقفت عليه.

الركن الثالث: الموقوف عليه.

الموقوف عليه: هو الشخص الذي يخصص الوقف أو ريعه عليه، سواء كان شخصا طبيعيا؛ كفلان أو جماعة؛ كذريته، أو شخصا اعتباريا؛ كالمساجد، أو لوجود صفة في الاشخاص؛ كالفقراء، ويشترط في الموقوف عليه ما يلي:

الشرط الأول: أن يكون على بر؛ لأن المقصود منه التقرب إلى الله تعالى وإذا لم يكن على بر لم يحصل المقصود، كالمساجد، والمدارس، والجسور، والمساكين، والبرادات، وكتب العلم، والأقارب.

الشرط الثاني: أن يكون الموقوف عليه معينا يملك ملكا ثابتا؛ إما اشخاص، أو جهات؛ وذلك لأن الوقف تمليك فلا يصح الوقف إلا على من يملك.

الركن الرابع: الصيغة.

صيغة الوقف هي الايجاب الصادر من الواقف ولا يحتاج الى قبول؛ لأنه ينشئ بإرادة منفردة من الواقف، وبالتالي لو أن الموقوف عليه رد الوقف فإن الوقف لا يبطل وإنما ينقل إلى آخر، وصيغة الوقف مهمة جدا إذ يتوقف انعقاد الوقف عليها وعلى المراد بها، ويشترط في هذه الصيغة ما يلي:

١. ان يصدر الوقف فيها ناجزا؛ فلا يصح مؤقتا، ولا معلقا إلا بموت، وهنا المعلق بالموت يأخذ حكم الوصية في حياة الواقف فيجوز له الرجوع وله تغيير ما شاء لكن إذا مات لزم وكان له حكم الوقف من حيث اللزوم.

٢. أن تكون دالة على الجزم بالعقد، فلا يصح فيها التردد أو الوعد المستقبلي بأن يقول: سأقف على ذريتي، وما أشبه ذلك.

٣. أن تكون الصيغة على التأييد؛ وذلك انه من مقتضى الوقف، ولأنه اخراج من ملكه فيكون على التأييد.

وهذه الصيغة تختلف فتارة تكون بالقول وتارة تكون بالفعل، فهنا صيغتان:

الصيغة الأولى: الصيغة القولية؛ وهي كل قول يدل على معنى حبس العين وتسهيل المنفعة.

الصيغة الثانية: الصيغة الفعلية؛ وهي التي تدل على الوقف عرفا؛ مثل من جعل أرضه مسجداً وأذن للناس

في الصلاة فيه، أو أذن فيه وأقام.

المطلب الثالث: حكم الشروط التي يضعها الواقف.

المراد بشرط الواقف: ما يقيد به الواقفون التصرف في أوقافهم من حيث إبقاؤها واستبدالها، وحفظها والإنفاق عليها، وجهات صرف غلاتها وربيعها، وكيفية توزيع استحقاقات المستحقين لها، والولاية عليها وإدارة شؤونها، وكل ما يتعلق بها.

ويجب العمل بشرط الواقف؛ لأن نص الواقف كنص الشارع وذلك في الفهم والدلالة ووجوب العمل، ويعتبر هذا من خصائص الوقف ومن المبادئ التي يقوم عليها، وعليه الفتوى في المملكة العربية السعودية، وبه تعمل المحاكم، والتزم به المنظم، ودليله:

١. قوله تعالى: {فَمَنْ بَدَلَهُ بَعْدَ مَا سَمِعَهُ فَأَنَّمَا إِنَّمَا عَلَى الَّذِينَ يُبَدِّلُونَهُ إِنَّ اللَّهَ سَمِيعٌ عَلِيمٌ} [البقرة ١٨١]

فتبديل شرط الواقف يستوجب الاثم مما يدل على وجوب العمل بشرطه.

٢. أَنَّ عُمَرَ بْنَ الْخَطَّابِ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ أَصَابَ أَرْضًا بِحَيِّرٍ فَأَتَى النَّبِيَّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ يَسْتَأْمُرُهُ فِيهَا، فَقَالَ: يَا رَسُولَ اللَّهِ إِنِّي أَصَبْتُ أَرْضًا بِحَيِّرٍ لَمْ أَصِبْ مَالًا فَطُؤْتُ أَنْفَسَ عِنْدِي مِنْهُ فَمَا تَأْمُرُ بِهِ، قَالَ: «إِنْ شِئْتَ حَبَسْتَ أَصْلَهَا وَتَصَدَّقْتَ بِهَا» قَالَ: فَتَصَدَّقَ بِهَا عُمَرُ أَنَّهُ لَا يُبَاعُ وَلَا يُوهَبُ وَلَا يُورَثُ وَتَصَدَّقَ بِهَا فِي الْفُقَرَاءِ وَفِي الْقُرْبَى وَفِي الرِّقَابِ وَفِي سَبِيلِ اللَّهِ وَابْنِ السَّبِيلِ وَالضَّيْفِ لَا جُنَاحَ عَلَيَّ مَنْ وَلِيَهَا أَنْ يَأْكُلَ مِنْهَا بِالْمَعْرُوفِ وَيُطْعِمَ غَيْرَ مُتَمَوِّلٍ (١).

ولكن يشترط في العمل بشرط الواقف أربعة شروط:

الشرط الأول: ان يكون شرط الواقف عند انشاء الوقف، فإذا انعقد الوقف بالإيجاب الصادر منه بدون أي شرط لم يكن له ان يشترط أي شرط بعد ذلك؛ لأنه خرج عن ملكه.

الشرط الثاني: عدم مخالفة مقصود الشارع.

الشرط الثالث: ان لا يتضمن شرط الواقف مخالفة للأئمة النافذة في المملكة العربية السعودية.

الشرط الرابع: عدم مخالفة مقتضى عقد الوقف، فإذا شرط أن يبيعه متى شاء، أو يهبه، أو يرجع فيه، بطل الوقف والشروط؛ لمخالفته مقتضى عقد الوقف من ناحية لزوم العقد وخروجه من ملكه وتأبيده.

المبحث الخامس: الوصية.

الوصية من اسباب اكتساب الحقوق العينية الاصلية من ناحية ان الموصي تبرع بما يملك للموصى له،

وسيتم الكلام هنا على التعريف واركان الوصية وشروط كل ركن (٢)، وذلك في المطالب الآتية:

المطلب الأول: تعريف الوصايا.

لغة: الوصايا جمع وصية مثل قضايا جمع قضية، وهي تدل على ثلاث معان:

(١) متفق عليه، البخاري [٢٧٣٧] ومسلم [١٦٣٢].

(٢) انظر: الحصين، صالح بن إبراهيم، أحكام الوقف والوصايا والموارث ٦٨-٨٦.

المعنى الأول: الوصل؛ "فالواو والصاد والحرف المعتل: أصل يدل على وصل شيء بشيء، ووصيت الشيء: وصلته"، فالموصي وصل ما كان له في حياته بما بعد موته.

المعنى الثاني: الأمر المؤكد؛ كما في قوله تعالى: {وَلَقَدْ وَصَّيْنَا الَّذِينَ أُوتُوا الْكِتَابَ مِنْ قَبْلِكُمْ وَإِيَّاكُمْ أَنْ اتَّقُوا اللَّهَ} [النساء ١٣١].

المعنى الثالث: العهد، فيقال: أوصى الى فلان؛ أي عهد إليه.

اصطلاحاً: الأمر بالتصرف بعد الموت أو التبرع بالمال بعده.

المطلب الثاني: أركان الوصية وشروط كل ركن.

الوصية لها أربعة أركان:

الركن الأول: الموصي.

هذا هو الركن الأول؛ وهو الشخص المتبرع بعد وفاته، ويشترط لصحة وصيته شرطان:

الشرط الأول: التكليف؛ أي ان يكون بالغاً عاقلاً.

وأما المحجور عليه لحظ غيره؛ كالمديون فتصح منه الوصية؛ لأنه لا ضرر عليه حيث ان الوصية في ثلث المال ولا تُنفذ الا بعد سداد الديون، والنبي صلى الله عليه وسلم قضى بالدين قبل الوصية.

وتصح من المحجور عليه لسفه؛ لأنها منفعة له في آخرته بدون ضرر يلحقه، ولأن الحجر عليه لحفظ ماله

ولا يوجد في الوصية اضاعه له.

وتصح من الصبي المميز العاقل؛ بناء على كون الوصية تبرع فيه منفعة محضة له بعد موته واستغناه عن

ماله، بعكس الهبة والهدية فإنه تنقص من ماله في حياته، وقد ورد "أَنَّه قِيلَ لِعُمَرَ بْنِ الْخَطَّابِ: إِنَّ هَا هُنَا غُلَامًا

يَفَاعَا لَمْ يَخْتَلِمِ مِنْ غَسَّانَ وَوَارِثُهُ بِالشَّأْمِ وَهُوَ ذُو مَالٍ وَلَيْسَ لَهُ هَاهُنَا إِلَّا ابْنَةٌ عَمٌّ لَهُ، قَالَ عُمَرُ بْنُ الْخَطَّابِ:

فَلْيُوصَ لَهَا، قَالَ: فَأَوْصَى لَهَا بِمَالٍ يُقَالُ لَهُ: بِئْرُ جُشْمٍ" (١).

الشرط الثاني: الرضى والاختيار، فلا تصح وصية هازل ولا مكره ولا مخظى؛ لأنها عقد تبرع فاشترط لها

كامل الرضا وهؤلاء رضاهم غير مكتمل او منعدم لقوله صلى الله عليه وسلم: «إِنَّ اللَّهَ تَجَاوَزَ عَنْ أُمَّتِي الْخَطَأَ

وَالنَّسِيَانَ وَمَا اسْتُكْرِهُوا عَلَيْهِ» (٢).

وأما وصية المريض فهي مثل وصية الصحيح سواء كان مرض الموت أو غيره فتصح وصيته في ثلث ماله وما

دونه اذا كانت لغير وارث؛ لقوله صلى الله عليه وسلم: «إِنَّ اللَّهَ تَصَدَّقَ عَلَيْكُمْ عِنْدَ وَفَاتِكُمْ بِثُلْثِ أَمْوَالِكُمْ

زِيَادَةً لَكُمْ فِي أَعْمَالِكُمْ» (٣)، وتكون موقوفة على اجازة الورثة اذا كانت اكثر من الثلث لأجنبي او بشيء من

(١) رواه الإمام مالك في الموطأ [٢٨٢٠].

(٢) رواه ابن ماجه [٢٠٤٣].

(٣) رواه ابن ماجه [٢٧٠٩].

المال لوارث، لكن لا بد ان تكون وصيته في مرضه بالنطق اما لو اعتقل لسانه فلم يستطع التكلم فأشار بالوصية فلا تصح لما ورد "أَنَّ امْرَأَةً قِيلَ لَهَا فِي مَرَضِهَا: أَوْصِي بِكَذَا، أَوْصِي بِكَذَا، فَأَوْمَأَتْ بِرَأْسِهَا، فَلَمْ يُجِزْهُ عَلِيُّ بْنُ أَبِي طَالِبٍ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ" (١).

الركن الثاني: الموصى به.

هذا هو الركن الثاني، وهي محل الوصية سواء كانت عيناً أو منفعة، فلا بد من وجودها ولهذا لو اوصى بعين؛ كسيارة ونحوها فتلفت بطلت الوصية.

ويشترط في الموصى به اشتماله على منفعة وان تكون المنفعة مباحة، فتصح الوصية بكلب صيد ونحوه كحرف وماشية، لاشتماله على منفعة مباحة، اما اذا لم يكن فيه نفع؛ ككلب يتخذ للتسلية فلا تجوز الوصية به، او فيه منفعة لكنها محرمة؛ كالخمر فلا تصح الوصية به، وتبطل الوصية.

وتصح الوصية بما يعجز عن تسليمه؛ كطير في هواء وحمل في بطن ولبن في ضرع، ومغصوب، ومشاع، ومساهمات في شركات ونحو ذلك، وتصح الوصية بالمعدوم؛ كوصيته بما يحمل حيوانه وشجرته، فإن حصل شيء فهو للموصى له بمقتضى الوصية وإن لم يحصل منه شيء بطلت الوصية؛ لأنها لم تصادف محلاً.

وتصح الوصية بمجهول؛ كسيارة وثوب وبيت وشاة؛ لأنها إذا صحت بالمعدوم فالجهول أولى، ويعطى الموصى له ما يقع عليه الاسم؛ لأنه اليقين، فلو اوصى له بسيارة مثلاً وعنده ثلاث سيارات مختلفة في الموديل والمصنع المنتج لها فإن الورثة يعطونه أي واحدة من السيارات؛ لأنه يقع عليها اسم سيارة، ولو قال اوصيت له بسهم من مالي ولم يحدد مقداره صحت الوصية واعطى الموصى له السدس؛ لما ورد "أَنَّ رَجُلًا جَعَلَ لِرَجُلٍ سَهْمًا مِنْ مَالِهِ وَمَمَّ يُسَمِّ، فَقَالَ عَبْدُ اللَّهِ بْنُ مَسْعُودٍ: لَهُ السُّدُسُ" (٢).

الركن الثالث: الصيغة.

هذا هو الركن الثالث؛ فتتعدد الوصية بكل لفظ يدل عليها؛ كوصيت لفلان بكذا، او على معناها كقوله اعطوه من مالي كذا بعد موتي او ملكته كذا بعد موتي او جعلت له كذا بعد موتي ونحوها من الالفاظ التي تدل عليها، وتتعدد بالإشارة بالنسبة للأخرس إذا فهمت منه؛ لأن العرف جار على تنزيل اشارته منزلة الكلام، وأما غير الاخرس فلا تتعدد بإشارته الا اذا عجز عن الكلام كلية فتعتبر اشارته مثل الاخرس.

وتثبت الوصية بالكتابة؛ لقوله صلى الله عليه وسلم: «ما حقُّ امرئٍ مُسلمٍ له شيءٌ يُوصي فيه يبيِّتُ لِيَلْتَنِينَ إِلَّا وَوَصِيَّتُهُ مَكْتُوبَةٌ عِنْدَهُ» (٣)، فإذا كتب الموصي وصيته بقلمه وتحقق أنه قلمه وخطه فإن هذا يكفي في ثبوت الوصية ولو لم يشهد، وان كانت مطبوعة بالكمبيوتر وليس عليها ما يدل انها وصيته فلا يعمل بها.

(١) رواه ابن ابي شيبة [٣٠٨٠٣] وقال في كشف القناع ٤/٣٣٦: "بسنده صحيح".

(٢) رواه ابن ابي شيبة [٣٠٨٠١].

(٣) سبق تخريجه.

وإذا كان الموصي أمياً يجهل الكتابة فالمشروع في حقه الإشهاد على وصيته عند تعذر كتابتها من قبله أو من قبل غيره.

الركن الرابع: الموصى له.

هذا هو الركن الرابع، وهو الشخص أو الجهة التي تنتفع بالوصية، الوصية، ولو قال الموصي: ثلث مالي وصية وسكت، صحت الوصية لاشتمالها على الأركان الثلاثة الموصي والصيغة والموصى به - ثلث المال - وتصرف الوصية في أوجه البر، ويشترط في الموصى له الشروط التالية:

الشرط الأول: ألا يكون جهة معصية؛ كالوصية لإقامة القباب على القبور أو النياحة على الموتى، أو لطباعة كتب الضلال والسحر، أو لأندية القمار والمراقص.

الشرط الثاني: أن يكون الموصى له يصح تملكه، فلا تصح الوصية لميت، وتصح لحمل تحقق وجوده في وقت انشاء الوصية.

الشرط الثالث: أن يكون الموصى له معيناً، فإن كان مجهول العين فلا تصح له الوصية؛ لأنه لا يمكن تنفيذ الوصية.

الشرط الرابع: قبوله للوصية إذا كانت لمعين يمكن القبول منه كأن يوصي مثلاً لمحمد أو يوصي لاشخاص يمكن حصرهم وافادتهم بالقبول، أما إذا لم يمكن حصرهم كان تكون الوصية للفقراء أو لجهة كمسجد ونحوه فإنه لا يلزم شرط القبول وتلزم بمجرد موت الموصي.

وأما الموصى إليه؛ وهو الشخص الذي يلزمه تنفيذ الوصية لا يعتبر ركناً في الوصية فتصح الوصية ولو لم يعين الموصى إليه ويقوم الورثة بتنفيذ الوصية، ويشترط في الموصى إليه ما يلي:

١. التكليف، ويجوز أن يكون الوصي صيباً مميّزاً لكن يقام معه وصي حتى يبلغ.
٢. الإسلام.

٣. العدالة؛ وهي التصرف الذي يدل على امانته وعدم خيائته.

المبحث السادس: الإرث.

الإرث من أسباب اكتساب الحقوق العينية الأصلية من ناحية انتقال الملكية من المورث إلى الوارث، وسيتم الكلام هنا على التعريف وأركان الإرث وشروطه وأسبابه وموانعه وأنواعه^(١)، وذلك في المطالب الآتية:

المطلب الأول: تعريف الموارث.

لغة: جمع ميراث؛ وهو البقية، وانتقال الشيء من قوم إلى قوم آخرين، بنسب أو سبب.

اصطلاحاً: حق قابل للتجزؤ يثبت لمستحق بعد موت من كان له لقرابة بينهما ونحوها كالزوجية والولاء.

المطلب الثاني: أركان الإرث.

(١) انظر: الحصين، صالح بن إبراهيم، أحكام الوقف والوصايا والموارث ٩٠-١٥٠.

الركن الأول: المورث؛ وهو من انتقلت التركة منه وهو الميت.

الركن الثاني: الوارث؛ وهو من انتقلت التركة إليه.

الركن الثالث: الموروث؛ وهي التركة.

المطلب الثالث: شروط الإرث.

الشرط الأول: موت المورث حقيقة أو حكماً؛ كالمفقود.

الشرط الثاني: حياة الوارث بعده ولو لحظة، حقيقة أو حكماً؛ كالحمل، فإنه يرث بشرطين:

أحدهما: تحقق وجوده في الرحم حين موت المورث ولو نطفة.

الثاني: انفصاله حياً حياة مستقرة.

الشرط الثالث: العلم بالسبب المقتضي للإرث.

المطلب الرابع: أسباب الإرث.

السبب الأول: الرَّحْم؛ أي: القرابة - قَرَّبَتْ أو بَعُدَتْ - قال تعالى: { وَأُولُو الْأَرْحَامِ بَعْضُهُمْ أَوْلَىٰ بِبَعْضٍ

[الانفال ٧٥]، والقرابة ثلاثة أصناف:

الأول: الأصول؛ من لهم ولادة على الشخص كالأب والأم وإن علوا.

الثاني: الفروع؛ من للشخص عليهم ولادة كالأولاد وأولادهم وإن نزلوا.

الثالث: الحواشي؛ فروع الأصول كالإخوة والأعمام وأبنائهم، وإن نزلوا.

السبب الثاني: التَّكَاح؛ وهو عقدُ الزَّوْجِيَّةِ الصَّحِيحِ وإن لم يحصل به خلوة أو وطء.

السبب الثالث: ولاء العتق.

المطلب الخامس: موانع الإرث.

المانع الأول: الرق؛ وهو وصف يكون به الإنسان مملوكاً يباع ويوهب، ويورث ويُتصرف فيه، ولا يتصرف

تصرفاً مستقلاً.

المانع الثاني: القتل؛ وهو ان يقتل الوارث مورثه بغير حق؛ بحيث يوجب قودا او دية او كفارة، وسواء

كان منفردا او مشاركا غيره في القتل، وسواء كان متعمدا او خطأ.

المانع الثالث: اختلاف الدين؛ أن يكون أحدهما على ملة والثاني على ملة أخرى؛ مثل أن يكون أحدهما

مسلماً والثاني كافراً، أو أحدهما يهودياً والآخر نصرانياً أو لا دين له، ونحو ذلك؛ فلا توارث بينهما لانقطاع

الصلة بينهما شرعاً.

المطلب السادس: أنواع الإرث.

النوع الأول: الإرث بالفرض؛ وهو نصيب مقدر شرعاً لوارث مخصوص لا يزيد إلا بالرد ولا ينقص إلا

بالعول.

والفروض المقدرة في كتاب الله عز وجل ستة:

١. النصف؛ وهو ميراث خمسة اشخاص: البنت، وبنات الابن، والاخت الشقيقة، والاخت لأب، والزوج.
٢. الربع؛ وهو ميراث شخصين: الزوج، والزوجة أو الزوجات.
٣. الثلثين؛ وهو ميراث أربعة اشخاص: البنات، وبنات الابن، والاخت الشقيقات، والاخت لأب.
٤. الثلث؛ وهو ميراث شخصين: الأم، والإخوة لأم.
٥. السدس؛ وهو ميراث ثمانية اشخاص: الام، والأب، والجد، والجددة، والاخ لأم، والاخت لأم، وبنات الابن، والاخت لأب.
٦. الثمن؛ وهو فرض الزوجة او الزوجات فقط.

النوع الثاني: التعصيب؛ وهو: الإرث بغير تقدير.

النوع الثالث: الإرث بالرحم؛ وهو: كل قرابة ليس بذئ فرض ولا تعصيب، ويرثون بشرطين:

١. عدم وجود العصبية؛ لأنه إذا وجد أحد العصبية اخذ كل المال او ما ابقت الفروض.
٢. عدم وجود أصحاب الفروض غير الزوجين؛ لأن اصحاب الفروض يرد عليهم إذا لم يوجد غيرهم.

المبحث السابع: الاحياء.

الاحياء من اسباب اكتساب الحقوق العينية الاصلية من ناحية ان صاحبه قد اجتهد في استثمار واستغلال الارض التي قام بإحيائها، ولكن ليس كل من وضع يده على ارض وقام بإحيائها يستحق ان يملكها بل لابد من شروط وضوابط معينة؛ ولهذا سيكون الكلام هنا في المطالب الاتية:

المطلب الأول: تعريف الاحياء.

لغة: الاحياء ضد الموت، والموات مشتقة من الموت وهو عدم الحياة.
اصطلاحاً: احياء الأرض المنفكة عن الاختصاصات وملك معصوم.

المطلب الثاني: حكم الاحياء.

الجواز والاباحة، ودليله قوله صلى الله عليه وسلم: «مَنْ أَحْيَا أَرْضًا مَيْتَةً فَهِيَ لَهُ»^(١).

المطلب الثالث: ضوابط الاحياء وما يحصل به الاحياء.

الفرع الأول: ضوابط الاحياء.

الأول: عدم تعلق الارض المراد احيائها بملك معصوم، ودليله قول النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «مَنْ أَخَذَ مِنَ الْأَرْضِ شَيْئًا بِغَيْرِ حَقِّهِ خُسِفَ بِهِ يَوْمَ الْقِيَامَةِ إِلَى سَبْعِ أَرْضِينَ»^(٢).

(١) رواه الترمذي [١٣٧٩].

(٢) رواه البخاري [٢٤٥٤].

الثاني: ان تكون الارض المحيطة بعيدة عن العمران، ودليله قوله صلى الله عليه وسلم: «مَنْ أَحْيَا أَرْضًا مَيْتَةً فَهِيَ لَهُ» (١).

الثالث: أن لا تكون الارض المحيطة من اختصاص البلد، ودليله قوله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «مَنْ أَحْيَا مَوَاتًا مِنَ الْأَرْضِ فِي غَيْرِ حَقِّ مُسْلِمٍ فَهُوَ لَهُ، وَلَيْسَ لِعِرْقٍ ظَلَمَ حَقُّ» (٢).

الرابع: مراعاة الزمن المحدد في الاحياء، حيث صدر أمر بعدم قبول الاحياء بعد تاريخ ١٣٨٧/١١/٩ هـ.

الفرع الثاني: ما يحصل به الاحياء.

إحياء الأراضي الموات يكون باستصلاحها للزراعة أو غيره بحسب عُرف الناس وعاداتهم، وللمذاهب الأربعة تفصيل في ذلك:

قال الأحناف: إصلاح الأرض الموات يكون بالبناء، أو الغرس، أو الكرب (قلبها بالحرث) أو إقامة المسناة (السد) أو التحويط، أو السقاية.

وقال المالكية: الإحياء يكون بالبناء، والغرس، والزراعة، والحرث، وإجراء المياه، وغيرها.

وقال الشافعية: الإحياء الذي يملك به يختلف بحسب الغرض المقصود من الأرض، ويُرجع فيه إلى العرف، فإن أراد إحياء الموات مسكنًا اشترط تحويط البقعة بأجرٍ أو قصب بحسب عادة ذلك المكان، وهكذا.

وقال الحنابلة: إحياء الأرض أن يحوط عليها حائطًا منيعًا، سواء أَرادها للبناء أو الزرع أو حظيرة للغنم؛ لقوله صلى الله عليه وسلم: «مَنْ أَحَاطَ بِهَا حَائِطًا عَلَى أَرْضٍ فَهِيَ لَهُ» (٣).

المبحث الثامن: الاقطاع.

المطلب الأول: تعريف الاقطاع.

لغة: مصدر قطع يقطع قطعاً، يقال استقطع فلان الإمام قطيعة فأقطعه إياها إذا سأله أن يقطعها له، وأكثر ما يستعمل في إقطاع الأرض، وهو أن يخرج منها شيئاً له يحوزه.

اصطلاحاً: جعل بعض الأراضي الموات مختصة ببعض الأشخاص.

المطلب الثاني: انواع الاقطاع.

النوع الأول: إقطاع تملك؛ يُقصد به تملك الشخص أرضاً، أو عيناً، أو معدناً.

النوع الثاني: إقطاع استغلال؛ بأن يُقطع الإمام من يرى في إقطاعه مصلحة لمدة معلومة.

النوع الثالث: إقطاع إرفاق؛ كأن يُقطع الإمام الباعة الجلوس في الطرق الواسعة، والأسواق المزدهمة بأهل

البيع والشراء.

(١) رواه الترمذي [١٣٧٩].

(٢) رواه البيهقي في السنن الكبرى [١١٧٧٧].

(٣) رواه أبو داود [٣٠٧٧].

المطلب الثالث: حكم الإقطاع.

جائز بضوابط ثلاثة:

الضابط الأول: ان يكون المقطع هو الدولة.

الضابط الثاني: ان يكون الإقطاع بالقدر الذي يقدر على إحيائه؛ لأن في إقطاعه أكثر من ذلك تضيقاً على الناس في حق مشترك بينهم.

الضابط الثالث: ان لا يكون الإقطاع في شيء تتعلق به مصالح الناس؛ كالملاح، والنهر والطرق العامة والمنتزهات العامة ونحوها.

ودليل جوازه ما يلي:

١- عَنْ وَائِلِ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ أَنَّ النَّبِيَّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ أَقْطَعَهُ أَرْضاً بِحَضْرَمَوْتَ (١).

٢- أَنَّ النَّبِيَّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ أَقْطَعَ الرَّبِيعَ أَرْضاً مِنْ أَمْوَالِ بَنِي النَّضِيرِ (٢).

المطلب الرابع: افادة الإقطاع التملك.

اتفق أهل العلم أن الملك لا يثبت بمجرد الإقطاع الذي أشترط فيه ولي الأمر الإحياء، فمن أقطعه ولي الأمر وأشترط عليه أن يحيي ما أقطع، فلا يثبت الملك بمجرد الإقطاع، بل هو معلق بحصول الإحياء الشرعي، دليل ذلك قول الرسول صلى الله عليه وسلم: «الْمُسْلِمُونَ عَلَى شُرُوطِهِمْ» (٣).

واختلف الفقهاء في الإقطاع المطلق (غير المشترط فيه الإحياء) هل يثبت به الملك؟، أم يشترط للملك تحقق الإحياء، على قولين:

القول الأول: أن الملك يثبت بمجرد الإقطاع، وأنه لا يفتقر للإحياء، فيجوز بيع الأرض المقطعة والتصرف بها بمجرد الإقطاع، ولا يجوز لولي الأمر استرجاعها، وهذا مذهب المالكية، ورواية عند الحنابلة.

القول الثاني: أنه لا يثبت الملك بمجرد الإقطاع، بل يفتقر للإحياء، ويكون المقطع كالمتحجر يختص بإحيائه دون غيره، فإذا أحياه الإحياء المعترف شرعاً ملكه، وهذا قول الجمهور من الحنفية، والشافعية، والمذهب عند الحنابلة.

ويفرق النظام في المملكة العربية السعودية بين نوعين من الإقطاع:

الأول: الإقطاع السكني؛ وهذا يفيد التملك بمجرد الإقطاع، دون نظر إلى حصول الإحياء من المقطع، وقد صدر بذلك قرار مجلس الوزراء رقم (١٢٥٠) في (١٦/٧/١٣٩٦هـ) المتضمن الموافقة على قرار الهيئة القضائية العليا "في أن عمل الحكومة قديماً وحديثاً في اعتبار الإقطاع مفيداً للتملك، وأنها تصدر وثائق الإقطاع،

(١) رواه أبو داود [٣٠٥٨].

(٢) رواه البخاري [٣١٥١].

(٣) رواه أبو داود [٣٥٩٤].

وتكتب الجهات الرسمية للمحاكم لإعطاء المقطعين حجج الاستحكام على الأراضي المقطعة لهم بناء على الأوامر السامية، فيبيعون تلك الأراضي تحت سمع وبصر الحكومة، وتشترى في بعض الحالات الحكومة منهم، وليس في عمل الحكومة هذا ما يخالف الشرع، بل تشهد له القواعد الشرعية، وبناء على ما تقدم فإن الهيئة ترى بأن الإقطاع يفيد التملك، وهو الذي عليه العمل الجاري في المملكة إلا ما رافقه شرط حين الإقطاع بالألا يملكه صاحبه إلا بالإحياء، فيكون الشرط معتبراً ولا يتحقق ملك بدونه".

الثاني: الإقطاع الزراعي؛ فلا يثبت الملك بمجرد الإقطاع، بل لابد من ثبوت الإحياء، وقد قرر ذلك نظام توزيع الأراضي البور المادة [٧] على النحو الآتي:

١. يكون لمن صدر لصالحه قرار التوزيع حق اختصاص في الأرض محل القرار.
 ٢. يجب على من صدر لصالحه القرار استثمار الأراضي خلال المدة المحددة فيه، وتعتبر الأراضي مستثمرة زراعياً بري جزء منها لا يقل عن ٢٥ % من مساحتها بما من شأنه الإنتاج الفعلي، وتعتبر مستثمرة حيوانياً إذا ثبت جدية الإنتاج الحيواني خلال المدة المحددة للاستثمار.
- وبينت المادة [٩] متى يحصل التملك وبم يثبت رسمياً حيث جاء فيها: "إذا قام من صدر لصالحه قرار التوزيع باستثمار الأراضي وانتهت المدة المحددة للاستثمار، تُملك الأرض الموزعة لمن صدر لصالحه قرار التوزيع، وذلك بقرار من وزير الزراعة، على أن هذا القرار لا يعتبر نافذاً إلا بعد أن تتم المصادقة عليه من جلالته الملك أو من يفوضه".

المبحث التاسع: الشفعة.

الشفعة تعطي صاحبها حقا في انتزاع الحصة المباعة بشروط معينة، ولهذا تعتبر مصدرا من مصادر التملك^(١)، وبيانها على النحو الآتي:

المطلب الأول: تعريف الشفعة.

لغة: مأخوذة من الشَّفَع، وهو ضمُّ شيءٍ إلى مثله؛ ليصير المجموع شَفْعاً بعد أن كان كلٌّ منهما وِثْراً، ومنه سُمِّيَ طلبُ الإنسانِ لمبيعٍ يشتره غيره شَفْعَةً؛ لِأَنَّهُ يَضُمُّهُ إلى ما يملك، فصَارَ به شَفْعاً.

اصطلاحاً: حقُّ تملُّكِ المبيعِ من مُشتريه بِعوضٍ ماليٍّ.

أو استحقاق الشريك انتزاع حصة شريكه ممن انتقلت إليه بعوض مالي بضمنه الذي استقر عليه العقد.

المطلب الثاني: أسباب استحقاق الشفعة.

(١) كل ما يتعلق بالشفعة اخذ من الحويس، صالح بن سليمان، أحكام عقد الحكر في الفقه الإسلامي مقارناً بما عليه العمل في المملكة العربية السعودية، رسالة مقدمة لنيل درجة الدكتوراه بقسم الدراسات العليا الشرعية، بجامعة ام القرى ١٤٢٧هـ والعميرة، احمد بن عبد العزيز، نوازل العقار ١٦٣ وما بعدها.

الأول: الشراكة في العقار الذي يمكن قسمته، هذا تثبت فيه الشفعة بإجماع الفقهاء للشريك، الذي له حصّة شائعة في العقار المبيع نفسه، الذي يُمكنُ قِسْمَتُهُ.

الثاني: المال المنقول، اتفقت المذاهبُ الفقهيّةُ الأربعةُ في المعتمدِ عندهم على ألاّ شُفَعَةٌ في المال المنقول كحيوانٍ، وثيابٍ، وسيارةٍ؛ لأنّها لا تَبْقَى على الدّوام، فلا يدومُ ضررُ المشاركة فيها، بخلاف شركة الأرض.

الثالث: ما عدا ما سبق، فيه خلاف بين الفقهاء.

المطلب الثالث: الشفعة في العلو والسفل.

اختلف الفقهاء في هذه المسألة على قولين:

القول الأول: ثبوت الشفعة في (السفل والعلو)، وهو مذهب الحنفية ووجه عند الشافعية واحتمال عند الحنابلة إذا كان السقف المقام عليه العلو يتبع لصاحب العلو أو بعضه، واستدلوا بما يلي:

الدليل الأول: أن السقف عبارة عن أرض لصاحب العلو يسكنه فثبت له حق الشفعة فيه.

الدليل الثاني: أن حق البناء على السفلى متعلق به على سبيل التأييد فصار عين الأرض فتحجب فيه الشفعة.

القول الثاني: أنه لا تثبت الشفعة في (السفل والعلو)، وهذا مذهب الجمهور من المالكية والشافعية والحنابلة، واستدلوا بما يلي:

الدليل الأول: أن الطبقات لا أرض لها، وما ليس له أرض فهو كالمُنقول لا يثبت فيه الشفعة.

ونوقش: أن صاحب العلو له حق القرار وهذا في معنى العقار فيعطى حكمه.

الدليل الثاني: أن كل دور منفرد عن الآخر ومستقل لا شراكة بينهما فلا شفعة والحال هذه.

ويمكن أن يناقش فيقال: إن حق البناء على السفلى أعطى سقف السفلى معنى العقار فتثبت الشفعة.

المطلب الرابع: الشفعة في الحكر.

إذا بيعت الأنقاض من بناءٍ أو أشجارٍ يشترِكُ فيه أكثر من مستحكرٍ، فهل تثبت الشفعة للشريك الذي لم يبيع؛ فيكون أحقّ بالشراء من الأجنبي؟

في المسألة قولان:

القول الأول: لا تجري الشفعة في ذلك؛ لأن بيع البناء والغراس المفرد عن أرضه يعدّ من بيع المنقولات، والمنقولات لا تبقى على الدّوام، فلا يدوم ضررها، بخلاف الأرض، ولأن المستحكر إذا امتنع من دفع أجرة المثل يؤمر برفع بنائه، وتوَجَّرَ لغيره؛ وهذا رأي الجمهور من الحنفية والشافعية والحنابلة.

والقول الثاني: ثبوت الشفعة عند بيع الأنقاض للشريك الذي لم يبيع، وهو قول المالكية.

المطلب الخامس: الشفعة في الشقق والطوابق.

ثبوت الشفعة فيها ظاهر من ناحيتين:

الأولى: الشراكة في الأرض وبالتالي الشفعة فيها ثابتة بالاتفاق.

الثانية: الشفعة في الشقق والطبقات المفترزة فيمكن القول بثبوت الشفعة فيها بالنظر إلى وجود مرافق مشتركة بين الوحدات السكنية مثل السلم، المصعد، الموقف، الحدائق، الخزان، وما يحصل من اشتراك في الخدمات المتعددة، كتمديدات الصرف الصحي والكهرباء وأحياناً التكييف، وغيرها من الأمور المشتركة التي فرضتها طبيعة البناء الحديث، والتي اصطلح على تسميتها بالأجزاء المشتركة.

المبحث العاشر: وضع اليد والحيازة.

الحيازة قرينة على الملكية فوضع اليد (الحيازة) دليل على الملكية حتى يظهر خلاف ذلك، وتكون أيضاً في المنقول؛ كما في المادة [١٥٨] من نظام المرافعات: "حيازة المنقول قرينة بسيطة على ملكية الحائز له عند المنازعة في الملكية، ويجوز للخصم إثبات العكس"، فهي قرينة قابلة لإثبات العكس متى احضر المدعي بينة على ملكه للشيء موضع الحيازة، فالحيازة تعتبر مصدراً من مصادر الملكية فهي تمنح صاحبها سلطة التصرف والاستعمال والاستغلال، وسيكون الكلام في هذا المبحث في المطالب الآتية:

المطلب الأول: تعريف الحيازة.

مشتقة من الحوز وهو في اللغة: الجمع وضم الشيء، وكل من ضم شيئاً إلى نفسه من مال أو غيره فقد حازه حوزاً وحيازة واحتازه احتيازاً.

والحيازة بهذا المعنى ترادف القبض، فيدخل فيها كل ما يضع الإنسان يده عليه ويتصرف فيه، سواء كان مالاً له، أو مأذوناً له فيه من مالكة؛ كالمستأجر، والمستعير، والمرتهن ونحوهم، وسواء كان بحق أو بغير حق وسواء كان عقاراً أو منقولاً.

اصطلاحاً: وضع اليد على الشيء.

ووضع اليد هو القبض، ويقصد بالقبض الحيازة، قال في المبسوط: "القبض عبارة عن الحيازة وهو أن يصير الشيء في حيز القابض"، وقال في كشاف القناع: "ولا يملك كلاً قبل حيازته".

وهذا المعنى للحيازة هو الشائع عند عامة الفقهاء؛ حيث لم ترد لفظة الحيازة كمصطلح فقهي له ضوابطه ومعناه الخاص الزائد عن المعنى اللغوي إلا عند فقهاء المالكية فقط، حيث ذكروا للحيازة معنيين؛ أحدهما يرادف معناها عند عامة الفقهاء، والآخر يقصرها على نوع خاص من أنواعها ألا وهي الحيازة بقصد التملك؛ فقد عرف العدوي الحيازة بقوله: "هي وضع اليد والتصرف في الشيء المحوز كتصرف المالك في ملكه بالبناء والغرس والهدم وغيره من وجوه التصرف".

وقال الدسوقي في تعريفها: "هي وضع اليد على الشيء والاستيلاء عليه، والتصرف يكون بواحد من أمور سكنى، أو إسكان، أو زرع، أو غرس، أو استغلال، أو هبة، أو صدقة أو بيع، أو هدم، أو بناء، أو قطع شجر".

وبهذا عرف النظام الحيازة؛ كما في المادة [١/٢٠٩] من لائحة المرافعات: "الحيازة هي ما تحت اليد فعلا من عقار يتصرف فيه بالاستعمال او الانتفاع على وجه الاستمرار بحسب العادة ولو لم يكن مالكا كالمستأجر".
المطلب الثاني: ما يشترط لصحة الحيازة.

يشترط في ملكية الحيازة كون الشيء موضع الحيازة غير ممنوع شرعا ونظاما؛ ولهذا نصت المادة [٦١] من اللائحة التنفيذية لنظام الاجراءات الجزائية على أنه: "إذا كانت المضبوطات مما تمنع حيازته شرعاً أو نظاماً أو كانت محلاً للمصادرة، فعلى المحقق إجراء ما يلزم حيال إتلافها أو المطالبة بمصادرتها، وذلك بحسب الاحوال"، ومما يمنع من حيازته المخدرات والخمر وغيرها من الامور المحرمة.

وفي النظام يمنع حيازة الاسلحة الا بترخيص فاذا لم يكن مرخصا فلا تعتبر حيازته فقط سببا للمنع من المصادرة طبقا للمادة [٣٤/ب] والمادة [٤٠] من نظام الاسلحة والذخائر.

وبالنسبة للآثار ففيه تفصيل من ناحية اذا كان الخوز منقولاً فالحيازة هنا تعتبر سببا للملك بشرط تسجيله، وهذا اذا كانت الحيازة قبل صدور نظام الآثار والمتاحف المادة [٣٠]، واذا كانت الحيازة بعد صدور النظام فهنا نفس الحكم، ولا بد من التسجيل، لكن يختلف ان يكون اكتشاف الاثر عن طريق الصدفة، اما لو كان متعمدا في البحث عنه فلا تعتبر حيازته سببا في التملك للمخالفة، ويلاحظ ان الحيازة هنا تسمح له فقط بالاستعمال والاستغلال اما التصرف سواء كان قانونيا بالبيع او ماديا بالتعديل فممنوع نظاما طبقا للمادة [٣٢].

المطلب الثالث: حيازة الاراضي للأموال العامة.

في الحيازة للملكية العامة فان المنظم الزم من تكون تحت يده الحيازة ان يسمح للناس بالرعي فيه طبقا للمادة [١١] من نظام المراعي والغابات: "تقوم الوزارة بالتنسيق مع الجهات الحومية التي لها حيازات واسعة مسورة او محمية وذلك لفتحها في اوقات تحددها للرعي بما لا يؤثر على ما حيزت من اجله"، فهنا نجد ان الحيازة لا تمنع الآخرين من الاستفادة لكن بشرطين:

١. ان تكون الحيازة واسعة ومحمية.

٢. عدم الضرر الذي يلحق بالغرض الذي من اجله تمت حيازة هذه الارض.

المطلب الرابع: المختص بنظر الدعاوى في الحيازة.

المحاكم العامة تختص بها طبقا للمادة [٣١] من نظام المرافعات، ودعاوى منع التعرض للحيازة وكذلك دعوى استردادها يندرج تحت الدعاوى المستعجلة والتي يخشى عليها فوات الوقت والمتعلقة بالمنازعات نفسها المادة [٢٠٥ و ٢٠٦ و ٢٠٩] من نظام المرافعات.