

جامعة الأزهر
كلية الشريعة والقانون بالقاهرة

الدراسات العليا
قسم الفقه العام

حدود المسؤولية عن مزار الجوار فى الشريعة الإسلامية والقانون المدنى

رسالة دكتوراه

إعداد

زكى زكى حسين زيدان
المدرس المساعد بقسم الشريعة الإسلامية
كلية الحقوق جامعة طنطا

إشراف

أ.د/ أحمد على طه ريان أ.د/ لاشين محمد يونس الغياتى

أستاذ ورئيس قسم القانون الخاص
ووكيل كلية الشريعة والقانون بطنطا

أستاذ الفقه المقارن بكلية الشريعة
والقانون بالقاهرة

١٤١٥ هـ - ١٩٩٥ م



الحمد لله

الذي هدانا لهذا الذي كنا
لنا فيه لولا أن هدانا الله

صدق الله العظيم

جزء من الآية ٤٣ من سورة الأعراف

الإهداء

إلى والدي :

طيب الله ثراه وأسكنه فسيح جنته

وإلى والدتي :

أطال الله بقاءها ونضّر في الآخرة وجهها

وإلى زوجتي :

تقديراً لجهدنا

وإلى ولدي :

محمد ومحمود

إشارة لهما على طريق العلم .

وإلى :

كل من يعمل لإعلاء كلمة لا إله إلا الله محمد رسول الله
صلى الله عليه وسلم .

شكر ونقابة

أتقدم بخالص الشكر والتقدير للأستاذين الكبارين
والعالمين الجليلين ، فضيلة الأستاذ الدكتور / أحمد على طه
ريان المشرف الشرعي على الرسالة وفضيلة الأستاذ الدكتور
/ لاشين محمد يونس الغاياتك المشرف القانوني على الرسالة ،
لما أسداهم إلّاء كل منهما من علمه الفياض وإشارات
المحكمة الدقيقة التي استفدت منها في بحثي هذا .

وأشهد أنك ما رأيت منهما سوى نبيل الفضلاء
وأخلاق العلماء والله أسأل أن يطيل في عمرهما
ويبارك في ذريتهما وأن يجعلهما نبراساً مضيئاً لطلاب
العالم .

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

المقدمة

الحمد لله الواحد الأحد ، الفرد الصمد ، الذى لم يلد ولم يولد ، ولم يكن له كفوا أحد ، القائل وهو أصدق القائلين ﴿ وهو الذى جعلكم خلائف الأرض ورفع بعضكم فوق بعض درجات ليبلوكم فى ما آتاكم إن ربك سريع العقاب وإنه لغفور رحيم ﴾ (١) والصلاة والسلام على النبى المجتبى المبعوث رحمة للعالمين والذى قال الله عنه ﴿ عزيز عليه ما عنتم حريص عليكم بالمؤمنين رؤوف رحيم ﴾ (٢) اللهم صل وسلم عليه وعلى من اهتدى بهديه إلى يوم الدين .

" وبعده "

فإن الملكية الخاصة ضرورة من ضروريات الحياة ، إذ لا حياة حقيقية للفرد بدونها ، وإن المطالبة بإلغائها إخلال بنظام الحياة وإماتة لروح العمل والابتكار ، كما أن إطلاق الملكية الخاصة بلا قيود ولا حدود هو سبب الفوضى والمنازعات ، ولابد للحد من هذه المشكلات أن تقيد هذه الحرية بما يكفل ذلك .

من أجل ذلك : جاءت الشريعة الإسلامية فأباحت الملكية الخاصة ، وقيدتها بقيود وحدود لا يجوز العدول عنها ، وإلا كان الإنسان مسئولاً عن هذا العدول ، فالإنسان ليس حراً فى التصرف فيما يملك، لأنه مستخلف فى هذا المال من المولى عز وجل القائل فى كتابه: ﴿ هو الذى جعلكم خلائف فى الأرض ﴾ (٣) وال خليفة يجب أن يلتزم بشروط من استخلفه، وأهم هذه الشروط منع الضرر بالآخرين، فالشريعة الإسلامية لم تأت إلا لمصالح العباد فى العاجل والأجل . ولقد توعد الله سبحانه وتعالى من يخالف حدوده فقال : ﴿ ومن يعص الله ورسوله ويتعد حدوده يدخله ناراً خالداً فيها وله عذاب مهين ﴾ (٤) .

فإذا ترتب على استعمال حق الملكية ضرر ، فإن الشريعة الغراء تبين أنه تجب الموازنة بين المصلحة التى شرع الحق من أجلها ، وبين الضرر الناجم عن ذلك ، فإن رجحت

(٢) سورة التوبة آية : ١٢٨ .

(١) سورة الأنعام آية : ١٦٥ .

(٤) سورة النساء آية : ١٤ .

(٣) سورة فاطر آية : ٣٩ .

مصلحة صاحب الحق لا يمس حقه وإن رجحت مضرة غيره - فردا أم جماعة - قيد حقه لدفع ذلك الضرر : فالإسلام دين إيجابى واقعى ، وهو نظام كامل لحياة مثالية كاملة .
ومما لا شك فيه أن للجوار بين الملاك ، اعتبارات هامة ترجع إلى حالة الاتصال العقارى فيما بينهم من تلاصق ومن تقارب أوجه المنافع ، وبعد أن استخرت الله عز وجل عازمت على الكتابة فى موضوع (حدود المسؤولية عن مضار الجوار فى الشريعة الإسلامية والقانون المدنى) لنيل درجة الدكتوراه إسهاما منى فى هذا المجال .

سبب اختيار هذا الموضوع :

إن هذا الموضوع يهم كل الأفراد بل كل المجتمعات ، لأن الإنسان اجتماعى بطبعه لا يعيش وحده بمنأى عن غيره بل يأنس بهم ويأنسون به ، ولذلك فإن مسائل الجوار تهتمه حيث تحدد ما له من واجبات وما عليه من حقوق ، كما أن هذا الموضوع يحتاج إلى دراسات مستفيضة تبين حدوده وأبعاده ، فرغم تنظيم المشرع المصرى لنوعى الجوار ، إلا أنه ما زال هناك الكثير من مسائل الجوار محل نزاع بين الجيران ، ولم تجد حلا فى نصوص القانون كما سيتضح ذلك من هذا البحث ، وإن كانت هناك حلول فى الفقه الإسلامى ، فلقد ترك علماءنا الأجلاء ثروة فقهية عظيمة يجب علينا الرجوع إليها والأخذ من بحورها ، فأردت بهذا البحث إلقاء الضوء على جانب من أحكام الفقه الإسلامى فى شأن هذا الموضوع ، ليتضح مدى مرونة الشريعة الإسلامية ، وكيف أنها حوت الكثير من النصوص التى تحكم مثل هذه العلاقات بين الجيران.

منهج الباحث فى دراسة الموضوع :-

وطريقتى التى سلكتها فى البحث تتلخص فى التعريف بالمسألة وشرحها إن كانت تحتاج إلى توضيح ، ثم ذكر أقوال العلماء فيها وفاقا واختلافا ناسبا قول كل مذهب إلى كتبه، وإذا كان للمتأخرين فى المسألة رأى يستدعى المقام ذكره فإنى أوردته ، وعند عرض الأقوال أبين ما استدل به أصحاب كل قول ووجهة الاستدلال ومناقشات أصحاب المذاهب بعضهم البعض هذا فيما يظهر لى أنه فى حاجة إلى التفصيل والبسط ، مع ذكر موقف القانون المدنى المصرى وآراء شراح القانون ثم أبين موقف محكمة النقض المصرية فى المسألة مع ذكر أحدث أحكام صدرت لها ثم أوازن بين الفقه الإسلامى والقانون الوضعى مبينا أوجه الاتفاق وأوجه الخلاف .

وقد جاء البحث فى ﴿ مقدمة ، و تمهيد ، وثلاثة أبواب ، وخاتمة ﴾ .

المقدمة :-

وتحتوى على أهمية الموضوع وسبب اختياره ومنهج الباحث فى دراسة الموضوع .

التمهيد :-

ويحتوى على خمس نقاط :

- أولاً : تعريف الملكية فى الفقه الإسلامى والقانون .
- ثانياً : عناصر الملكية فى الفقه الإسلامى والقانون .
- ثالثاً : خصائص الملكية فى الفقه الإسلامى والقانون .
- رابعاً : أساس تقييد الملكية فى الفقه الإسلامى والقانون .
- خامساً : القيود الواردة على الملكية فى الفقه الإسلامى والقانون .

الباب الأول

ففى التعرف بالجواري والأحكام المتعلقة به فى الشريعة الإسلامية والقانون

ويحتوى هذا الباب على أربعة فصول :

- الفصل الأول : مفهوم الجوار فى الشريعة الإسلامية والقانون .
- الفصل الثانى : أساس المسؤولية عن مضار الجوار فى الشريعة الإسلامية والقانون .
- الفصل الثالث : الضرر الذى يوجب المسؤولية عن مضار الجوار فى الشريعة الإسلامية والقانون .
- الفصل الرابع : إثبات الضرر وجزاؤه فى الشريعة الإسلامية والقانون .

الباب الثاني

أنواع الجوار في الفقه الإسلامي والقانون

ويتنوع هذا الباب على فصلين :-

الفصل الأول : الجوار الجانبي في الفقه الإسلامي والقانون .

ويتنوع هذا الفصل على مبحثين :

المبحث الأول : الأضرار التي تضر بملك الجار في الفقه الإسلامي والقانون .

ويتنوع هذا المبحث على ستة مطالب

- المطلب الأول : الحائط الفاصل في الفقه الإسلامي والقانون .
 - المطلب الثاني : الحائط المشترك في الفقه الإسلامي والقانون .
 - المطلب الثالث : الحائط المتنازع عليه في الفقه الإسلامي والقانون .
 - المطلب الرابع : الحائط المائل في الفقه الإسلامي والقانون .
 - المطلب الخامس : وضع الحدود في الفقه الإسلامي والقانون .
 - المطلب السادس : أثر الجوار في ثبوت الشفعة في الفقه الإسلامي والقانون .
- المبحث الثاني : الأضرار التي تضر بعرض الجار في الفقه الإسلامي والقانون .
- الفصل الثاني : الجوار الرأسي في الفقه الإسلامي والقانون .
- المبحث الأول : الجوار الرأسي في الفقه الإسلامي .
- المبحث الثاني : الجوار الرأسي في القانون .
- المبحث الثالث : الموازنة بين الفقه الإسلامي والقانون من حيث الجوار الرأسي .

الباب الثالث

حقوق الإرتفاق في الفقه الإسلامي والقانون

ويتنوع هذا الباب على ثلاثة فصول :

- الفصل الأول : حق الشرب في الفقه الإسلامي والقانون .
- الفصل الثاني : حق المجرى والمسيل في الفقه الإسلامي والقانون .
- الفصل الثالث : حق المرور في الفقه الإسلامي والقانون .

الخاتمة :-

وقد لخصت فيها أهم النتائج التي توصلت إليها في هذا البحث .

وتيسيراً للاستفادة من هذا البحث صنفت له الفهارس التالية :

- ١ - فهرس الآيات القرآنية .
 - ٢ - فهرس الأحاديث النبوية والآثار .
 - ٣ - فهرس المصطلحات اللغوية والشرعية .
 - ٤ - فهرس المراجع .
 - ٥ - فهرس موضوعات الرسالة .
- وفي الختام : أسأل العلي القدير أن ينفع بهذا البحث في مجالات التطبيق الإسلامي وإعادة ثقة المسلمين بدينهم وتراثهم ، فلكل أمة تراثها الذي تعتز به وتفخر ، ولأمتنا الإسلامية تراث لا يطاوله تراث .

﴿ ربنا لا تُزغ قلوبنا بما إنك أهبطنا
وهب لنا من لسانك رحمة إنك أنت الوهاب ﴾^(١)

(١) سورة آل عمران آية : ٨ .

التمهيد

تمهيد

يحتوى هذا التمهيد على النقاط التالية :

- أولاً : تعريف الملكية فى الفقه الإسلامى والقانون .
 - ثانياً : عناصر الملكية فى الفقه الإسلامى والقانون .
 - ثالثاً : خصائص الملكية فى الفقه الإسلامى والقانون .
 - رابعاً : أساس تقييد الملكية فى الفقه الإسلامى والقانون .
 - خامساً : القيود الواردة على الملكية فى الفقه الإسلامى والقانون .
- وسوف أبين هذه النقاط بشئى من الإيضاح .

أولاً : تعريف الملكية فى الفقه الإسلامى والقانون .

تحتوى هذه النقطة على تعريف الملكية فى الفقه الإسلامى ، ثم فى القانون ثم الموزنة بينهما .
أ - تعريف الملكية فى الفقه الإسلامى :

أبدأ بتعريف الملكية فى اللغة ، ثم أبين تعريفها فى الفقه الإسلامى .

١ - تعريف الملكية فى اللغة : (١)

إن الباحث فى معاجم اللغة ، يجد أن معنى الملك : احتواء الشئ والقدرة على الاستبداد به ،
والتصرف بانفراد .

وقد ورد مثلث الميم ، أى بفتحها ، وكسرهما ، وضمها ، ولكن شاع استعماله مكسور
الميم ومفتوحها فى ملك الأشياء ، يقال : ما فى ملكه شئ وما فى ملكه شئ وما فى ملكته شئ
أى لا يملك شيئاً . والملك بالكسر الفاعل منه مالك والجمع منه ملاك (٢) .
وشاع استعمال الملك مضموم الميم فى الولاية العامة ، أى التصرف بالأمر والنهى فى
الجمهور ، والجمع ملوك وأملاك .
كما وضع فى كتب اللغة أن معنى التملك : الملك قهراً أو المستبد به ، يقال : ملكه
يملكه تملكاً: استبد به (٣) .

(١) مادة " ملك " الصحاح للجوهري ١٦٠٩/٤ ط دار الكتاب العربى ، جمهرة اللغة لابن دريد ٦٩/٣ ، ٧٠ ط دار صادر ،

لسان العرب لابن منظور ٤٩٢/١٠ ط دار صادر ، تاج العروس للزبيدي ١٧٩/٧ : ١٨٤ .

(٢) القاموس المحيط للفيروز أبادى ٣٢٠/٣ ط عالم الكتب ، المصباح المنير للفيومى ص ٥٧٣ .

(٣) تاج العروس ١٨٠/٣ ، معجم مقاييس اللغة لابن فارس ٣٥٢/٥ ط دار الجيل .

٢ - تعريف الملكية فى الفقه الإسلامى :

إن الباحث فى كتب الفقه وأصوله ، يجد أن العلماء قد عرفوا الملك بتعريفات شتى فى ثنايا كتبهم ، والباعث على هذا الاختلاف ، اختلاف أنظارهم فى المعنى الاصطلاحى للملك . فمنهم من نظر إليه باعتباره حقيقة شرعية أو حكماً أقره الشارع ، ومنهم من نظر إليه على أساس ذكر موضوعه وثمرته ، ومنهم من نظر إليه باعتبار كونه علاقة بين المالك والمملوك وسأعرض لبعض تعريفات الملك فى المذاهب الأربعة التى تبين هذه الاتجاهات الثلاث .

الاتجاه الأول :

من تعريفات الفقهاء التى عرفت الملك على أساس أنه حقيقة شرعية

- ١ - عرفه القرافى بقوله : حقيقة الملك : إنه حكم شرعى مقدر فى العين أو المنفعة يقتضى تمكن من يضاف إليه من انتفاعه بالمملوك والعوض عنه من حيث هو كذلك (١) .
- ٢ - وعرفه ابن السبكى بقوله : الملك : حكم شرعى يقدر فى عين أو منفعة يقتضى تمكن من ينسب إليه من انتفاعه والعوض عنه من حيث هو كذلك (٢) .
- ٣ - وعرفه ابن قدامة بقوله : هو عبارة عن حكم يحصل به تصرف مخصوص (٣) .

مناقشة هذا الاتجاه :

يلاحظ على تعريفات هذا الاتجاه أنها لا تبرز حقيقة الملك ومعناه بشكل دقيق إذ إنها تعرف الملك انطلاقاً من كونه حكماً أو حالة ثم تأخذ فى ذكر مضمون هذا الحكم وأثره ، وتعريف الملك بشكل دقيق يجب أن ينطلق من كونه علاقة ذات طبيعة خاصة بين الإنسان والشئ المملوك من شأنها أن تعطيه القدرة على التصرف إلا إذا وجد مانع (٤) .

(١) الفروق للإمام القرافى ٢٠٩٥٢٠٨/٣ ط عالم الكتب .

(٢) الأشباه والنظائر لابن السبكى ص ٥٧ ، والأشباه والنظائر للسيوطى ص ١٩١ ط دار الفكر .

(٣) المغنى والشرح الكبير ١٧/٦ ، ٦٠ ط دار الفكر .

(٤) د - عبد السلام العبادى ، الملكية فى الشريعة الإسلامية ، (رسالة دكتوراه) مقدمة لكلية الشريعة والقانون بالقاهرة سنة

١٩٧٣م - ١٣٩٣ هـ ج ١ ص ١٠٢ ، د - عبالله المصلح ، قيود الملكية الخاصة ص ٣٥ ط مؤسسة الرسالة .

الاتجاه الثانى :

من تعريفات الفقهاء التي عرفت الملك على أساس ذكر موضوعه وثمرته .

- ١ - عرفه الكرابيسى بأنه : تسليط على جميع أنواع التصرفات (١) .
- ٢ - وعرفه الكمال بن الهمام بقوله : قدرة يثبتها الشارع ابتداء على التصرف ، وزاد ابن نجيم قيد " إلا لمانع " (٢) .
- ٣ - وعرفه ابن الشاط : تمكن الإنسان شرعاً بنفسه أو بنيابة من الانتفاع بالعين أو المنفعة ومن أخذ العوض عن العين أو المنفعة (٣) .
- ٤ - وعرفه ابن تيمية بقوله : القدرة الشرعية على التصرف فى الرقبة (٤) .

مناقشة هذا الاتجاه :

يلاحظ على هذا الاتجاه أن تعريفاته لا تبرز حقيقة الملك بشكل دقيق إلا أنها تبين فقط الآثار والنتائج التي تترتب على الملك من القدرة على الانتفاع والتصرف وغيرهما . ولم تبين أن الملك علاقة مشروعة بين الإنسان والشئ المملوك (٥) .

الاتجاه الثالث :

من تعريفات الفقهاء التي عرفت الملك على اعتبار كونه علاقة بين الملك والشئ المملوك .

- ١ - عرفه صدر الشريعة بأنه : اتصال شرعى بين الإنسان وبين شئ يكون مطلقاً لتصرفه فيه وحاجزاً عن تصرف غيره فيه (٦) .

(١) الفروق للكرابيسى ورقة ٥١١ مخطوط بدار الكتب المصرية تحت رقم (٢٩٣) فقه حنفى ميكروفيلم ٣٧٨٧٤ . والكرابيسى هو " أبو المظفر أسعد بن محمد النيسابورى الكرابيسى المتوفى ٥٧٠هـ .

(٢) شرح فتح القدير ٢٤٨/٦ ط دار الفكر ، الأشباه والنظائر لابن نجيم ص ٤١١ ط دار الفكر .

(٣) حاشية إدرار الشروق على الفروق ٢٠٩/٣ .

(٤) الفتاوى الكبرى ٣٤٧/٣ ط كردستان بالقاهرة ، مجموع الفتاوى ١٧٨/٢٩ ط دار الرحمة .

(٥) د- حسن الشاذلى الاقتصاد الإسلامى مصادره وأسمه ص ٩٦ ط دار الإتحاد العربى .

(٦) شرح الوقاية فى مسائل الهداية ١٩٦/١ ط الهند سنة ١٣١٦ هـ . وأيضاً الجرجاني فى التعريفات ص ٢٢٨ .

٢ - وعرفه الكاساني بقوله : ولاية التصرف للمالك فى المملوك باختياره ليس لأحد ولاية الجبر عليه إلا لضرورة ، ولا لأحد ولاية المنع عنه وإن كان يتضرربه إلا إذا تعلق به حق الغير (١) .

٣ - وعرفه ابن عرفة بقوله : الملك استحقاق التصرف فى الشئ بكل أمر جائز فعلاً أو حكماً لا بنياية(٢) .

مناقشة هذا الاتجاه :

يلاحظ على تعريفات هذا الاتجاه بأنها أقرب التعريفات إلى الكمال وأكثرها سلامة من النقد ، فهى تبرز ماهية العلاقة التى تقوم بين المالك والشئ المملوك وبأنها مقيدة بالشرع الحكيم . وبهذا الاتجاه أخذ الفقهاء المحدثون وعرفوا الملك بعدة تعريفات تكاد تكون متقاربة منها:

- ١ - إنه : اختصاص حاجز شرعاً لصاحبه التصرف إلا لمانع (٣) .
- ٢ - ومنها : حيازة الشئ متى كان الحائز وحده قادراً على التصرف فيه والانتفاع به عند عدم المانع الشرعى (٤) .
- ٣ - ومنها : اختصاص حاجز بمقتضاه يخول صاحبه شرعاً الانتفاع والتصرف به وحده ابتداءً إلا لمانع يمنع من ذلك (٥) .

مما سبق من تعريفات للملكية نستنتج أن التعريف يجب أن يشتمل على الأمور التالية :

- ١ - أنه اختصاص أو علاقة يختص الإنسان فيها بشئ .
- ٢ - أن موضوع هذا الاختصاص : القدرة على الانتفاع والتصرف بهذا الشئ .
- ٣ - أن هذا الانتفاع والتصرف قد يمنع منهما مانع .
- ٤ - أن هذا الانتفاع قد يتم أصالة أو بوكالة، وعليه يمكن أن أعرف الملكية بأنها : اختصاص حاجز يمكن صاحبه شرعاً من التصرف على وجه دائم عند عدم المانع

(١) بدائع الصنائع ٦/٢٦٤ ط دار الحديث ، ونفس المعنى ابن عابدين فى حاشيته ٤/٥٠٢ .

(٢) شرح حدود ابن عرفة للرصاع ص ٦٠٥ ط دار الغرب الإسلامى .

(٣) د - مصطفى الزرقاء الفقه الإسلامى فى ثوبه الجديد ١/٢٤١ ط دار الفكر ، وفى نفس المعنى الشيخ على الخفيف ، مختصر

المعاملات الشرعية ص ٩ . د - محمد شلبى المدخل فى التعريف بالفقه الإسلامى ص ٣٣٨ ، د - أحمد فراج . الملكية ونظرية

العقد فى الشريعة الإسلامية ص ٣٠ ، د - عبد المجيد مطلوب ، الوجيز فى المال والملك ونظرية العقد ص ٢٢ .

(٤) الشيخ أحمد إبراهيم ، المعاملات الشرعية المالية ص ٩ ، ونحوه د - محمد يوسف موسى الفقه الإسلامى ص ٢٥٤ ، د -

محمد سلام مذكور ، المدخل للفقه الإسلامى ص ٤٧٣ .

(٥) أستاذنا الأستاذ الدكتور/ لاشين الغاياتى ، حق الملكية ص ٢ ، ٢١ .

(ب) تعريف الملكية في القانون الوضعي :

لم يعرف القانون المدني المصري حق الملكية تعريفاً مباشراً ، جرياً على عاداته في الإقلال من التعريفات بقدر المستطاع ، ومع ذلك نص على ما استخلص منه بعض الشراح تعريفات ارتضوها للملكية . فنص في المادة ٨٠٢ مدني على أنه

" لمالك الشيء وحده في حدود القانون حق استعماله واستغلاله والتصرف فيه "

وإذا كان هذا النص قد أحاط بعناصر حق الملكية ، فإنه يقصر عن بيان كل خصائصه فمثلاً لا تظهر فيه صفة الدوام ، ولكن المشرع تجنب في هذا النص النقد الذي وجه للمادة ١١ / ٢٧ التي كانت تنص على أن الملكية : هي الحق للمالك في الانتفاع بما يملكه والتصرف فيه بطريقة مطلقة .

تعريفات بعض شراح القانون للملكية :

عُرفت الملكية بعدة تعريفات منها :

- ١ - حق ملكية الشيء هو : حق الاستئثار باستعماله وباستغلاله وبالتصرف فيه على وجه دائم، وكل ذلك في حدود القانون (١) .
 - ٢ - ومنها : الملكية حق بمقتضاه يوضع شيء تحت إرادة شخص يكون له دون غيره أن يستعمله ويستغله ويتصرف فيه بكل التصرفات في حدود القانون (٢) .
 - ٣ - ومنها : الملكية : حق يخضع شيئاً مادياً معيناً لتسلط شخص معين تسلطاً حاجزاً ، ومانعاً، لكل تسلط مماثل من قبل الآخرين (٣) .
 - ٤ - ومنها : هي التي يخول فيها الحق صاحبه السلطات التي تمكن من الحصول على كل منافع أو مزايا الشيء محل الحق (٤) .
- وهذه التعريفات تكاد تكون متقاربة ، ولعل أدقها هو التعريف الأول لأنه ذكر عناصر الملكية الثلاث ، وذكر أهم خصائصها وهي صفة الدوام .

(١) د - السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني : حق الملكية ج ٨ ص ٤٩٣ فقرة ٢٩٧ ط ١٩٦٧ .

(٢) د - محمد كامل مرسى ، الحقوق العينية الأصلية ج ١ ص ٢٦٤ ط ١٩٥١ .

(٣) د - حسن كيرة : أصول القانون المدني ج ١ ص ١٥١ فقرة ٤٧ ط ١٩٦٥ .

(٤) د - منصور مصطفى ، حق الملكية في القانون المدني المصري ص ٧ ط ١٩٦٥ .

(ج) المقارنة بين تعريف الملك في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي :

بالمقارنة بين تعريف الملك في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي يتضح مايلي :

أولاً : اتساع مفهوم الملك في الفقه الإسلامي ، إذ يتناول ما يتعلق بالعين ومنفعتيها معاً وهو ما يسمى بالملك التام ، كما يتناول ما يتعلق بالعين وحدها أو المنفعة وحدها وهو ما يسمى بالملك الناقص ، فهذا المفهوم يتسع ويضيق بحسب ما يتعلق به .
أما في الفقه الوضعي : فإن مدلوله لا يصدق إلا على ما يتحقق به الملك التام عند فقهاء الشريعة ، فهو لا يرد إلا على شئ مادي ، أما ماعداه من أنواع الملك فلا يتناوله حق الملكية ، إلا بصفته حق عيني أصلي متفرع عن حق الملكية ، كحق الانتفاع والاستعمال والسكنى .

ثانياً : من خلال تعريفات فقهاء الشريعة يبين لنا : أن الملكية في الشريعة مقيدة وليست مطلقة . فالكاساني يقول : ليس لأحد ولاية الجبر عليه إلا بالضرورة ، ولا لأحد ولاية المنع إلا إذا تعلق به حق الغير .

أما في القانون : فقد كانت مطلقة كما هو منصوص عليه في المادة ٢٧ / ١١ من التقنين السابق . أما في القانون الحالي فهي مقيدة بحدود القانون الوضعي .
ومن ثم فإن الشريعة الإسلامية أسبق في تقييد الملكية من القانون الوضعي .
ثالثاً : إن الملكية في الشريعة الإسلامية توصف بأنها : حكم شرعي أو قدرة شرعية أو وصف شرعي ، مما يؤدي إلى أن الملك لا يكون له وجود شرعي ، إلا حيث يقر الشارع وجوده ، ولا يترتب عليه من الآثار إلا مرتبه الشارع الحكيم ، أما في القانون فلا توصف بذلك .

ثانياً : عناصر الملكية في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي :

تحتوي هذه النقطة على ثلاثة أشياء :

- أ - عناصر الملكية في الفقه الإسلامي .
- ب- عناصر الملكية في القانون الوضعي .

ج- المقارنة بين عناصر الملكية في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي .

(أ) عناصر الملكية فى الفقه الإسلامى :

يقصد بها : القدرات والسلطات التى تخول لصاحب الملكية بموجب حقه فيها .
وهى : التصرف والاستغلال والاستعمال ، وهذا ما يطلق عليه فقهاء الشريعة حكم الملك أى الأثر المترتب على قيام الملك (١) .

يقول الكاسانى : حكم الملك : ولاية التصرف للمالك فى المملوك باختياره ليس لأحد ولاية الجبر عليه إلا لضرورة ، ولا لأحد ولاية المنع وإن كان يتضرر به إلا إذا تعلق به حق الغير ، فيمنع من التصرف من غير رضا صاحب الحق ، وغير المالك لا يكون له التصرف فى ملكه من غير إذنه ورضاه إلا لضرورة (٢) .

من هذا النص يتضح : بأن موجب الملك : التصرف فى الشئ المملوك .
وقد اهتم الفقهاء بتحديد السلطات والقدرات التى يتمتع بها صاحب حق الملكية ويحسن عرضها بإيجاز من مختلف المذاهب الفقهية كما يلى :

أولاً : مذهب الحنفية

ذهب الحنفية إلى أن من ملك الشئ ، ملك التصرف فيه ، لأن الغرض من ملك الرقبة هو ملك التصرف فيها ، مستدلين على ذلك بأن العقد الباطل لا يفيد بطلانه ملك التصرف ، وما لا يفيد ملك التصرف لا يفيد ملك الرقبة ، فالملك يُجوز التصرف بلا توقف على رضا الغير . (٣)

ثانياً : مذهب المالكية :-

ذهب المالكية إلى أن موجب الملك الانتفاع ، والانتفاع يكون بوجهين انتفاع يتولاه المالك بنفسه، وانتفاع يتولاه النائب عنه ... والانتفاع إما مع أخذ العوض أو بدونه ، وإما مع رد العين أو بدونه ...

(١) د - عبد الله مختار يونس ، الملكية فى الشريعة الإسلامية ص ١٢٢ .

(٢) بدائع الصنائع للكاسانى ٢٦٣/٦ ، ٢٦٤ .

(٣) شرح العناية على الهداية للبارتلى ١٧٤/٥ ، ١٨٧ ، ٢٣٢ ، حاشية ابن عابدين ٥٠٢/٤ المبسوط للسرخس ١٠٠٩/١٣ . درر

الحكام فى شرح غرر الأحكام ٢٦٥/٢ .

فلا معنى للملك إلا التمكن من الانتفاع ومن أخذ العوض أو من الانتفاع خاصة إذ الملك الحقيقي يقتضى استحقاق التصرف فيه بجميع خواصه . (١)

ثالثاً : مذهب الشافعية : -

ذهب الشافعية إلى أن التصرف يثبت بحصول الملك ويزول بزواله، كما أن من ملك شيئاً فله حق التصرف فيه . (٢)

رابعاً : مذهب الحنابلة

ذهب الحنابلة إلى أن الملك يقتضى سلطاناً واستدامةً وتصرفاً بأنواع التصرفات فى رقبته . وبأن الملك مطلق لسائر التصرفات (٣) .

نستخلص من هذا العرض الموجز أن الشريعة الإسلامية ، تحترم حق المالك فى حرية التصرف فى ملكه كيفما يشاء ، كما تحترم حق المالك فى الانتفاع ، بشرط عدم الإضرار بحقوق الآخرين وبالصالح العام .

(ب) : عناصر الملكية فى القانون :

إن حق الملكية فى القانون ، هو أوسع الحقوق العينية نطاقاً ، إذ يخول لصاحبه جميع السلطات التى يتصور ورودها على الشئ ، وهى الاستعمال والاستغلال والتصريف ، فإذا اجتمعت هذه العناصر الثلاثة فى يد شخص واحد كانت له الملكية التامة على الشئ ، وقد نصت على ذلك المادة ٨٠٢م بقولها : (لمالك الشئ وحده فى حدود القانون ، حق استعماله واستغلاله والتصرف فيه) .

وسوف أوضح هذه السلطات بإيجاز فيما يلى : -

١ - تهذيب الفروق لمحمد حسين ٢٣٤/٣ ، شرح حدود ابن عرفه للرصاع ٦٠٥ : ٦٠٨ .

٢ - قواعد الأحكام للعر ابن عبد السلام ٦/٢ ، حاشية قليوبى على المنهاج ٥/٣

٣ - المغنى لابن قدامة مع الشرح الكبير ٢٠٠/٤ ، ٢٣٨ .

أولاً : الاستعمال

يقصد بالاستعمال استخدام المالك الشئ المملوك حسب طبيعته لانتفاعه الشخصي (١) فاستعمال الدار يكون بسكناها ، والثياب بلبسها ، والكتاب بقراءته . ويعتبر من قبيل الاستعمال ، أعمال الحفظ والصيانة التي يقوم بها المالك في ملكه كما إذا رمم منزله . وللمالك حرية اختيار الطريقة التي يستعمل بها حقه ، ولا حد في سلطته إلا ما يفرضه القانون عليه من قيود . كما له أن يتوقف عن الاستعمال دون أن يتعرض لفقدان ملكيته ، إلا إذا تدخل القانون وفرض عليه استعماله ، فحق الملكية على خلاف الحقوق العينية الأخرى لا يسقط بعدم الاستعمال مهما طال مدتة ، كما أن للمالك أن يستعمل الشئ حتى ولو أدى إلى هلاكه (٢) .

ثانياً : الاستغلال

يقصد بالاستغلال الحصول على ثمار الشئ التي يكون قابلاً لإنتاجها عن طريق استغلاله بأحد الأعمال القانونية (٣) .

والاستغلال قد يكون مباشراً ، مثل أن يزرع الأرض مالكةا ويجني ثمارها بنفسه ، وقد يكون غير مباشر ، ويتحقق عن طريق جعل الغير يجني ثمار الشئ ، ويدفع مقابل الثمار ، والمالك في هذه الحالة يقوم بعمل من الأعمال القانونية بتأجير الشئ والحصول على الأجرة . والاستغلال يمتد إلى جميع ما يمتد إليه نطاق حق الملكية ، فيشمل الثمار والمنتجات .
والثمار : هي ما يتولد عن الشئ دورياً من فوائد أو منافع تكون بمثابة الدخل أو الربح المنتظم عن توظيف الشئ أو استثماره ، دون المساس بجوهر الشئ أو الانتقاص من مادته .
أما المنتجات : فهي التي تتولد عن الشئ دون أن يكون هذا بصفة دورية ، مع استهلاك مادته ، أو الانتقاص منها ، كما يشمل الاستغلال العلو والعمق إلى الحد المفيد .

١ - د . عبد المنعم فرج الصدة ، حق الملكية فقرة ١٩ ص ٢٧ ط ١٩٦٤ ، أ . د لاشين الغاياتي المرجع السابق ص ٢٩ .

٢ - د . السنهوى ، الوسيط ح ٨ فقرة ٢٩٩ ص ٤٩٧ ، ٤٩٨ ، د . حسن كيرة ، المرجع السابق فقرة ٥٦ ص ١٧٥ وما بعدها .

د . عبد المنعم البدرأوى ، المرجع السابق فقرة ١٣ ص ٢٤ ، د . توفيق فرج ، المرجع السابق فقرة ٣٢٥ ص ٩٥ وما بعدها .

٣ - د . عبد المنعم البدرأوى ، المرجع السابق فقرة ١٤ ص ٢٥

كما أن للمالك أن يستغل الشيء ، كما قلنا في الاستعمال ، إلا إذا تدخل القانون (١) وهناك قيود كثيرة على هذه السلطة ستأتى فيما بعد .

ثالثا : التصرف

يقصد بالتصرف : استخدام الشيء استخداما تنفذ به مقوماته بصفة كلية أو جزئية، ويترتب عليه زوال كل أو بعض السلطات عليه أو على الأقل تغييره (٢) .
والتصرف قد يكون تصرفا ماديا ، وقد يكون قانونيا .

التصرف المادى : هو التصرف فى الشيء بكل الأعمال المادية التى تنفق مع حق المالك فى الاستعمال ولو كانت أعمالا ضاره بالنسبة له . فله أن يقطع الأشجار أو يهدم المباني، أو إعدام مادة الشيء باستهلاكه .

وسلطة المالك من حيث التصرف المادى فى الشيء هى من أهم ما يميز به بين حق الملكية وبين غيره من الحقوق العينية الأخرى ، لأن النوع الأخير من الحقوق لا يخول صاحب الحق سلطات التصرف المادى فى الشيء ، وإنما تخول له فقط استعمال الشيء أو استغلاله ، أو الإفادة منه بصفة عامة بحسب مضمون كل حق بشرط المحافظة عليه (٣) .
وإذا كان للمالك سلطة التصرف المادى ، فإنه يشترط فى تصرفه ألا يضر بحقوق الغير على الشيء ، كما لو أهلك المالك بخطئه منزلا مملوكا له ، وكان قد تقرر عليه حق انتفاع للغير . فإنه يجبر فى هذه الحالة على إعادة الشيء إلى أصله ، ويعود حق المنتفع مع تعويضه عما فاتته من منفعة (٤) .

١ - د . السنهورى ، الوسيط ح ٨ فقرة ٣٠٢ ص ٤٩٩ - ٥٠١ ، د . إسماعيل غانم حق الملكية فقرة ٢٧ ص ٤٧ ط ١٩٦١ ،

د . حسن كبيرة ، المرجع السابق فقرة ٥٧٥ ص ١٧٧ - ١٨١

د . توفيق فرج ، المرجع السابق ، فقرة ٣٢ ، ص ٩٨ - ١٠٢ ، د . محمد على عمران ، الحقوق العينية الأصلية ص ٢٤٦ ط

١٩٨٩ ، د . رمضان أبو السعود ، المرجع السابق ص ٣٠٣ ، د . مصطفى الجمال ، نظام الملكية ص ٨٢ ط ١٩٨٨ أ . د .

لاشين الغاياتى ، المرجع السابق ص ٣٢ .

٢- د - عيد المنعم فرج الصدة ، المرجع السابق فقرة ٢٠ ص ٢٨ ، د - محمود زكى ، المرجع السابق فقرة ١٢ ص ٣٣

٣- د - حسن كبيرة ، المرجع السابق فقرة ٥٨ ص ١٨١ وما بعدها ، د - توفيق فرج ، المرجع السابق فقرة ٣٤ ص ١٠٢ .

٤- د - توفيق فرج ، المرجع السابق فقرة ٣٥ ص ١٠٥ .

أما التصرف القانوني : فهو القيام بكافة التصرفات القانونية في حقه الواردة على هذا الشيء ، ويتم ذلك بنقل الملكية أو بعض عناصرها إلى الغير، كالبيع أو الهبة ، أو بتقرير حق عيني عليه .

سواء كان هذا الحق من الحقوق العينية الأصلية المتفرعة عن الملكية كالانتفاع أو الارتفاق أم من الحقوق العينية التبعية كالرهن ، فيجوز للمالك أن يتصرف في ملكه بجميع أنواع التصرفات .

ومن هذا نرى : أن للمالك وحده التصرف بكافة التصرفات المادية والقانونية في حدود ما يقضى به القانون وليس لغيره من أصحاب الحقوق المتفرعة عن الملكية مثل هذه السلطات . هذا هو الاتجاه الغالب في الفقه المصري وهو ما نؤيده (١) .

إلا أن بعض شراح القانون (٢) يقصدون هنا التصرف القانوني فقط ، ويجعلون التصرف المادي ضرباً من ضروب الاستعمال . والبعض الآخر من الشراح (٣) يرى أن المقصود بالتصرف هو التصرف المادي وليس التصرف القانوني .

ومن الجدير بالذكر أن الفصل بين سلطة التصرف وسلطتي الاستعمال والاستغلال ليس تاماً، فقد يختلط الاستعمال بالتصرف ، وذلك إذا كانت الملكية واردة على شيء من الأشياء التي لا تتحمل الاستعمال المتكرر كاستعمال النقود أو المواد الغذائية، فإنه يتضمن في نفس الوقت التصرف فيها . وقد يختلط الاستغلال أو الاستثمار بالتصرف ، فالتفرقة بينهما تقوم على أساس أن الأول لا يمس بجوهر الشيء ، وأن الآخر يمس بهذا الجوهر . وقد يختلط الاستعمال بالاستغلال . إذ أن استعمال الأرض لا يكون إلا بزراعتها والحصول على ثمارها (٤) .

ومن الجدير بالذكر أيضاً : أن القانون قد يفرض قيوداً على حق المالك في التصرف في ملكيته ولكن هذه القيود تكون مؤقتة وأمثلة ذلك كثيرة ليس هنا مجالها (٥) .

-
- (١) د - إسماعيل غانم ، المرجع السابق فقرة ٢٨ ص ٧٠ ، د - منصور مصطفى منصور ، المرجع السابق فقرة ١٠ ص ٣٠، ٢٩ ، د - عبد المنعم فرج الصدة ، المرجع السابق ص ٢٤٦ ، د - حسن كيرة المرجع السابق فقرة ٨٥ ص ١٨٣ .
- (٢) د - أحمد سلامة ، الملكية الفردية فقرة ٤٠ ص ١٢٧ / د - السنهوري الوسيط ح ٨ فقرة ٢٩٩ ص ٤٩٧ .
- (٣) د - محمد عرفة ، المرجع السابق ج ١ فقرة ١٦٢ ص ٢٠٤ ، د - عبد المنعم البدرأوى ، المرجع السابق فقرة ١٥ ص ٢٥
- (٤) د - مصطفى الجمال ، المرجع السابق فقرة ٤١ ص ٨٣ ، د - لبيب شنب ، المرجع السابق فقرة ٢٤ ص ٢٣ .
- (٥) د - لاشين الغاياتي ، المرجع السابق ص ٣٥ .

(ج) المقارنة بين عناصر الملكية فى الفقه الإسلامى والقانون الوضعى :

أولاً :

لو نظرنا إلى تعريفات فقهاء الفقه الإسلامى للملك ، نجد أنهم لم يعنوا بذكر عناصر حق الملكية الثلاثة ، فإن معظم تعريفات الفقهاء اقتصر على ذكر عنصر التصرف فقط ، ولكن ليس فى إغفال فقهاء الفقه الإسلامى لذكر هذه العناصر فى تعريف الملك دلالة على أنهم لا يرونها مظهراً للملك فى الخارج وأن بها قيامه . فذكر عنصر التصرف يغنى عن عنصر الاستعمال والاستغلال ، لأن من له حق التصرف يثبت له من باب أولى حق الاستعمال والاستغلال ، ولا يمنع من ممارسة هذه السلطات شرعاً إلا إذا منع من التصرف بسبب ثبوت حق لغيره (١) ، (٢) . أما فى القانون الوضعى فقد عنى بذكر هذه العناصر وذلك لأنه لا يرى حق الملكية إلا فى واقعة معينة على صورة شاملة .

ثانياً : إن الفقه الإسلامى حين يرى أن الملك حكم شرعى أوقدرة شرعية يمنحها الشارع للشخص فإنه يجعلها أساساً وسبباً لما هو واقع فى الخارج ، فهو يعرض للملك فى صورة عامة مختلفة الصور فمنه الملك التام ومنه الملك الناقص ، ومن ثم كان مظهر الملك فى الخارج مختلفاً بحسب متعلقه ، إذ من الحقوق ما لا يقبل التصرف كالوقف ، ومنها ما لا يقبل الاستغلال ويقتصر على الانتفاع كحق المرور ، ومنها ما يقبلها كحق التعلية .

ومن هنا لم يكن ثبوت العناصر الثلاثة أمراً لازماً لثبوت الملك ، بل يكفى لثبوته شرعاً أن يكون هناك اختصاص مصاحب له . ومن هذا نرى أن الملك فى الشريعة الإسلامية أعم من الفقه الوضعى وكان ذلك أساس اختلافهما فى عناصره .

ثالثاً : خصائص حق الملكية فى الفقه الإسلامى والقانون الوضعى :

تحتوى هذه النقطة على ثلاثة أشياء :

- أ - خصائص الملكية فى الفقه الإسلامى .
 - ب - خصائص الملكية فى القانون .
 - ج - المقارنة بين خصائص الملكية فى الفقه الإسلامى والقانون .
- وسوف أبين هذه الأشياء بإيجاز .

(١) تراجع د - عبد الناصر العطار ، شرح أحكام حق الملكية فقرة ٣ ص ١٢ ، د - لاشين الغابياتى حق الملكية ص ٣٧ .

(٢) مادة (صرف) لسان العرب ٢٤٣٦/٣ إذ يقول الصرف يريد الشئ عن وجهه صرفه بصرفه صرفاً نصرف ، فالصرف ما

يتصرف به ، وصرفت الرجل فى أمرى فتصرف فيه . فهذا يفهم منه أنه يشمل جميع التصرفات .

(أ) خصائص الملكية فى الفقه الإسلامى :

قبل أن أبين خصائص الملكية فى الفقه الإسلامى ، أود أن أبين أقسام الملك باعتبار محله .
لأن الخصائص قائمة على أقسام الملك بهذا الاعتبار ، وهذه الأقسام هى :

- ١ - ملك العين والمنفعة معاً .
- ٢ - ملك العين فقط .
- ٣ - ملك المنفعة .
- ٤ - ملك الانتفاع (١) .

وقد أطلق الفقهاء على ملك العين والمنفعة معاً الملك التام ، وما عداه الملك الناقص(٢)
ولكل من الملك التام والملك الناقص ، خصائص تختلف عن الآخر ، لم تجمع هذه الخصائص
فى باب مستقل ، وإنما تظهر فى غضون الأحكام الفقهية التى تتصل بالملك .
وسوف أقتصر فى هذه النقطة على خصائص الملك التام على اعتبار أن الأصل فى الملكية أن
تكون تامة .

(خصائص الملك التام)

عرف الفقهاء الملك التام بعدة تعريفات كلها تدور حول أن الملك التام هو :
الذى يخول لصاحبه حق التصرف المطلق فى الشئ الذى يملكه ، أو هو المملوك رقبة
ويدأ(٣).

من هذا التعريف يتبين أهم خصائص الملك التام وهى :

- ١ - الملك التام : حق جامع .
- ٢ - الملك التام : حق مقصور على صاحبه .
- ٣ - الملك التام : حق دائم .

وسوف أبين هذه الخصائص بشئ من التفصيل .

(١) الأشباه والنظائر لابن نجيم ص ٤١٧ ، الأشباه والنظائر للسيوطى ص ١٩٦ ، القواعد لابن رجب ص ١٩٥ .

(٢) القواعد ص ١٩٥ .

(٣) حاشية ابن عابدين ٢/٢٦٣ ، الفواكه الدراني ١/٣٧٩ ، حاشية الجمل ٢/٢٨٨ ، كشاف القناع ١/٤٢٧ ، الشيخ أبو زهرة

الملكية ونظرية العقد ص ٦٨ ، د - محمد يوسف الفقه الإسلامى ص ٢٥٦ .

١ - الملك التام : حق جامع :

إن الهدف من ثبوت الملك : هو الحصول على جميع المزايا والسلطات المشروعة التي يمكن أن تستخلص من الشيء المملوك (١) .

فالملك التام، يخول لصاحبه حق التصرف في العين بكافة التصرفات السائغة شرعاً من بيع وهبة ، وإجارة ، وإعارة ، ووصية ، ووقف ، وما إلى ذلك مما لا يتعارض مع الشريعة (٢) . وهذه الخاصية تتضح من تعاريف الفقهاء للملك (٣) . إلا أن ذلك مقيد بقيدين .

القيد الأول :

عدم الإضرار بالغير سواء أكان الغير فرداً أم جماعة ، ومن يتعدى ذلك كان عرضة للجزاء دنيا وأخرى ، فلا يباح للمالك مثلاً أن يتلف ماله ، أو يلقي به في البحر فإن ذلك ضرر بالمجتمع (٤) . لأنه لا ضرر ولا ضرار في الإسلام .

وسوف أبين ما يمنع الضرر في الباب الأول من هذه الرسالة إن شاء الله .

القيد الثاني :

أن يكون تصرف المالك في ملكه في نطاق الأوامر والقرارات التي تصدرها السلطات الحاكمة تحقيقاً للصالح العام كنزع الملكية للصالح العام ، وفرض الضرائب ... الخ (٥) .

٢ - الملك التام : حق مقصور على صاحبه أو حق مانع :

يقصد بذلك : أن مالك الشيء يختص ويستأثر بجميع منافع الشيء المملوك به ومزاياه ، ولا يجوز لغيره أن ينتفع به أو يتصرف فيه إلا عن طريق الوكالة أو النيابة . هذه الخاصية نص عليها الفقهاء في تعاريفهم للملك .

فالرجائي يقول في تعريفه للملك (... وحاجزاً عن تصرف غيره فيه) وكذلك صدر الشريعة وغيره . هذا هو الأصل إلا أن الشريعة الإسلامية قد أقرت لغير المالك الانتفاع بملك الغير في عدة حالات استثنائية لما يترتب على المنع ضرر أكبر .

(١) أستاذنا الدكتور/ لاشين الغاياتي، القيود الواردة على حق الملكية في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي ص ٧٧ (رسالة دكتوراه) مقدمة لكلية الشريعة والقانون بالقاهرة سنة ١٩٧٦ .

(٢) الأشباه والنظائر لابن نجيم ص ٤١١، والأشباه والنظائر للسيوطي ص ١٩٢ .

(٣) الفروق للكرابيس ورقة ٥١١، شرح حدود ابن عرفة ص ٤٦٦ ، القواعد للزرکش ورقة ٣٤٣ ب

(٤) الفروق للقرافي ١٤١/١ ، تهذيب الفروق ١٥٨/١ ، الموافقات للشاطبي ٢٤١/٢ ، القواعد للعز بن عبد السلام ٧٣/١ ، إعلام الموقعين ٢/٣ ، التكميل لبعض ما أخل به كتاب النيل ص ٢١١ ،

(٥) الحسبة في الإسلام لابن تيمية ص ٢٤ . أ.د. لاشين الغاياتي في رسالته ص ٧٨ .

وفى ذلك يقول الإمام الشاطبي (والضابط فى ذلك التوازن بين المصلحة والمفسدة فما رجع منها غلب) (١) . من ذلك حق المرور ، و المجرى ، والشرب ، والمسيل ، والارتفاق بحائط الغير ، كما سيأتى إن شاء الله .

ثالثا : الملكية التامة حق دائم :-

يقصد بالدوام : دوام ملكية الأعيان ، أى أن ملكية العين متى ثبتت بأحد أسبابها تثبت مؤبدة ، ولا تنتقل إلا بتصرف شرعى ناقل للملك كالبيع والإرث أو بهلاك العين الواقع عليها الملك . فالملك التام ينافى التوقيت وذلك على خلاف ملك المنافع ، فالأصل فيه التثبيد ، وزمانا ، ومكانا (٢)

وإذا كان الأصل أن الملك التام لا يقبل التوقيت ، فإن هناك مسألتين اختلفت فيهما أنظار الفقهاء وهما العمرى والرقيقى ، وهما نوعان من أنواع الهبة .

والهبة فى اللغة : هى العطية الخالية عن الأعواض والأغراض (٣) .

والهبة عند الفقهاء : عرفت بتعريفات متعددة كلها تدور حول أن الهبة هى :-

تمليك المال تطوعا فى الحياة بلا عوض (٤) .

المسألة الأولى : العمرى :-

وهى بضم العين وسكون الميم مع القصر (٥) .

وصورتها : أن يقول مالك العين لشخص آخر أعمرتك دارى هذه ، أو هى لك عمرى ، أو ما عشت ، أو نحو ذلك .

وسميت بذلك : لتقيدها بالعمر ، إما عمر مالك العين أو بعمر المعمر (٦) . وهى جائزة باتفاق الفقهاء .

وقد اختلف الفقهاء فى العمرى هل هى تمليك للعين أم للمنفعة ؟ على مذهبين .

لأنه إذا كانت العمرى تمليك للعين فإن الملكية فيها تكون دائمة ، وإذا كانت تمليك للمنفعة فإنها تكون مؤقتة .

(١) الموافقات ٢/٢٥٩ .

(٢) بدائع الصنائع ٧/٣٥٢ ، شرح فتح القدير ٥/٤١٩ ، بداية المجتهد ٢/٢٠٢ ، الفروق للقرافى ٤/١ ، مغنى المحتاج ٢/٣٣٤ ، المغنى والشرح الكبير ٦/٨ ، كشاف القناع ٤/١٣٤ .

(٣) مادة (وهب) لسان العرب ١/٨٠٣ وما بعدها ، تاج العروس ١/٥٠٧ ، الصحاح ١/٢٣٥ .

(٤) تكملة فتح القدير ٩/١٩ ، مواهب الجليل ٦/٤٩ ، نهاية المحتاج ٥/٤٠٥ ، شرح المنتهى ٢/٥١٧ .

(٥) مادة (عمر) معجم مقاييس اللغة ٤/١٤٠ ، مختار الصحاح ص ٤٥٤ .

(٦) المغنى والشرح الكبير ٦/٣٣٤ ، ٣٣٥ . شرح حدود ابن عرفة ص ٥٥١ .

المذهب الأول :

يرى أن العمرى تملك للعين ، فهي تنقل الملك إلى المعمر له ثم إلى ورثته من بعده ولا ترجع إلى المعمر ولا إلى ورثته ، سواء اشترط أن ترجع إليه أم لم يشترط ، وإلى هذا ذهب جمهور الفقهاء من الصحابة ، والتابعين ، وأئمة المذاهب ، فهو مذهب الحنفية ، وبعض المالكية ، والشافعية ، والحنابلة ، والظاهرية ، ومشهور الإباضية (١).

واحتجوا بما ذهبوا إليه بما يأتي :-

١- بما روى عن جابر رضى الله عنه قال ﴿ قضى النبي صلى الله عليه وسلم

بالعمرى أنها لمن وهبت له ﴾ (٢).

٢- وبما روى أيضا عن جابر بن عبد الله أن رسول الله صلى الله عليه وسلم

قال: ﴿أيما رجل أمر عمرى له ولعقبه ، فإتيا للذى يعطاها لا ترجع إلى الذى أعطها لأنه أعطى عطاء وقعت فيه المواريث ﴾ (٣).

المذهب الثانى :

يرى أن العمرى تملك للمنفعة فقط ، فإن مات عادت الرقبة إلى المعمر ، وهو المالك

الأول أو إلى ورثته.

وإلى هذا ذهب بعض التابعين ، ومشهور مذهب المالكية ، وأحد أقوال الشافعية ، ومذهب

الإمامية، وبعض الإباضية (٤).

(١) بدائع الصنائع ٣٦٧٢/٨ ، تبيين الحقائق ١٠٤/٥ . البناية شرح الهداية ٨٦٠/٧ الجامع لأحكام القرآن للقرطبي ٥٨/٩ ، الأم ٢٦٤/٣ ، نهاية المحتاج ٤٠٩/٥ ، قلوبى وعميرة ١١١/٣ ، المغنى والشرح الكبير ٣٣٤/٦ ، المحلى ١٥٤/١٠ ، المدونة الكبرى للإباضية ١٨٧/٢ .

(٢) أخرجه البخارى ومسلم فى صحيحهما : البخارى كتاب الهبة، باب ما قيل فى العمرى والرقبى . ومسلم كتاب الهبات، باب العمرى . (فتح البارى ٢٨٢/٥ ، مسلم بشرح النووى ٧١/١١).

(٣) أخرجه مالك ومسلم : مالك فى الموطأ ، كتاب الأفضية ، باب القضاء فى العمرى ص ٤٧١ ، ومسلم فى صحيحه ، كتاب الهبات، باب العمرى . (مسلم بشرح النووى ٦٩/١١) .

(٤) المدونة الكبرى ٢٢٥/٤ ، بداية المجتهد ٣٣١/٢ ، معين الحكام ٧٤١/٢ ، حاشية النسوقى ١٠٨/٤ فقه الإمام جعفر الصادق ٩٠/٥ ، المدونة الكبرى للإباضية ١٨٧/٢ .

واحتجوا بما ذهبوا إليه بما يلي :-

بالكتاب، والسنة ، واللغة .

أولا :- من الكتاب :

بقوله تعالى : ﴿هو أنشأكم من الأرض واستعمركم فيها﴾ (١) .

وجه الدلالة : يقول الإمام القرطبي (٢) : ﴿واستعمركم فيها﴾ أى جعلكم عمارها وسكانها .
قال مجاهد : ومعنى استعمركم ، أعمركم من قوله ، أعمر فلان فلانا داره فهى له عمرى ..

ثانيا من السنة :

بما روى عن عبد الله بن القاسم أنه سمع مكحولا دمشقى يسأل القاسم بن محمد عن العمرى وما يقول الناس فيها ؟ فقال القاسم بن محمد : (ما أدركت الناس إلا وهم على شروطهم فى أموالهم وفيما أعطوا) ، قال يحيى : سمعت مالكا يقول : (وعلى ذلك الأمر عندنا) (٣).

ثالثا من اللغة :

يقول ابن الأعرابى (٤) : (لم يختلف العرب فى أن هذه الأشياء على ملك أربابها ومنافعها لمن جعلت له العمرى والرقبى ..).

الراجع :-

أرى رجحان ما ذهب إليه جمهور الفقهاء من أن ملك العمرى ملك للعين، لقوة أدلتهم ، وأما ما استدل به أصحاب المذهب الثانى، فلا حجة لهم فيه ، لأن الاستدلال بالقرآن الكريم بعيد، لأنهم قاسوا حكم الناس على حكم الله تعالى وهو باطل، وأما استدلالهم بالسنة فهو استدلال ضعيف ، لأنه قول للقاسم بن محمد ، لا يصلح معارضا للأحاديث الصحيحة، وأما استدلالهم باللغة نقول ليس هناك ما يمنع أن ينقل الشارع هذه المعانى من تملك المنافع الى تملك الرقبة كما فعل فى الصلاة والظهار والإيلاء (٥) .

(١) سورة هود آية : ٦١

(٢) الجامع لأحكام القرآن ٥٦/٩

(٣) أخرجه مالك فى الموطأ ، كتاب الأفضية، باب القضاء فى العمرى ص ٤٧١ .

(٤) الجامع لأحكام القرآن ٢٩٩/١ .

(٥) البناية شرح الهداية ٨٦٠/٧ ، المغنى والشرح الكبير ٣٣٨/٦ .

المسألة الثانية : الرقبى : الرقبى فى اللغة(١):

مأخوذة من المراقبة، لأن كل واحد منهما يرقب موت صاحبه ، يقال أرقبه دارا : أعطاه إياها. وصورتها : أن يقول مالك العين لشخص آخر أرقبتك هذه الدار ، على أنك إن مت قبلى عادت إلى وإن مت قبلك فهى لك ولعقبك .

وقد اختلف العلماء فى إجازتها ومنعها على مذهبين :

المذهب الأول :

يرى جواز الرقبى وأنها كالعمرى تمليك للرقبة . وإلى هذا ذهب جمهور الفقهاء من الحنفية، والشافعية، والحنابلة ، والإباضية (٢) .
وقد احتجوا لذلك بما يلى :-

- ١- بما روى عن جابر رضى الله عنه قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم ﴿ العمرى جائزة لمن أمرها . والرقبى جائزة لمن أرقبها ﴾ (٣) .
 - ٢- وبما روى عن ابن عباس أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : ﴿ العمرى لمن أمرها والرقبى لمن أرقبها ، والعائد فى هبته كالعائد فى قبئه ﴾ (٤) .
- المذهب الثانى :

يرى عدم جواز الرقبى وإلى هذا ذهب بعض التابعين ، وأبو حنيفة ، ومحمد بن الحسن ، والمالكية ، وبعض الإباضية (٥) .
وقد احتجوا لذلك بما يلى :-

- ١- بما روى عن عبد الله بن عمر قال رسول الله صلى الله عليه وسلم ﴿ لا رقبى فمن أرقب شيئا فهو له حياته ومماته ﴾ (٦) .
- ٢- ولأن الرقبى معناها : أنها تمليك معلق بخطر وهو أنها للآخر منا ، ولا يجوز تعليق التمليك بالخطر ، ومن ثم فلا تجوز لما فيه من المخاطرة . (٧)

(١) مادة (رقب) مختار الصحاح ص٢٥٢، معجم مقاييس اللغة ٤٢٧/٢ . (٢) المبسوط ١٢/٨٩ ، بدائع الصنائع ٨/٣٦٧٢ ، نهاية المحتاج ٥/٤١٠ ، قليوبى وعميرة ٣/١١١ ، المغنى والشرح الكبير ٦/٣٤٠ ، المطى ١٠/١٥٩ .
(٣) أخرجه أبو داود فى سننه وسكت عنه كتاب البيوع باب الرقبى ٣/٢٩٣ ، وابن ماجة كتاب الهبات ٢/٧٩٧ .
(٤) أخرجه أحمد فى مسنده وقال الشيخ شاکر إسناده صحيح (المسند بتحقيق الشيخ شاکر ج ١٠ ص ١٦٧) .
(٥) رد المحتار ٤/٢ ، المدونة الكبرى ٤/٣٦٣ ، حاشية الدسوقي ٤/١٠٩ ، المدونة الصغرى للإباضية ١/٣٤٧ .
(٦) أخرجه ابن ماجة فى سننه كتاب الهبات باب الرقبى ٢/٧٩٦ . (٧) حاشية الدسوقي ٤/١٠٩ ، المغنى والشرح الكبير ٦/٣٤١

الراجع :

أرى رجحان القول الأول لقوة أدلتهم ، ولأن النهى الوارد فى بعض أحاديث الرقى ، قد يكون للإرشاد ، وقد يكون قبل التجويز فيكون منسوخا .

الملك التام : حق دائم : لا يقبل الإسقاط :-

اختلف الفقهاء فى هذه المسألة على قولين :-

القول الأول :-

يرى أن ملكية الأعيان لا تقبل الإسقاط . والى هذا ذهب جمهور الفقهاء من الحنفية ، وبعض

المالكية ، و الشافعية ، و الحنابلة ، و الظاهرية (١)

وقد احتجوا لما ذهبوا إليه بما يلى :-

١- قوله تعالى ﴿ ما جعل الله من بحيرة ولا سائبة ولا وصيلة ولا حام ولكن الذين كفروا

يفترون على الله الكذب وأكثرهم لا يعقلون ﴾ (٢)

وجه الدلالة : أن ملكية هذه الأشياء لا تسقط عن أصحابها ، لأنه لا سائبة فى الإسلام ، وكذلك

باقى الأملاك (٣) .

٢- بما روى عن هشام بن عروة عن أبيه عن عائشة رضى الله عنها عن رسول الله صلى

الله عليه وسلم قال : ﴿من أحمأ أرضا فهى له وليس لعرق ظالم حق " قال هشام : العرق

الظالم أن يأتى ملك غيره فيحفر فيه ﴾ . (٤) .

٣- قياس الملك بالإحياء على الملك الحاصل بالبيع والهبة وسائر أسباب التملك فكما لا يجوز

بالإجماع إسقاط الملكية عن أحد هذه الأسباب فكذلك إسقاط المملوك بالإحياء (٥) .

فالأصل إذن : أن الملكية لا تسقط . ولكن يستثنى من هذا الأصل بعض الأشياء كالذواب

المسببة إذا تركها أصحابها فى مكان يعد مهلكة (٦) ، والأشياء الحقيمة التى يعرض عنها

أصحابها ويغلب على الظن أن فاقدها لا يسأل عنها (٧) ، والحجارة الملقاة بين الأزقة التى

تركت رغبة عنها (٨) .

(١) بدائع الصنائع ٣٨٥١/٨ ، تبين الحقائق ٣٤/٦ ، البناية شرح الهداية ٨٦/٧ ، حاشية الدسوقي ٦٤/٤ ، روضة الطالبين

٢٧٨/٥ ، تكملة المجموع ٢٠٤/١٥ ، نهاية المحتاج ٣٣٠/٥ كشف القناع ١٨٥/٤ ، الإنصاف ٣٥٤/٦ المبدع ٢٤٨/٥ ، القواعد

لابن رجب ص ١٩٧ المغنى والشرح الكبير ١٦/٦ ، المحلى ٩١/٩ . (٢) سورة المائدة آية : ١٠٣ .

(٣) الجامع لأحكام القرآن للقرطبي ٣٣٥/٦ (٤) الخراج لأبى يوسف ص ٦٤ ، والخراج لبجى بن آدم ص ٨٤ وقال الشيخ شاكر

فيه هذا حديث صحيح . (٥) المغنى والشرح الكبير ١٦٥/٦ ، الفروق للقرافي ١٨/٤ . (٦) كشف القناع ٢١٠/٤ ، والمغنى

والشرح الكبير ٤٠٠/٦ . (٧) الإقناع ٣٩٨/٢ (٨) نهاية المحتاج ١٢٨/٨ ، المغنى والشرح الكبير ٤٠٠/٦

القول الثاني :-

يرى : التفرقة بين الثابت من الأملاك بأسباب فعلية كما فى الصيد والإحياء ، فإن الملك يزول بزوال هذه الأسباب ، وبين الثابت بأسباب قولية كالبيع ، فإن الملك لا يزول عنه إلا بسبب ناقل للملك .

والى هذا ذهب جمهور المالكية ، وبعض الشافعية ، ورواية عن الإمام أحمد (١) .

وقد احتجوا لما ذهبوا اليه بما يلى :-

١- بما روى عن ابن شهاب عن سالم بن عبد الله عن أبيه أن عمر بن الخطاب قال : ﴿ من أحيا أرضاً ميتة فهي له ﴾ . (٢) .

٢- ولأن أصل هذه الأرض مباح ، فإذا تركت حتى تصير مواتا عادت إلى الإباحة كمن أخذ ماء من نهر ثم رده فيه (٣) .

٣- ولأن أسباب تملك المباحات الفعلية ضعيفة لورودها على غير ملك سابق بخلاف أسباب الملك القولية ، لأنها ترد على مملوك غالباً (٤) .

الراجع :

بعد هذا العرض الموجز لكلا القولين : أرى رجحان القول الأول لقوة أولته وضعف أدلة القول الثانى ، لأن العموم الوارد فى حديثهم مقيد بغير المملوك لأحد فى رواية أخرى ﴿ من أحيا أرضاً ميتة ليست لأحد ﴾ (٥) والظالم هو الذى يأتى أرضاً ميتة مملوكة لغيره فيغرس فيها وأما استدلالهم بالمعقول فهذه دعوى تقابل بمثلها بأن يقال الأسباب القولية هى الضعيفة ، فهذا التقسيم لا دليل عليه (٦) . وفى ذلك يقول ابن حزم (٧) (إنه تقسيم لا نعلمه عن أحد ، ولا جاء به قرآن ولا سنة ، ولا رواية سقيمة ، ولا برأى له وجه) .

(١) الفروق للقرافى ١٨/٤ ، الخرشى ٦٦/٧ ، بلغة السالك ٢٩٣/٢ ، المغنى والشرح الكبير ١٦٤/٦ .

(٢) أخرجه مالك فى الموطأ ، كتاب الأفضية ، باب القضاء فى عمارات الموات ص ٤٦٣ .

(٣) المغنى والشرح الكبير ١٦٥/٦ .

(٤) الفروق ١٩/٤ ، تهذيب الفروق ٤١/٤ .

(٥) الخراج ليحيى ابن آدم كتاب إحياء الموات ص ٨٧ .

(٦) حاشية ابن الشاط على الفروق ١٩/٤ .

(٧) المحلى ٩٤/٩ .

ب - خصائص الملكية في القانون

يقال عادة أن حق الملكية له خصائص ثلاث : الملكية حق جامع ، الملكية حق مانع ، الملكية حق دائم . وكان قديما يقال : بأن الملكية حق مطلق ولكن الملكية أصبحت الآن حق مقيد ، إذ يجب على المالك أن يلتزم حدود القانون ، وأن يقوم بالملكية من وظيفة اجتماعية . وسوف أوضح معنى هذه الخصائص فيما يلي :-

أولا : الملكية حق جامع :-

يقصد بذلك : أن حق الملكية يجمع بين يدي المالك كل السلطات المتصور ورودها على الشئ المملوك ، وهي سلطات الاستعمال والاستغلال والتصرف ، وذلك في حدود القانون . وهذه الخاصية تعد من أهم خصائص الملكية . فالملكية هي أصل الحقوق العينية . أما بقية الحقوق فإنها تنفرع عنها ، وبالتالي فإنها لا تخول صاحبها إلا بعض السلطات ، فحق الانتفاع مثلا يخول سلطة الاستعمال والاستغلال دون التصرف ، وحق السكنى لا يخول إلا مجرد الاستعمال ، مما يجعل هذه الحقوق مجرد قيد يرد على الملكية سرعان ما ينقضى ، فترتد جميع السلطات إلى المالك . وإذا كان حق الملكية حقا جامعاً ، فإذا كان ذلك لا ينفى أن ترد عليه قيود قانونية أو اتفاقية ، من ذلك ما يقرره القانون من حقوق الشرب والمجرى والمسيل والمرور ، وعدم مجاوزة مضار الجوار الحد المألوف ... الخ .

فالأصل في الملكية الإباحة ، والتحرير هو الاستثناء . ولابد في الاستثناء من نص .

ويترتب على أن الملكية حق جامع أمران :

الأمر الأول :-

أن من يدعى أن له حقا في ملك الغير ، كحق انتفاع أو ارتفاق ، أو أن هناك قيودا تقرر لمصلحته ، يقع عليه عبء الإثبات .

الأمر الثاني :

إن أي حق ينفرع عن الملكية يكون عادة مؤقتا ، إما بمدة معينة أو بحياة أصحابها ، ويترتب على ذلك أن أي حق استوفى مدته رجع بحكم القانون إلى الملكية (١) .

(١) د / السنهوري السابق فقرة ٣٢٥ ص ٥٢٩ ، د-إسماعيل غانم ، السابق فقرة ٢٩ ص ٦٠ ، د-محمد عرفة السابق ص ١٤-١٥-الصدقة ، السابق فقرة ١١ ص ١٦ ، د-كيرة ، السابق فقرة ٥٠ ص ١٥٨ ، د-أحمد سلامة ، السابق فقرة ٢٣ ص ٦١ ، أستاذنا الدكتور/ لاشين الغاياتي ، السابق ص ٤٣ .

ثانيا : الملكية حق مانع :

يقصد بذلك : أنها حق مقصور على المالك دون غيره ، فلا يجوز لأحد أن يشاركه في ملكه دون رضاه (١) وتعتبر المادة ٨٠٢ مدنى عن هذا بقولها : (المالك الشئ وحده فى حدود القانون حق استعماله واستغلاله والتصرف فيه) .

ويترتب على ذلك أن المالك وحده هو الذى يحصل على المزايا التى تخولها لها سلطات الحق وله أن يمنع الغير من استعمال ملكه ، أو الإفادة منه ، ولو لم يعد عليه من ذلك أى ضرر .

ويترتب أيضا على أن الملكية حق مانع ، أن الشئ الواحد لا يمكن أن يكون فى ذات الوقت مملوكا لأكثر من شخص ، وإذا جاز أن يكون الشئ مملوكا على الشيوع لعدة ملاك فإن كلا منهم لا يملك الشئ كله ، بل يملك حصة شائعة فيه ، كما يجوز أن يتعدد المالكون للبناء ، ولكن تقتصر ملكية كل منهم على طبقة أو جزء أو أكثر من طبقة منه دون أن يملك كل منهم البناء كله (٢) .

وإذا كان حق الملكية مقصورا على صاحبه ، فإن هناك قيودا تحد من ذلك بحيث يجبر فيها المالك بمقتضى القانون على تحمل مشاركة الغير له فى بعض سلطاته ، وذلك على خلاف الأصل ، أظهر هذه القيود حق المرور للأرض المحبوسة عن الطريق العام (٣) .

ثالثا : الملكية حق دائم .

ينفرد حق الملكية دون بقية الحقوق بخصيصة الدوام .

ويقصد بالدوام ثلاث معانى هى :

- أ- أن حق الملكية يدوم ما بقى الشئ الذى يرد عليه .
- ب- أن الملكية لا يسقط بعدم الاستعمال .
- ج- أن حق الملكية لا يجرى عليه التآقيت .

وسوف أوضح هذه المعانى الثلاث بإيجاز .

(١) د- السنهورى ، السابق فقرة ٣٢٦ ص ٥٣٠ ، د- عرفة السابق ص ١ ، د- الصدة السابق فقرة ١١ ص ١٧ .

(٢) د- محمود زكى ، السابق فقرة ١٥ ص ٣٤ ، د- توفيق فرج ، السابق فقرة ٢٦ ص ٦٥ .

(٣) د- محمد كامل مرسى : السابق فقرة ٢٠ ص ٢٦٨ ، د- البدر اوى ، السابق فقرة ١٠ ص ٢١ ، د- السنهورى : السابق فقرة ٣٢٦ ص ٥٣٢ .

أ- أن حق الملكية يدوم ما بقي الشئ الذى ترد عليه .

يقصد بذلك : أن حق الملكية دائم بالنسبة إلى الشئ المملوك ولا يزول عنه إلا بزواله

- أى بهلاكه - ولو تغير شخص المالك (١).

فالدوام للحق نفسه لا لشخص المالك ، إذ من المستحيل دوام الملكية لنفس المالك دون انتهاء ، ومن ثم لا يؤدي تعاقب الملاك إلى انقضاء حق الملكية الأصيل ونشوء حق ملكية جديد، وإنما إلى مجرد انتقال نفس الحق مع تغيير شخص صاحبه (٢).

ويترتب على ذلك : أنه إذا تخلى المالك عن الشئ بنية التنازل عن حقه ، فإن هذا التخلي لا ينهى الحق بل يظل قائما حتى يستولى شخص آخر على الشئ فينتقل الحق إليه (٣) . وفى هذا يختلف حق الملكية عن بقية الحقوق الأخرى ، فالحقوق الشخصية لا بد أن تكون مؤقتة ، والحقوق العينية التبعية تنقضى بانقضاء الحقوق التى تقوم لضمانها ، والحقوق العينية الأصلية غير حق الملكية - عدا الارتفاق - هى حتما حقوق مؤقتة ، فحق الارتفاق ينتهى بوفاة صاحبه ، ومثله حق الاستعمال والسكنى ، وحق الحكر لا يجوز أن تزيد مدته عن سنتين سنة ، أما حق الارتفاق إذا لم تحدد له مدة معينة يبقى قائما لمصلحة العقار المرتفق ، ويعتبر ملحقا لحق ملكيته ويستمد منه صفة الدوام اللصيقة به . (٤) .

ب- الملكية حق دائم : لا يسقط بعدم الاستعمال :-

إن حق الملكية لا يزول بعدم الاستعمال مهما طالت المدة عليه ، ولا يخضع للتقادم المسقط الذى تخضع له جميع الحقوق الأخرى شخصية أو عينية .

فالحقوق الشخصية تنقضى بالتقادم المسقط ، وتنقضى بانقضائها الحقوق العينية التبعية التى تضمنها ، وكذلك الحقوق العينية الأصلية غير حق الملكية تزول بعدم الاستعمال مدة خمس عشرة سنة إلا حق الحكر إذا كان موقفا ، أو كان الارتفاق مقرر لمصلحة عقار موقوف حين تصبح المدة ثلاثا وثلاثين سنة .

(١) د- السنهورى ، الوسيط ح ٨ ف٣٢٨ ص ٥٣٤ ، د- محمود زكى ، السابق ف١٧ ص ٣٦ .

(٢) د- محمد على عرفة ، السابق ص ١٥ ، د- عبد المنعم الصدة ، السابق ف١٢ ص ١٨ ، د- حسن كيرة ، السابق ف٥٢

ص ١٦١ . (٣) د- أحمد سلامة ، السابق ، ف٢٤ ص ٦٣ .

(٤) د- حسن كيرة ، السابق فقرة ٥٢ ص ١٦١ ، د- السنهورى : السابق فقرة ٣٢٨ ص ٥٣٥ ، د- محمد عرفة ، السابق ص ١٧ ،

د- الصده ، السابق فقرة ١٣ ص ٢٠ .

أما حق الملكية فهو وحده الذى لم يرد نص فى القانون يقضى بزواله بعدم الاستعمال، وذلك أمر طبيعى، إذ إن حق الملكية دائم يبقى ما بقى الشئ المملوك، وما دام حق الملكية لا يسقط بعدم الاستعمال فإن الدعوى التى تحميه - وهى دعوى الاستحقاق - لا تسقط هى الأخرى بالتقادم.

وإذا كان حق الملكية لا يسقط بالتقادم المسقط، إلا أنه يمكن كسبه بالتقادم المكسب بحيازته مدة معينة، فالملكية لم تسقط عن المالك السابق بالتقادم المسقط بل كسبها الحائز بالتقادم المكسب (١).

ح- الملكية حق دائم لا يجوز أن يقترن بأجل :-

إن حق الملكية لم يحدد القانون أجلا لانقضائه، وهو لا ينتهى بوفاة المالك، بل ينتقل إلى ورثته. يفهم من هذا بمفهوم المخالفة أن حق الملكية لا يجوز توقيته، بخلاف الحقوق العينية الأخرى، فحقوق الانتفاع والاستعمال والسكنى تنتهى بانقضاء الأجل المعين لها، فإن لم يعين لها أجل فإنها تنتهى بوفاة صاحبها "م ٩٣٣ مدنى". وحق الحكر ينتهى بانقضاء مدته أو بانقضاء ستين سنة أيهما يتحقق أولا "م ٩٩٩ مدنى" وحق الارتفاق إذا حدد له أجل ينتهى بانقضاء هذا الأجل، وإلا فبالأسباب التى بينها المشرع فى المواد ١٠٢٦، ١٠٢٧، ١٠٢٨. ولكن هل يجوز للأفراد توقيت حق الملكية وتحديد أجل له ينتهى بانقضائه؟

اختلف شراح القانون فى ذلك على رأيين.

الرأى الأول :-

يرى عدم جواز الاتفاق على توقيت الملكية (٢)، فإذا اقترن الحق بمثل هذا الأجل فإنه لن يكون حق ملكية، وإنما يكيف على أنه حق انتفاع.

الرأى الثانى :

يرى جواز اتفاق الأفراد على توقيت الملكية (٣).

(١) د- السنهورى، السابق فقرة ٣٣٠ ص ٥٣٦، د- محمود زكى السابق فقرة ١٨ ص ٣٨، أستاذنا الدكتور لاشين الغاياتي/ السابق ص ٤٩. (٢) د- شفيق شحاتة، شرح القانون المدنى "الأموال" فقرة ١٣٢ ص ١٥١ هامش "١" ط ١٩٥١، د- السنهورى السابق فقرة ٣٣١ ص ٥٣٩، د- البدروى، السابق فقرة ١١ ص ٢٣، د- لييب شنب، السابق فقرة ٢١ ص ٢١٩، د- محمود زكى، السابق فقرة ١٩ ص ٣٩، د- توفيق فرج، السابق فقرة ٢٨ ص ٧٢، د- رمضان أبو السعود، السابق ص ٣٠٠، د- حنبولة، السابق ص ٤٨٨. (٣) د- إسماعيل غانم، السابق فقرة ٢٧ ص ٥٥، د- الصدة، السابق فقرة ١٤ ص ٢٢، د- عبد الفتاح عبد الباقي، دروس فى الأموال فقرة ٥٦ ص ٧٦ ط ١٩٥٦، د- منصور مصطفى، السابق فقرة ٧ ص ٢٠، د- أحمد سلامة، السابق فقرة ٢٤ ص ٧١، د- محمود زكى السابق فقرة ١٩ ص ٤١.

ح- المقارنة بين خصائص الملكية فى الفقه الإسلامى والقانون الوضعى :-

لو نظرنا إلى الخصائص السابقة فى الفقه الإسلامى والقانون لتبين لنا ما يلى :-

أولا :-

يتفق القانون مع الفقه الإسلامى فى أن الملك بحسب الأصل حق جامع يخول له الانتفاع به باستعماله واستغلاله والتصرف فيه ، ويتمثل ذلك فيما يعرف بالملك التام إذ الأصل فى الملك أن يشمل العين والمنفعة معا .

وكما يتقيد حق الملكية فى القانون فى الاستعمال والاستغلال والتصرف بمقتضى نص فى القانون أو بموجب تصرف قانونى ، فإن هذا الحق فى الفقه الإسلامى يتقيد بما يقضى به الشرع .

ثانيا :-

ويتفق القانون مع الفقه الإسلامى فى أن الملكية حق مانع ، بمعنى أن ما ثبت للمالك من سلطات على الشئ المملوك إنما يتقرر له وحده فليس لغيره مشاركته فيه وهذا الاستثناء أيضا ليس مطلقا بل مقيد فى القانون وفى الفقه الإسلامى .

ثالثا :-

ويتفق أيضا القانون مع الفقه الإسلامى فى أن حق الملكية حق دائم ، فالملك متى وقع على عين ، فإنه لا يجوز توقيته ، إذ يتنافى التوقيت مع دوام الملك ، ولذا كان الملك فى العمرى والرقيى وفقا للرأى الراجح - من وجهة نظرى - حق دائم .
وذلك على خلاف الملك الناقص فإن الأصل فيه التوقيت متى كان محله المنافع .

رابعا :-

خالف القانون الفقه الإسلامى فيما ذهب إليه من انتقال حق الملكية إلى الغير متى حاز حيازة استوفت شروط التقادم المكسب ، أما فى الفقه الإسلامى فالحيازة لا تنقل الملك اتفاقا ولكن يدل عليه .

خامسا :-

خالف القانون الفقه الإسلامى فى أن الملكية فى القانون تبقى ما بقى العقار ولا يقدح فى ذلك اختلاف الأشخاص ، أما فى الفقه الإسلامى فإنه يقدح فى ذلك تصرف المالك فى ملكه وانتقالها من شخص لآخر ، بخلاف الميراث فلا يقدح فى ذلك .

نخلص إذن :-

أن الخصائص فى الفقه الإسلامى أوسع بكثير مما فى القانون ، كما أن الشريعة أسبق بكثير من القانون فى المنح والتقييد ، وأوفى للغاية التى منحت من أجلها .

رابعاً : أساس تقييد الملكية فى الفقه الإسلامى والقانون الوضعى :-

تحتوى هذه النقطة على ثلاثة أشياء :-

- ١- أسس تقييد الملكية فى الفقه الإسلامى .
 - ب- أسس تقييد الملكية فى القانون الوضعى .
 - ح- المقارنة بين الفقه الإسلامى والقانون من حيث أسس تقييد الملكية .
- وسوف أبين ذلك بشئى من التفصيل :-
- ١- أساس تقييد الملكية فى الفقه الإسلامى :-
 - توجد أسس كثيرة لتقييد الملكية أهمها :-
 - ١- أن مصدر الحقوق هو الله سبحانه وتعالى " ربانية الحقوق "
 - ٢- أن جميع الحقوق شرعت لمصالح العباد .
 - ٣- تقرير التكافل والتضامن الاجتماعى .

الأساس الأول : ربانية الحقوق :-

من الأصول المقررة فى الشريعة الإسلامية ، أن مصدر الحقوق كلها - ومنها حق الملكية - شريعة الله سبحانه وتعالى ، فهو الذى منحها وأقرها وأوجب حمايتها . وقد وردت آيات كثيرة من كتاب الله تعالى تبين ذلك منها : قوله تعالى ﴿ الرحمن على العرش استوى له ما فى السموات وما فى الأرض وما بينهما وما تحت الثرى ﴾ (١) وقوله تعالى : ﴿ لله ملك السموات والأرض وما فىهن وهو على كل شئ قدير ﴾ (٢) وقوله تعالى : ﴿ وآتوهم من مال الله الذى آتاكم ﴾ (٣) .

وهذا الأساس بينه فقهاء الشريعة الإسلامية فى كتبهم، ومن أقوالهم فى ذلك :-

- ١- قال الإمام القرافى نقلاً عن المازرى فى شرح التلقين ((... الملك هو التصرف ولا يتصرف فى الأعيان إلا الله تعالى بالإيجاد والإعدام والإماتة والإحياء ونحو ذلك ، وتصرف الخلق إنما هو فى المنافع فقط ...)) (٤) .
- (ب) ويقول ابن رجب : واعلم أن ابن عقيل ذكر فى الواضح فى أصول الفقه ، إجماع الفقهاء على أن العباد لا يملكون الأعيان ، وإنما مالك الأعيان خالقها سبحانه وتعالى ، وأن العباد لا يملكون سوى الانتفاع بها على الوجه المأذون فيه شرعاً ..)) (٥) .

(١) سورة طه : ٦٠، (٢) سورة المائدة : ١٢٠

(٣) سورة النور آية : ٣٣ (٤) الفروق ٢١٨/٣ (٥) القواعد ص ٢٠٨

وقد وردت آيات كريمة تبين أن الإنسان مستخلف في الأرض عن الله تعالى . منها :

قوله تعالى ﴿وَأَمَّنُوا بِاللَّهِ وَرَسُولِهِ وَأَنْفَقُوا مِمَّا جَعَلَكُمْ مُسْتَخْلَفِينَ فِيهِ﴾ (١) .

قال الإمام القرطبي (٢) في تفسير هذه الآية (إنها دليل على أن أصل الملك لله سبحانه وتعالى وأن العبد ليس له فيه إلا التصرف الذي يرضى الله فيثبته على ذلك بالجنة ، فمن أنفق منها في حقوق الله وهان عليه الإنفاق منها كما يهون على الرجل النفقة من مال غيره إذا أذن له فيه كان له الثواب الجزيل والأجر العظيم ... وهذا يدل على أنها ليست بأموالكم في الحقيقة ، وما أنتم فيها إلا بمنزلة النواب والوكلاء ...) .

وقال الإمام الزمخشري في تفسيرها (٣) .

إن الأموال التي في أيديكم إنما هي أموال الله بخلقه وإنشائه لها ، وإنما نولكم إياها وخولكم الاستمتاع بها ، وجعلكم خلفاء في التصرف فيها ، فليست هي بأموالكم في الحقيقة وما أنتم فيها إلا بمنزلة الوكلاء والنواب .

٢- قوله تعالى : ﴿ وَهُوَ الَّذِي جَعَلَكُمْ خَلَائِفَ فِي الْأَرْضِ ﴾ (٤)

قال الإمام القرطبي في تفسير هذه الآية (٥) : خلفك جمع خليفة ، ككرائم جمع كريمة ، وكل من جاء بعد من مضى فهو خليفة أى جعلكم خلفاء للأمم الماضية والقرون السالفة ، ورفع بعضكم فوق بعض في الخلق والرزق والقوة والبسطة والفضل والعلم ...) .
فالإنسان خليفة الله تعالى في الأرض ، والمستخلف حتى تكون خلفته صحيحة ، لا بد أن يتقيد بما قيده به من استخلافه .

وفي هذا يقول الشيخ سيد قطب رحمه الله (٦) (ليست ملكية أصيلة يتصرف فيها على هواه ، إنما هي ملكية معارة له خاضعة لشروط التملك الأصلي وتعليماته ، فإذا تصرف المستعير فيها تصرفاً مخالفاً لشروط المالك وقع هذا التصرف باطلاً وتحتم على المؤمنين رده ، أما في الآخرة فهو محاسب على باطله ومخالفته لشروط المملك الأصلي ، وبالقدر الذي يلتزم به الناس بما وضع الله سبحانه وتعالى القواعد الناظمة للملكية من حيث نشأتها أو حصولها ، ومن حيث نقلها إلى يد أخرى يكون حسابهم يوم القيامة ...) .

(١) سورة الحديد آية : ٧ (٢) الجامع لأحكام القرآن ١٧/٢٣٨

(٣) تفسير الكشاف ٤/٦١ (٤) سورة الأنعام آية ١٦٥

(٥) الجامع لأحكام القرآن ٧/١٥٨

(٦) إطلال القرآن ٥/٧٧١، ٦/٨٨٦ . وله أيضا العدالة الاجتماعية في الإسلام ص ٩١ . وقريب منه الشيخ أبو زهرة التكافل

الاجتماعي في الإسلام ص ٦٣ ، والشيخ على الخفيف ، الملكية في الشريعة الإسلامية ١/٣٢ .

فلو أن الله تعالى أباح ما فى الأرض للإنسان بدون قيد، لأدى ذلك إلى الفوضى والمنازعات لهذا بين الله تعالى طرق التملك، وبين أن عبادته تقتضى اتباع أوامره والابتعاد عن نواهيه .
الأساس الثانى : الحقوق شرعت لمصالح العباد :-

إن الحقوق فى الإسلام ليست غاية فى ذاتها ، بل هى وسائل شرعت لتحقيق المقاصد الضرورية فى الخلق ، ثم المقاصد الحاجية والتحسينية ، وبذلك يتقيد الحق بهذه المصالح ، فما شرعت الأحكام إلا لمصالح العباد بما فيهم مصلحة المالك نفسه .
وهذا واضح من استقراء النصوص وما صرح به علماء الأصول والفقهاء .
فمن أقوالهم :-

يقول الإمام الشاطبى(١) : (إن وضع الشرائع إنما هو لمصالح العباد فى العاجل والآجل معا) .
وفى موضع آخر يقول (٢) : (إن الأحكام شرعت لمصالح العباد)
ويقول الإمام ابن تيمية (٣) : (إن الشريعة جاءت بتحصيل المصالح وتكميلها وتعطيل المفاسد وتقليلها) . ويقول ابن القيم (٤) : (الشريعة مبناها وأساسها على الحكم ومصالح العباد فى المعاش والمعاد ، وهى عدل كلها ، ورحمة كلها ، ومصالح كلها ، وحكم كلها) .
ويقول العز بن عبد السلام (٥) : (التكاليف كلها راجعة إلى مصالح العباد فى دنياهم وأخرهم)
ويقول الآمدى (٦) : (إن الأحكام إنما شرعت لمصالح العباد) .
وإذا كانت أحكام الشرع إنما شرعت لتحقيق مصالح العباد ، وهذا هو مقصد الشرع فى منح الحقوق ، فعلى المكلف أن يلاحظ هذه المصالح عند استعماله الحقوق التى ثبتت له بهذه الأحكام . فالمالك الذى ثبت له حق الملك عليه أن يستعمله بما يحقق مقصد الشرع من إثباته له هذا الحق ، وهو رعاية المصلحة له ولغيره (٧) .
ويترتب على هذا : أن كل استعمال للحق يناقض هذه المقاصد يعتبر باطلا ، لأنه يهدم الأصل الذى قامت عليه الشريعة ، والشريعة كل متسق لا تتناقض أجزاءه (٨) .
وفى ذلك يقول الإمام الشاطبى (٩) : (كل من ابتغى فى تكاليف الشريعة غير ما شرعت له فقد ناقض الشريعة ، وكل من ناقضها فعمله فى المتناقضة باطل) .

(١) الموافقات ٢/٢ (٢) الموافقات ٢/٢٦٨ (٣) منهاج السنة ٢/٣١ (٤) إعلام الموقعين ٣/٢

(٥) القواعد الكبرى ٢/٧٣ (٦) إحكام الأحكام ٣/٣٦٤

(٧) د- عبد الكريم زيدان " القيود الواردة على الملكية الفردية للمصلحة العامة فى الشريعة ص ١٨-٢٣

(٨) د- فتحى الدرينى ، نظرية التعسف فى استعمال الحق ص ٨٠ .

(٩) الموافقات ٢/٢٣١ .

الأساس الثالث : تقرير التكافل الاجتماعى :-

معنى التكافل فى اللغة :-

الكافل : هو الذى يكفل إنسانا يعوله ، يقال كفله يكفله وكفله إياه والكافل والكفيل : الضامن (١)

والتكافل فى الشرع :-

هو تضامن مشترك ومتبادل بين أفراد المجتمع ، بحيث يؤمن الفرد بمسئوليته عن غيره فى النواحي المادية والمعنوية (٢) .

أو هو : أن يكون أحاد الشعب فى كفالة جماعتهم ، وأن يكون كل قادر أو ذى سلطان كفيلا فى مجتمعه يمهده بالخير (٣) .

وهذا التكافل ضرورى للنوع الإنسانى ، وإلا لم يكمل وجودهم وما أراداه الله من اعتماد العالم بهم واستخلافه إياهم (٤) .

ولذلك نجد الإسلام يوجب هذا التكافل ، ويجعله فريضة واجبة عن طريق الزكاة فهى حق المال، وهى عبادة إن كان آداؤها اختياريا ، وواجب اجتماعى تؤخذ قهرا إن امتنع عن دفعها اختياريا ، فإن لم تكف الزكاة فالأمة مسئولة عن فقرائها بقدر ما يسد حاجة المحتاجين ، فإن بات فرد واحد جائعا فالأمة كلها تبيت آثمة .

لقول النبى صلى الله عليه وسلم : ﴿أيما أهل عرصة أصبح فيهم امرؤ جائعا فقد برئت منهم ذمة الله تبارك وتعالى﴾ (٥) .

لذلك نجد التشريع الإسلامى يحث على التكافل بشتى صورته قال تعالى : ﴿وتعاونوا على البر والتقوى ولا تعاونوا على الإثم والعدوان﴾ (٦).

قال الإمام القرطبى فى تفسير هذه الآية(٧): هذا أمر لجميع الخلق بالتعاون على البر والتقوى، أى ليعن بعضكم بعضا، وتحاثوا على ما أمر الله تعالى واعملوا به. وانتهوا عما نهى الله عنه، ثم قال والتعاون على البر والتقوى يكون بوجوه فواجب على العالم أن يعين الناس بعلمه فيعلمهم .

(١) مادة (كفل) لسان العرب ٦/٣٩٠، معجم مقاييس اللغة ٥/١٨٧، مختار الصحاح ص٥٧٤ المعجم الوجيز ص٥٣٧ .

(٢) مقدمة ابن خلدون ص٤٣

(٣) الشيخ أبو زهرة التكافل الاجتماعى فى الإسلام ص٧ (٤) مقدمة ابن خلدون ص٤٣

(٥) أخرجه الإمام أحمد فى مسنده وقال الشيخ أحمد شاكراً إسناداه صحيح ، حديث رقم ٤٨٨٠ مسند أحمد ٧/٤٧

(٦) سورة المائدة آية : ٢ . (٧)الجامع لأحكام القرآن ٦/٤٧

ويعينهم الغنى بماله ، والشجاع بشجاعته فى سبيل الله ، وأن يكون المسلمون متظاهرين كاليوم الواحد .

ويقول الإمام ابن كثير فى تفسير هذه الآية (١) .

(يأمر تعالى عباده المؤمنين بالمعونة على فعل الخيرات وهو البر ، وترك المنكرات وهو التقوى وينهاهم عن التناصر على الباطل والتعاون على المآثم والمحارم) .
فالتعاون فى حد ذاته مظهر من مظاهر التكافل ووسيلة من وسائله ، ولا يقتصر التكافل على التكافل المادى أو الاجتماعى بل يشمل أيضا التكافل المعنوى .

فالنبي صلى الله عليه وسلم قال : ﴿ المؤمن للمؤمن كالبنيان يشد بعضه بعضا ثم شبك بين أصابعه ﴾ (٢)

وقال صلى الله عليه وسلم ﴿مثل المؤمنين فى توادهم وتراحمهم وتعاطفهم كمثل الجسد الواحد إذا اشتكى منه عضو تداعى له سائر الأعضاء بالسهر والحمى ﴾ (٣).

وقال صلى الله عليه وسلم ﴿ لا يؤمن أحدكم حتى يحب لأخيه ما يحب لنفسه ﴾ (٤).

وقال صلى الله عليه وسلم ﴿ أنا وكافل اليتيم فى الجنة هكذا وأشار بإصبعه السبابة والوسطى ﴾ (٥) وكافل اليتيم هو القيم بأمره ومصالحه .

فالتكافل فى الإسلام صوره متعددة فقد يكون ماديا وقد يكون معنويا . وهذه من مميزات التشريع الإسلامى . على عكس التشريع الوضعى الغربى فإن التكافل فى نظرهم يقتصر على التكافل المادى فقط من طعام ولباس وسكن (٦) .

(١) تفسير ابن كثير ٦/٢ .

(٢) أخرجه البخارى ومسلم : البخارى فى صحيحه ، كتاب الأدب ، باب تعاون المؤمنين بعضهم بعضا ، ومسلم فى صحيحه ، كتاب البر والصلة والأداب ، باب تراحم المؤمنين وتعاطفهم وتعاضدهم (فتح البارى ٤٦٤/١٠ . مسلم بشرح النووي ١٦/١٣٩) .
(٣) أخرجه مسلم فى صحيحه ، كتاب البر والصلة والأداب ، باب تراحم المؤمنين وتعاطفهم وتعاضدهم . (مسلم بشرح النووي ١٦/١٤٠) .

(٤) أخرجه البخارى ومسلم ، البخارى فى صحيحه ، كتاب الإيمان؛ باب من الإيمان أن يحب لأخيه ما يحب لنفسه . ومسلم فى صحيحه ، كتاب الإيمان ، باب من خصال الإيمان أن يحب لأخيه ما يحب لنفسه من الخير (فتح البارى ٧٣/١ ، ومسلم بشرح النووي ١٦/٢) .

(٥) أخرجه البخارى فى صحيحه كتاب الأدب باب فضل من يعول يتيما (فتح البارى ٤٥٠/١٠) .

(٦) د- مصطفى السباعى ، إشترافية الإسلام ص ١٨٤ .

ب - أساس تقييد الملكية في القانون

إن حق الملكية لم يعد حقاً مطلقاً كما كان في الماضي، بل قد صار حقاً مقيداً ذا وظيفة اجتماعية، وذلك تحت تأثير المذاهب الاشتراكية، والأفكار الاجتماعية التي تراعى مصلحة الجماعة.

وقد نصت المادة (٨٠٢ مدنى) على هذا التقييد بقولها "مالك الشيء وحده فى حدود القانون حق استعماله واستغلاله والتصرف فيه".

وجاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي فى النظرة العامة لحق الملكية ما يأتى: "لم يخلع المشروع على حق الملكية الصفة المطلقة التى نص عليها التقنين السابق، بل نبذها إلى فكرة أخرى هى الآن الفكرة المتغلبة فى التقينات الجديدة، وهى التى تمثل النزعة الحديثة فى تطور حق الملكية، فليس هذا الحق مطلقاً لاحتلاله، بل هو وظيفة اجتماعية يطلب إلى المالك أن يقوم بها، ويحميه القانون ما دام يفعل، أما إذا خرج عن هذه الحدود فلا يعتبره القانون مستحقاً لحمايته، ويترتب على ذلك نتيجتان (أ) حيث يتعارض حق الملكية مع مصلحة عامة فالمصلحة العامة هى التى تقدم (ب) حيث يتعارض حق المالك مع مصلحة خاصة هى أولى بالرعاية من حق المالك، فإن هذه المصلحة هى التى تقدم، بعد أن يعرض المالك تعويضاً عادلاً".

وقد أجمع الفقه المصرى على رفض الفكرة التقليدية لحق الملكية باعتباره حقاً مطلقاً، وأخذ بالاتجاهات الحديثة والطبيعة الجديدة لحق الملكية (٢).

إلا أن الآراء اختلفت فى تحديد الطبيعة الجديدة المقيدة لحق الملكية.

الرأى الأول: (٣)

يرى أن الملكية الخاصة، أصبحت وظيفة اجتماعية يقوم بها المالك لتحقيق المصلحة العامة، فإن تقاعس عن أداء هذه الوظيفة أو أهمل حقاً للحكومة أن تتدخل لحمله على القيام بأعباء وظيفته، فالمالك هو بمثابة موظف يحوز جزء من الثروة ويقتضى أجراً من الناتج، والهدف من جعل الملكية وظيفة اجتماعية هو تحقيق التضامن الاجتماعى بين أفراد المجتمع الواحد.

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ج٦ ص ١٢-١٢ (٢) د. نزيه المهدي، السابق ص ٦٥.

(٣) د. محمد على عرفة شرح القانون المدنى الجديد ج١ فقرة ١٥٠ ص ١٨٦، وكتابه موجز فى حق الملكية وأسباب كسبه

ص ٧٠٦ ومقاله الملكية فى ظل الاشتراكية العربية منشور بمجلة إدارة قضايا الحكومة سنة ٧ عدد ٢ سنة ١٩٦٣ م ص ١١١، د.

عبد المنعم البدر اوى، السابق فقرة ٧ ص ١٨.

ولكن يؤخذ على هذا الرأي (١) : أنه ينكر الجانب الذاتي في الملكية مع أنه من الثابت أن في الملكية مجالاً متسعاً لإشباع المصالح الشخصية البحتة للمالك . فإذا جاز هذا التعبير في لغة المصلحين الاجتماعيين ورجال السياسة ، فيحسن تجنبه في لغة القانون ، إذ يتضمن وصف الملكية بأنها وظيفة إنكاراً لفكرة الحق ذاتها ، كما أن مركز المالك يختلف اختلافاً جوهرياً عن مركز الموظف ، فالمالك يباشر سلطاته لحسابه ولتحقيق مصلحته الخاصة أما مصلحة الجماعة فتتحقق بطريق غير مباشر ، أما الموظف فيباشر السلطات التي تدخل في اختصاصه لحساب الجماعة ولتحقيق مصلحة الجماعة بطريق مباشر (٢) .

الرأي الثاني

ذهب جمهور شراح القانون (٣) إلى أن الملكية الخاصة : حق ذاتي له وظيفة اجتماعية ، وهذا ما أميل إليه .
فالملكية الخاصة حق تهيمن عليه وظيفة اجتماعية حافزة لا تهدر سيادة المالك بل تعززها ، فالملكية حق ذاتي في عناصره ، وخصائصه ، ونطاقه ، هذا الحق يحميه القانون ، فيمنع الغير من الاعتداء عليه .
وإذا كان حق الملكية حقاً ذاتياً فهو أيضاً حق اجتماعي ، بمعنى أن على المالك أن يضع في اعتباره مصالح الغير . فإذا تعارضت مصلحته مع مصلحة الجماعة قدمت مصلحة الجماعة وكذلك إذا تعارضت مصلحة خاصة هي أولى بالرعاية من مصلحة المالك ، قدمت هذه المصلحة ، بعد تعويض المالك التعويض العادل .
نخلص إذن : الملكية حق ذاتي وله وظيفة اجتماعية .

ولكن ما الأساس الذي تقوم عليه هذه الوظيفة الاجتماعية ؟ .

إنه يستند إلى اعتبارين مختلفين :-

(١) د. أحمد سلامة ، السابق فقرة ٢٤ ص ٨١

(٢) د. منصور مصطفى ، السابق فقرة ٦ ص ١٥، ١٤ ، د. إسماعيل غانم، السابق فقرة ٢٧ ص ٥٦ .

(٣) د. السنهوري ، السابق فقرة ٣٣٣ ص ٥٥٠ وما بعدها ، د. الصدة، السابق فقرة ١٦ ص ٧٥ ، د. إسماعيل غانم ، السابق فقرة ٢٧ ص ٥٦ ، د. منصور ، السابق فقرة ٦ ص ١٥، د. أحمد سلامة ، السابق فقرة ٢٤ ص ٨١ ، د. لبيب شنب ، السابق فقرة ٢١٧ ص ٢٢١ ، د. مصطفى الجمال ، السابق فقرة ٨ ص ١٦ ، د. نزيه المهدي ، السابق ص ٦٥٠ ، توفيق فرج ، السابق فقرة ٣٠ ص ٩٢ ، د. محمد عمران ، السابق ص ٢٥٣ ، د. محمد حنبولة ، السابق ص ٤١٥ ، أستاذنا الدكتور / لاشين الغاياتي ، السابق ص ٨٢ .

الاعتبار الأول

مراعاة مبدأ التضامن الاجتماعي واعتبارات العدالة والمساواة التي يستلزمها المجتمع ، والتي تفرض التعاون والاشتراك بين أعضاء المجتمع في الارتقاء بشئونه ، وتعتبر الملكية من أهم دعائم هذا التعاون والاشتراك .

الاعتبار الثاني

إنه يجب مراعاة أن حق الملكية ليس وليداً للمجهود الشخصي للمالك فقط ، بل هو نتيجة أيضاً لمساهمة المجتمع في إنشاء هذه الملكية والمحافظة عليها وحمايتها ، ولذلك يجب أن يكون لهذه الملكية وظيفة اجتماعية تؤديها لهذا المجتمع (١) .

(ج) المقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون من حيث أساس التقيد للملكية

إن أساس التقيد في الفقه الإسلامي يرجع إلى أن الحقوق - ومنها حق الملكية - منحة إلهية يعطيها الله سبحانه للأفراد وفق ما يقضى به الصالح العام ، فالله سبحانه هو الذي أعطى المالك ما يملكه واستخلفه فيه في صورة مقيدة بقيود متعددة ، منها أنه جعل للجماعة فيها حقاً ، وليس هذا الحق صادراً عن أنها أسهمت في كسبه للملكية كما هو المنطلق في الفقه القانوني ، الذي يرى أن أساس تقيد الملكية هو الوظيفة الاجتماعية التي تقوم على أن المالك مدين للمجتمع ، فليس عمل المالك وحده هو الذي أكسبه الملك ، بل المجتمع قد أسهم في ذلك إسهاماً ملحوظاً ، هذا الأساس لا يعبر عن أبعاد الملكية في الشريعة الإسلامية ، فالأصل في الشريعة التقيد بعكس القانون .

نخلص إذن : أن الشريعة الإسلامية استجابت للفطرة البشرية في حب التملك ، فشرعت الملكية ، وسنت التشريعات لحمايتها ، لكن حق الملكية مقيد بقيود تثبت بإثبات الشارع الحكيم ، وأن ما في الفقه القانوني من اتجاهات لا يكون مطابقاً لما في الشريعة الإسلامية لاختلاف المنطلق والغايات (٢) .

(١) د. السنهوري ، السابق فقرة ٣٣٨ ص ٥٥٤ ، د. نزيه المهدي ، السابق ص ٦٥٣ ، د. حنبولة ، السابق ص ٤١٧ ، أستاذنا الدكتور / لاشين الغاياتي ، السابق ص ٧٩ .

(٢) د. محمد بلتاجي ، الملكية الفردية ص ٩٢ ، د. محمد مذكور ، المدخل للفقه الإسلامي ص ٤٢ ، أستاذنا الدكتور / لاشين الغاياتي ، السابق ص ٧١،٧٠ .

خامسا : القيود الواردة على الملكية فى الفقه الإسلامى والقانون

تحتوى هذه النقطة على ثلاثة أشياء :

أ- القيود الواردة على حق الملكية فى الفقه الإسلامى

ب- القيود الواردة على حق الملكية فى القانون

ج- المقارنة بين الفقه الإسلامى والقانون من حيث القيود على الملكية

أ- القيود الواردة على الملكية فى الفقه الإسلامى

إن الملكية ما شرعت إلا لمصالح العباد ، هذه المصالح إما عامة وإما خاصة ويراد بالمصلحة العامة :-

حاجة المسلمين التى لا تختص بواحد أو جماعة معينة تناله منفعتها ويتضرر بفواتها(١) ويراد بالمصلحة الخاصة :-

المصلحة التى يكون الحق فيها لواحد بعينه أو جماعة مخصوصة(٢) .

والقيود التى ترد على حق الملكية فى هذا الصدد نوعان :-

١- قيود فى حق التملك .

٢- قيود فى سلطات المالك وولايته .

النوع الأول : قيود حق التملك :-

بين الفقه الإسلامى أسباب التملك ، وحدد الكيفية التى يحصل بها الإنسان على المال بما يشبع حاجاته ، هذه الأسباب منها ما هو مثبت للملك ابتداء كالأستيلاء على المباح ، ومنها ما هو ناقل للملك كالبيع والهبة وغيرهما ، ومنها ما يكون عن طريق الخلافة كالإرث والوصية . فأول قيد على حق التملك هو أنه حصر أسباب التملك فى أسباب معينة ، ثم قيد أسباب التملك المباحة بما وضعه من الشروط والأركان ، وبما نص عليه من الحدود المشروعة التى يمكن أن تعمل فيها هذه الأسباب .

وثانى قيد أنه منع التملك عن عدد من الطرق كالأعيان التى لا منفعة فيها كالذباب والبعوض ، وكالأعيان والمنافع المحرمة كالخمر والخنزير والميتة ، لأن الملك يدور مع حل الانتفاع ، فما حل الانتفاع به صح تملكه وما حرم الانتفاع به لم يصح تملكه (٣) ولا يتسع المقام لبيان أسباب التملك ولا للطرق التى يمنع التملك عن طريقها فهذا ليس محل البحث .

(١) الطرق الحكمة ص ٣٠٧، د. عبد الكريم زيدان ، السابق ص ٢٥ وما بعدها . (٢) المرجعان السابقان

(٣) البحر الرائق ٢٥٨/٥ ، الأشباه والنظائر لابن نجيم ص ٤١١ ، القوانين الفقهية ص ٢٥١ القواعد لابن رجب ص ١٩٠، ١٨٩ ،

الأشباه والنظائر للسيوطى ص ١٩٢ ، قواعد الأحكام للعز بن عبد السلام ٨٦/٢ إحياء علوم الدين للغزالي ١٠٦، ١٠٥/٢ .

النوع الثانى : قيود فى سلطات المالك وولايته .

الأصل فى الملكية : هو استعمالها والحصول منها على جميع المزايا التى يمكن أن تستخلص من الشئ المملوك .

ولقد نظم الإسلام طرق استعمال الأموال وكيفية الانتفاع بها ، ووضع عليها من القيود ما يكفل به صلاح الفرد والمجتمع كما سبق أن بينا ذلك فى خصائص الملك التام .

ويمكن أن نقسم هذه القيود إلى نوعين ١- قيود تنص عليها الشريعة الغراء .

٢- قيود إرادية ترضها إرادة ذوى الشأن .

وهذا النوع الأخير لا أتعرض له فهو ليس محل البحث .

أما النوع الأول فينقسم إلى قسمين ١- قيود تتعلق بالمصلحة العامة .

٢- قيود تتعلق بالمصلحة الخاصة .

القسم الأول : القيود التى تتعلق بالمصلحة العامة :

هذا النوع من القيود مبنى على القواعد التى تمنع الضرر منها ١- تحمل الضرر

الخاص لدفع الضرر العام ٢- لا ضرر ولا ضرار فى الإسلام ٣- تصرف الإمام منوط بالمصلحة ٤- درء المفساد مقدم على جلب المصالح .

إلى غير ذلك من القواعد التى تنهى عن الضرر، وأهم هذه القيود، نزع الملكية للمنفعة العامة، التسعير ، الضرائب وهذه القيود أيضا ليست محل البحث .

القسم الثانى : القيود التى تتعلق بالمصلحة الخاصة :-

هذه القيود الخاصة : قد تكون لمصلحة المالك نفسه كما فى الحجر عليه لعدم تضييع

ماله وذلك لقوله تعالى :﴿وابتلوا اليتامى حتى إذا بلغوا النكاح فإن ءانستم منهم رشدا فادفعوا إليهم أموالهم﴾(١) .

وفى ذلك يقول الإمام القرافى (٢) : (فحجر الرب تعالى برحمته على عبده فى تضييع ماله)

كذلك قيدت الشريعة الإنفاق بعدم الإسراف قال تعالى :﴿والذين إذا أنفقوا لم يسرفوا ولم يقتروا وكان بين ذلك قواما ...﴾(٣) وهذا النوع من القيود ليس محل البحث أيضا ، وقد

تكون القيود الخاصة لمصلحة الغير الخاصة كما هو معروف فى الفقه الإسلامى بحقوق الجوار، وهذا يشمل الجوار الرأسى المسمى بحق التعلّى أو ملكية الطبقات، والجوار الجانبى وهو ما يطلق عليه بالجوار المطلق ، أو لفظ الجوار فقط .

(١) سورة النساء آية : ٦

(٢) الفرقان آية ٦٧

(٣) الفرقان ١/١٤١

وكما هو معروف أيضا بحقوق الارتفاق ، وهذا يشمل حق المجرى والشرب والمسيل والمرور فى أرض الجار .
وهذا النوع هو محل الدراسة فى هذه الرسالة إن شاء الله تعالى .

(ب) القيود الواردة على حق الملكية فى القانون الوضعى

إن التشريعات الحديثة أصبحت تنظر إلى الملكية كوظيفة اجتماعية ، وأحاطتها بالقيود التى تضمن عدم مغالاة المالك فى استعمال حق الملكية حتى لا يضر بالمصلحة العامة أو بالمصلحة الخاصة .

وتتسع هذه القيود أو تضيق حسب مدى الأخذ بالمبادئ الاجتماعية ، وهذه القيود تعد تطبيقا للوظيفة الاجتماعية للملكية (١) .

وقد نصت المادة ٨٠٦ من القانون المصرى على ما يأتى : (على المالك أن يراعى فى استعمال حقه ما تقضى به القوانين والمراسيم واللوائح المتعلقة بالمصلحة العامة أو بالمصلحة الخاصة ، وعليه أيضا مراعاة الأحكام الآتية) .

هذا النص يقسم القيود التى ترد على حق الملكية إلى قيود متعلقة بالمصلحة العامة ، وأخرى تتعلق بالمصلحة الخاصة ، ولم يتفق الفقهاء على تقسيم واحد لقيود الملكية بل تنوعت طرائقهم فى هذا التقسيم (٢) .

ويمكن أن أقسم هذه القيود الى ثلاثة أنواع :

- ١- القيود الاتفاقية التى يتفق المتعاقدون عليها .
- ٢- القيود المقررة فى القانون مراعاة للمصلحة العامة .
- ٣- القيود المقررة فى القانون مراعاة للمصلحة الخاصة (٣) .

(١) د. نزيه المهدي ، البحث السابق ص ٢٢٢

(٢) د. السنهورى ، الوسيط ح ٨ فقرة ٣٩٤ ص ٦٤٢

(٣) د. محمد كامل مرسى ، الملكية والحقوق العينية ، فقرة ٢٣١ ص ٢١١ .

النوع الأول : القيود الاتفاقية التى يتفق المتعاقدون على تقريرها (اشتراطات عدم التصرف).

الأصل أن القانون هو الذى يملك الحد من سلطات المالك ، فلا يجوز للمالك أن يحد من سلطة التصرف فيما يملك بمقتضى شرط إرادى إلا أن القانون المدنى الجديد أجاز على سبيل الاستثناء الشروط المانعة من التصرف بشروط محددة وهى : ١- أن يكون الشرط فى عقد ناقل للملكية ٢- أن يكون الشرط المانع لمدة معقولة ٣- وأن يكون مبنيا على باعث مشروع . طبقا للمادتين "٨٢٣، ٨٢٤ مدنى" (١). ونحن لا نتعرض لهذه القيود فهى ليست محل البحث .

النوع الثانى : القيود المقررة للمصلحة العامة :-

أغلب القيود التى من هذا النوع خاص بالملكية العقارية ، لأن مجموع الناس لا يهتم كثيرا بأن يستعمل المالك منقولا استعمالا بدل آخر . وهذه القيود عديدة ومن الصعب حصرها جميعها ، خصوصا أن للشارع ولجهات الإدارة السلطة فى تقرير قيود جديدة كلما دعت المصلحة العامة لإيجادها . وهذه القيود أيضا ليست محل البحث .

النوع الثالث : القيود المقررة فى القانون مراعاة للمصلحة الخاصة .

وهذه القيود هى محل البحث ، إذ يجب تقييد استعمال حق الملكية فى سبيل مراعاة المصلحة الخاصة الأجرى بالرعاية من مصلحة المالك . وتندرج القيود فى هذا الصدد فمنها ما يطلب من المالك أعمالا سلبية يتمتع فيها عن استعمال ملكيته إضرارا بالغير ، ومنها : أن يقوم الغير نفسه بأعمال إيجابية تمس ملكيته ومنها: ما تلزم المالك نفسه بالقيام باستعمال ملكيته على وجه معين لمصلحة الغير (٣) . وسوف أبين أهم القيود التى تتعلق بكل نوع على سبيل الإجمال مرجئا التفصيل إلى الباب الثانى والثالث من هذه الرسالة .

١- قد تتخذ القيود على سلطة الاستعمال مظهرا سلبيا :-

فيمتنع على المالك استعمال ملكيته فى أى حالة يكون فيها من شأن هذا الاستعمال المساس بمصلحة الغير الأولى بالاعتبار . ومن أمثلة ذلك ما يأتى :-

(١) أ.د لاشين الغابى ، المرجع السابق ص ٨٦ (٢) د. السنهورى فقرة ٣٣٩ ص ٥٥٦، ٥٥٥ . د. نزيه المهدي ، الملكية فى النظام الاشتراكى ص ٦٥٨ . (٣) د. السنهورى ، السابق فقرة ٣٤٠ ص ٥٥٦ وما بعدها . د. نزيه المهدي ، السابق ص ٦٥٨ وما بعدها .

١- يجب على المالك أن يتمتع عن استعمال ملكه بحيث يضر بالجار ضررا فاحشا طبقا للمادة (٨٠٧ مدنى).

٢- لمالك الحائط المشترك أن يتصرف فى حائطه كما يشاء ، إلا فى حالة إذا كان الجار يستتر بهذا الحائط فيمنع من هدمه مختارا دون عذر قوى إن كان هذا الهدم يضر بالجار(م٨١٨مدنى)

٣- فى ملكية الطبقات يجوز لكل من مالك العلو والسفل أن يتصرف فى ملكه كما يشاء . إلا إذا كان فى تعليية البناء ضرر يصيب السفل فيمنع من التعليية (م٨٦١ مدنى) .

(ب) قد تتخذ القيود مظهرا إيجابيا يقوم به الغير فى ملك غيره :-

قد تقتضى الوظيفة الاجتماعية لحق الملكية أن يتدخل تدخل إيجابيا فى انتفاع المالك بملكه ليتوقى ضررا أشد من الضرر الذى يصيب المالك التعويض العادل .

ومن أهم تطبيقات هذا القيد ما يلى :-

١- حق المرور القانونى فى حالة الانحباس بشروط معينة (م٨١٢/مدنى) .

٢- الالتزامات الملقاه على عاتق مالك المسقاه أو المصرف الخاص ، فإنه يجوز للمالك المجاورين استعمال المسقاه أو المصرف بشرط أن يشتركون فى نفقات الإنشاء والصيانة (م ٨٠٨ مدنى) .

٣- مالك الأرض حر فى التصرف فى ملكه كما يشاء ومع ذلك يجوز للجار أن يجبر المالك على أن تمر بأرضه المياه الكافية لرى أرض الجار البعيدة عن مورد المياه ، أو أن تمر بأرضه مياه الصرف للأراضى المجاورة ، بشرط تعويض المالك تعويضا عادلا (م٧٠٩مدنى)

(ج) وقد تتخذ القيود :إلزام المالك نفسه بأن يقوم بأعمال إيجابية لمصلحة الغير :

قد تصل الوظيفة الاجتماعية إلى أقصى درجاتها ، بحيث يقتضى تحقيقها إلزام المالك بأعمال إيجابية لمصلحة الغير .

ومن أهم تطبيقات هذا القيد ما يلى :-

١- فى ملكية الطبقات ، يجبر صاحب السفل على أن يقوم بالأعمال والترميمات اللازمه لمنع سقوط العلو (م ٨٥٩ مدنى)

٢- فى الملكية على الشيوخ ، تجبر أقلية الشركاء على الموافقة على ما تقرره الأغلبية فى شأن إدارة المال الشائع (م ٨٢٨ مدنى ١) (١)

١- يرجع فى تفصيل ما تقدم /د/ السنهورى السابق ص٥٦٢:٥٥٦-د، نزبه المهدي ،السابق ص٦٦٣:٦٥٨، د- البجراوى ،السابق

ص١٣٢:١٣٠ .د-منصور ، السابق ص٥٣ .

د- المقارنة بين الفقه الإسلامى والقانون من حيث القيود على الملكية :

إن الشريعة قد قررت قيودا فى ولاية المالك وطرائق انتفاعه ، وكذلك القانون ، وقد يبدو شئ من التقارب بين بعض قيود الملكية فى الشريعة وبعض قيودها فى القانون ، كنزع الملكية للمنفعة العامة ، والتسعير ، وفرض الضرائب ، وحقوق الجوار . ولكن هذا التقارب ليس هو المطابقة بأبعادها الحقيقية للاختلاف الجذرى فى المنطلقات الأساسية بينهما ، اختلافاً يبنى عليه اختلاف التكيف الفقهي لهذه القيود من حيث مصدر الإلزام وطبيعتها وغاياتها المستهدفة ، فالملكية فى الإسلام ملكية استخلاف ، قال تعالى ﴿ وَأَنْفَقُوا مِمَّا جَعَلَكُمْ مُسْتَخْلَفِينَ فِيهِ ﴾ (١) أى أن الله تعالى استخلف الإنسان فيما ملكه إياه من أقوال ليعمل فيها كما يعمل كل مستخلف بحكم من استخلفه وشروطه .

وليس هذا الوصف مطابقاً لوصف الملكية بأنها وظيفة اجتماعية ، لأن البعد الاجتماعى فى هذه الملكية لا يعد وأن يكون أحد أبعاد معنى الاستخلاف الذى يتجاوز النظرة إلى علاقات الناس بعضهم ببعض إلى علاقة الإنسان بالله تعالى ، فالزكاة مثلاً (عبادة) (وصلة) تربط المخلوق بالخالق ، وفيها حق الله وحق المجتمع فليس الأمر مقتصر على حق المجتمع كما هو الأمر فى النظرة الوضعية إذن هذا التشابه ليس معناه المطابقة (٢) .

(١) سورة الحديد آية : ٧

(٢) د. محمد البلتاجى المرجع السابق ص ٨٩-٩٢ .

الباب الأول

التعريف بالجوار وما يتعلق به من أحكام

الباب الأول

التعريف بالجوار وما يتعلق به من أحكام

ويحتوى هذا الباب على أربعة فصول :

الفصل الأول : مفهوم الجوار فى الشريعة الإسلامية والقانون الوضعى .

الفصل الثانى : أساس المسؤولية عن مزار الجوار فى الشريعة والقانون .

الفصل الثالث : الضرر الذى يوجب المسؤولية فى الشريعة والقانون .

الفصل الرابع : إثبات الضرر وجزاؤه فى الشريعة والقانون .

الفصل الأول

مفهوم الجوار فى الشريعة الإسلامية والقانون الوضعى

ويحتوى هذا الفصل على ثلاثة مباحث :

المبحث الأول : مفهوم الجوار فى الشريعة الإسلامية .

المبحث الثانى : مفهوم الجوار فى القانون الوضعى .

المبحث الثالث : الموازنة بين الشريعة الإسلامية والقانون الوضعى من حيث مفهوم الجوار .

المبحث الأول

مفهوم الجوار في الشريعة الإسلامية

للجوار مفهومان ، مفهوم لغوي ، ومفهوم اصطلاحى وسوف أوضح ذلك فى مطلبين
المطلب الأول : مفهوم الجوار فى اللغة .

المطلب الثانى : مفهوم الجوار فى الشريعة الإسلامية .

المطلب الأول

مفهوم الجوار فى اللغة

الجوار - بكسر الجيم - مصدر جاور ، يقال : جاور الرجل جواراً وجواراً ومُجَاوَرَةً : أى ساكنه . وتجاوَرُوا واجتاوروا بمعنى جاور بعضهم بعضاً وجارك : الذى يجاورك . والجمع أجوارٌ وجيرةٌ وجيران .

ويطلق الجار على عدة معان منها . المجاور فى المسكن ، والشريك فى العقار أو التجارة ، والزوج والزوجة ، والحليف ، والناصر ، والمقاسم .

قال الراغب : الجار من يقرب مسكنه منك وهو من الأسماء المتضافية ، فإن الجار لا يكون جاراً لغيره إلا وذلك الغير جار له كالأخ والصديق (١) .

المطلب الثانى

مفهوم الجوار فى الشريعة الإسلامية

فى هذا المطلب سوف أتحدث عن مفهوم الجوار فى كتاب الله تعالى أولاً، ثم فى سنة رسول الله صلى الله عليه وسلم ثانياً ، ثم فى الفقه الإسلامى ثالثاً . وذلك فى ثلاثة فروع .

(١) مادة جور لسان العرب ٧٢٢/١ . تاج العروس ١١١/٣ - ١١٣ ، القاموس المحيط ٣٩٤/١ ، معجم مقاييس اللغة ٤٩٣/١ ، مختار الصحاح ص ١١٦ المصباح المنير ١٢٤/١ : المعجم الوجيز ص ١٢٦ .

الفرع الأول الجوار في كتاب الله تعالى

قال تعالى :

﴿واعبدوا الله ولا تشركوا به شيئاً وبالوالدين إحساناً و ذى القربى واليتامى والمساكين
والجار ذى القربى والجار الجنب والصاحب بالجنب وابن السبيل وما ملكت أيمانكم إن الله لا
يحب من كان مختالاً فخوراً﴾ (١) .

يقول الشيخ رشيد رضا :

الجوار ضرب من ضروب القرابة ، فهي قرابة بالندب ، وهو قرب بالمكان والسكن ،
وقد يأنس الإنسان بجاره القريب مالا يأنس بنسيبه البعيد ، يحتاجان الى التعاون والتناصر
مالا يحتاج الأنساب الذين تناءت ديارهم ، فإذا لم يحسن كل منهما بالآخر لم يكن فيهما خير
لسائر الناس .

ثم قال : قال الأستاذ الإمام : والمراد بالجار : من تجاوره و تراءى وجهك ووجهه فى غدوك
أو رواحك إلى دارك ، فيجب أن تعامل من ترى وتعاشر الحسنى ، فتكون فى راحة معه
ويكون فى راحة معك .. أ . هـ (٢) .

وجاء فى تفسير البحر المحيط : (٣)

المجاورة : مساكنة الرجل الرجل فى محلة أو مدينة ، أو كيوونة أربعين داراً كل جانب ، أو
يعتبر بسماع الأذان ، أو بسماع الإقامة ، أقوال أربعة .

وقد اختلف المفسرون فى تحديد المراد من الجار ذى القربى ، والجار الجنب (٤) .

ففى قوله تعالى : ﴿والجار ذى القربى﴾ ثلاثة أقوال :

(١) سورة النساء آية : ٣٦ .

(٢) تفسير المنار للشيخ محمد رشيد رضا ٥/٧٥، ٦٧ ط الهيئة المصرية للكتاب سنة ١٩٧٣ .

(٣) التفسير الكبير المسمى بالبحر المحيط لأبى حيان ٣/٢٤٤ ط مطابع النصر الحديثة .

(٤) التفسير الكبير أو مفاتيح الغيب للإمام الرازى ١٠/٩٩/١٠ ، زاد المسير فى عالم التفسير لأبى الفرج البغدادى ٢/٧٩ ، تفسير

الخازن لعلاء الدين البغدادى ١/٥٢٣ وبهامشه تفسير البغوى ١/٥٢٣ ، البحر المحيط ٣/٢٤٥

- أحدها** : أنه الجار الذى بينك وبينه قرابة نسب .
والثانى : أنه الجار المسلم .
والثالث : أنه القريب المسكن منك .

- وفى قوله تعالى : ﴿ **والجار الجنب** ﴾ ثلاثة أقوال :
أحدها : أنه الغريب الذى ليس بينك وبينه قرابة .
والثانى : أنه اليهودى والنصرانى .
والثالث : أنه الجار الذى بعد جواره عنك .

ثم يقول المفسرون : (١)

- واختلف الناس فى حد الجيرة .
فكان الأوزاعى يقول : أربعون داراً من كل ناحية وقاله ابن شهاب .
 وقال على رضى الله عنه من سمع النداء فهو جار .
 وقالت فرقة من سمع إقامة الصلاة فهو جار ذلك المسجد .
 وقالت فرقة : من ساكن رجلاً فى محلة أو مدينة فهو جار .

الفرع الثانى

مفهوم الجوار فى السنة النبوية الشريفة

الجوار فى السنة النبوية الشريفة يشمل : المسلم والكافر والعايد والفاسق ، والصديق والعدو ، والغريب والبلدى ، والنافع والضار ، والقريب والأجنبى ، والأقرب داراً والأبعد . ولقد أكدت السنة النبوية على تعظيم حق الجار ، وبأن حفظ حق الجار من كمال الإيمان . ويحصل ذلك بإيصال ضرور الإحسان إليه بحسب الطاقة ، كالهديّة والسلام وطلاقة الوجه عند لقائه وتفقد أحواله ومعاونته فيما يحتاج إليه .

(١) الجامع لأحكام القرآن للقرطبى ١٨٥/٥ . أحكام القرآن لابن العربى ٤٢٩/١ وقريب منه فتح البارى كتاب الأدب باب حق

الجوار ٤٦١/١ .

وكف أسباب الأذى عنه على اختلاف أنواعه حسية كانت أو معنوية ، وبأن الإضرار
بالبجار من الكبائر (١) .

وبنيت السنة النبوية أن الجيرة مراتب بعضها أعلى من بعض ، وأن المراد بالجوار
المجاور في الدار وبأن أولى الجيران بالرعاية من كان أقربهم باباً .
وقد وردت أحاديث نبوية كثيرة تبين ذلك منها :

١- عن جابر بن عبد الله أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : ﴿ الجيران ثلاثة : جار
له حق واحد وجار له حقان ، وجار له ثلاثة حقوق ، فالجار الذي له ثلاثة حقوق ، الجار
المسلم ذو الرحم له حق الجوار وحق الإسلام وحق الرحم ، وأما الذي له حقان فالجار
المسلم له حق الجوار وحق الإسلام ، وأما الذي له حق واحد فالجار المشرك ﴾ (٢) .

- ومنها : ما روى عن عبد الله بن عمرو بن العاص عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه
قال ﴿ خير الأصحاب عند الله خيرهم لصاحبه وخير الجيران عند الله خيرهم لجاره ﴾ (٣)

٣ - ومنها : ما روى عن عائشة وابن عمر قال رسول الله صلى الله عليه وسلم ﴿ مازال
جيريل يوصيني بالبجار حتى ظننت أنه سيورثه ﴾ (٤) .

٤ - ولقد حثت السنة النبوية على الإهداء للجار ، فعن عائشة رضى الله عنها قالت : ﴿ قلت
يا رسول الله إن لى جارين فإلى أيهما أهدى ؟ قال : إلى أقربهما منك باباً ﴾ (٥) .

(١) فتح البارى ٤٥٦/١٠

(٢) أخرجه أبو نعيم فى حلية الأولياء ٢٠٧/٥ ، والبزار عن شيخه عبد الله بن محمد الحارثى (كشف الأستار عن زوائد البزار
للحافظ الهيثمى ٣٨٠/٢) ، وقال الهيثمى رواه البزار عن شيخه عبد الله الحارثى وهو وضاع . هكذا فى مجمع الزوائد كتاب البر
والصلة باب حق الجار ١٦٤/٨ وعزاه ابن حجر فى الفتح للطبرانى من حديث جابر (فتح البارى ٤٥٦/١٠) وقال العجلونى فى
كشف الخفاء ومزيل الإلباس ٣٢٨/١ رواه البزار وأبو الشيخ فى الثواب وأبو نعيم عن جابر وهو ضعيف .

(٣) أخرجه البخارى فى الأدب المفرد باب خير الجيران ص ٣٦ ، والترمذى فى كتاب البر والصلة باب ماجاء فى حق الجوار
٣٣٣/٤ وقال هذا حديث حسن غريب ، وأحمد فى مسنده ١٦٨/٢٥ .

(٤) أخرجه البخارى ومسلم " البخارى فى صحيحه ، كتاب الأدب ، باب ما جاء فى الوصاة بالبجار ، وفى الأدب المفرد باب يبدأ
بالبجار ، ومسلم فى صحيحه ، كتاب البر والصلة والآداب ، باب الوصية بالبجار والإحسان إليه . (فتح البارى ٤٥٥/١٠ ، الأدب
المفرد ص ٣٤ ، ومسلم بشرح النووى ١٧٦/١٦ .

(٥) أخرجه البخارى فى صحيحه ، كتاب الأدب ، باب لا تحقرن جارة لجاتها ، وفى الأدب المفرد ، باب يهدى إلى أقربهم باباً
(فتح البارى ٤٥٩/١٠ ، الأدب المفرد ص ٣٤) .

- ٥ - وعن ابن عباس رضى الله عنهما قال : سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول : ﴿ ليس المؤمن الذى يشبع وجاره جائع ﴾ (١) .
- ٦ - وهذا ما أوصى به النبي صلى الله عليه وسلم أبا ذر حيث قال صلى الله عليه وسلم له : ﴿ يأبأ ذر إذا طبخت مرقة فأكثر ماءها وتعاهد جيرانك ﴾ ، وفى رواية ﴿ وإذا صنعت مرقة فأكثر ماءها ثم انظر أهل بيت من جيرانك فأصبهم منه بمعروف ﴾ (٢) .
- ٧ - كما حثت السنة النبوية على معاونة الجار . فعن ابن عمر رضى الله عنهما قال سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول : ﴿ كم من جار متعلق بجاره يوم القيامة يقول : يارب هذا أغلق بابه فمنع معرفه ﴾ (٣) .
- ولقد نهت السنة النبوية عن إيذاء الجار .
- ٨ - فعن أبى شريح رضى الله عنه قال : قال النبي صلى الله عليه وسلم : ﴿ والله لا يؤمن والله لا يؤمن ، والله لا يؤمن ، قیل من يارسول الله ؟ قال الذى لا يأمن جاره بوائقه ﴾ (٤) وفى رواية قالوا : وما بوائقه ؟ قال : شره .
- وقال ابن حجر ابن حجر والنووى : البوائق جمع بانقة وهى الداهية والشئ المهلك والأمر الشديد الذى يوافق بغته .
- ٩ - وعن أبى هريرة رضى الله عنه قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : ﴿ من كان يؤمن بالله واليوم الآخر فلا يؤذ جاره ، ومن كان يؤمن بالله واليوم الآخر فليكرم ضيفه ، ومن كان يؤمن بالله واليوم الآخر فليقل خيراً أو ليصمت ﴾ (٥) .
- ولقد بينت السنة النبوية جزاء من يؤذى جاره .

(١) أخرجه البخارى فى الأدب المفرد باب لا يشبع دون جاره ص ٣٥ .

(٢) أخرجه البخارى فى الأدب المفرد ، باب يكثر ماء المرق فيقسم فى الجيران ص ٣٥ ، ومسلم فى صحيحه ، كتاب البير ، باب الوصية بالجار والإحسان إليه ، (مسلم بشرح النووى ١٦ / ١٧٧) .

(٣) أخرجه البخارى فى الأدب المفرد ، باب من أغلق الباب على الجار ص ٣٥ .

(٤) أخرجه البخارى فى صحيحه ، كتاب الأدب ، باب إثم من لا يأمن جاره بوائقه (فتح البارى ١٠ / ٤٥٧) .

(٥) أخرجه البخارى ومسلم : البخارى فى صحيحه ، كتاب الأدب ، باب من كان يؤمن بالله واليوم الآخر فلا يؤذى جاره .

ومسلم فى صحيحه ، كتاب الأيمان باب الحث على إكرام الجار (فتح البارى ١٠ / ٤٦٠) ومسلم بشرح النووى ٢ / ٢٠) .

١٠ - فعن أبي هريرة رضى الله عنه قال : ﴿قيل للنبي يارسول الله إن فلانة تقوم الليل وتصوم النهار وتفعل وتصدق وتؤذى جيرانها بلسانها فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : " لا خير فيها هي من أهل النار ، قالوا : وفلانة تصلى المكتوبة وتصدق بأثواب ولا تؤذى أحداً ، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم هي من أهل الجنة ﴾ (١) .

١١ - وعن أبي هريرة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : ﴿ لا يدخل الجنة من لا يأمن جاره بوائقه ﴾ (٢) .

إلى غير ذلك من الأحاديث النبوية الشريفة التي لا يتسع المقام لذكرها .

الفرع الثالث

مفهوم الجوار في الفقه الإسلامي

إن الباحث في كتب الفقه الإسلامي ، يجد أن معظم الفقهاء يتحدثون عن الجوار في أبواب الوصية، والشركة، والصلح ، والأعيان المشتركة، والمنافع المشتركة ، والتزام على الحقوق ، والشفعة والوقف ، وبعضهم أفرد للجوار باباً يسمى باب حق الجار (٣) وبعضهم يتحدث عنه في كتاب الأيمان والكفارات (٤) ، وبعضهم يتحدث عنه في كتاب الحج (٥) .

وباستقراء كتب الفقه الإسلامي في مختلف المذاهب الفقهية ، يمكن أن نحدد مفهوم الجوار من حيث الأموال ، ثم مفهوم الجوار من حيث الأشخاص وذلك في غصنين .

الغصن الأول : مفهوم الجوار من حيث الأموال .

الغصن الثاني : مفهوم الجوار من حيث الأشخاص

وذلك بشئ من التفصيل

(١) أخرجه البخارى في الأدب المفرد ، باب لا يؤذى جاره ص ٣٦ .

(٢) أخرجه البخارى ومسلم : البخارى في الأدب المفرد باب لا يؤذى جاره ص ٣٧ . ومسلم في صحيحه ، كتاب الأيمان ، باب بيان تحريم إيذاء الجار (مسلم بشرح النووي ١٧/٢) .

(٣) الإباضية : شرح كتاب النيل وشفاء العليل لمحمد أطفيش ١١٧/٥ .

(٤) الإباضية : شرح كتاب النيل ٣٥٠/٤ .

(٥) الإمامية : وسائل الشيعة إلى تحصيل مسائل الشريعة للحر العاملى ح ٨ / ٤٩١ وما بعدها .

الغصن الأول

مفهوم الجوار من حيث الأموال

اختلف الفقهاء فى حدود الجوار من حيث الأموال على رأيين :

الرأى الأول : يرى أن الجوار قاصر على الجار الملاصق .

الرأى الثانى : يرى أن الجوار يشمل الملاصق وغير الملاصق .

وسوف أوضح ذلك بشئى من التفصيل :

الرأى الأول : يرى أن الجوار مشتق من المجاورة ، وهى الملاصقة ، فالجار قاصر على الملاصق فقط ، سواء أقربت الأبواب أم بعدت ، لأنه لما تعذر صرف الجار إلى جميع المعانى السابقة فى اللغة صرف إلى الملاصق ، فهو أخص الخصوص .

وإلى هذا ذهب أبو حنيفة وزفر (١) ، وبعض الشافعية (٢) ، وبعض الحنابلة (٣) .

الرأى الثانى : يرى أن الجوار يشمل الملاصق وغير الملاصق ، إلا أن أصحاب هذا الرأى اختلفوا على خمسة أقوال .

القول الأول : يرى أن الجار هو الملاصق من أى جهة من الجهات أو المقابل له وبينهما زقاق أو شارع لطيف ، فإن كان بينهما نهر أو سوق لم يكن جار . ولم يحدد أصحاب هذا الرأى عدداً من الدور ، وإلى هذا ذهب المالكية فى المشهور عنهم (٤) .

القول الثانى : يرى أن الجوار يتحدد بالدور إلا أن أصحابه اختلفوا فى عدد الدور .

فذهب البعض : إلى أن حد الجوار : أربعون داراً من كل ناحية ، وإلى هذا ذهب بعض المالكية (٥) ، والصحيح فى مذهب الشافعية (٦) ، ومشهور الحنابلة (٧) ، والزيدية (٨) ، والإمامية (٩) وبعض الإباضية (١٠) ، وبه قال الأوزاعى وابن شهاب والحسن .

(١) البناء شرح الهداية ٤٩٦/١٠ - ٤٩٨ ، الفتاوى الهندية ١١٩/٦ مجمع الأثر ٧١٠/٢ .

(٢) روضة الطالبين ١٦٨/٦ ، قليوبى وعميرة ١٦٨/٣ . (٣) الإنصاف فى معرفة الراجح من الخلاف ٢٤٣/٧ وما بعدها .

(٤) الشرح الكبير ٤٣٣/٤ ، الخرشي ١٨٦/٨ ، الشرح الصغير ٦٤٧/٤ .

(٥) الفواكه الدواني ٣١٨/٢ ، الخرشي ٦٢/٦ .

(٦) تكلمة المجموع ٤٦١/١٥ ، نهاية المحتاج ٧٦/٦ ، روضة الطالبين ١٦٨/٦ .

(٧) كشاف القناع ٣٦٣/٤ ، الكافى ٤٩١/٢ ، الإنصاف ٢٤٣/٧ ، المغنى والشرح الكبير ٥٨٦/٦ .

(٨) البحر الزخار ٣٢٣/٥ . (٩) وسائل الشيعة ٤٩١/٨ ، ٤٥١/١٣ . (١٠) شرح كتاب النيل ٣٥٠/٤ .

وقد استدل أصحاب هذا القول :

١ - بحديث أبي هريرة رضى الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال: ﴿ الجار أربعون داراً هكذا ، وهكذا ، وهكذا ، وهكذا ﴾ (١) .

٢ - واستدلوا أيضاً بما روى عن أبي جعفر الصادق قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم ﴿ حد الجوار أربعون داراً من كل جانب من بين يديه ومن خلفه وعن يمينه وعن شماله ﴾ (٢) .

٣ - وبما روى عن أبي عبد الله قال " قال رسول الله صلى الله عليه وسلم ﴿ كل أربعين داراً جيران من بين يديه ومن خلفه وعن يمينه وعن شماله ﴾ (٣) .

ويرى أصحاب هذا القول ، أنه لو تباعدت الدور أو حال بينها نهر عظيم فلا يسمون جيراناً ، ويرون أيضاً أنه لو كان فوق أى دار دور - أو طبقات وشقق - فيعتبر ذلك ولو ألوفاً " (٤) .

وذهب البعض :

إلى أن حد الجوار ستون داراً من كل ناحية ، وإلى هذا ذهب بعض المالكية (٥) لحديث ﴿ الجار ستون داراً عن يمينه وستون داراً عن يساره وستون داراً من خلفه وستون داراً من قدامه ﴾ (٦) .

وذهب البعض :

إلى أن حد الجوار عشر بيوت من كل ناحية ، وإلى هذا ذهب بعض الإباضية (٧) .

وذهب البعض :

إلى أن الجوار سبعة من كل جهة ، وذهب البعض إلى أنه ثلاثة ، وذهب البعض إلى أنه اثنان ، وذهب البعض إلى أنه واحد (٨) .

(١) أخرجه أبو يعلى عن شيخه محمد بن جامع العطار ، وهو ضعيف ، كذا فى مجمع الزوائد ١٦٨/٨ .

(٢،٣) ذكرهما صاحب وسائل الشريعة فى كتابه وسائل الشريعة ٤٩١/٨ ، وما بعدها .

(٤) حاشية الشبراملسى ٧٦/٦ بهامش نهاية المحتاج .

(٥) حاشية العدوى بهامش الخرشي ٦٢/٦ .

(٦) أخرجه الديلمى فى الفردوس ١١٩/٢ بسند ضعيف .

(٧) شرح كتاب النيل ٣٥٠/٤ .

(٨) شرح كتاب النيل ٣٥٠/٤ ، ١١٩/٥ ، وما بعدها .

القول الثالث :

يرى أن الجوار يتحدد بالذراع . فيرى أن حد الجوار أربعون ذراعاً من كل ناحية وإلى هذا ذهب الإمامية (١) والإباضية (٢) في المشهور عنهما .

القول الرابع :

يرى أن الجوار يتحدد بمن يجمعهم المسجد في الصلاة ، أو يجمعهم مسجداً متقاربان طالما تجمعهم محلة واحدة .

وإلى هذا ذهب محمد وأبو يوسف من أصحاب أبي حنيفة (٣) .

وقد استدلوا على ذلك بما روى عن أبي هريرة عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال : ﴿ لا صلاة لجار المسجد إلا في المسجد ﴾ (٤) .

القول الخامس :

يرى أن العبرة في ذلك بالعرف ، وإلى هذا ذهب بعض الشافعية (٥) ، وبعض الحنابلة (٦) .

الراجع :

بعد استعراض أقوال الفقهاء في الفقه الإسلامي حول حدود الجوار . فإني أميل إلى الرأي الثاني القائل بأن الجوار يشمل الملاصق وغيره وأميل إلى القول الخامس الذي يرى أن ذلك يتحدد بالعرف . لما يلي :

إن هذا القول هو الذي يتفق مع المفهوم اللغوي والشرعي للجوار ، ولأنه هو الذي يتفق مع حديث رسول الله صلى الله عليه وسلم .

(١) شرائع الإسلام للحلي ٢/٢٥٤ ، النهاية للطوسي ص ٥٩٩ ، ووسائل الشيعة ٨/٤٩١ .

(٢) شرح كتاب النيل وشفاء الدليل ٤/٣٥٠ ، ٥/١١٩ .

(٣) البناءة ١٠/٤٩٦ ، تبين الحقائق ٦/٢٠٠ ، البحر الرائق ٨/٥٠٥ الفتاوى الهندية ٦/١١٩ .

(٤) أخرجه البيهقي من حديث أبي هريرة ٣/٥٧ وقال إسناده ضعيف .

(٥) تكملة المجموع ١٥/٤٦١ . روضة الطالبين ٦/١٦٨ .

(٦) الإنصاف للمرادوي ٧/٢٤٣ وما بعدها . المغنى والشرح الكبير ٦/٥٨٦ .

﴿ الجار أحق بسقته ﴾ (١) ، (٢) .

يقول ابن المنذر هذا الحديث يدل على أن الجار يقع على غير اللصيق (٣) .
وأما تحديد ذلك بالعرف . فلأن ماورد من تحديد الجوار بأربعين داراً سنده ضعيف ، وكذلك
ماورد بأن الجوار ستون داراً سنده ضعيف ، وأما باقى الآراء فلم أجد لها سنداً .
ونحن نعلم أن العرف محكم فى الشريعة فى حالة عدم النص الصحيح .

الغصن الثانى

المفهوم الشخصى للجار

إن فقهاء الشريعة الإسلامية ينظرون إلى الجوار من حيث الدور أو العقارات بصرف
النظر عن سكان هذه الدور سواء أكانوا ما لكين أم مستأجرين مسلمين أم غير مسلمين فالكل
يطلق عليهم جيران .

يقول ابن نجيم : يستوى فيه - أى الجوار - الجار الساكن والمالك ، والذكر والأنثى ،
والمسلم والذمى ، لأن الاسم يتناول الكل ، ويدخل فيه العبد الساكن عنده (٤) .
ويقول الشيخ الدردير : ولا يدخل عبد مع سيده فى وصيته لجيرانه ، إلا أن ينفرد عن سيده
ببيت مجاور للموصى (٥) .

يفهم من ذلك أن المالكية يقسمون المال فىمن أوصى لجيرانه على الدور بصرف النظر
عن ساكنيها .

(١) معنى السقبة: القرب والملاصقة ، وقد روى بالسين المهملة وبالصاد ويجوز فتح القاف وإسكانها . (فتح البارى ٥١١/٤ ،
مادة سقب ، لسان العرب ٢٠٣٦/٣) .

(٢) أخرجه البخارى فى صحيحه، كتاب الشفعة، باب عرض الشفعة على صاحبها قبل البيع من حديث طويل رواه عمرو بن
الشرير . وأبو داود ، كتاب البيوع ، باب فى الشفعة . والترمذى ، فى كتاب الأحكام ، باب ما جاء اذا حدث الحدود وقعت السهام
فلا شفعة ، وابن ماجه ، كتاب الشفعة ، باب الشفعة بالجار (فتح البارى ٥١٠/٤ ، سنن أبى داود ٢٨٤/٣ ، سنن الترمذى
٦٥٠/٣ ، سنن ابن ماجه ٨٣٤/٢)

(٣) الجامع لأحكام القرآن للقرطبى ١٨٤/٥ ، المحلى لابن حزم ٣٥/١٠ .

(٤) البحر الرائق ٥٠٥/٨ ، ونحوه فى الفتاوى الهندية ١١٩/٦ ، تبين الحقائق ٢٠٠/٦ ، البناء على الهدية ٤٩٩/١٠ .

(٥) الشرح الكبير وحاشية السوقى ٤٣٣/٤ ، الخرشى ١٧٦/٨ .

ويقول الإمام النووي : ويقسم المال على عدد الدور لعل على عدد سكانها . وذلك فيمن أوصى لجيرانه (١) .

ويقول ابن قدامة : وإن وصى لجيرانه فهم أهل أربعين داراً من كل جانب نص عليه أحمد (٢) . إلى غير ذلك من النصوص الفقهية التي تبين أن الفقهاء ينظرون إلى الدور بصرف النظر عن ساكنيها .

المبحث الثاني

مفهوم الجوار في القانون الوضعي

إن هذا المفهوم يثير مسألتين :

- ١ - مفهومه من حيث الأموال . هل يرد على كافة الأموال بغض النظر عن طبيعتها ، وبغض النظر عن الغرض الذي خصصت له أم قاصر على بعض الأموال دون البعض ؟
- ٢ - مفهومه من حيث الأشخاص . هل يشترط أن يكون الجار مالكا للعقار أم يكفي أن يكون صاحب حق على العقار ؟ . وسوف أتعرض لذلك في مطلبين .

المطلب الأول : مفهوم الجوار من حيث الأموال .

المطلب الثاني : مفهوم الجوار من حيث الأشخاص .

المطلب الأول

مفهوم الجوار من حيث الأموال

إن هذا المفهوم يثير مسألتين :

- ١ - مفهوم الجوار والأموال الخاصة .
 - ٢ - مفهوم الجوار والأموال العامة .
- أولاً : مفهوم الجوار والأموال الخاصة :

إن هذا المفهوم يثير أيضاً مسألتين :

- أ - هل يشمل العقارات والمنقولات على حد سواء أم يقتصر على العقارات ؟
- ب - هل يشترط التلاصق أم يكفي وجود التجاور ؟

(١) روضة الطالبين ١٦٨/٦ ، تكملة المجموع ٤٦١/١٥ .

(٢) المعنى والشرح الكبير ٥٨٥/٦ الإنصاف ٢٤٣/٧ ، كشاف القناع ٣٦٣/٤ .

أ - من حيث نطاق الجوار : هل قاصر على العقارات أم يشمل أيضاً المنقولات ؟
 ثار خلاف في الفقه والقضاء حول مدلول نطاق الجوار .
 فذهب البعض :

إلى أن الجوار قاصر على العقارات دون المنقولات ، ومرجع ذلك في نظرهم أن العقارات نظراً لثباتها تنشئ حالة من التلاصق والجوار .
 مما يستلزم وضع قيود على سلطات المالك المجاور لسلطات البعض الآخر من ملاك العقارات المجاورة (١) .
 وذهب البعض :

إلى أن الجوار لا يقتصر فقط على العقارات بل يشمل المنقولات (٢) . لأن المشرع اقتصر على وضع القواعد الخاصة بالمسئولية ، وذلك في المادة ٨٠٧ مدنى ولم يقصرها على العقارات كما فعل في الشفعة .

فالمشرع اشترط للأخذ بالشفعة وجود تلاصق بين العقارات ، وذلك في المادة ٣/٩٣٦ مدنى ، مع اختلاف في الفقه هل يشترط التلاصق من جهة واحدة أم من جهتين ؟.
 وهذا الرأي هو ما أميل إليه لما يلى :

١ - إن الأضرار غير العادية التى يشكو منها الجيران كما تنشأ عن حالة التلاصق بين العقارات ، فقد تنشأ نتيجة لتجاور المنقولات . لأن المعيار الذى يفرق بين العقارات والمنقولات ليس هو الثبات من عدمه بل مدى إمكانية نقل الشئ من مكانه دون تلف أو تغيير فى جوهره . وعلى هذا إجماع الفقه والقضاء .

ومما لا شك فيه أن كثيراً من المنقولات نجدها ثابتة مما تنشئ وجود علاقة من التجاور فيما بينها ، أو بينها وبين العقارات رغم أنه يمكن نقلها من مكان إلى آخر دون تغيير فى جوهرها ، كما هو الحال بالنسبة للأكشاك أو عربات النوم المتنقلة التى تستخدم فى المصايف ، أو العربات التى تستخدم فى بيع الأشياء ، والتى قد ينتج عن استخدامها مضايقات لمن يقطن بها.

(١) محمد وحيد حيدر ، الحقوق العينية الأصلية ٨٣٨/١ فقرة ١٢٧ ط ١٩٦٩ مشار إليه فى رسالة الدكتوراه للدكتور فيصل زكى عبد الواحد "أضرار البيئة فى محيط الجوار والمسئولية المدنية عنها ط ١٩٨٨ حقوق عين شمس ، وفريد عبد المعز فرج " التزامات الجوار كفيد من القيود الواردة على حق الملكية ص ٨٦ وما بعدها . رسالة ماجستير من جامعة الأزهر ."

(٢) د/ شفيق شحاتة ، شرح القانون المدنى ص ٨٨ ط ١٩٥١ ، د/ عبد الفتاح عبد الباقي ، دروس فى الأموال ص ١٢٠ ، د/ على على سليمان ، شرح القانون المدنى الليبى ص ٥٢ ط ١٩٦٩ ، د/ فيصل زكى عبد الواحد ، الرسالة السابقة ص ٢٦ وما بعدها . د/ سعيد الزهاوى ، التعسف فى استعمال الحق ص ٣٦٩ وما بعدها رسالة دكتوراه ١٩٧٥ حقوق القاهرة .

صحيح أن المضايقات التي قد تنتج عن استخدام المنقولات المتصلة بالأرض غالباً ما تشكل أضراراً عادية إلا أن هذا الغالب ليس مطلقاً .

٢ - إن السير وراء منطق الاتجاه الأول يترتب عليه حرمان الجيران من إمكانية المطالبة بالتعويض عن الأضرار غير العادية والتي قد تنتج عن استخدام المنقولات في بعض الأغراض ، وهذا ما يتنافى مع روح التشريع (١) .

(ب) من حيث مداه : هل يشترط التلاصق أم لا ؟

ثار خلاف في الفقه حول اشتراط التلاصق في الجوار .

الرأى الأول :

يرى اشتراط التلاصق بين العقارات ، فإذا لم يتحقق التلاصق بين العقارين فلا يكون

هناك جوار (٢) .

الرأى الثانى :

يرى أنه لا يشترط التلاصق بين العقارات أو المنقولات . بل يلزم التواجد في نطاق

جغرافى محدد (٣) .

وفى هذا يقول د/ شفيق شحاتة (٤) : لا يهم ما إذا كان الذى لحقه الضرر جاراً ملاصقاً أو شخصاً آخر مقيماً بالحي على مسافة من المحل الذى يستعمل استعمالاً غير مألوف وهذا الرأى هو ما أميل إليه وهو ما يتفق مع روح التشريع والعدالة .

ثانياً : مفهوم الجوار والأموال العامة :

هل يتحدد نطاق الملكيات الخاصة تجاه الملكية العامة بنفس هذه الحدود ؟

(١) د/ فيصل زكى ، الرسالة السابقة ص ٢٧ - ٣٢ ، د/ سعيد الزهاوى ، الرسالة السابقة ص ٣٦٩ وما بعدها ، د/ محمد عمران ، مبادئ العلوم القانونية ص ٢٨٠ ط ١٩٨٢ .

(٢) الأستاذ/ فريد عبد المعز ، الرسالة السابقة ص ٨٦ - ٨٨ .

(٣) د/ فيصل زكى ، الرسالة السابقة ص ٢٧ - ٢٣ ، د/ سعيد الزهاوى الرسالة السابقة ص ٣٦٩ وما بعدها ، د/ عبود عبد اللطيف ، دروس فى الحقوق العينية ص ٢٦٨ ط ١٩٧٥ .

(٤) د/ شفيق شحاتة ، المرجع السابق ص ٨٨ ، وقريب منه د/ لبيب شنب ، المرجع السابق ص ٢٣٧ ، د/ مصطفى الجمال ، المرجع السابق ص ٢٠٥ فقرة ١٢٥ .

إن الأشياء الخاصة المملوكة للدولة وغيرها من الأشخاص المعنوية العامة تخضع بلا خلاف لقواعد القانون المدنى ، وبصفة خاصة فيما يتعلق بمفهوم الجوار ، فالعقارات أو المنقولات سواء أكانت مملوكة لأحد الأشخاص المعنوية أم العامة ، أم لأحد أفراد القانون الخاص تشكل جواراً . ومن ثم تنطبق عليها م (٨٠٧) مدنى سواء من حيث وجوب تحمل الأضرار العادية ، أو من حيث وجوب التعويض إذا تجاوزت المألوف وبناءً عليه : يجوز للأفراد الذين يقطنون بالقرب من المنشآت الخاصة المطالبة بالتعويض عما يتحملونه من مضايقات تجاوز المألوف كالأدخنة السوداء أو الروائح الكريهة أو الضجيج المزعج (١) .

ولكن ثار خلاف حول مدى خضوع الأموال العامة للأحكام التى تضمنتها المادة (٨٠٧) مدنى .

فذهب جانب من الفقهاء (٢) . إلى أن علاقة الأشياء العامة بالأشياء الخاصة ، يحكمها مبدأ استقلال الأشياء العامة عن الأشياء الخاصة ، فما قرره القانون المدنى من أحكام لا يسرى على الملكيات العامة مالم يوجد نص صريح يقضى بذلك . فما قرره القانون المدنى بشأن علاقة الجوار يتعارض مع تخصيص الشئ للمنفعة العامة إذا ما ورد عليه .

ولكن أصحاب هذا القول لا يقرون تكييف حق الدولة والأشخاص المعنوية العامة على الأشياء العامة بأنه حق ملكية ، ويرى أنه مجرد حق فى الإشراف والحفظ والصيانة ، ومن ثم كان طبيعياً أن يخلى هذا الفقه بين هذه الأشياء وبين أحكام القانون المدنى المنظمة للملكية (٣) **ونذهب جانب آخر وهو الغالب فى الفقه والقضاء :**

بأن أحكام القانون المدنى تسرى على الأموال العامة لأن الدولة وغيرها من الأشخاص المعنوية العامة تمتلك هذه الأموال ، وهذا ما سار عليه القضاء المصرى (٤) . **وبناء عليه :** يمكن للدولة وغيرها من الأشخاص المعنوية العامة ، أن تحتج بنص

(١) د/ مصطفى الجمال ، نظام الملكية ص ١٩٩ ، د/ فيصل زكى ، الرسالة السابقة ص ٣٣ وما بعدها .

(٢) د/ كامل مرسى ، الأموال الخاصة والأموال العامة ص ٨٣٨ ، د/ عبد المنعم رياض ، مجلة القانون والاقتصاد السنة الثانية ص ٢٥٧ وما بعدها . د/ محمد على عرفة شرح القانون المدنى فقرة ١٢١ ص ١٢٦ .

(٣) د/ محمد زهير جبرانة ، حق الدولة والأفراد على الأموال العامة ص ٢٢٣ ط ١٩٤٣ .

(٤) د/ مصطفى الجمال ، المرجع السابق ص ٢٠٠، ٤٦ ، د/ سليمان الطماوى ، مبادئ القانون الإدارى ص ٦٠٥ وما بعدها ط ١٩٦٦ ، د/ مصطفى أبو زيد ، نظرية المرافق العامة فقرة ٧٠ وما بعدها ط ١٩٥٧ ، مشار إليهما فى كتاب د/ مصطفى الجمال ، نظام الملكية ص ٤٧ هامش . د/ فيصل زكى ، الرسالة السابقة ص ٣٥ - نقض مدنى ١٩٧٤/١/٣١ . طعن ١٥٦ س ٣٨ . نقض مدنى ١٩٨٣/١/١١ طعن ١١٦٠ س ٤٧ ق .

المادة ٨٠٧ مدنى الذى يلزم الجار بالألا يغلو فى استعمال ملكه عن الحد المألوف وإلا كان مسئولاً عن الضرر الذى يحدثه ، ويمكن لها أن تستفيد من حقوق الشرب والمجرى والمسيل والمرور المنصوص عليها فى المواد ٨٠٨ - ٨١٢ مدنى ، كذلك يمكن لصاحب الملك الخاص ، سواءً كان فرداً أم كان شخصاً من أشخاص القانون العام ، أن يستفيد من هذا التنظيم لنطاق الملكية إذا كان مجاوراً لشيء من الأشياء العامة وحدث له ضرر غير مألوف من هذا الجوار ، أو توافرت فيه شروط الاستفادة من حقوق الشرب والمجرى والمسيل والمرور وإنى أؤيد هذا الاتجاه ، لأن الجوار لا يقتصر على الملكيات الخاصة ، بل يمتد إلى الأموال المخصصة للمنفعة العامة أيا كانت صفة هذا التخصص .

المطلب الثانى

مفهوم الجوار من حيث الأشخاص

ثار خلاف فى الفقه والقضاء حول الشخص الذى يملك صفة الجار وذلك بالنسبة للعين المؤجرة هل المؤجر أم المستأجر ؟

ذهب جانب من الفقه (١) إلى أن صفة الجار قاصرة على الملاك المتجاورين فقط ، لأن المنازعة فى هذه الحالة تكون بين حقيين مطلقين ، والتي لا يمكن تصورهما إلا بين اثنين من الملاك . ومن ثم فإن الالتزام بالتعويض يفرض فى جميع الأحوال على شخص المالك للعقار . وذهب جانب آخر (٢) : إلى أن المستأجر يجب أن يكون مسئولاً عن الأضرار غير العادية التى تنتج عن استخدامه للمكان مباشرة .

فالالتزام بعدم الإضرار بالجار ضرراً غير مألوف ، يمتد فيشمل فعل كل من يشغل العقار ، سواء أكان مالكاً أم غير مالك ، وعلى ذلك فالمنتفع وصاحب حق الاستعمال وصاحب السكن يتحملون أيضاً هذا الالتزام . ويعلل الفقه ذلك بأن نص المادة ٨٠٧ مدنى يفصح عن قيام التزام عيني يحمل الملكية لأشخص المالك :

(١) د / مصطفى الجمال ، المرجع السابق فقرة ١٢٤ ط ٢٠ ، د/ عبد المنعم البدرأوى المرجع السابق فقرة ٧٥ ص ١١١ .

(٢) د / السنهورى الوسيط ج ٨ الفقرة ٤٢٠ ص ٦٨٧ بالهامش ، د/ عبد المنعم الصدة ، المرجع السابق فقرة ٥٧ ص ٨٩ ، د/

أحمد سلامة ، المرجع السابق فقرة ٣٥ ص ١٠٩ هامش ١ ، د/ نعمان جمعة ، الحقوق العينية الأصلية ص ٣٥٢ ط ١٩٨٥ ، د/

طلبة خطاب ، النظام القانونى لحق الملكية ص ١٠٢ ط ١٩٨٧ . د/ محمد شنب ، المرجع السابق فقرة ٢٣٠ ص ٢٣٧ ، د/

محمد عمران ، المرجع السابق ص ٢٧٣ .

وهو التزام ينشأ بمجرد التجاور بين عقارين يشغلهما شخصان لكل منهما موقع محدد ، ولا يشترط أن يكونا مالكيين ، فالضوضاء أو الدخان المنبعث من شقة مثلا تسبب نفس المضار سواء أكان الجار مالكا أم مستأجراً ولا يغير من ذلك النظر في حالة ما يكون العقار مؤجراً أن المستأجر قد يرجع بالتعويض الذى ألزم به على المؤجر فذلك أمر آخر . إذ هو يرجع عليه إذا كانت العين مؤجرة للقيام بالأعمال التى نجمت عنها المضار غير المألوفة ومنع المستأجر من القيام بهذه الأعمال يعتبر إخلالا من المؤجر بضمان الانتفاع بالعين بالشكل المتفق عليه ، وبهذه المثابة يجوز للمستأجر أن يرجع عليه بما دفع (١) .

الراجع :

ما أميل إليه هو الاتجاه الثانى ، لأن المنازعة بين الحقوق المتجاورة لا يقتصر فقط على المنازعة بين حقوق ملكية مطلقة ، لأن هذا يؤدى إلى نتيجة غير عادلة وتتفاى مع روح التشريع .

فصفة المالك لا تكون شرطاً من أجل رفع دعوى التعويض ، لا من جانب الفاعل للأضرار ولا من جانب الشخص المضرور .

المبحث الثالث

المقارنة بين مفهومي الجوار في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي

بالمقارنة بينهما يتضح ما يلى :

أولاً : من حيث الأموال :

إن فقهاء الشريعة الإسلامية يرون أن الجوار قاصر على العقارات " الدور " وذلك لأن المنقولات لم تشكل أضراراً غير عادية بين الجيران فى رأيهم وهذا أمر يتفق مع ما كان سائداً فيما مضى ، أما فى وقتنا الحاضر فإن المنقولات أصبحت تشكل أضراراً غير عادية وبتطبيق القواعد الفقهية على هذه الأضرار نجد أن الشريعة الإسلامية تنهى عن هذه الأضرار وتجازى على ذلك . أما فى الفقه الوضعي فنجد أن هناك رأيين بعضهم يرى أن الجوار قاصر على العقارات ، وبعضهم يرى أن الجوار يشمل العقارات والمنقولات . ونحن نرى رجحان الرأى الثانى فهو ما يتفق مع قواعد الشريعة الغراء .

(١) د / أحمد سلامة ، الملكية الفردية فقرة ٣٥ ص ١٩ هامش ١ . د / عبد العزيز أبو غنيمه ، الالتزام العيني بين الشريعة والقانون فقرة ٣٥ ص ٨٢ ط ١٩٧٢ ، د / فيصل زكى ، الرسالة السابقة ص ٤٧ - ٦٩ .

ومن ناحية ثانية : أن جمهور فقهاء الشريعة الإسلامية لا يشترطون التلاصق فى الجوار - ماعدا أبا حنيفة وزفر وبعض فقهاء المذاهب الأخرى - وهذا هو ما يتفق مع القواعد الشرعية الفقهية . وذلك لأن الضرر قد يتجاوز الجار الملاصق إلى غيره كالضوضاء والروائح الكريهة.

أما فى الفقه الوضعى فهناك رأيان البعض يشترط التلاصق فى الجوار، والبعض لا يشترط التلاصق فى الجوار . وأرى رجحان الرأى الثانى فهو الذى يتفق مع الشريعة الإسلامية .

ثانيا : من حيث الأشخاص :

إن الفقهاء فى الشريعة الإسلامية حينما ينظرون للجوار ينظرون إلى الدور يصرف النظر عن ساكنيها سواء أكانوا مالكيين أم مستأجرين أم أصحاب حقوق أخرى فالكل يطلق عليه جار .

أما فى الفقه الوضعى فهناك رأيان رأى يرى أن الجوار قاصر على الملاك فقط ، ورأى يرى أن الجوار ينظر إلى العقارات بغض النظر عن من يشغل العقار، وأرى رجحان الرأى الثانى فهو الذى يتفق مع العدالة والتشريع الإسلامى .

ثالثا : نخلص من ذلك :

أن الفقه الإسلامى ينظر إلى الجوار نظرة العدل والإنصاف وأن الملاك المجاورين عليهم عدم الإضرار بجيرانهم بل عليهم معاملة جيرانهم معاملة حسنة كما رأينا فى الأحاديث السابقة ، فهناك حقوق كثيرة أمرنا بها ديننا الحنيف علينا أن نراعيها فلا يقتصر الأمر على عدم الضرر، بل تحمل الضرر والمعاملة الحسنة ، ومن هنا كانت نظرتهم أعمق وأدق ، أما الفقه الوضعى فنظرتة قاصرة عن هذه الحقوق بل هى تقتصر على منع الأضرار الغير عادية فقط .

الفصل الثاني

أساس المسؤولية عن مزار الجوار في الشريعة والقانون

يحتوى هذا الفصل على ثلاثة مباحث

- المبحث الأول : أساس المسؤولية عن مزار الجوار في الشريعة .
 - المبحث الثاني : أساس المسؤولية عن مزار الجوار في القانون .
 - المبحث الثالث : المقارنة بين أساس المسؤولية في الشريعة والقانون .
- وسوف أوضح ذلك بشئ من التفصيل :

المبحث الأول

أساس المسؤولية عن مزار الجوار في الشريعة

كان من ثمرات تقييد الأفراد لحقوقهم في الفقه الإسلامي انبثاق نظرية التعسف في استعمال الحق ، كما يسميها بعض الفقهاء المحدثين ، ويسميها البعض إساءة استعمال الحق ، ويسميها فريق ثالث - وهو ما أفضله - المضارة في استعمال الحق ، ولم أطلع فيما قرأت أن أحداً من الفقهاء المتقدمين ، تعرض لبيان أساس هذه المسؤولية وعلى كل فإن هذا المبحث يحتوى على أربعة مطالب :

- المطلب الأول : معنى التعسف والفرق بينه وبين مجاوزة الحق .
- المطلب الثاني : الأدلة التي تنهى عن التعسف في استعمال الحق .
- المطلب الثالث : المعايير التي يعرف بها التعسف في الشريعة .
- المطلب الرابع : التكيف الفقهي للمضارة في استعمال الحق في الشريعة .

المطلب الأول

معنى التعسف والفرق بينه وبين مجاوزة الحق

وسوف أبين ذلك في فرعين :

- الفرع الأول : معنى التعسف [المضارة] في استعمال الحق .
- الفرع الثاني : الفرق بين التعسف وبين مجاوزة الحق في الشريعة .

الفرع الأول

معنى التعسف { المضارة } في استعمال الحق :

لم يرد على لسان الأصوليين والفقهاء كلمة [تعسف] أو [إساءة] في استعمال الحق، وإنما هو تعبير وافد إلينا من فقهاء القانون المحدثين في الغرب، ولكن درج فقهاء القانون في الدول العربية على استعمال كلمة [تعسف] كما في مصر وسوريا وليبيا، واستعمال كلمة [إساءة] كما في لبنان .

وتبعهم في ذلك كثير من الفقهاء المحدثين في الفقه الإسلامي (١). إلا أن البعض يرى أن اللفظ الذي يقابل هذا في الشريعة الإسلامية هو المضارة في استعمال الحق (٢). وأرى أن التعبير بالمضارة في استعمال الحق، أدق وأوضح في الدلالة على المقصود وذلك من الناحية اللغوية والشرعية .

فالمضارة في اللغة (٣) : مأخوذة من الضر، وهو ضد النفع، يقال ضَرَرَهُ يُضِرُّهُ ضَرّاً وضراً وضراً وضراً : ألحق به مكروهاً أو أذىً، وضارةً مضارةً وضيراً : ضرةً .
أما التعسف في اللغة (٤) : فهو السير عفى غير هدى : أو الأخذ على غير الطريق، أو هو صدور الشيء من غير روية ولا تدبر ولا نظر لعاقبته فيصدر على غير هدى .
أما المضارة في الشرع (٥) : هو الضرر الناتج عن استعمال الحق، أو استعمال الحق على وجه يناقض مقصد الشارع من تشريعه .
أما التعسف في الشرع : فقد عرفه البعض بأنه (٦): استعمال الإنسان لحقه على وجه غير

- (١) د/ فتحى الدرينى، نظرية التعسف في استعمال الحق ص ٤٦، الشيخ على الخفيف، الضمان فى الفقه الإسلامى ص ٩٢، الشيخ أحمد أبو سنة، النظرية العامة للمعاملات ص ١٠٠، وغيرهم كثير .
- (٢) الشيخ محمد أبو زهرة فى بحثه إساءة استعمال الحق ص ٨٣ المنشور بمجلة إدارة قضايا الدولة سنة ١٩٦٠ : العدد الثالث .
 د/ عبد الله المصلح، قيود الملكية الخاصة ص ٤٩٨، أستاذنا الأستاذ الدكتور/ لاشين الغاياتى فى رسالته السابقة ص ٣٥٤ . د/ محمد العكام فى رسالته الفعل الموجب للضمان ص ٣٦٦، د/ محمد عبد الغنى فى رسالته نظرية الإلتلاف ص ٧١، ٧٢.
- (٣) معجم مقاييس اللغة (مادة ضر) ح ٣/٣٦٠، مختار الصحاح ص ٣٧٩، المعجم الوجيز ص ٣٧٩ .
- (٤) مادة (عسف) لسان العرب ٤/٢٩٤٣، مختار الصحاح ص ٤٣٢، المعجم الوجيز ص ٤١٨.
- (٥) د/ محمد عبد الغنى فى رسالته السابقة ص ٧١ .
- (٦) الشيخ أبو سنة النظريات العامة للمعاملات ص ١٠٠، د/ محمد رافقت عثمان بحثه التعسف فى استعمال الحقوق ص ١٦ بمجلة الشريعة والقانون بالقاهرة سنة ١٩٨٢ العدد الأول

مشروع وقد اعترض عليه بأنه يكتنفه الغموض ، لأنه لم يبين حقيقة الوجه غير المشروع وعرفه البعض بأنه (١) : مناقضة قصد الشارع في تصرف مأذون فيه شرعاً بحب الأصل وقد اعترض عليه: بأن هناك من التصرفات ما يكون مشروعاً لكن قارنه عدم الحيطة واليقظة وهذا تعد بالتقصير ينبغي أن لا يشمل تعريف التعسف في حين أن التعريف يعتبره تعسف (٢) وعرفه البعض بأنه (٣) :

استعمال الحق - على الوجه المعتاد - لا لمصلحة معتبرة شرعاً . ولكنه أيضا يكتنفه عدم الدقة .

بعد أن تبين لنا أن المضارة في اللغة هي إلحاق الأذى بالغير ، وأن التعسف هو صدور الشيء عن غير روية. أرى أن التعبير بالمضارة أدق . كما أنها أخص من التعسف ، لأن التعسف قد يؤدي إلى المضارة بالغير ، كمن يستعمل حقه في الملكية بقصد الإضرار ، وقد لا يؤدي إلى الإضرار بالغير على النحو المعتبر في وجوب التضمين ، كما في نكاح التحليل وعليه فكلمة (مضارة) أقرب إلى موضوعنا من كلمة (تعسف) .

ولقد وردت كلمة (المضارة) على لسان بعض الفقهاء ، فقد عنون ابن القيم في كتابه الطرق الحكمية (٤) عنواناً سماه (المضارة) ثم ساق حديث سمرة بن جندب الذي سوف أذكره في الأدلة التي تنهى عن المضاره .

ووردت أيضاً على لسان البعلبي المتوفى ٨٠٣ إذ يقول " والمضارة مبناها على القصد والإرادة " (٥) وأيضاً التعبير بالمضارة ، هو تعبير القرآن الكريم فيمن اتخذ الحق الذي أعطاه الله للمالك في الوصية طريقاً للإضرار بالورثة ، وكذلك في حق الأم المطلقة في إرضاع ولدها بأجر مناسب . وهو أيضاً تعبير السنة كما سيأتي ، كما أن التعبير بالمضارة لا اعترض عليه. أما التعسف فاعترض عليه بأن التعسف لا يجتمع مع الحق إذ أن التعسف والحق نقيضان لا يجتمعان (٦) .

ويمكن لنا تعريف المضارة في استعمال الحق فنقول :

إنها : الانحراف بالحق المشروع عن الغاية منه على نحو يترتب عليه الضرر بالغير .

(١) د / فتحى الدرينى نظرية التعسف ص ٨٧ .

(٢) د / محمد الحكام ، رسالته السابقة ص ٣٦٩ .

(٤) الطرق الحكمية لابن قيم الجوزية ص ٣١٠ .

(٥) الاختيارات الفقهية للشيخ علاء الدين البعلبي ص ١٣٥ .

(٦) الشيخ أبو زهرة . البحث السابق ص ٨٣ ، أ د / لاشين الغابياتى فى رسالته ص ٣٥٤ .

الفرع الثاني

الفرق بين المضارة في استعمال الحق وسجاوزة حدود الحق

سبق أن قلنا أن المضارة في استعمال الحق هي الانحراف بالحق المشروع عن الغاية منه على نحو يترتب عليه الضرر بالغير .

وهذا الانحراف أمر محظور وباطل . وفي هذا يقول الإمام الشاطبي :

(كل من ابتغى في تكاليف الشريعة غير ما شرعت له فقد ناقض الشريعة ، وكل من ناقضها فعمله في المناقضة باطل ... إن الشريعة إنما وضعت لتحصيل المصالح ودرء المفسدات فإذا خولفت لم يكن في تلك الأفعال التي خولف بها جلب مصلحة ولا درء مفسدة) (١) .

أما مجاوزة حدود الحق . فإن فقهاء الشريعة يتحدثون عنه في الغالب في باب الغصب وهذا ما يستلزم أن نعرف الغصب في اللغة، وفي عرف الفقهاء .

الغصب في اللغة (٢) :

أخذ الشيء ظلماً ، أو هو أخذ مال الغير ظلماً وعدواناً . يقال : غصب الشيء يغصبه غصباً واغتصبه فهو غاصب .

والغصب في اصطلاح الفقهاء .

عرف بتعريفات متعددة منها .

- ١ - عرفه الحنفية بأنه : أخذ مال متقوم محترم بلا إذن من له الإذن على وجه يزيل يده بفعل في العين (٣) . وقيل : إزالة اليد بإثبات اليد المبطله في مال متقوم محترم قابل للنقل (٤)
- ٢ - وعرفه المالكية بأنه : أخذ مال قهراً تعدياً بلا حراية (٥) . وقيل : رفع اليد المستحقة ووضع اليد العادية قهراً (٦) . وقيل : أخذ مال غير منفعة ظلماً قهراً لا لخوف قتال (٧) .

(١) الموافقات للشاطبي ٢/٢٣١ .

(٢) مادة (غصب) : لسان العرب ، الصحاح ١/١٩٤ ، مختار الصحاح ص ٤٧٥ .

(٣) مجمع الضمانات ص ١١٧ ، الهدية ٣/١١ .

(٤) البحر الرائق ٨/١٢٣ .

(٥) الشرح الكبير وحاشية الرسوقي ٣/٤٤٣ .

(٦) مواهب الجليل ٥/٥٧٤ .

(٧) شرح حدود ابن عرفه ٢/٤٦٦ ، الخرش ٦/١٢٩ .

٣- وعرفه الشافعية بأنه :

الاستيلاء على حق الغير بغير حق (١) . وقيل : منع الإنسان من ملكه والتصرف فيه بغير استحقاق (٢) .

٤ - وعرفه الحنابلة بأنه :

الاستيلاء على مال غيره بغير حق (٣)، وقيل : الاستيلاء على حق غيره قهراً ظلاً (٤). وقيل : استيلاء غير حربى على حق غيره من مال أو اختصاص قهراً بغير حق (٥).
٥- وعرفه الظاهرية بأنه :

أخذ الشئ بغير حقه (٦)

٦ - وعرفه الزيدية بأنه :

الاستيلاء على مال الغير عدواناً وإن لم ينو المستولى الغصب (٧) .

٧ - وعرفه الشيعة الإمامية بأنه :

الاستيلاء على مال الغير من مال أو حق عدواناً (٨) ، وقيل : الاستقلال بإثبات اليد على مال الغير عدواناً (٩) .

ولو نظرنا إلى هذه التعريفات نجد أنها اتجاهاً الأول ، يضيق من مفهوم الغصب وإليه اتجه الحنفية والمالكية حيث يرى هذا الاتجاه أن الغصب قاصر على إزالة اليد المحقة وإثبات اليد المبطلّة .

أما الاتجاه الثانى فهو يوسع من مفهوم الغصب ، ولا يشترط لتحقيق الغصب سوى العدوان على حق الغير ، وإليه اتجه الشافعية والحنابلة والظاهرية والزيدية والإمامية وليس

(١) روضة الطالبين ٣/٥ ، نهاية المحتاج ١٤٢/٥ ، تحفة المحتاج ٣/٦ ، مغنى المحتاج ٢٧٥/٢ .

(٢) تكملة المجموع ٢٣٢/١٤ .

(٣) المغنى والشرح الكبير ٣٧٤/٥ .

(٤) المبدع شرح المقنع ١٥٠/٥ .

(٥) كشاف القناع ٧٦/٤ .

(٦) المحلى ٥٦٥/٨ .

(٧) البحر الزخار ١٤٤/٤ .

(٨) تحرير الوسيلة للخميني ١٧٢/٢ .

(٩) شرائع الإسلام ٢٣٥/٣ .

المجال هنا مجال التوسع في ذلك ، ما يهمنا هو أن أخذ مال الغير بدون حق أمر محظور ومحرم وعلى الغاصب ضمان ما غصبه .

لقوله صلى الله عليه وسلم ﴿ من أخذ من الأرض شيئاً بغير حقه خسف به يوم القيامة إلى سبع أرضين ﴾ (١) .

إذن كل من مجاوزة حدود الحق والمضارة في استعمال الحق، أمر محظور شرعاً، إلا أن الحظر في حالة مجاوزة حدود الحق - أى التعدى والظلم - لذات الفعل ، فالفعل غير مشروع أصلاً، لأنه لا يستند إلى حق وإنما هو تعد وغصب .

أما في حالة المضارة في استعمال الحق فالحظر بسبب وصف عارض للعقل ، لأن الفعل في أصله مشروع لأنه يستند إلى حق ولكن هذا الحق استعمل على وجه يخالف الحكمة التي من أجلها شرح الحق فكان تعسفاً (٢) .

ولزيادة التوضيح بينهما نضرب مثلاً فنقول :

إذا أقام مالك بناءه على أرض غيره أو زرع أرض غيره ، اعتبر غاصباً أو متعدياً ، ويكون عمله غير مشروع في ذاته ، لأنه لا يستند إلى حق و لو كان فيه نفع لغيره .
أما إذا بنى رجل في أرضه ولكنه ارتفع بالجدار ارتفاعاً شاهقاً بقصد الإضرار بجاره يكون مسيئاً ، لأن حقه يخول له البناء فيعتبر مشروعاً إلا أنه يعتبر مسيئاً أو مضراً لانحرافه عن الغرض المشروع .

كما أن المتعدى يضمن كل مالحق بغيره من ضرر بسببه ، كثيراً كان أم قليلاً لحديث سمرة عن النبي صلى الله عليه وسلم قال ﴿ على اليد ما أخذت حتى تؤدي ﴾ (٣) .
أما المتعسف فلا يضمن إلا إذا كان الضرر بيناً عند كثير من الفقهاء كما سيأتى .

(١) أخرجه البخارى ومسلم : البخارى فى صحيحه، كتاب المظالم ، باب إثم من ظلم شيئاً من الأرض ، ومسلم فى صحيحه، كتاب المساقاة والمزارعة باب تحريم الظلم وغصب الأرض . (فتح البارى ١٢٤/٥ ، مسلم بشح النووى ٤٨/١١ واللفظ للبخارى).
(٢) الشيخ عيسوى ، البحث السابق ص ٣٠ ، د / الدرينى ، المرجع السابق ص ٤٧ ، أ.د/ لاشين الغاياتى رسالته السابقة ص ٣٥٦ .

(٣) أخرجه أبو داود والترمذى وابن ماجه و البيهقى أبو داود فى سنته ، كتاب البيوع ، باب تضمين العارية ٢٩٤/٣ ، والترمذى فى سنته ، كتاب البيوع ، باب العارية ٥٦٦/٣ وقال : حديث حسن صحيح ، وابن ماجه فى سنته ، كتاب الصدقات ، باب العارية ٨٠٢/٢ ، والبيهقى فى السنن كتاب الغصب ، باب رد المنصوب إذا كان باقياً ٩٥/٦ .

المطلب الثانى

الأدلة التى تنهى عن المضارة فى استعمال الحق

وردت أدلة كثيرة تنهى عن المضارة فى استعمال الحق ، فى كتاب الله تعالى ، وفى السنة النبوية الشريفة ، وفى عمل الصحابة رضوان الله عليهم جميعاً ، وفى القواعد الفقهية . وسوف أوضح ذلك فى أربعة فروع :

- الفرع الأول : المضارة فى استعمال الحق فى القرآن الكريم .
- الفرع الثانى : المضارة فى استعمال الحق فى السنة النبوية الشريفة .
- الفرع الثالث : المضارة فى استعمال الحق فى فقه الصحابة الكرام .
- الفرع الرابع : المضارة فى استعمال الحق فى القواعد الفقهية .

وسوف أبين ذلك بشئ من التفصيل .

الفرع الأول

المضارة فى استعمال الحق فى القرآن الكريم :

ورد فى كتاب الله تعالى عدة آيات تنهى عن المضارة فى استعمال الحقوق منها :

الدليل الأول :

قول الله تعالى : ﴿ وَإِذَا طَلَقْتُمْ النِّسَاءَ فَبَلِّغْنَ أَجْلَهُنَّ فَأُمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ سِرْحَوْهُنَّ بِمَعْرُوفٍ وَلَا تَمْسِكُوهُنَّ ضَرَارًا لَتَعْتَدُوا وَمَنْ يَفْعَلْ ذَلِكَ فَقَدْ ظَلَمَ نَفْسَهُ (١) ﴾ .

وجه الدلالة من الآية الكريمة : أن كل إمساك لأجل الضرر والعدوان منهى عنه (٢) . فحق الرجل فى مراجعة مطلقة ليس مطلقاً من كل وجه ، بل هو مقيد بأن يكون الغرض من المراجعة هو الإصلاح ، فإذا قصد الإضرار ، كان أثماً عند الله عز وجل وظالماً لنفسه بتعريضها للعذاب (٣) .

يقول ابن تيمية : (٤) لو راجع بقصد المضارة وعلم الحاكم بذلك المقصد طلق عليه . لأنه سرى لاستعمال ذلك الحق ، وكان لولى الأمر أن يعززه بما يرى من حبس أو تغريم أو تعويض سداً

(١) سورة البقرة آية : ٢٣١ (٢) البحر المحيط لأبى حيان الأندلسى ٢/٢٠٨ ط دار الفكر ، تفسير الطبرى ٢/٤٨٢ ، الكشاف

للمخشرى ١/١٤٠ ، مفاتيح الغيب للرازى ٦/١١٨ ، أحكام القرآن لابن العربى ١/٢٠٠ ، زاد المسير لأبى الفرج الجوزى

١/٢٦٧ . (٣) الجامع لأحكام القرآن للقرطبى ٣/١٢٣ ، وقريب من ذلك ابن رجب فى جامع العلوم والحكم ص ٣٨٧ .

(٤) الفتاوى لابن تيمية ٣/٤٠ .

للذرائع ومنعاً للانحراف فى استعمال الحقوق (١) .
 الدليل الثانى : قوله تعالى : ﴿ والوالدات يرضعن أولادهن حولين كاملين لمن أراد أن يتم
 الرضاعة وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف لا تكلف نفس إلا وسعها لا تضار
 والدة بولدها ولا مولود له بولده وعلى الوارث مثل ذلك ﴾ (٢) .

وجه الدلالة من هذه الآية الكريمة : يقول الإمام الطبرى : (٣) هذا نهى من الله تعالى
 ذكر به كل واحد من أبوى المولود عن مضارة صاحبه .

فالآية الكريمة دلت على أن الرضاع حق للأم ، وانتزاع الولد الصغير منها إضراره وبها ،
 وهو واجب عليها أيضاً إذا تعينت لذلك ، كما إذا لم يقبل المولود غيرها ، وفى هذه الحالة لا
 يحق للأم أن تأبى إرضاعه أو تطلب أكثر من أجر مثلها إضراراً بالأب . كما لا يحل للأب أن
 يمنع الأم من ذلك مع رغبتها فى الإرضاع (٤) .

ولذلك يقول الإمام الرازى :

قوله : ﴿ لا تضار ﴾ يحتمل وجهين كلاهما جائز فى اللغة .

أحدهما : أن يكون أصله لا تضار بكسر الراء الأولى ، وعلى هذا تكون المرأة هى الفاعلة
 للضرار ، والمعنى على ذلك : لا تضار الأب بسبب الولد بأن تطلب منه مالا يقدر عليه من
 الرزق والكسوة ، أو تفرط فى حفظ الولد والقيام بما يحتاج إليه .

والثانى : أن يكون أصله لا تضار بفتح الراء الأولى ، فتكون المرأة هى المفعولة بها
 الضرار ، والمعنى على ذلك لا يفعل الأب الضرار بالأم فينزع الولد منها مع رغبتها فى
 إمساكه أو بلا سبب (٥) .

الدليل الثالث :

قوله تعالى ﴿ ... من بعد وصية يوصى بها أو دين غير مضار وصية من الله والله

عليم حلیم ﴾ (٦) .

(١) الشيخ عيسوى فى بحثه السابق ص ٦٥ . (٢) سورة البقرة آية : ٢٣٣ .

(٣) تفسير الطبرى " المسمى إجماع البيان عن تأويل أى القرآن " ج٢ ص ٤٩٧ وما بعدها .

(٤) أحكام القرآن ٢٠٤/١ ، الجامع لأحكام القرآن ١٦٧/٣ ، البحر المحیط ٢١٤/٢ وما بعدها ، مختصر ابن كثير ٢١٢/١ ، فتح

القدير ٢٤٥/١ .

(٥) مفاتيح الغيب للإمام الرازى ١٣٠/٦ .

(٦) سورة النساء آية : ١٢ .

وجه الدلالة من هذه الآية الكريمة :

يقول الإمام القرطبي في تفسير قوله تعالى: (١)

﴿ غير مضار ﴾ أى لا ينبغي أن يوصى بدين ليس عليه ليضر بالورثة ، ولا يقر بدين ، فالإضرار راجع إلى الوصية والدين ، أما رجوعه إلى الوصية فإن يزيد على الثلث ، أو يوصى لوارث ، فإن زاد فإنه يرد إلا أن يجيزه الورثة ، لأن المنع لحقوقهم لا لحق الله تعالى ، وإن أوصى لوارث فإنه يرجع ميراثاً . وأما رجوعه إلى الدين فبالإقرار فى حالة لا يجوز له فيها ... أ . هـ

فالوصية وإن كانت مشروعة إلا أنها مقيدة بعدم الإضرار بالورثة ، لأنها إن قصد بها الإضرار خرجت عن دائرة المشروعية ، وأصبحت تصرفاً جائراً لا يثاب عليه صاحبه ، بل يبوء بالإثم ويحل عليه العقاب . وهذا ما بينته السنة النبوية .

فمن شهر بن حوشب عن أبى هريرة أنه حدثه عن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : ﴿ إن الرجل ليعمل والمرأة بطاعة الله ستين سنة ثم يحضرهما الموت فيضاران فى الوصية فتجب لهما النار ، ثم قرأ على أبى هريرة : " من بعد وصية يوصى بها أو دين غير مضار وصية من الله " إلى قوله " وذلك الفوز العظيم ﴾ (٢) .

وروى عن ابن عباس رضى الله عنهما عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه قال :

﴿ الإضرار فى الوصية من الكبائر ﴾ (٣) .

(١) الجامع لأحكام القرآن للقرطبي ٨٠/٥ ، ٨١ . وقريب من ذلك أحكام القرآن لابن العربي ٣٥١/١ مفاتيح الغيب للرازي

٢٣٣/٩ ، مختصر ابن كثير ٣٦٥/١ .

(٢) أخرجه أبو داود فى سنته ١١٣/٣ كتاب الوصايا باب ماجاء فى كراهية الإضرار فى الوصية ، والترمذى ٣٧٥/٣ كتاب الوصايا ، باب ماجاء فى الضرر فى الوصية ، وقال : هذا حديث حسن صحيح غريب ، وابن ماجه ٩٠٢/٢ كتاب الوصايا باب الحيف فى الوصية ، وأحمد فى المسند ٢٧٨/٢ . كلهم من طريق شهر بن حوشب عن أبى هريرة . قال القرطبي عنه " وهو مطعون فيه " الجامع ٨١/٥ ، وضعفه أيضاً الألبانى فى ضعيف الجامع ٤٧/٢ .

(٣) أخرجه الدراقطنى ١٥١/٤ ، والبيهقى ٢٧١/٦ وصوب البيهقى ولفه على ابن عباس ، وعزاه السيوطى فى الدر المنثور

١٢٨/٢ إلى النسائى وعبد بن حميد وابن أبى شيبة وابن جرير وابن المنذر وابن أبى حاتم والبيهقى .

الفرع الثاني

المضارة في استعمال الحق في السنة النبوية الشريفة

وردت أحاديث نبوية كثيرة تنهى عن المضارة في استعمال الحق منها :

أولاً : حديث لا ضرر ولا ضرار :

عن أبي سعيد الخدري عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال : ﴿ لا ضرر ولا ضرار ﴾
أخرجه الدارقطني (١) والبيهقي (٢) والحاكم وقال : صحيح الإسناد على شرط مسلم ووافقه
الذهبي (٣) . وللحديث شواهد : عن عبادة بن الصامت (٤) ، وعن ابن عباس (٥) ، وعن
عائشة ، وعن جابر بن عبدالله (٧) ، وعن أبي هريرة (٨) ، وعن أبي بكر الصديق وعن أبي
صرمة (١٩) . وعن عمرو بن يحيى الماذني عن أبيه (١١) . وهذه الشواهد كما ذكر
الحافظ العلاتي ينتهي مجموعها إلى درجة الصحة أو الحسن المعتمد به (١٢) . وأيضاً حسنه
ابن رجب (١٣) ، والنووي وقال : وله طرق يقوى بعضها بعضاً (١٤) وقال أبو الفتوح
الطائي في الأربعين له : إن الفقه يدور على خمسة أحاديث هذا أحدها (١٥) . فهذا الحديث
روى عن كثير من الصحابة بألفاظ متقاربة .

(١) أخرجه الدارقطني في السنن ، كتاب الأقضية والأحكام وغير ذلك ٢٨٨/٣ .

(٢) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى ، كتاب الصلح باب لا ضرر ولا ضرار ٦٩/٦ .

(٣) الحاكم في المستدرک ، كتاب البيوع ٥٧/٢ ، ٥٨ ، وزاد : من ضار ضره الله ومن شاق شق الله عليه .

(٤) أخرجه ابن ماجه ، كتاب الأحكام ، باب من بنى في حقه ما يضر بجاره ، ٧٨٤/٢ .

(٥) أخرجه ابن ماجه ، كتاب الأحكام ، باب من بنى في حقه ما يضر بجاره ٧٨٤/٢ ، وأحمد في السند ٣١٣/١ ، والدارقطني في

السنن ، كتاب الأقضية والأحكام وغير ذلك ٢٢٨/٣ . (٦) أخرجه الدارقطني في السنن ، كتاب الأقضية وغير ذلك ٢٢٧/٤ .

(٧) أخرجه الطبراني في الأوسط ١٤١/١ ، والبيهقي في مجمع الزوائد ١١٣/٤ وأبو داود في المراسيل ص ٢٠٧ .

(٨) أخرجه الدارقطني في السنن ، كتاب الأقضية والأحكام وغير ذلك ٢٢٨/٤ .

(٩) أخرجه الترمذي في السنن ، كتاب البر والصلة باب ماجاء في الخيانة والغش ٣٣٢/٤ .

(١٠) أخرجه أبو داود في السنن ، كتاب الأقضية ، أبواب القضاء ٣١٥/٣ ، والترمذي في السنن ، كتاب البر والصلة ، باب

ما جاء في الخيانة والغش ٣٣٢/٤ ، وابن ماجه في السنن ، كتاب الأحكام ، باب من بنى في حقه ما يضر بجاره ٧٨٥/٢ ، وأحمد

في المسند ٤٥٣/٣ . (١١) أخرجه مالك في الموطأ ، كتاب الأقضية ، باب القضاء في المرفق ص ٤٦٤ .

(١٢) فيض القدير شرح الجامع الصغير ٤٣٢/٦ ، الزرقاني على الموطأ ٣٢/٤ . (١٣) جامع العلوم والحكم ص ٣٨٠

(١٤) الزرقاني في الموطأ ٣٢/٤ (١٥) الزرقاني على الموطأ ٣٢/٤

الفرق بين الضرر والضرار

اختلف اللغويون وشراح الحديث والأصوليون والفقهاء فى المعنى المراد من اللفظين فقال البعض . إنهما لفظان بمعنى واحد ، وتكرارهما للتأكيد (١) . والمشهور أن بينهما فرقا . ولكن اختلف فى هذا الفرق .

- ١ - **ف قيل** : أن الضرر هو الاسم ، والضرار هو الفعل ، فالمعنى : أن الضرر نفسه منتف فى الشرع وإدخال الضرر بغير حق كذلك (٢) .
- ٢ - **وقيل** : الضرر فعل الواحد ، والضرار فعل الاثنى (٣) .
- ٣ - **وقيل** : إن الضرر أن تضره وتنتفع أنت ، والضرار أن تضره بغير أن تنتفع (٤) .
- ٤ - **وقيل** : الضرر ابتداء الفعل ، والضرار الجزاء عليه (٥) .
- ٥ - **وقيل** : الضرر والضرار مثل القتل والقتال ، فالضرر : أن تضر بمن لا يضررك ، والضرار أن تضر بمن قد أضر بك من غير جهة الاعتداء بالمثل والانتصار بالحق (٦) .
- ٦ - **وقيل** : الضرر هو مالك فى منفعة وعلى جارك فى مضرة ، والضرار ما ليس لك فى منفعة وعلى جارك فى مضرة (٧) .
- ٧ - **وقيل** : الضرر أن يضر أحد الجارين بجاره ، والضرار أن يضر كل واحد فيهما بصاحبه ، لأن هذا البناء يستعمل كثيراً بمعنى المفاعلة كالقتال والضرار (٨) .
- ٨ - **وقيل** : ليس لأحد أن يضر بأحد سواء أضر به قبل أم لا ، إلا أن ينتصر ويعاقب إن قدر بما أبيض له من السلطان ، وكذلك ليس لأحد أن يضر بأحد من غير الوجه الذى هو الانتصاف من حقه (٩) وقيل غير ذلك ... ومهما يكن من أمر فإن هذا الحديث شاهد على منع إلحاق الضرر بالغير فى أى صورة من الصور وفى كل الأحوال إلا ما استثنى بدليله .
- ويقول أحد الفقهاء المحدثين : إن هذا الحديث يعتبر قانوناً عاماً فى الفقه الإسلامى تقوم عليه كل نظرية التعسف فى استعمال الحق .. (١٠) .

(١) قاله ابن حبيب المنتقى للباجى ٤٠/٦ ، التمهيد لابن عبد البر ١٥٨/١٩ (٢) ، جامع العلوم والحكم ص ٣٨٢ ، شرح الزرقانى على الموطأ ٨٣٢/٤ .

(٢) النهاية لابن الأثير ١٨/٣ ، مادة (ضرر) لسان العرب ١٥٣/٦ ، مختار الصحاح ص ٣٧٩ ، معجم مقاييس اللغة ٣٦٠/٣ ، المعجم الوجيز ص ٣٧٩ ، نيل الأوطار ٢٦١/٥ . (٤) نيل الأوطار ٢٦١/٥ ، جامع العلوم والحكم ص ٣٨٢ .

(٥) النهاية لابن الأثير ١٦/٣ . نيل الأوطار ٢٦١/٥ . (٦) التمهيد لابن عبد البر ١٥٩/١٩ .

(٧) قاله الخشنى كما فى المنتقى للباجى ٤٠/٦ . (٨) قاله الباجى فى المنتقى ٤٠/٦ ونسبه ابن فرحون إلى المتبطنى فى التبصرة ٣٥٧/٢ ، وقاله ابن عبد البر فى التمهيد ١٥٩/١٩ (١٠) الشيخ عيسوى فى البحث السابق ص ٨٦ .

ثانيا : حديث سمرة بن جندب :

روى أبو داود فى سننه عن واصل قال : سمعت أبا جعفر محمد بن على ، يحدث عن سمرة بن جندب ، أنه كانت له عضد من نخل فى حائط رجل من الأنصار ، ومع الرجل أهله ، فكان سمرة يدخل إلى نخله فيتأذى به ، ويشق عليه ، فطلب إليه أن يبيعه ، فأبى ، فطلب إليه أن يناقله ، فأبى ، فأتى النبى صلى الله عليه وسلم فذكر ذلك له ، فطلب إليه النبى صلى الله عليه وسلم أن يبيعه فأبى ، فطلب إليه أن يناقله ، فأبى ، قال : " فهبه له ولك كذا وكذا " أمراً رغبةً فيه ، فأبى ، فقال : ﴿ أنت مضار فقال النبى صلى الله عليه وسلم للأنصارى ، إذهب فأقلع نخله ﴾ (١) .

ففى هذا الحديث ، نرى أن سمرة كان يستعمل حقه فى الوصول إلى نخله ، ولكنه كان يؤذى الأنصارى صاحب البستان . فشكا أمره للرسول صلى الله عليه وسلم ، فعرض عليه الرسول صلى الله عليه وسلم حلاً متتوعة لدفع هذا الأذى ، فأبى سمرة ، فأمر الرسول بقلع نخله على الرغم منه ، دفعاً للضرر الناشئ عن استعمال الحق (٢) .

فيؤخذ من هذا الحديث : أن الحق الفردى لا يشرع استعماله إذا لزم عنه ضرر راجع بالغير ، ولو كان لصاحبه غرض صحيح فى هذا التصرف، فضلاً عن أنه يأتى إذا قصد الإضرار (٣) . فهذا القضاء من النبى صلى الله عليه وسلم ، يدل على أنه يصر إلى التوفيق بين المصلحتين ما أمكن ، فإن لم يمكن وجب دفع أعظم الضررين (٤) .

قال ابن رجب (٥): فالأمر بالقلع هنا إنما كان عند الإصرار على المضارة والامتناع من قبول ما يدفع ضرر المالك .

وقال ابن القيم (٦) : وصاحب القياس الفاسد يقول : لا يجب عليه أن يبيع شجرته ، ولا يتبرع بها ولا يجوز لصاحب الأرض أن يقلعها ، لأنه تصرف فى ملك الغير بغير إذنه ، وإجباره على المعاوضة عليه ، وصاحب الشرع أوجب عليه إذا لم يتبرع بها أن يقلعها ، لما فى ذلك من مصلحة صاحب الأرض بخلاصه من تأذيه بدخول صاحب الشجرة ، ومصلحة صاحب الشجرة بأخذ القيمة ، وإن كان عليه فى ذلك ضرر يسير ، فضرر صاحب الأرض ببقائها فى

(١) أخرجه أبو داود فى سننه ، كتاب الأقضية ، أبواب من القضاء ٣/٣١٤ وسكت عنه .

(٢) عون المعبود شرح سنن أبى داود ١٠/٦٤ ، د / عبد الله المصلح ، قيود الملكية الخاصة ص ٥٠٣ .

(٣) الموافقات ٢/٢٤٢ ، د/الدرينى السابق ص ١٥١ ، الشيخ/ عيسوى البحث السابق ص ٦٩ .

(٤) القواعد ص ١٥٧ الدرينى السابق ص ١٥٠ ، د/ عبد الله المصلح ، المرجع السابق ص ٥٠٤ .

(٥) القواعد ص ١٥٧ ، جامع العلوم والحكم ص ٣٨٦ وما بعدها . (٦) الطرق الحكمية ص ٣١٠ .

بستانه أعظم ، فإن الشارع الحكيم يدفع أعظم الضررين بأيسرهما ، فهذا هو الفقه والقياس والمصلحة ، وإن أبي من أبي .

ثالثاً : حديث الارتفاق :

عن أبي هريرة رضى الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : ﴿ لا يمنع أحدكم جاره أن يغرز خشبة فى جداره .. ثم يقول أبو هريرة : مالى أراكم عنها معرضين ، والله لأرمين بها بين أكتافكم ﴾ (١) .

هذا الحديث يدل : على أنه لا يحل للجار أن يمنع جاره من غرز الخشب فى جداره ويجبره الحاكم إذا امتنع طبقاً للراجح ، لأنه يكون مسيئاً لاستعمال حق الملك ، فإن المنع فى هذه الحالة يعتبر قصداً للإضرار بالجار ، فلا يجوز مادام لا يترتب على وضع الخشب إضرار بصاحب الجدار ، أو كان ما يترتب عليه من الضرر يمكن تلافيه ، أو كان لا يتناسب مع الأضرار التى تحيق بالجار من جراء المنع (٢) . على أن وجوب الإيجاب مقيد بأمرين : أحدهما : ألا يلحق بالمالك ضرر بين بأن يوهن طرح الخشب جداره أو يسقطه إذا كان واهياً. والثانى : اعتبار حاجة الغاز إلى الانتفاع بحائط جاره ، فلا يجوز للغاز أن يستعمل حقاً لغير مصلحة (٣) .

وبهذا التعبير يتضح أن هذا الحديث يعتبر أصلاً من أصول منع المضار فى استعمال الحقوق . وعلى هذا : فإن التشريع الإسلامى لم يقتصر على تقييد حق الملكية بقيد سلبى ، وهو منع المالك عن الإضرار بغيره ، بل إن هذا الحديث قد وصل فى تقييده لحق الملكية إلى درجة أكثر وهى تقييد حق الملكية بقيد إيجابى ، هو إجبار المالك على تمكين غيره من الانتفاع بملكه إذا لم يلحقه ضرر بين (٤) .

وقد ذكر ابن رجب أراء الفقهاء فى الإيجاب ، هذه بعض الأحاديث التى تمنع المضارة فى استعمال الحقوق .

(١) أخرجه البخارى ، كتاب المظالم ، باب لا يمنع جار جاره أن يغرز خشبة فى جداره (١٣١/٥) وفى كتاب الأثرية .

باب الشرب من فم السقاء (٩٣،٩٢/١٠) فتح وأخرجه مسلم ، فى كتاب المساقاة ، باب غرز الخشب فى جدار الجار (مسلم بشرح النووى ٤٧/١١) . (٢) فتح البارى ١٣١/٥ ، جامع العلوم والحكم ص ٣٨٨ ، د/ الدرني ، نظرية التعسف ص ١٥٥ .

(٣) الموافقات للشاطبي ٢٤٢/٢ ، جامع العلوم والحكم ص ٣٨٦ د/ الدرني ، نظرية التعسف ص ١٦٠ .

(٤) د / عبد الله المصلح المرجع السابق ص ٥٠٦ .

(٥) القاعدة الذهبية فى المعاملات الإسلامية " لاضرر ولا ضرار ص ٧٣ ، جامع العلوم والحكم ص ٣٨٨ ، ونيل الأوطار

الفرع الثالث

المضارة في استعمال الحقوق في فقه الصحابة

إن أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم ، قد حفظ عنهم من الفتاوى في مختلف الوقعات والنوازل ، ما يثبت أن إساءة استعمال الحق أمر لا تقره الشريعة الإسلامية ، بل تحرمه وتمنع منه . وسوف أقتصر على الفتاوى التي تتعلق بالجوار فمنها :

الدليل الأول : روى مالك عن عمرو بن يحيى المازنى ، عن أبيه ، أن الضحاك بن خليفة ساق خليجاً (١) . له من العريض (٢) . فأراد أن يمر به في أرض محمد بن مسلمة ، فأبى محمد ، فقال له الضحاك لم تمنعني ؟ وهو لك منفعة ، تشرب به أولاً وآخرأ ، ولا يضرک ، فأبى محمد ، فكلّم فيه الضحاك عمر بن الخطاب ، فدعا عمر بن الخطاب محمد بن مسلمة فأمره أن يخلى سبيله ، فقال محمد : لا ، فقال عمر : لم تمنع أخاك ما ينفعه ؟ وهو لك نافع ، تسقى به أولاً وآخرأ ، وهو لا يضرک ، فقال محمد : لا والله ، فقال عمر : والله ليمرن به ولو على بطنك ، فأمره عمر أن يمر به ، ففعل الضحاك (٣) .

الدليل الثاني : روى مالك ، عن عمرو بن يحيى المازنى ، عن أبيه ، أنه قال : كان في حائط جده ربيع (٤) لعبد الرحمن بن عوف ، فأراد عبد الرحمن أن يحوله إلى ناحية من الحائط هي أقرب إلى أرضه ، فمنعه صاحب الحائط ، فكلّم عبدالرحمن بن عوف عمر بن الخطاب في ذلك ، فقضى لعبد الرحمن بن عوف بتحويله (٥) .

مايدل عليه قضاء عمر بن الخطاب في المسألتين :

وقضاء عمر في المسألتين دليل على ثبوت حقوق الارتفاق لأصحاب الأرض الزراعية المتجاورة بعضهم قبل بعض ، من حق إمرار الماء في أرض الغير ، أو استطرأها ، ففي الأثر الأول قضى عمر بإمرار الماء جبراً عنه ، وفي الأثر الثاني قضى بتحويله . فإذا امتنع صاحب الأرض اعتبر متعسفاً في استعمال حقه ويجبر على التمكين مالم يلحقه ضرر بين (٦)

(١) الخليج : الماء يخلج من شق النهر أي النهر الصغير . (المنتقى للباي ٤٦/٦) الزرقاني ٣٤/٤ .

(٢) العريض : موضع أونهر قرب المدينة . (المنتقى للباي ٤٦/٦) الزرقاني على الموطأ ٣٤/٤ .

(٣) أخرجه مالك في الموطأ ، كتاب الأفضية ، باب القضاء في المرفق ص ٤٦٤ ، ٤٦٥ .

(٤) الربيع : الساقية الظاهرة ، أي الجدول - أو النهر الصغير (المنتقى ٤٧/٦ ، الزرقاني ٣٥/٤) .

(٥) أخرجه مالك في الموطأ ، كتاب الأفضية ، باب القضاء في المرفق ص ٤٦٥ .

(٦) د/ الدريني ، نظرية التعسف ص ١٦٤ ، الشيخ عيسوي بحثه السابق ص ٧٣ ، د/ عبدالله المصلح ، المرجع السابق ص ٥٠٩ .

ويمكن أن نستتبط من هاتين الحادثتين عدة أمور :

- ١ - لا يجوز الانتفاع بملك الغير بدون إذنه وإلا كان ذلك تعدياً عليه يجب منعه هذا هو الأصل .
- ٢ - إذا دعت الضرورة إلى هذا الانتفاع وجب على صاحب هذه الضرورة أن يستأذن المالك فى الانتفاع بملكه .
- ٣ - إذا لم يأذن هذا المالك لصاحب الضرورة بالانتفاع ، فلا يجوز له أن ينتفع بالقوة ، وبوسائله الشخصية ، حتى لا يثار الشغب والفوضى بين الناس ، بل يجب عليه فى هذه الحالة أن يلجأ إلى الإمام .
- ٤ - وفى حالة اللجوء إلى الإمام ، فإن الواجب على الإمام أن يستدعى المالك ويسأله محاولاً إقناعه بأن يأذن لجاره فى الانتفاع بملكه موضحاً له ما فى ذلك من تحقيق المصلحة ورفع الضرر عن جاره ، فإن أذن كان أفضل ، وإلا فلالإمام إذا تبين له أن هناك ضرورة لهذا الانتفاع أن يقضى به رغماً عنه .

وهذا كله بشروط هى :

- ١ - أن تكون هناك ضرورة ملحة لمن يريد الانتفاع بملك الغير ، كحاجته لإجراء الماء لزراع يخشى تلف مثلاً .
- ٢ - ألا يكون هناك ضرر بين على صاحب الأرض التى يراد الارتفاق بها .
- ٣ - إذا لحق صاحب الأرض ضرر ، يلجأ إلى الموازنة بين الضررين ويرتكب أخفهما (١).

الدليل الثالث :

قال ابن القاسم ، أخبرنا ابن لهيعة أنه كتب إلى عمر بن الخطاب فى رجل أحدث غرفة على جاره ففتح عليها كوى ، فكتب إليه عمر بن الخطاب أن يوضع وراء تلك الكوى سرير ويقوم عليه رجل ، فإن كان ينظر إلى مافى دار الرجل منع من ذلك ، وإن كان لا ينظر لم يمنع من ذلك (٢) .

فى هذا الأثر نجد أن عمر بن الخطاب جعل من صور المضارة الانحراف بالحق عن الحدود المعقولة .

(١) د/ إبراهيم الصالحى ، فى رسالته للدكتوراه بعنوان " حقوق الارتفاق فى الشريعة الإسلامية والقانون المدنى سنة ١٩٧٩م ص

٧٢ : ٧٣ .

(٢) المدونة الكبرى للإمام مالك المجلد الرابع ص ٣٧٨ .

الفرع الرابع

المضارة في استعمال الحق والقواعد الفقهية

في الفقه الإسلامي قواعد كلية استنبطها الفقهاء من عمومات الشريعة ، ونصوصها التفصيلية ، وبنوا عليها الأحكام في مختلف الشئون والعلاقات ، وجعلوها موازين توزن بها التصرفات ، وتحدد ما يكون مشروعاً منها وما لا يكون ، ومن خلال هذه القواعد يتبين لنا : أن المضارة في استعمال الحق منهي عنها ، ومنها أيضاً نستنبط الضوابط والمعايير التي تحكم نظرية المضارة في استعمال الحق .

ومما يحكم هذه النظرية من القواعد ما يلي :

- ١ - قاعدة سد الذرائع .
 - ٢ - الضرر يزال .
 - ٣ - الضرر الخاص يتحمل لأجل دفع الضرر العام .
 - ٤ - الضرر الأشد يزال بالضرر الأخف . ٥ - درء المفسد مقدم على جلب المصالح .
 - ٦ - إذا اجتمع الحلال والحرام غلب الحرام .
 - ٧ - الأمور بمقاصدها .
- وسوف أوضح هذه القواعد بإيجاز

القاعدة الأولى : سد الذرائع (١)

تعريف الذريعة لغة :

الوسيلة التي يتوصل بها إلى الشيء ، يقال : تذرع فلان بذريعة أى توسل ، والجمع الذرائع (٢) .

الذريعة في اصطلاح الفقهاء والأصوليين :

يقول الإمام القرافى (٣) : سد الذرائع معناه : حسم مادة وسائل الفساد دفعاً لها .
ويقول الإمام القرطبي (٤) : والذريعة : عبارة عن أمر غير ممنوع لنفسه يخاف من ارتكابه الوقوع في ممنوع .

ويقول الإمام الشاطبي (٥) : حقيقتها : التوسل بما هو مصلحة إلى مفسدة

والذريعة تشمل القول والفعل . قولاً وهذه تشمل التصرفات القولية ، وقد تكون فعلاً تشمل التصرفات الفعلية (٦) .

(١) الأشباه والنظائر لابن السبكي ١١٩/١ (٢) لسان العرب مادة (ذرع) ١٤٩٨/٣ ، مختار الصحاح ص ٢٢١ ، معجم مقاييس

اللغة ٣٥٠/٢ . (٣) الفروق للقرافى ٣٢/٢ . (٤) الجامع لأحكام القرآن للقرطبي ٥٧/٢ ، ٥٨ .

(٥) الموافقات للشاطبي ١٩٩/٤ . (٦) إعلام الموقعين ١٤٦/٣ .

أقسام الذرائع بالنسبة إلى مآلاتها :

تتوزع تقسيمات الفقهاء للذرائع ومن بين هذه التقسيمات :

أ - أقسام الذرائع عند الإمام القرافي : (١)

قسم الإمام القرافي الذرائع إلى ثلاثة أقسام .

١ - قسم أجمعت الأمة على سده ومنعه وحسمه ، كحفر الآبار في طرق المسلمين فإنه وسيلة إلى إهلاكهم فيها .

٢ - وقسم أجمعت الأمة على عدم منعه ، وأنه ذريعة لاتسد ووسيلة لا تحسم ، كالمنع من زراعة العنب خشية الخمر فإنه لم يقل به أحد .

٣ - وقسم اختلف فيه العلماء هل يسد أم لا ، كبيع الأجال ، والنظر إلى النساء

ثم يقول الإمام القرافي : (٢)

قد تكون وسيلة المحرم غير محرمة إذا أفضت إلى مصلحة راجحة ، كالتوسل إلى فداء الأسارى بدفع المال للكفار الذي هو محرم عليهم الانتفاع به بناء على أنهم مخاطبون بفروع الشريعة عندنا .

ب - أقسام الذرائع عند ابن القيم :

تناول ابن القيم سد الذرائع ، وأفاض القول في ذلك ، وأورد تسعة وتسعين وجهاً للدلالة على سد الذرائع والمنع منها ، وقد جعلها أربعة أقسام : (٣)

الأول : ما وضع للإفضاء إلى المفسدة ، كشرب المسكر المفضى إلى مفسدة السكر ، وكالقذف المفضى إلى مفسدة الفرية ونحو ذلك . فهذه أفعال وأقوال وضعت مفضية لهذه المفاسد وليس لها ظاهر غيرها .

الثاني : ما وضع للإفضاء إلى مباح ، ولكن قصد به التوصل إلى مفسدة ، كعقد النكاح المقصود به التحليل ، وعقد البيع الذي قصد به التوصل إلى الربا .

الثالث : ما وضع إلى مباح ، لم يقصد به التوصل إلى مفسدة ، ولكنه يفضى إليها غالباً ، وهي أرجح مما يترتب عليه من المصلحة ، كمن يصلى تطوعاً بغير سبب في أوقات النهي .

الرابع : ما وضع لمباح ، ولكنه قد يفضى إلى مفسدة ، ومصلحته أرجح من مفسدته كالنظر إلى المخطوبة ، وكلمة الحق عند ذي سلطان جائر .

ثم يقول الإمام ابن القيم : إن الشريعة جاءت بالمنع من القسم الأول كراهة

(١) الفروق ٣٢/٢ وما بعدها ، ح ٣ / ٢٦٦ ، تنقيح الفصول ص ٢٠٠ ، تهذيب الفروق ٤٢/٢ وما بعدها .

(٢) الفروق ٣٣/٢ . (٣) إعلام الموقعين ١٤٨/٣ .

أو تحريماً بحسب درجاته فى المفسدة . وجاءت الشريعة بإباحة القسم الرابع أو استحبابه أو إيجابه بحسب درجاته فى المصلحة .

بقى النظر فى القسمين الوسط هل هما مما جاءت الشريعة بإباحتهما أو المنع منهما ؟ ثم انتهى ابن القيم بأن الشريعة تمنعهما ، وأقام الأدلة على ذلك (١) ولا داعى للإطالة هنا .
ويقول الإمام ابن تيمية :

الذرائع حرمها الشارع ، وإن لم يقصد بها المحرم ، خشية إفضائها إلى المحرم ، فإذا قصد بالشئ نفس المحرم كان أولى بالتحريم من الذرائع .. (٢)

ويقول الإمام أبو زهرة :

إن أصل سد الذرائع لا تعتبر النية فيه على أنها الأمر الجوهري فى الإذن ، إنما النظر فيه إلى النتائج والثمرات ، فإن كانت نتيجة العمل مصلحة عامة كان واجباً بوجوبها ، وإن كان يؤدي إلى فساد فهو ممنوع بمنعه ، لأن الفساد ممنوع ، فما يؤدي إليه ممنوع أيضاً . والمصلحة مطلوبة فما يؤدي إليها مطلوب .. (٣)

ويقول الشيخ عيسوى :

والحق أن سد الذرائع : أمر توجبه نصوص الشريعة ويتمشى مع روحها وأغراضها ، فإن الشريعة إنما تنظر إلى غايات الأشياء ومآلاتها ، فإن كانت هذه الغايات والمآلات مفسدة وأضرار من أسبابها وسدت الوسائل والطرق التى يتذرع بها إليها ، ولو كانت هذه الوسائل نفسها مباحة جائزة ... والذى يعنينا فى هذا المقام النوع الثانى والثالث ثم يقول : فإن قاعدة سد الذرائع بهذا المعنى تثبت فى وضوح منع استعمال الحق بقصد الإضرار بالغير ، كما تثبت منع مباشرة الفعل المباح إذا قصد به التوصل إلى أمر غير مشروع ، وتمنع كذلك ممارسة الفعل المباح الذى يقصد به التذرع إلى المفسدة ثم يقول فى موضع آخر بعد أن استعرض تطبيقات هذه القاعدة . ومن هذا يتبين أن قاعدة سد الذرائع ينطوى تحتها أكثر صور نظرية الإساءة فى استعمال الحق ، وأنها تشتمل على أهم ضوابط الإساءة .. (٥)

(١) إعلام الموقعين ١٤٨/٣ وما بعدها .

(٢) الفتاوى ١٣٩/٣ .

(٣) الإمام مالك بن أنس للشيخ أبو زهرة ص ٤١٢ .

(٤) الشيخ عيسوى بحث التعسف ص ٧٦ .

(٥) الشيخ عيسوى بحث التعسف ص ٧٩ .

القاعدة الثانية : الضرر يزال

أصل هذه القاعدة :

- حديث رسول الله صلى الله عليه وسلم : ﴿لا ضرر ولا ضرار﴾ (١) وقد ورد في القرآن الكريم النهي عن المضارة في مواضع كثيرة وقد بينا بعضها .
- وينبنى على هذه القاعدة كثير من أبواب الفقه (٢) منها : ١ - إثبات حق الشفعة للشريفة لأصيل، الشفعة الأصل ، والحكمة التي قصد بها الشارع من تشريع الشفعة هي دفع الضرر عن الشفيع، فقد لا تتفق أخلاقه وعاداته مع المشتري الجديد، إذ قد يكون مؤذياً سئ الخلاق كل ذلك ضرر لأصيل ولا طريق لدفع هذه الأضرار ، إلا بإثبات حق الشفعة لأصيل ومن هذا يتبين أن الشريعة لم تكتف برفع الضرر بعد وقوعه بل عملت على الحيلولة دون وقوعه من أول الأمر .
- ٢ - الحجر على السفية. دفعاً للضرر عن السفية نفسه ودفعاً للضرر عن يتعامل معه من الناس
- ٣ - أخذ مال الممتع من أداء الدين بغير إذنه ، دفعاً لضرر الدائنين .
- ٤ - جميع أنواع الخيارات .
- ٥ - الإجبار على القسمة في الأموال المشتركة ، بقصد إزالة الضرر .
- ٦ - القصاص ، الحدود ، الكفارات .
- ٧ - دفع الصائل ، وقتال المشركين والبلغاة . إلى غير ذلك .

القاعدة الثالثة : يتحمل الضرر الخاص لدفع الضرر العام

- دل على هذه القاعدة : استقراء أحكام الشارع ، تقديماً لمصلحة العموم على الخصوص (٣) .
- ولها أيضاً فروع كثيرة منها . بيع طعام المحتكر جبراً عليه عند الحاجة دفعاً للضرر العام .
- ومنها : وجوب نقض حائط مملوك مال إلى طريق العامة .
- ومنها : التسعير عند تعدى أرباب الطعام في بيعه بثمن فاحش .
- ومنها : جواز الرمي إلى كفار تترسوا بصبيان المسلمين .
- ومنها : نزع الملكية الخاصة للمنفعة العامة ، ومنها الحجر على المفتى الماجن والطبيب الجاهل .

(١) سبق تخريجه وتبني طرقه ص ٦٧ (٢) الأشباه لابن السبكي ٤١/١ والأشباه والنظائر للسيوطي ص ٥٩ ، المواهب السنية ص ١١٣ وما بعدها ، وقواعد الأحكام ٨٣/١ .

(٣) الأشباه لابن نجيم ص ٩٦ ، الطرق الحكمية ص ٢٨٩ . مجلة الأحكام العدلية مادة ٢٦ وشرحها لعلي حيدر ص ٤٠/١ .

القاعدة الرابعة : الضرر الأشد يزال بالضرر الأخرق .

هذه القاعدة :

تحكم التعارض بين الحقوق الخاصة بعضها قبل بعض ، كما تحكم التعارض بين الحق الفردي والمصلحة العامة .

وتعتمد هذه القاعدة على ضابط الموازنة بين ما يترتب على التصرف المأذون فيه شرعاً من نفع يعود على صاحبه وما يلزم عن ذلك من مضرة لا حقة به أو بغيره من الفرد أو الجماعة ومعنى هذه القاعدة أن الضرر تجوز إزالته بضرر أخف منه ولا يجوز أن يزال بمثله أو بأشد منه (١) . وتعتبر هذه القاعدة قيماً على قاعدة الضرر يزال وفروعها كثيرة منها (٢) .

١ - حبس الأب لو امتنع عن الإنفاق على ولده ، لأن حبس الأب أخف ضرراً من عدم الإنفاق الذي يؤدي إلى الإتلانف ، بخلاف دين الولد فإن الأب لا يحبس في ذلك .

٢ - ومنها: لو غصب خشبة وأدخلها في بنائه ، فإن كانت قيمة البناء أكثر يملكها صاحبه بالقيمة ، وإن كانت قيمتها أكثر لم ينقطع حق المالك .

٣ - ومنها : لو غصب أرضاً فبنى فيها أو غرس ، فإن كانت قيمة الأرض أكثر قلع وردت وإلا ضمن له قيمتها .

٤ - ومنها : دخول بيت غيره إذا سقط متاعه فيه وخاف صاحبه أنه لو طلبه منه لأخفاه .

وفي معنى هذه القاعدة :

قاعدة إذا تعارضت مفسدتان روعى أعظمهما ضرراً بارتكاب أخفهما (٣) . لأن الضرورات تبيح المحظورات . من فروعها : رجل عليه جرح لو سجد سال جرحه وإن لم يسجد لم يسلم ، فإنه يصلى قاعداً يومئ بالركوع والسجود ، لأن السجود أهون من الصلاة مع الحدث . ومنها : من لا يقدر على القراءة قائماً ويقدر عليها قاعداً ، يصلى قاعداً .

وفي معنى هذه القاعدة أيضاً :

قاعدة يختار أهون الشرين ، لأن مباشرة الحرام لا تجوز إلا للضرورة (٤) . وتتحكم قاعدة الضرر الأشد يزال بالضرر الأخرق في معظم مسائل التعسف ، لأنها تمثل المعيار المادي لها

(١) الأشباه والنظائر للسيوطي ص ٦١ ، الأشباه والنظائر لابن نجيم ص ٩٦ ، الطرق الحكيمة ص ٣١٠ شرح مجلة الأحكام العدلية لعلي حيدر مادة ٢٧ /٤٠ ، د/ الدريني ، المرجع السابق ص ٢٣٢ وما بعدها .

(٢) الأشباه والنظائر لابن نجيم ص ٩٦ وما بعدها . مجمع الضمانات ص ١٣٥ ، المواهب السنية ص ١١٩ .

(٣) الأشباه والنظائر لابن نجيم ص ٩٨ ، المواهب السنية ص ١١٩ ، الأشباه للسيوطي ص ٦٢ ، مجلة الأحكام ، المادة ٢٨ .

(٤) المادة ٢٩ مجلة الأحكام وشرحها لعلي حيدر ٤١/١ .

القاعدة الخامسة : درء المفسد مقدم على جلب المصالح

أى إذا تعارضت مفسدة ومصالحة يقدم دفع المفسدة غالباً على جلب المصلحة ، فإذا أراد شخص مباشرة عمل ينتج منفعة له ولكن من الجهة الأخرى يستلزم ضرراً مساوياً لتلك المنفعة، أو أكبر منها يلحق بالآخرين ، فيجب أن يقلع عن إجراء ذلك العمل درءاً للمفسدة المقدم دفعها على جلب المنفعة، لأن الشرع اعتنى بالمنهيات أكثر من اعتناؤه بالمأمور بها (١). وأصل هذه القاعدة : قول النبي صلى الله عليه وسلم : ﴿ إذا أمرتكم بأمر ، فأتوا منه ما استطعتم وإذا نهيتكم عن شيء فاجتنبوه ﴾ (٢) .

وجه الدلالة : أن الرسول صلى الله عليه وسل علق امتثال الأمر بالاستطاعة ، فى حين أنه سد باب النهى كله فلم يجزه إلا عند الضرورة . وأيضاً : الواجبات تؤثر فيها المشقة ، للترخص ، ولو كانت من باب الحرج بخلاف المحرمات فإنه لا يؤثر فيها إلا الضرورة (٣) . ومن فروعها : المبالغة فى المضمضة والاستنشاق مسنونة وتكره للصائم ، وتحليل الشعر سنة فى الطهارة ويكره للمحرم (٤) .

وقد تراعى المصلحة لغلبتها على المفسدة :

فمن ذلك : الصلاة مع اختلال شرط من شروطها ، من الطهارة أو الستر أو الاستقبال فإن فى كل ذلك مفسدة لما فيه من الإخلال بجلال الله تعالى فى ألا يناجى إلا على أكمل الأحوال ، ومتى تعذر عليه شئ من ذلك جازت الصلاة بدونه ، تقديماً لمصلحة الصلاة على هذه المفسدة ، ومنه الكذب مفسدة محرمة ، ومتى تضمن جلب مصلحة تزيد عليه جاز كالكذب للإصلاح بين الناس وعلى الزوجة لإصلاحها . وهذا النوع راجع إلى ارتكاب أخف المفسدتين فى الحقيقة (٥) .

(١) الأشباه والنظائر للسيوطى ص ٦٢، والأشباه والنظائر لابن نجيم ص ١٠٠ ، فتح المدبر فى علم القضاء ص ١٣٥ ، الموافقات ١٧/٢ .

(٢) أخرجه البخارى ومسلم من حديث أبى هريرة : البخارى كتاب الاعتصام بالكتاب والسنة ، باب الاقتداء بسنن رسول الله صلى الله عليه وسلم بلفظ : دعونى ما تركتكم فإنما أهلك من كان قبلكم سؤالهم واختلافهم على أنبيائهم ، فإذا نهيتكم عن شئ فاجتنبوه ، وإذا أمرتكم بشئ فأتوا منه ما استطعتم ، وأخرجه مسلم ، كتاب الفضائل ، باب وجوب اتباعه صلى الله عليه وسلم بلفظ: ما نهيتكم عنه فاجتنبوه وما أمرتكم به فافعلوا منه ما استطعتم " (فتح البارى ١٣/٢٦٤ ، مسلم بشرح النووى ١٥/١٠٩) .

(٣) د/ الدريني نظرية التعسف ص ٢٣٨ . (٥،٤) الأشباه والنظائر للسيوطى ص ٦٢ ، المواهب السنية ص ١٢٠ ، الأشباه لابن نجيم ص ١٠٠ فتح المدبر فى علم القضاء ص ١٣٧ - الأشباه لابن السبكي ١/١٠٥ .

ويقول الشاطبي في ذلك (١) .

والضابط في ذلك التوازن بين المصلحة والمفسدة فما رجح منها غلب ، وإن استويا كان محل إشكال وخلاف بين العلماء قائم من مسألة انخراط المناسبة بمفسدة تلزم راجحة أو مساوية . وقد تناول الإمام الشاطبي ما يؤدي إلى مفسدة بالتفصيل، وجعل ذلك سبعة أقسام وأضاف قبلها قسماً لا يلزم عنه إضرار بالغير . فيكون مجمل استعمال الحق عنده ثمانية أقسام (٢).

القسم الأول :

أن يكون جلب المصلحة لا يلزم عنه إضرار بالغير مطلقاً . وهذا باق على أصله من الإذن ولا إشكال فيه .

القسم الثاني :

أن يقصد الجالب أو الدافع - أي صاحب الحق - الإضرار بالغير ، كالمرخص في سلعته قصداً لطلب معاشه وصحبه قصد الإضرار بالغير .
وحكمه : أنه لا إشكال في منع القصد إلى الإضرار من حيث هو إضرار ، لثبوت الدليل على أنه لا ضرر ولا ضرار في الإسلام .

لكن يبقى النظر في هذا العمل الذي اجتمع فيه قصد نفع النفس وقصد إضرار الغير هل يمنع منه ؟ أو يبقى على حكمه الأصلي من الإذن ويكون عليه إثم ما قصد ؟ هذا مما يتصور فيه الخلاف ، ومع ذلك فيحتمل في الاجتهاد تفصيلاً وهو :

إن كان صاحب الحق له وجه آخر في استيفاء حقه ، يحصل له مقصوده من غير أن يلحق ضرراً بغيره ، ألزم باتباع هذا الوجه ، ومنع من اتباع الوجه الذي يضر بغيره لأنه لم يقصد ذلك الوجه إلا لقصد الإضرار ، كما يمنع من ذلك الفعل إذا لم يقصد غير الإضرار .
وإن لم يكن له محيص عن تلك الجهة التي يستتضر منها الغير ، فحق الجالب أو الدافع مقدم ، وهو ممنوع من قصد الإضرار . ولا يقال إن هذا تكليف بما لا يطاق ، فإنه إنما كلف بنفي قصد الإضرار ، وهو داخل تحت الكسب ولم يكلف بنفي الإضرار بعينه .

القسم الثالث :

ألا يقصد صاحب الحق الإضرار بأحد ، ولكن يلزم عن فعله ضرر عام ، كتلقى السلع وبيع الحاضر للبادي ، والامتناع من بيع داره أو فدائه ، وقد اضطر إليه الناس .
وحكمه : إن كان منع صاحب الحق منه يترتب عليه ضرر به ، وهذا الضرر لا ينجبر

(١) الموافقات ٢/ ٢٥٩ .

(٢) الموافقات ٢/ ٢٤١ - ٢٥٣ (بتصرف)

قدم حقه على الإطلاق .

وإن أمكن انجبار الإضرار ورفع جملة ، فاعتبار الضرر العام أولى ، لأن المصالح العامة مقدمة على المصالح الخاصة بدليل النهى عن تلقى السلع ، وعن بيع الحاضر للبادى ... لكن بحيث لا يلحق الخصوص مضره لا تنجبر .

القسم الرابع :

ألا يقصد الجالب أو الدافع إضراراً بأحد ، ويترتب على جلب مصلحة نفسه إلحاق ضرر خاص بالغير . كالدافع عن نفسه مظلمة يعلم أنها تقع بغيره .

وحكمه :

إن حق الجالب أو الدافع مقدم وإن استضر غيره بذلك . لأن الشارع قد طلب من الإنسان أن يجلب لنفسه المنفعة ويدفع عنها المضره . ولذلك أبيح أكل الميتة للضرورة ... ولا يكون له خيرة فى إسقاط حقه ، لأنه من حقه على بينة ومن حق غيره على ظن أو شك .

القسم الخامس :

ألا يقصد الجالب أو الدافع الإضرار بأحد ، ولا يلحقه بالمنع من استعمال حقه ضرر ، ويكون آداؤه إلى المفسدة قطعياً إذا استعمل حقه ، كحفر البئر خلف باب الدار فى الظلام بحيث يقع الداخل فيه يقيناً ، وشبه ذلك .

وحكمه :

فى هذا القسم ليس لصاحب الحق أن يستعمل حقه ، لأن استعماله حينئذ وهو عالم بلزوم مضره الغير لهذا العمل المقصود مع عدم استضراره بتركه يكون مظنه لقصد الإضرار بالغير فلا يجوز .

القسم السادس :

ألا يقصد جالب المصلحة إضراراً بأحد ، ولا يلحقه بمنعه عن الفعل ضرر ، ولكن آداؤه إلى المفسدة نادر ، كحفر البئر بموضع لا يؤدي غالباً إلى وقوع أحد فيه .

وحكمه :

هذا القسم على أصله من الإذن ، لأن المصلحة إذا كانت غالبية فلا اعتبار بالندور فى انخامها ، إذ لا توجد فى العادة مصلحة عرية عن المفسدة جملة ، إلا أن الشارع إنما اعتبر فى مجارى الشرع غلبة المصلحة ولم يعتبر ندور المفسدة ، إجراء للشرعيات مجرى العادات فى الوجود .

ولا يعد هنا قصد القاصد إلى جلب المصلحة أو دفع المفسدة مع معرفته بندور المضرة عن ذلك تقصيراً في النظر ولا قصداً إلى وقوع الضرر ، فالعمل إذن باق على أصل المشروعية .

القسم السابع :

ألا يقصد الجالب أو الدافع إضراراً بأحد ، ولا يلحقه بالمنع مضرة ، ولكن أداء الفعل إلى المفسدة ظنياً . كبيع السلاح لأهل الحرب ، والعنب من الخمار ونحو ذلك
وحكمه :

الأصل الجواز من الجلب أو الدفع وقطع النظر عن اللوازم الخارجية ، إلا أنه لما كانت المصلحة تسبب مفسدة من باب الحيل ، أو من باب التعاون ، منع من هذه الجهة لا من جهة الأصل .

إذ الحكم في هذه الحالة ليس له أن يستعمل حقه ، لأن ترجيح حدوث الضرر يأخذ حكم القطع بوقوعه ، فالظن في الأحكام العملية يأخذ حكم اليقين والقطع .

القسم الثامن :

ألا يقصد الجالب أو الدافع إضراراً بأحد ، ولا يلحقه بالمنع مضرة ، ويكون أداؤه إلى المفسدة كثيراً ، لا غالباً ولا نادراً . كمسائل بيوع الأجال .
حكمه :

هذا القسم موضع نظر والتباس .

فالشافعي وغيره يجيزون هذا التصرف لعدة أمور :

- ١ - الأصل الإذن ولم يعارضه أصل قائم على أساس فقهي سليم .
- ٢ - ولأن العلم والظن بوقوع المفسدة منتفیان ، إذ ليس هنا إلا احتمال مجرد بين الوقوع وعدمه ، ولا قرينة ترجح أحد الجانبين على الآخر ، واحتمال القصد للمفسدة والإضرار لا يقوم مقام نفس القصد ولا يقتضيه لوجود العوارض من الغفلة وغيرها عن كونها موجودة أو غير موجودة .

٣ - ولأنه لا يصح أن يعد الجالب أو الدافع هنا مقصراً ولا قاصداً كما في العلم والظن لأنه ليس حملة على القصد إليهما أولى من حملة على عدم القصد لواحد منهما . وإذا كان كذلك فالتسبب المأذون فيه قوى جداً .

أما الإمام مالك فقد اعتبره في سد الذرائع أي منعه لعدة أمور .

- ١ - بناء على كثرة القصد وقوعاً ، وذلك أن القصد لا ينضبط في نفسه ، لأنه من الأمور الباطنية لكن له مجال وهو كثرة الوقوع في الوجود أو هو مظنة ذلك ، فكما اعتبرت المظنة فكذلك يجب أن تعتبر الكثرة لأنها مجال القصد .
- ٢ - ولأنه قد يشرع الحكم لعلة مع كون فواتها كثيراً كحد الخمر .
- ٣ - وردت نصوص كثيرة تنهى عن أشياء ليس وقوع المفسدة فيها غالباً ، وإنما هو كثير ، كالنهي عن الخلوة بالمرأة الأجنبية ، وعن سفرها مع غير ذي محرم ...
- ٤ - إن الشريعة مبينة على الاحتياط والأخذ بالجزم والتحرز مما عسي أن يكون طريقاً إلى مفسدة .

القاعدة السادسة : إذا اجتمع الحلال والحرام غلب الحرام (١)

وتدخل في هذه القاعدة قاعدة أخرى هي :

إذا تعارض المانع والمقتضى فإنه يقدم المانع (٢) .

ومن تطبيقات هذه القاعدة : منع كل من صاحب السفل والعلو من التصرف في ملكه تصرفاً يضر بالآخر ضرراً مؤكداً ، كهدم صاحب السفل بناءه أو بعض العمدة التي تقع في هذا البناء ، وكبناء صاحب العلو بناء لا يقوى على حمله السفل (٣) . ومن تطبيقاتها : منع تصرف الراهن والمؤجر والمرهون والعين المؤجرة ، لوجود المانع وهو تعلق حق المرتهن والمستأجر بالعين ، وإنما قدم الحق هنا على الملك ، لأنه لا يفوت به إلا منفعة بالتأخير ، وفي تقديم الملك تفويت عين على الآخر فقدم الأقل ضرراً (٤) .

القاعدة السابعة : الأمور بمقاصدها (٥)

معنى هذه القاعدة (٦) .

إن الأعمال مرتبطة بالنيات ومعتبرة بها ، فالنية هي الميزان الذي توزن به الأعمال وسائر التصرفات ، وهي المرجع في الحكم على الأعمال من حيث الحل والحرم والصحة والفساد

(١) الأشباه للسيوطي ص ٧٤ ، المواهب السنية ص ١٥٦ ، الأشباه لابن نجيم ص ١٢١ ، الشباه لابن السبكي ١٦٩/١ .

(٢) الأشباه للسيوطي ص ٨٠ ، المواهب السنية ص ١٦٩ ، الأشباه لابن نجيم ص ١٣٠ ، المادة ٤٦ من مجلة الأحكام العدية

وشرحها لعلي حيدر ٥٢/١ . (٣) الشيخ عيسوي . بحثه في التعسف ص ٨٧ .

(٤) شرح مجلة الأحكام لحيدر ٥٢/١ ، الشيخ عيسوي ص ٨٨ .

(٥) الأشباه للسيوطي ص ٦ والأشباه لابن نجيم ص ٢٢ ، جمع الجوامع مع حاشية العطار ٣٩٩/٢ ، فتح المديبر ص ١٥٦ ،

الأشباه لابن السبكي ٥٤/١ .

(٦) جامع العلوم والحكم لابن رجب ص ٢٠ ، الموافقات ٢٢٥/٢ ، إعلام الموقعين ٨٢/٣ ، الأشباه للسيوطي ص ٩ .

الأصل في هذه القاعدة : ماروى عن عمر بن الخطاب رضى الله عنه قال : سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول : ﴿ **إنما الأعمال بالنية ، وإنما لامرئ ما نوى ، فمن كانت هجرته إلى الله ورسوله فهجرته إلى الله ورسوله ومن كانت هجرته لدنيا يصيبها أو امرأة يتزوجها فهجرته إلى ما هاجر إليه** ﴾ (١) .

وجه الدلالة من هذا الحديث : هذا الحديث يدل على أن العمل لا يقع إلا بالنية ، وعلى أن العامل ليس له من عمله إلا ما نواه : وهذا يعم العبادات والمعاملات والأيمان والنذور وسائر العقود والأفعال . وفى هذا الحديث دليل على أن كل ممارسة للحق يكون المقصود منها إلحاق الضرر بالغير تكون غير مشروعة . وتكون الممارسة على هذا الوجه تعسفاً ومضارة فى استعمال الحق فيمنع صاحبه منه ، ويستوجب المؤاخظة على ما يترتب على فعله من أضرار للغير (٢) . وبعد : فهذه قواعد كلية وأصول عامة ، اتفق الفقهاء على العمل بها وإن اختلفوا فى بعض تطبيقاتها . ومن هذه القواعد يستنبط عدة أمور .

أولاً : تقيد استعمال الحق بعدم قصد الإضرار بالغير . لحديث " لا ضرر ولا ضرر " والأعمال بالنية .

ثانياً : منع استعمال الحق إذا تعارض مع مصلحة عامة ، لقاعدة : الضرر الخاص يتحمل لأجل دفع الضرر العام .

ثالثاً : منع استعمال الحق إذا ترتب عليه ضرر فاحش بالغير ، لقاعدتى : درء المفسد مقدم على جلب المصالح ، وأن الضرر الأشد يزال بالضرر الأخف .

رابعاً : أن الحقوق شرعت لتحقيق المصالح المشروعة ، فإذا استعمل الحق لمصلحة غير مشروعة أو بدون فائدة ، كان ذلك إساءة فى استعمال الحق ، لقاعدتى درء المفسد ، وسد الذرائع . وفى ضوء هذه الأمور يمكن تحديد معايير التعسف .

(١) أخرجه البخارى ومسلم : البخارى كتاب العتق ، باب الخطأ والنسيان فى العتاقة والطلاق ونحوه ، وفى كتاب مناقب الأنصار ، باب هجرة النبي صلى الله عليه وسلم ، وفى كتاب الأيمان والنذور ، باب النية فى الأيمان ، وفى كتاب الحيل ، باب فى ترك الحيل ، وأخرجه مسلم ، كتاب الإمارة ، باب قوله صلى الله عليه وسلم إنما الأعمال بالنية ، (فتح البارى ١٩٠/٥ ، ١١٠،٢٦٧/٧ ، ٣٤٢/١٢،٥٨٠/١١،٢٦٧/٧ ، ومسلم بشرح النووى ٥٣/١٣) .

(٢) الموافقات ٢٢٥/٢ وما بعدها ، إعلام الموقعين ٨٠/٣ ، جامع العلوم والحكم ص ٢٠ وما بعدها ، الأشباه لابن السبكي ٥٧/١ الشيخ عيسوى ، بحثه السابق ص ٨٨ ، ٨٩ ، د / الدررني نظرية التعسف ص ٢٠٥ وما بعدها ، شرح مجلة الأحكام العدلية ١٩/١ مادة ٢ .

المطلب الثالث

معايير المضارة في استعمال الحق في الفقه الإسلامي

المراد بمعايير التعسف :

- الضوابط التي يعرف بواسطتها توفر الوصف التعسفي في استعمال الحق والتي تفصح بمجموعها عن حقيقة هذه النظرية (١) .
- والهدف من بيان هذه الضوابط :
- أن أبين متى يكون استعمال الحق تعسفاً واعتداءً حتى يصلح سبباً للتضمين ومتى لا يكون كذلك فلا يكون غير صالح في ذلك (٢) .
- وقد تعددت وجهات نظر الفقهاء المحدثين في تعداد هذه الضوابط .
- فبعضهم اقتصر على ثلاثة ضوابط (٣) .
- ١ - قصد الإضرار بالغير .
- ٢ - أن تكون المصالح التي يرمى إلى تحقيقها لا تتناسب مع ضرر الغير .
- ٣ - أن تكون المصالح التي يرمى إلى تحقيقها غير مشروعة .
- وبعضهم أضاف ضابطاً رابعاً وهو (٤) .
- ٤ - الضرر الفاحش الذي يلحق الغير .
- وبعضهم أضاف ضابطاً خامساً وهو (٥) .
- ٥ - انعدام المصلحة في استعمال الحق مع العلم بترتب الضرر الفاحش وبعضهم
- وبعضهم أضاف ضابطاً سادساً وهو (٦) .
- ٦ - عدم الحيطة والتبصر في استعمال الحق .

- (١) د / سعيد الزهاوي في رسالته ، التعسف في استعمال حق الملكية ص ١٨٠ ، د / محمد العكام في رسالته الفعل الموجب للضمان في الفقه الإسلامي ص ٣٧٣ .
- (٢) الشيخ عني الخفيف ، الضمان في الفقه الإسلامي ص ١٠١ .
- (٣) د / محمد رأفت عثمان في بحثه التعسف في استعمال الحقوق ص ١٠٣ منشور بمجلة كلية الشريعة بالقاهرة العدد الأول سنة ١٩٨٢م . (٤) الشيخ عيسوي في بحثه السابق ص ٩١ ، د / محمد زكي السيد رسالته نظرية الإلتلاف ص ٧٢
- (٥) الشيخ الخفيف ، الضمان في الفقه الإسلامي ص ١٠١، ١٠٠ ، د / لاشين الغاياتي في رسالته السابقة ص ٣٧٩ ، د / محمد العكام في رسالته ص ٣٦٩ . (٦) الشيخ أبو سنة في النظريات العامة للمعاملات ص ١٠٦ ، وبحثه في إسبوع الفقه الإسلامي ص ١١٢ ، د / سعيد الزهاوي في رسالته السابقة ص ٢٠٢ .

وأرى أن الضابط الخامس يندرج تحت الضابط الأول ، لأن انعدام المصلحة قرينة على قصد الإضرار كما سبق أن بينا ذلك في القسم الخامس من كلام الشاطبي .
إذا ضوابط المضارة في استعمال الحق خمسة ضوابط :

- ١ - تمحض قصد الإضرار بالغير .
 - ٢ - عدم التناسب بين مصلحة صاحب الحق والضرر الذي يحيق بالغير .
 - ٣ - استعمال الحق في غير الغرض الذي شرع من أجله إذا ترتب على ذلك ضرر أو مفسدة.
 - ٤ - الضرر الفاحش .
 - ٥ - عدم الحيطة والتبصر .
- ويمكن أن يجمع هذه الضوابط معياران رئيسان هما :
- ١ - المعيار الذاتي : وهذا يشمل الضابط الأول والثالث والخامس ، لأن هذا المعيار ينظر في العوامل النفسية التي حركت إرادة صاحب الحق .
 - ٢ - المعيار المادى أو الموضوعى : وهذا يشمل الضابط الثانى والرابع ، لأنه ينظر فيه إلى النتيجة المترتبة على استعمال الحق من غير نظر إلى نية صاحب الحق وذلك عندما لا يمكنه الانتفاع بحقه إلا على هذا الوجه .
- أولاً : المعيار الذاتى :**

لأنكاد نجد خلافاً بين الفقهاء في ضمان صاحب الحق إذا لم يكن له من غرض فى استعمال حقه سوى الإضرار بغيره . وهذا ما عبر عنه الإمام الشاطبي بقوله " لا إشكال فى منع القصد إلى الإضرار من حيث هو إضرار " (١) .
 وهذا المعيار كما قلت يشتمل على ثلاثة ضوابط .
الضابط الأول : تمحض قصد الإضرار بالغير :

ويتضح هذا فيما إذا لم يكن لصاحب الحق منفعة من استعماله لحقه ، فانعدام مصلحته مع تضرر الغير يكون قرينة على تمحض قصد الضرر . أو يكون القصد الوحيد له هو الإضرار بالغير . وهذا المعيار يعد أقدم معايير التعسف بدليل وجوده فى الشرائع القديمة ، واستعمال الحق بقصد المضارة هو أكثر صور نظرية المضارة فى استعمال الحقوق (٢) .
 وشرط تحقق هذا المعيار أمران(٣) : أحدهما : أن يقصد صاحب الحق بفعله إلحاق الضرر بالغير ، والثانى : أن يتمحض قصده لذلك بحيث لا يصحبه قصد إلى شئ آخر من

(١) الموقوفات للشاطبي ٢/٢٤١ ، ٢٤٢ .

(٢) د/ عبد الله المصلح ، المرجع السابق ص ٥٤٦ . د/ الدرينى ، المرجع السابق ص ٢٤٣ .

(٣) الشيخ عيسوى ، البحث السابق ص ٩٢ ، د/ سعيد الزهاوى الرسالة السابقة ص ١٩٠ وما بعدها .

وراء هذا الفعل .

وبناء على هذا إذا تمحض قصد الإضرار بالغير تحققت الإساءة ولو ترتب على الفعل فائدة غير مقصودة . وقد نص على هذا المعيار صراحة ابن رجب الحنبلي حينما قال .. ألا يكون في ذلك غرض سوى الضرر (١) وقد اتفق الفقهاء جميعاً على تحريم قصد الإضرار بالغير ، لما جاء في القرآن الكريم والسنة النبوية الشريفة ، والقواعد الفقهية التي سبق أن بيناها . وسوف أورد بعض الفروع الفقهية تطبيقاً لهذا المعيار .

١ - **في المذهب الحنفي** : جاء في مجمع الضمانات : (٢) رجل أراد أن يحرق حصائد أرضه ، فأوقد النار في حصائده ، فذهبت النار إلى أرض جاره ، فأحرق زرعه ، لا يضمن ، إلا أن يعلم - أي مقدماً - أنه لو أحرق حصائده تتعدى النار إلى زرع جاره ، لأنه إذا علم كان قاصداً إحراق زرع الغير .

٢ - **في المذهب المالكي** : جاء في البهجة شرح التحفة (٣) أن الجار الذي يحفر بئراً في ملكه ليضر بجاره ، قال : فلا يمكن من حفره لتمحض قصد الإضرار بجاره .

٣ - **في المذهب الشافعي** : جاء في نهاية المحتاج (٤) منع المالك من الإضرار بالغير ، إذا ظهر منه قصد التعنت في الأحوال التي يستفاد منها انتفاء المصلحة كإطالة البناء .

٤ - **في المذهب الحنبلي** : جاء في جامع العلوم والحكم (٥) بأن إلحاق الضرر بغير حق ، هذا على نوعين : أحدهما : أن لا يكون في ذلك غرض سوى الضرر بذلك الغير ، فهذا لا يريب في قبحه وتحريمه . وجاء في كشاف القناع تمثيلاً لذلك : أن يحفر الرجل إلى جنب الرجل ليذهب بمائة .

٥ - **في المذهب الظاهري** : جاء في المحلى (٦) لا يجوز لأحد أن يدخل على جاره ، لأنه أدى وقد حرم الله تعالى أدى المسلم .

٦ - **في مذهب الزيدي** : جاء في شرح الأزهار (٧) يمنع من حفر البئر في ملكه لينجذب ماء البئر في ملك غيره .

٧ - **في المذهب الإمامي** : جاء في مفتاح الكرامة (٨) يمنع إذا قصد مجرد الإضرار بالغير .

٨ - **في المذهب الإباضي** : جاء في المدونة الكبرى (٩) رأيت لو أن نخلة في أرض رجل

(١) جامع العلوم والحكم ص ٣٨٣ . (٢) مجمع الضمانات ص ١٦١ ، الخراج لأبي يوسف ص ١١٣ .

(٣) البهجة شرح التحفة ٢/٣٢٦ ، الشرح الصغير ٤/٨٤ . (٤) نهاية المحتاج ٥/٣٣٤ . (٥) جامع العلوم والحكم ص ٣٨٣ ،

كشاف القناع ٤/٤٠ ، الإختيارات الفقهية ص ١٣٥ . (٦) المحلى ٨/٢٤٢ . (٧) شرح الأزهار ٣/٣٧٨

(٨) مفتاح الكرامة للسيد محمد الجواد الحسيني العاملي ٧/٢٢ ، فقه الإمام جعفر ٥/٥١ . (٩) المدونة الكبرى ٢/١٤٥ ، ١٤٦ .

آخر ، فقال رب الأرض لا تتخذ أرضي طريقاً ، قال لا أرى أن يمنعه .

الضابط الثاني : استعمال الحق في غير الغرض الذي شرع من أجله :

إن الحقوق شرعت لتحقيق غايات نبيلة ومصالح عامة أو خاصة ، ولم تشرع لقصد الإفساد وإلحاق الأذى بالغير ، فينبغي أن يستعمل الحق في الغايات التي منح الحق من أجلها ولا يجوز أن يستعمل الحق بدون غاية ، أو في غاية لم يشرع من أجلها . فإذا استعمل في غير ما شرع له لم يكن مشروعاً ، وكان ضرباً من ضروب المضارة في استعمال الحقوق . لأن ذلك يكون مناقضاً لقصد الشارع الحكيم (١) .

وفي هذا يقول الشاطبي(٢)(كل من ابتغى في تكاليف الشريعة غير ما شرعت له فقد ناقض الشريعة ، وكل من ناقضها فعمله في المناقضة باطل فمن ابتغى في التكاليف ما لم تشرع له فعمله باطل) . والتعبير بابتغاء غير ما شرعت له ومناقضة قصد الشارع ، قريب منه استعمال الحقوق في غير ما شرعت له .

وهذا الضابط له صفة مزدوجة، فهو ضابط يقوم على القصد والبواعث إذا نظرنا إليه باعتبار صاحب الحق ، وموضوعي إذا نظرنا إلى مقصد الشارع الحكيم(٣) .

ومقاصد صاحب الحق معتبرة في التشريع .

وفي هذا يقول ابن القيم : الأعمال تابعة لمقاصدها ونياتها ، وأنه ليس للعبد من ظاهر قوله وعمله إلا مانواه وأبطنه لا ما أعلنه وأظهره ، فمن نوى التحليل كان محللاً، ومن نوى الربا بقصد التبایع كان مريباً، ومن نوى المكر والخداع كان مخادعاً (٤) .

والأصل في ذلك قول النبي صلى الله عليه وسلم: ﴿إِنَّمَا الْأَعْمَالُ بِالنِّيَّةِ وَإِنَّمَا لِامْرِئٍ مَانُؤُهُ﴾(٥) وهذا الضابط ينطبق على استعمال جميع الحقوق ، لأن جميع الحقوق منحت لتحقيق أغراض قصدتها الشارع في منحها .

وهذا المبدأ لا يناع في صحته أحد ، بل هو محل وفاق بين الفقهاء جميعاً ، وما يوجد من خلاف بينهم في بعض مسأله إنما هو خلاف في التطبيق وليس خلافاً في المبدأ(٦) . فالجار الذي يستعمل بيته مأوى للصوم مثلاً بهدف تهديد جيرانه والسطو عليهم يكون متعسفاً في استعمال حقه ومضراً بهم (٧) .

(١) الشيخ عيسوي في بحثه السابق ص ٩٩ . (٢) الموافقات ٢/٢٤٤ .

(٣) د / سعيد الزهاوي في رسالته السابقة ص ١٨٤ ، الشيخ عيسوي في بحثه السابق ص ٤٥

(٤) إعلام الموقعين ٣/١٢٦ . (٥) سبق تخريجه ص ٨٣

(٦) الشيخ عيسوي في بحثه السابق ص ٩٩ . (٧) د / محمد رأفت عثمان ، في بحثه السابق ص ٣٥ .

ويرى البعض (١) :

أن هذا الضابط هو الأصل العام الذى ينتظم معايير التعسف .
 فيقول : الواقع أن هذه المعايير ، من تمحض قصد الإضرار ، واستعمال الحق فى غير
 المصلحة التى شرع من أجلها ، واختلال التوازن البين بين المصالح ، والضرر الفاحش ،
 وتعارض المصلحة الخاصة مع العامة ، كل هذه المعايير ينظمها أصل عام واحد ، يمكن أن
 يعتبر معياراً عاماً للتعسف هو : استعمال الحق فى غير ما شرع له ورأى أنه لا يمكن التسليم
 بذلك لأن لكل حق هدفاً خاصاً من تشريعه بجانب الهدف العام .

أما تطبيقات هذا المعيار :

فإن هذا المعيار يظهر أثره فى كافة الحقوق ، وعلى الأخص فى حقوق الأسرة ،
 كالحقوق التى تتضمنها الولاية على النفس أو المال ، والحقوق التى يتضمنها التوكيل بالزواج ،
 ولو تتبعنا ذلك لطلال البحث .

الضابط الثالث : عدم الحيطة والتبصر :

ينصب هذا المعيار على الطريقة التى يمارس بها استعمال الحق وكيفية هذا
 الاستعمال منظوراً فى ذلك إلى ما يمكن أن ينجم عن الاستعمال من أضرار تصيب الغير وهو
 معيار شخصى موضوعى حيث تجتمع فيه الصفتان معاً ، فهو شخصى بالنظر إلى تحرى
 الطريقة التى يمارس بها صاحب الحق حقه ، ومدى ما أظهر فى استعماله من يقظة وحذر
 وحيطة وتبصر ، وهو موضوعى نظراً إلى وجوب عرض ما أبداه صاحب الحق من ذلك على
 مقياس ثابت وحد متعارف فيما يجب إبدائه من الحذر والتبصر عند استعمال الحق (٢) .

ثانياً : المعيار الموضوعى :

وهو المعيار الذى ينظر إلى النتيجة المترتبة على استعمال الحق ، بصرف النظر عن
 نية صاحب الحق (٣) .

ويقوم هذا المعيار على ضابطين :

- ١ - عدم التناسب بين مصلحة صاحب الحق والضرر الذى يصيب الغير .
- ٢ - الضرر الفاحش اللاحق بالغير .

(١) د / الدرينى ، نظرية التعسف ص ٢٨١ .

(٢) د / سعيد الزهاوى ، رسالته السابقة ص ٢٠٨ .

(٣) د / محمد زكى السيد ، نظرية الإلتاف فى الفقه الإسلامى ص ٧٢ .

الضابط الأول : عدم التناسب بين مصلحة صاحب الحق والضرر الذى يصيب الغير :

قد يستعمل صاحب الحق حقه لتحقيق غرض صحيح وبطريقة سليمة ، وله فى هذا الاستعمال مصلحة جديّة ومشروعة ، ولم يقصد الإضرار بأحد ، ولكن يترتب على استعمال حقه الإضرار بالغير فهل يمنع من ذلك الاستعمال أم لا ؟ (١)

إن الإجابة عن ذلك نعم يمنع من الاستعمال إذا كانت الأضرار التى تصيب الغير أكثر من مصلحته . وقد مثل الفقهاء لهذا المعيار بالمنع من الاحتكار ، وجواز التسعير عند المغالاة (٢) وفى هذا يقول الإمام الشاطبى والضابط فى ذلك : التوازن بين المصلحة والمفسدة فما رجح منها غلب ، وإن استويا كان محل إشكال وخلاف بين العلماء" (٣)

الضابط الثانى : الضرر الفاحش اللاحق بالجار :

يشارك هذا الضابط ، الضابط السابق فى أنه ضابط موضوعى محض ، ينظر فيه إلى الآثار المادية المترتبة على استعمال الحق فحسب ، بصرف النظر عن كيفية الاستعمال والطريقة المتبعة فيه ، وبصرف النظر عن المقاصد التى يهدف إليها صاحب الحق (٤) . مما جعل بعض الباحثين يجعلهما معياراً واحداً (٥).

ولكن فى الحقيقة أنهما متميزان وكل منهما مستقل عن الآخر ، قد يجمعهما اعتبار مدى الضرر الناجم عن استعمال الحق ، ولكن يفرق بينهما مدى جسامته الضرر ، وفى المعيار السابق جسامته نسبية ، وفى هذا المعيار جسامته مطلقة . فقد يكون الضرر الذى يصيب الغير جسيماً فى ذاته ، ولكن لصاحب الحق مصلحة أكبر فى استعماله ، وقد لا يكون ذلك الضرر جسيماً بذاته ، ولكن مع ذلك يزيد على ما يجنيه صاحب الحق من استعماله لحقه . وأيضاً فى تسبب ضرر فاحش للجار ، تتأثر المصلحة العامة ، ولكن بصورة غير مباشرة . أما فى المعيار السابق -عدم التناسب- فقد تكون مصلحة المجتمع هى المصلحة الأصلية (٦) . والحق أن الضرر ليس محددًا فى ذاته ، بل هو من الأمور التى تختلف باختلاف الأشخاص والأزمنة والأمكنة ، فقد يكون الضرر فاحشاً بالنسبة لبعض الأشخاص دون بعض ، وفى مكان أو زمان دون مكان أو زمان آخر .

(١) د/ سعيد الزهاوى ، رسالته السابقة ص ٢٠٨ .

(٢) الطرق الحكيمة ص ٣١٠ ، الأشباه والنظائر لابن نجيم ص ٨٧ ، المعيار المعرب ٤٧٩/٩ .

(٣) الموافقات ٢/٢٥٩ ، وأيضاً التمهيد لابن عبد البر ١٩/١٦٠ . (٤) د/ سعيد الزهاوى فى رسالته ص ٢١٩ .

(٥) د/ الدرينى نظرية التعسف ص ٢٦٩ ، فى رسالته ص ٤٩١ ، الشيخ أبو سنة فى النظريات العامة للمعاملات ص ١١٨ ، د/

راقفت فى بحثه ص ٣٩ . (٦) د/ سعيد الزهاوى ، رسالته السابقة ص ٢٢٠ وما بعدها .

وعلى هذا ينبغي أن يترك تحديد ذلك إلى العرف وهذا يتفق مع القاعدة الشرعية (ما ورد به الشرع مطلقا يرجع فية إلى العرف) (١) وأهم تطبيقات هذا المعيار : مضار الجوار غير المؤلف ، وسوف أرجئ ذلك إلى الفصل الثالث من هذا الباب .
 هذه هي الضوابط التي تحكم نظرية المضارة في استعمال الحقوق ولا يقتصر تطبيقها على حق الملكية ، بل تنطبق على الحقوق الخاصة كلها وكذلك الحقوق العامة ، التي اصطلح على تسميتها بالرخص العام . وعلى هذا يمكن إجراء هذه النظرية على حرية التعاقد ، وحرية التقاضي وحرية التجارة والاجتماع والمنافسة والتنقل ، كما تجرى على سلطة ولي الأمر والقاضي والمعلم وكل من له سلطة على الناس ، كما تجرى على الحقوق الخاصة كحق الملك والطلاق واقتضاء الدين ونحو ذلك (٢) .

المطلب الرابع

التكييف الفقهي للمضارة في استعمال الحق

بعد أن بينا معنى المضارة في استعمال الحق ، ومعاييره التي تكشف عن حقيقته ، وأن هذه المعايير قائمة على أدلة من الكتاب والسنة النبوية الشريفة والقواعد الفقهية التي عمل بها الصحابة والتابعون والأئمة المجتهدون .
 أود أن أبين التكييف الفقهي للمضارة في استعمال الحق .

والباحث في مؤلفات الفقهاء المتقدمين يجد أنهم يجعلون ذلك من باب التعدي ، فأساس المسؤولية عن المضارة في استعمال الحق مبناهما التعدي ، وكثير من الفقهاء لم يفرق بين الغصب والتعدي ، حتى قال الإمام الرضا : فالفرق بين الغصب والتعدي قد أشكل على كثير ، ومعظم التفاريق فيها أشكال ، وعليها يبنى رسم كل واحد منهما بما يخصه (٣) .
 وفي الحقيقة أن التعدي أعم من الغصب ، لأن التعدي يكون في الأموال والفروج والنفوس والأبدان ، أما الغصب فهو غصب ذات الشيء على وجه الغلبة والقهر (٤) . إذن فهما مختلفان

(١) الأشباه والنظائر للسيوطي ص ٥٤ ، الوجيز للغزالي ٢٠٦/١ (٢) الشيخ عيسوي بحثه السابق ص ١١١ وما

بعدها ، د/ الدريني ص ٢٨٢ وما بعدها . الشيخ أبو زهرة في بحث إساءة استعمال الحق ص ١١١ .

(٣) شرح حدود ابن عرفة للإمام الرضا ٤٦٩/٢ . (٤) القوانين الفقهية لابن جزي ص ٣٤٤ ، الشرح الكبير ٤٤٢/٣ ، شرح

كتاب النيل ٤٣٥/١٣ .

وقد بين ذلك الإمام الشاطبي بقوله (١) : الغصب عند الفقهاء هو التعدى على الرقاب، والتعدى مختص بالتعدى على المنافع دون الرقاب .
والتعدى فى اللغة (٢) .

هو مجاوزة الحد فى الحق والشئ ، يقال : تعديت الحق أى جاوزته ، وعدى عن الأمر جازه إلى غيره وتركه ، وقال تعالى: ﴿فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم﴾ (٣).
والتعدى عند المفسرين : عرف بتعريفات متعددة منها

١ - عرفه ابن العربى بأنه : مجاوزة ما يجوز إلى ما لا يجوز . (٤)

٢ - وعرفه الإمام الرازى بأنه : تجاوز ما ينبغى أن يقتصر عليه (٥) .

والتعدى فى استعمال الفقهاء :

استعملت كلمة التعدى عند الفقهاء بمعنيين .

الأول : الاستيلاء على منفعة مال الغير .

الثانى : مجاوزة ما يجوز إلى ما لايجوز .

المعنى الأول :

استعمله المالكية فى مؤلفاتهم وورد عنهم عدة تعريفات بهذا المعنى منها :

١ - التعدى هو : الانتفاع بملك الغير بغير حق دون قصد تملك الرقبة أو إتلافه أو بعضه دون قصد تملكه (٦) .

٢ - وعرف بأنه : التصرف فى الشئ بغير إذن ربه دون قصد تملكه (٧) .

٣ - وعرف أيضا بأنه : الاستيلاء على المنفعة (٨) .

أما المعنى الثانى :

فهو الاستعمال السائد لدى الفقهاء ، إلا أنه لم يرد تعريف للتعدى بهذا المعنى بل هو

مستفاد من نصوص الفقهاء من هذه النصوص :

فى الفقه الحنفى :

جاء فى المبسوط " (٩) وإذا حفر الرجل فى سوق العامة بئراً أو بنى فيها دكانا بغير

(١) الموافقات للشاطبي ٩٣/٣ . (٢) مادة (عدا) لسان العرب ٢٨٤٦/٤ ، معجم مقاييس اللغة ٢٥١/٤ ،

مختار الصحاح ص ٤١٩ ، المعجم الوجيز ص ٤١٠ . (٣) سورة البقرة آية : ١٩٤ .

(٤) أحكام القرآن لابن العربى ٧٢/١ ، وقريب منه الجامع لأحكام القرآن للقرطبي ٣٦٠/٢ ، روح المعاني للأكوسى ٤٢/٣ .

(٥) مفاتيح الغيب للرازى ٨٥/٢ . (٦) شرح حدود ابن عرفه ٦٨/٢ .

(٨) الشرح الكبير ٤٤٢/٣ . (٩) المبسوط للسخسى ٢٥/٧ وما بعدها ، البناية ٢٠٧/١٠ .

أمر السلطان فهو ضامن لما عطب من شيء ، لأنه متعد في هذا التسبب ، وإذا فعله بأمر السلطان لا يكون متعدياً في هذا التسبب " . ويقول البغدادي (١) "المباشر ضامن وإن لم يتعمد ولم يتعد ، والمتسبب لا يضمن إلا أن يتعدى .
وفي الفقه المالكي :

جاء في الخرشي (٢) " من حفر بئراً تعدياً فهلك فيها شيء فإنه يضمن ، كما لو حفرها في أرض غيره " .

وفي القوانين الفقهية : (٣) " فمن حفر بئراً بحيث يكون حفره تعدياً ... فهو ضامن ... سواء أفعال ذلك كله عمداً أم خطأ " .
وفي الفقه الشافعي :

نجدهم أيضاً يبنون الضمان على وصف التعدى أو التقصير .
ففي مغنى المحتاج (٤) " لوسقى أرضه فخرج الماء من حجر فأهلك شيئاً فلا يضمنه إلا أن يسقى فوق العادة .

وفي الفقه الحنبلي :
جاء في المغنى (٥) " إذا أوقد في ملكه ناراً فطارت شرارة إلى دار جاره فأحرقتها ... لم يضمن إذا كان فعل ما جرت به العادة من غير تفريط لأنه غير متعد ... وإن كان بتفريط منه ... ضمن ما تلف به .

أما الفقهاء المحدثون فقد اختلفوا في ذلك على رأيين :
الرأى الأول :

يرى أصحاب هذا الرأى : أن نظرية المضارة في استعمال الحق ، تقوم على فكرة التعدى لأن الفعل الضار ، إما أن يحدث مباشرة أو تسيبياً . فإن كان الأول ، فلا حاجة إلى إظهار وصف المضارة ، وإن كان الثاني فقد قيد الفقهاء ترتب الضمان على الفعل بظهور وصف التعدى ، ولا تخرج أحوال التعسف أو المضارة عن ذلك ، فلا فرق في حكم الشريعة بين ما هو محظور من أول الأمر - أى لذات الفعل - وبين من يأتي بمشروع وينتهي به إلى

(١) مجمع الضمانات ص ١٤٦ .

(٢) الخرشي ١٣٢/٦ .

(٣) القوانين الفقهية ص ٣٤٤ .

(٤) مغنى المحتاج ٨٣/٢ ، ونحوه في نهاية المحتاج ٣٣٣/٥ .

(٥) المغنى لابن قدامة ٢٨٢/٥ ونحوه كشف القناع ١٠١/٤ روضة الطالبين ٣١٩/٩ .

غير مشروع ، لأنه بذلك يكون قد ناقض قصد الشارع فى التشريع ، فالمقاصد معتبرة فى التشريع (١) .

الرأى الثانى :

يرى أصحاب هذا الرأى : أن نظرية التعسف مرتبطة أساساً بطبيعة الحق وغايته ، وهى نظرية مستقلة لها معاييرها الخاصة ، ولا تستند إلى معيار التعدى بطريق التسبب لاختلاف الأساس الذى تقوم عليه فكرة التعدى ، وهو أن الفعل غير مشروع فى ذاته ، والأساس الذى تقوم عليه نظرية التعسف هو أن الفعل مشروع بحسب الأصل ولكن اقترن به وصف غير مشروع ، كما أن فكرة التعدى لا تستوعب جميع معايير التعسف ، لأنها لا تنظر إلى نية المكلف بل تقوم على معيار مادي فقط (٢).

الراجع :

بعد عرض الرأىين للفقهاء المحدثين أرى رجحان الرأى الأول ، لعدة أمور :

- ١ - إن الشريعة الإسلامية لا تفرق بين محظور ابتداءً ، ومحظور لوصف عارض ، فكلاهما محظور لمخالفته لقصد الشارع .
- ٢ - القول بأن مفهوم التعسف لا يستوعب جميع حالات التعسف ، لا يمكن التسليم به إلا إذا نظر نظرة ضيقة للتعدى . فالتعسف ما هو إلا وسيلة لإظهار التعدى .
- ٣ - القول بأن نظرية التعسف لا تنظر إلى النية ، قول لا يمكن التسليم به ، لأن المقاصد معتبرة فى التشريع

(١) الشيخ أبو زهرة ، إساءة استعمال الحق ص ٩٩ ، وبحثه فى أسبوع الفقه الإسلامى ص ٣٩ ، ٧٥،٤٢،٤٠ ، الشيخ أبو سنة ، النظريات العامة للمعاملات ص ١١٤ وما بعدها ، الأستاذ / عبد المقصوم شلتوت ، بحثه فى أسبوع الفقه ص ١٩١ وما بعدها ، د / السعيد مصطفى السعيد ، " فى سألته " ص ٢ ، الشيخ على الخفيف الضمان فى الفقه الإسلامى ص ٩٨ ، الشيخ عيسوى ، فى بحثه السابق ص ٢٩ ، د / سعيد الزهاوى ، فى رسالته ص ٢٦٥ - ٢٧٢ ، أستاذنا أ . د / لاشين الغاياتى ، فى رسالته ص ٣٧٦ .

(٢) د/ فتحى الدرينى، نظرية التعسف ص ٧٧ وما بعدها ، ورسالته الحق ومدى سلطان الدولة فى تقييده ص ٢٨ ، د/ محمد العكام ، فى رسالته ص ٤٠٣ .

المبحث الثاني

الأساس القانوني للمسئولة عن مضرار الجوار غير المألوفة

إن المشرع المصري قد أورد نصاً صريحاً في شأن هذه المسؤولية هو نص المادة ٨٠٧ من القانون المدني الذي يقرر : " ١ - على المالك ألا يغلو في استعمال حقه إلى حد يضر بملك الجار . ٢ - وليس للجار أن يرجع على جاره في مضرار الجوار المألوفة التي لا يمكن تجنبها ، وإنما له أن يطلب إزالة هذه المضرار إذا تجاوزت الحد المألوف ، على أن يراعى في ذلك العرف ، وطبيعة العقارات ، وموقع كل منها بالنسبة إلى الآخر ، والغرض الذي خصصت له ، ولا يحول الترخيص الصادر من الجهات المختصة دون استعمال هذا الحق " . فبمقتضى هذا النص : أصبحت مسؤولية المالك في القانون المصري عن مضرار الجوار قائمة على أساس التزام قانوني .

ولكن ثار التساؤل عن تأصيل هذه المسؤولية طبقاً لهذا النص . واختلف الفقه القانوني في ذلك على أربعة آراء .

وسوف أوضح هذه الآراء وحجج كل رأى . وذلك في أربعة مطالب .

المطلب الأول : النص ليس إلا قيداً على حق الملكية .

المطلب الثاني : النص ليس إلا مجرد تطبيق لفكرة التعسف في استعمال الحق .

المطلب الثالث : لأهمية عملية لهذا الخلاف لأن أساس المسؤولية في كلتا الحالتين هو الخطأ .

المطلب الرابع : أساس المسؤولية ليس الخطأ وإنما هو الضرر فأساس المسؤولية تحمل التبعية .

المطلب الأول

النص ليس إلا قيداً على حق الملكية

ذهب جانب كبير من الفقه المصري (١) إلى أن أساس المسؤولية عن مضرار الجوار طبقاً لنص المادة ٨٠٧ مدني السابق ، يعد قيداً على حق الملكية، حيث رسم المشرع حداً على حق الملكية

(١) د/ السنهوري، الوسيط ج ٨ فقرة ٤٣٧ ص ٧٠٧، د/ إسماعيل غانم ، السابق فقرة ٦١ ص ١٢٣، ١٣١ .

لا يجوز للمالك أن يجاوزه ، هذا الحد هو المضار المألوفة للجوار ، ومن ثم يكون المالك الذي غلّا في استعمال حقه وألحق بجارهِ ضرراً غير مألوف قد خرج عن حدود حق الملكية ، والخروج عن حدود الحق خطأ بالمعنى المعروف ، إذ هو انحراف عن السلوك المألوف للشخص المعتاد ، فتكون مسؤولية المالك في هذا القول قائمة على الخطأ ، ويترتب على ذلك أن المسؤولية عن أضرار الجوار غير المألوفة ليست إلا مسؤولية تقصيرية قوامها : الانحراف عن السلوك المألوف للشخص المعتاد ، فهي إذن تطبيق للمادة ١٦٣ مدني التي تقرّر أن " كل خطأ سبب ضرراً للغير يلزم من ارتكبه بالتعويض " ولكن للخطأ هنا وضع خاص يتمثل في غلو المالك في استعمال حقه ، غلواً يترتب عليه إصابة الجار بضرر هذا الغلو يعد في الواقع خروجاً على الحدود المسموح بها في استعمال الحق ، وبالتالي يعد خطأ يوجب مساءلة فاعله بالتعويض .

ولكن هذا الرأي اعترض عليه بعدة اعتراضات أهمها :

١ - لو كان أساس مسؤولية صاحب الحق عن الأضرار غير المألوفة هي الخطأ ، لما كان المشرع بحاجة إلى النص عليها بصفة خاصة ، ولاكتفينا - لمساءلة صاحب الحق - بالرجوع إلى القواعد العامة للمسئولية ، ولا يقدح في ذلك قول أنصار هذا التأصيل إن الخطأ - في مجال مضار الجوار - يأخذ وضعاً خاصاً يتمثل في غلو المالك في استعمال حقه ، والغلو يعد هنا خروجاً على الحدود المسموح بها في استعمال الحق ، فالغلو ليس شرطاً مستقلاً لقيام المسؤولية عن مضار الجوار غير المألوفة ، وهو ما أقرته صراحة الأعمال التحضيرية ذاتها (١) . فبعد أن أوضحت أن هناك شرطين لمسئولية المالك ، ضرر يصيب الجار ، وغلو المالك في استعمال حقه ، استطرقت قائلة أن المهم هو تحديد هذا الغلو . ويترتب على ذلك : أنه يكفي لقيام المسؤولية عن مضار الجوار ، تحقق الضرر غير المألوف .

= د/ عبد المنعم الصدة السابق فقرة ٥٨ ص ٩١ ، د/ حشمت أبو سنيت ، مصادر الإلتزام فقرة ٤٣٩ ص ٤٣٢ ، د/ عبد المنعم البدرأوى السابق فقر ٧٥ ص ١١١ ، د/ أحمد سلامة ، الملكية الفردية فقرة ٣٧ ص ١١٥ ، د/ توفيق فرج ، السابق فقرة ٦٤ ص ١٥٢ ، د/ مصطفى الجمال السابق فقرة ١٢٥ ص ٢٠٦ ، د/ عبد الناصر العطار ، مبادئ القانون فقرة ١٥٣ ص ٢٢٥ ، د/ محمود زكي السابق فقرة ٣٧ ص ٦٤ ، د/ نزيه المهدي السابق ص ٦٨٥ ، د/ لبيب شنب السابق فقرة ٢٢٩ ص ٢٣٦ ، د/ محمد عمران السابق ص ٢٧٢ ، د/ السيد عمران السابق ص ٨١ فقرة ٧٥ .

(١) الجزء السادس ص ٣٢،٣١ .

فالمشرع إذن ينظر إلى نتيجة مسلك صاحب الحق (١) .

٢ - لو كان أساس المسؤولية عن مضرار الجوار غير المألوفة هو فعلاً الخطأ - حتى ولو كان يأخذ وضعاً خاصاً - لجاز لصاحب الحق أن يدفع المسؤولية عن نفسه بأن يثبت أنه لم يرتكب خطأ ، وأنه على العكس اتخذ كافة الاحتياطات اللازمة لمنع الضرر ورغم ذلك وقع ، وهو قول لم يقل به أحد فيما نعلم فهو يسأل حتى ولو لم يرتكب أى خطأ .

٣ - القول بأن الغلو يعتبر خروجاً عن حدود حق الملكية ، قول غير دقيق ، لأنه يربط بين المسؤولية عن أضرار الجوار غير المألوفة وحق الملكية ، بالرغم أن المالك ليس دائماً هو المسئول عن تعويض الضرر الناتج عن الغلو ، فالمستأجر والمقاول يمكن أن يكون مسئولاً عن الأضرار غير المألوفة (٢) .

٤ - القول بأن هذا النص أساس المسؤولية قول غير دقيق ، لأن هناك فرقاً بين الأساس والمصدر ، والنص يمكن أن يكون مصدراً للمسئولية ، لأن المصدر هو السبب الذى يلزمنا بتعويض الضرر الحاصل للغير وهو على خلاف الأساس الذى هو السبب الذى من أجله يضع القانون عبء تعويض الضرر على عاتق شخص معين " (٣)

المطلب الثانى

النص ليس إلا مجرد تطبيق لفكرة التعسف فى استعمال الحق

ذهب اتجاه فى الفقه المصرى (٤) إلى أن أساس المسؤولية عن مضرار الجوار غير المألوف يكمن فى نظرية التعسف فى استعمال الحق ، وأن نص المادة ٨٠٧ من القانون المدنى ليس سوى أحد تطبيقات نظرية التعسف التى نص عليها المشرع كقاعدة عامة فى المادة الخامسة

(٢٠١) د/ محمد زهرة فى بحثه "الطبيعة القانونية للمسئولية عن مضرار الجوار غير المألوفة" ص ١٨٠١٧ ، منشور بمجلة المحامى الكويتية عدد سبتمبر ١٩٨٨ ، د/ أبو زيد عبد الباقي ، فى بحثه " تحديد الأساس القانونى للمسئولية عن مضرار الجوار غير المألوفة " ص ١٠٢ (فقرة ٢٦ ، منشور بمجلة الحقوق السنة السابعة العدد الثانى ١٩٨٣ م .

(٣) د/ لبيب شنب ، فى رسالته " المسئولية عن الأشياء سنة ١٩٥٧ م . فقرة ٢٣٢ .

(٤) د/ حسن كيرة ، السابق فقرة ٩٨ ص ٣١٩ ، د/ محمد عرفة ، السابق ص ٥٣،٥٢ ، د/ منصور مصطفى ، السابق فقرة ٢٥ ص ٦٣ ، د/ حسين عامر ، السابق ص ٢٩ ، ١٠٠ وما بعدها ، د/ السعيد مصطفى السعيد ، فى رسالته السابقة ص ٣٦ وما بعدها ، د/ محمد حنبولة فى رسالته السابقة ص ٦٥١ ، د/ سعيد الزهاوى فى رسالته السابقة فقرة ١٦٤ ص ٢٩٤ ، د/ محمد شوقى السيد ، فى رسالته " التعسف فى استعمال الحق " فقرة ٢٩١ ص ٢٩١ .

من هذا القانون ، فنص المادة ٨٠٧ يضيف معياراً جديداً لمعايير التعسف المنصوص عليها في المادة الخامسة التي تنص على أن " يكون استعمال الحق غير مشروع في الأحوال الآتية .
(أ) إذا لم يقصد به سوى الإضرار بالغير .

(ب) إذا كانت المصالح التي يرمى إلى تحقيقها قليلة الأهمية بحيث لا تتناسب ألبته مع ما يصيب الغير من ضرر بسببها .

(ج) إذا كانت المصالح التي يرمى إلى تحقيقها غير مشروعة .

فهذا النص العام الذي يقيد استعمال الحقوق جميعاً بهذه القيود الثلاثة ، يسرى على حق الملكية باعتباره أهم الحقوق التي يتصور أن يؤدي استعمالها إلى إلحاق الأذى بالغير وعلى الأخص بالجيران .

وقد ساعد على الأخذ بهذا التفسير في الفقه المصري مايلي :

١ - أن المشروع التمهيدى للتقنين المدنى الجديد كان ينص على فكرة مضار الجوار غير المألوفة كتطبيق من تطبيقات التعسف ، وكان يعبر عن ذلك بقوله : إن استعمال الحق يكون غير مشروع " إذا كان من شأنه أن يعطل استعمال حقوق تتعارض معه تعطيلاً يحول دون استعمالها على الوجه المألوف " (١) . وإذا كان هذا التطبيق قد حذف بعد ذلك ، فذلك لا يعنى أن المشرع قد عدل عن اعتباره ، ولكن لأنه اكتفى بالتطبيق الخاص الموجود له في حق الملكية (م ٨٠٧) وهو موطن تطبيقه الأصلي .

٢ - ويؤيد هذا التكييف أن الشريعة الإسلامية التي اعتمد المشرع المصرى عليها اعتماداً كبيراً في صياغة نظرية عامة للتعسف . تعتبر من معايير التعسف معيار الضرر الفاحش بالغير ولا يوجد ما يدل على أن المشرع قد عدل عن مثل هذا التأصيل .

٣ - وأخيراً : الالتجاء إلى فكرة التعسف هنا كتبرير لمسئولية المالك في أحوال المضار غير المعتادة للجوار يعنى عن التبريرات الأخرى التي تقدم في هذا الشأن وتستهدف لانتقادات كثيرة (٢) .

نقد هذا الاتجاه من جانب خصومه :

١ - لو كان أساس مسئولية المالك عن الغلو هو نظرية التعسف في استعمال الحق ، لما كان المشرع المصرى في حاجة إلى تخصيص نص خاص بهذه المسئولية وهو نص المادة ٨٠٧ مدنى .

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدنى ج ١ ص ٢٠٢ .

(٢) يراجع في عرض هذه الحجج د/ حسن كيرة ، السابق فقرة ٩٨ ص ٣٢٠ - ٣٢٣ .

- ٢ - فضلاً عن أنه باستقراء الحالات التي حكم فيها القضاء بمسئولية المالك عن الغلو نجد أن كثيراً منها لا يتوافر في صده أى معيار من المعايير الثلاثة المنصوص عليها في المادة الخامسة ، لأنها ليست تعسفاً في استعمال الحق .
- ٣ - إن التعسف في استعمال الحق ليس إلا انحرافاً عن سلوك الشخص المعتاد عند ممارسة الحق ومن ثم فهو خطأ ، في حين أن الجار في ممارسته لنشاطه لم ينحرف عن مسلك الشخص المعتاد، فهو لم يرتكب خطأ بل يقصد في الغالب مصلحة جديدة مشروعة ، واتخذ كافة الاحتياطات التي من شأنها منع وقوع الضرر . ومع ذلك فهو مسئول عن هذا الضرر .
- ٤ - إن المشرع قد حصر حالات التعسف في المادة الخامسة على سبيل الحصر ، وهذه ارادة يجب احترامها ، والقول بأن حذف هذا المعيار من الأعمال التحضيرية اكتفاءً من المشرع بالتطبيق الموجود في حق الملكية قول بلا دليل ، بل الحذف يعنى العدول إلا إذا ثبت العكس ، وليس هناك ما يثبت العكس .
- ٥ - كما أن التوسع في هذه النظرية يؤدي إلى طمس معالمها ، ويفوت الغرض منها (١) .

المطلب الثالث

لأهمية للخلاف حول أساس المسئولية فهو في كلا الرأيين أساسها الخطأ

ذهب بعض الفقه المصري (٢) بأن هذا الخلاف ليس له أهمية عملية في القانون المدني ، نظراً لوجود هذا النص الصريح على عدم الغلو في استعمال المالك لملكه .

فهذا الرأي يرى أن الضوابط أو المعايير التي حددها القانون للتعسف تنطوي جميعها على خطأ سواء أكان هذا الخطأ هو تعمد إحداث ضرر للغير ، أم الإهمال الذي يؤدي إلى حدوث هذا الضرر ، فقصد الإضرار بالغير إنحراف عن سلوك الشخص المعتاد وكذا الاستهانة بمصالح الغير إلى حد الإضرار بها ضرراً بالغاً في سبيل مصلحة تافهة ، ومن باب أولى السعى باستعمال الحق إلى مصلحة غير مشروعة .

فجميع الحالات السابقة تعنى خروج الشخص في استعمال حقه عما يفرضه عليه واجب الالتزام بسلوك الشخص المعتاد ، أى تعنى ارتكاب هذا الشخص لخطأ موجب

(١) يراجع في هذا النقذ ، د/ محمد زهرة ، البحث السابق فقرة ١٥ ص ١٢ وما بعدها ، د/ أبو زيد عبد الباقي ، البحث السابق

فقرة ٤٦ ص ١٢٩ وما بعدها ، د/ عبد المنعم الصده ، السابق ص ٩٣ فقرة ٥٩ ، د/ نزيه المهدي المرجع السابق ص ٦٨٣ .

(٢) د/ جميل الشرقاوى ، دروس في الحقوق العينية الأصلية ص ٨٢ فقرة ٢٧ ، د/ سليمان مرقس ، الالتزامات فقرة

٣٨٩ ص ٣٥٣ ، أ. د. / لاشين الغاياتي في رسالته السابقة ص ٤٣٠ .

للمسئولية، وبذلك ينتهى هذا الرأى إلى أن أساس المسئولية فى حالة التعسف هونفس أساس المسئولية فى حالة الخروج عن الحق، وهو الذى يجعل الغلو فى استعمال الحق خروجاً عن حدود هذا الحق.

ولكن يعترض على هذا الرأى بما اعترض به على الرأى الأول من أن الخطأ لا يصلح أساساً للمسئولية .

المطلب الرابع أساس المسئولية محل التبعة

ذهب بعض الفقه المصرى (١) إلى أن أساس المسئولية عن مضار الجوار غير المألوفة ، لا يتمثل فى الخطأ على أى نحو ، سواء أفى صورة الخروج عن حدود الحق أم الانحراف أثناء استعمال الحق وهو ما يطلق عليه التعسف فى استعمال الحق ، وإنما إعمال لفكرة أخرى قوامها : أن من يستفيد من نشاط معين يلحق ضرراً بغيره ، عليه أن يتحمل النتائج الضارة التى تقع للغير بتعويضها وذلك إعمال لقاعدة الغرم بالغنم .

كما أن هذا التأسيس يتفق مع الأساس الذى تقوم عليه فكرة التزامات الجوار بوجه عام ، ومضار الجوار بوجه خاص، فالجوار ضرورة اجتماعية تستلزم التضامن بين الجيران ، ويقتضى هذا التضامن فى ناحية منه أن يتحمل الجار مايعتبر من الأضرار المألوفة التى لا يمكن تجنبها بين الجيران ، لكنه يقتضى أيضاً من الناحية الأخرى منه ، أن يتحمل صاحب الحق ما يصيب الجار من أضرار غير مألوفة أى أن هذا التضامن يعنى وجود نوع من توزيع الأضرار بين الجيران ، جزء يتحملة الجار " الأضرار المألوفة " وجزء يتحملة صاحب الحق " الأضرار غير المألوفة " فالأخذ بنظرية تحمل التبعة يحقق التوازن بين الحقوق ، كما أن هذا التأسيس يتفق مع الأحكام الخاصة بالمسئولية عن مضار الجوار ، فصاحب الحق تتعقد مسئوليته بمجرد تحقق الضرر غير المألوف ولا يستطيع قانوناً أن يدفع هذه المسئولية عن نفسه بإثبات أنه لم يرتكب خطأ أو أنه اتخذ كافة الاحتياطات اللازمة لمنع الضرر .
فهى إذن مسئولية موضوعية، العبرة فيها بتحقيق الضرر وحده ولا يملك المسئول عنها دفعاً لها

(١) د/ أبو زيد عبد الباقي ، البحث السابق فقرة ٦٥ ص ١٥٤ ، د/ محمد زهرة ، البحث السابق فقرة ٢١ ص ٢٠ ، د/ السنهورى ، الوسيط ج ٨ فقرة ٤٣٧ ص ٧٠٧ ، د/ محمد نصر رفاعى ، فى رسالته الدكتوراه " الضرر كأساس للمسئولية المدنية فى المجتمع المعاصر سنة ١٩٧٨ " ص ٤٢٣ وما بعدها ، د/ منصور مصطفى فى بحثه ، " الخطأ فى المسئولية المدنية " فقرة ٤١ ص ٩٣ وفى هذا البحث قد عدل عن رأيه السابق ، د/ مصطفى الجمال ، السابق ص ٢٠٥

كما أن هذا التأسيس يتفق مع نص المادة ٨٠٧ مدنى ، ومع الأعمال التحضيرية للمشروع التمهيدى للقانون المدنى .

وإذا كان ظاهر نص المادة ٨٠٧ يوحى بأن المشرع يشترط لقيام المسؤولية عن مضار الجوار غير المألوفة شرطين " الغلو والضرر غير المألوف " . فإن هذا التفسير عند التعمق ليس صحيحاً ، بل الصحيح أنه يشترط شرط واحد وهو الغلو فى استعمال الحق ، وهذا ما أكدته المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى ، ومن ثم فإن هذه المسؤولية تتحقق بمجرد حدوث الضرر الفاحش أو غير المألوف دون النظر إلى مسلك صاحب الحق .
ثم يقول أنصار هذا الرأى :

قد يعترض على نظرية تحمل التبعة بأنها لا تتفق - فى بعض جوانبها - مع تنظيم المشرع للمسئولية عن مضار الجوار فنظرية تحمل التبعة تعنى أن من يستفيد من نشاط معين، يجب عليه أن يتحمل مخاطر هذا النشاط ، سواء أكانت يسيرة أم جسيمة ، بينما اقتصر المشرع على تحميل صاحب الحق بالأضرار غير المألوفة فقط ، فلا يمكن اعتبار تحمل التبعة أساس المسؤولية .

ثم يجيبون على ذلك بقولهم :

إن الأخذ بنظرية تحمل التبعة لتأسيس المسؤولية عن مضار الجوار غير المألوفة يجب أن يكون فى حدود الفكرة التى تقوم عليها التزامات الجوار بوجه عام ، وهى التضامن الاجتماعى ، وهى تعنى توزيع الأضرار على الطرفين معاً (١) .
وقد اعترض البعض على هذا الرأى (٢) ، بأنه يحتوى على نوع من المصادرة على المطلوب ، فهو قد بدأ من اعتبار المالك لم يخطئ مع أن المطلوب إثباته هو هل أخطأ أو لم يخطئ . كما أنه عند وجود النص يعتبر أنه أخطأ حتى ولو كان تصرفه كتصرف الرجل المعتاد لأن الإخلال بالنص يعتبر خطأ .

(١) أنظر فى هذا النقد والرد عليه ، د / محمد زهرة ، البحث السابق فقرة ٢٢ ص ٢٢، ٢١ .

(٢) د / أحمد سلامة ، المرجع السابق فقرة ٣٦ ص ١١٥ .

المبحث الثالث

المقارنة بين أساس المسؤولية في الشريعة الإسلامية والقانون

بعد عرض أساس المسؤولية في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي يتضح مايلي :

أولاً :

أن أساس المسؤولية في الشريعة الإسلامية هو التعدي طبقاً للرأى الراجح في الفقه الإسلامي ، أما في القانون الوضعي ، فقد تعددت آراء شراح القانون ، والرأى الذى عليه غالبية شراح القانون أن أساس المسؤولية هو الخطأ التقصيرى ، وهذا الرأى هو أقرب الآراء إلى الفقه الإسلامى ، لأن الخطأ التقصيرى كما عرفه البعض ، حق إخلال الشخص بالتزام قانونى مع إدراكه لهذا الإخلال ، فهو يقوم على عنصرين أولهما : المادى وهو التعدي والثانى: معنوى وهو الإدراك بمعنى أن يكون من وقع منه التعدي مدركاً لهذا التعدي (١) .

ثانياً :

إن وجه التعدي في الشريعة الإسلامية هو خرق الالتزام المستفاد من الأدلة التى تنهى عن المضارة في استعمال الحق في الشريعة الإسلامية .
أما وجه التعدي في الفقه الوضعي : فهو خرق الالتزام القانوني المنصوص عليه في المادة ٨٠٧ من القانون .

ثالثاً :

إن التعبير بالتعدي أدق بكثير من التعبير بالخطأ ، لأن التعدي - كما هو في الفقه الإسلامى - يشمل كل صنوف العدوان فهو يشمل العمد العدوان ، كما يشمل أفعال التقصير والإهمال وأيضاً التفريط وعدم الاحتراز والاحتياط ، فكل هذه الصور تندرج تحت وصف التعدي وتدخل في نطاقه ، لأن التعبير بالتعدي ينظر فيه إلى الاعتداد بوصف الفعل بالتجاوز عن الحد المطلوب أو المأذون فيه دون وصف الفاعل ، ولذا لم يشترط فقهاء الشريعة الإدراك والتمييز لتحقيق المسؤولية ووجوب الضمان (٢) .
بينما التعبير بالخطأ عند القانونيين يوهم مقابلة العمد فهو تعبير قاصر ، لا يشمل العمد إلا باصطلاح خاص .

(١) د/ عبد المنعم الصدة ، مبادئ القانون فقرة ٣٥٣ ص ٣٩٢ د/ السنهورى ، الموجز في النظرية العامة فقرة ٣٠٨ ص ٣٢٢

(٢) الفروق للقرافي ٢٠٦/٢ .

الفصل الثالث

الضرر الذي يوجب المسؤولية من مزار الجوار

في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي

للجوار بين الملاك اعتبارات هامة ترجع إلى ما تدعوه حالة الاتصال العقارى فيما بينهم من تلاصق ومن تقارب أوجه المنافع ، لذا كان إحساس الواحد منهم بضرر يصدر من الآخر ذا أثر سئى فى نفس الجار المضار ، وليس من السهل عليه الفرار منه بهجر عقاره وتركه ، لذا كان من العدل منع الجار من أن يستمر فى إلحاق الضرر بجاره .
إذن : تصرف المالك فى ملكه ليس مطلقاً بل مقيد بعدم إلحاق ضرر بالجيران لا يحتملونه عادة .

وسوف أبين فى هذا الفصل الضرر الذى يمنع ويوجب وقوعه المسؤولية فى الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي ثم نقارن بين كلا التقهين وذلك فى ثلاثة مباحث :

- المبحث الأول :** الضرر الذى يوجب المسؤولية من مزار الجوار فى الفقه الإسلامى
المبحث الثانى : الضرر الذى يوجب المسؤولية من مزار الجوار فى القانون الوضعي
المبحث الثالث : المقارنة بين مزار الجوار فى الفقه الإسلامى والقانون الوضعي .

المبحث الأول

الضرر الذى يوجب المسؤولية من مزار الجوار فى الفقه الإسلامى

لقد بحث فقهاء الشريعة الإسلامية على اختلاف مذاهبهم موضوع مزار الجوار بحثاً وافياً ومرجع ذلك : شدة الاتصال بين الجيران ، وكون الجوار مجالاً واسعاً لتسبب الكثير من الأضرار التى ترهق الملاك المتجاورين ، وتشل انتفاعهم بأملكهم (١) .
وقبل أن أبين مذاهب الفقهاء فى مزار الجوار، أبين المراد بالضرر فى اللغة وفى اصطلاح الفقهاء .

الضرر فى اللغة (٢) :

النقصان يدخل فى الشئ ، يقال : ضره ، ضرراً ، وضراراً : ألحق به مكروهاً أو أذى ،

(١) إعلام الموقعين ١٢٣/٢ - ١٣٠ بتصرف .

(٢) مادة " ضرر " لسان العرب ٢٥٧٣/٤ ، معجم مقاييس اللغة ٣/٣٦٠ ، المعجم الوجيز ص ٣٧٩ .

ويقال أيضاً : دخل عليه ضرر في ماله أي نقص . والضرار : النقص في الأموال والأنفس .

أما الضرر في اصطلاح الفقهاء : فقد عرف بتعريفات متعددة منها :

١ - قيل هو : إنزال الأذى بالنفس أو الجسم أو المال (١) .

٢ - وقيل هو : الألم الذي لا نفع فيه يوازيه أو يربى عليه (٢) .

٣ - وقيل هو : نقص حق الإنسان أو نفسه (٣) .

من هذا نعلم أن الضرر في الشريعة قد يكون ضرراً مادياً ، وقد يكون ضرراً أدبياً أو معنوياً .

ولكن ماهو الضرر الذي يمنع الإسلام وقوعه ؟

إن حديث النبي صلى الله عليه وسلم ﴿ لا ضرر ولا ضرار ﴾ فيه تحريم جميع أنواع الضرر (٤) ، ولم يرد في الشرع ما يبين المراد بالضرر الذي يوجب المسؤولية والضمان مما لا يوجبه كما لم يرد في الشرع . معيار لمدى هذه المسؤولية أو ذلك الضمان ، فلم يبق إلا الرجوع إلى العرف ليكون معياراً للضرر الذي يوجب المسؤولية والضمان . وفى هذا يقول الفقهاء " كل ماورد به الشرع مطلقاً ولا ضابط له فيه ولا في اللغة يرجع فيه إلى العرف " (٥) .

والعرف يختلف باختلاف الزمان والمكان ، فمن عنده عادة قضى بها ، وإذا اختلفت العوائد في الأعصار والأمصار ، وجب اختلاف هذه الأحكام ، فإن القاعدة المجمع عليها ، أن كل ما هو في الشريعة يتبع العوائد يتغير الحكم فيه عند تغير العادة إلى ما تقتضيه العادة المتجددة " (٦) . فاستعمال الناس لأملاكهم وتضرر الجيران من هذا الاستعمال ، قد يكون ضرراً بالنسبة لأهل زمن معين وجهة معينة ، وقد لا يعتبر ضرراً عند آخرين في زمن مختلف . ومما لا شك فيه أن المالك له حرية التصرف في ملكه كيف شاء إذا لم يتعارض مع أهداف الشريعة الإسلامية ، كما له الانتفاع بملكه على الوجه الذي يريده ، شريطة ألا يؤدي استعماله لحقه إلى الإضرار بجاره . فالضرر بالجار ممنوع ديانة باتفاق جميع الفقهاء ، لأن الضرر اعتداء والاعتداء منهى عنه بنص القرآن الكريم والسنة النبوية الشريفة .

(١) معجم لغة الفقهاء ص ٧٣ للدكتور محمد رواس قلعة جي والدكتور حامد صادق .

(٢) أحكام القرآن لابن العربي ٥٤/١ .

(٣) شرح كتاب النيل وشفاء العليل ٢٩٢/١٦ ، ٢٩٣ ، وقد أطلق على الضرر ، الظلم .

(٤) شرح الزرقاني على الموطأ ٣٢/٤ . (٥) الأشباه والنظائر للسيوطي ص ٦٩ .

(٦) تبصرة الحكام لابن فرحون ٦٦/٢ .

ولكن هل يمنع الجار من ارتكاب الضرر بالجيران قضاءً؟ وهل يمنع كل ضرر سواء أكان قديماً أم حديثاً؟ كثيراً أم نادراً؟

هذا ما سأبينه في هذا المبحث إن شاء الله تعالى فأقول: اتفق الفقهاء على منع مضار الجوار الرأسي إذا ترتب عليه ضرر بالجوار قضاءً، لأن لكل منهما حقاً في ملك الآخر، وسوف أبين ذلك بالتفصيل في الفصل الثاني من الباب الثاني من هذه الرسالة. أما مضار الجوار الجانبي، فقد اختلف الفقهاء في منعها قضاءً، وهذا ما سأبينه الآن.

أولاً: مذاهب الفقهاء في مضار الجوار الجانبي:

اختلف الفقهاء في مضار الجوار الجانبي بين موسع ومضيق، مما يجعلني أعرض مذاهب الفقهاء كل مذهب على حدة.

أ - مذهب الحنفية:

ذهب متقدمو الحنفية - إلا في رواية عن أبي يوسف - إلى أن للمالك أن يتصرف في ملكه أي تصرف شاء سواء أضر تصرفه بجاره أم لا. وهو الراجح في المذهب، لأنه قول الإمام. وذهب المتأخرون من الحنفية بأن المالك حر في ملكه يتصرف فيه بأي تصرف من التصرفات مالم يضر بجاره ضرراً فاحشاً، وسوف أذكر بعض النصوص من كتب متقدمي الحنفية وبعضاً من كتب المتأخرين.

جاء في المبسوط: (١)

"للإنسان أن يتصرف في ملك نفسه بما يبدو له، وليس للجار أن يمنعه من ذلك، وله أن يتخذ فيه حماماً أو تنوراً، لأنه يتصرف في خالص ملكه، والحاصل أن التصرف في خالص ملكه لم يمنع في الحكم وإن كان يؤدي إلى إلحاق الضرر بالغير.

وجاء في بدائع الصنائع: (٢)

"للمالك أن يتصرف في ملكه أي تصرف شاء، سواء أكان تصرفاً يتعدى ضرره إلى غيره أم لا يتعدى... وليس لجاره أن يمنعه حتى لو طلب جاره تحويل ذلك لم يجبر عليه، لأن الملك مطلق للتصرف..".

وجاء في فتاوى قاضي خان يقول أبو حنيفة: (٣)

"من تصرف في ملكه لا يمنع عنه وإن كان يتضرر به جاره".

(١) المبسوط للسرخسي ج ١٥ ص ٢١.

(٢) بدائع الصنائع للكاساني ٢٦٣/٦.

(٣) فتاوى قاضيخان (بهامش الهندية) ٢٥٦/٢.

بل إن الإمام أبا حنيفة حينما شكى إليه رجل من بئر حفرها جاره في داره ، قال له : أحفر في دارك بقرب تلك البئر بالوعة ففعل فكبسها ربها ، ألا يرى أنه لم يأمر الشاكي بمنع الحافر عن الحفر (١) .

أما المتأخرون من الحنفية : فإنهم قالوا يمنع الإنسان من التصرف في ملكه إذا ترتب على تصرفه ضرر فاحش، والضرر الفاحش أو البين هو : ما يكون سبباً للهدم أو مايوهن البناء أو يخرج عن الانتفاع بالكلية وهو ما يمنع الحوائج الأصلية كسد الضوء بالكلية (٢) .

جاء في تبين الحقائق : (٣)

" لو أراد بناء تنور في داره للخبز الدائم كما يكون في الدكاكين أورحي للطحن أو مدقات . للقصارين ، لم يجز لأن ذلك يضر بالجيران ضرراً فاحشاً لا يمكن التحرز عنه والقياس أن يجوز لأنه تصرف في ملكه وترك ذلك استحساناً لأجل المصلحة . أما الضرر اليسير فلا عبرة به ولا يمنع المالك منه .

وفى هذا يقول ابن الهمام وابن عابدين : (٤) " وأما التوسع إلى منع كل ضرر مافيسد باب انتفاع الإنسان بملكه " .

واتفق فقهاء الحنفية على أن الحكم بإطلاق عدم منع مضار الجوار هو القياس ، أما قول غالب المتأخرين بالمنع فهو الاستحسان (٥) .

ووجه القياس : القاعدة التي تقضى " أن من ملك شيئاً ملك جميع منافعه وملك التصرف فيه دون معارضة أحد " فالإمام أبو حنيفة اعتمد على هذه القاعدة وعلى قوة الوازع الديني وهيمنة سلطان العقيدة ، أما المتأخرون فقد تركوا القياس استحساناً ، لأجل المصلحة ، وقالوا إن ما يبرر الأخذ بالاستحسان ضعف الوازع الديني في الأزمنة المتأخرة ، وعدم الارتداد والكف عما يضر بالجار فاستتبط حكم المنع قضاءً من الحديث الشريف " لا ضرر ولا ضرار " استحساناً .

وقد جاء في الفتاوى البزازية تعليلاً للإجبار على منع الضرر : (٥)

" إن الزمان زمان فساد والزمان الأول كان زمان إصلاح

(١) جامع الفصولين ١٩٤/٢ . (٢) فتح القدير ٣٢٦/٧ ، حاشية ابن عابدين ٤٤٨/٥ ، حاشية الطحطاوى ٢١٥/٣ .

(٣) تبين الحقائق ١٩٦/٤ ، ونفس المعنى فتح القدير ٣٢٦/٧ ، جامع الفصولين ١٩٤/٢ الأشباه والنظائر لابن نجيم ص ٨٥ ، حاشية الطحطاوى ٢١٥/٣ .

(٤) فتح القدير ٣٢٦/٧ ، حاشية ابن عابدين ٤٤٨/٥ .

(٥) جامع الفصولين ١٩٤/٢ ، تبين الحقائق ١٩٦/٤ ، فتح القدير ٣٢٦/٧ ، الفتاوى الهندية ٤٤٥/٣ .

(٦) الفتاوى البزازية " على هامش الهندية " ١٤٦/٦ .

٢ - مذهب المالكية :

ذهب المالكية إلى أن المالك له حرية التصرف في ملكه بأي تصرف شاء ما لم يؤد إلى إلحاق الضرر بالغير ، فإن أدى إلى ذلك منع من استعماله لحقه ، وكان ضامناً لذلك الضرر ، وقد استدلوا على ذلك بحديث « لا ضرر ولا ضرار » واعتبروه أصلاً لتقييد كافة الحقوق ولا سيما حق الملكية ، وفي ذلك يقول الزرقاني (١) : فيه دليل على تحريم جميع أنواع الضرر إلا بدليل ، لأن النكرة في سياق النفي تعم ، وقد نقلت قاعدة منع مضار الجوار قضاءً عن الإمام مالك ، ولم يخالف فقهاء المذهب في ذلك

ومما يبين ذلك ما جاء في المدونة : (٢)

قلت : رأيت إن كانت لي عرصة إلى جانب دور قوم ، فأردت أن أحدث في تلك العرصة حماماً أو فرناً أو موضعاً لرحا ، فأبى عليّ الجيران ذلك ، أكون لهم أن يمنعونني في قول مالك (قال) إن كان ما يحدث ضرراً على الجيران من الدخان وما أشبهه ، فلهم أن يمنعوك من ذلك ، لأن مالكا قال : يمنع من ضرر جاره ، فإذا كان هذا ضرراً منع من ذلك ، قلت : وكذلك إن كان حدادا فاتخذ فيها كيراً أو اتخذ فيها أفراناً يسيل فيها الذهب والفضة أو اتخذ فيها أرحية تضر بجدران الجيران ، أو حفر فيها آباراً أو كنيفاً قرب جدران جيرانه منعه من ذلك ، قال : نعم كذلك قال مالك في غير واحد من هذا في الدخان وغيره ، قلت : هل ترى التتور ضرراً في قول مالك ، قال : ما سمعت من مالك فيه شيئاً وأرى التتور خفيفاً . قلت لابن القاسم : رأيت إن كانت داراً لرجل إلى جنب دار قوم ففتح في غرفته كوى أو أبوابا يشرف منها على دور جيرانه أيمنع من ذلك أم لا ؟ قال : قال مالك يمنع من ذلك .

وجاء في المنتقى : (٣)

ما يحدثه الرجل في عرصته مما يضر بجيرانه من بناء حمام أو فرن للخبز أو لسبك ذهب أو فضة أو كير لعمل الحديد أو رحي مما يضر بالجيران ، فقد قال ابن القاسم عن مالك في المجموعة أن لهم منعه ، ووجه ذلك أن ضرر الفرن والحمام بالجيران بالدخان الذي يدخل في دورهم ويضرهم هو من الضرر الكثير المستدام ، وما كان بهذه الصفة منع إحدائه على من يستضربه

(١) شرح الزرقاني على الموطأ ٢٧/٤ ، تبصرة الحكام لابن فرحون ٣٦٢/٢ .

(٢) المدونة الكبرى المجلد الرابع ص ٢٧٥ ، وقريب من ذلك تبصرة الحكام ٣٦٢/٢ .

(٣) المنتقى للباقي ٤١،٤٠/٦ ، ونفس المعنى التمهيد لابن عبد البر ١٦١/١٩ ، المعيار المعرب ٧/٨ .

وجاء في البهجة: (١)

إن الضرر الذى يمنع هو الضرر المحقق - سواء محقق الوقوع فى الحال أو فى المستقبل . ثم يبين الإمام التسولى : أن الضرر المحتمل ، أو الضرر غير المعتبر لا يمنع ولا يعتبر ضرراً فيقول : وأما دخان المطابخ ونحوها مما لا يستغنى عنه فى المعاش ويكون فى بعض الأوقات فقط ولا يستدام أمره فلا يمنع منه .

من هذا نعلم :

أن المالكية يفرقون فى الضرر بين الضرر اليسير فلا يمنع ، وبين الضرر الكثير فإنه يمنع ، وذلك على خلاف ما يتوهمه البعض من عموم بعض العبارات، كعبارة ابن الشاط (٢) " من ملك موضعاً له أن يبني فيه ويرفع فيه البناء ماشاء مالم يضر بغيره ، وله أن يحفر فيه ماشاء ويعمق ماشاء مالم يضر بغيره .

وقد جمع ابن رشد أنواع الضرر عند المالكية وبين كل نوع فيقول : " ما يحدثه الرجل فى ملكه مما يضر بغيره ينقسم على ثلاثة أقسام :

منه ما يمنع باتفاق ، ومنه ما لا يمنع باتفاق ، ومنه ما يختلف فى وجوب الحكم بالمنع منه .

أ - فما يمنع باتفاق : أن يحدث الرجل الأندر فى جوار دار الرجل ، أو جناته فيضربه ما يقع فى داره ، أو جناته من تبن أندر عند الذرو ، ومن ذلك ضرر الدخان .. ومنه ضرر الروائح القبيحة .. ومنه ما يضر بالجدران .. ومنه ضرر الاطلاع ..

ب - وما لا يمنع باتفاق : أن يحدث فرناً على مقربة من فرن آخر ، أو حماماً على مقربة من حمام آخر ، فيضربه فى قلة عمارته وانتقاص غلته ، ومن ذلك أن يبني فى داره بناء يمنع الشمس والرياح عن دار جاره ، ومن ذلك ضرر الأصوات كالحداد . وفيه اختلاف لبعض الفقهاء ج - ومما يختلف فى وجوب المنع منه : أن يحدث الرجل فى أرضه بناء بقرب أندر جاره يمنع به الرياح عند الذرو ، فقال ابن القاسم ، وابن نافع : إنه يمنع ، واختلف فيه قول سحنون ، والأظهر لا يمنع (٣) ، لأن القاعدة الفقهية تقول : (٤) إذا اجتمع ضرران نفى الأصغر للأكبر .

(١) البهجة للتسولى ٣٣٥/٢ ، المدونة الكبرى ٢٧٥/٤ ، أسهل المدارك ٥٤/٣ .

(٢) إدرار الشروق على الفروق لابن الشاط ١٧/٤ .

(٣) البيان والتحصيل لابن رشد ٢٦٣/٩ ، ٢٦٤ ، ونفس هذه الأقسام ذكرها القاضى ابن عبد الرقيق والإمام التسولى والرهونى ،

يراجع : معين الحكام لابن عبد الرقيق ٧٨٣/٢ ، والبهجة للإمام التسولى ٣٣٧/٢ حاشية الرهونى ٨٥/٦ ، وقريب منها : القوانين

الفقهية ص ٣٥٥ . (٤) إيضاح المسالك إلى قواعد الإمام مالك ص ٤٧٠ .

والأظهر أن الضرر عليه في ذلك أشد ، لأن المنفعة بالبنيان في البقعة متصلة في جميع الأزمان والانتفاع بالأندر إنما هو في زمان خاص من الأزمان .

٣ - مذهب الشافعية :

المشهور في مذهب الشافعية : أنهم يذهبون إلى إطلاق تصرف المالك في ملكه وإن ترتب على ذلك لحوق ضرر بالجار ، وهذا ما قال به الإمام الشافعي ، فهو يرى أن حديث ﴿لا ضرر ولا ضرار﴾ ليس نصاً قاطعاً في منع المالك من التصرف بملكه إذا ترتب عليه ضرر بغيره ، بل هو محتمل أيضاً لنفي الضرر عن المالك في منعه من التصرف بملكه ، ويرى أن في منع المالك ضرراً أشد .

إذ يقول في كتابه الأم : (١) " فإن تأول رجل قول النبي صلى الله عليه وسلم ﴿لا ضرر ولا ضرار﴾ فهذا كلام مجمل لا يحتمل لرجل شيئاً إلا احتمل عليه خلافه ، ووجهه الذي يصح به ، أن لا ضرر في أن لا يحمل على رجل في ماله ما ليس بواجب عليه ، ولا ضرر في أن يمنع رجل من ماله ضرراً ولكل ماله وعليه " .

وهكذا نرى الإمام الشافعي ينكر أن يقيد المالك في تصرفه في ملكه ولو أدى إلى الإضرار بغيره ، ويقول الشافعي قال كثير من فقهاء الشافعية ، وبعضهم اقتصر عليه ، يقول القاضي الماوردي : (٢) " وإذا نصب المالك تنوراً في داره فتأذى الجار بدخانها لم يعترض عليه ولم يمنع منه ، وكذلك لو نصب في داره رحى أو وضع فيها حدادين أو قصارين لم يمنع ، لأن للناس التصرف في أملاكهم بما أحبوا ، وما يجد الناس من مثل هذا بدأ " .

هذا هو المشهور عن الشافعية ، ومقابل المشهور يمنع المالك من الإضرار بالجار ، وقد بين ذلك ، صاحب نهاية المحتاج (٣) إذ يقول : " والأصح أنه يجوز للشخص أن يتخذ داره المحفوفة بمساكن حماماً وطاحونة ومدبغة وفرناً واصطبلًا وحانوته في البزازين ونحو ذلك إذا احتاط وأحكم الجدران إحكاماً لائقاً بمقصده ، لتصرفه في خالص ملكه ولما في منعه من إضراره ، والثاني المنع للإضرار ، ورد بأن الضرر لا يزال بالضرر ، واختار جمع المنع من كل مؤذ لم يعتد " .

من هذا يتضح أنه لا يمكن التسليم بإطلاق حق الملكية عند الشافعية ، بل هو مقيد وبعضهم قال : " لا يمنع المالك من التصرف في ملكه إلا إذا ظهر منه قصد التعنت والفساد" (٤).

(١) الأم للشافعي ٣/٣٧٢ .

(٢) الأحكام السلطانية للماوردي ص ٢٥٥ .

(٣) نهاية المحتاج وحاشية الشبرايملى ٥/٣٣٣ ، ٣٣٤ ، ونفس المعنى في معنى المحتاج ٢/٣٣٧ .

(٤) المرجع السابق ٥/٣٣٤ .

بل إن بعض فقهاء الشافعية اقتصر على الرأي القائل بالتقييد ، فقد جاء فى البيجرمى **على الخطيب: (١)** " فيحرم على الشخص فتح كوة فى جداره يطلع منها على عورات جاره أو إحداث فرن أو حمام أرحى أو معصرة لوجود الضرر بالدخان وصوت الرحي وما أشبه ذلك" نخلص إذن: أن المشهور عند الشافعية عدم منع مضار الجوار قضاء ، ومقابل المشهور يمنع من مضار الجوار ، وهؤلاء قالوا بأن الضرر الذى يمنع هو الضرر الذى يبلغ حدا من الجسامة كما سبق أن قلنا " واختار جمع المنع من كل مؤذ لم يعتد " **وفى هذا يقول الإمام النووى :**

(٢) يتصرف كل واحد فى ملكه بالمعروف ، ولا ضمان فيما يتولد بشرط جريانه على العادة وأجتنب الإسراف" ثم يقول : " ولو أوقد ناراً فى ملكه أو على سطحه فطار الشرر إلى ملك الغير فلا ضمان إلا أن يخالف العادة فى قدر النار ."

ويعتبر كلام النووى هو المعتمد كما اتفق على ذلك متأخرو الشافعية

٤ - مذهب الحنابلة :

الصحيح من مذهب الحنابلة : أن الجار يمنع من التصرف فى ملكه بما يضر بجاره ، وقد ورد عن الإمام أحمد روايتان ، المشهورة منهما منع مضار الجوار ، والثانية لا يمنع (٣) وهذا ما بينه فقهاء المذهب :

جاء فى كشف القناع : (٤)

" ويحرم على الجار إحداثه فى ملكه ما يضر بجاره ، لخبر «لا ضرر ولا ضرار» احتج به أحمد ، ويمنع الجار من إحداث ما يضر بجاره إذا أراد فعله ، كما يمنع من ابتداء إحيائه ما يضر بجاره ، وأمثلة إحداث ما يضر بالجار ، كحفر كنيف إلى جنب حائط جاره يضره، وبناء حمام يتأذى بذلك ، ونصب تنور يتأذى داره باستدامة دخانه ، وعمل دكان قصارة أو حدادة يتأذى بكثرة دقه ويتأذى بهز الحيطان من ذلك ، ونصب رحي يتأذى بها جاره، وحفر بئر ينقطع بها ماء بئر جاره ، وسقى وإشعال نار يتعديان إليه ، ونحو ذلك من كل ما يؤذيه ، ويضمن من أحدث بملكه ما يضر بجاره ما تلف بسبب الإحداث لتعديه به ، بخلاف طبخه وخبزه فى ملكه على العادة فلا يمنع من ذلك لأن الضرر لا يزال بالضرر "

هذا النص نجده اقتصر على الصحيح فى المذهب فقط ولم يذكر القول الثانى ،

أما صاحب الإحصاف فى معرفة الراجح من الخلاف فقد ذكر القولين إذ يقول (٥) :

(١) البيجرمى على الخطيب ٨٤/٣ . (٢) روضة الطالبين ٣١٩/٩ ، ٣٢٠ ، ونحوه فى الفتاوى الكبرى ٥٨/٣ .

(٣) الأحكام السلطانية لأبى يعلى ص ٣٠٢، ٣٠٣ . (٤) ج ٣ ص ٤٠٨ ، ونحوه فى شرح منتهى الإرادات ١٣٣/٢

(٥) ج ٥ ص ٢٦٠ .

" الصحيح من المذهب : أن الجار يمنع من التصرف في ملكه بما يضر بجاره كحفر كنيف إلى جنب حائط جاره وبناء حمام إلى جنب داره يتأذى بذلك ، ونصب تنوير يتأذى باستدامة دخانه ... وعليه جماهير الأصحاب ... وفيه رواية أخرى لا يمنع من ذلك)

وجاء في المبدع شرح المقنع . (١)

(يحرم إحداثه في ملكه ما يضر بجاره وعنه ليس له منعه في ملكه المختص به ولم يتعلق به حق غيره ..)

نخلص إذن أن الراجح والمشهور عند الحنابلة هو منع مضار الجوار الجاني قضاء .
وفي هذا يقول ابن رجب (٢) : (قال أحمد في رواية كل ما كان على هذه الجهة - أي تصرف في ملكه كما في الأمثلة السابقة في النصوص التي نقلتها - وفيه ضرر ، فإن أجاب وإلا أجبره السلطان) .

٥ - مذهب الظاهرية : -

ذهب الإمام ابن حزم إلى أن الأصل التسليم للمالك بحقه في التصرف في ملكه وإن ترتب على ذلك ضرر بجاره .

فيقول في المحلى (٣) (ولكل أحد أن يفتح ما شاء في حائطه من كوة أو باب ، أو يهدمه إن شاء ... لأن كل ذي حق أولى بحقه ، ولأنه لم يأت قرآن ولا سنة ولا رواية سقيمة ولا قول صاحب يمنع المرء من أن يفتح في حقه وفي حائطه ما شاء ، ولأنه لا ضرر أعظم من أن يمنع المرء من التصرف في مال نفسه مراعاة لنفع غيره فهذا هو الضرر حقا هذا هو الأصل عند ابن حزم .

ثم يقول ابن حزم :

(وأما الاطلاع فمنعه واجب ... وليس لأحد أن يرسل ماء سقفه أو جاره على أرض جاره أصلا ... ولا يجوز لأحد أن يدخل على جاره ، لأنه أذى وقد حرم الله تعالى أذى المسلم ... ولا يحل لأحد أن يمنع جاره من أن يدخل خشبا في جداره ويجبر على ذلك)
من هذا النص نجد أن ابن حزم يمنع بعض أنواع الأضرار التي تصيب الجار وذلك من باب الآداب العامة في الشريعة .

(١) ج٤ ص ٢٩٨ ، ونحوه في المغنى والشرح الكبير ٥/ ٥٢

(٢) جامع العلوم والحكم ص ٣٨٧

(٣) ج٩ ص ١٠٥ ، ١٠٦ ، ١٠٧

٦ - مذهب الإمامية (الجعفرية)

إذا تصرف المالك في ملكه لغرض مشروع أو لمصلحة تعود عليه فلا يمنع من التصرف حتى ولو تضرر الجار .

وقد عرض صاحب فقه الإمام جعفر (١) هذا المذهب عرضاً طيباً فقال : -

هل يجوز للمالك أن يتصرف في ملكه تصرفاً يستدعي ضرراً جاره ؟ ثم يجيب فيقول لا بد في الجواب من التفصيل على الوجه التالي : -

١ - أن يقصد المالك من التصرف الإضرار بالجار دون أن ينتفع هو بشئ أو يناله أدنى ضرر من ترك التصرف . إذا كان كذلك يمنع من التصرف لقاعدة لا ضرر ولا ضرار .

٢- ألا يقصد المالك الإضرار بالجار ولا بغيره ولكنه لا ينتفع هو ولا يتضرر. وهذا كالأول يمنع

المالك من التصرف، لأن قاعدة لا ضرر في هذه الحال تقدم على قاعدة تسلط الإنسان على ملكه

٣ - أن يلحق المالك الضرر إذا لم يتصرف في ملكه، فمثلاً : إذا لم يحفر المالك بالوعة في

داره لا يستطيع سكانها كما أنه إذا حفر يتضرر الجار، فيدور الأمر بين ضرر المالك وبين

ضرر الجار إذا تصرف ... وليس من شك أنه في مثل هذه الحال يتصرف المالك في ملكه

دفعاً للضرر عن نفسه حتى ولو تضرر الجار بل لو كان ضرره أشد من ضرر المالك وأكثر

منه أضعافاً ..) لأنه لا يجب عليه أن يتحمل الضرر لدفعه عن الغير . (٢)

وخلاصة هذا الرأي : أن المالك إذا تصرف في ملكه لمحض الإضرار بالغير فإنه يمنع ،

وكذلك إذا لم يكن له نفع أو دفع ضرر أما إذا كان التصرف لغرض مشروع أو لمصلحة فلا

يمنع حتى ولو تضرر الجار .

٧ - مذهب الزيدية : -

المشهور عن فقهاء الزيدية أن لكل واحد أن يفعل في ملكه ما شاء وإن أضر بالجار هذا في

الجوار الجانبى، أما الجوار الرأسى فيذهبون إلى تقييد تصرفات المالك بعدم الإضرار بالآخر

وقد بين ذلك صاحب السيل الجرار (٣) إذ يقول في الجوار الرأسى : -

(ولكل أن يفعل في ملكه ما لا يضر بالآخر، من تعليية وبيع وغيرهما ويضمن ما أمكنه دفعه

ويقول : لأن موجب الملك يقتضى أن يفعل فيه ما يريده وموجب الأدلة على عدم المضارة

لاسيما للجار يمنع من أن يفعل في ملكه ما شاء وإن قصر الجار) .

١ - فقه الإمام جعفر الصادق لمحمد جواد مغنیه ٥١/٥ ، ٥٢

٢ - المبادئ العامة للفقعة الجعفرى لهاشم معروف الحسنى ص ٢٧٥ ، ٢٧٦

٣ - السيل الجرار المنتفق على حدائق الأزهار للإمام الشوكانى ٢٤٩/٣ ، ٢٥٠

ثم يتحدث بعد ذلك عن أضرار الجوار الجانبى ناقلا عبارة صاحب حدائق الأزهار فيقول: (١) وأما قوله (لاتعليه الملك وإن أعورت) فمبنى على ما عقبه به من قوله (فلكل واحد أن يفعل فى ملكه ما شاء وإن ضر الجار) .
أى أن صاحب حدائق الأزهار يذهب إلى عدم منع مضار الجوار لأن لكل واحد أن يفعل فى ملكه ما شاء .

ولكن هذا القول لم يسلم به صاحب السيل الجرار فيقول: وهذه الكلية الشاملة لما فى السياق و غيره نقشعر لها الجلود وترجف عندها الأفئدة فإن التوصيه بالجار كتابا وسنة ... ولا يقال إن فى منعه من أن يفعل فى ملكه ما شاء إضرار به ، لأننا نقول : هو لم يمنع من أن يفعل فى ملكه ما شاء بل ممنوع من أن يضر جاره ، كما أن جاره ممنوع من أن يضر به ، فما يقتضيه الملك مقيد بعدم الضرر . (٢)

يؤخذ من هذا : أن الإمام الشوكانى يرى تقييد تصرفات المالك بعدم الإضرار بالجار مطلقا سواء فى الجوار الجانبى أم الرأسى إذ يقول فى موضع آخر (٣) (وأما تعرض شيوخ الفروع للفرق بين الموضعين فمن الهديان الذى لا وجه له) ويقول أيضا (٤) وقد ثبت له على جاره مثلما ثبت له عليه ، ولم يجعل التقييد خاصا بأحدهما، وقد حرم القرآن الكريم الضرر فى عدة آيات مع اختلاف الموارد فكيف لا يثبت مثله فى حق الجار ..)

وإذا كان الزيدية قد صرحوا أن لكل أن يفعل فى ملكه ما شاء وإن ضر ، نجدهم يقيدون ذلك بألا يكون التصرف فيما كان مشتركا ووقعت قسمته حيث قالوا (٥): (ولكل أن يفعل فى ملكه ما شاء وإن ضر الجار إلا عن قسمة)

فمبنى المنع عندهم التزام كل شريك فى القسمة بألا يسبب ضررا لشركائه بعدها .

نخلص من ذلك إذن :

أن مذهب الزيدية يقول بمنع مضار الجوار فى مجال محدود يقتصر على علاقة الملاك المتقاسمين ، ومأ عدا ذلك لا يمنع المالك عن مضار الجوار فى المشهور عندهم .

١ - السيل الجرار ٣/ ٢٥٥ .

٢- السيل الجرار ٣/ ٢٥٦ .

٣- السيل الجرار ٣/ ٢٥٠ .

٤ - السيل الجرار ٣/ ٢٥٦ .

٥ - البحر الزخار ١٠٢/٥ ، ونفس المعنى السيل الجرار ٣/ ٢٥٤ ، شرح الأزهار لابن مفتاح ٣/ ٣٧٤ .

٨ - مذهب الإباضية : -

ذهب الإباضية إلى منع الجار عن الإضرار بجيرانه قضاء ، ومنع هذا الضرر ليس محل نقاش عندهم .

ولذلك جاء في جوهر النظام :- (١)

والضرر معروف عن الجيران وصرفه من شعب الإيمان
وليس حق الجار أن تكفأ عنه الأذى وتبسط الأكفا
بل حقه أن تحملن آذاه وتدفعن عنه الذى آذاه
وجاء في كتاب التكميل (٢) ما يوضح ذلك إذ يقول صاحبه .

(ولجار منع جاره من إحداث مضار عليه كرحى أو معصرة ، ولشخص أن يعمل بأرضه ما شاء إن لم يضر غيره ، ومن له بيت بقرب شخص فله منعه من اتخاذه حانوتا ، ولأصحاب بيوت منع مرید إحداث سوق بأفنتيها مطلقا "

وقد صرح بذلك محمد أطفيش (٣) إذ يقول : -

(يمنع المالك من بناء نحو حائط أو دكان فى أرضه إذا ترتب عليه ضرر بجاره ، ولا يقتصر المنع عن منع الضرر ، بل على الجار أن يتحمل أذى جاره)

نخلص من ذلك :

أن مذهب الإباضية تقييد المالك بعدم الإضرار بجاره بصرف النظر عن مدى جسامته الضرر سواء أكان قليلا أم كثيرا كما جاء فى عبارة التكميل السابقة (مطلقا) .
بعد هذا العرض لآراء الفقهاء فى مضار الجوار الجانبى، نجد أن فى الفقه الإسلامى اتجاهين :
الأول : - أن للمالك أن يتصرف فى ملكه أى تصرف شاء سواء أضر بجاره أم لا ، وإلى هذا ذهب متقدمو الحنفية والمشهور عند الشافعية ورواية عن أحمد والظاهرية والمشهور عند الإمامية والزيدية .

(١) جوهر النظام فى علمى الأديان والأحكام للشيخ عبد الله السالمى ص ٤٢٦ ، ٢٥٨ تحقيق الشيخ إبراهيم أطفيش .

(٢) التكميل لبعض ما أخل به كتاب النبل للشيخ ضياء الدين عبد العزيز التميمى ص ٢٠٧ وما بعدها .

(٣) شرح كتاب النبل ٨٤/٧ ، ٨٥ .

(٤) جوهر النظام ص ٢٥٨ .

الثانى : أن للمالك أن يتصرف فى ملكه بشرط ألا يضربجاره ضررا بيننا ، وإلى هذا ذهب متأخرو الحنفية،والمالكية،وبعض الشافعية ، ومشهور الحنابلة ، وبعض الإمامية،والزيدية ، والإباضية .

وأما سبب الخلاف بين الفقهاء فى هذه المسألة : -

فهو راجع إلى ثلاثة أمور : -

الأول : - صحة أو عدم صحة الدليل الخاص فى المسألة

الثانى :-اختلاف الأعراف الخاصة فى البيئات المختلفة، وأثر هذا الاختلاف فى الاجتهاد الفقهي
الثالث : - اختلاف ما يؤثره كل فقيه من قواعد الشريعة فى المسألة عما يؤثره الآخر . كما تبين من العرض السابق ، فإن بعض الفقهاء يأخذ بعموم حديث ﴿ لا ضرر ولا ضرار ﴾ ، فى حين أن البعض الآخر يؤثر قاعدة أن حق الملك جامع مانع فهو جامع لكل سبيل التصرف فى المال ، مانع غيره من مزاحمته فى ذلك .

الراجع :-

بعد عرض الآراء فإنى أميل إلى ترجيح القول القائل بتقييد المالك فى استعماله لملكه بعدم الضرر بالغير ضررا بينا ، وذلك لأن الوقائع التى حدثت فى عهد النبى صلى الله عليه وسلم وفى عهد الخلفاء الراشدين تشهد لهذا القول ، ولأن الناس لسوء أخلاقهم وضعف دينهم تركوا ما أوجبه الله عليهم خلقا وأدباً من رعاية جانب الجار ، فوجب حملهم على ذلك بسلطان القضاء ، والإامت الفوضى والفساد ، وأرى أن الضرر الممنوع هو الضرر البين أو الفاحش والضرر الذى قصد به الإضرار ، أما الضرر اليسير فلا عبرة به لأن الشارع علق الأحكام بالأمور الغالبة لا النادرة .

فالقول القائل بالتقييد هو الذى يتفق مع مبادئ الإسلام ومعانى الإيثار والمحبة بين الجماعة، ولن يتحقق ذلك إلا إذا كان كل مسلم عند ممارسته لحقوقه حريص على عدم إلحاقه الضرر بالغير وخاصة الجيران ، ولذلك نجد الحنفية بعد أن بينوا رأيهم يقولون : (لأن الامتناع عما يؤذى الجار واجب ديانة (١)).

هل يشترط فى الضرر الممنوع أن يكون حادثاً أم لا ؟

(١) البدائع ٢٦٤/٦

اختلف الفقهاء على قولين :-

القول الأول :

وإليه ذهب الحنفية (١) ، وبعض المالكية (٢) ، والشافعية (٣)
أن الضرر بالجار ممنوع سواء أكان الضرر قديماً أم حادثاً ، لوجوده فيهما ولعموم الأدلة التي
تتهى عن المضارة .

القول الثاني :-

وإليه ذهب المالكية فى المشهور عنهم (٤) ، والحنابلة (٥) ، والإباضية (٦) . أن الضرر الممنوع
هو الضرر الحادث ، أما الضرر القديم فلا يمنع ، وعللوا ذلك بأن الجار قد أقدم على تملك عقاره
و هو على علم بما يصيبه من الضرر .

ولكن ما هو حد القدم ؟

يقول فقهاء الحنفية : حد القدم : أن لاتحفظ أقرانه وراء هذا الوقت كيف كان (٧) .

أما فقهاء المالكية : فقد اختلفوا فبعضهم يرى أن الضرر لا يحاز وإن طال ، لأن الحيازة فى
الأملك وأما الضرر فلا يزيد التقدم إلا ظلماً و عدواناً ، والمشهور عندهم : أنه يحاز بما تحاز
به الأملك . وهؤلاء قد اختلفوا فى المدة التى يحاز بها ، فقيل : بسكوت الذى أصابه الضرر
عشرة أعوام ، وقيل : لا يحاز إلا بالعشرين سنة ، وقيل : إنه يحاز بالأربع سنين وبالخمسة ، وقيل
ما كان ضرره على حد واحد فهو الذى يحاز بالسكوت وما كان يتزايد فلا حيازة فيه (٨)
أما باقى المذاهب فلم أطلع لهم على نصوص تبين ذلك .

(١) حاشية ابن عابدين ٢٣٧/٥ ، ٤٤٨ ، الفتاوى البزازية ٤١٨/٣ .

(٢) المنتقى ٤٢/٦ ، مواهب الجليل ١٦٠/٥ ، البهجة شرح التحفة ٣٣٨/٢ .

(٣) البجيرمى على الخطيب ٨٧/٣ ، الفتاوى الكبرى لابن حجر ٥٨/٣ .

(٤) المنتقى ٤٣/٦ ، المعيار المعرب ٤٨٤/٩ ، معين الحكام ٧٨٥/٢ ، تبصرة الحكام ٣٧٠/٢ ، حاشية الدسوقي ٣٦٩/٣ .

(٥) كشف القناع ٤٠٩/٣ ، الإنصاف ٢٦١/٥ .

(٦) التكميل لبعض ما أخل به كتاب النيل ص ٦٣ .

(٧) جامع الفصولين ١٩٤/٢ ، شرح فتح القدير ٣٢٦/٧ .

(٨) المعيار المعرب ٤١/٨ ، ٢٤ ، المنتقى ٤٣ ، ٤٢/٦ ، مواهب الجليل ١٦٠/٥ ، البهجة ٣٤٢/٢ .

هل يوجد تفرقة بين الضرر القديم الظاهر وبين أضرار لا تعلم إلا بعد السكنى :-
نعم يوجد تفرقة بينهما ، وقد بين هذه التفرقة الإمام ابن فرحون في تبصرته (١).

فقال فيما يتعلق بالحالة الأولى . وهي الضرر القديم الظاهر :-

إذا أحدث رجل على جاره ما يوجب عليه القيام بالضرر ، فلم يقم عليه وباع الدار قبل مضي المدة التي يختار الضرر فيها - وهي عشر سنوات على المشهور في المذهب - وأراد المشتري القيام عليه ، فالذي أفتى به ابن عتاب : أنه إذا باع بعد علمه به فهو رضا منه ولا كلام له ولا لمن ابتاع منه - إذا أعلمه - إلا أن يكون البائع باع بعد أن خصمه في ذلك فلم يتم له الحكم حتى باع ، فللمشتري أن يقوم ويحل محله .

وقال فيما يتعلق بالحالة الثانية : وهي الأضرار التي لا تعلم إلا بعد السكنى

إن كان البائع لم يبين للمشتري ذلك فهو عيب يوجب الرد ، إن كان من العيوب الموجبة للرد ، وليس للبائع القيام على محدث الضرر ، لأنه علم به ولم يطالب برفعه ، وإن لم يطلع البائع على الضرر حتى باع ورد بالعيب عليه ، كان للبائع القيام بالمطالبة بمنع هذا الضرر .

ولم أطلع بعد طول بحث في كتب المذاهب الفقهية إلا على هذا النص لابن فرحون في التفرقة بينهما .

الخلاصة

أن للفقهاء في الضرر الذي يمنع قولين :

أحدهما : أن الضرر يمنع مطلقا قديما أم حادثا

والثاني : أن الضرر الذي يمنع هو الضرر الحادث فقط .

الراجع: -

بعد ذكر القولين : أرى رجحان القول الأول ، الذي لا يفرق بين الضرر القديم والحادث ، حيث إنه هو الذي يتفق مع روح الشريعة الإسلامية وقواعدها الفقهية ، لأن المالك لا يمنع من التصرف في ملكه بل هو ممنوع فقط من الإضرار بالجار ، كما أن طبيعة المضار التلاحق والاستمرار ما دام سببها قائما .

١-تبصرة الحكام ٣٧٠/٢ ، ٣٧١ (بتصرف يسير) .

المبحث الثاني

الضرر الفاعل يوجب المسؤولية من مضرار الجوار في القانون الجزائي

لقد شدد القانون في مسؤولية المالك إذا كان جاراً وتسبب في إحداث ضرر لجيرانه ، فاعتبره مسئولاً عن تعويض هذا الجار ، إذا جاوز الضرر الحاصل له الحد المألوف (م ٨٠٧) فكأن القانون بذلك قد ألقى على عاتق الجار التزام مقتضاه ألا يستعمل ملكه بطريقة من شأنها أن تلحق بجاره ضرراً غير مألوف .
ولتوضيح ذلك أقسم هذا المبحث إلى أربعة مطالب :-

المطلب الأول : الشروط الواجب توافرها في حالة مضرار الجوار غير المألوفة

المطلب الثاني: الاعتبارات الخاصة بظروف المكان والزمان في تحديد الضرر

المطلب الثالث : الاعتبارات الخاصة بالجار المضروب في تحديد الضرر

المطلب الرابع : أثر أسبقية الاستعمال الضار في تحديد الضرر .

وسوف أوضح ذلك بشئ من التفصيل .

المطلب الأول

الشروط الواجب توافرها في حالة مضرار الجوار غير المألوفة

لكي تتحقق مسؤولية المالك لابد من توافر شرطين هما :-

يجب أن يرتكب هذا المالك خطأ ، وأن ينشأ عنه ضرر للجار .

الشرط الأول :

يجب أن يرتكب هذا المالك خطأ .

ولكن ما المراد بالخطأ في حالة مضرار الجوار ؟ .

لقد حددت المادة ٨٠٧ مدني في الفقرة الأولى منها المراد بالخطأ إذ تقرر : (على

المالك ألا يغلو في استعمال حقه إلى حد يضر بملك الجار) .

فالخطأ طبقاً لهذه الفقرة يأخذ وضعاً خاصاً يتمثل في غلو المالك في استعمال حقه ،

هذا الغلو يعد في الواقع خروجاً على الحدود المسموح بها في استعمال الحق ، وبالتالي يعد

خطأً يوجب مساءلة فاعله بالتعويض(١).

(١) د. توفيق فرج ، المرجع السابق فقرة ٦٤ ص ١٥٠ .

فمسئولية المالك في هذا الصدد مسئولية خاصة ، إذ هي ترجع إلى تنظيم خاص يدعو إليه حقوق الملاك المتجاورين في استعمال ملكياتهم على النحو الذى يروق لهم ، والفكرة التى يقوم عليها هذا التنظيم ، أن الجوار يفرض على المالك المتجاورين أن يتحمل كل منهم قدرا عاديا أو مألوفا من المضايقات لا مناص من التسامح فيه . وإلا غلت أيدي المالك عن استعمال حقوقهم (١) .

وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى ذلك (٢) (المبدأ الأساسى الذى وضعه النص هو نهى المالك عن أن يغلو فى استعمال حقه إلى حد الضرر بالجار ، فهناك إذن شرطان لمسئولية المالك ، ضرر يصيب الجار ، وغلو المالك فى استعمال حقه ، والمهم هو تحديد هذا الغلو ، فقد تبين أن العمل الضار بالجار لا يوجب المسئولية حتما ، بل لابد أن يكون فى العمل غلو من المالك فى استعمال حقه) .

وتقدير قيام الغلو فى استعمال الحق هو مما تستقل به محكمة الموضوع طالما أقامت قضاءها على ما يكفى لحمله (٣) .

ومعنى الغلو هنا : هو أن يصيب المالك فى استعماله لحق ملكيته الجار بضرر غير مألوف (٤) أما الضرر المألوف فلا يعتبر غلوا فى استعمال الملك ولا يرتب مسئولية (٥) .

الشرط الثانى :

أن يترتب على الغلو ضرر غير مألوف للجار .

والمراد بالضرر غير المألوف :

هو الضرر الذى يزيد على الحد المعهود فيما يتحملة الجيران عادة بعضهم من بعض بحكم الجوار ، فإذا زاد على هذا الحد كان ضررا غير مألوف ، ووجب التعويض عنه (٦) .

(١) د. عبد المنعم الصدة ، المرجع السابق فقرة ٥٩ ص ٩٢ ، د. منصور مصطفى ، المرجع السابق ص ٥٥ .

(٢) الأعمال التحضيرية ح ٦ ص ٣١ وما بعدها .

(٣) طعن ١٩١٤ س ٥١ ق جلسة ١٩٨٥/٦/٦ مجموعة أحكام النقض ح ٢ ص ٤٩٦ ، وطعن ١٤٧١ س ٥١ ق ١٩٨٥/٦/٦ مجموعة

النقض ح ٢ ص ٤٩٥ ، وطعن ٨٨٣ س ٥١ ق جلسة ١٩٨٥/٢/٢٨ مجموعة النقض ح ٢ ص ٤٩٥ .

(٤) د. السنهورى ، الوسيط ح ٢ فقرة ٤٢٨ ص ٦٩٥ .

(٥) د. مصطفى الجمال ، المرجع السابق فقرة ١٢٦ ص ٢٠٦ .

(٦) د. السنهورى ، الوسيط ح ٢ فقرة ٤٢٩ ص ٦٩٦ ، د. محمد شنب ، المرجع السابق فقرة ٢٢٩ ص ٢٣٦ .

وفى هذا تقول الفقرة الثانية من المادة ٨٠٧ مدنى (وليس للجار أن يرجع على جاره فى مضار الجوار المألوفة التى لا يمكن تجنبها ، وإنما له أن يطلب إزالة هذه المضار إذا تجاوزت الحد المألوف ، على أن يراعى فى ذلك العرف ، وطبيعة العقارات ، وموقع كل منها بالنسبة إلى الآخر ، والغرض الذى خصصت له ...) .

فالضرر غير المألوف هو الضرر الذى لم تجر العادة بتحملة ، فلا يكفى أى ضرر يلحق بالجار ، بل يتعين أن يكون ضرراً غير مألوف .

وتقدير ما إذا كان الضرر مألوفاً أو غير مألوف ، مسألة موضوعية يفصل فيها على ضوء ظروف وملابسات كل حالة على حدة (١) .

والضرر غير المألوف ، يشمل الضرر المادى والضرر الأدبى .

وفى هذا تقول محكمة النقض : (٢) الجار الذى يخالف القيود القانونية يرتكب خطأ ، فإذا ترتب على خطأه هذا ضرر للجار ، فإنه يلتزم بتعويض الجار عن هذا الضرر ، يستوى فى ذلك أن يكون الضرر مادياً أو أدبياً .

ثم عرفت محكمة النقض الضرر الأدبى فقالت (٣) :

هو كل ضرر يؤذى الإنسان فى شرفه أو يصيب عاطفته ومشاعره

وفى حكم آخر عرفت الضرر المادى فقالت : هو الإخلال بمصلحة مالية للمضروور (٤) .

نخلص من هذا : أن الضرر الذى يوجب المسؤولية هو الضرر غير المألوف ، ولا يكفى أن يغلو المالك فى استعمال حقه ، بل لابد أن يكون هذا الغلو إلى حد يضر بالجار (٥) وليس هناك حد معين يجب أن يصله الضرر حتى يقال إنه غير مألوف ، بل يراعى فى تقدير الضرر غير المألوف اعتبارات مختلفة وهذا ماسنينيه فى المطلب التالى (٦) .

(١) د. عبد المنعم البدر اوى ، المرجع السابق فقرة ٨١ ص ١٢٣ ، د. عبد المنعم الصدة ، المرجع السابق فقرة ٥٩ ص ٩٣ ، د. محمد عرفة ، المرجع السابق ص ٥٥ ، د. حسن كيرة المرجع السابق فقرة ٩٩ ص ٣٢٥ ، د. منصور مصطفى ، المرجع السابق فقرة ٢٣ ص ٥٦ .

(٢) طعن ٢٢٣٣ س ٥١ ق جلسة ١٩٨٢/١١/٢١ مجموعة النقض ٤٩٣/٢ ، طعن ٧٧٣ س ٥١ ق جلسة ١٩٨٥/٥/٩ مجموعة النقض ٣٩٦/٢ ، وطعن ١٧٠٥ س ٥٠ ق جلسة ١٩٨٥/١/٢٧ مجموعة النقض ١٠٣/٢ ، وطعن ٥٢٨ س ٥٠ ق جلسة ١٩٨٤/٤/٢٩ مجموعة النقض ١٠٣٦/٢ .

(٣) طعن ٣٠٨ لسنة ٥٨ ق جلسة ١٩٩٠/٣/١٥ /مجلة القضاء السنة الخامسة والعشرون ١٩٩٢ العدد الأول والثانى ص ٤٥٢ .

(٤) طعن ١٧٠٥ س ٥٠ ق ١٩٨٥/١/٢٧ (٥) د. توفيق فرج ، المرجع السابق فقرة ٦٤ ص ١٥١ . (٦) د. أحمد سلامة ، المرجع السابق فقرة ٣٨ ص ١١٩ ، د. إسماعيل غانم المرجع السابق فقرة ٦٣ ص ١٣٢ .

المطلب الثاني

الاعتبارات الخاصة بظروف المكان والزمان في تحديد الضرر غير المألوف،

نصت الفقرة الثانية من المادة ٨٠٧ مدنى على هذه الاعتبارات فقالت (٠٠٠ على أن يراعى في ذلك العرف، وطبيعة العقارات، وموقع كل منها بالنسبة إلى الآخر، والغرض الذى خصصت له، ولا يحول الترخيص الصادر من الجهات المختصة دون استعمال هذا الحق) .
وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في هذا الصدد (١) (بأنه يراعى في تحديد الضرر غير المألوف اعتبارات مختلفة منها (أ) العرف (ب) وطبيعة العقارات (ح) وموقع كل منها بالنسبة إلى الآخر (د) والغرض الذى خصصت له .
وسوف أوضح هذه الاعتبارات :-

١- العرف :

والمقصود بذلك: هو ما جرت به العادة بين الجيران في مكان معين .
بحيث يعتبر الضرر مألوفاً إذا جرت عادة الجيران في هذا المكان على تحمله، وبالعكس يعتبر الضرر غير مألوف إذا كانت العادة لم تجر بتقبله أو التسامح بشأنه (٢)
وعلى ذلك: الضرر الذى يصيب الجار من الدخان أو الضوضاء ، نتيجة وجود مصنع أو مقهى فى ملك الجار ، قد يعتبر مألوفاً فى ناحية مكتظة بالمصانع والمقاهى والمحلات العامة، ويعتبر غير مألوف فى ناحية هادئة خصصت للمساكن دون غيرها ، وأيضاً ما يعتبر ضرراً مألوفاً فى الريف قد يعتبر غير مألوف فى المدينة (٣) .

٢- طبيعة العقارات :-

لطبيعة العقار اعتبار فى تقدير الضرر غير المألوف، فإذا كان العقار محلاً عاماً أو مقهى أو فندقاً أو نحو ذلك ، تحمل من الضوضاء أكثر مما يتحمل المسكن الهادئ ، فما يعتبر ضرراً مألوفاً بالنسبة إلى هذه الأمكنة العامة يعتبر غير مألوف بالنسبة إلى المسكن ، وما يعتبر مألوفاً بالنسبة إلى مصنع قد يعتبر ضرراً غير مألوف بالنسبة إلى مدرسة أو إلى مستشفى .

(١)-الأعمال التحضيرية ج ٦ ص ٣٢

(٢)-د/محمد شنب ، المرجع السابق فقرة ٢٣٠ ص ٢٣٧

(٣)-د/السنهورى ، الوسيط ج ٨ فقرة ٤٢٩ ص ٦٩٨ ، د/حسن كيرة ، المرجع السابق فقرة ٩٩ ص ٣٢٥ ، د/منصور مصطفى ،

المرجع السابق فقرة ٢٣ ص ٥٦ ، د/جميل الشرقاوى ، المرجع السابق فقرة ٢٥ ص ١٧٥ ، د/الصدقة المرجع السابق فقرة ٥٩ ص ٩٣ ،

المرجع السابق فقرة ٣٧ ص ٦٦ ، د/ أحمد سلامة المرجع السابق ص ١١٩

٣- موقع كل عقار بالنسبة إلى العقار الأخر:-

يجب أن يراعى فى اعتبار الضرر غير المألوف موقع كل عقار بالنسبة إلى الأخر، فتلاصق العقارات -مثلا - يوجب على أصحابها تحمل قدر من الأضرار، لا يتعين على أصحاب العقارات غير الملاصقة تحملها، فمثلا الدق فى المطبخ يجب أن يتحملة الجيران الملاصقين، ولكن إذا كان الصوت يصل إلى الجيران البعيدين فإنه يعتبر غير مألوف .

٤- الغرض الذى خصص له العقار :-

يجب أن يراعى فى تحديد الضرر غير المألوف، الغرض الذى خصص له العقار، فالعقار المخصص لغرض يتطلب الهدوء كالسكنى غير العقار الذى خصص لأغراض تقتضى دوام الحركة، فما يكون ضررا غير مألوف بالنسبة إلى الأول، قد يكون ضررا مألوفا بالنسبة إلى الأخر (١) .

ويرى البعض: (٢) عدم الاعتداد بالغرض الذى خصص له العقار، لأنها ظروف خاصة للجار نخلص إذا: أن هذه الاعتبارات كلها موضوعية مرنة ينظر فيها إلى حالة الشخص المعتاد

-
- (١) أنظر فى عرض هذه الاعتبارات: د/السنهورى، الوسيط ج٨ فقرة ٤٢٩ ص٦٩٨، د/محمد شنب، المرجع السابق فقرة ٢٣٠ ص٢٣٨، د/أحمد سلامة، المرجع السابق فقرة ٣٨ ص١١٩، د/محمد عرفة، المرجع السابق ص٥٥، د/منصور، المرجع السابق فقرة ٢٣ ص٥٦، د/إسماعيل غانم، المرجع السابق فقرة ٦٢ ص١٣٢ .
- (٢) د/إسماعيل غانم، السابق فقرة ٦٢ ص١٣٣، د/الصدقة، السابق فقرة ٥٩ ص٩٤، د/أحمد سلامة، السابق فقرة ٣٨ ص١٢١
- (٣) ذهب إلى ذلك: د/إسماعيل غانم، السابق فقرة ٦٢ ص١٣٢ هامش (١)، د/الصدقة، السابق فقرة ٥٩ ص٩٤، د/منصور، السابق فقرة ٢٤ ص٦٢، د/أحمد سلامة، السابق فقرة ٣٨ ص١٢٠

المطلب الثالث

الاعتبارات الخاصة بالجار المضرور في تحديد الضرر

يثار التساؤل حول مدى اعتبار الظروف الخاصة بالجار المضرور في تحديد الضرر ، فقد يكون الضرر عادياً بالنسبة لشخص لأنه يطيقه ويحتمله ، وقد لا يكون عادياً بالنسبة لشخص آخر مرهف الحس ضعيف الأعصاب معتل الصحة . وقد ثار خلاف في الفقه حول هذه المسألة . وانقسم الفقه إلى رأيين ، .

الرأى الأول : (١)

يرى أن الظروف الخاصة بالجار المضرور ، لا ينظر إليها أياً كان نوعها ، سواء أكانت ظروفًا عادية أم استثنائية ، فالمعيار في هذا الشأن يجب أن يكون معياراً موضوعياً ، بحيث ينظر فيه إلى اعتبارات تتعلق بالزمان والمكان بصفة عامة ، فالمشرع حينما نص على الاعتبارات التي يجب مراعاتها ، لم يذكر شخص الجار المضرور ، ولم يذكر العقار الذي يملكه هذا الجار وحده ، وإنما يتحدث عن مجموع العقارات المحيطة بعقار المالك ، وعليه فإن الظروف الخاصة بالجار المضرور ، لا وزن لها في تقدير مألوفية الضرر ، إنما يكون لهذه الظروف وزنها في تقدير التعويض ، فمثلاً لو أن الجار كان مريضاً بالقلب ، وثبت للقاضي أن الضرر الذي لحقه يعتبر ضرراً غير مألوف بالنسبة للشخص العادي ، فإنه يحكم بالتعويض، وعند تقديره للتعويض يغطي كل الضرر ، حتى لو ثبت أن الشخص المعتاد لم يكن ليصيبه مثل الضرر الذي أصاب الشخص المريض ، فلو مات هذا الشخص ، فإن التعويض يغطي الوفاة ، مع أنها نتجت عن ظرف شخصي .

(١) ذهب إلى ذلك د/ إسماعيل غانم ، السابق فقرة ٦٢ ص ١٢٢ هامش (١) ، د / عبد المنعم الصدة ، السابق فقرة ٥٩ ص ٩٤ ،

د/ منصور ، السابق فقرة ٢٤ ص ٦٢ ، د / أحمد سلامة ، السابق فقرة ٣٨ ص ١٢٠ .

الرأى الثانى : (١)

ذهب أصحاب هذا الرأى ، إلى التفرقة بين الظروف المتعلقة بشخص الجار فهذه لا تدخل فى تحديد الضرر غير المؤلف باعتبارها ظرفاً استثنائية ، وبين الظروف المتعلقة بتخصيص العقار متى كانت ظرفاً عادية مألوفة ، فإنه يعوض عنها لأنها داخلة فى الاعتبار ويستند أنصار هذا الرأى ، إلى ما نصت عليه المادة ٨٠٧ مدنى ، فإنها نصت فى تقدير مدى مألوفية الضرر على : " العرف وطبيعة العقارات وموقع كل منها والغرض الذى خصصت له . وفى اعتقادنا أن هذا الرأى هو الأصوب ، لأن الأمر هنا أمر ظروف موضوعية متعلقة بالعقار ذاته بسبب إعداده لاستغلال عادى معين ، وليس أمراً لظروف شخصية استثنائية .

المطلب الرابع

أثر أسبقية الاستعمال الضار فى تحديد الضرر

لاشك فى قيام مسئولية الجار عن الإضرار بجاره ضرراً غير مؤلف ، إذا كان هذا الضرر حادثاً بعد تحقق الجوار ، كأن يكون هناك حى سكنى به منازل مسكونة فعلاً ، فيأتى شخص ويفتح فى الحى محلاً مقلقاً للراحة .

ولكن يحدث أحياناً أن يكون الاستعمال الضار سابقاً على قيام الجوار ، كأن يقيم شخص مصنعاً أو مذبغة ثم يأتى شخص ويشتري قطعة أرض بجوار المصنع أو المذبغة ، ويبنى عليها منزلاً لسكناه ، فيتحقق بذلك الجوار ،

فهل يكون لمالك المنزل أن يشكو من الضرر الذى يلحقه نتيجة استعمال جاره لملكه ؟
اختلف الفقه الوضعى فى هذه المسألة على رأيين :

الرأى الأول :

يرى أصحابه (٢) : أن الجار الذى يستجد على المالك ليس له أن يشكو من مضار جوار هذا المالك ، ولو كانت غير مألوفة ،

(١) ذهب إلى هذا الرأى د/ السنهورى ، الوسيط ج٨ فقرة ٤٢٩ ص ٦٩٧ ، د/ حسن كيرة ، السابق فقرة ٨٣ ص ١٢٥ ، / مصطفى الجمال ، السابق فقرة ١٢٧ ص ٢٠٨ وما بعدها ، د/ توفيق فرج ، السابق فقرة ٦٥ ص ١٥٧ ، أ . د / لاشين الغليانى فى رسالته السابقة ص ٤٢٠ ، د : جميل الشرقاوى ، السابق ص ٧٦ ، د / محمد عمران ، السابق ص ٢٧٤ ، د/ السيد عمران ، السابق فقرة ٧٦ ص ٨٣ . (٢) ذهب إلى هذا الرأى د/ السنهورى ، الوسيط ج٨ فقرة ٤٣١ ص ٧٠١ ، د / عبد المنعم البدر اوى ، المرجع السابق فقرة ٨٢ ص ١٢٤ .

لأنه هو الذى سعى إلى جوار المالك وهو عالم بما فى هذا الجوار من مضار ، فيكون قد ارتضى به ضمنا ، فالأسبقية فى التملك أو الاستعمال تعصم من المسؤولية .
ولكن هذا الرأى على إطلاقه غير سليم ، إذ أنه يضع المالك اللاحق فى التملك أو الاستغلال أمام واحد من أمرين ، إما أن يختار نوع الاستغلال الذى اختاره من سبقه ، أو يتحمل المضار الفاحشة دون أن يكون له حق الشكوى ، ولهذا رفضه الفقه والقضاء وانتقده ، لأن التضامن الاجتماعى يقتضى منع الضرر عن الجيران القائمين والقادمين على السواء ، فلا تجب الأسبقية المسؤولية ، وإن كان من الجائز أن يكون لها شأن فى تقدير التعويض (١) .
الرأى الثانى :

ذهب جمهور شراح القانون (٢) إلى أن الأسبقية فى التملك أو الاستعمال لا وزن لها ، ومن ثم فلا تؤثر فى مسؤولية المالك ، إلا إذا كانت أسبقية جماعية ، بحيث يكون من شأنها أن تصبغ الحى بطابع خاص .

فالعبرة فى تحديد هذه المضار وتقرير المسؤولية عنها تكون بطبيعة الحى الذى توجد فيه العقارات ، ونوع الاستغلال المعدة له ، ومدى اعتباره مألوفاً أو معتاداً فى هذا الحى طبقاً للعرف السائد .

ومن هنا ، فإقامة مسكن فى حى صناعى لا يخول لصاحبه - سواءً أكان طارئاً على هذا الحى أم سابقاً فيه - حقاً قبل أصحاب المصانع عن الأضرار الناشئة عن استغلالها ، فمثل هذه المضار تعتبر مألوفة فى مثل هذا الحى ، وعلى العكس من ذلك إقامة مصنع فى حى أصبح مخصصاً للسكن ، تعتبر معها المضار الناشئة عن استغلاله مضاراً غير مألوفة فى هذا الحى مما يخول للجيران الحق فى طلب إزالة هذه المضار أو التعويض عنها ، حتى ولو كان المصنع قد أنشئ قبل عقاراتهم .

(١) أنظر فى هذا النقذ د/ عبد المنعم الصدة ، السابق فقرة ٦٠ ص ٩٤ ، ٩٥ ، د/ محمد عرفة ، السابق ص ٥٥ ، د/ منصور ، السابق فقرة ٢٣ ص ٩٥ ، د/ إسماعيل غانم ، السابق ص ١٣٤ هامش (٣) .
(٢) د/ حسن كيرة ، السابق فقرة ٩٩ ص ٣٢٨ وما بعدها ، د منصور ، السابق فقرة ٢٣ ص ٥٩ ، د/ محمد عرفة ، السابق ص ٥٥ ، د/ الصدة ، السابق ٦٠ ص ٩٥ ، د/ الجمال ، السابق فقرة ١٢٧ ص ٢١٠ ، د/ إسماعيل غانم ، السابق فقرة ٥٨ ص ١٣٤ ، د/ محمود زكى ، السابق فقرة ٣٧ ص ٧١ ، د/ توفيق فرج ، السابق فقرة ٦٦ ص ١٥٨ ، د/ محمد شنب ، السابق فقرة ٢٣١ ص ٢٤٠ ، د/ أحمد سلامة ، السابق فقرة ٣٨ ص ١٢٢ .

المبحث الثالث

المقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون من حيث الضرر الموجب للمسئولية

بعد أن تعرضنا للضرر الذي يوجب المسئولية في الفقه الإسلامي والقانون يتضح ما يلي :

أولاً :

إن فقهاء الشريعة الإسلامية اتفقوا على منع مزار الجوار الرأسي ، واختلفوا في منع مزار الجوار الجانبي ، وهذا الاختلاف راجع إلى اعتبارات معينة منها اختلاف الأعراف ، ومنها ما يؤثره كل فقيه من القواعد ، وقد انتهينا إلى أن الرأي الراجح هو منع مزار الجوار قضاءً . أما القانون الوضعي فقد تأثر بما هو ثابت في الفقه الإسلامي ، فأخذ بالقول الراجح في الفقه الإسلامي ، متى بلغ الضرر درجة الضرر غير المعتاد ، وهذه الدرجة أو المعيار مرجعه العرف وعادات الناس ، فما يعتبر ضرراً في مكان ما ، قد لا يعتبر ضرراً في مكان آخر ، فالفقه الوضعي متفق مع الفقه الإسلامي في ذلك .

ثانياً :

إن الفقه الإسلامي لم يعتد بالضرر اليسير ، الذي لا يسلم منه الجوار ، فهذا النوع من الضرر لا يوجب المسئولية ، وذلك لأنه لو أوجب المسئولية لأدى ذلك إلى الإضرار بالمالكين ، وقد تأثر الفقه الوضعي بذلك فلم يعتد بالضرر إلا إذا كان غير معتاد طبقاً للمادة (٨٠٧) مدني .

ثالثاً :

إن الفقه الإسلامي اختلف في قدم الضرر ، البعض يرى أن الضرر يوجب المسئولية سواء أكان قديماً أم حديثاً ، والبعض يرى أنه لا عبرة بالضرر إذا كان قديماً ، وانتهينا إلى أن الرأي الراجح هو وجوب منع مزار الجوار سواء أكان قديماً أم حديثاً . أما الفقه الوضعي فنجد أنه أيضاً اختلف في ذلك على رأيين ، البعض يرى : أن الجار ليس له أن يشكو من الضرر في هذه الحالة لأنه هو الذي سعى إلى جوار المالك وهو عالم بما في هذا الجوار من مزار ، والبعض الآخر يرى : أن أسبقية الاستغلال لا تؤثر في قيام المسئولية . وفي هذا نجد الفقه الوضعي قد تأثر بالفقه الإسلامي ، وأخذ من كنوزه وثماره .

رابعاً :

إن الفقهاء حينما تعرضوا للضرر ، تركوا معيار هذا التعدي إلى عرف الناس وعاداتهم ، بصرف النظر عن الظروف الشخصية ، وهذا المسلك مقتضاه النظر إلى واقعة التعدي ذاتها ، ولذلك يقول الفقهاء " الجوابر مشروعة لجلب مافات من المصالح ، والزواجير لدرء المفاسد" أما في القانون الوضعي ففيه رأيان من حيث مدى اعتبار هذه الظروف .

٢٤

الفصل الرابع

إثبات وجزاء المضارة فى استعمال الحق فى الشريعة والقانون

بعد أن بينا معنى المضارة فى استعمال الحق ، وأدلة النهى عن المضارة ، ومعايير المضارة ، وتكليفها ، والضرر الذى يوجب المسئولية .

سنتناول فى هذا الفصل إثبات المضارة وجزاءها وذلك فى مبحثين :

المبحث الأول : إثبات المضارة فى استعمال الحق فى الشريعة والقانون .

المبحث الثانى : جزاء المضارة فى استعمال الحق فى الشريعة والقانون .

وسوف أبين ذلك بإيجاز .

المبحث الأول

إثبات المضارة فى الشريعة والقانون

وفى هذا المبحث سنتحدث عن مطلبين :

المطلب الأول : إثبات المضارة فى استعمال الحق فى الشريعة الإسلامية .

المطلب الثانى : إثبات المضارة فى استعمال الحق فى القانون .

وسوف أبين ذلك بإيجاز .

المطلب الأول

إثبات المضارة فى استعمال الحق فى الشريعة الإسلامية

القاعدة العامة فى الإثبات فى الشريعة الإسلامية :

هى أن يتحمل المدعى عبء إثبات ما اعاده بكافة وسائل الإثبات .

والأصل فى ذلك : ما روى عن ابن عباس رضى الله عنهما أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال :

﴿ لو يعطى الناس بدعواهم لا دعى ناس دماء رجال وأموالهم ولكن اليمين على المدعى عليه ﴾ (١) وفى بعض الروايات ﴿البيينة على المدعى واليمين على المدعى عليه﴾ (٢).

(١) أخرجه الإمام مسلم فى صحيحه ، كتاب الأفضية ، باب اليمين على المدعى عليه (مسلم بشرح النووى ١٢/١٢) وعنون البخارى بذلك فى كتاب الشهادات باب ماجاء فى البيينة على المدعى (فتح البارى ٢٩٣/٥) .

(٢) أخرجه الترمذى فى سننه ، كتاب الأحكام ، باب ماجاء فى أن البيينة على المدعى واليمين على المدعى عليه ، ثم قال هذا حديث فى إسناده مقال (سنن الترمذى ٦٢٦/٣) .

يقول ابن العربي (١): فأما البينة فهي لإثبات الحق ، وأما اليمين فهي لرفع التهمة

ورفع النزاع بين المتخاصمين .

ويقول ابن القيم (٢): البينة اسم لكل ما يبين الحق ويظهره .

وقد فرغ الفقهاء على هذه القاعدة ، أن من يدعى تضرره من فعل وقع تعدياً أو تعسفاً ، عليه أن يثبت الضرر الذى أصابه ، لأن الضمان إنما شرع لجبر الضرر وترميم آثاره (٣) ولأنه لا دعوى بغير مصلحة ، ومصلحة المدعى هنا أن يكون قد أصيب بضرر يطالب بتعويضه ، ويجوز الاستعانة بأهل المعرفة فيما يعتبر ضرراً ، وما لا يعتبر ، وكذلك بالنسبة للأضرار التى لا يضمن محدثها (٤) .

وقد أجاز جمهور الفقهاء الأخذ بالقرائن والأمارات ودلالات الأحوال فى المواضيع التى يشق فيها إثبات وصف التعدى بطريق مباشر ، وأن ذلك راجع إلى السياسية الشرعية (٥) ، ويرى البعض عدم الأخذ بالقرائن (٦) .

وقد استدل الفقهاء على القضاء بما يظهر من قرائن الأحوال والأمارات بالكتاب والسنة وعمل الصحابة .

أما الكتاب :

فتوجد آيات كثيرة فى كتاب الله تعالى تجيز الأخذ بالقرائن والأمارات منها :

١ - قوله تعالى : ﴿ وَجَاءَ وَعَلَى قَمِيصِهِ بَدْمٌ كَذِبٌ قَالَ بَلْ سَوَّلَتْ لَكُمْ أَنْفُسُكُمْ أَمْراً فَصَبِرْ جَمِيلٌ وَاللَّهُ الْمُسْتَعَانُ عَلَى مَا تَصِفُونَ ﴾ (٧) .

وجه الدلالة قال القرطبي : " لما أرادوا أن يجعلوا الدم علامة على صدقهم قرن الله بهذه العلامة علامة تعارضها ، وهى سلامة القميص من التثريب ، إذ لا يمكن افتراس الذئب ليوסף وهو لابس القميص ويسلم من التخريق ، ولما تأمل يعقوب عليه السلام القميص فلم يجد فيه

(١) القبس فى شرح موطأ مالك لابن العربي ٨٩٦/٣ .

(٢) الطرق الحكمية ص ١٤

(٣) الفروق للقرافي ٢١٣/١ .

(٤) تبصرة الحكام ٧٤/٢ وما بعدها .

(٥) تبصرة الحكام ١١٥/٢ ، معين الحكام ص ١٦٦ ، أحكام القرآن للجصاص ٣٨٦/٤ ، الأم ٨٨/٣ ، المغنى ٢٩٨/٢ ، إعلام الموقعين ٢٠/٣ .

(٦) فتح القدير ١٢٩/٦ .

(٧) سورة يوسف آية : ١٨ .

خرقاً ولا أثراً استدلل بذلك على كذبهم ، وقال لهم : متى كان هذا الذئب حكيماً يأكل يوسف ولا يخرق القميص " (١) .

٢- قوله تعالى: ﴿قَالَ هِيَ رَاوَدْتَنِي عَنْ نَفْسِي وَشَهِدَ شَاهِدٌ مِنْ أَهْلِهَا إِنْ كَانَ قَمِيصُهُ قَدْ مِّنْ قَبْلِ فَصَدَّقْتَ وَهُوَ مِنَ الْكَاذِبِينَ وَإِنْ كَانَ قَمِيصُهُ قَدْ مِّنْ دُبُرٍ فَكَذَّبْتَ وَهُوَ مِنَ الصَّادِقِينَ﴾ (٢) وجه الدلالة : هذه الآية يحتج بها من العلماء من يرى الحكم بالأمارات والعلامات فيما تحضره البيئات (٣) .

وأما الاستدلال بالسنة فقد أثبتت أحاديث كثيرة العمل بالقرائن منها :
١ - ما ورد في القسامة (٤) :

فعن سهل بن أبي خثمة قال : انطلق عبد الله بن سهل ومحبيصة بن مسعود إلى خيبر ، وهى يومئذ صلح فتنفرقا ، فأتى محبيصة إلى عبد الله بن سهل وهو يتشطح فى دمه قتيلاً ، فدفنه ثم قدم المدينة ، فانطلق عبد الرحمن بن سهل ومحبيصة وحويصة ابنا مسعود إلى النبي صلى الله عليه وسلم : فذهب عبد الرحمن يتكلم ، فقال : كبراً كبيراً - وهو أحدث القوم - فسكت فتكلما ،

(١) الجامع لأحكام القرآن ١٤٩/٩ .

(٢) سورة يوسف آية : ٢٦ ، ٢٧ .

(٣) تبصرة الحكام ١١٢/٢

(٤) والقسامة فى اللغة : الأيمان تقسم على أولياء القتل إذا ادعوا الدم .

(مادة (قسم) مختار الصحاح ص ٥٣٥ ، معجم مقاييس للغة ٨٦/٥ ، المصباح المنير ص ٦٩٠ .)

أما فى الشرع فقد اختلفت أقوال الفقهاء فى ذلك .

فعرفها الحنفية بأنها : البمين بالله تعالى بسبب مخصوص وعدد مخصوص وعلى شخص مخصوص على وجهه مخصوص .

وعرفها المالكية بأنها : خمسون يمينا متوالية بتأ ، بأن يقول بالله الذى لا إله إلا هو لمن ضربه مات أو لقد قتل .

وعرفها الشافعية بأنها : اسم للأيمان التى تقسم على أولياء الدم .

وعرفها الحنابلة بأنها : الأيمان المكررة فى دعوى القتل .

فوجب الحكم بالقسامة عند جمهور الفقهاء ، ويرى البعض عدم حجيتها وعدم تجوب العمل بها .

ومن قال أن القسامة قرينة للإثبات اشترط شروطاً متعددة تختلف باختلاف المذاهب وليس هنا مجال ذكرها وما يهمنى هو قضاء

النبي صلى الله عليه وسلم بالقسامة .

(بدائع الصانف ١٠/١٠٩ ، الشرح الكبير ٤/٢٩٣ ، بلغة السالك ١١/٢ ، الفواكه الدوانى ٢/٢٤٧ ، مغنى المحتاج ٤/١٠٩ .

المغنى والشرح الكبير ٣/١٠ ، بداية المجتهد ٢/٤٢٧ .)

فقال : أتخلفون وتستحقون قاتلكم - أو صاحبكم- قالوا وكيف نحلف ولم نشهد ولم نر؟ قال : فتبرئكم يهود بخمسين ، فقالوا : كيف نأخذ أيمان قوم كفار ؟ فعقله النبي صلى الله عليه وسلم من عنده (١) .

إلى غير ذلك من الأحاديث التي تثبت العمل بالقرائن .

٣ - وقد أخذ الصحابة رضوان الله عليهم بالقرائن ، فمن فتاويهم في ذلك :

١ - عن السائب بن يزيد أن عمر بن الخطاب خرج عليهم فقال : إني وجدت من فلان ريح شراب . فزعم أنه شراب الطلاء وأنا سائل عما شرب ، فإن كان يسكر جلدته ، فجلده عمر الحد تاماً (٢) .

وفى رواية : قال عمر : وجدت من عبيد الله ريح شراب فإن كان يسكر جلدته (٣) .

٢ - وعن حنظيل بن المنذر أبي ساسان قال : شهدت عثمان بن عفان وأتى بالوليد -ابن عقبة- قد صلى الصبح ركعتين ثم قال : أريدكم فشهد عليه رجلان أحدهما أنه شرب الخمر وشهد آخر أنه رآه يتقياً ، فقال عثمان : إنه لم يتقياً حتى شربها ، فقال : يا على قم فاجلده ، فقال على : قم يا حسن فاجلده ، فقال الحسن ، ولّ حارها من تولى قارها (٤) ، فكانه وجد عليه ، فقال : يا عبد الله بن جعفر قم فاجلده ، فجلده ، وعلى يُعذُّ حتى بلغ أربعين ، فقال : أمسك ، ثم قال : جلد النبي صلى الله عليه وسلم أربعين ، وجلد أبو بكر أربعين ، وعمر ثمانين ، وكل سنة وهذا أحب إليّ (٥) .

إلى غير ذلك من فقه الصحابة في العمل بالقرائن الظاهرة ، وبالعمل بالقرائن والأمارات أخذ كثير من الفقهاء (٦) .

-
- (١) أخرجه البخارى ومسلم : البخارى كتاب الجزية والموادعة ، باب الموادعة والمصالحة مع المشركين بالمال وغيره وإثم من لم يف بالعهد ، ومسلم كتاب القسامة "فتح البارى ٣١٧/٦ ، ومسلم بشرح النووى ١٤٣/١١ وما بعدها " .
- (٢) أخرجه مالك فى الموطأ ، كتاب الأشربة ، باب الحد من الخمر ص ٥٢٦ .
- (٣) أخرجه البخارى فى صحيحه ، كتاب الأشربة ، باب الباق ومن نهى عن كل مسكر من الأشربة "فتح البارى ٦٥/١٠" .
- (٤) يقول الامام النووى : الحار ، الشديد المكروه ، والقار ، البارد الهنىء ، وهذا مثل من أمثال العرب ، قال الأصمعى وغيره معناه : ول شدتها وأوساخها من تولى هنيئها لذاتها (مسلم بشرح النووى ٢١٩/١١) .
- (٥) أخرجه مسلم فى صحيحه ، كتاب الحدود ، باب حد الخمر "مسلم بشرح النووى ٢١٦/١١" .
- (٦) تبصرة الحكام ١١٥/٢ ، معين الحكام ص ٢٠٧ ، ٢١٢ وما بعدها ، الطرق الحكمية ص ٣ وما بعدها ، إعلام الموقعين ٢٠/٣ ، الأحكام السلطانية للماوردى ص ٧٠ ، ١٩٢ ، ٢١٠ .

فالقاعدة إذن في الإثبات هي إثبات التعدى .
وهناك حالات يكفى إثبات السبب المولد للتعدى غالباً ، كفتح كوى تشرف على سطح
الجار (١) . وأما عن رابطة السببية بين الفعل والضرر فيعتمد في إثباتها في كثير من الأحوال
على شهادة الخبراء (٢) .
من هذا نعلم : أن إثبات المضارة في استعمال الحق في الغالب الأعم تثبت بالبينة
والقرائن والأمارات .

المطلب الثانى

إثبات المضارة في استعمال الحق فى القانون ^{الدلى}

معنى الإثبات :

يقصد بإثبات الحق : إقامة الدليل أمام القضاء بالطرق التى حددها القانون على وجود
واقعة قانونية يدعيها أحد طرفى الخصومة وينكرها الطرف الآخر (٣) .

محل الإثبات :

هو الواقعة القانونية مصدر الحق ، أما ما يطبق على هذه الواقعة فهذا شأن القاضى ،
ويخضع فى ذلك لرقابة محكمة النقض (٤) .

عبء الإثبات :

تنص المادة الأولى من قانون الإثبات رقم (٢٥) لسنة ١٩٦٨ على من يكون عبء
الإثبات فنقول " على الدائن إثبات الالتزام وعلى المدين إثبات التخلص منه " .
فطبقاً لهذا النص الذى يتحمل عبء الإثبات هو الدائن ، وهو الذى يدعى الدين فى ذمة
المدين ، فإذا نجح الدائن فى إثبات حقه كان الظاهر أن المدين لم يقم بالوفاء به فيكون عليه أن
يثبت خلاف هذا الظاهر ، أى يثبت التخلص من هذا الدين بإثبات الوفاء به مثلاً أو إثبات
سقوطه بالتقادم .. إلخ (٥) .

(١) البهجة شرح التحفة ٣٣٥/٢ . (٢) تبين الحقائق ١٤٥/٦ .

(٣) د/ السنهورى ، الموجز فى النظرية العامة للالتزامات فقرة ٦١٤ ص ٦٤٥ ، د/ عبد الخالق حسن ، دروس فى قانون

الإثبات وأحكام الالتزام ص ١ ، د/ سليمان مرقس ، أصول الإثبات ص ١١ ط عالم الكتب ١٩٨١ .

(٤) نقض مدنى ١٩٨٨/٤/١٨ طعن ١٠٨٤ لسنة ٥٢ ق مجموعة أحكام النقض السنة التاسعة والثلاثون ج١ ص ٦٦٦ .

(٥) د/ السنهورى الوسيط ح٢ فقرة ٦١٦ ص ٦٥٢ ، د/ عبد الناصر العطار ، مبادئ القانون ص ٢٥٠ .

إذن عبء الإثبات يقع على المدعى وهو من يدعى خلاف الظاهر أو الثابت ، سواء أكان مدعى عليه أصلاً فى الدعوى أم مدعياً فيها .

هذا هو الأصل ، إلا أن القانون قد يقيم قرينة لصالح من يدعى خلاف الظاهر ، بحيث إذا توافرت هذه القرينة فإن عبء الإثبات ينتقل من المدعى إلى من ينكر إثبات ما يدعيه باعتبار أنه يدعى خلاف الوضع الثابت فرضاً (١) .

من ذلك ما تنص عليه المادة ١٩ من قانون الإثبات إذ تقول : " التأثير على سند بما يستفاد منه براءة ذمة المدين حجة على الدائن إلى أن يثبت العكس .. " .

طرق الإثبات :

بين قانون الإثبات الجديد طرق الإثبات ، مرتبة على النحو التالى : الكتابة ، شهادة الشهود ، القرائن ، حجية الأمر المقضى به ، الإقرار ، استجواب الخصوم ، اليمين : المعاينة ، الخبرة (٢) .

وهذه الأدلة تنقسم إلى أدلة مطلقة ، أى تصلح لإثبات جميع الحقوق وهى : الكتابة ، الإقرار ، اليمين ، وأدلة مقيدة ، أى تثبت بها بعض مصادر الحقوق ، بشروط معينة وهى : شهادة الشهود أو البيينة ، والقرائن القضائية ، والمعاينة ، والخبرة (٣) .

وقد بين المشرع طرق الاحتجاج بكل دليل من هذه الأدلة ، وليس هذا محل البحث والذى يهمنا هو أن المدعى عليه أن يثبت مسئولية مرتكب الفعل غير المشروع ، بكافة طرق الإثبات ، بما فى ذلك البيينة والقرائن (٤) .

وللقاضى دور كبير فى الإثبات ، فله أن يأخذ من تلقاء نفسه بقرينة لم يتقدم بها المدعى ، ولا رقابة عليه من محكمة النقض فى إثبات وقوع الضرر (٥) أما التثبت من شروط الضرر القانونية من كونه ضرراً محققاً ، حال أو مستقبلاً ، مادياً أو معنوياً يمس مصلحة مشروعة أو غير مشروعة ، يعد من الأمور التى يخضع فيها قاضى الموضوع لرقابة محكمة النقض (٦) .

(١) د/ عبد الناصر العطار ، المرجع السابق ص ٢٥٠ ، د/ عبد الخالق حسن ، السابق ص ١٠ ، أ/ حسين عامر ، المسئولية

المدنية ص ٤٦٦ وما بعدها ، د/ توفيق فرج ، قواعد الإثبات فى المواد المدنية والتجارية ط مؤسسة الثقافة سنة ١٩٨ ص ٢٤ .

(٢) د/ عبد الخالق حسن ، السابق ص ١١ ، د/ السنهورى ، الوسيط ج ٢ فقرة ٦٣ ص ١٠١ .

(٣) د/ عبد الناصر العطار ، السابق ص ٢٥٠ .

(٤) د/ السنهورى ، الوسيط ج ٢ فقرة ١٨١ وما بعدها .

(٥) د/ سليمان مرقس ، المسئولية المدنية ج ١ ص ١٧٦ ، نقض مدنى ١٩ / ١ / ١٩٨٤ طعن ٨٢٧ س ٥٠ ق ، مجموعة القواعد

القانونية ٣٩٦/٢ . (٦) نقض مدنى ٣٠ / ٤ / ١٩٨٦ طعن ٤٤٨ ش ٥٢ ق " مجموعة القواعد القانونية ٣٩٦/٢ .

فإذا نجح المدعى فى إثبات حقه ، استطاع أن يتمتع بما يخوله له الحق من سلطة ومزايا ، ومن حق المدعى عليه أن يثبت أن الضرر قد نشأ عن سبب أجنبى لا يدلله فيه (١) .
 أما إذا فشل المدعى عن إثبات حقه ، كان حقه والعدم سواء (٢) .
 وأخيراً أقول : إن قواعد الإثبات ليست من النظام العام ، بمعنى أنه يجوز للطرفين أن يتفقا على وسيلة معينة من وسائل الإثبات وبطريقة معينة يثبت بها .
 وهذا ما قضت به محكمة النقض (٣) إذ تقول : " قواعد الإثبات ، وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة ليست من النظام العام ، فإذا سكت عنها عد ذلك تنازلاً منه عن حقه فى الإثبات بالطريق الذى رسمه القانون .. "

المقارنة بين الفقه الإسلامى والقانون من حيث إثبات المضارة فى استعمال الحق :

بعد هذا العرض السريع لإثبات المضارة فى الفقه الإسلامى والقانون يتضح مايلى :
أولاً : وافق القانون الفقه الإسلامى فى جعل عبء الإثبات على المدعى بالضرر حتى يتسنى له أن يطالب بجبر هذا الضرر .

ثانياً : وافق القانون الفقه الإسلامى فى إثبات الضرر بالبنية والقرائن وكافة طرق الإثبات الأخرى .

ثالثاً : خالف القانون الفقه الإسلامى فى خروجه على القاعدة العامة فى إثبات الضرر وأعفى المدعى من الإثبات إذا وجدت قرينة قانونية منصوص عليها ، أما الفقه فلم يخرج عن القاعدة العامة فى الإثبات .

(١) د/ سليمان مرقس ، السابق ج ١ ص ٤٨٠ ، أ/ حسين عامر ، السابق ص ٤٦٦ .

(٢) د/ عبد الناصر العطار ، السابق ص ٢٤٩ .

(٣) نقض مدنى ١٢/٣/١٩٨٦ طعن رقم (١٦٨٢) ش ٤٩ ق ، نقض ٢٨/٥/١٩٨٦ طعن رقم ٩٦٠ لسنة ٤٧ ق ، المجموعة السنة السابعة والثلاثون ص ٣١٩ ، ٦١٥ .

المبحث الثاني

جزاء المضارة في استعمال الحق في الشريعة والقانون

يترتب على إساءة استعمال الحق ضرر يلحق بالغير ، هذا الضرر يستوجب مساءلة فاعله . أى توقيع الجزاء عليه ، وفى هذا المبحث أبين هذا الجزاء فى مطلبين .

المطلب الأول : جزاء إساءة استعمال الحق فى الشريعة الإسلامية .

المطلب الثانى : جزاء إساءة استعمال الحق فى القانون .

وسوف أوضح ذلك بإيجاز .

المطلب الأول

جزاء إساءة استعمال الحق فى الشريعة الإسلامية

قبل أن أبين أنواع الجزاء فى الشريعة الإسلامية ، أودأن أبين معنى الجزاء .

الجزاء لغة : (١)

المكافأة على الشئ ، جزاه به وعليه جَزَاءً ، وجزاه مجازاة وجزاءً ، والجزاء : يكون ثواباً ويكون عقاباً قال تعالى: ﴿لِيَجْزِيَ الَّذِينَ أَسَاءُوا بِمَا عَمِلُوا وَيَجْزِيَ الَّذِينَ أَحْسَنُوا بِالْحَسَنِ﴾ (٢)

والجزاء فى الشرع :

هو كل ما يناله الإنسان المكلف المسئول من الله عز وجل من مكافأة مقابل عمله الاختيارى من ثواب على عمله الحسن فى الدنيا والآخرة ، ومن عقاب على عمله السئ فى الدنيا والآخرة (٣) . وقيل : احترام الجماعة لصانعى الخير وفاعلى المعروف ، واحتقارها لذوى الخصال الرديئة والأعمال السيئة (٤) .

أما أنواع الجزاء على إساءة استعمال الحق .

فإن الشريعة الإسلامية تقرر أربعة أنواع من الجزاء :

- ١ - الجزاء العينى .
- ٢ - الجزاء التعويضى - الضمان .
- ٣ - الجزاء التعزيرى .
- ٤ - الجزاء الأخرى .

(١) مادة (جزى) لسان العرب ١٤٣/١٤، تاج العروس ٧٣/١٠، معجم مقاييس اللغة ٤٥٥/١ .

(٢) سورة النجم آية : ٣١ . (٣) المسئولية والجزاء فى القرآن الكريم ص ٣٨٠ ، د/ محمد الشافعى .

(٤) المسئولية والجزاء فى السنة المطهرة ص ٤٤٠ ، د/ حسن صالح العنانى .

أولاً : الجزاء العيني :

وقد أطلق عليه الفقهاء الأداء ، وقد عرفوه بأنه : فعل ما طلب من العمل بعينه . أما القضاء فهو : أداء مثل الواجب (١) .

واعتبر الفقهاء الأداء أصلاً ، والقضاء خلفاً ، وقالوا : لا بد لثبوت القضاء العجز عن الأداء ، ثم قسموا الأداء إلى أداء كامل ، وأداء قاصر .

الأداء الكامل : مثل رد عين المغصوب غير مشغولة بجناية ، أما الأداء القاصر: مثلوا له برد عين المغصوب مشغولة بجناية (٢) .

جاء في تبيين الحقائق (٣) : " ورد العين هو الموجب الأصلي ، لأنه أعدل وأكمل في رد الصورة والمعنى ، ولو أتى بالقيمة أو المثل قبل هلاك العين لا يعتد به لكونه قاصراً " وهذا محل اتفاق بين جميع المذاهب (٤) .

أما القضاء : فهو ضمان مثل المتلف ، ففيه تتحقق المماثلة مع الواجب الأصلي صورة ومعنى ، لأنه لما تعذر رد العين وجب رد ما يقوم مقامها في المالية ، ثم ينظر فإن كان مما تتماثل أجزاؤه وجب المثل ، فإن لم يجد فالقيمة (٥) .

فالجزاء العيني ، لا يكون بصورة واحدة في جميع الحالات ، بل هو على أشكال مختلفة تبعاً لاختلاف حالات الإساءة .

١ - قد يكون بحرمان صاحب الحق من حقه عقوبة له . كما في سلب الولاية من الوالي على النفس أو المال إذا أساء استعمال هذا الحق ، وقيام القاضى مكانه كما في تزوج المولى عليها من كفاء إذا أبى الأب تزويجها .

٢ - وقد يكون بمنع صاحب الحق من استعمال حقه منعاً للضرر الناتج منه ، وذلك كمنع الغاصب من هدم ما بناه في العين المغصوبة إذا كانت الأتقاض لا تعود عليه بفائدة ، ومنع أحد الشريكين من قسمة المال المشترك إذا كان الآخر يستنصر بها .

٣ - وقد يكون بإلزام صاحب الحق على استعماله كما في المحتكر ، فإنه يجبر على البيع بثمن المثل ، دفعاً لتعسفه.

(١) التقرير والتحبير على التحرير ١٢٤/٢ .

(٢) المرجع السابق ١٢٧/٢ .

(٣) تبيين الحقائق للزيلعي ٢٢٢/٥ .

(٤) بداية المجتهد ٣١٧/٢ ، قواعد الأحكام ١٨٠/١ ، المغنى والشرح الكبير ٤١٧/٥ ، المحلى ٥٦٥/٨ ، البحر الزخار ١٧٨/٤ .

(٥) شرح كتاب النيل ٥٥/٣ ، شرائع الإسلام ٢٣٩/٣ .

- ٤ - وقد يكون بازالة سبب الإساءة ، وذلك بالمنع من مباشرة سبب الضرر قبل الوقوع ، أو إزالته أو قطع سببه بعد الوقوع ، منعا لاستمراره ، كما في إجبار الجار على بناء ساتر يمنعه من الاطلاع والإشراف على عورات جاره .
- ٥ - وقد يكون بإبطال التصرف الذى يساء استعمال الحق فيه كإبطال نكاح التحليل (١) .

ثانيا : الجزاء التعويضى " الضمان " :

الضمان فى اللغة : (٢)

يدور حول معنى الالتزام ، يقال : ضمنت الشئ ضماناً فأنا ضامن ومضمون وضمنته الشئ تضميناً فتضمنه عنى مثل غرمته فالتزمه . والضمين : الكفيل ، ضمن الشئ وبه ضمنا وضماناً : كفل به ، وضمنه إياه : كفله .

أما الضمان فى الشرع :

استعملت كلمة الضمان فى الشرع بمعنيين : الكفالة ، الالتزام .

المعنى الأول : الكفالة :

وردت تعريفات عديدة لتعريف الضمان بهذا المعنى ، وكلها تدور حول ضم ذمة إلى أخرى فى المطالبة (٣) ، وهذا المعنى لم أقصده فى هذا البحث .

المعنى الثانى : الالتزام :

وردت تعريفات عديدة لتعريف الضمان بهذا المعنى منها :

- ١ - الضمان : رد مثل الهالك أو قيمته . (٤)
- ٢ - الضمان : واجب رد الشئ أو بدله بالمثل أو بالقيمة (٥) .
- ٣ - الضمان : عبارة عن غرامة التالف (٦) .
- ٤ - الضمان : إعطاء مثل الشئ إن كان من المثليات وقيمه إن كان من القيميات (٧) .

(١) الشيخ عيسوى ، بحثه السابق ص ١١٦ ، ١١٧ ، د/ الدرينى ، المرجع السابق ص ٢٨٨ ، د/ سعيد الزهاوى رسالته ص ٢٨٤ وما بعدها .

(٢) مادة " ضمن " لسان العرب ٢٥٨/١٣ ، تاج العروس ٢٦٥/٩ ، القاموس المحيط ٢٣٩/٤ الصحاح ٢١٥٥/٦ ، معجم مقاييس اللغة ٣٧٢/٣ .

(٣) الشرح الكبير ٣٢٩/٣ ، مغنى المحتاج ١٩٨/٢ ، المغنى والشرح الكبير ٥٣٤/٤ .

(٤) غمز عيون البصائر على الأشباه ٢١١/٢ . (٥) الوجيز للغزالي ٢٠٨/١ .

(٦) نيل الأوطار ٢٥٣/٥ .

(٧) مجلة الأحكام العدلية المادة ٤١٦ .

وهذا المعنى هو المراد في موضوع المضارة في استعمال الحق وهو ما أقصده .
فالضمان : شرع وسيلة من وسائل حفظ أموال الناس وصيانتها ، محافظة على حقوقهم وبعداً عن ضررهم ، ودرءاً للعدوان عليهم ، وجبراً لما انتقص من أموالهم (١) .
 وكلمة الضمان تقابل الجزاء التعويضي .

والأصل في الشريعة الإسلامية إزالة الضرر ، فإن تعذر بأن كان الواقع لا يمكن ارتفاعه ، فيتدرارك عن طريق التعويض المالي ، لأن القاعدة الفقهية تقول " إذا تعذر الأصل يصار إلى البديل " (٢) هذا بالنسبة إلى الأضرار المادية . فمن أجرى الماء في أرضه بقصد إتلاف زراعة جاره ، أو أجراها لرى أرضه وكان إجراؤه للماء غير معتاد ، فأدى إلى الإضرار بزراع جاره كان عليه ضمان ما تلف .
 والغالب في أحوال إساءة استعمال الحق ، الحكم بضمن القيمة ، لتعذر إعادة الشيء إلى حالته .
 وإذا وقع بالغير ضرر أدبي أو معنوي . فلم أطلع على نصوص تبين الحكم عند متقدمي الفقهاء ، أما الفقهاء المحدثون فقد اختلفوا في ذلك على رأيين :
 الرأي الأول :

ذهب أصحاب هذا الرأي (٣) إلى أن قواعد الشريعة لا تأتي ضمان هذا الضرر ، فإن الشريعة قد منعت الضرر في أي صورة من الصور ، وفي كل حال من الأحوال ، سواء أكان هذا الضرر يلحق الإنسان في نفسه أم في ماله أم في عرضه . وإذا كان الفقهاء قد نصوا على الأضرار المادية استناداً إلى تحريمها ومنعها ، فلا مانع من القول بتعويض الأضرار المعنوية أيضاً استناداً إلى هذا المعنى بعينه . وفي الأحكام الشرعية ما يمكن أن يستأنس به في هذا المقام ، فإن الشريعة قد أوجبت حد القذف على من يرمى بريئاً بالزنا وهذا ضرر معنوي أدبي . وأيضا الديات هي تعويضات عماليس بمال ، وكذلك المهر وبديل الخلع وأجرة الخدمة ونحوها فإنها مقابلة مال بماليس بمال . ومسألة التقدير يرجع فيها إلى العرف وأهل البصر بالأمور .

(١) الضمان للشيخ علي الخفيف ص ٨ .

(٢) مجلة الأحكام العدلية مادة ٥٣ .

(٣) الشيخ عيسوي في بحثه السابق ص ١١٥ ، الأستاذ / عبد المقصود شلتوت ، في بحثه في أسبوع الفقه الإسلامي ص ١٩٧ وما بعدها ، د / السعيد مصطفى السعيد في رسالته مدى استعمال حق الزوجه ص ٢٥٧ وما بعدها ، د / الدريني في رسالته ص ٥١٦ ، وله أيضاً نظرية التعسف ص ٢٩٠ .

الرأى الثانى :

ذهب أصحاب هذا الرأى (١) إلى أن الفقه الإسلامى لا يقدر تعويض الضرر الأدبى أو المعنوى خصوصاً وأن مثل هذا الضرر يجد ما يعوضه غالباً فى الاطمئنان إلى نزول العقاب الأخرى بمن تسبب فيه ، وباب التعزير يتسع لذلك ، فعدم تعويض الضرر المعنوى فكرة متأصلة فى الفقه الإسلامى .

الراجع :

أرى رجحان الرأى الأول ، لقلة الوازع الدينى عند الناس ، فضلاً عن خراب ذمهم وفساد أحوالهم ، كما أن هذا هو ما يتفق مع روح التشريع فى وجوب التضمين فى أى صورة من صور الضرر .

ثالثاً : الجزاء التعزيرى :

التعزير فى اللغة : (٢)

أصل التعزير : المنع والرد ، ولهذا قيل للتأديب الذى هو دون الحد تعزيراً ، لأنه يمنع الجانى أن يعاود الذنب ، وعزره : ضربه . والتعزير من الأضداد فقد يأتى بمعنى التعظيم والتوقير ، وقد يأتى بمعنى التأديب .

والتعزير فى الشرع :

هو التأديب على الذنوب والمعاصى التى لم يرد فى شأنها حد مقدر من قبل الشارع سواء أتعلقت هذه المعاصى بحقوق الله أم بحقوق الأدميين (٣) .
ويدخل فى النوع الثانى التعسف ، ونظراً لعدم ورود حد مقدر من قبل الشارع عقاباً على التعسف ، فإنه يجوز للحاكم أن يعزر المتعسف والمسئى بما يراه رادعاً له ، وهو يختلف باختلاف الأشخاص والفعل المرتكب والظروف المتعلقة به (٤) .
ويبتدىء بالتنبيه واللوم ، ويتدرج إلى التعنيف والتوبيخ والتغليب فى الكلام ، إلى الضرب بالعصا والسوط ، إلى الحبس والنفى ، كما يجوز التعزير بالعقوبات المالية ، وقد يصل إلى القتل (٥) .

(١) د/ سعيد الزهاوى فى رسالته السابقة ص ٢٨١ ، ٢٨٢ .

(٢) مادة "عز" لسان العرب ٥٦١/٤ وما بعدها ، تاج العروس ٣/٣٩٤ ، ٣٩٥ ، الصحاح ٢/٧٤٤ ، مختار الصحاح ص ٤٢٩ .

(٣) تبصرة الحكام ٢/٢٩٣ ، السياسية الشرعية لابن تيمية ص ٦٢ وما بعدها ، الأحكام السلطانية للمواردى ص ٣٣٠ ، الأحكام السلطانية لأبى يعلى ص ٢٧٩ .

(٤) تبصرة الحكام ٢/٣٠٥ ، معين الحكام ص ٢١٣ ، الفروق ١/٢١٣ ، مجموع فتاوى ابن تيمية ٢٨/١٠٧ .

(٥) تبصرة الحكام ٢/٣٠٢ ، مجموع فتاوى ابن تيمية ٢٨/١٠٧ : ١١٠ ، الأحكام السلطانية للمواردى ص ٢٣٦ .

والأصل فى التعزيرات : ما روى عن أبى بردة الأنصارى أنه سمع رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول ﴿ لا يجلد أحد فوق عشرة أسواط إلا فى حد من حدود الله ﴾ (١) .
قال الإمام النووى (٢) فى شرح هذا الحديث : اختلف العلماء فى التعزير هل يقتصر فيه على عشرة أسواط فما دونها ولا تجوز الزيادة أم تجوز الزيادة ؟ فقال أحمد بن حنبل وأشهب المالكي وبعض أصحابنا - الشافعية - لا تجوز الزيادة على عشرة أسواط . وذهب الجمهور من الصحابة والتابعين ومن بعدهم إلى جواز الزيادة .

وهذا ما فعله صحابة رسول الله صلى الله عليه وسلم . فعن أنس أن عمر رضى الله عنه كان إذا أتى برجل طلق أمراًه ثلاثاً أوجع ظهره ضرباً وكأنه أخذ تحريمه من قوله صلى الله عليه وسلم : ﴿ أيلعب بكتاب الله وأنا بين أظهركم ﴾ (٣) .
ولذلك قال الفقهاء : بتعزير المحتكر إذا لم يستجب للنهى ، لأنه يكون حينئذ قاصداً للإضرار (٤) ومعاقبة من يمتنع عن بيع ماوجب عليه بيعه بثمن المثل (٥) .
والأمثلة فى ذلك كثيرة ومن أراد المزيد فعليه الرجوع إلى تبصرة الحكام (٦) .
رابعاً : الجزاء الأخرى :

تمتاز الشريعة الإسلامية عن الشرائع الوضعية فى أنها توجب جزاء أخروياً بجانب الجزاء الدنيوى .

والعقوبة فى الجزاء الأخرى يمثل خوفها الوازع الدينى الذى يجعل من ضمير الإنسان خير رقيب عليه ، ويوقظ هذا الوازع الأخلاق ويحركها إذا ما طغت عليها المادة والشهوات وأرقدتها الجشع . ويتلافى عجز القضاء عن ملاحقة ما يغمض ويتعسر إثباته . فقد يكون هذا الجزاء الأخرى هو الجزاء الوحيد للفعل التعسفى إما للعجز عن إثباته ، وإما لكونه خارجاً عن تقدير القضاء .

فلهذا الجزاء أهمية كبيرة وخاصة بالنسبة لإساءة استعمال الحق ، نظراً لارتباط الكثير من أحوالها بالمقاصد والأغراض التى يصعب الوقوف عليها وإثباتها .

(١) أخرجه الإمام مسلم فى صحيحه ، كتاب حد الخمر ، باب قدر أسواط التعزير (مسلم بشرح النووى ٢٢١/١١) .

(٢) شرح النووى على حديث مسلم السابق ٢٢١/١١ وما بعدها .

(٣) أخرجه النسائى فى السنن ، كتاب الطلاق ، باب الثلاث المجموعة ومافيه من التغليظ (سنن النسائى ١٤٢/٦) .

(٤) الاختيار شرح المختار ١١٥/٣ وما بعدها .

(٥) الطرق الحكمية ص ٢٣٧ .

(٦) تبصرة الحكام لابن فرحون ٣٠٤/٢ - ٣١٥ .

فيقوم الجزاء الاخرى فيها بدوره فى الزجر والردع (١) .
ولذلك نجد بعض الفقهاء كأبى حنيفة ، يقصر الجزاء فى مضار الجوار على الجزاء
الأخرى . لأنهم اعتمدوا على قوة الوازع الدينى وهيمنة سلطان العقيدة (٢) .

المطلب الثانى

جزاء إساءة استعمال الحق فى القانون الجنى

مفهوم الجزاء : هو رد الفعل أو النتيجة المترتبة على مخالفة القاعدة القانونية (٣) .
وتقتضى القواعد العامة ، بأن كل خطأ سبب ضرراً للغير يلزم من ارتكبه بالتعويض .
فالضرر إذن شرط أساسى لا غنى عنه لمساءلة من ارتكب الخطأ ، وهو شرط لا بد منه للحكم
بالتعويض أياً كان الأساس الذى تقوم عليه المسئولية ، خطأ شخصى واجب الإثبات أو خطأ
مفترض أو تحمل التبعة .
ويتولى القاضى تقدير التعويض المستحق للمضروب . وبهذا الخصوص نُنص المادة
١٧١ مدنى مصرى على ما يأتى " ١ - يعين القاضى طريقة التعويض تبعاً للظروف ، ويصح
أن يكون التعويض مقسطاً كما يصح أن يكون إيراداً مرتباً ، ويجوز فى هاتين الحالتين إلزام
المدين بأن يقدم تأميناً " .
ويقدر التعويض بالنقد ، على أنه يجوز للقاضى تبعاً للظروف وبناء على طلب
المضروب أن يأمر بإعادة الحالة إلى ما كانت عليه ، أو أن يحكم بأداء أمر معين مُنصل بالعمل
غير المشروع وذلك على سبيل التعويض " (٤) .
والهدف من التعويض ، هو جبر الضرر الذى حاق بالمضروب فى أى صورة كانت ،
سواء أكان هذا الضرر مادياً أم أدبياً وسواء أكان متوقفاً أم غير متوقع وسواء أكان حالاً أم
مستقبلاً ما دام محققاً (٥) .

(١) د/ سعيد الزهاوى ، فى رسالته ص ٢٧٩ ، ٢٨٢ ، الشيخ عيسوى ، فى بحثه السابق ص ١١٧ ، د/ الدينى ، نظرية التعسف
ص ٢٩١ .

(٢) يدائع الصنائع ٢٦٣/٦ ، د/ عبد الله المصلح فى رسالته السابقة ص ٥٥٤ .

(٣) د/ نعمان خليل ، المدخل للعلوم القانونية ص ٤٧ ط ١٩٧٧ .

(٤) د/ محمد زهرة ، الطبعة القانونية عن مضار الجوار غير المألوفة بحث منشور بمجلة المحامى الكويتية سبتمبر ١٩٨٨ ص ٣١

(٥) د/ السنهورى ، الوسيط ص ١٠٩٧ فقرة ٦٤٧ .

وذلك طبقاً لأحكام محكمة النقض(١) ، إذ قضت بأن ثبوت الضرر موجب للتعويض مادياً كان أو أديباً ، والضرر الأديبي هو كل ضرر يؤذي الإنسان في شرفه أو يصيب عاطفته وإحساسه .

وللقاضي أن يستعين في هذا الشأن بالغرامة التهديدية إذا توافرت شروط استخدامها طبقاً للمادة (١/٢١٣ مدنى) إذ تقول : إذا كان تنفيذ الالتزام عيناً غير ممكن أو غير ملائم إلا إذا قام به المدين بهذا التنفيذ وبدفع غرامة تهديدية إن امتنع عن ذلك " . كما أن للجار المضروب أن يطلب من القضاء ترخيصاً في أن يقوم بالإزالة على نفقة المالك طبقاً للمادة ٢١٢ مدنى إذا تقول : " إذا التزم المدين بالامتناع عن عمل وأخل بهذا الالتزام ، جاز للدائن أن يطلب إزالة ماوقع مخالفاً للالتزام ، وله أن يطلب من القضاء ترخيصاً في أن يقوم بهذه الإزالة على نفقة المدين " .

وليس حتماً على القاضي أن يجيب الجار المضروب إلى طلب الإزالة ، ذلك أن للقاضي سلطة التقدير في تحديد طريقة التعويض ، فإذا كانت إزالة المضار يترتب عليها إرهاب للمالك بحيث تسبب له خسارة فادحة فإن القاضي بدلاً من أن يحكم بالإزالة يقتصر على الحكم بتعويض نقدي إذا كان ذلك لا يلحق بالجار ضرراً جسيماً طبقاً للمادة (٢/٢٠٣ مدنى) وقد يرى القاضي في غير الحالة السابقة أن من الأفضل للاقتصاص على الحكم بتعويض نقدي إذا كانت الإزالة من شأنها أن تؤدي إلى وقف نشاط ضرورى للاقتصاص الوطنى أو تعطيل عدد كبير من الموظفين(٢).

تلك هي الخطوط الرئيسية للتعويض طبقاً للقواعد العامة للمسئولية التفصيلية ولكن ما مدى اتفاق القواعد الخاصة بالمسئولية عن مضار الجوار غير المألوفة مع هذه القواعد العامة.

للإجابة على ذلك نقول : إن المسئولية عن مضار الجوار تخرج عن هذه القواعد العامة من ناحيتين . الأولى : أن التعويض الأصل فيه التعويض العيى .

(١) طعن رقم ٣٠٨ لسنة ٥٨ ق جلسة ١٩٩٠/٣/١٥ منشور بمجلة القضاة العدد الأول لسنة ١٩٩٢ ص ٤٥٢ وما بعدها .

(٢) د / عبد المنعم الصدة ، المرجع السابق ص ٩٥ فقرة ٦١ ، د / على عرفة ، المرجع السابق ص ١٢٨ فقرة ٨٥ ، د /

السنهورى ، الوسيط ٧٠٩/٨ فقرة ٤٤٠ ، د / منصور مصطفى ، المرجع السابق ص ٦١ فقرة ٢٤ ، د . إسماعيل غانم ، المرجع

السابق ص ١٣٦ فقرة ٦٣ ، د / توفيق فرج ، المرجع السابق ص ١٦١ فقرة ٦٧ .

الثانية : أن التعويض لا يشمل سوى الضرر غير المألوف (١) .

وذلك طبقاً لنص المادة ٨٠٧ مدنى مصرى .

أولاً : من ناحية الأصل فى التعويض :

الأصل فى التعويض عن مضار الجوار غير المألوفة ، هو التعويض العينى ، ويبدو ذلك بوضوح من نص المادة ٢/٨٠٧ مدنى إذ تقول (ليس للجار أن يرجع على جاره فى مضار الجوار المألوفة التى لايمكن تجنبها ، وإنما له أن يطلب إزالة هذه المضار إذا تجاوزت الحد المألوف) فجزاء المسؤولية إذن الأصل فيه ، التعويض العينى ، والتنفيذى العينى يقصد به ، إزالة الضرر الواقع فى الماضى ومنعه فى المستقبل . وتتخذ هذه الإزالة صوراً مختلفة بحسب ظروف كل حالة ، فقد يحكم القاضى بإزالة مصدر الضرر نهائياً كغلق مصنع أو رفع آلة أو هدم مدخنة ، وقد يحكم بتعديل فى وضع الشئ مصدر الضرر كنقل آلة من مكانها إلى مكان آخر أو توجيه فوهة مدخنة اتجاهها آخر ، وقد يحكم بإلزام المالك بالامتناع عن العمل فى وقت معين ، كأن يكون هذا الوقت فترة من الليل ينام الجار خلالها ، وقد يحكم بإلزام المالك باتخاذ الاحتياطات ، ويجوز كذلك باتخاذ تدابير معينة أو القيام بأعمال معينة من شأنها أن تمنع الضرر فى المستقبل مع الحكم بتعويض نقدى عن الضرر الذى حدث فى الماضى . ويجوز أيضاً للقاضى أن يحكم بتعويض نقدى أو بتعويض عينى ويخير المالك بين تنفيذ أى من الجزائين يختاره (٢) .

وهذا ما جرى به العمل فى أحكام محكمة النقض الحديثة .

إذ قضت بأن : تقدير التعويض هو من إطلاقات محكمة الموضوع ، بحسب ما تراه مناسباً لجبر الضرر مادام تقديرها قائماً على أسباب سائغة تبرره ، ولا يوجد نص خاص فى القانون يلزمها باتباع معايير معينة بهذا الصدد (٣) .

ولا يعيب الحكم أن يدمج الضررين الأدبى والمادى معاً ، ويقدر التعويض عنهما بغير تخصيص لمقدراه عن كل منهما ، إلا أن ذلك يحول دون قيام حقيقة الواقعة ، وهى أن كل عنصر من هذين العنصرين كان له حسابه وتحديد مقدار التعويض المقضى به ، بحيث إذا استبان بعد ذلك عدم أحقية المحكوم له فى أحدهما كان من المتعين إنقاص ما يقابله من

(١) د/ محمد زهرة، البحث السابق ص ٣٢. (٢) د/ حسن كيرة ، المرجع السابق فقرة ٤٤٠ ص ٧٠٩، د/ على عرفة المرجع السابق ص ٥٨ ، د/ البدروى ، المرجع السابق فقرة ١٥٥ ص ١٢٨ ، أستاذنا الأستاذ الدكتور/ لاشين الغيايى ، رسالته مس ٤٢٥. (٣) طعن ٣٠٨ لسنة ٥٨ ق جلسة ١٩٩٠/٣/١٥ ، مجلة القضاة السابقة ص ٤٩٢ طعن رقم ٦٤٤ ش ٥٣ ق جلسة ٦/١٧ سنة ١٩٨٦ م ، مجموعة أحكام النقض سنة ١٩٨٩ ٣٩٤/٢ ، طعن ١٨٢٩ ش ٥١ ق جلسة ١٩٨٥/٣/٧ مجموعة النقض ٣٩٥/٢ .

التعويض وهو ما يقتضى بطريق اللزوم النزول عن المقدار المقضى به ابتدائياً (١) ، ويشترط للحكم بالتعويض عن الضرر المادى ، الإخلال بمصلحة مالية للمضرور ، وأن يكون محققاً ، بأن يكون قد وقع بالفعل ، أو يكون وقوعه فى المستقبل حتمياً ، فإذا أصاب الضرر شخصاً بالتبعية عن طريق ضرر أصاب شخصاً آخر فلا بد أن تتوافر لهذا الأخير حق أو مصلحة مالية مشروعة يعتبر الإخلال بها ضرراً أصابه (٢) إلى غير ذلك من الأحكام الكثيرة لمحكمة النقض

أثر الترخيص الإدارى فى هذه المسئولية :

كثيراً ما يكون الاستعمال الذى قام به المالك وأدى إلى الإضرار بالجار مرخصاً به من الجهة الإدارية المختصة ، كما هى الحال بالنسبة إلى المحال المقلقة للراحة أو المضرة بالصحة أو الخطرة حيث يوجب القانون الحصول على ترخيص إدارى لإنشائها .

ومن المسلم به أن الترخيص الإدارى لا يحول دون قيام مسئولية المالك عن المضار التى تصيب الجار وهذا ما صرح به المشرع فى الفقرة الثانية من المادة ٨٠٧ مدنى بقوله : " ولا يحول الترخيص الصادر من الجهات المختصة دون استعمال هذا الحق " وعلى هذا أجمع الفقه والقضاء ، وحجتهم فى ذلك قاطعة ، وهى أن الترخيص الإدارى بإنشاء هذه المحال ، وإن يكن من شأنه أن يعصم أصحابها من المسئولية الجنائية التى يستتبعها التشغيل بدون رخصة ، إلا أنه لا يجعلهم فى أمان من المسئولية المدنية المترتبة على إلحاق ضرر فاحش بالغير ، وذلك لأن الغرض من الترخيص هو رعاية المصلحة العامة حتى تكون هذه المحال مستوفية للشروط التى يتطلبها القانون ، وليس من شأنه إهدار المصالح الخاصة التى يحميها حق المحاكم فى الحكم بالتعويض عن كل ما يصيبها من ضرر (٣) .

ولكن هل الترخيص الإدارى - وإن كان لا يمنع من المسئولية - من شأنه أن يحد من سلطان القضاء فى اختيار الجزاء المناسب مع الضرر ؟

(١) طعن ٦١٧ ش ٥١ ق جلسة ١/٢٢ / ١٩٨٥ مجموعة النقض السابقة ٣٩٥/٢ ، وطعن ١٣٦٨ ش ٥٠ ق ١/٨ / ١٩٨٥ مجموعة

النقض السابقة ٣٩٥/٢ . (٢) طعن ١٧٧٣ س ٥١ ق جلسة ١٩٨٥/٥/٩ مجموعة النقض السابقة ٣٩٦/٢ .

(٣) د/ الصدة ، المرجع السابق فقرة ٦٢ ص ٩٦ ، د/ محمد عرفة ، المرجع السابق بص ٥٨ ، د/ منصور مصطفى ، المرجع

السابق فقرة ٢٤ ص ٦١ ، د/ السنهورى ، المرجع السابق فقرة ٤٣٠ ص ٦٩٩ .

ذهب البعض (١) :

إلى أن الترخيص الإداري من شأنه أن يحد من سلطان القضاء في اختيار الجزاء المناسب مع الضرر ، فليس للمحاكم أن تلجأ إلى طريقة التنفيذ العيني ، سواء أكان ذلك عن طريق الحكم بالإزالة أم باتخاذ احتياطات من شأنها أن تؤثر في طريقة سير العمل على النحو المرخص به ، لأن ذلك من شأنه المساس بموضوع العمل الإداري ، والمحاكم ممنوعة من ذلك ، فلا يبقى أمام القاضى إذن إلا الحكم بتعويض مالى يتناسب مع الضرر المحقق ، وليس ثمة ما يمنعه من الإشارة إلى الاحتياطات الواجب اتخاذها ، وإحالة المدعى إلى الجهة الإدارية المختصة للنظر في الأمر لها .

وذهب جمهور شراح القانون في مصر(٢) .

إلى أن الترخيص الإداري لا يترتب عليه أى أثر في حق الجار المضروب ، وبالتالي لا أثر له في مسؤولية المالك . وهذا ما نصت عليه المادة ٨٠٧ مدني صراحة في قولها (ولا يحول الترخيص الصادر من الجهات المختصة دون استعمال هذا الحق) ، وأيضا موضوع الدعوى ليس الطعن في القرار الإداري الأمر بالترخيص ، بل هو مسؤولية المالك الذى يجاوز المضار العادية.

وإلى هذا الرأي أميل فيجوز للقاضى أن يحكم بالتعويض العيني كما له أن يحكم بالتعويض النقدي .

ثانيا ما يشمله التعويض :

رأينا أن التعويض يهدف - حسب القواعد العامة للتعويض - إلى جبر الضرر(٣) . ، فالتعويض يقدر بمقدار الضرر ، فالضرر طالما كان مباشرا ومحققا ، يجب أن يشمله التعويض ، فإذا لم يتيسر للقاضى وقت الحكم أن يقدر التعويض تقديرا نهائيا ، فله أن يحتفظ

(١) د. محمد عرفة ، المرجع السابق ص٥٩ .

(٢) د. السنهورى ، المرجع السابق فقرة٤٣٠ ص٦٩٩ ، د. الصدة ، المرجع السابق فقرة ٦٢ ص٩٧ ، د. حسن كبيرة ، المرجع السابق فقرة ١٠٠ ص٣٣٢ ، د. إسماعيل غانم ، المرجع السابق فقرة٦٣ ص١٣٦ ، د. منصور مصطفى، المرجع السابق فقرة ٢٤ ص٦١ ، د. مصطفى الجمال ، المرجع السابق فقرة ١٣٠ ص٢١٣ ، د. البدرأوى ، المرجع السابق فقرة ٨٤ ص١٢٧ ، د. توفيق فرج ، المرجع السابق فقرة ٦٨ ص١٦٢ ، د. أحمد سلامة ، المرجع السابق فقرة ٣٧ ص١١٧ ، د. عبد العزيز أبو غنيمية ، المرجع السابق فقرة ٥٦ ص١٤٥ ، أستاذنا الدكتور/ لاشين الغاياتي ، فى رسالته السابقة ص٤٢٣ .

(٣) وذلك طبقا للمادة ١٦٣ إذ تقرر : (كل خطأ سبب ضررا للغير يلزم من ارتكبه بالتعويض) .

بالحق في أن يطالب خلال مدة معينة بإعادة النظر في التقدير (١) .
 أما بالنسبة للمسئولية عن مضار الجوار ، فالتعويض لا يشمل سوى الأضرار غير
 المألوفة فقط ، أما إذا لم يتجاوز هذا الحد وبقي في نطاق الضرر المألوف ، فلا يشمل
 التعويض وهكذا تبدو (ذاتية) المسئولية عن مضار الجوار واضحة من هذه الناحية ، فالتعويض
 يجب حسب القواعد العامة أن يشمل كافة الأضرار مألوفة أم غير مألوفة ، بينما في المسئولية
 عن مضار الجوار يقتصر على الأضرار غير المألوفة (٢) .

المقارنة بين جزاء المضارة في استعمال الحق

في الشريعة الإسلامية والقانون المصري

من العرض السابق لأنواع الجزاء عن مضار الجوار في الشريعة والقانون يتضح ما يلي :-
 إن من أنواع الجزاء ما توافق القوانين الوضعية الشريعة الإسلامية في فرضه ومنها
 ما لا تعرفه هذه القوانين .

فالجزاء الأخرى لا وجود له في القانون ، ولهذا أثره في النظام الاجتماعي ويظهر
 نقصا لا يمكن تلافيه في القانون الوضعي .
 وأيضا الجزاء التعزيزي تعارضه قاعدة "لا عقوبة إلا بنص" ، فالقاضي مقيد في فرض
 العقوبات بما بينه القانون وفي الحدود المنصوص عليها .

أما في الفقه الإسلامي فيتمتع القاضي بسلطة تقديرية في تطبيق عقوبة التعزير استنادا
 إلى مبدأ عام ، بتعزير كل من يضر بمصلحة مشروعة للمجتمع أو لأحد الأفراد تخرج عن
 نطاق العقوبة المقدرة لجرائم الحدود والقصاص ، وهي تختلف باختلاف الأشخاص والفعل
 المرتكب والظروف المتعلقة به ، ولهذه العقوبة أثر في الردع والزجر .
 أما الجزاء العيني والجزاء النقدي ، أو التعويض العيني والضمان ، فهذا مما اتفق فيه
 القانون الوضعي مع الشريعة الإسلامية مع اختلافهما في بعض التفاصيل والجزئيات .

(١) وذلك طبقا للمادة ١٧٠ مدني إذ تقرر : (يقدر القاضي مدى التعويض عن الضرر الذي لحق المضرور طبقا لأحكام المادتين
 ٢٢٢ ، ٢٢١ مرعيا في ذلك الظروف الملائمة ، فإن لم يتيسر له وقت الحكم أن يعين مدى التعويض تعينا نهائيا ، فله أن يحتفظ
 للمضرور بالحق في أن يطالب خلال مدة معينة بإعادة النظر في التقدير) .

(٢) د. محمد زهرة ، البحث السابق ص ٣٣ ، د. عبد العزيز أبو غنيمة ، المرجع السابق ص ١٢٤ فقرة ٤٧ .

الباب الثاني

أنواع الجوار في الفقه الإسلامي والقانون

المدني

الباب الثاني

أنواع الجوار في الفقه الإسلامي والقانون

إن الجوار من الأمور الضرورية واللازمة للحياة ، لا يستطيع الإنسان الفرار منه ما دام أنه مدنى بطبعه وأن العمران فى تطور ، وما من شريعة من الشرائع السابقة إلا وقد حثت على حسن الجوار ، ليعيش الناس فى ألفة من غير تباغض ولا شحناء . وللجار على الجار حقوق كثيرة ، بينت الشريعة الإسلامية هذه الحقوق ، ومن أهم هذه الحقوق عدم الإضرار به فى نفسه، أو ماله ، أو عرضه ، فوجب مراعاة هذه الحقوق وعدم الإخلال بها ، وذلك بالعمل على منع ما يضر بالجار قبل حدوثه وإزالته بعد حدوثه . ولما كانت علاقة الجار بالجار تختلف باختلاف نوع الارتباط بينهما ، فقد يكون الارتباط بينهما ناشئاً من جوار دار أحدهما بدار الأخر، وقد يكون ناشئاً من وجود بناء لأحدهما له حق القرار على بناء الأخر ، لما كان الأمر كذلك وجب أن يبين كل نوع من هذه الارتباطات وذلك فى فصلين :

الفصل الأول : الجوار الجانبى ، ويسمى بالجوار المطلق

الفصل الثانى : الجوار الأفقى ، ويسمى حق التعلئ (ملكية الطبقات والشقق)

وسوف أبين ذلك بشئ من التفصيل .

الفصل الأول

الجوار الجانبى فى الفقه الإسلامى والقانون

أريد بالجوار الجانبى :-

الجار المجاور فى السكن أو فى العقار من جهة أو أكثر من الجهات الأربع ولا يشترط التلاصق كما سبق أن بينت ذلك فى الفصل الأول من الباب الأول من هذه الرسالة(١) والجوار الجانبى لا يتطلب إلحاقاً واحداً لكل من الجارين على الأخر ، وهو ألا يضر أحدهما صاحبه ، فى سبيل انتفاعه بما يملك ضرراً فاحشاً . وقد اتفق الفقهاء على منع ذلك ديانةً ، واختلفوا فى منع ذلك قضاءً ، وقد سبق أن بينت مذاهب العلماء فى الضرر الذى يمنع ويوجب المسئولية فى الفصل الثالث من الباب الأول (٢)

(٢) يراجع ص ١٠٣ من الرسالة

(١) يراجع ص ٤٧ من الرسالة

وبالنظر في صور الضرر التي ذكرها الفقهاء نجد أن أنواع الضرر التي قد تلحق الجار عند استعماله لمملكه ، إما أن تضر بملك الجار ، أو بعرضه .
وسوف أبين ذلك في مبحثين:

المبحث الأول : الأضرار التي تضر بملك الجار في الفقه الإسلامي والقانون .

المبحث الثاني : الأضرار التي تضر بعرض الجار في الفقه الإسلامي والقانون .

وسوف أبين ذلك بشئ من التفصيل .

المبحث الأول

الأضرار التي تضر بملك الجار في الفقه الإسلامي والقانون

تتنوع صور الضرر التي تضر بملك الجار ، ويصعب على الباحث حصر جميع هذه الصور لكثرتها وتباينها ، كما أن كثيرا من الصور قد توجد في الجوار العلوى كما هي موجودة في الجوار الجانبي . ويمكن جمع هذه الصور فيما يصيب الأبنية من أضرار ، وأهم ما يصيب الأبنية الجدران . ولذا سوف أبين مسائل الحيطان على اختلاف أنواعها ثم أبين بعض الأشياء التي تضر بملك الجار وذلك في ستة مطالب .

المطلب الأول : الحائط الفاصل

المطلب الثاني : الحائط المشترك

المطلب الثالث : الحائط المتنازع عليه

المطلب الرابع : الحائط المائل

المطلب الخامس : وضع الحدود

المطلب السادس : أثر الجوار في ثبوت الشفعة .

المطلب الأول

الحائط الفاصل في الفقه الإسلامي والقانون

المقصود بالحائط الفاصل :

الحائط الذي يفصل بين بناءين .

فإن فصل بين أرضين أو بين أرض وبناء ، لم يطلق عليه حائط فاصل ، والحائط الفاصل قد يكون مملوكا ملكية مفرزة لواحد من مالكي البناءين ، وقد يكون مملوكا لهما معا . فإن كان مملوكا لأحدهما ، أطلق عليه الحائط الفاصل ، وإن كان مملوكا لهما ، أطلق عليه الحائط المشترك .

إذن المقصود بالحائط الفاصل : الذي يفصل بين بناءين ويكون مملوكا ملكية مفرزة لواحد من مالكي البناءين .

ولبيان أحكام الحائط الفاصل سوف أقسم هذا المطلب إلى ثلاثة فروع .

الفرع الأول : الحائط الفاصل في الفقه الإسلامي .

الفرع الثاني : الحائط الفاصل في القانون .

الفرع الثالث : الموازنة بين الفقه الإسلامي والقانون من حيث الحائط الفاصل

الفرع الأول

الحائط الفاصل في الفقه الإسلامي

إن موجب الملك يقتضى أن يفعل الإنسان في ملكه ما يشاء ، وموجب الأدلة الدالة على عدم المضارة ، يمنع الجار من أن يفعل ما يضر بجاره .

ومن ثم نجد فقهاء الشريعة الإسلامية يقيدون سلطة المالك من هدم حائطه إذا قصد بذلك الضرر بالجار ويجبرونه على إعادة بنائه .

وقد فصل الإمام محمد بن رشد المالكي القول في هدم الحائط الفاصل وقسم الهدم إلى ثلاثة أنواع .

النوع الأول :

أنه إن انهدم بأمر من السماء ، أو هدمه خوف سقوطه ، لم تلزمه إعادته وإن كان له مال ، وقيل لجاره أستر على نفسك في حظك أودع .

وإذا

النوع الثاني :

إن هدمه ليجدده أو لوجه منفعة ، أجبر على إعادته إن كان له مال ، ولم يلزمه شيء إن لم يكن له مال .

النوع الثالث :

وإن هدمه للمضرة بجاره ، أجبر على إعادته ، كان له مال أو لم يكن له مال ، كالحائظ بين الشريكين ، إما أن يبني أو يبيع لمن يبني .

وقال ابن الماجشون : فإن لم يكن له مال ، يبيع عليه من داره ما يقيمه به ، وإن لم تكن الدار ملكا له وكانت صدقة أو عمرى ، كان لصاحبه أن يبنيه من ماله ويتبعه به دينا فى ذمته ثم حكى ابن رشد قولين آخرين **أحدهما** : أنه يجبر على كل حال ، **والثاني** : لا يجبر صاحب الجدار أن يبنيه على أى حال ، فإن شاء صاحبه ستر وإن شاء ترك (١) .

وإن أراد مالك الحائط الفاصل إصلاح الحائط فلم يستطع إلا بالدخول فى دار جاره ، له أن يدخل دار جاره ، فإن امتنع الجار ، أجبر على الإذن لجاره فى أن يدخل الأجراء والبنائين من داره لأجل إصلاح الحائط ، ارتكابا لأخف الضررين ، وهما دخول دار الجار وضرورة الإصلاح ، ودخول دار الجار أخف (٢) .

وإذا أراد الجار الارتفاق بالحائط الفاصل المملوك لجاره ، بأن يخرس فيه الخشب وما شاكل ذلك . هل يمكن من ذلك أم لا ؟ .

اتفق الفقهاء (٣) على أن وضع خشب الجار على الجدار المنفرد ملكيته إذا أدى إلى ضرر بالحائط لضعفه ، لا يجوز لأنه لا ضرر ولا ضرار فى الإسلام ، ولأن ذلك انتفاع وتصرف بما يضر به ، واتفقوا على أنه لا بد من الاستئذان من مالك الحائط الفاصل فإن أذن جاز ذلك بلا خلاف وإن امتنع عن الإذن اختلف الفقهاء فى ذلك على قولين ، **القول الأول** : يجبر المالك على تمكين جاره من غرز الخشب ، **والثاني** : لا يجبر إذا امتنع . وسوف أبين كلا من القولين بشئ من التفصيل .

(١) البيان والتحصيل ٩/٢٢٠، ٢٢١، ٢٢٢، ٢٥٧، ٢٥٨ ، البهجة شرح النخبة ٢/٣٣٩ ، شرح الخرشي وحاشية العدوى ٦/٥٨ ،

حاشية النسوقى والشرح الكبير ٣/٣٦٨ ، المغنى والشرح الكبير ٥/٣٩ .

(٢) حاشية النسوقى والشرح الكبير ٣/٣٦٧ ، الخرشي وحاشية العدوى ٦/٥٨ ، حاشية الرهونى ٦/٧١ .

(٣) جامع الفصولين ٢/٢٠٤ ، شرح فتح القدير ٧/٣٢١ ، البيان والتحصيل ٩/١٧٥، ١٧٦ ، التاج والإكليل ٥/١٧٥ ، البهجة

٢/٢٥١ ، مغنى المحتاج ٢/١٨٧ ، الفتاوى الكبرى لابن حجر ٣/٥٨ ، المغنى والشرح الكبير ٥/٣٧ .

القول الأول :

يرى أصحاب هذا الرأي : أنه يجب على المالك أن يمكن جاره من غرز الخشب فى جداره ، ويجبره الحاكم إذا امتنع .
وإلى هذا ذهب بعض المالكية (١) والشافعى فى القديم وأحد قوليه فى الجديد (٢) وأحمد ومشهور مذهبه عند الضرورة (٣) وبه قال الظاهرية (٤) ، والإباضية (٥) .

القول الثانى :

يرى أصحاب هذا الرأي : أن الجار إذا طلب وضع جذوعه على حائط جاره لم يجب على الجار إجابته ، ولو كانت خشبة واحدة ، ولكن يستحب له أن يأذن لجاره فى الارتفاق بحائطه .
وإلى هذا ذهب الحنفية (٦) وأكثر المالكية (٧) ، والأظهر عند الشافعية (٨) ، وبعض الحنابلة (٩) ، وبه قال الإمامية (١٠) .
وسوف أبين أدلة كل قول منهما .

-
- (١) المنتقى للبايى ٤٣/٦ ، البيان والتحصيل ١٧٦/٩ .
(٢) روضة الطالبين ٢١٢/٤ ، تكملة المجموع ٤٠٥/١٣ ، نهاية المحتاج وحاشية الشيرازى ٤٠٥/٤ .
(٣) المغنى والشرح الكبير ٣٧/٥ ، الإئصاف فى معرفة الراجح من الخلاف ٢٦٢/٥ ، المبدع فى شرح المقنع ٢٩٨/٤ ، كشاف القناع ٤١١/٣ ، القواعد لابن رجب ص ١٩١ ، جامع العلوم والحكم ص ٣٨٨ .
(٤) المحلى لابن حزم ١٠٧/٩ .
(٥) شرح كتاب النيل وشفاء العليل ١٥١،١٥٠/٥ .
(٦) بدائع الصنائع ١٥١/٥ .
(٧) المنتقى للبايى ٤٣/٦ ، شرح الزرقانى ٣٣/٤ ، البيان والتحصيل ١٧٦/٩ ، البيهجة شرح التحفة ٢٥١/٢ ، بداية المجتهد ٣١٥،٣١٤/٢ ، القوانين الفقهية ص ٣٥٤ ، مواهب الجليل ١٧٤/٥ .
(٨) روضة الطالبين ٢١٢/٤ ، نهاية المحتاج ٤٠٥/٤ ، تكملة المجموع ٤٠٥/١٣ وما بعدها ، مغنى المحتاج ١٨٧/٢ ، زاد المحتاج ٢٠٩/٢ .
(٩) الإئصاف ٢٦٣/٥ .
(١٠) شرائع الإسلام ١٢٤/٢ ، البحر الزخار ٩٧/٥ ، السيل الجرار ٢٥١/٣ ، نيل الأوطار ٢٦١/٥ .

الأدلة

استدل أصحاب القول الأول القائلون بجبر المالك إذا امتنع عن تمكين جاره من الارتفاق بجداره بما يلي :-

١- بما روى عن أبي هريرة رضى الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال ﴿ لا يمنع جار جاره أن يغرز خشبه فى جداره . ثم يقول أبو هريرة : مالى أراكم عنها معرضين؟ والله لأرمن بها بين أكتافكم ﴾ (١) .

وجه الدلالة من هذا الحديث : أن هذا الحديث يحرم على المالك منع جاره من غرز خشبه فى جداره ، والتحریم مستفاد من صيغة النهى (لا يمنع) فيجب على الجار أن يمكن جاره من غرز خشبه فى جداره ، إن احتاج إليه ، ولم يتقدم على حاجة المالك ، وألا يضع ما يتضرر به المالك من ارتفاع الجدران ونحوه .

كما أن قول أبي هريرة (مالى أراكم عنها معرضين) ، يدل على أن الراوى حمله على ظاهره وهو أعلم بالمراد بما يحدث به . ومعنى هذه العبارة : إن لم تقبلوا هذا الحكم وتعملوا به راضين لأجلن الخشبة على رقابكم كارهين ، وأراد بذلك المبالغة (٢) .

٢- بما روى عن عكرمة بن سلمة أن أخوين من بنى المغيرة أعتق أحدهما - أى حلف بالعتق - ألا يغرز خشبا فى جداره ، فلقيا مجمع بن يزيد الأنصارى ، ورجالا كثيرا : فقالوا نشهد أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال ﴿ لا يمنع أحدكم جاره أن يغرز خشبة فى جداره ﴾ فقال يا أختى إنك مقضى لك على ، وقد حلفت ، فاجعل أسطوانا دون حائطى أو جدارى ، فاجعل عليه خشبك (٣) .

(١) أخرجه البخارى ومسلم : البخارى كتاب المظالم والغصب، باب لا يمنع جار جاره أن يغرز خشبة فى جداره . وكتاب الأشربة باب الشرب من فم السقاء ، ومسلم كتاب المساقاة والمزارعة باب غرز الخشب فى جدار الجار . (فتح البارى ١٣١/٥ ، ٩٣/١٠ ، مسلم بشرح النووى ٤٧/١١) .

(٢) فتح البارى ١٣٢/٥ ، نيل الأوطار ٢٦٠/٥ .

(٣) أخرجه ابن ماجه فى سننه ، كتاب الأحكام ، باب الرجل يضع خشبه على جدار جاره ٧٨٢/٢ . وعكرمة بن سلمة لم يتكلم فيه بجرح ولا تعديل كذا فى الزوائد .

٣- وبما روى أيضا عن عمرو بن يحيى المازنى عن أبيه ، أنه قال : كان فى حائط جده ربيع لعبد الرحمن بن عوف ، فأراد عبد الرحمن بن عوف أن يحوله إلى ناحية من الحائط ، هى أقرب إلى أرضه ، فمنعه صاحب الحائط ، فكلم عبد الرحمن بن عوف عمر بن الخطاب فى ذلك ، ففضى لعبد الرحمن بن عوف بتحويله (١) .
وجه الدلالة من هذين الأثرين : أن عمر بن الخطاب حمل الأمر فى حديث أبى هريرة على ظاهره وعدها إلى كل ما يحتاج الجار إلى الانتفاع به من دار جاره وأرضه ، ولم يخالفه أحد من أهل عصره ، فكان اتفاقا منهم على ذلك (٢) .

٤- ولأنه انتفاع بحائط جاره على وجه لا يضر به فأشبهه الاستناد اليه والاستئطلال به (٣) .
واستدل أصحاب القول الثانى : القائلون بأنه يندب للجار أن يأذن لجاره فى أن يضع خشبه على جداره ولا يجبر على ذلك بما يلى :-
١- بحديث ﴿ لا ضرر ولا ضرار فى الإسلام ﴾ (٤) .

بما روى عن أنس رضى الله عنه أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : ﴿ لا يحل مال امرئ مسلم إلا بطيب نفسه ﴾ (٥) .

٣- إن الأحاديث التى تدل على أن الجار لا يمنع جاره من أن يغرز خشبه فى جداره محمولة على الندب ، فالنهى للتنزيه ، لأنه إذا أمكن أن تكون مختصة وأن تكون على الندب فحملها على الندب أولى ، لأن بناء العام على الخاص إنما يجب إذا لم يمكن بينهما جمع ووقع التعارض . وهنا أمكن الجمع (٦) .

٤- ولأن العمل كان فى ذلك العصر على خلاف ما ذهب إليه أبو هريرة ، لأنه لو كان على الوجوب لما جهل الصحابة تأويله ولا أعرضوا عنه . فلو أن الحكم قد تقرر عندهم بخلافه لما جاز عليهم جهل هذه الفريضة . فدل ذلك على أنهم حملوا الأمر على الاستحباب (٧) .

(١) أخرجه مالك فى الموطأ ، كتاب الأفضية ، باب القضاء فى المرفق ص ٤٦٤ ، ٤٦٥ .

(٢) فتح البارى ١٣٣/٥ . (٣) المغنى والشرح الكبير ٢٨/٥ .

(٤) سبق تخريجه ص ١٦٦ .

(٥) أخرجه الدارقطنى كتاب البيوع ٢٦/٣ وفى إسناده الحارث الفهرى وهو مجهول هكذا قال الحافظ فى التلخيص والشوكانى فى

نيل الأوطار ٣١٦/٥ وأخرجه البيهقى من طريق آخر كتاب الغصب ٩٧/٦ وهو جزء من حديث طويل .

(٦) بداية المجتهد ٣١٥/٢ ، شرح الزرقانى ٣٣/٤ .

(٧) فتح البارى ١٣٣، ١٣٢/٥ .

كما أنه يحتمل أن يكون جماعة من التابعين علموا من أبي هريرة أنه كان يحمل على النذب والترغيب ، ويعيب من يتركه ولا يعمل به فيعرضون عما يدعوهم إليه ، ويؤثرون التمسك بما لهم التمسك به ، ويؤيد هذا التأويل أنه لو كان أبو هريرة يرى إلزامهم ذلك لحكم به ووبخ الحكام على ترك الحكم به ، ولم يوبخ الناس على ترك الإباحة لأن للحكام إجبارهم (١) ٥- ولأن الجدار ملك موضوعه المشاحة، فجازله أن يمنع منافعه بغير ضرورة كسائر

الأموال(٢)

الراجح :

- بعد عرض القولين وأدلة كل قول ، فإني أميل إلى ترجيح القول الأول القائل بإجبار المالك على تمكين جاره من الانتفاع بملكه . وذلك لما يلي :-
- ١- إن القائلين بالوجوب يشترطون عدة شروط أهمها :
 - أ- عدم تضرر الحائط ، فلو ضعف الحائط عن حمل الخشب فلا يجوز وضعه .
 - ب- ألا يحتاج مالك الجدار إلى وضع جذوع عليه . فإن احتاج إلى ذلك فمصالحته تقدم على مصلحة جاره .
 - ج- احتياج الجار إلى وضع الخشب . فلا يجبر إلا عند الضرورة (٣) .
 - من خلال هذه الشروط وغيرها نعلم أن القائلين بالإجبار ضيقوا دائرة الجبر فلم يبيحوا ذلك إلا في حالة الضرورة . ونحن نعلم من القواعد الفقهية أن الضرر الأخف يتحمل من أجل الضرر الأشد ، وأن الضرورات تبيح المحظورات .
 - ٢- إن الأحاديث الدالة على حرمة مال المسلم عمومات يخصها حديث أبي هريرة السابق ولذلك يقول الإمام البيهقي : لم نجد في السنة الصحيحة ما يعارض هذا الحكم إلا عمومات لا يستتكر أن يخصها(٤) . وقد حمله الراوى على ظاهره وهو أعلم .
 - ٣- كما أن الأحاديث الدالة على حرمة مال المسلم لا تعارض حديث أبي هريرة ، لأن معنى حرمة مال المسلم حرمة أخذه . وحرمان صاحبه ، أو التصرف فيه بالباطل ، والجار هنا لم يأخذ مال الغير بالباطل . وليس له إلا مجرد الانتفاع(٥) .
 - ٤- كما أن القول بأنه لو كان الأمر على الوجوب لما جهل الصحابة ذلك ، يقول ابن حجر في رد ذلك .

(١) ، (٢) المنتقى للباي ٤٤٤٣/٦ ، نهاية المحتاج ٤/٤٠٥ ، حاشية الشرواني على تحفة المحتاج ٢٠٩/٥

(٣) يراجع هذه الشروط : نهاية المحتاج ٤/٤٠٥ ، روضة الطالبين ٤/٢١٢ ، الإنصاف ٥/٢٦٢ ، المعنى والشرح ٥/٣٨٠،٣٧

(٤) سنن البيهقي ٦/٦٩٠،٦٨٦ (٥) عبد الله المصلح قيود الملكية الخاصة ص ٥٨٧ .

وما أدرى من أين له أن المعرضين كانوا صحابة، وأنهم كانوا عددا لا يجهل مثلهم الحكم، ولما لا يجوز أن يكون الذين خاطبهم أبو هريرة كانوا غير فقهاء، بل هو المتعين، وإلما واجههم بذلك ٥ - كما يؤيد ذلك قضاء عمر بن الخطاب من غير أن يخالفه أحد من عصره (١)، والله أعلم

الفرع الثاني

الحائط الفاصل في القانون

نصت المادة ٨١٨ مدنى على ما يأتى : -

- ١ - ليس لجار أن يجبر جاره على تحويط ملكه ، ولا على النزول عن جزء من حائط أو من الأرض التى عليها الحائط إلا فى الحالة المذكورة فى المادة ٨١٦
- ٢ - ومع ذلك فليس لمالك الحائط أن يهدمه مختارا دون عذر قوى إن كان هذا يضر الجار الذى يستتر ملكه بالحائط . لو تأملنا هذا النص نجد أنه فى الفقرة الأولى تكلم عن شيئين :-
الأول :- أنه ليس للجار أن يجبر جاره على تحويط ملكه .

ومعنى التحويط : إنشاء سياج فاصل بينه وبين ملك الجار (٢) .

فالمالك حر فى تحويط ملكه أو عدم تحويطه كما يشاء ، فإن فعل كان الحائط ملكا خالصا له ، له أن يستعمله وينتفع به ويتصرف فيه سواء أكان هذا التصرف ماديا أم قانونيا كيفما يشاء بل إن له أن يطالب بهدم كل بناء يسند الجار إلى هذا الحائط ، وأن يطالبه بالتعويض عن التلف الذى يصيب الحائط بفعله أو بخطئه ، ويكون لمالك الحائط أن يفتح فيه مناوور لإدخال النور ومرور الهواء وليس للجار أن يعترض على فتح المناوور على ملكه مباشرة ، لأن القانون لم يقيد بها بمسافة ما .

ولكن لا يجوز لمالك الحائط أن يستعمله استعمالا يضر بجاره كأن يفتح فيه مطلا على ملك الجار ، فإن فعل كان للجار أن يطالبه بسده فى الحال ، وليس له أن يضع فيه ميازيب تتساقط منها الأمطار أو المياه المنزلية على ملك الجار ، أو أن يوجه فوهة مدفأة فيه ناحية الجار (٣) . وإذا أقام أحد الملاك على نفقته حائطا فاصلا بينه وبين جاره ، لم يجز له أن يطلب من الجار أن يساهم فى هذه النفقات ، وإنما يجوز لهذا الأخير أن يطلب الاشتراك فى هذا الحائط فيكون مشتركا بينهما (٤) .

(١) فتح البارى ١٣٣/٥ . (٢) د. عبد المنعم الصدة ، المرجع السابق فقرة ٩٦ ص ١٤١ ، د. عبد المنعم البدر اوى ، المرجع السابق فقرة ٨٩ ص ١٣٣ . (٣) د. محمد على عرفة ، المرجع السابق ص ١٠٥، ١٠٤ ، د. منصور مصطفى ، المرجع السابق فقرة ٣٦ ص ٨٩ . (٤) د. السنهورى الوسيط ح ٨ فقرة ٦١٠ ص ١٠٠٣ .

أما الشئ الثانى :-

فهو أنه ليس للجار أن يطلب الاشتراك فى حائط جاره إلا فى حالة واحدة ، نصت عليها (م ٨١٦) وكما لا يجوز للجار أن يجبر جاره على المساهمة فى الحائط الفاصل الذى أقامه على نفقته ، كذلك لا يجوز للجار الآخر أن يجبر الجار الذى أقام الحائط على الاشتراك معه فى هذا الحائط ، ولو عرض عليه أن يدع له نصف النفقات أو كلها .

وهذا ما عبرت به المادة (١/٨١٨ مدنى) بقولها : ولا على النزول عن جزء من حائط أو من الأرض التى عليها الحائط إلا فى الحالة المذكورة فى المادة ٨١٦ " .

والحالة المذكورة فى المادة ٨١٦ مدنى هى : حالة ما إذا قام الجار بتعليق الحائط المشترك على نفقته فيجوز لجاره أن يطلب الاشتراك فى الجزء المعلى ويصبح الحائط كله مشتركا ، فالذى يشترط أن يكون الحائط منذ بدايته حائطا مشتركا ، وعلاه أحد الجارين على نفقته ، فحتى يتيسر إبقاء الحائط كله حائطا مشتركا - حتى بعد التعليق - أجاز المشرع المصرى للجار الذى لم يقم بالتعليق أن يطلب الاشتراك فى الجزء المعلى .

وبناء على ما تقدم تكون الفقرة الأولى من المادة ٨١٨ خالية من تقرير أى قيد (١) .

أما الفقرة الثانية فهى التى تكلمت عن القيد الوارد على ملكية الحائط الفاصل المملوك لأحد الجارين فتقول (ومع ذلك فليس لمالك الحائط أن يهدمه مختارا دون عذرقوى ان كان يضر الجار الذى يستتر ملكه بالحائط) .

واعتبر هذا القيد الوارد على حق الملكية فى المذكرة الإيضاحية للمشروع تطبيقا لنظرية التعسف فى استعمال حق الملكية" إذ يكون الجار الذى يبغى هدمه دون عذر قوى قد قصد بهدمه ، تحقيق مصلحة قليلة الأهمية ولا تتناسب البتة مع ما يصيب الغير من ضرر بسببها ، طبقا للمادة الخامسة بند (ب) (٣) .

ويبين من هذا النص : أن المالك يتمتع عليه أن يهدم الحائط الفاصل تطبيقا لمبدأ عدم جواز التعسف فى استعمال الحق إذا توافرت الشروط الآتية :-

(١) د.السنهورى الوسيط ح٨ فقره ٦٠١ ص١٠٠٤، د-أحمد سلامة ، الملكية الفردية فقره٦٤ ص٢٠٩

(٢) المذكرة الإيضاحية فى مجموعة الأعمال التحضيرية ح٦ ص٦٥

(٣) د. محمود زكى ، المرجع السابق فقرة ١١٤ ص ٢٠٩ .

الشرط الأول :-

أن يكون ملك الجار مستترا بالحائط ، ولا يتحقق هذا إلا إذا كان ملك الجار مسوراً من جهات ثلاث والحائط الفاصل هو الجهة الرابعة ، ولا يمنع من تحقق الاستتار أن يكون ملك الجار المسور غير مسقوف ، ولذلك إذا لم يكن ملك الجار مسوراً أو كان مسوراً من جهة أو جهتين فقط فلا يمكن أن يقال إنه مستترا بالحائط الفاصل (١) .

ويلاحظ أن حق الجار فيما يتعلق بالجدار الفاصل يقتصر على مجرد الاستتار به ، ومن ثم فلا يجوز له أن يستند إليه ببناء أو أخشاب أو غير ذلك مما يتضمن أى صورة من صور الاعتداء على الملكية (٢) .

فإن فعل الجار ذلك ، كان لمالك الحائط الحق فى الإزالة مع التعويض عن الضرر الذى يلحق به ، بيد أنه إذا نجح فى إقامة شئ مما تقدم ، ونجح أيضاً فى إبقاء ما أقام طيلة المدة اللازمة للتقادم المكسب ، ولم تغد الظروف الملايئة أن مالك الحائط كان متسامحاً ، فإن الجار يمكن أن يكسب أحد حقين حسب الصفة التى قام بالأعمال على أساسها ، فإن قام بها بوصفه شريكاً فى ملكية الحائط فإنه يكتسب ملكية مشتركة فيه ، وإن قام بها بوصفه صاحب حق ارتفاق عليه كسب هذا الحق (٣) .

الشرط الثانى :-

أن يكون من شأن هدم الحائط الفاصل الإضرار بالجار .
فإذا كان يترتب على هذا الهدم أى ضرر جاز الهدم بحسب الأصل ، فالضرر ينتفى إذا كان ملك الجار أرضاً فضائية غير مبنية . ويكون لمالك الحائط هدمه دون حاجة إلى إثبات العذر القوى الذى حمله على الهدم (٤) .

(١) د. السنهورى الوسيط ح ٨٦ فقرة ٦١٢ ص ١٠٠٥، د. منصور مصطفى ، المرجع السابق فقرة ٣٦ ص ٨٩ .

(٢) د. عبد المنعم البدرأوى ، المرجع السابق فقرة ٩٠، ص ١٣٥، د. أحمد سلامة ، المرجع السابق فقرة ٦٤ ص ٢١١، د. جميل الشرفاوى ، المرجع السابق فقرة ٣٦ ص ١٠٢، أستاذنا الدكتور/ لاشين الغاياتى فى رسالته السابقة ص ٤٧١ .

(٣) د. أحمد سلامة ، المرجع والموضع السابقين ، د. البدرأوى ، المرجع والموضع السابقين، د. إسماعيل غانم ، المرجع السابق فقرة ٤٨ ص ١٠٤ ، د. الصدة المرجع السابق ص ١٤٢ .

(٤) د. محمد شنب ، المرجع السابق فقرة ٢٣٩ ص ٢٥١، د. السيد عمران ، الملكية والأموال ص ٩٧ .

الشرط الثالث :-

ألا يكون لدى مالك الحائط عذر قوى فى الهدم .

فإذا كان لدى صاحب الحائط عذر قوى لهدمه ، كأن يريد إعادة تشييد بنائه على وضع يختلف عن وضعه السابق كأن يقيم عمارة أو فيلا بدلا من المنزل المخصص لسكنه ، أو أيلولة الحائط للسقوط بسبب قدمه أو عيب بنائه ، فإنه يكون من حق المالك للحائط الهدم .

حقا إن هذا الهدم سوف يضر بالجار ولكن الهدم يكون بلا جدال من حق المالك إذا كان لديه عذر قوى فى الهدم . ولا يمكن أن يقال فى هذه الحالة إنه متعسف فى استعمال حقه فى هدم الحائط (١) .

ومما تجدر الإشارة إليه : أن هذا القيد لا يعرض إلا بالنسبة للهدم الاختيارى .

أما إذا انهدم الحائط من تلقاء نفسه ، أو انهدم نتيجة حادث جبرى أو تعين هدمه تطبيقا للقوانين واللوائح، فلا يجوز للجار أن يشكو مدعيا أن صاحب الحائط لم يرع القيد ولم يلتزم به، ومن ثم لا يكون له أن يطلب من المالك إعادة بناء الحائط حتى ولو عرض أن تكون نفقات البناء مناصفة بينهما أو عرض أن يتحملها هو وحده (٢) .

ولما كان الاعتراض على هدم الحائط الفاصل حقا مقرررا للجار المستتر ملكه به ، فلهذا الجار أن يلجأ إلى قاضى الأمور المستعجلة ، ليأمر بوقف أعمال الهدم التى بدأها المالك دون موافقة جاره ، وعلى المالك فى مثل هذه الحالة أن يلجأ إلى القضاء ليستصدر فى مواجهة الجار حكماً بجواز هدم الحائط ، دون أن يكون له حق المطالبة بتعويض عن الضرر الذى لحقه بسبب اعتراض الجار على الهدم .

ويلاحظ أخيرا : أن التصريح لمالك الحائط بهدمه ، لا يؤدي إلى إعفائه من اتخاذ الاحتياطات اللازمة لحماية ملك الجار من السقوط بسبب أعمال الهدم ، فإن هو فرط فى ذلك لزمه التعويض لإخلاله بالتزامات الجوار ، ولكن ليس للجار أن يطالب بتعويض عن الضرر الذى يصيب ملكه من جراء هدم الحائط بناء على عذر قوى (٣) .

(١) د. توفيق فرج المرجع السابق فقرة ٨٨ ص ١٩٠، د. أحمد سلامة ، المرجع السابق فقرة ٦٤ ص ٢١٠ ، د. البدروى ، السابق فقرة ٩٠ ص ١٣٥ ، د. الصدة، السابق فقرة ٩٦ ص ١٤٢ ، د. محمد عرفة السابق ص ١٠٦ ، د. منصور السابق فقرة ٣٦ ص ٨٩ ، أستاذنا الدكتور / لاشين الغياتى رسالته ص ٤٧١ .

(٢) د. أحمد سلامة ، السابق فقرة ٦٤ ص ٢١٠ ، د. الصدة ، السابق فقرة ٩٦ ص ١٤٢ .

(٣) د. محمد عرفة ، المرجع السابق ص ١٠٦ ، أستاذنا الدكتور / لاشين الغياتى فى رسالته السابقة ص ٤٧٢ .

الفرع الثالث

الموازنة بين الفقه الإسلامى والقانون المرى

من حيث الحائظ الفاصل

بعد عرض أهم ما يتعلق بالحائظ الفاصل فى الفقه الإسلامى والقانون يتضح ما يلى :-

أولا :-

أن فقهاء الفقه الإسلامى ، قد توسعوا فى نطاق جبر المالك على إعادة حائظه الخاص إذا هدمه إضرارا بجاره بل حتى ولو كان لوجه فيه منفعة له ، وذلك إذا كان الضرر الذى يلحق الجار أكبر من ضرر المالك ، لأن من قواعد الشريعة أن الضرر الأخف يتحمل من أجل الضرر الأشد .

أما فى القانون المدنى فإنه لم يورد إلا قيودا واحدا تطبيقا لنظرية التعسف فى استعمال الحق ، نصت على هذا القيد الفقرة الثانية من المادة ٨١٨ بقولها (ومع ذلك فليس لمالك الحائظ أن يهدمه مختارا دون عذر قوى إن كان هذا يضر الجار الذى يستتر ملكه بالحائظ) .

ثانيا :-

إن فقهاء الفقه الإسلامى لهم رأيان فى تمكين الجار من الاستعانة بجدار الجار فى غرز خشبه وما شاكل ذلك ، البعض يرى إجبار الجار قضاء على تمكينه ، والبعض يرى أنه يستحب تمكينه ولا يجبر قضاء .

أما فى القانون : فلا يجوز أن يستند الجار أو يستعين بجدار جاره فى غرز خشبه وما شاكل ذلك ، فإن فعل ذلك اعتبر ذلك اعتداء على حق ملك الجار .
ومن ثم نجد أن نطاق التقييد فى الشريعة الاسلامية أوسع بكثير وأسبق وأدق ، وذلك لأن الحقوق ومنها حق الملكية ، كما سبق القول ما شرعت إلا لمصالح العباد فى العاجل والآجل ، كما أن درء المفساد مقدم على جلب المصالح .

المطلب الثاني

الحائط المشترك في الفقه الإسلامي والقانون المدني

سبق أن قلت :

- إن الحائط الفاصل إذا كان مملوكا لكلا الجارين أطلق عليه حائط مشترك والكلام عن الحائط المشترك يتطلب أن أقسم هذا المطلب إلى ثلاثة فروع .
- الفرع الأول : الحائط المشترك في الفقه الإسلامي .
- الفرع الثاني : الحائط المشترك في القانون .
- الفرع الثالث : الموازنة بين كلا الفقهاء .
- وسوف أبين ذلك بشئ من التفصيل .

الفرع الأول

الحائط المشترك في الفقه الإسلامي

- إن الحديث عن الحائط المشترك في الفقه الإسلامي يتطلب منا بيان ثلاثة أمور :
- ١- الانتفاع بالحائط المشترك والتصرف فيه .
 - ٢- قسمة الحائط المشترك .
 - ٣- الإنفاق على الحائط المشترك .

الأمر الأول : الانتفاع والتصرف في الحائط المشترك .

يرى الفقهاء أنه لا يجوز لأحد الشريكين أن يتصرف في الحائط المشترك ، إلا بإذن الشريك الآخر . لأن ذلك انتفاع بملك غيره ، وتصرف فيه بما يضر به ، فلا يستقل أحد الشريكين بالانتفاع ، لأن في ذلك افتياتا على شريكه ، وأما مع الأذن فظاهر أنه يجوز للمأذون أن يفعل وأن يستبد بالتصرف ، ولكن للشريك أن يفعل ما لا يضر فيه كالاستناد إليه والاستئطال به ، لأنه لا مضرة فيه ولا يمكن التحرز منه .

ويجب أن يكون استعمال الحائط المشترك حسب الغرض المعد له ، ولا يجوز أن يفعل أحد الشركاء فيه غير ما وضع له من سترة وحمل ، فإن فعل أجبره شريكه على إزالة ما فعله وسوف أذكر بعض النصوص التي تبين ذلك من المذاهب الفقهية :

جاء في الفقه الحنفى :-

لو لأحدهما - أى الشريكين فى الحائط المشترك - عليه خشبة فلآخر وضع مثله إذا استويا فى أصل الملك ، فيستويا فى الانتفاع به وليس للآخر أن يرفع شيئا من خشب شريكه لتضرر شريكه بهدم بنائه ، وإنما له الانتفاع بملكه لا إضرار غيره (١) .

وجاء فى الفقه المالكي :-

الحائط المشترك ليس لأحد الشريكين أن يتصرف فيه ولا أن يحدث فيه شيئا إلا بإذن شريكه .

وفيه أيضا : ليس لأحد مالكي جدار أن يحمل عليه ما يمنع صاحبه من حمل مثله عليه إن احتاج إلا بإذنه (٢) .

وجاء فى الفقه الشافعي :-

وأما الجدار المشترك بين اثنين ، فليس لأحدهما وضع جذوعه عليه بغير إذن فى الجديد ، وليس له أن يتد فيه وتدا (٣) ، أو يفتح كوة (٤) بلا إذن كبقية الشركات (٥) .

وجاء فى الفقه الحنبلي :-

ولا يجوز أن يفتح فى الحائط المشترك طاقا ولا بابا إلا بإذن شريكه ، لأن ذلك انتفاع بملك غيره وتصرف فيه بما يضر به ، ولا يجوز أن يغرز فيه وتدا ولا يحدث عليه حائطا ولا يستره ولا يتصرف فيه نوع تصرف ، لأنه تصرف فى الحائط بما يضر به فلم يجز (٦) .

(١) جامع الفصولين ٢/٢٠٣، ٢٠٤ . شرح فتح القدير ٧/٣٢٣ .

(٢) مواهب الجليل ٥/١٥٢ ، القوانين الفقهية ص ٣٥٤ ، معين الحكام ٢/٧٨٧ .

(٣) الوند: بالكسر . هو الخانوق ، وهو قطعة من الخشب أو الحديد يثق فى الحائط ليعلق عليه شئ أو يربط به شئ . (البنابة على الهداية ٧/٧٤ ، حاشية ابن عابدين ٥/٤٤٣) .

(٤) الكوة ، هى الطاقاة ، والكوة جمعها كوى ، وهى بخش أو ثقب فى الحائط غير نافذ من ورائها يحط فيها شئ (البنابة على الهداية ٧/٧٤ ، حاشية ابن عابدين ٥/٤٤٣ ، معجم لغة الفقهاء ص ٣٨٦) .

(٥) نهاية المحتاج ٤/٤١٠ ، تحفة المحتاج ٥/٢١٤ ، الفتاوى الكبرى ٣/٥٩ ، روضة الطالبين ٤/٢١٣ ، تكملة المجموع ١٣/٤٠٨ ، زاد المحتاج ٢/٢١١ .

(٦) المغنى لابن قدامة والشرح الكبير ٥/٣٧ ، كشف القناع ٣/٤١٠ ، الإصناف ٥/٢٦١ ، المبدع ٤/٢٩٨ .

وجاء في الفقه الزيدي :

ولا يفعل أيهما فيه غير ما وضع له من سترة وحمل ، ولا يستبد به إلا بإذن الآخر .
فإن فعل أزال . فليس لأحدهما أن يغرز فيه خشبة إلا بإذن صاحبه (١).

وجاء في الفقه الإمامي :

لا يجوز للشريك في الحائط التصرف فيه ببناء ولا تسقيف ولا إدخال خشبه إلا بإذن شريكه ، ولو انهدم لم يجبر شريكه على المشاركة في عمارته (٢).
هذه بعض النصوص التي تبين بأنه لا يجوز أن يتصرف أحد الشريكين في الحائط المشترك بدون إذن شريكه .

ولكن ما الحكم إذا أراد أحد الشريكين أن ينتفع بالحائط المشترك وذلك لحاجته لذلك الحائط ولم يحتج شريكه الآخر هذا الانتفاع كأن يريد أن يعلى الحائط المشترك وهذه التعلية ضرورية لانتفاعه بملكه ، ولم تؤثر هذه التعلية على الحائط المشترك فهل له ذلك أم لا ؟ .
قرر الفقهاء أن له الحق في هذه التعلية وذلك للانتفاع بملكه متى دعت الحاجة إلى ذلك ، بشرط أن ينفق على هذه التعلية من نفقته الخاصة ، ولا يجبر شريكه على هذه التعلية وأن يستأذن شريكه الآخر ، فإن تعنت لجأ للقضاء ، فإن أراد شريكه بعد ذلك الانتفاع بهذه التعلية ، كان من حقه الانتفاع بعد أن يدفع نصف تكاليف هذه التعلية وقت البناء على الراجح ، وقيل وقت الرجوع (٣).

الأمر الثاني : قسمة الجدار المشترك :

لا خلاف بين الفقهاء في أن الجدار المشترك إذا كان مما يحتمل القسمة بلا ضرر فأراد الشركاء قسمته جاز لهم ذلك .

وأما إذا أراد القسمة أحد الشركاء وأبأها الآخر . فقد اختلف الفقهاء في ذلك على قولين :-

الأول : يجبر الممتنع على القسمة إذا طلبها الشريك الآخر

الثاني : لا يجبر على القسمة .

(١) السيل الجرار ٢٥١/٣ ، البحر الزخار ٩٧/٥ ، شرح الأزهار ٣٦٧/٣ .

(٢) شرائع الإسلام ١٢٥/٢ .

(٣) جامع الفصولين ٢٠٣/٢ ، البناء على الهداية ٧٦/٧ ، شرح فتح القدير ٣٢٢/٧ ، روضة الطالبين ٢١٤/٤ ، نهاية

المحتاج ٤١١/٤ ، الإنصاف ٢٦٧،٢٦٦/٥ ، المبدع ٢٩٨/٤ . البحر الزخار ٩٧/٥ .

أما القول الأول :

وإليه ذهب إليه بعض الحنفية (١) ، وجمهور المالكية (٢) ، وبعض الشافعية (٣) والصحيح عند الحنابلة (٤) والظاهرية (٥) ، وبعض الزيدية (٦) .
يرى إيجاب الممتنع على القسمة إذا طلبها الشريك الآخر . وذلك لينتفع كل واحد بنصيبه ، ولا سيما إذا كان يندفع بها ضرار بينهما ، والقسمة في هذه الحالة تكون طولا ، والمراد بالطول : امتداده جاريا من المشرق إلى المغرب مثلا ، لا ارتفاعه ، ولا تكون بالعرض إلا إذا اتفقا على ذلك كما لو كان الحائط عريضا لأن في ذلك إتلافا للحائط بلا منفعة . ولا تكون القسمة في هذه الحالة بالقرعة على الصحيح ، لأننا لو أقرعنا بينهما لم نأمن أن تخرج قرعة كل واحد منهما على ما يلي ملك جاره فلا ينتفع به ، وبهذا يقول أصحاب هذا القول ما عدا بعض المالكية والظاهرية ، وقيل تجوز القسمة بالقرعة كما تجوز بالتراضى . وبهذا يقول بعض المالكية والظاهرية (٧) .

القول الثاني :-

وإليه هذا ذهب أكثر الحنفية (٨) ، والصحيح عند الشافعية (٩) وبعض الحنابلة (١٠) ، والصحيح عند الزيدية (١١)

-
- (١) جامع الفصولين ٢/٢٠٤ ، شرح فتح القدير ٧/٣٢٣ ، حاشية ابن عابدين ٣/٣٥٥ .
(٢) المدونة الكبرى ، المجلد الرابع ص ٢٦٨ ، مواهب الجليل ٥/١٥٠ ، الخرشى ٦/٥٨ ، حاشية الدسوقي ٣/٣٧٦ ، القوانين ص ٣٥٤ .
(٣) روضة الطالبين ٤/٢١٥
(٤) المغنى والشرح الكبير ٥/٥٤ ، المبدع ٤/٣٠١
(٥) المحلى ٨/٥٥٢ .
(٦) السيل الجرار ٣/٢٥١
(٧) جامع الفصولين ٢/٢٠٤ ، مواهب الجليل ٥/١٥٠ ، روضة الطالبين ٤/٢١٥ ، المغنى والشرح الكبير ٥/٥٣ ، المحلى ٨/٥٥٨ ، ٥٥٩ ، شرح الأزهار ٣/٣٦٧ .
(٨) جامع الفصولين ٢/٢٠٤ ،
(٩) روضة الطالبين ٤/٢١٥
(١٠) المغنى والشرح الكبير ٥/٥٤ ، المبدع ٤/٣٠١ .
(١١) البحر الزخار ٥/٩٧ ، شرح الأزهار ٣/٣٦٧ .

لا يجبر الممتنع على القسمة إن طلبها الشريك الآخر . وذلك سواء أكانت العريضة أو الحائط عريضا أم لا . لأنه لو لم تكن العريضة عريضة ، فظاهره التعنت ، ولأنه لو كانت عريضة فقد تقع غير مفيدة .

الأمر الثالث : الإنفاق على الحائط المشترك :

الحائط المشترك إذا انهدم ، فبنيانه على الشريكين معا . وكذلك إذا هدمه أحدهما لإصلاحه بإذن صاحبه فبنيانه عليهما .

أما إذا هدمه أحدهما من غير إذن صاحبه ، يرى جمهور الفقهاء أن الهادم يجبر على إعادته كما كان ، ويرى البعض أنه يلزمه إرش ما نقص ولا يلزمه بناؤه ، وإذا هدمه إضرارا بجاره أجبر على إعادته (١) .

ولكن ما الحكم إذا انهدم الحائط المشترك بسماوى أو أمر قهري أو لإصلاحه بإذن شريكه وطلب أحد الشريكين تعمييره وامتنع الآخر ؟ .

اختلف الفقهاء فى ذلك ولتوضيح ذلك أورد عرض كل مذهب على حده .

١ - مذهب الحنفية :-

يرى الحنفية أن الحائط المشترك إذا انهدم أو هدماه معا ، أو هدم بإذن الآخر وطلب أحدهما العمارة وأبى الآخر ، إذا كان الحائط لا يحتل القسمة يجبر الممتنع على عمارته ، لضرورة تعذر الانتفاع بالقسمة ، وتعطيل منفعة الملك بترك العمارة ، وأما ما يمكن قسمته فلا يجبر الشريك على عمارته ، فإن بناه أحدهما بغير إذن الآخر لم يرجع ، لأنه متطوع إذا كان يمكنه أن يجبر ، ثم ذكر الحنفية المراد بالإجبار ، فقالوا معناه : أن ينفق الشريك بإذن القاضى ويرجع على شريكه بحصته بما أنفق ، وله أن يمنع شريكه من الانتفاع حتى يؤدي حصته ويرى أبو يوسف ومحمد ، أنه إذا كان تأجير المشترك المحتاج إلى الترميم ممكنا ، أن القاضى يؤجر الملك ، أو يأذن لأحد الشريكين بتأجييره ، ويرمم من الأجرة (٢) .

(١) شرح فتح القدير ٣٢٣/٧ ، القوانين الفقهية ص ٣٥٤ ، البهجة ٣٤٠/٢ ، روضة الطالبين ٢١٥/٤ ، كشاف القناع ٤١٢/٣ .

(٢) المبسوط ١٥٩/٢٠ ، بدائع الصنائع ٢٦٤/٦ ، شرح فتح القدير ٣٢٣/٧ ، تبين الحقائق ١٩٥/٤ ، جامع الفصولين ٢٠٤/٢ ،

حاشية ابن عابدين ٤٤٤/٥ ، الأشباه والنظائر لابن نجيم ص ٩٦ .

٢ - مذهب المالكية :-

يرى المالكية أن الحائط المشترك ، إذا هدمه الشريكان أو أحدهما لمصلحة اقتضت ذلك بإذن شريكه ، فلا يخلو من أن يمكن انقسام عرضه من غير ضرر أولاً ؟
فإن أمكن قسمها قسمت ، وإن لم يمكن قسمها وطلب أحدهما الإصلاح وأبى الآخر ففي ذلك روايتان عن الإمام مالك .

إحدهما : أنه لا يجبر الذى أبى منهما على البنين ، ويقال لطالب ذلك استر على نفسك وابن إن شئت ، واختار هذه الرواية بعض المالكية .
والرواية الأخرى : أنه يؤمر بالبنين مع شريكه ، فإن أبى أجبر على ذلك ، وهذه الرواية هي المشهورة عن الإمام مالك وعليها اعتمد أكثر المالكية .

وكيفية الإجبار عند المالكية : اختلف فيها فقهاء المذهب فالمشهور عند المالكية ، أنه يؤمر أولاً بالبناء مع شريكه من غير إجبار ، فإن أبى أجبر على البناء أو بيع حصته كلها لمن يعمر حتى ولو كان أكثر من حصة الشريك الآخر ، وفي هذا يقول خليل " وقضى على شريك فيما لا ينقسم أن يعمر أو يبيع) وذلك دفعاً للضرر بتكثير الشركاء ، وقيل : يبيع بقدر ما يعمر به لأن البيع الجبرى إنما أبيع للضرورة ، وقيل : لا يباع نصيبه ، بل يعمره طالب العمارة ويستوفى ما صرفه على الوقف من غلته . وأما ما ينقسم فلا يجبر الممتنع على البيع لزوال الضرر بالقسمة .

وإذا أجبره القاضى على البيع هل للشريك الذى أراد العمارة أخذه مما وقف عليه من الثمن أولاً ؟ الظاهر فى المذهب أن له أخذه (١) .

مذهب الشافعية :

إذا انهدم الحائط المشترك ، أو هدماه فدعا أحدهما إلى بنائه وامتنع الآخر . فيه قولان قال الشافعى فى القديم : يجبر الممتنع منهما ، واختاره بعض الشافعية ، وذلك دفعاً للضرر وصيانة للأملك المشتركة عن التعطل ، ولأنه إنفاق على ملك مشترك فأجبر كالإنفاق على الحيوان المشترك .

(١) المدونة الكبرى ٢٧٠/٤ ، ٢٧٣ ، البيان والتحصيل ٢٥٨/٩ ، المعيار المعرب ٤٠/٨ ، القوانين الفقهية ص ٣٥٤ ، مواهب

الجليل ١٥٠/٥ ، ١٥١ ، البهجة ٣٤٠/٢ ، الشرح الكبير وحاشية الدسوقي ٣٦٤/٣ ، أسهل المدارك ٥٩/٣ . الفواكه

الدواني ٣١٨/٢ .

وقال الشافعي في الجديد : لا يجبر الممتنع ، لأنه إنفاق على ملك لو انفرد بملكه لم يجبر عليه فإذا كان مشاركاً لغيره لم يجبر عليه ، كما لو كان بينهما براح من الأرض لابناء عليه فدعا أحدهما الآخر إلى البناء فامتنع فإنه لا يجبر ، ولأنه لو أجبرنا الشريك لأضررنا به والضرر لا يزال بالضرر ، والأظهر عند جمهور الشافعية هو الجديد .

وإذا قلنا بالقديم ، فإن امتنع أجبره الحاكم ، فإن كان له مال أخذ الحاكم منه وأنفق عليه ما يخصه ، وإن كان معسراً اقترض له الحاكم من الشريك أو من غيره ، أو أذن الحاكم للشريك في الإنفاق عليه .

فإن بناه الشريك بإذن الحاكم أو بإذن الممتنع كان الحائظ ملكاً بينهما كما كان ، ويرجع الذي بناه على شريكه بحصته من النفقة ، وإن بناه بغير إذن شريكه أو بغير إذن الحاكم لم يرجع بما أنفق ، لأنه متطوع بالإنفاق على الأظهر في المذهب ، وقيل يرجع ، وقيل إن لم يمكنه عند البناء مراجعة الحاكم رجع ، وإلا فلا (١) .

مذهب الحنابلة :

قرر فقهاء الحنابلة : أنه إذا كان بينهما حائط فانهدم ، فطلب أحدهما إعادته وأبى الآخر ، قالوا في ذلك روايتين :

إحداهما : إجبار الممتنع منهما على البناء مع الآخر ، لأن المالك مستحق الانتفاع بملكه ويجب على شريكه تمكينه منه ، فإذا دار الأمر بين تعطل الحق بالكلية وبين المعاوضة عليه فالمعاوضة عليه أولى ، لأنه يرجع فيها إلى الانتفاع بالبدل بخلاف التعطيل ، ولقول النبي صلى الله عليه وسلم ﴿ لا ضرر ولا ضرار ﴾ وهذا وشريكه يتضرران في ترك بنائه . وبهذه الدراية قال أكثر الحنابلة ، وهي أصح الروايتين .

وأما الرواية الثانية :

عدم الإجبار ، وقد نقل عن الإمام أحمد ما يدل على ذلك في بناء حيطان السفلى إذا كان العلو لآخر وانهدم الكل ، واختارها بعض الحنابلة ، وقالوا هذا أقوى في النظر ، لأنه ملك لا حرمة له في نفسه فلم يجبر مالكة على الإنفاق عليه كما لو انفرد ، ولأنه بناء حائط فلم يجبر عليه كالأبتداء ولأن في الإجبار إضرار ، ولا يزال الضرر بالضرر ، وقد يكون الممتنع لا نفع له في الحائط ، أو يكون الضرر عليه أكثر من النفع ، أو يكون معسراً ليس معه

(١) الأم ٣٣٨/٣ ، روضة الطالبين ٢١٥/٤ - ٢١٨ تحفة المحتاج ٢١٥/٥ ، نهاية المحتاج ٤١١/٤ وما بعدها ، تكملة المجموع ٤١٦/١٣ وما بعدها ، مغنى المحتاج ١٨٧/٢ ، الأشباه والنظائر للسيوطي ص ٦١ .

ما يبني به فيكلف بالغرامة مع عجزه عنها ، فعلى هذه الرواية إذا امتنع أحدهما لم يجبر ، فإن أراد شريكه البناء ، فليس له منعه ، لأن له حقاً في الحمل ورسماً في الحائط ، فلا يجوز منعه ، وله بناؤه بأنقاضه إن شاء ، وبناؤه بألته من عنده ، فإن بناه بأنقاضه فالحائط بينهما على الشركة كما كان ، وإن بناه بألته من عنده ، فالحائط ملكه خاصة ، وله منع شريكه من الانتفاع به حتى يدفع نصف قيمة حقه .

فإن طلب الشريك الذي لم يبن الانتفاع ، خير الباني بين أخذ نصف قيمته منه ، وبين أخذ آلته .

ولكن هل المدفوع نصف قيمة البناء ، أو نصف قيمة ما أنفق ؟

فيه روايتان مأخذهما هل ذلك من باب الرجوع بما أنفق على ملكه بإذن معتبر أو هو معاوضة عن ملك الثاني ؟ أما على الرواية الأولى : فمتى امتنع أجبره الحاكم على ذلك ، فإن لم يفعل أخذ الحاكم من ماله وأنفق عليه ، فإن لم يكن له عين مال باع من عروضه ، فإن تعذر اقترض عليه . وإن عمره شريكه بإذنه أو إذن حاكم رجع عليه متى قدر ، وإن أراد بناءه لم يملك الشريك منعه وما أنفق إن تبرع به لم يكن له الرجوع به ، وإن نوى الرجوع فهل له الرجوع بذلك ؟ يحتمل وجهين ، بناءً على ما إذا قضى دينه بغير إذنه (١) .

مذهب الزيدية :

ذهب فقهاء الزيدية إلى أن الحائط المشترك إذا انهدم ، أجبر الممتنع منهما على إصلاحه . إن كان الإصلاح لدفع ضرر ، وكما هو الحال في العلو والسفل . وإن كان الممتنع راعياً في الإصلاح ولكنه معسراً أو غائباً ، بناه الشريك الآخر ، وله أن يطالبه بما غرم ، فإن سلم له ذلك فذاك ، وإن لم يسلم له كان له حبسه أو تأجيله من الغير ، أو استعماله بقدر ما غرم (٢) .

مذهب الإمامية :

ذهب فقهاء الإمامية إلى عدم إجبار الشريك على المشاركة في العمارة (٣) .

(١) المغنى والشرح الكبير ٤٣/٥ - ٤٨ ، الإصناف ٢٦٥/٥ : ٢٦٩ ، المبدع ٣٠١/٤ وما بعدها القواعد ص ١٤٤ ، كشاف القناع ٤١٥/٣ .

(٢) البحر الزخار ٩٨/٥ ، السيل الجرار ٢٥١/٣ ، شرح الأزهار ٣٦٧/٣ .

(٣) شرائع الإسلام ١٢٥/٢ .

نخلص مما سبق :

أن للفقهاء قولين في قسمة الحائط المشترك إذا امتنع أحد الشريكين عن القسمة وطلب الآخر ، قول بإجبار الممتنع عن القسمة على القسمة ، وقول بعدم الإجبار .
كما أن الفقهاء في الإنفاق على الحائط المشترك ، بعضهم يفرق بين إمكان قسمة الحائط المشترك وعدم إمكان القسمة ، ففي حالة إمكان القسمة لا يجبر الممتنع على الإنفاق ، وفي حالة عدم إمكان القسمة يجبر الممتنع على الإنفاق ، وبهذا قال الحنفية والمعتد عند المالكية ، وبعضهم ذهب إلى إجبار الممتنع على الإنفاق سواء أمكن القسمة أم لم يمكن ، وبهذا قال الشافعي في القديم واختاره بعض أصحابه ، وهو الأصح عند الحنابلة ، وبه قال الزيدية .
وبعضهم ذهب إلى عدم إجبار الممتنع على الإنفاق مطلقاً أمكن القسمة أو لم يمكن . وبهذا قال الشافعي في الجديد واختاره أكثر الشافعية ، وبعض الحنابلة ، وبه قال الإمامية .

الراجع :

بعد عرض آراء الفقهاء في قسمة الحائط المشترك والإنفاق عليه ، فإنني أميل إلى ترجيح القول القائل بإجبار الممتنع عن القسمة إذا طلبها أحد الشريكين وكان ذلك ممكناً ، وذلك لينتفع كل شريك بنصيبه بشرط أن تكون القسمة طويلاً حتى لا تؤدي القسمة إلى إتلاف الحائط وأيضاً أميل إلى ترجيح القول القائل بإجبار الممتنع عن الإنفاق على الحائط المشترك متى تعذرت القسمة ، لأنه لو أمكن القسمة فالضرر يزال بالقسمة ، أما لو تعذرت القسمة فيجبر الممتنع حتى لا تتعطل منافع الملك بترك العمارة ، ولأن الشريك الآخر من حقه أن ينتفع بملكه حتى لا يتضرر ، ولا يقال بأن الضرر لا يزال بالضرر ، لأن ضرر طالب الإنفاق أشد ، فالممتنع عن الإنفاق يعد متعسفاً في عدم الإنفاق ، أما كيفية الإجبار فإنني أميل إلى ما ذهب إليه الشافعية والحنابلة ، من أن الحاكم يأخذ من ماله ما ينفق به فإن كان معسراً اقتضى له الحاكم أو أذن لشريكه في الإنفاق ثم يرجع عليه بنصيبه بعد ذلك ، والله أعلم .

الفرع الثاني

الحائط المشترك في القانون

الحائط المشترك :

هو صورة من صور الشيوخ في الملكية خاصة بالجدران (١) .
ويتحقق الاشتراك في ملكية الحائط الفاصل ، إذا أقامه الجاران على حدود ملكهما
بنفقات مشتركة بينهما، أو كان مملوكا ملكية مفرزة لأحدهما ثم اشترك الآخر في ملكيته
بالاتفاق أو بالتقادم المكسب .

فإذا ثبت الاشتراك في ملكية الحائط ، فيكون الشيوخ إجباريا ، ومن ثم لا يجوز لأى
من الشركاء أن يطلب قسمته ، كما لا يجوز لأى شريك أن يتصرف فى حصته الشائعة فيه
مستقلا عن العقار الذى يملكه ، ولا يجوز لدائنيه الحجز على هذه الحصه الشائعة استقلالا(٢).

والحديث عن الحائط المشترك يتطلب توضيح أمرين :

١- حقوق الشركاء والتزاماتهم بالنسبة للحائط المشترك .

٢- تعليه الحائط المشترك .

أولا : حقوق الشركاء والتزاماتهم بالنسبة للحائط المشترك .

تنص المادة ٨١٤ مدنى على ما يأتى :-

١- لمالك الحائط المشترك أن يستعمله بحسب الغرض الذى أعد له ، وأن يضع فوقه عوارض
ليسند عليها السقف دون أن يحمل الحائط فوق طاقته .

٢- فإذا لم يعد الحائط المشترك صالحا للغرض الذى خصص له عادة ، فنفقة إصلاحه أو
تجديده على الشركاء ، كل بنسبة حصته فيه .

والذى يتضح من هذا النص :

أن المشرع بين حق كل شريك فى استعمال الحائط المشترك كما بين الالتزامات التى
يتحملها كل شريك من إصلاح وتجديد بالنسبة للحائط المشترك .

(١) د. البدروى ، السابق فقرة ٩١ ص ١٣٦ .

(٢) د. منصور ، السابق فقرة ٩٨ ص ٢٤٤ ، د. السنهورى ، الوسيط ج ٨ فقرة ٦٠٢ ص ٩٩٥ .

أما حق كل شريك فى استعمال الحائط المشترك :

القاعدة العامة : أن لكل شريك أن يستعمل الحائط المشترك ، ولكن هذه القاعدة أو هذا الاستعمال مقيد بقيدين :-

القيد الأول :

أن يكون الاستعمال متفقا مع الغرض الذى أعد له الحائط ، والغرض الذى أعد له الحائط المشترك ، هو استئجار كل شريك به هذا من ناحية ، ومن ناحية أخرى إقامة عوارض فوق الحائط المشترك ليسند عليها كل شريك سقف بنائه .
ومن ثم يكون غير متفق مع هذا الغرض أن يفتح الجار فى الحائط مناوور أو مطلات لأن هذا مما يتعارض مع الاستئجار الذى يقام الحائط من أجل تحقيقه ، فإذا فعل الجار شيئا من ذلك حق لشريكه أن يطلب سد هذه الفتحات مع التعويض إن كان له موجب ، إلا إذا توافرت فى جانب الجار شروط التقادم المكسب، بل وأكثر من ذلك فإذا كان مالك الحائط وهو مملوك ملكية مفرزة قد فتح فيه مناوور أو مطلات دون أن يراعى المسافة المحددة ثم أصبح الحائط مشتركا ، فإنه يحق للجار أن يطلب سد هذه الفتحات (١) .

القيد الثانى :-

ألا يحمل الجار - فى استعماله - الحائط فوق طاقته ، وألا يعطل حق شريكه فى الاستعمال ، ومن ثم : لا يجوز للشريك أن يضع من العوارض إلا بمقدار نصف ما يتحملة الحائط ، مع ترك مسافة فى السمك تمكن جاره من وضع عوارضه .
وما يقال عن العوارض يقال عن الحفر التى يحدثها الجار فى الحائط كى يهئ فيه مكانا لدولاب أو مدفأة أو أنبوية مياه أو نحو ذلك .
فإذا جاوز القدر الواجب مراعاته ، كان للشريك الآخر أن يطلب إزالة ما قام به أو تعديله ، وللقاضى فى هذا الشأن سلطة تقديرية بحسب ظروف كل حالة (٢) .

(١) د. السنهورى الوسيط ح٨ فقرة ٦٠٢ ص٩٩٤، ٩٩٥، د. أحمد سلامة ، السابق فقرة ٦٥ ص٢١٥ ، د. منصور السابق فقرة ٩٩ ص٢٤٥ ، ٢٤٦ .

(٢) د. الصدة ، السابق فقرة ٩٢ ص١٣٦، ١٣٧ ، د. محمد عرفة ، السابق ص٩٨ ، ٩٩ ، أستاذنا الدكتور / لاشين الغياتى ، رسالته ص٤٨٠ ، د. محمود زكى السابق فقرة ١١٢ ص٢٠٤، ٢٠٥ ، د. أحمد سلامة المرجع والموضع السابقين .

الالتزامات الناشئة عن الاشتراك في الحائط :

تقول الفقرة الثانية من المادة ٨١٤ مدنى فى هذا الصدد : (فإذا لم يعد الحائط المشترك صالحا للغرض الذى خصص له عادة ، فنفقة إصلاحه أو تجديده على الشركاء كل بنسبة حصته فيه) .

يتضح من هذا النص :

أن على الشركاء أن يتحملوا نفقات ما يحتاج إليه الحائط المشترك من ترميم أو تجديد كل بقدر حصته فيه فيجوز لأى منهم أن يجبر الآخرين على المساهمة فى هذه النفقات ما دامت أنها ضرورية لاستعمال الحائط وفقا للغرض الذى خصص له .

أما إذا كان إصلاح الحائط المشترك أو إعادة بنائه ليس ضروريا ليقوم الحائط بالغرض الذى أعد له لكن مصلحة أحد الشريكين اقتضت تجديده ، فإن هذا الشريك وحده هو الذى يتحمل نفقات هدمه وإعادة بنائه . وكذلك إذا كان ما أصاب الحائط من خلل مرجعه خطأ أحد الشريكين الشخصى ، فإن هذا الشريك وحده يتحمل نفقات إصلاح الخلل الذى تسبب فيه .

ولما كان التزام الشريك بتحمل نفقات الصيانة والإصلاح والتجديد على الوجه سالف الذكر التزاما عينيا ، فإنه يستطيع التخلص منه إذا هو تخلى عن حق ملكيته الشائعة فى الحائط إلا فى حالتين يمتنع على الشريك التخلي فيهما : -

(أ) إذا كانت مبانیه مستتدة فعلا إلى الحائط ما لم يقم بهدم هذه المباني قبل التخلي .

(ب) إذا احتاج الحائط إلى ترميم أو تجديد بسبب خطأ أحد الشريكين، لأنه يصبح هو الملزم وحده بنفقات الترميم أو التجديد ، فلا يجوز له أن يلقى عبئها على الشريك الآخر (١) .

ثانيا : تعليية الحائط المشترك :-

إذا كان لكل من الجارين أن يستعمل الحائط المشترك بحسب الغرض الذى أعد له ، فإن من ضروب استعماله تعلييته إذا كانت المصلحة تقتضى ذلك . ونظرا لأهمية التعليية وما قد تثيره من منازعات ، حرص المشرع على تنظيمها بنصوص خاصة(٢) .

(١) د. الصدة ، السابق فقره ٩٥ ص١٤٠،١٣٩ ، د. محمد عرفة ، السابق ص٩٠٠،٩٨ ، د. السنهورى ، السابق فقره ٦٠٤

ص٩٩٦ ، د. حسن كبرية ، السابق فقره ١٧٦ ص٥٩٤،٥٩٣ ، د. البدرراوى ، السابق فقره ٩٢ ص١٣٨ ، د. منصور ، السابق

فقره ٩٩ ص ٢٤٦ ، د. أحمد سلامة ، السابق، فقره ٦٥ ص٢١٧،٢١٦ ، د. عبد العزيز أبو غنيمه ، السابق فقره ١١٧ ص٢٧٤ .

(٢) د. محمد عرفة ، السابق ص١٠١ ، د. الصدة ، السابق فقره ٩٣ ص١٣٧ ، د. منصور ، السابق ص ٢٤٦ .

فصل في المادة ٨١٥ مدنى على ما يأتى :

١- للمالك إذا كانت له مصلحة جدية فى تعليية الحائط المشترك أن يعليه ، بشرط ألا يلحق بشريكه ضررا بليغا ، وعليه وحده أن ينفق على التعليية وصيانة الجزء المعلى ، وعمل ما يلزم لجعل الحائط يتحمل زيادة العبء الناشئ عن التعليية دون أن يفقد شيئا من متانته .

٢- فإذا لم يكن الحائط المشترك صالحا لتحمل التعليية ، فعلى من يرغب فيها من الشركاء أن يعيد بناء الحائط كله على نفقته ، بحيث يقع ما زاد على سمكه فى ناحيته هو بقدر الاستطاعة ويظل الحائط المحدد فى غير الجزء المعلى مشتركا ، دون أن يكون للجار الذى أحدث التعليية حق فى التعويض .

والذى يتضح من هذا النص :-

أن التعليية حق ثابت لكل من الجارين ، فليس لأيهما أن يمنع الآخر من استعماله . كما أن هذا النص فرق بين حالتين فى التعليية .

الأولى : الإبقاء على الجزء الأسمى من الحائط ثم زيادة علوه .

والثانية : هدم الجزء الأسمى وإعادة بناء الحائط كله (١) .

الحالة الأولى : تعليية الحائط دون إعادة بنائه :

قد يقتضى الأمر تعليية الحائط المشترك لمصلحة الشريكين معا ، وعند ذلك تكون نفقة التعليية عليهما ويبقى الحائط - بما فى ذلك الجزء المعلى - مشتركا على ما كان .

أما إذا اقتضت التعليية مصلحة جدية لأحد الشريكين دون الآخر ، كأن كان الشريك الذى تقتضى مصلحته التعليية يريد أن يبنى طابقا جديدا فوق طبقات بنائه الموجودة فعلا وكانت التعليية ممكنة دون حاجة إلى إعادة بناء الحائط ، جاز لهذا الشريك أن يقوم بتعليية الحائط بشروط وهى :-

١- ألا تلحق التعليية بالجار ضررا بليغا أو جسيما ، ومثال الضرر البليغ أن تصيب الأعمال التى تقتضيها التعليية بناء الجار بالخلل ، أو يترتب عليها انهيار بناء الجار ، فحينئذ لا تجوز التعليية ، وكل ما يكون أمام الشريك أن يبنى حائطا آخر بجوار الحائط المشترك ، ويعلى الحائط الذى يبنيه كيفما يشاء .

(١) د. أحمد سلامة ، السابق فقرة ٦٥٥ ص ٢١٨ ، د. حسن كيرة ، السابق فقرة ١٧٧ ص ٥٩٤ .

- ٢- أن يتحمل الشريك الذى يريد التعلية وحده نفقات التعلية وصيانة الجزء المعلى لأن هذا الجزء يكون ملكا خالصا له .
- ٣- أن يقوم بالأعمال اللازمة لجعل الحائط يتحمل زيادة العبء الناشئ عن التعلية دون أن يفقد شيئا من متانته (١) .

الحالة الثانية : تعلية الحائط عن طريق إعادة بنائه :-

فإذا لم تكن التعلية ممكنة دون إعادة بناء الحائط ، فللجار الذى له مصلحة جديدة فى التعلية أن يهدم الحائط ويعيد بناءه معلىً ، ويشترط هنا أيضا ما اشترط فى الحالة الأولى من ألا يلحق بناء الجار الآخر ضررا جسيما ، فإذا لم يلحق الجار الآخر ضرر جسيم كان لمن يريد التعلية أن يهدم ويعيد بناءه على نفقته الخاصة ، وإذا اقتضى الأمر زيادة سمك الحائط بسبب تعليته ، فعليه أن يجعل ما زاد عن سمك الحائط فى ناحيته هو بقدر الاستطاعة ، وإلا فعليه أن يدفع لجاره تعويضا عما زاد فى سمك الحائط من ناحية هذا الجار . وبعد إعادة بناء الحائط . يظل الحائط المحدد فى غير الجزء المعلى حائطا مشتركا بين الجارين ، ولا يرجع من أعاد بناء الحائط على جاره بأى تعويض ، كأن يطالبه بالفرق فى القيمة ما بين الحائط الجديد والحائط القديم ، أما الجزء المعلى من الحائط الجديد فيكون ملكا خالصا لمن قام بالتعلية، وعليه وحده نفقة صيانته ، ولا يجوز لجاره أن يستعمل هذا الجزء المعلى ، إلا إذا استعمل حقه فى أن يكون شريكا فيه على الوجه الذى سيأتى ، أو كسب الاشتراك فيه بطريق التقادم بأن استعمله مدة خمس عشرة سنة دون أن يكون ذلك محمولا على مظنة التسامح من جاره(٢).

الاشتراك فى الجزء المعلى :

إذا كان الجزء المعلى ملكا خالصا لمن قام بالتعلية ، لأنه تحمل نفقات إنشائه ، فإن للجار الآخر أن يطلب أن يكون شريكا فى الجزء المعلى ، فيصبح الحائط مشتركا فى جميع أجزائه وهذا الحق فى الاشتراك مقصور على الجار الذى يكون شريكا من قبل فى الجزء الأسفل .

(١) د. السنهورى السابق فقرة ٦٠٦ ص ٩٩٨ ، د. إسماعيل غانم ، السابق فقرة ٤٨ ص ٣٤٢ ، د. أحمد سلامة ، السابق فقرة ٦٥ ص ٢١٩ .

(٢) د. السنهورى السابق فقرة ٦٠٧ ص ٩٩٩ ، د. البدر اوى ، السابق فقرة ٩٣ ص ١٣٩ ، أستاذنا الدكتور/ لاشين الغياتى ، رسالته ص ٤٨١ ، د. شنب ، السابق فقرة ٣١٧ ص ٣٢٧ ، د. الصدة ، السابق فقرة ٩٣ ص ١٣٨ ، د. منصور السابق فقرة ٩٩ ص ٢٤٧ .

وهذا ما قضت به المادة ٨١٦ مدنى بقولها : (للجار الذى لم يساهم فى نفقات التعلية أن يصبح شريكا فى الجزء المعلى إذا هو دفع نصف ما أنفق عليه وقيمة نصف الأرض التى تقوم عليها زيادة السمك إن كانت هناك زيادة) .

هذه هى الحالة الوحيدة التى يبيح فيها المشرع إجبار الجار على إشراك جاره فى ملكية الحائط الفاصل ، فإذا أبدى الجار رغبته فى الاشتراك فى الجزء المعلى ، فعليه أن يدفع نصف نفقات التعلية ، وقيمة نصف الأرض التى تقوم عليها الزيادة فى السمك إن وجدت ، ويرجع تقدير هذه النفقات إلى وقت إنشاء التعلية لا إلى وقت طلب الاشتراك فيها وحق الاشتراك لا يسقط بالتقادم ، فللجار أن يطلبه فى أى وقت شاء حتى لو مضت أكثر من خمس عشرة سنة على إحداث التعلية ، وله أن يطلب سد المناور التى أحدثها الجار فى الجزء المعلى ، لأن هذه النفقات لا تكسب حقا بالمطل مهما تقادم العهد عليها .

كما أن الاشتراك فى ملكية الجزء المعلى ، يعتبر واردا على عقار ، ولذلك يجب تسجيله ، حتى تنتقل الملكية فيما بين المتعاقدين إلى خلفهم .

كما أن ملكية الجزء المعلى يمكن أن تكتسب بالتقادم ، فإذا أسند الجار الذى لم يشترك فى التعلية مبانیه إلى هذا الجزء ، واستمر هذا الوضع مدة التقادم ، فإنه يصبح شريكا فيه ولذلك يجوز لمحدث التعلية أن يمنع جاره من استعمال الجزء المعلى ، وأن يجبره على إزالة المبانى التى أسندها فعلا إلى هذا الجزء .

وعلى الجار الذى يريد أن يكون شريكا فى الجزء المعلى أن يعلن رغبته فى ذلك ، وليس لإعلان هذه الرغبة شكل خاص ، فيجوز أن يكون بإنداز على يد محضر ، كما يجوز أن يكون بكتاب مسجل أو غير مسجل كما يجوز أن يكون شفويا ، وعليه عبء إثبات ذلك (١) .

(١) د. محمد عرفة ، السابق ص ١٠٣، ١٠٢ ، د. الصدة ، السابق فقرة ٩٤ ص ١٣٩، ١٣٨ ، د. السنهورى ، السابق فقرة ٦٠٨ ص ١٠٠٠ ، د. منصور ، السابق فقرة ٩٩ ص ٢٤٨ ، د. حسن كيرة ، السابق ، فقرة ١٧٧ ص ٥٩٦، ٥٩٥ ، د. البدر اوى السابق فقرة ٩٣ ص ١٤٠ ، د. توفيق فرج ، السابق فقرة ٨٧ ص ١٨٩ ، د. مصطفى الجمال ، السابق فقرة ٨٩ ص ١٥٣ ، د. أحمد سلامة ، السابق فقرة ٦٥ ص ٢٢١، ٢٢٠ ، د. إسماعيل غانم ، السابق فقرة ١٤٨ ص ٣٤٤ .

الفرع الثالث

الموازنة بين الفقه الإسلامي والقانون من حيث الحائظ المشترك

بعد عرض كلا من الفقهاء من حيث الحائظ المشترك يتضح ما يلي :-

أولاً : من حيث الانتفاع بالحائظ المشترك :

إن الفقه الإسلامي وضع قيوداً لاستعمال الحائظ المشترك ، منها أن يكون الاستعمال حسب الغرض المعد له ، ومنها عدم جواز التصرف في الحائظ بدون إذن شريكه وبهذه القيود أخذ القانون الوضعي .

وإذا أراد أحد الشركاء تعليية الحائظ المشترك ، كان له الحق في ذلك بعد أن يستأذن شريكه ثم ينفق عليه من نفقته الخاصة هذا في الفقه الإسلامي .

أما في القانون فيجوز للذي يريد التعليية أن يعلى بدون إذن شريكه متى توافرت الشروط السابقة ، ولذلك كانت الشريعة الإسلامية أدق في احترام الملكية .

ثانياً : من حيث قسمة الحائظ المشترك :-

الرأى الراجح في الفقه الإسلامي . أنه من حق الشريكين قسمة الحائظ المشترك ، وإذا طلبها أحدهما وامتنع الآخر ، كان من حق طالب القسمة أن يلجأ إلى القضاء ليجبر شريكه الآخر على القسمة ، حتى يتسنى له الانتفاع بملكه .

أما في القانون ، فلا يجوز لأى من الشركاء أن يطلب قسمة الحائظ المشترك ، فالشروع إجبارى متى ثبت الاشتراك . وبهذا خالف القانون الفقه الإسلامي ، والأولى الرجوع إلى الفقه الإسلامي .

ثالثاً : من حيث الإنفاق على الحائظ المشترك :

بين الفقه الإسلامي أن النفقة على الحائظ المشترك على كلا الشريكين كل بنسبة حصته ، فإذا امتنع أحدهما عن الإنفاق فالرأى الراجح إجباره على الإنفاق عن طريق القضاء . أما القانون فيبين أن النفقة عليهما معا ، ولكنه لم يبين الحكم في حالة امتناع أحد الشريكين عن النفقة ، وهل الهدم كان بتعمد من أم لا ؟ .

لذلك فإن الفقه الإسلامي نطاقه أوسع وأدق فالأولى الرجوع إليه .

المطلب الثالث

الحائط المتنازع عليه في الفقه الإسلامي والقانون

ينقسم هذا المطلب إلى ثلاث فروع :-

الفرع الأول : الحائط المتنازع عليه في الفقه الإسلامي

الفرع الثاني : الحائط المتنازع عليه في القانون

الفرع الثالث : الموازنة بينهما .

وسوف أوضح ذلك بشئ من التفصيل .

الفرع الأول

الحائط المتنازع عليه في الفقه الإسلامي

الحائط المتنازع عليه له حالتان :-

الحالة الأولى :-

أن يكون متصلًا ببناء أحدهما دون الآخر اتصالًا لا يمكن إحدائه بعد بنائه ، في هذه الحالة يقضى به للذي هو متصل ببنائه لترجح جانبه ، عند جمهور الفقهاء .

الحالة الثانية :-

أن يكون متصلًا ببنائهما أو منفصلًا عنهما ، في هذه الحالة يقضى به لمن معه بينه ، فإن أقام كل منهما بينة تعارضًا ، وصاروا كمن لا بينة لهما ، ويبحث عن مرجح آخر ، فإن لم يوجد فلا قيمة لهما . وذلك باتفاق جميع الفقهاء (١) ، فإذا لم توجد بينة اختلف الفقهاء في الترجيح على قولين .

القول الأول :-

إذا لم توجد بينة على أنه لأحدهما حلف كل واحد منهما للآخر ، فإذا حلفا أو نكلا ، جعل الجدار بينهما نصفين بظاهر اليد ، وإن حلف أحدهما ونكل الآخر ، قضى للحالف بالجميع ، ولا ترجح الدعوى بكون الدواخل (٢) إلى أحدهما . ولا بمعاقدة القمط ولا بغيرهما مما يشهد به العرف ، لأنه ليس في شئ من ذلك دلالة .

(١) جامع الفصولين ٢/٢٠١ ، فتح القدير ٥/٥٠٤ ، مواهب الجليل ٥/١٥٠ ، البهجة ٢/٣٤٠ ، روضة الطالبين ٤/٢٢٥ ، تحفة

المحتاج ٥/٢٢٣ ، زاد المحتاج ٢/٢١٤ ، المغنى والشرح الكبير ٥/٤٣ ، السيل الجرار ٣/٢٥٢ ، شرائع الإسلام ٢/١٢٥ .

(٢) المراد بالدواخل : الطاقات والمحاريب في باطن الجدار (روضة الطالبين ٤/٢٢٦) .

والى هذا ذهب أبو حنيفة وأكثر أصحابه (١) ، والشافعية (٢) ، والحنابلة (٣) ، والإمامية (٤) .
القول الثانى :-

ذهب أصحاب هذا القول إلى أنه إذا تنازعا فى ملكية الحائط ولم توجد بينة ، فإنه يقضى به لمن يشهد له العرف ، والعرف يشهد لمن له العقود (٥) ، والقمط (٦) ، والباب (٧) ، والغرز (٨) ، والكوة (٩) ، ووجه البناء (١٠) . فإن تساويا فهو بينهما .
 وإلى هذا ذهب أبو يوسف ومحمد من الحنفية (١١) ، والمالكية (١٢) ، والزيدية (١٣) .
 وسوف أذكر أدلة كلا القولين .

- (١) جامع الفصولين ٢٠١/٢ ، ٢٠٢ ، شرح فتح القدير ٥٠٤/٥ ، مجمع الأنهر ٢٨٢/٢ .
 (٢) الأم ٣٣٦/٣ ، روضة الطالبين ٢٢٦،٢٢٥/٤ ، نهاية المحتاج ٤١٦/٤ ، البيجرمى على الخطيب ٨٨/٣ ، مغنى المحتاج ١٩٢/٢ ، الفتاوى الكبرى ٦٢/٣ ، تحفة المحتاج وحاشية الشروانى ٢٢٣/٥ .
 (٣) المغنى والشرح الكبير ٤٤،٤٢/٥ .
 (٤) شرائع الإسلام ١٢٥/٢ .
 (٥) العقود : عبارة عن تتخلل الأركان ، أو هى الخشب التى تجعل فى أركان الحيطان (القوانين الفقهية ص ٣٥٤ ، البيهجة ٣٤٠/٢ ، مادة عقد) معجم مقاييس اللغة ٨٦/٤ .
 (٦) القمط : هى ما تشد به الحيطان من الجص وقيل الخص . وهو البيت الذى يعمل من القصب ، ونحوه ، وقيل القمط : هى الخشب التى تكون بين البنين ، وقيل الفرج غير النافذة (مادة قمط) لسان العرب ٣٧٣٩/٥ ، البيهجة ٢ / ٣٤٠ ، القوانين ص ٣٥٤ ، مواهب الجليل ١٥١/٥ .
 وقيل العقود والقمط : مترادفان ، وهما عبارة عن معاهد الأركان ، وهى إدخال الحائط فى الآخر كاشتباك الأصابع (البيهجة ٣٤٠/٢) .
 (٧) الباب : بمعنى أن الباب إذا كان مفتوحا جهة أحد الشريكين دون الآخر فهو لمن له جهته الباب .
 (٨) الغرز : بمعنى أن جذوع أحدهما إذا كانت على الحائط دون الآخر فهو لمن له الجذوع ، لثبوت يده عليه .
 (٩) الكوى : وهى الطاقة غير النافذة إذا كانت تجاه أحدهما دون الآخر ، فهو لمن له الكوى ، لترجح جانبه .
 (١٠) وجه البناء : بمعنى أن يكون وجه البناء تجاه أحدهما فهو لمن جهة البناء تجاهه ، لأن الإنسان يزينه من ناحيته .
 (١١) جامع الفصولين ٢٠٢/٢ .
 (١٢) البيهجة ٣٤٠،٣٤٠/٢ ، القوانين ص ٣٥٤ ، مواهب الجليل ١٥١،١٥٠/٥ ، الفواكه الدوانى ٣١٩/٢ ، معين الحكام ٧٨٧/٢ ، أسهل المدارك ٥٩/٣ .
 (١٣) السيل الجرار ٢٥٢/٣ .

استدل أصحاب القول الأول بما يلي :-

١ - بما روى عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن النبي صلى الله عليه وسلم قال في خطبته : ﴿ البينة على المدعى واليمين على المدعى عليه ﴾ (١) .
وجه الدلالة : إن هذا الحديث عام في كل المنازعات ، فإذا أتى المدعى بالبينة قضى له ، وإلا وجه اليمين إلى المدعى عليه ، فإن نكل وجه اليمين إلى المدعى فإن حلف قضى له وإلا فهما سواء ، فيكون بينهما .

٢ - ولأن وجه الحائط ومعاهد القمط وما أشبههما ، إذا كانا شريكين في الحائط لا بد من أن يكون إلى أحدهما ، إذ لا يمكن كونه إليهما جميعا فبطلت دلالتة .

٣ - ولأن العادة جعل وجه الحائط إلى الخارج - وليس إلى الداخل - ليراه الناس كما يلبس الرجل أحسن أثوابه ، أعلاها الظاهر للناس ليروه فيتزين به فلا دليل فيه (٢) .

واستدل أصحاب القول الثاني بما يلي :-

١- بما روى عن نمران بن جارية عن أبيه ، أن قوما اختصموا إلى النبي صلى الله عليه وسلم في خص كان بينهم ، فبعث حذيفة بقضى بينهم ، فقضى للذين يليهم القمط ، فلما رجع إلى النبي صلى الله عليه وسلم ، أخبره فقال ﴿ أصبت وأحسنت ﴾ (٣) .

وجه الدلالة : هذا نص في القضاء بالقمط وهو نص صريح في الموضوع ، فيجب العمل به ، ويقاس على القمط كل ما يشبهها مما يقضى به العرف .

٢- ولأن الظاهر يشهد له لأن الإنسان يزين وجه جداره إلى نفسه لا إلى جاره ، وكذا القمط لأنه وقت العقد يقوم على سطح فيجعل القمط إليه .

فلو اشتركا حلقا وكان بينهما ، فإن كان لأحدهما القمط والآخر الخشب ، فهو لذي القمط لأنها أقوى دلالة (٤) .

الراجح : والذي أميل إليه بعد عرض كلا القولين ، القول الثاني ، لأن الحديث الذي استدلوا به نص صريح في الموضوع ، أما حديث القول الأول فهو حديث عام ، والخاص يخصص العام . ولأنه هو الذي يتفق مع العقل والعرف .

(١) أخرجه الترمذى في سننه ، كتاب الأحكام ، باب ما جاء في البينة على المدعى واليمين على المدعى عليه ، وقال هذا حديث في إسناده مقال (سنن الترمذى ٦٢٦/٣) . (٢) المغنى والشرح الكبير ٤٤/٥ .

(٣) أخرجه ابن ماجه في سننه ، كتاب الأحكام ، باب الرجلان بدعيان في خص ٧٨٥/٢ ، قال في الزوائد نمران بن جاريه ذكره ابن حبان في الثقات ، وقال ابن القطان حاله مجهول ، وأخرجه أيضا البيهقي ٦٨٠٦٧/٦ كتاب الصلح باب من استعمل الدلالة ، وقال عنه تفرد بهذا الحديث دهم بن قران وهو ضعيف . (٤) جامع الفصولين ٢٠٣،٢٠٢/٢ ، البيهجة ٣٤١،٣٤٠/٢ .

الفرع الثاني

الحائط المتنازع على ملكيته في القانون

إذا فصل حائط ما بين بنائين :

فإن هذا الحائط قد يكون حائطا مشتركا ، وقد يكون حائطا فاصلا غير مشترك ، ولكنه مملوك ملكية خالصة لصاحب أحد البنائين .

ويجوز لكل ذي شأن أن يثبت أن الحائط الفاصل هو حائط مشترك ، فيثبت أحد الجارين مثلا أنه أقام الحائط مع جاره بنفقات مشتركة ، أو أنه كان مملوكا لجاره ملكية خالصة، ثم كسب من هذا الجار الاشتراك في الحائط في مقابل عوض دفعه له ، أو أن الملاء مشترك بغير عوض ، كما يجوز للجار أن يثبت الاشتراك في الحائط بطريق التقادم المكسب ، بأن يثبت أنه حاز الحائط حيازة مشتركة مع جاره ، وتصرف فيه تصرف المالك للحائط المشترك دون أن يكون ذلك مبنيا على تسامح جاره ، وبقي كذلك طول المدة اللازمة للتقادم (١) .

وقد وضع المشرع قرينة قانونية تيسر إثبات الاشتراك في الحائط فنص في المادة ٨١٧ مدنى على ما يأتى : (الحائط الذى يكون فى وقت إنشائه فاصلا بين بناءين يعد مشتركا حتى مفرقهما ما لم يقم دليل على العكس) .

وبناء على ذلك يكون على من يدعى أنه شريك فى ملكية الحائط الفاصل أن يقيم الدليل على توافر هذه القرينة ، فإذا نجح فى هذا الإثبات انطبق على الحائط الاشتراك حتى يقيم خصمه الدليل على أن الحائط مملوك له ملكية خاصة ، ولكى تتحقق هذه القرينة ، لابد من توافر شرطين :-

الأول : أن يكون الحائط فاصلا بين بناءين ،

ويتحقق ذلك : إذا كان كل بناء يستتر بالحائط ، فإذا كان الحائط يفصل بين قطعتى أرض ، أو بين بناء وقطعة أرض فلا تتوافر القرينة .

(١) د. السنهورى ، السابق فقرة ٥٩٩ ص ٩٩٠ ، ٩٩١ .

(٢) د. محمد عرفة ، السابق ص ٩٦ ، د. الصدة السابق فقرة ٩١ ص ١٣٥ .

الثانى : أن يكون الحائط قد فصل بين البنائين منذ إنشائه .

فإذا لم يوجد وقت إنشاء الحائط إلا ببناء واحد ، ثم قام بعد ذلك ببناء آخر ملاصق استتر بالحائط فأصبح هذا الحائط جزء من البناء، فإن القرينة لا تقوم ، ويعتبر فى وضعه الجديد فاصلا بين بنائين ومملوكا ملكية خالصة لصاحب هذا البناء .

إذا توافر الشرطان السابقان قامت القرينة على أن الحائط الفاصل هو حائط مشترك . ولكن هذه القرينة بسيطة فهى تعفى مدعى الاشتراك من إثبات حقه ، ولكنها لا تمنع مدعى الملكية المفترزة من إثبات الملكية ، ويمكن إثبات ذلك بكل الطرق ، وخاصة أنه تحمل نفقات إقامة هذا الحائط وحده ، وأن الحائط أقيم كله فى أرضه . أو كسبه بالتقادم ، أو بالوصية أو نحو ذلك .

فإذا ثبت ذلك لأحدهما أصبحت القرينة القانونية لا قيمة لها ، لأنها جاءت على خلاف الأصل ، لأن الأصل فى الإثبات أن يكون على من يدعى مشاركته فى الحائط ، ويكفى أن يثبت ذلك بمجرد وجود علامات ظاهرة فى أحد جانبي الحائط أو نحو ذلك ، وهذه المسألة موضوعية متروكة لقاضى الموضوع(١) .

(١) د. محمد عرفة السابق ، ص٩٦ ، د. الصدة السابق فقرة ٩١ ص١٣٥، ١٣٦ ، د. منصور ، السابق فقرة ٩٨ ص٢٤٤ ، د. البدرأوى ، السابق فقرة ٩١ ص١٣٦، ١٣٧ ، د. حسن كيرة ، السابق فقرة ١٧٤ ص٥٩١، ٥٩٢ ، أستاذنا الدكتور / لاشين الغايانى رسالته ص٤٨٥ وما بعدها ، د. توفيق فرج السابق ، فقرة ٨٤ ص١٨٦ ، د/ محمود زكى ، السابق فقرة ١١١ ص٢٠١ وما بعدها، د. أحمد سلامة ، السابق فقرة ٦٥ ص٢١٣ وما بعدها ، د. عمران ، السابق ص ٢٨٠ .

الفرع الثالث الموازنة بين كلاً من الفقه الإسلامي والقانون الوضعي من حيث الحائط المتنازع فيه

بعد هذا العرض لكلا الفقهاء يتبين ما يلي :-

أن الرأي الراجح في الفقه الإسلامي - من وجهة نظري - أنه يقضى لمن يشهد له العرف ، فالعرف من الأمور التي ترجح أن الحائط المتنازع عليه لأحد المتنازعين في حالة عدم وجود البينة ، فإن وجدت البينة عمل بها ، بصرف النظر عن هذه العلامات الظاهرة .
أما القانون الوضعي ، فقد وضع قرينة قانونية تيسر الإثبات ، وعلى المدعى أن يثبت قيام هذه القرينة لإثبات الاشتراك في الحائط ، وهي قرينة يمكن إثبات عكسها بكافة طرق الإثبات . بما فيها وجود علامات ظاهرة في أحد جانبي الحائط ، فإذا ثبت هذا قضى له بالحائط المتنازع فيه .
وبهذا يكون القانون قد أخذ بمذهب المالكية ومن معهم ، القائلين بالترجيح بما يشهد له به العرف .

المطلب الرابع

الحائط المائل في الفقه الإسلامي والقانون

ينقسم هذا المطلب إلى ثلاثة فروع :

الفرع الأول : الحائط المائل في الفقه الإسلامي .

الفرع الثاني : الحائط المائل في القانون .

الفرع الثالث : الموازنة بينهما .

وسوف أبين ذلك بشئ من التفصيل .

الفرع الأول الحائط المائل في الفقه الإسلامي

قسم الفقهاء الخلل في البناء إلى قسمين : أصلي وطارئ

أ- الخلل الأصلي في البناء :

المقصود به : هو أن يقيم الشخص الحائط مائلا منذ إنشائه إلى الطريق العام أو على ملك الغير ، أو أن يخرج جناحا أو ميزابا ونحوهما إلى الطريق العام أو إلى ملك الغير .
في هذه الحالة : اتفق الفقهاء على أن صاحب هذا الحائط يضمن ما تلف به إذا سقط لأنه متعد ابتداء ، فليس له الانتفاع بالبناء في هواء ملك غيره أو هواء مشترك ، أو الطريق العام ، حتى على رأى من قال بإباحة إخراج الجناح أو الميزاب إلى الطريق - وهم الشافعية والإمامية والزيدية - لأن الإباحة مشروطة بسلامة العاقبة (١) .

ب - الخلل الطارئ في البناء :

المقصود به : أن يقيم الإنسان البناء في ملكه مستقيما ابتداء ثم يطرأ عليه التصدع والخلل والميل إلى الطريق أو ملك الغير بعوامل طارئة ، مما يجعله معرضا للسقوط .
حكم هذا الحائط :

اختلف الفقهاء في ضمان ما يتلف عن هذا الحائط على ثلاثة مذاهب :-

المذهب الأول : الضمان مطلقا .

المذهب الثاني : عدم الضمان مطلقا .

المذهب الثالث : الضمان إن طولب بالهدم قبل سقوطه بمدة كافية وإلا فلا .

وسوف أوضح هذه المذاهب .

(١) المبسوط ٩/٢٧ ، الهداية ٤/١٥٩ ، مجمع الضمانات ص ١٨٣ ، الفتاوى الهندية ٦/٣٦ ، البيان والتحصيل ٩/٢٢٢ ، تبصرة الحكام ٢/٣٤٧ ، شرح ابن ناجي على الرسالة ٢/٢٤٤ ، مغنى المحتاج ٤/٨٦ ، روضة الطالبين ٩/٣٢١ ، المغنى والشرح الكبير ٩/٥٧٢ ، كشاف القناع ٢/٣٦٩ .

المذهب الأول :

الضمان مطلقا وإن لم يطالب بنقضه أو هدمه . وإلى هذا ذهب بعض الشافعية والحنابلة ، وهو قول ابن أبي ليلى وأبي ثور وإسحاق (١) .
وحجتهم فى ذلك :-

أن الحائط لما مال إلى الطريق وتركه صاحبه ، صار متعديا بتركه ، فيضمن ما تلف به كما لو بناه مائلا إلى ذلك ابتداء .
 ولأن الضمان يجب بالتقصير فى الهدم إذ لو كانت المطالبة هى التى توجب الضمان لأوجبه ولو لم يكن الحائط مائلا .

المذهب الثانى :

عدم الضمان مطلقا ، لا فرق فى ذلك بين أن يطالبه الوالى أو غيره بالنقض وبين ألا يطالب، وإلى هذا ذهب الشافعية وبعض الحنابلة ، وهو مقتضى القياس عند الحنفية (٢) .
وحجتهم فى ذلك :-

لأنه لم يوجد منه صنع - لا مباشرة ولا تسببا - هو متعد فيه ، فأشبهه ما إذا وقع من غير ميل .
 ولأن القاعدة : أن ما كان أوله غير مضمون لا ينقلب مضمونا بتغيير الحال ، كما أن المسئول عن الجدار قد يكون غائبا بأقصى المشرق والحائط بأقصى المغرب .

المذهب الثالث :

الضمان إن طولب بالنقض قبل سقوطه بمدة كافية ، وإلا فلا ضمان ، وإلى هذا ذهب الحنفية، والمالكية، والصحيح عند الحنابلة ، والزيدية ، وبه يقول الإمامية، والإباضية ، وروى عن على وشريح والنخعى والشعبى والثورى وغيرهم من التابعين (٣) .

(١) المهذب ٢٠٧/٢ ، مغنى المحتاج ٨٦/٤ ، المغنى والشرح الكبير ٥٧٣/٩ . كشف القناع ٣٦٩/٢ .

(٢) المهذب ٢٠٧/٢ ، روضة الطالبين ٣٢١/٩ ، الأشباه للسيوطى ص ٦١ ، المغنى والشرح الكبير ٥٧٣/٩ ، الهداية ١٥٩/٤ ، البداية ٢٢٦/١٠ ، تبيين الحقائق ١٤٧/٦ .

(٣) الفتاوى الخانية ٤٦٣/٣ ، الفتاوى الهندية ٣٦/٦ ، مجمع الأنهر ٦٥٧/٢ ، تكملة البحر الرائق ٤٠٢/٨ ، البيان والتحصيل ٣٩٢،٢٢٢/٩ ، معين الحكام ٧٨٨/٢ ، الشرح الكبير ٣٥٦/٤ ، المغنى والشرح الكبير ٥٧٣/٩ ، كشف القناع ٣٦٩/٢ ، البحر الزخار ٢٤٤/٥ ، شرائع الإسلام ٢٥٥/٤ ، شرح كتاب النيل ٨٠/٧ .

وحجتهم فى ذلك :-

أنه إذا طُلب ذلك منه وامتنع عن الهدم صار متعدياً ، فيضمن لتسببه فى الإلتلاف ولأن حق الجواز للمسلمين وميل الحائط يمنعهم ذلك فلهم المطالبة بازائه فإذا لم يزله ضمن ، كما لو وضع حجراً على حائط نفسه فوقع فى ملك غيره فطُلب برفعه فلم يفعل حتى عثر به إنسان فإنه يضمن ، وكما لو وقع ثوب إنسان فى بيت آخر فامتنع عن التسليم بعد أن طُلب منه ذلك فإنه يضمن (١) .

الراجع :-

بعد عرض المذاهب الثلاثة ، فإنى أميل إلى ترجيح المذهب الثالث الذى يشترط التقدم بالإنذار والتنبيه إلى صاحب الحائط المائل ، فإن امتنع ضمن ، وإلا فلا ضمان عليه إلا إذا كان الخلل لا يخفى على أحد كما لو كان الميل شديداً فإنه يضمن ، لأنه فى هذه الحالة يكون صاحب الحائط متعنناً فهذا رأى وسط بين الرأيين الآخرين ، فالرأى الأول يوجب الضمان مطلقاً ، وهذا معناه أن أرباب المباني عليهم دائماً الحذر واليقظة وهذا يتفق مع المصلحة العامة ، إلا أن فيه تشدداً زائداً عليهم ، أما المذهب الثانى وهو عدم الضمان مطلقاً يجعل أرباب المباني غير عابئين ولا مكترئين بما يصيب غيرهم من أضرار فهو يجافى العدالة ويتعارض مع المصلحة العامة .

وبناء على رأى الراجح :-

يتقدم كل من له مصلحة فى طلب النقض والإصلاح إلى حارس البناء ، وهو من يملك النقض والإزالة ، أو الترميم والإصلاح ، وهو صاحب البناء أو وكيله الخاص - كالموصى على المجنون أو الصغير - أو وكيله العام وهو الحاكم . فإذا كان ميل البناء إلى الطريق العام جاز التقدم من كل مكلف له حق المرور فى الطريق ولو ذمياً ، وإذا كان إلى ملك الغير ، كان التقدم من حق من مال البناء إلى ملكه ولا يصح من غيره ، إلا أن يكون له حق الانتفاع كالمستأجر والمستعير ، لأن له المطالبة بازائه ما يشغل الدار ليتمكن من الانتفاع . وكذلك له حق المطالبة بازائه ما يشغل هواء حقه ويثبت التقدم إلى المسئول عن البناء بشهادة رجلين أو رجل وامرأتين ، كما يثبت بكتابة القاضى إلى القاضى ، لأن الثابت بالتقدم مال وهو لا يندرى بالشبهات .

(١) بدائع الصنائع ٣٦٩/٧ ، المبسوط ٩/٢٧ ، مواهب الجليل ٣٢١/٦ ، تبصرة الحكام ٣٤٧/٢ ، المغنى والشرح الكبير ٥٧٢/٩ .

وصورة التقدم :-

- أن يقول الرجل : اشهدوا أنى قد تقدمت إلى هذا الرجل فى هدم حائطه هذا ويشترط أن يكون الوقت يتسع لإصلاح صاحب الحائط حائطه حتى يضمن (١) .
- وقد بين ذلك تفصيلا صاحب الفتاوى الهندية بقوله (يشترط لى يضمن :-
- ١- التقدم والطلب إلى من له ولاية التفريغ حتى لو تقدم إلى من سكن الدار بإجارة أو إعاره فلم ينقض الحائط حتى سقط على إنسان لا ضمان .
 - ٢- ويشترط دوام الولاية إلى وقت السقوط حتى لو خرج عن ملكه بالبيع بعد الإشهاد .
 - ٣- ويشترط أن يكون التقدم والطلب من صاحب الحق ، والحق فى طريق العامة للعامة فيكتفى بطلب واحد من العامة ، وفى السكة الخاصة الحق لأصحاب السكة فيكتفى بطلب واحد منهم (٢) .
- وقد بين ذلك أيضا المالكية فى كتبهم .
- ففى الشرح الكبير (٣) :** (فيضمن صاحبه - أى الحائط المائل - بشروط ثلاثة أشار لها بقوله : مال بعد أن كان مستقيما، وأنذر صاحبه ، وأمكن تداركه بأن يتسع الزمان الذى يمكن الإصلاح فيه ولم يصلح فيضمن) .

الفرع الثانى الحائط المائل فى القانون

تحدث القانون عن هذا الحائط تحت عنوان مسئولية حارس البناء . ويقصد بالبناء فى القانون كل ما شيده الإنسان متصلا بالأرض اتصال قرار ، بحيث يعتبر عقارا بطبيعته كاليوت والاسطبلات والمخازن والتمائيل المبنية والقناطر والجسور والأنفاق . وقد نص المشرع على هذه المسئولية فى المادة ١٧٧ مدنى . إذ تقرر :

(١) المبسوط ٩/٢٩ ، الفتاوى الهندية ٣٦/٦ ، جامع الفصولين ٢/٢١١ ، البناء على الهداية ١٠/٢٢٨ وما بعدها ، مجمع الأنهر ٢/٦٥٧ وما بعدها ، حاشية الطحطاوى ٤/٢٩١ ، الشرح الكبير وحاشية الدسوقي ٤/٣٥٦ ، المغنى والشرح الكبير ٩/٥٧٥ .

(٢) الفتاوى الهندية ٦/٣٧ .

(٣) الشرح الكبير وحاشية الدسوقي ٤/٣٥٦ ونحوه فى مواهب الجليل وبهامشه التاج والإكليل ٦/٣٢١ وما بعدها .

١- (حارس البناء ، ولو لم يكن مالكا له ، مسئول عما يحدث انهدام البناء من ضرر ، ولو كان انهداما جزئيا ، ما لم يثبت أن الحادث لا يرجع سببه إلى إهمال فى الصيانة أو قدم فى البناء أو عيب فيه .

٢- ويجوز لمن كان مههدا بضرر يصيبه من البناء أن يطالب المالك باتخاذ ما يلزم من التدابير الضرورية لدرء الخطر ، فإن لم يقم المالك بذلك جاز الحصول على إذن المحكمة فى اتخاذ هذه التدابير على حسابه) .

من هذا النص يتبين :

أن القانون قد أخذ بمسئولية الحارس عن الأضرار التى يلحقها بناؤه بغيره ، لأنه يقع عليه واجب الصيانة والتجديد لبنائه ، فإذا قصر فى أداء هذا الواجب ، كان مخطئا خطأ شخصيا يوجب مسئوليته ، وقد افترض القانون المصرى الخطأ فى جانب الحادث - سواء أكان مالكا له أم لم يكن مالكا له - وجعله مسئولا مسئولية تقصيرية ، ما لم يثبت أن الحارس لا يرجع سببه إلى إهمال فى الصيانة أو قدم فى البناء أو عيب فيه .

وهذه المسئولية تتحقق حتى ولو كان حارس البناء غير مميز ، إذ هو لا يسأل عن ضرر ينجم عن فعل يصدر منه شخصيا ، وإنما يسأل عن ضرر يحدثه فعل شئ يملكه ، أو يكون فى حراسته والمفروض أنه إذا كان غير مميز فإن هناك من ينوب عنه فى مباشرة السلطة على البناء والتصرف فى أمره .

فلكى تتحقق هذه المسئولية لابد من توافر شرطين :-

الشرط الأول:-

أن يتولى شخص حراسة البناء .

والحارس : هو من له السلطة الفعلية على البناء والتصرف فى أمره . فيعتبر مالك البناء هو فى الأصل الحارس ، ويعتبر المقاول الذى يتولى تشييد البناء حارسا له حتى يسلمه للمالك ، وتنتقل الحراسة من المالك إلى صاحب حق الانتفاع.

الشرط الثانى :-

أن يحدث انهدام البناء ضررا للغير .

فيجب أن يتهدم البناء ، وأن يترتب على هذا التهدم ضررا للغير .

والمقصود بتهدم البناء : تفككه وانفصاله عن الأرض ، كانهيار البناء كله أو أحد الجدران أو أى جزء آخر .

ويشترط أن يكون التهدم راجعا إلى حالة البناء ، بحيث يكون مرده إهمالا فى الصيانة

أو قدما فى البناء أو عيبا فيه .

ويشترط حتى تتحقق المسؤولية أن ينتج عن هذا التهدم ضرر بالغير ، هذا الغير قد يكون أجنبيا عن الحارس أو المالك ، وقد يكون هو المالك إذا كان الحارس شخصا آخر .
 فإذا توافر هذان الشرطان قامت مسؤولية حارس البناء .
 وتندفع هذه المسؤولية إذا استطاع حارس البناء أن ينفي الخطأ عن نفسه بأن يثبت أنه قام بواجبه في صيانة البناء وتجديده ، أو يثبت أن البناء لم يكن في حاجة إلى شئ من ذلك كما يستطيع أن يثبت عدم وجود علاقة بين الخطأ المفترض وتهدم البناء ، وذلك بأن يثبت أن هذا التهدم سببه حريق في البناء أو متفجرات دمرته . أو غير ذلك (١) .

الفرع الثالث

الموازنة بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي

من حيث الحائض المائل

من هذا العرض الموجز يتبين ما يلي :-

أولا :-

أن القانون قد أخذ بمبدأ مسؤولية الحارس عن الأضرار التي يلحقها بناؤه بغيره ، وهو بهذا يتفق مع الفقه الإسلامي .

كما أن القانون يتفق مع الفقه الإسلامي من حيث دفع هذه المسؤولية بإثبات أن تهدم البناء لا يرجع سببه إلى إهمال في الصيانة أو عيب فيه فينتفى الخطأ القانوني أو التعدى الشرعي كما يمكن دفع ذلك بانتفاء رابطة السببية في كلا الفقهين .

ثانيا :-

يختلف كلا الفقهين في تكييف هذه المسؤولية ، فهي في الفقه الإسلامي قائمة بناء على تعد واجب الإثبات من كل ذي مصلحة وتنتفى بانتفائه ، أما في القانون فهي قائمة بناء على الخطأ المفترض في جانب الحارس .

(١) يراجع في ذلك الوسيط ح ١٢٠٧ : ١٢٢٠ ، نظرية الالتزام د. أحمد أبو ستيت ص ٥٠٠ ، مصادر الالتزام ، د. الصدة

ص ٥٧٣ ، وله أيضا مبادئ القانون ص ٤١٠ وما بعدها ، د. عبد الناصر العطار ، مبادئ القانون ص ٢٢٩ ، د. / حسين عامر

د / عبد الرحيم عامر ، المسؤولية المدنية ص ٦٩٣ : ٧٠٦ فقرات ٨٨١ : ٨٩٧ ، أستاذنا الدكتور / لاشين الغاباتي دروس في

مصادر الالتزام ص ٣٠٧ .

ثالثاً :-

إن ما ورد في الفقرة الثانية من المادة ١٧٧ مدني بجواز مطالبة المالك باتخاذ مايلزم من التدابير الضرورية لدرء الخطر ، يتفق مع القول الراجح - من وجهة نظري - في الفقه الإسلامي القائل بوجوب التقدم والتنبيه على صاحب البناء بالنقض أو الإصلاح ، وإلا كان مسئولاً عما يترتب عليه من تلف .

ولكن الفقه الإسلامي أدق بكثير من القانون ، لأنه يشترط حتى يكون مسئولاً أن يتسع الوقت لتدارك الخلل . أما في القانون فإنه يسأل وإن لم يتسع الوقت لأن عدم اتساع الوقت لا يحول دون افتراض الخطأ في حقه .

أما ما نص عليه القانون من قيام المضرور بالترميم أو النقص بعد إذن المحكمة ، فهو يتفق مع حالة الضرورة في الفقه الإسلامي .

المطلب الخامس

وضع الحدود في الفقه الإسلامي والقانون

ينقسم هذا المطلب إلى ثلاثة فروع

الفرع الأول : وضع الحدود في الفقه الإسلامي .

الفرع الثاني : وضع الحدود في القانون الوضعي .

الفرع الثالث : الموازنة بينهما .

وسوف أبين ذلك بشئ من التفصيل .

الفرع الأول

وضع الحدود في الفقه الإسلامي

هذا الفرع يتطلب أن أبين معنى وضع الحدود في اللغة ثم في الشرع.

أولاً : معنى وضع الحدود في اللغة (١) :

الحد : الحاجز بين الشئين . أو الفصل بين الشئين لنلا يختلط أحدهما بالآخر ، أو لنلا

يتعدى أحدهما على الآخر ، وجمعه حدود .

ومنتهى كل شئ حده ، ومنه حدود الأرض . فوضع الحدود معناه : وضع الحواجز أو

الفواصل بين الشئين .

(١) مادة "حدد" لسان العرب ٧٩٩/١ ، معجم مقاييس اللغة ٣/٢ ، مختار الصحاح ص١٢٥ المعجم الوجيز ص١٥١ .

ثانيا : معنى وضع الحدود فى الشرع :

لم أعرّض على نص مباشر يبين وضع الحدود فى الفقه الإسلامى ، وذلك بعد طول بحث فى أمهات الكتب الفقهية ، وإنما يفهم وضع الحدود فى الفقه الإسلامى من خلال نصوص الفقهاء فى بابى التحجير والقسمة . ولقد بينت السنة النبوية الشريفة وضع الحدود فى الحديث الذى رواه جابر رضى الله عنه قال " جعل رسول الله صلى الله عليه وسلم الشفعة فى كل مال لم يقسم ، فإذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة " (١) .
والحدود هى الحواجز كما بين ذلك المفسرون (٢) فى تفسير قوله تعالى ﴿ تِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ فَلَا تَقْرِبُوهَا ﴾ (٣) .

ولقد تحدث الفقهاء عن التحجير فى باب إحياء الموات ، ويؤخذ من نصوصهم أن مفهوم التحجير يتفق مع وضع الحدود فى القانون ومن هذه النصوص .
فى الفقه الحنفى :

جاء فى مجمع الأنهر " التحجير ، للإعلام ، بوضع الأحجار حولها - أى الأرض التى قصد إحيائها لكونه من الحجر بالحركة ، وقيل من الحجر بالسكون هو المنع ، لأن من أعلم فى قطعة أرض من الموات ، علامة بوضع الأحجار أو الشوك ... فكأنه يمنع الغير ، فسمى فعله تحجيراً (٤) .

ومن الفقه المالكي :-

قال عياض هو - أى التحجير - ضرب حدود حول ما يريد إحياءه (٥) .

ومن الفقه الشافعى :-

قال الماوردى " الإحياء معتبره العرف فيما يراد له الإحياء فإن أراد إحياء الموات للسكنى كان إحياءه بالبناء والتسقيف ... وإن أراد إحياءها للزرع والغرس . اعتبر فيه ثلاثة شروط .

(١) أخرجه البخارى فى صحيحه ، كتاب البيوع ، باب بيع الشريك من شريكه ، وباب بيع الأرض والدور والحروض مشاعا غير مقسوم . وكتاب الشفعة باب الشفعة ، فيما لم يقسم ، وفى مواضع أخرى كثيرة (فتح البارى ٤/٤٧٦ ، ٤/٥٠٩) .

(٢) الجامع لأحكام القرآن للقرطبي ٢/٣٣٧

(٣) سورة البقرة آية : ١٨٧ .

(٤) مجمع الأنهر ٢/٥٥٨ .

(٥) شرح حدود ابن عرفة ٢/٥٣٧ ، الشرح الكبير ٤/٧٠ ، الخرشى ٧/٧١ .

أحدهما : جمع التراب المحيط بها حتى يصير حاجزا بينها وبين غيرها (١) والثانى : سوق الماء إليها إن كانت يبس وحبسه عنها إن كانت بطائح ، والثالث : حرثها .

ومن الفقه الحنبلى :-

يقول ابن قدامة(٢) (وإن تحجر مواتا وهو أن يشرع فى إحيائه ، مثل أن أدار حول الأرض ترابا أو أحجارا أو أحاطها بحائط صغير) .

ومن كتب الخراج :

يقول ابن المبارك (٣) التحجير : أن يضرب على الأرض الأعلام والمنار .

أما كيفية إجبار الجار على وضع الحدود ، فقد تحدث عنها الفقهاء فى باب القسمة ، لأن المولى عز وجل شرع القسمة لتميز الحقوق المشتركة حتى يعود إلى الاختصاص (٤) . وسوف اقتصر على ما ينطبق على الحدود من باب القسمة فقط كما يلى .

أجر الذى يتولى القسمة :-

الأصل أن تكون أجرة القسام من بيت المال ، فإذا لم يكن له رزق فى بيت المال ، فيجوز للشركاء استئجار القسام بأجرة معلومة تقسم بينهما بالتراضى (٥) فإذا طلب أحدهم القسمة وأبى الآخر ، أو لم يتراضوا فعلى من تكون أجرة القسام ؟ .

اختلف الفقهاء فى ذلك على قولين :-

القول الأول :-

واليه ذهب أبو يوسف ومحمد من الحنفية وهو المختار عندهم ، والمالكية ، والشافعية فى الصحيح عندهم ، والحنابلة (٦) .

(١) الأحكام السلطانية ص ١٧٧ ، روضة الطالبين ٢٨٩/٥ ، معنى المحتاج ٣٦٥/٢ .

(٢) المعنى والشرح الكبير ١٧١/٦ .

(٣) الخراج ليحيى بن آدم ص ٩٠ .

(٤) القيس شرح الموطأ ٩٣٠/٣ ، المعنى والشرح الكبير ٤٩٢/١١

(٥) المبسوط ٤/١٥ ، مجمع الأنهر ٤٨٨/٢ ، الفروق ٣٠٧/٣ ، شرح الزرقانى ١٩١/٦ ، روضة الطالبين ٢٢٢/١١ ، شرح منتهى الإيرادات ٥١٤/٣ .

(٦) تبين الحقائق ٢٦٦/٥ ، الهداية شرح بداية امتبدي ٣٢/٤ ، مجمع الأنهر ٤٨٩/٢ ، بلغة السالك ٢٢٢/٢ ، شرح الزرقانى

١٩١/٦ ، الشرح الكبير وحاشية الدسوقي ٥٠٠/٣ ، الخرشى ١٨٦،١٨٥/٦ ، روضة الطالبين ٢٠٢/١١ أسنى المطالب ٣٢٩/٤ ،

حاشية البيجرمى ٣٦٩/٤ ، المعنى والشرح الكبير ٥٠٨/١١ .

أن الأجرة تكون على جميعهم من طلب القسمة ومن أباهما ، لأن الأجرة تجب بإفراز الأنصباء وهم فيها سواء لأن العمل لهم ، فكانت الأجرة عليهما كما لو تراضوا عليها .
القول الثاني :-

وإليه ذهب أبو حنيفة وبعض الشافعية (١) .
 أن الأجرة على طالب القسمة وحده ، لأنها حق له وهو المنتفع بها دون الآخر .
الراجح :-

أرى رجحان القول الأول لأن الأبى يجب عليه تسليم ما اختلط بملكه من ملك الطالب والتسليم يتوقف على القسمة ، وما يتوقف عليه الواجب فهو واجب ، كما أن القسمة شرعت لرفع ضرر الشركة ، وهما في ذلك سواء .
 ونص الفقهاء على أن القاسم إذا جعل له رزقا في بيت المال ، يحرم عليه أخذ الأجرة من المقسوم له ، لأنه عمل وجب عليه بالإرزاق ، وأجره الواجب حرام (٢) .
وبناء على الرأي الراجح :-

كيف تقسم الأجرة عليهما هل على عدد الرءوس أم على قدر الأنصباء ؟ اختلف الفقهاء في ذلك على قولين :
القول الأول :-

وإليه ذهب أبو حنيفة وهو الصحيح عند الحنفية ، والمالكية ، وبعض الشافعية (٣) .
 أن الأجرة تقسم عليهما أى على عدد الرءوس دون الأنصباء ، لأن تعب القسام فى تمييز اليسير كتعبه فى تمييز الكبير ، وكذا أجرة الكاتب والمقوم ، للعلة المذكورة وهى أن المعقود عليه التميز لا غير .
القول الثانى :-

وإليه ذهب أبو يوسف ومحمد من الحنفية ، والشافعية فى الصحيح عندهم ، والحنابلة (٤)
 أن الأجرة تقسم على قدر الأنصباء ، لأنه مؤنة الملك فيقدر بقدره .

(١) المراجع السابقة للحنفية والشافعية .

(٢) الشرح الكبير ٥٠٤/٣ ، حاشية البناني ٢٤٩/٦ ، الشرح الصغير مع بلغة السالك ٢٢٢/٢ .

(٣) بدائع الصنائع ٤١١٧/٩ ، مجمع الأنهر ٤٨٩/٢ ، القوانين الفقهية ص ٢٩٢ ، الشرح الكبير ٥٠٠/٣ ، الخرشي ١٨٥/٦ ، معنى المحتاج ٤٢٠،٤١٩/٤ .

(٤) بدائع الصنائع ٤١١٧/٩ ، روضة الطالبين ٢٠٢/١١ ، شرح منتهى الإرادات ٥١٤/٣ .

الراجع :-

أرى رجحان القول الأول القائل بأنها على عدد الرءوس ، لأن وضع هذه الحدود أو العلامات يستوى فيه الكثير والقليل لأنها توضع للفصل بينهما .
أما نفقات مسح الأرض نفسها ، فأرى رجحان القول الثانى القائل بأنها على قدر الأملاك ، كل بنسبة مساحة أرضه . لأن الأملاك الكبيرة تحتاج إلى مجهود أكبر من الأملاك الصغيرة ، فمن العدالة أن توزع على قدر الحصص ، لأن الأجر فى مقابل العمل، والله أعلم .
ثم بين الفقهاء مهمة القاسم :

فيقول صاحب مجمع الأنهر (١) وينبغى للقاسم أن يصور على قرطاس أو نحوه ما يقسمه ويذرع ما قسمه ليعرف قدره ، بأن يصور الذرعان على ذلك القرطاس ، بقلم الجدول فيكون كل ذراع فى ذراع بشكل لبنة ، ويقوم ببناءه ، إذ التقويم محتاج إليه بالآخرة ، ويفرز كل نصيب بطريقه وشربه ، لأن القسمة لتكميل المنفعة وبه تكمل ولاارتفاع النزاع ، ويلقب الأنصباء بالأول والثانى والثالث ... ويكتب أسامى الشركاء...الخ) .

الفرع الثانى

وضع الحدود فى القانون

المقصود بوضع الحدود :

هو وضع علامات مادية ظاهرة تبين معالم حدود كل من المالكين كوضع فواصل من الطوب ، أو من الحديد بين بعضها والبعض .
ووضع الحدود قاصر على العقارات ، لأن المنقولات حدود الملكية فيها بسيطة فهى منفصلة انفصالا ماديا عن غيره من الأشياء .
أما وضع الحدود فيكون بين أرضين غير مبنيتين غالباً ، ولقد نصت المادة ٨١٣ مدنى على ما يلى :-

" لكل مالك أن يجبر جاره على وضع حدود لأملكهما المتلاصقة وتكون نفقات التحديد مشتركة بينهما " .

فبمقتضى هذا النص يكون لكل مالك - قانونا - الحق فى أن يجبر جاره على وضع حدود لأملكهما المتلاصقة . كما يثبت هذا الحق لكل من له حق على العقار كالمستفيع ، بعكس أصحاب الحقوق الشخصية ، فهذا الحق يعتبر قيذا على الملكية .

(١) مجمع الأنهر ٤٩٣/٢ .

ووضع الحدود قد يتم عن طريق الاتفاق ، فقد يتفق المالكين على خبير عند الاقتضاء يقوم بمسح الأرض ورسم الحدود الفاصلة مع تحرير محضر بتحديد يوقع عليه من قبل المالكين فإذا لم يتم التعيين بالاتفاق كان لأى منهما أن يرفع دعوى تعيين الحدود ، يختص بهذه الدعوى القاضى الجزئى (طبقاً للمادة ٤٦ مرافعات) ما لم تكن الملكية فيها محل نزاع ، وإلا أوقف الفصل فيها حتى تفصل المحكمة المختصة فى دعوى الملكية . ويقتصر عمل القاضى الجزئى على تعيين الحدود طبقاً لمستندات المتقاضين .

ولكن إذا كانت الأرض الخاصة ملاصقة لأرض من الأموال العامة كطريق عام ، فى هذه الحالة تختص بها المحاكم الإدارية ، أما التعويض فيمكن المطالبة به أمام المحاكم العادية . ويشترط لرفع دعوى تعيين الحدود ، أن يكون هناك تلاصق بين الجارين ، وعلى ذلك إذا فصل بين ملكهما طريق عام أو مجرى عام لم يكن هناك محل لتعيين الحدود ، أما إذا فصل بينهما طريق خاص أو مسقاة أو مصرف مملوكا لأحدهما تحقق التلاصق .

ولا يشترط أن تكون الأراضى المتلاصقة من الأراضى الزراعية ، ولذلك يجوز طلب تعيين الحدود بين الأراضى المعدة للبناء وبين المباني إذا كان التلاصق بينهما من جهة تركت فضاء ، وإذا كان سبب هذه الدعوى هو التلاصق فإنها تكون غير قابلة للتقادم ، أما إذا كانت الحدود قد وضعت بالفعل ثم طمست معالمها ومضى على الطمس خمس عشرة سنة فإن طلب إعادة هذه الحدود يتقادم ، وفى هذه الحالة لابد من رفع دعوى جديدة ، وقد لا يتم تعيين الحدود فى الدعوى الثانية كما تم فى الأولى .

أما نفقات التحديد : فقد نصت عليها المادة ٨١٣ مدنى بقولها (وتكون نفقات التحديد شركة بينهما) وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي فى هذا الصدد (وقد جعلت نفقات التحديد شركة ما بين الجيران على حسب الرؤوس ، ولو اختلفت مساحات الأراضى ولكن نفقات مسح الأراضى ذاتها تكون على أصحابها كل بنسبة مساحة الأرض التى يملكها) . أما نفقات الدعوى تكون على من خسرها طبقاً للقواعد العامة(١).

(١) الوسيط ح٨ ص ٧٤٠ ، ٧٥٢ فقرات ٤٥٦ ، ٤٦٥ ، د. عبد المنعم البدر اوى ، السابق فقرة ٨٧، ٨٩ ص ١٣٣، ١٣٠ ، د. الصدة ، السابق فقرة ٨٧، ٨٩ ص ١٣٤، ١٣٠ ، د. محمد عرفة السابق ص ٩٥، ٩٢ ، د. منصور مصطفى السابق فقرة ١١ ص ٣٢، ٣١ . د. أحمد سلامة ، السابق فقرة ٢٧ ص ٩٠، ٨٩ ، د. لبيب شنب السابق فقرة ٢٢٢ ص ٢٢٧، ٢٢٦ ، د. عبد العزيز أبو غنيمة ، السابق فقرة ٦٠، ٦٤ ص ١٥٤ ، ١٦٠ .

الفرع الثالث

الموازنة بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي

من حيث وضع الحدود

بعد هذا العرض الموجز لوضع الحدود في كلا الفقهين يتضح ما يلي :-

أولاً:-

إن القانون الوضعي يتفق مع الفقه الإسلامي من حيث وضع الحدود بين الجيران ، وقد أخذ القانون بالقول الراجح - من وجهة نظري - في الفقه الإسلامي وهو ما ذهب إليه أبو يوسف، ومحمد، والمالكية، والشافعية في الصحيح عندهم ، والحنابلة القائلون بأن نفقات القسمة تكون على جميع الشركاء من طلب القسمة ومن لم يطلبها ، لأن القسمة والتمييز شرع لرفع الضرر بين الشركاء .

إلا أن الفقه الإسلامي بين أن أجره القسام إذا كانت له في بيت المال يحرم أخذها من المقسوم لهم ، وهذا الحكم لم ينص عليه شراح القانون ، والأخذ بما في الفقه الإسلامي أولى لأنه يحرم أخذ الأجرة على فعل الواجب .

ثانياً :-

أما كيفية تقسيم هذه الأجرة على الشركاء : فالفقهاء في ذلك قولان البعض يرى أنها على عدد الرؤوس ، والبعض يرى أنها على قدر الحصص . وأما في القانون فأجرة القسام (الخبير) تكون على عدد الرؤوس ، لأن وضع هذه الحدود يستوى فيه المساحات الكبيرة والصغيرة.

وأما نفقات مسح الأرض نفسها فتكون الأجرة على قدر الأنصباء ، لأن الأملاك الكبيرة تحتاج إلى مجهود أكبر ، وبهذا يكون القانون قد أخذ بقول وسط بين قولي الفقهاء وهذا ما أميل إليه .

ثالثاً :-

يتفق القانون الوضعي مع الفقه الإسلامي في كيفية عمل الخبير ، وذلك بأن يقوم الخبير بتطبيق مستندات الجيران على الطبيعة ثم وضع علامات مادية بينهما ، ثم يحرر سنداً بما تم من تحديد بحيث يرجع إليه عند إعادة وضع الحدود إذا حصل أن نقلت علاماتها أو اختلفت بسبب عارض .

المطلب السادس

أثر الجوار في ثبوت الشفعة في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي

يحتوى هذا المطلب على ثلاثة فروع :-

- الفرع الأول : أثر الجوار في ثبوت الشفعة في الفقه الإسلامي .
- الفرع الثاني : أثر الجوار في ثبوت الشفعة في القانون الوضعي .
- الفرع الثالث : الموازنة بين الفقه الإسلامي والقانون من حيث أثر الجوار في الشفعة . وسوف أبين ذلك بشئ من التفصيل .

الفرع الأول

أثر الجوار في ثبوت الشفعة في الفقه الإسلامي

الشفعة في اللغة :

مأخوذة من الشفع الذى هو ضد الوتر ، تقول كان فردا فشفعته ، فهى فى اللغة بمعنى الضم ، لأن فيها ضم حصة لأخرى (١) .

والشفعة فى الشرع :-

عرفت بتعريفات متعددة منها

- ١- عرفها الحنفية بأنها : تملك العقار على مشتريه بما قام عليه جبرا (٢) .
- ٢- وعرفها المالكية بأنها : استحقاق شريك أخذ مبيع شريكه بثمنه (٣) .
- ٣- وعرفها الشافعية بأنها : تملك قهرى يثبت للشريك القديم على الشريك الحادث بالبدل الذى تملك به لدفع الضرر (٤) .
- ٤- وعرفها الحنابلة بأنها : استحقاق الشريك انتزاع حصة شريكه من يد من انتقلت إليه إن كان مثله أو دونه بعوض مالى بثمنه الذى استقر عليه العقد (٥) .

(١) مادة (شفع) لسان العرب ٢٢٨٩/٣ ، معجم مقاييس اللغة ٢٠١/٣ ، مختار الصحاح ص ٣٤١ .

(٢) مجمع الأثر ٤٧١/٢ ، ٤٧٢ ، تكملة فتح القدير ٣٦٩/٩ .

(٣) شرح حدود ابن عرفة ص ٤٧٤ ، الخرشى ٦٢،٦١/٦ .

(٤) مغنى المحتاج ٢٩٦/٢ ، نهاية المحتاج ١٩٤/٥ ، حاشية البيجرى ١٣٣/٣ .

(٥) كشف القناع ١٣٤/٤ ، المغنى والشرح الكبير ٥٩/٥ .

من هذه التعريفات يتبين لنا :-

أن الشفعة حق اختياري للشفيع ، يستعمله إذا أراد ، وأن الشفيع يأخذ الشفعة بالثمن الذي بيعت به ، فالشفعة مشروعة ولم يخالف في ذلك إلا أبو بكر بن الأصم القائل بعدم جوازها (١) .

الحكمة في تشريع الشفعة :-

اتصال ملك الشفيع بالشيء المشتري . فتجب لدفع ضرر المشتري عن الشفيع بسبب سوء المعاشرة والمعاملة .
يقول الإمام ابن القيم (٢) .

(من محاسن الشريعة وعدلها وقيامها بمصالح العباد ورودها بالشفعة ، فإن حكمة الشارع اقتضت رفع الضرر عن المكلفين ما أمكن ، ولما كانت الشركة منشأ الضرر في الغالب فإن الخطاء يكثر فيهم بغى بعضهم على بعض ، شرع الله سبحانه رفع هذا الضرر ، بالقسمة تارة ، وبالشفعة تارة ، فإذا أراد بيع نصيبه وأخذ عوضه كان شريكه أحق به من الأجنبي ، ولا يتضرر البائع لأنه يصل إلى حقه من الثمن . ثم اختلفت أفهام العلماء في الضرر الذي قصد الشارع رفعه بالشفعة ، فقالت طائفة : هو الضرر اللاحق بالقسمة ، وقالت أخرى : إنما شرعت لرفع الضرر اللاحق بالشركة ، وقالت طائفة ثالثة : بل الضرر الذي قصد الشارع رفعه هو ضرر سوء الجوار والشركة في العقار والأرض) .

آراء الفقهاء في ثبوت الشفعة :-

أجمع أهل العلم على إثبات الشفعة للشريك الذي لم يقاسم فيما بيع من أرض أو دار أو حائط .

إلا أنهم اختلفوا في ثبوت الشفعة للشريك في حق من حقوق المبيع وللجار على ثلاثة آراء .
الرأى الأول :

يرى ثبوت الشفعة للشريك في نفس المبيع ، ثم الشريك في حق من حقوق المبيع ، ثم الجار ، وإلى هذا ذهب الحنفية ، ومشهور الزيدية ، وبعض الشافعية (٣) .

(١) فتح الباري ٥/٤٠٩ ، نيل الأوطار ٥/٢٣١ .

(٢) إعلام الموقعين ٢/١٢٠، ١٢٣ بتصرف .

(٣) المبسوط ١٤/٩٢، ٩١/٥٤ ، بدائع الصنائع ٥/٥٤ ، مجمع الأنهر ٢/٤٧٢ ، شرح الأزهار ٣/٢٠٩ ، الروضة الندية ٢/١٨٧ ، روضة الطالبين ٥/٧٢ .

الرأى الثانى :

يرى أن الشفعة لا تثبت إلا للشريك فى نفس المبيع، بمعنى أنها لا تثبت للشريك فى حق المبيع ولا للجار .
 وإلى هذا ذهب المالكية ، والصحيح عند الشافعية، والراجح عند الحنابلة ، والإباضية والإمامية (١) .
 الرأى الثالث :-

يرى ثبوتها للشريك فى حق من حقوق المبيع دون الجار .
 وإلى هذا ذهب بعض الشافعية ، وبعض الحنابلة ، وبعض الزيدية ، وهو قول البصريين وغيرهم من فقهاء الحديث ، وروى عن الإمام أحمد فى رواية أبى طالب ، وروى عن عمر ابن عبد العزيز، وهو مذهب الظاهرية (٢) .

الأدلة

استدل القائلون بثبوت الشفعة للجار بما يلى :

- ١- بما روى عن الحسن عن سمرة قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم ﴿ جاز الدار أحق بالدار ﴾ (٣) .
- ٢- وبما روى عن جابر قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم ﴿ الجار أحق بشفעתه ينتظر به وإن كان غائبا إذا كان طريقهما واحدا ﴾ (٤) .
- ٣- وبما روى عن أبى رافع أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : ﴿ الجار أحق بسقبة ﴾ (٥) .

(١) بداية المجتهد ٢/٢٥٧، الشرح الكبير ٣/٤٧٤، القوانين الفقهية ص ٢٩٣، روضة الطالبين ٥/٧٢، الأم ٤/٥، تكملة المجموع ٤/٣٠٤، مغنى المحتاج ٢/٢٩٧، الإنصاف ٦/٢٥٥، المغنى والشرح الكبير ٥/٤٦١، شرح كتاب النيل ١١/٣٢٠، المختصر النافع ص ٢٥٩.

(٢) المغنى والشرح الكبير ٥/٤٦١، مجموع فتاوى ابن تيمية ٣٠/٣٨٣، إعلام الموقعين ٢/١٢٩، نيل الأوطار ٥/٣٣٣، المحلى ١٠/٣٣. (٣) أخرجه أبو داود كتاب البيوع باب فى الشفعة ، والترمذى كتاب الأحكام باب ما جاء فى الشفعة وقال حسن صحيح (سنن أبى داود ٣/٢٨٤، سنن الترمذى ٣/٦٥٠، نصب الرأى ٤/١٧٢) .

(٤) أخرجه أبو داود والترمذى وابن ماجه ، أبو داود كتاب البيوع باب فى الشفعة ، والترمذى كتاب الأحكام باب ما جاء فى الشفعة للغائب ، وقال : حسن غريب ، وابن ماجه كتاب الشفعة باب الشفعة بالجوار . (سنن أبى داود ٣/٢٨٤، سنن الترمذى ٣/٦٥١، سنن ابن ماجه ٢/٨٣٣، نصب الرأى ٤/١٧٣) .

(٥) أخرجه البخارى فى صحيحه كتاب الشفعة باب عرض الشفعة (فتح البارى ٤/٥١٠) .

وجه الدلالة من هذه الأحاديث : إنها نصوص صريحة في إثبات الشفعة للجار فيجب العمل بها.
 ٤- إن حق الشفعة بسبب الشركة إنما يثبت لدفع أذى الدخيل وضرره ، وذلك متوقع الوجود عند المجاورة ، فورود الشرع هناك يكون ورودا هنا دلالة (١) .
 استدل أصحاب الرأي الثأني المبطلين لشفعة الجوار :

١- بما روى عن جابر رضى الله عنه قال ﴿ قضى النبي صلى الله عليه وسلم بالشفعة في كل ما لم يقسم فإذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة ﴾ (٢).

٢- وعن جابر قال ﴿ قضى رسول الله صلى الله عليه وسلم بالشفعة في كل شركة لم تقسم ربعة أو حائط لا يحل له أن يبيع حتى يؤذن شريكه فإن شاء أخذ وإن شاء ترك ، فإذا باع ولم يؤذنه فهو أحق به ﴾ (٣) .

٣- بما روى عن أبى هريرة قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : ﴿ إذا قسمت الأرض وحدت فلا شفعة فيها ﴾ (٤) .

وجه الدلالة من هذه الأحاديث : أن هذه الأحاديث لم تثبت الشفعة للجار بل إنها بينت أن الحدود إذا وضعت وصرفت الطرق فلا شفعة .

٤- إن الضرر اللاحق بالشركة هو ما توجبه من التزام في المرافق والحقوق والأحداث والتغيير والإفضاء إلى التقاسم الموجب لنقص قيمة ملكه عليه . وقد فرق الله بين الشريك والجار شرعا وقدرا ، ففي الشركة حقوق لا توجد في الجوار ، فإن الملك في الشركة مختلط وفي الجوار متميز .

٥- وكما أن الشارع يقصد رفع الضرر عن الجار فهو أيضا يقصد رفع الضرر عن المشتري فإنه محتاج إلى دار يسكنها هو وعياله (٥) .

٦- تعارضت الآثار في هذا الباب فوجب أن يرجع ما شهدت له الأصول ، والأصول تقتضى أن لا يخرج ملك أحد من يده إلا برضاه (٦) .

(١) المبسوط ٩٣/١٤ ، بدائع الصنائع ٥/٥ .

(٢) سبق تخريجه ص ١٨٧

(٣) أخرجه مسلم في صحيحه ، كتاب المساقاة والمزارعة ، باب الشفعة (مسلم بشرح النووي ٤٥/١١) .

(٤) أخرجه أبو داود ، كتاب البيوع ، باب في الشفعة وسكت عنه (سنن أبى داود ٢٨٤/٣)

(٥) إعلام الموقنين ١٢٧/٢ ، ١٢٨ .

(٦) بداية المجتهد ٢٥٧/٢ .

استدل أصحاب الرأى الثالث :

بأنه إن كان بين الجارين حق مشترك من حقوق الأملاك ثبتت الشفعة ، وإن لم يكن بينهما حق مشترك فلا شفعة بما يلى .

١- إن الاشتراك فى حقوق الملك شقيق الاشتراك فى الملك ، والضرر الحاصل بالشركة فيها كالضرر الحاصل بالشركة فى الملك أو أقرب إليه .

٢- إن سنة رسول الله صلى الله عليه وسلم لا يضرب بعضها ببعض ، فإن أمكن الجمع بين الأحاديث كان ذلك أولى من إهمال بعضها . و هنا يمكن الجمع حيث تحمل أحاديث الشفعة للجار على اتحاد حقوق الملك ، وأحاديث عدم ثبوتها على عدم اتحاد حقوق الملك (١) .

الراجع :

بعد عرض أقوال العلماء أرى رجحان الرأى الثالث ، فهو أوسط الآراء ، وأجمعها للأدلة وأقربها إلى العدل . وهو الذى يقتضيه القياس الصحيح ، وفيه نص صريح وهو حديث جابر السابق **«الجار أحق بشفעתه ينتظر به وإن كان غائبا إذا كان طريقهما واحدا»** كما أن أحاديث المبطلين لشفعة الجوار تحمل عليه لأنها اشترطت أمرين وقوع الحدود وصرف الطرق ، فإذا لم يتحقق الأمران معا ثبتت الشفعة للجار الذى لم تصرف طريقه أو لم تقع حدوده.

يقول الإمام ابن تيمية (٢) (وقد تنازع الناس فى شفعة الجار على ثلاثة أقوال ، أعدلها هذا القول : إنه إن كان شريكا فى حقوق الملك ثبتت له الشفعة وإلا فلا) .

الفرع الثانى

أثر الجوار فى ثبوت الشفعة فى القانون الوضعى

نظم المشرع المصرى الشفعة فى التقنين المدنى الجديد ، بنصوص المواد من ٩٣٥ إلى ٩٤٨ وقد بدأ فى المادة ٩٣٥ بالنص على أن ((الشفعة رخصة تجيز فى بيع العقار الحلول محل المشتري فى الأحوال والشروط المنصوص عليها فى المواد التالية)) . فالشفعة إذن رخصة أى خيار للشفيع فله أن يستعمله أو لا يستعمله ، وهى سبب من أسباب كسب الملكية ، وهى لا تكون إلا فى بيع عقار .

(١) إعلام الموقعين ١٢٩/٢ ، المحلى ٣٣/١٠ ، نيل الأوطار ٣٣٣/٥ .

(٢) مجموع الفتاوى ٣٨٣/٣٠ .

والشفعة إذ تؤدي إلى تملك العقار المبيع للشفيع جبرا عن المشتري تعتبر قيда على حرية التصرف (١) .

وقد استمد المشرع أحكام الشفعة من الشريعة الإسلامية ، وعلى ذلك يجب الرجوع عند تفسير النصوص إلى أحكام هذه الشريعة باعتبارها المصدر التاريخي ، كما أنه في القانون المصرى طبقا للمادة الأولى من التقنين المدنى يرجع إلى مبادئ الشريعة الإسلامية عند عدم وجود نص أو عرف فى المسألة المعروضة ، ولكن يراعى عند الرجوع عدم التقيد بمذهب معين (٢) .

وقد كان الإبقاء على نظام الشفعة محلا لمناقشات كثيرة بين أعضاء اللجنة التى عهد إليها بوضع مشروع الشفعة ، ثم استقر الرأى على إبقاء الشفعة سببا لكسب الملكية (٣) . والواقع أن للشفعة فوائد الاقتصادية فى معظم حالاتها ، فثبوتها فى حالة بيع الانتفاع أو الرقبة أو الحكر ، يؤدي إلى ضم ما تفرق من حق الملكية فتجتمع للمالك سلطاته على الشئ ، وثبوتها فى حالة بيع الشريك حصته لأجنبى يؤدي إلى إنهاء الشروع ، وهذان أمران مرغوب فيهما من الناحية الاقتصادية لأسباب لا تحتاج إلى توضيح .

أما ثبوت الشفعة بسبب مجرد الجوار فيبدو أنه لا ينطوى على فائدة واضحة ، ولذلك نجد كثيرا من فقهاء القانون انتقد ثبوت الشفعة بسبب الجوار (٤) .

يقول الدكتور السنهورى (٥) ((فليس من المستساغ بعد أن استدار الزمن أن يبقى للجار حق الأخذ بالشفعة ، فالشفعة قيد خطير على حرية التعاقد ، وعامل من عوامل عدم الاستقرار فى المعاملات العقارية وكثيرا ما يتخذ ذريعة لتكثيل الملكية العقارية والتوسع فى تملك الأراضى والمباني المجاورة على حساب صغار الملاك وذوى الحاجة منهم)) .

ويقول الدكتور الصدة (٦) (وفى تقديرنا أن إثبات الشفعة للجار فى القانون المصرى على أساس مجرد التلاصق لا يستند إلى حكمة ظاهرة ، فهو توسع فى رخصة جاءت على خلاف الأصل ، كما أنه يؤدي إلى زيادة المنازعات فى حالة تعتبر من أهم الحالات العملية فى الشفعة ، ثم هو فوق ذلك يتعارض مع الاتجاه الحديث الذى يأبى قيام الملكيات الكبيرة) .

(١) د. الصدة ، السابق فقرة ٢٢٤ ص ٣٤٦ ، د. أنور طلبية ، الوسيط فى القانون المدنى ص ٣٤٢ . (٢) د. منصور السابق فقرة ١٢٦ ص ٣٠٥ . (٣) مجموعة الأعمال التحضيرية ص ٣٤٣ . (٤) أنظر فى هذا النقد د. منصور ، السابق فقرة ١٢٦ ص ٣٠٦ ، د. محمود زكى ، السابق فقرة ٢١٩ ص ٣٩٠ ، د. عبد الفتاح عبد الباقي ، السابق فقرة ٢٣١ ، د. الجمال ، السابق فقرة ٢٨٩ ص ٤١٤ . (٥) الوسيط ح ٩ فقرة ١٦٤ ص ٤٨٠ . (٦) الحقوق العينية الأصلية فقرة ٢٢٤ ص ٣٤٧ ، ونفس المعنى د. عبد الحميد الشواربى ، أحكام الشفعة ص ٣١ .

ويضيف البعض حجة أخرى لمنع ثبوت الشفعة للجار (١)، فيقول (إن الإبقاء على الشفعة للجار قد يسفر عن تحول الشفعة إلى وسيلة من وسائل المضاربة العقارية، إذا ما ارتفعت الأسعار في الفترة ما بين البيع وطلب الشفعة، فتخرج بذلك عن هدفها الأساسي وهو منع مضار الجوار).

ولكن التقنين المدنى الجديد أقر شفعة الجوار، بعد أن وضع عدة قيود من شأنها التضييق من هذا الحق، سواء من حيث الموضوع أو من حيث الإجراءات، فنص فى المادة ٩٣٦ على من لهم الحق فى الأخذ بالشفعة (الشفعاء) إذ تقول (يثبت الحق فى الشفعة :

(أ) لمالك الرقبة إذا بيع كل حق الانتفاع الملابس لها أو بعضه .

(ب) للشريك فى الشبوع إذا بيع شئ من العقار الشائع إلى أجنبى .

(ج) لصاحب حق الانتفاع إذا بيعت كل الرقبة الملابس لهذا الحق أو بعضها .

(د) لمالك الرقبة فى الحكر إذا بيع حق الحكر، وللمستحكر إذا بيعت الرقبة .

(هـ) للجار المالك فى الأحوال الأتية :-

١- إذا كانت العقارات من المباني أو من الأراضى المعدة للبناء سواء أكانت فى المدن أم فى القرى .

٢- إذا كان للأرض المبيعة حق ارتفاق على أرض الجار، أو كان حق الارتفاق لأرض الجار على الأرض المبيعة .

٣- إذا كانت أرض الجار ملاصقة للأرض المبيعة من جهتين، وتساوى من القيمة نصف ثمن الأرض المبيعة على الأقل .

يخلص من هذا النص أن المشرع استهدى باعتبارات ثلاثة لإثبات صفة الشفيع (٢) .

الاعتبار الأول :

هو لم شتات الملكية بعد تفرقها، ويتمثل هذا الاعتبار فى إثبات صفة الشفيع لمالك الرقبة حتى يلم شتات الملكية بضم حق الانتفاع إلى الرقبة، وفى إثبات صفة الشفيع لصاحب حق الانتفاع، ولمالك الرقبة إذا بيع حق الحكر، وللمستحكر إذا بيعت الرقبة، وهذا الاعتبار غريب عن الفقه الإسلامى .

الاعتبار الثانى :

التقليل من عدد الشركاء كلما أمكن ذلك، وذلك بإبعاد الأجنبى من أن يقتحم نطاق الشركاء فى الملكية الشائعة، وهذا الاعتبار مسلم به فى الفقه الإسلامى، وتشريعات الشفعة المتعاقبة .

(١) د. حسام الدين الأهوانى، أسباب كسب الملكية فقرة ١٧٢ ص ٢٠٢ .

(٢) د. السنهورى، الوسيط ح ٩ فقرة ١٧٩ ص ٥٤٢-٥٤٤ .

الاعتبار الثالث :

هو منع مضايقات الجوار ، وهذا الاعتبار مختلف فيه في الفقه الإسلامي ، وبمقتضى هذا النص أصبح الجوار سببا من أسباب الأخذ بالشفعة كما في الأحوال المنصوص عليها .

الفرع الثالث

الموازنة بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي

من حيث أثر الجوار في ثبوت الشفعة

بعد عرض كلا الفقهاء يتبين ما يلي :-

أولا :-

أن الشفعة شرعت لدفع الضرر ما أمكن ، وهذا أمر مسلم به في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي .

ثانيا :-

أن الشفعة تخالف الأصل العام في حرية المالك في التصرف في ملكه ، ومن ثم فهي قيد على حرية المالك ، وهذا أمر مسلم به في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي .

ثالثا :-

أن الشفعة تجب في العقار - إذا أراد الشفيع - بالثمن الذي يبيع به ، وهذا أمر مسلم به في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي .

رابعا :-

تثبت الشفعة للشريك في نفس المبيع ، وهذا أمر مسلم به في الفقه الإسلامي والقانون .

خامسا :-

اختلف الفقه الإسلامي في ثبوت الشفعة بسبب الجوار على ثلاثة آراء ، وبينت بأن الرأي الراجح - في نظري - هو ثبوت الشفعة للجار إذا كان بين الجارين حق مشترك من حقوق الأملاك . أما في القانون فقد أخذ بثبوت الشفعة للجار سواء أكان هناك اشتراك في حقوق الأملاك ، أم كان هناك تلاصق فقط للأرض المبيعة ، وبهذا يكون القانون قد أخذ بما قاله بعض الفقهاء وهم الحنفية وبعض الشافعية ومشهور الزيدية ، وإن كان هذا الأخذ منتقدا من معظم شراح القانون ، وأرى أنهم محقون في هذا النقد والأولى بالمشرع أن لا يعترف بشفعة الجوار إلا في حالة واحدة ، وهي أن يكون للجار حق ارتفاق على عقار جاره .

المبحث الثاني

الأضرار التي تضر بعرض الجار في الفقه الإسلامي والقانون

إذا كان الجار يتضرر من استعمال المالك لملكه على وجه يضر به في ملكه أو ذاته ، كما سبق بيانه ، فإن تضرره يكون أشد إذا تصرف المالك في ملكه تصرفاً يتيح له الاطلاع على عوراته التي يحرص ألا يطلع عليها أحد .
من هنا لم يكن للمالك أن يحدث في ملكه مطلاً أو منوراً يطل منه على جيرانه .
وسوف أبين ذلك في ثلاثة مطالب : -

المطلب الأول : الأضرار التي تضر بعرض الجار في الفقه الإسلامي .

المطلب الثاني : الأضرار التي تضر بعرض الجار في القانون .

المطلب الثالث: الموازنة بين الفقه الإسلامي والقانون من حيث الأضرار التي تضر بعرض الجار .

وسوف أبين ذلك بشئ من التفصيل .

المطلب الأول

الأضرار التي تضر بعرض الجار في الفقه الإسلامي

إن الأضرار التي تضر بعرض الجار محل اهتمام فقهاء الشريعة الإسلامية ، لما لهذه الأضرار من أهمية بالغة لأنها جمعت بين حق الله تعالى وحق الجار ، أما حق الله تعالى فلأن الشريعة الإسلامية نهت عن الكشف والاطلاع على عورات المسلمين وذلك في آيات القرآن الكريم والسنة النبوية الشريفة . من ذلك .

قوله تعالى : ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا لَا تَدْخُلُوا بُيُوتًا غَيْرَ بُيُوتِكُمْ حَتَّى تَسْتَأْذِنُوا وَتَسْلَمُوا عَلَى أَهْلِهَا ذَلِكَ خَيْرٌ لَكُمْ لَعَلَّكُمْ تَذَكَّرُونَ ﴾ . (١)

يقول الإمام القرطبي في تفسيرها (٢) : (لما خصص الله سبحانه ابن آدم الذي كرمه وفضله بالمنزل وسترهم فيها عن الأبصار ، وملكهم الاستمتاع بها على الانفراد ، وحجر على الخلق أن يطلعوا على ما فيها من خارج أو يلجوها من غير إذن أربابها ، أدبهم بما يرجع إلى الستر عليهم لئلا يطلع أحد منهم على عورة)

(١) سورة النور آية : ٢٧

(٢) الجامع لأحكام القرآن ٢١٢/١٢

ومن السنة النبوية الشريفة أحاديث كثيرة منها :

- ١ - ما روى عن ثوبان أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : ﴿ لا يحل لامرئ مسلم أن ينظر إلى جوف بيت حتى يستأذن فإن فعل فقد دخل ﴾ (١).
 - ٢ - وما روى عن أبي هريرة عن النبي صلى الله عليه وسلم قال : ﴿ من اطلع في بيت قوم بغير إذنه فقد حل لهم أن يفقتو عينه ﴾ (٢)
 - ٣ - وما روى عن أبي هريرة عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال : ﴿ لو أن رجلا اطلع عليك بغير إذن فخذفته (٣) بحصاة ففقت عينه ما كان عليك من جناح ﴾ (٤) .
 - ٤ - وما روى عن سهل بن سعد الساعدي قال : ﴿ اطلع رجل من جحر في حجر النبي صلى الله عليه وسلم ومع النبي صلى الله عليه وسلم مدري (٥) يحك به رأسه فقال : لو أعلم أنك تنظر لطعنت به في عينك ، إنما جعل الاستئذان من أجل البصر ﴾ (٦) .
- من هذه النصوص يتبين : أن الشريعة الإسلامية نهت عن الكشف والاطلاع على عورات المسلمين . أما حق الجار في هذه المسألة فهو ما يحتاج إليه في منزله ووطنه من التصرف والحركة في مصالحه ومنافعه والقيام والذهاب والقعود فيما يعود عليه بالصلاح في دينه ودنياه ولحرمة الاطلاع على العورات ذهب كثير من الفقهاء إلى منع فتح الكوة أو الطاقة أو بلغة العصر المطلات والمناور .
- وسوف أذكر آراء الفقهاء فيما لو أراد المالك أن يفتح كوة تشرف على جاره .

(١) أخرجه البخارى : فى كتاب الأدب المفرد باب النظر فى الدور ص ٢٣٤ .

(٢) أخرجه مسلم فى صحيحة : كتاب الآداب ، باب تحريم النظر فى بيت الغير (مسلم بشرح النووى ١٤ / ١٣٨)

(٣) معنى خذفته بحصاه : أى رميته بها من بين أصبعيك (مسلم بشرح النووى ١٤ / ١٣٨)

(٤) أخرجه البخارى ومسلم : البخارى فى صحيحة ، كتاب الديات ، باب من اطلع فى بيت قوم ففقتوا عينه فلا دية له ، وفى الأدب المفرد باب إذا نظر بغير إذن تفقت عينه ، ومسلم فى صحيحة ، كتاب الآداب ، باب تحريم النظر فى بيت الغير .

(فتح البارى ١٢ / ٢٥٣ ، الأدب المفرد ٢٢٩ ، مسلم بشرح النووى ١٤ / ١٣٨)

(٥) المدري : بكسر الميم وإسكان الدال المهملة وبالضمة ، وهى حديدة يسوى بها شعر الرأس ، وقيل هو شبه المشط (مسلم بشرح النووى ١٤ / ١٣٦) .

(٦) أخرجه البخارى ومسلم : البخارى فى صحيحة ، كتاب الاستئذان ، باب الاستئذان من أجل البصر ، وفى مواضع أخرى ، ومسلم كتاب الآداب ، باب تحريم النظر فى بيت الغير (فتح البارى ١١ / ٢٦ ، مسلم بشرح النووى ١٤ / ١٣٦)

(٧) المعيار العربى ٩ / ٤٧٣

١ - مذهب الحنفية :

ذهب متقدمو الحنفية إلى أنه لا يمنع صاحب العلو - أو الجار المجاور - من فتح باب أو كوة تطل على ساحة الجار - وهي العرصة الداخلية للدار - وليس للجار حق المنع من ذلك، وإنما عليه أن يبني ما يستر جهته وهذا هو القياس وظاهر الرواية واختاره بعض متأخري الحنفية. (١)

وذهب أكثر المتأخرين إلى المنع إذا ترتب على ذلك ضرر بين الجار ، لا فرق في ذلك بين القديم والحديث حيث العلة الضرر (٢) ، وفرق بعضهم بين ما إذا كانت الكوة للنظر والاطلاع على محل جلوس النساء ففي هذه الحالة يمنع ، وبين ما إذا كانت للضوء فلا يمنع ، كما لو كانت الكوة مرتفعة (٣)

٢ - مذهب المالكية :

ذهب جمهور المالكية إلى منع فتح نافذة يشرف منها الجار على دار جاره ، فإن فتح شيئاً من ذلك تعين سده ، ولا يكفي سد ظاهرها مع بقاء شكلها ، لأنه يمكن أن يكون في المستقبل ذريعة لأن يدعى صاحبها أنها قديمة ويطالب بفتحها ، فلا بد من سد الفتحة من أصلها وإزالة كل ما يدل عليها . أما إذا كانت الفتحة عالية بحيث لا يمكن التطلع منها على الجار إلا بالصعود على السلم مثلاً فإنه لا يقضى بسدها . وذلك لما روى أن عمر بن الخطاب : سئل عن رجل أحدث غرفة على جاره ففتح عليه كوى فكتب إليه عمر في ذلك أن يوضع وراء تلك الكوى سريراً ويقوم عليه رجل، فإن كان ينظر إلى ما في دار الرجل منع من ذلك وإن كان لم ينظر لم يمنع من ذلك (٤) ولعل أكثر كتب المالكية تفصيلاً في هذه المسألة المعيار المعرب .

فقد جاء فيه: (٥) (إذا كان الاطلاع لا يمكن إلا بواسطة مثل سلم يوضع فيرتقى عليه لموضع الاطلاع ، أو كرسى وشبه ذلك ، فلا يهدم موضع الاطلاع ولا يطمس ، ويمنع أن يطلع وبذلك جاءت الروايات ، ويؤدب على ذلك إلا أن يكون الموضع مما جرت العادة بأن يسكن فيه من لا يؤمن، فإنه يطمس ولا يهدم) . وجاء في موضع آخر (٦) (لا يمنع إلا ما يتوقع منه الكشف على محل السكنى والمبيت والمقام، وأما ظهر البيوت فلا يمنع) .

وجاء موضع آخر (٧) موضحة الفرق بين الحالتين فيقول : (وحيث يكون الكشف والاطلاع

(١) المبسوط للسرخسي ٢١/١٥ ، جامع الفصولين ١٩٥/٢

(٢) حاشية ابن عابدين ٤٤٨/٥ ، الفتاوى الهندية ٣٧٣/٥ ، فتاوى قاضيخان ٤٣٣/٣ ، الفتاوى البرازية ٤١٤/٦ ، شرح فتح

القدير ٣٢٦/٧ ، البناية على الهداية ٧٤/٧

(٤) المدونة الكبرى ٣٧٨/٤

(٣) حاشية الطحطاوي ٢١٦/٣ ، حاشية ابن عابدين ٤٤٨/٥

(٧) ٤٨٠/٩

(٦) ٤٥١ ، ٤٥٠/٩

(٥) ٢٠/٨

على الجار أمرا غير متحقق ولا متيقن ، لأن من فتح على جاره لتزايد الضوء لا يلزم من ذلك الكشف والاطلاع والنظر إلى الجار ، غاية ما فى ذلك أن يقال فتح الكوة على الجار ذريعة إلى الحرام ، أما حيث يتعين من فتح الكوة أن المقصود منها الاطلاع فلا يليق أن يقال بالفرق فى المنع بين أن تكون حديثة أو قديمة)

وهذا على خلاف مشهور المالكية :فإنهم يفرقون بين الضرر القديم والحديث ،فيمنعون الحديث دون القديم .بل إن المالكية يضعون ضابطا فى الاطلاع على العورات فيقولون :الانكشاف على الجار يشترط أن يكون انكشافا قويا بحيث يميز الذكر من الأنثى ،أما لو كانت الكوى بعيدة عن محل الجار أو على غاية الارتفاع فلا يمنع (١)

٣ - مذهب الشافعية :

ذهب الشافعية إلى جواز فتح الطاقات كيفما يشاء ، سواء أكانت فى أعلى الجدار أم فى غير أعلاه حتى ولو أشرفت على جاره وحريمه ، وعلى جاره إذا أراد أن يستتر نفسه أن يبني فى ملكه ما يؤدى إلى هذا الستر ، إلا أن صاحب الكوة ممنوع من الاطلاع على جاره . وذلك لأن المالك يتصرف فى ملكه ، ويمكن للجار أن يدفع الضرر عن نفسه ببناء ساتر أمام الكوة حتى ولو تضرر صاحب الكوة من منع الضوء ، ولأن صاحب الكوة لو أراد أن يرفع جميع الحائط لم يمنع من ذلك فمن باب أولى لو أراد أن يفتح كوة . (٢)

٤ - مذهب الحنابلة

ذهب الحنابلة إلى أن فتح الكوة والأبواب للإشراف على حريم الجار ممنوع ويقضى بسد ذلك، وإن كان لغير إشراف لا يمنع .

وفى ذلك يقول صاحب المعنى (٣) (وإن كان سطح أحدهما أعلى من سطح الآخر فليس لصاحب الأعلى الصعود على سطحه على وجه يشرف على سطح جاره إلا أن يبني سترة تستره ... لأنه يكشف جاره ويطلع على حريمه) ووضح الحافظ ابن رجب ذلك أكثر فيقول: (٤) النوع الثانى - من أنواع إلحاق الضرر- أن يكون له غرض صحيح ، مثل أن يتصرف

(١) يراجع مذهب المالكية فى : المدونة الكبرى ٣٧٨/٤ ، مواهب الجليل ١٦٠/٥ ، البيان والتحصيل ٢٦٣/٩ ، المنتقى ٤١/٦ ، ٤٣ ، التمهيد ١٦٠/١٩ ، تبصرة الحكام ٣٥٩/٢ ، الشرح الكبير وحاشية الدسوقي ٣٦٩/٣ ، الخرشي ٥٩/٦ ، معين الحكام ٧٨٣/٢ الفواكه الدواني ٣١٨/٢ ، حاشية الرهونى ٧٥/٦

(٢) نهاية المحتاج ٤٠٤/٤ ، مغنى المحتاج ١٨٦/٢ ، الفتاوى الكبرى ٦٢/٣ ، روضة الطالبين ٢١٠/٤ ، تكملة المجموع ١٣/١٣ ، ٤١٣ ، الأحكام السلطانية ص ٢٥٦ ، حاشية البيجرمى ١٢/٣ ، الوجيز للغزالي ١٠٧/١

(٣) المغنى والشرح الكبير ٥٢/٥ (٤) جامع العلوم والحكم ص ٣٨٦

فى ملكه بما فيه مصلحة له فيتعدى ذلك إلى ضرر غيره ... إن كان على الوجه المعتاد ففيه للعلماء قولان مشهوران ... الثانى : وهو قول أحمد المنع ، فمن صور ذلك ، أن يفتح كوة فى بنائه العالى مشرفة على جاره أو يبنى بناء عاليا يشرف على جاره ولا يستتره ، فإنه يلزمه بستره ، نص عليه أحمد ، وهو قول طائفة من أصحاب الشافعى (وجاء عن الحنابلة أنه يجب إعادة السترة إذا كانت قديمة وانهدمت ، وليس له الصعود لإمع السترة . (١)

٥ - مذهب الظاهرية

ذهب الظاهرية : إلى أنه يجوز لكل مالك أن يفتح ما شاء فى حائطه من كوة أو باب ، أو أن يهدمه إن شاء فى دار جاره ، أو فى درب غير نافذ أو نافذ ، ويقال للجار ابن فى حقلك ما تستر به على نفسك ، إلا أنه يمنع من الاطلاع فقط . ولا فرق بين فتح كوة الضوء وبين فتحها هكذا ، وكلا الأمرين يمكن الاطلاع منه . (٢)

٦ - مذهب الزيدية

ذهب الزيدية : إلى جواز فتح الطاقات والأبواب (٣)

٧ - مذهب الإمامية

ذهب الإمامية إلى جواز فتح الطاقات والأبواب فى الطرق النافذة ، ويجوز فتحها بإذنهم فى الطرق غير النافذة (٤)

٨ - مذهب الجعفرية

جاء فى الفقه الجعفرى : لو سقط جدار لرجل هو سترة بينه وبين جاره فامتنع عن بناؤه ، فإنه لا يجبر على ذلك ويقال للجار أستر على نفسك (٥)

نخلص مما سبق :

أن للفقهاء فى فتح الكوى والأبواب للإشراف على دار الجار لهم رأيان . الأول : عدم جواز فتح الكوى والطاقات . وإلى هذا ذهب متأخرو الحنفية وجمهور المالكية والحنابلة . الثانى : جواز فتح الكوى والطاقات ، وإلى هذا ذهب متقدمو الحنفية والصحيح عند الشافعية والزيدية والإمامية والجعفرية .

الراجع :

بعد عرض المذاهب الفقهية ، فإنى أميل إلى مذهب المالكية ، لأنه أقرب إلى الإنصاف والعدالة

(١) الاختيارات الفقهية ص ١٣٤ ، مطالب أولى النهى ٣/٣٥٨ ، كشف القناع ٣/٤١٤

(٢) المحلى لابن حزم ٩/١٠٥، ١٠٦ (٣) البحر الزخار ٥/٩٨ ، شرح الأزهار ٣/٣٧٢

(٤) شرائع الإسلام ٢/١٢٤ (٥) مستدرک الوسائل ٣/١٥٠

فهو يفرق بين ما إذا كانت الكوى لمرور الهواء والضوء فقط فلا يمنع من ذلك ، وبين ما إذا كان المقصود منها الاطلاع على الجار فإنه يمنع من ذلك ، فهو بذلك يحقق التوازن بين المصالح المتعارضة ، كما أتى أميل إلى منع كل ضرر سواء أكان قديماً أم حديثاً كما ذهب إلى ذلك الحنفية وبعض المالكية والحنابلة .

كما أن القول بجواز فتح الكوى والأبواب يؤدي إلى إضرار الجار ، والإضرار ممنوع ، وكون الجار يستطيع أن يدفع الضرر عنه ببناء ساتر أمام الكوى لا يعتبر مبرراً لجواز الإقدام على هذا الفتح ، وإلا كان من الجائز أن يحاول شخص الاعتداء على شخص آخر ما دام في إمكان هذا الآخر أن يصد اعتدائه عليه ، كما أن ضرر الاطلاع على الحرمات أعظم من الضرر الذي يلحق بمالك الحائط ، والضرر الأخف يتحمل بالضرر الأعظم .

المطلب الثاني

الأضرار التي تضر بعرض الجار في القانون

الأصل أن للمالك أن يبني على أرضه حتى حدود ملكه ، وأن يفتح في بنائه ما يشاء من فتحات للتهوية أو الإضاءة ، إلا أن مصلحة الملاك المتجاورين تقتضي توفير السكنية لكل منهم في ملكه بعيداً عن أعين الغرباء المتطلعين ، وذلك عن طريق فرض قيود متبادلة على كل منهم إذا ما أراد عمل فتحات في بنائه .

هذه القيود تختلف باختلاف ما إذا كان المقصود بالفتحات مجرد التهوية والإضاءة وتسمى (المناور) وما إذا كان مقصوداً بها النظر وتسمى المظلات . وسوف أبين ذلك في فرعين

الفرع الأول : المظلات

الفرع الثاني : المناور

وسوف أوضح ذلك بشئ من التفصيل .

الفرع الأول : المظلات

يقصد بالمظلات : كل نوع من أنواع الفتحات يكون الغرض الأساسي منه التمكن من النظر والإطلاع على خارج البناء المفتوحة فيه ، كالنوافذ والشرفات . والمظلات على نوعين : مظلات مواجهة ، مظلات منحرفة . أما المظلات المواجهة : فهي الفتحات التي تسمح بالنظر إلى ملك الجار مباشرة ، أي دون حاجة إلى الالتفات يمينا أو يسارا .

فهو بذلك لا يكلف من يطل منه عناء في أن يرى ما يجري عند الجار ومن ثم فهي تؤذى الجار عن طريق كشف دخائل منزله . ولهذا تدخل المشرع ليوافق بين مصلحة أحد الجيران في الإطلال ، وبين مصلحة الآخر في ألا يطل عليه أحد ، وقرر أنه عند فتح مطل مواجه لابد مراعاة مسافة معينة فنص في المادة ٨١٩ على أنه (١- لا يجوز للجار أن يكون له على جاره مطل مواجه على مسافة تقل عن متر ، وتقاس المسافة من ظهر الحائط الذى فيه المطل أو من حافة المشربة أو الخارجة . ٢- وإذا كسب أحد بالتقادم الحق فى مطل مواجه لملك الجار على مسافة تقل عن متر ، فلا يحق لهذا الجار أن يبنى على أقل من متر يقاس بالطريقة السابق بيانها ، وذلك على طول البناء الذى فتح فيه المطل)

فالقانون قد قيد بهذا النص حق المالك فى فتح المطلات المواجهة بأن تكون على بعد متر من ملك الجار ، وقيد المسافة وأجب مراعاته مهما كانت طبيعة المطل المواجه ، أى سواء أكان نافذة أم مشربة أم خارجه ، ومهما كانت طبيعة العقار المجاور ، أى سواء أكان بناء أم أرضاً، مسكوناً أم غير مسكون فى المدن أو فى القرى ، وسواء أوجدت مطلات مواجهة فى العقار المواجه أم لم توجد . وتقاس مسافة المتر كما هو وارد بالنص من ظهر الحائط الذى فيه المطل إذا كان المطل نافذة ولم يعين القانون ارتفاع الفتحات ولا عرضها ، فللمالك مطلق الحرية فى تعيين مساحة النافذة التى يريد فتحها .

أما المطلات المنحرفة : فهى تلك التى لا يمكن الإطلال منها على ملك الجار إلا بالانفقات يمنية أويسرة .

ولقد نص المشرع على هذه المطلات فى المادة ٨٢٠ بقوله (لا يجوز أن يكون للجار على جاره مطل منحرف على مسافة تقل عن خمسين سنتيمترا من حرف المطل ، ولكن يرتفع هذا الحظر إذا كان المطل المنحرف على العقار المجاور هو فى الوقت ذاته مطلاً مواجها للطريق العام) .
فطبقاً لهذا النص : المسافة الواجب مراعاتها فى فتح المطلات المنحرفة هى نصف متر وتحسب من حرف المطل المنحرف وملك الجار . ويزول هذا القيد إذا كان المطل مواجها للطريق العام فلا يشترط فيه قيد المسافة .

ومما سبق يتضح : أن المطل مواجها كان أو منحرفاً لابد أن يتقيد بأن يكون على مسافة معينة.

وفى هذا تقول محكمة النقض فى حكم لها حديث (١) (حق الجار فى المطل المواجه شرطه : الالتزام بالمسافة القانونية التى لا تقل عن متر) .

(١) نقض مدنى ١٩٨٩/٦/٢١ طعن رقم ٢١٨٣ س٥٦ق مجلة القضاء ص٤٥٩ العدد الأول سنة ١٩٩٢ م .

وفي حكم آخر تقول (١) (فإذا فتح المالك مطلا - مواجهها أو منحرفا - دون أن يترك أية مسافة أو ترك مسافة أقل مما ينص عليه المشرع ، كان هذا اعتداء على ملك الجار . ومن حق الجار أن يطلب سد المطل ، يستوى في هذا أن يكون ملك الجار أرضا فضاء ، أو مبنيا وسواء أكان البناء للسكنى أم لغير السكنى . والنزاع حول سد المطلات غير قابل للتجزئة). وللجار أن يطلب الإزالة دون حاجة إلى اثبات ضرر معين لحقه ، وهذا ما قرره محكمة النقض المصرية بقولها (٢) (لا يجوز للجار أن يكون له على جاره مطل مواجه على مسافة تقل عن متر) وهذا معناه التحريم ، والتحريم يوجب إزالة الفعل المحرم بلا نظر إلى كونه أحدث ضررا بالفعل أم لم يحدث، فإنه مع التحريم يكون الضرر مفترضا قانونا). ثم تقرر محكمة النقض في حكم آخر (٣) : أن المطلات التي تفتح على المسافة القانونية تعد من قبيل القيود القانونية التي ترد على حق الملكية ، ولا تفيد ارتفاعا للعقار المطل على العقار المطل عليه ، وينبئ على دخول المطلات القانونية ضمن القيود التي ترد على حق الملكية ، أنها لا تزول بعدم الاستعمال ولا يرد عليها التقادم ، لأنها قيود دائمة ترد على حق الملكية وتدوم بدوام هذا الحق .

ثم تقرر محكمة النقض (٤) : أن حقوق الارتفاق - ومنها حق المطل - وعلى ما يجرى به قضاء هذه المحكمة إنما يجوز اكتسابها بالتقادم ، إذا ما توافرت أركان وضع اليد المكسب للملكية المقرر بالمادة ٧٦ من القانون المدني القديم ، والمادة ٩٦٨ من القانون المدني الحالي، فإذا قضت المحكمة باكتساب حق الارتفاق بالتقادم ، وجب أن تبين في حكمها جميع العناصر الواقعية اللازمة لثبوته من وضع اليد ومظهره ومبدهه واستمراره طوال المدة المكسبة له حتى يتسنى لمحكمة النقض مراقبة صحة تطبيق القانون. وفي ذلك يقول شراح القانون : إذا لم يطلب الجار سد المطل المفتوح على أقل من المسافة القانونية واستمر هذا الوضع مدة خمس عشرة سنة ، اكتسب من فتح المطل حق ارتفاق بالمطل عن طريق التقادم المكسب ، إلا إذا كان سكوت الجار عن طلب سد المطل تسامحا منه ، وهذا ما يسمى بالمطل الارتفاقي .

(١) نقض مدنى ١٩٩١/١/٢٠ طعن ١٢٩٦،١٢٩٣ س٥١ مجلة القضاة ص٤٥٩ .

(٢) نقض مدنى ١٩٨٥/١/٣٠ طعن رقم ٢٢٣٩ س٥٤ مجموعة النقض المدنى فى خمس سنوات ١٩٨٥-١٩٨٠ ص١٠٨٩

(٣) نقض مدنى ١٩٨٤/١٢/١٨ طعن ٢٢٠٣ س٥١ مجموعة النقض المدنى السابق ص١٠٨٩ .

(٤) نقض مدنى ٨٥/١/٣٠ طعن ٢٣٣٩ س٥٤ مجموعة أحكام النقض السابقة ١٠٨٩/٢ .

ولقد ثار الخلاف فى الفقه المصرى : حول كيفية تحديد المسافة التى يرتد إليها الجار فى حالة اكتساب المظل بالتقادم هل تشمل المسافة التى لم يراعىها صاحب المظل مضافا إليها المسافة التى يكون عليه أن يتركها لمطلاته ، أم أنها تقتصر فقط على المسافة التى يتعين عليه أن يتركها دون النظر إلى المسافة التى لم يراعىها صاحب المظل ؟ .

ذهب البعض من الفقه (١) إلى أنه : يكفى أن يرتد هذا الجار مسافة متر ، ويكون له أن يفتح مطلا مواجهها فى حائطه ، لأن هذا المظل يكون مفتوحا فى حدود المسافة القانونية ، وذلك طبقا لنص المادة ٢/٨١٩ مدنى .

وذهب أكثر الفقه المصرى (٢) إلى وجوب أن يرتد هذا الجار عن الخط الفاصل مسافة مترين، إن كان صاحب المظل قد بنى على حافة ملكه أو إلى مسافة لو أضيفت إليها المسافة التى تركها صاحب المظل لأصبحت مترين .

وهذا هو ما أخذ به المشرع فى القانون المدنى الحالى ، بل إن المشرع المصرى لم يكتف بأن يرتد الجار بمقدار المسافة المتقدمة ، بل نص على أنه لابد وأن يرتد إليها على طول البناء الذى فتح فيه المظل وذلك طبقا لعجز المادة ٢/٨١٩ مدنى .

وبالرغم من أن هذا الحكم قد ورد بخصوص المظل المواجه ، إلا أن الأعمال التحضيرية قد أشارت بوجوب تطبيقه على المظل المنحرف (٣) ، وذهب إلى ذلك إجماع الفقه المصرى (٤). ومن الجدير بالذكر: أن من اكتسب حقا بالتقادم ، فإن الحق يقتصر على الحالة التى كان عليها وضع اليد فإذا كان قد حاز فتحة واحدة، فلا يجوز له أن يفتح أخرى فى الطابق العلوى، وإذا فرض وانهدم الحائط الذى به المظل ، فإنه تجوز المطالبة بإعادة فتح المظل فى الحائط الجديد متى أعيد بناؤه بنفس وضعه قبل انهدام الحائط ، ما لم يكن قد مضى بين الهدم وإعادة البناء مدة خمس عشرة سنة أو أكثر ، فإن الارتفاق بالمظل لا يعود من جديد ، إذ يكون قد زال بعدم الاستعمال (٥) .

ويلاحظ أيضا أن المظل المفتوح من قبل التسامح لا ينقلب إلى مظل ارتفاقي بالتقادم، ومن الصور التى يعتبر سكوت الجار فيها عن طلب سد المظل تسامحا أن تكون أرضه فضاء (٦) .

(١) د. السنهورى ، الوسيط ح ٨ ص ٧٨٥ فقرة ٤٧٨، د. إسماعيل غانم ، السابق ص ١٠٢ فقرة ٤٦ .

(٢) د. عبد المنعم الصدة، السابق فقرة ١٠٠ ص ١٤٨، د. محمد عرفة ، السابق ص ١١٨، ١١٩، د. البدروى، السابق

فقرة ١٠٠ ص ١٤٧، د. منصور ، السابق ص ٩٣ فقرة ٣٧، د. أحمد سلامة ، السابق ص ٢٣١ فقرة ٦٩ ، د. الجمال ، السابق

ص ٢٣٨ فقرة ١٤٦ ، د. شنب ، السابق ص ٢٥٦ . (٣) مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٦ ص ٦٨ (٤) يراجع المراجع السابقه

(٥) د- أحمد سلامة ، السابق فقرة ٦٩ ص ٢٣٢ (٦) نقض مدنى ٤ يونيو ١٩٥١ مجموعة أحكام النقض س ٢ رقم ١٥٩ ص ١٠٣١

نطاق تطبيق القواعد المتعلقة بالمطلات :-

لقد فرض الشارع قيد المسافة بالنسبة إلى المطلات ، لمصلحة الأملاك الخاصة من العقارات المجاورة .

ولكن ثمة حالات يجوز فيها فتح المطلات دون مراعاة المسافة التي يتطلبها القانون ، ويمكن حصرها فيما يلي :-

أولاً :-

المطلات المواجهة للطريق العام ، ولو كانت مطلات منحرفة بالنسبة إلى العقار المجاور.

وقد نصت المادة ٨٢٠ صراحة على هذه الحكم إذ تقول (ولكن يرتفع هذا الحظر إذا كان المظل المنحرف على العقار المجاور هو في الوقت ذاته مطلا مواجهاً للطريق العام) .
وعلة هذه الإباحة هي أن القيود الواردة بالقانون المدني لا تسرى إلا على الأملاك الخاصة ، أما الشوارع العامة فهي تخضع لما تقتضيه اللوائح المنظمة لاستغلال الأموال العامة. كما أن فتح المطلات على الشوارع العامة لا يتعارض مع تخصيصها، بل إن ذلك يعد من قبيل استعمال الشوارع فيما أعدت له. على أنه إذا تراءى للسلطات العامة إخراج الشارع المفتوحة عليه المطلات من الدومين العام، وبيعه للأفراد بعد ذلك، فلا يكون لأصحاب المطلات إبداء اكتساب حق المظل في مواجهة الملاك الجدد ما لم تحتفظ لهم جهة الإدارة بهذا الحق في عقود البيع (١)

ثانياً : الأبواب ومدخل العقار

يرى بعض الشراح (٢) : أن الأبواب لا تخضع لقيد المسافة السابق ، لأنها ليست من قبيل المطلات لأن هذه الفتحات لا تكون معدة بصفة أساسية للإطلال منها .
بينما يرى البعض (٣) أنه ما دامت الفتحة تمكن من الإطلال على ملك الجار فإنها تخضع للقيد السابق .

ثالثاً :-

المطلات التي لا تكشف من العقار المجاور إلا حيطاناً مسدودة . ما لم تهدم هذه الحيطان .

(١) د. محمد عرفة ، السابق ص ١١٥ ، د. السنهوري ، السابق ص ٧٨٢ فقر ٤٧٨ .

(٢) د. محمد عرفة ، السابق ص ١١٤ ، د. السنهوري السابق ص ٧٨١ فقر ٤٧٧ ، د. أحمد سلامة ، السابق فقر ٦٦ ص ٢٢٣ .

(٣) د. محمد كامل مرسى ، السابق فقر ٣٦٦ ص ٤٧٦ ، د. الصدة ، السابق فقر ٩٩ ص ١٤٥ ، د. محمود زكى ، السابق فقر ٤١ ص ٧٧ .

ذهب بعض الشراح (١) : إلى أنها لا تخضع لقيد المسافة السابق ، إذ ليس فيها اعتداء على حق الجار لأن الغرض من ترك المسافة هو منع النظر ، ولما كان ممتعا فلا مبرر للتقييد . وطبقا لهذا الرأي يجوز أن يطلب سد هذه المظلات في حالة هدم الحائط الأصم .

بينما ذهب البعض (٢) : إلى ضرورة مراعاة هذا القيد ، لأن النص عام لا يفرق بين حالة وأخرى كما أن منطلق الرأي الآخر يوجب القول برفع القيد إذا كانت أرض الجار زراعية إلى أن تبني وهو لم يقل به أحد .

رابعا :- فى حالة الشيوخ الجبرى

إذا كان العقاران المتجاوران يفصل بينهما أرض مشتركة بين المالكين ، وجبت التفرة فى شأنها بين الشيوخ العادى ، والشيوخ الجبرى ، فإن كان الشيوخ عاديا تعين على من يفتح مطلا من المالكين أن يراعى المسافة القانونية من حد الأرض المشتركة المجاورة لعقاره وليس من منتصف هذه الأرض ، وإن كان الشيوخ جبريا ، كما لو كانت الأرض المشتركة فناء أو طريقا معدا لاستعمال المالكين الدائم ، فإن قيد المسافة يرتفع ، بشرط ألا يقل عرض هذه الأرض عن المسافة القانونية وألا يتعارض فتح المطل مع الغرض الذى خصصت له (٣).

الفرع الثانى المناور

يقصد بالمناور :

الفتحات التى لا يقصد منها إلا مرور الهواء ونفاذ الضوء ، دون أن تمكن من النظر منها على ملك الجار ، لارتفاع قاعدتها عن قمة الإنسان المعتادة .

ولقد نصت المادة ٨٢١ مدنى مصرى على أنه (لا تشترط أية مسافة لفتح المناور ، وهى التى تعلو قاعدتها عن قمة الإنسان المعتادة ، ولا يقصد بها إلا مرور الهواء ونفاذ النور دون أن يستطاع الإطلاع منها على العقار المجاور) .

(١) د. السنهورى ، السابق فقرة ٤٧٧ ص ٧٨٢ ، د. عرفة ، السابق ص ١١٥ د. غانم السابق ص ١٠١ فقرة ٤٦ ، د. سلامة ، السابق فقرة ٦٦ ص ٢٢٤ .

(٢) د. منصور ، السابق ص ٩٢ ، د. الصدة ، السابق ، فقرة ٩٩ ص ١٤٦ ، د. حسن كيرة ، السابق ص ٢٤٠ فقرة ٧٦ .

(٣) د. حسن كيرة السابق فقرة ٧٦ ص ٢٣٩ ، د. الصدة السابق فقرة ٩٩ ص ١٤٦ ، د. محمد عرفة ، السابق ص ١١٦ ، د. أحمد سلامة ، السابق فقرة ٦٧ ص ٢٢٦ .

فطبقاً لهذا النص يجوز فتح المناور دون ترك أية مسافة ، وعلى ذلك إذا فتح المالك فى الحائط المبنى على حدود ملكه منوراً فليس لجاره أن يطلب سده . وذلك لأن المناور لا تؤذى الجار ، وليس فيها تعد على ملكه ، وتعتبر رخصة من الرخص التى تخولها للمالك ملكيته . ومهما مضى على هذه المناور من زمن ، فإن صاحبها لا يحق له أن يدعى كسب ارتفاع بالتقادم يمنع الجار من إقامة بناء على حدود ملكه ويكون من شأنه أن يسدها .

والقيد الذى نص عليه المشرع هو ارتفاع المطل عن قامة الإنسان ، ولكن المشرع لم يضع طولاً معيناً لقامة الإنسان ، والعبرة فى ذلك قامة الإنسان المعتادة بغض النظر عن قامة مالك الحائط الذى فتح فيه المنور أو من يقطن المسكن .

ويتضح مما سبق: أن معيار التفرقة بين المنور والمطل ، معيار مادى ، يرجع فيه إلى مدى ارتفاع قاعدة الفتحة عن نقطة التصاق الحائط بالأرضية ، فإذا جاوز هذا الارتفاع قامة الإنسان المعتادة كان منوراً ، ولم يخضع لقيد المسافة ، وإذا لم يجاوزها كان مطلاً وخضع للقيد ، وهو معيار يتأسس على أن الشخص يسلك فى حياته مسلك الرجل المعتاد ، بمعنى أنه لا يعتلى ما يمكنه من الإطلال على الجار ، فإن فعل اعتبرت الفتحة مطلاً حكماً وانطبقت عليها أحكام المطل . وإذا استوفى المنور شرط الارتفاع ، ولم يحاول صاحبه أن يطل منه على ملك الجار بطرق ملتوية فإنه يترتب على ذلك أمران : **الأول** : لا يجوز لهذا الجار أن يطلب سد المنور لأى سبب من الأسباب . **والأمر الثانى** : أنه يجوز لهذا الجار أن يبني على حدود ملكه حائطاً أصماً أو به مناور ، ولا يستطيع صاحب المنور الأول أن يعترض على ذلك ، أو أن يطلب منع جاره من هذا البناء حتى ولو كان قد مضى على فتحه المنور مدة تزيد على الخمس عشرة سنة ، ومن أجل ذلك ينصح جانب من الفقه مثل هذا المالك أن يبتعد عن الخط الفاصل ما بين العقارين بمسافة تسمح ببقاء المنور صالحاً للغرض المقصود منه .

وإذا لم تستوف المناور الارتفاع المقرر ، فإنها تعتبر مطلات ، يشترط فيها المسافة السابقة كما أنه يجوز للجار الاعتراض عليها أو المطالبة بسد الجزء السفلى منها بما يمنع الإطلال من خلالها ولكن إذا استمرت المناور مفتوحة على هذا الوضع المخالف للقانون ، ولم توجد مظنة عفو أو تسامح من جانب الجار فى شأنها ، أعتبرت من قبيل المطلات ، واكتسب بالتقادم ارتفاع بها على ملك الجار .

كذلك يجوز للجار طلب سد المناور المفتوحة على ملكه إذا ثبت أن المالك يسئ

استعمالها كما لو كان يلقي بها مخلفات منزله(١).

المطلب الثالث

الموازنة بين الفقه الإسلامى والقانون من حيث الأضرار التى تضر بعرض الجار

مما سبق يتضح ما يلى :-

أولا :-

أن رأى الراجح فى الفقه الإسلامى - من وجهة نظرى - التفرقة بين فتح الطاقات من أجل النظر والاطلاع على ملك الجار فهذا النوع ممنوع ، وبين فتحها للضوء والشمس فهذا النوع غير ممنوع . كما ذهب إلى ذلك المالكية . وبهذا رأى أخذ القانون الوضعى ، مع الاختلاف فى التسمية ، فالأولى تسمى المطلات والثانية المناور .

ثانيا :-

أن رأى الراجح فى الفقه الإسلامى ، عدم التفرقة بين الضرر القديم والحديث فى وجوب المنع كما ذهب بعض المالكية ، والحنفية والحنابلة . وبهذا أيضا أخذ القانون الوضعى .

ثالثا :-

أن الفقه الإسلامى لم ينص على اشتراط مسافة معينة لفتح المطل أو المنور بل ترك ذلك إلى العرف . كما سبق أن قلنا أن القاعدة (كل ما ورد فى الشرع مطلقا بلا ضابط فمرجعه العرف) وهذا أدق وأضبط لأن ظروف الحياة وأساليب المعيشة تختلف من مكان إلى آخر ، فيتترك الأمر إلى القاضى ليحدد كل حالة على حدة ، ومع ذلك ليس هناك ما يمنع من التحديد ، لأنه من الأمور المباحة التى يجوز لولى الأمر أن يقيد بها . أما فى القانون فقد نص على مسافة معينة لا يجوز تجاوزها بالنسبة للمطلات أما المناور فهى جائزة بدون اشتراط مسافة معينة .

(١) يراجع فى المناور : د. السنهورى السابق فقرات من ٤٧٩ : ٤٨٢ ، د. محمد عرفة ، السابق ص ١١١ ، ١١٢ ، د. الصدة ، السابق فقرة ١٠١ ص ١٤٩ ، د. البدر اوى ، السابق فقرة ٩٥ ص ١٤١ ، ١٤٢ ، د. منصور ، السابق فقرة ٣٨ ص ٩٣ ، ٩٤ ، د. حسن كيرة ، السابق فقرة ٧٦ ص ٢٤١ ، ٢٤٢ ، د. محمود زكى ، السابق فقرات ٤٤ : ٤٦ ص ٨٣ - ٨٧ ، د. أحمد سلامة ، السابق فقرة ٧١ ، ٧٠ ص ٣٣٣ - ٣٣٦ ، د. شنب ، السابق ص ٢٥٣ فقرة ٢٤١ ، د. الجمال ، السابق ص ١٤٥ ص ٢٣٥ ، د. عمران ، السابق ص ٢٧٩ ، د. توفيق فرج ، السابق فقرة ٩٠ ص ١٩٧ . نقض مدنى ١٩٨٥/٦/١١ طعن ٥٨٣ مجموعة أحكام النقض السابقة ١٠٨٨/٢ .

الفصل الثانى

الجوار الرأسى " أو الأفقى " فى الفقه الإسلامى والقانون

سبق أن قلنا أن الجوار إما أن يكون جوارا جانبيا - وقد بينا ذلك فى الفصل الأول من هذا الباب - وإما أن يكون جوارا أفقيا ، والجوار الأفقى غالباً يكون بين بناءين أحدهما فوق الآخر .
ولبيان هذا النوع من الجوار سوف أقسم هذا الفصل إلى ثلاثة مباحث :-

المبحث الأول : الجوار الرأسى فى الفقه الإسلامى " حق التعلّى " .

المبحث الثانى : الجوار الرأسى فى القانون " ملكية الطبقات والشقق " .

المبحث الثالث : الموازنة بين كلا الفقهين من حيث الجوار الرأسى .

وسوف أبين ذلك بشئ من التفصيل .

المبحث الأول

الجوار الرأسى فى الفقه الإسلامى

إن فقهاء الشريعة يتحدثون عن هذا النوع من الجوار تحت مسمى العلو والسفل، أو حق التعلّى
السفل والعلو فى اللغة :

يقول ابن فارس : العين واللام والحرف المعتل ياء كان أو واوا أو الفا ، أصل واحد

يدل على السمو والارتفاع لا يشذ عنه شئ(١) ويقول أيضا السفل : ما كان خلاف العلو(٢)

ويقول الإمام الرازى : علو الدار بضم العين وكسرهما ضد سفلهما بضم السين وكسرهما(٣) .

ويقول ابن منظور : العلو ارتفاع أصل البناء(٤) والسفل نقيض العلو فى البناء(٥) .

وأما العلو فى اصطلاح الفقهاء :

فهو الفضاء الذى فوق سطح الدار (٦) .

وحق التعلّى هو حق البناء على سطح البناء(٧) .

وأما السفل فى اصطلاح الفقهاء : هو ما نزل عن غيره ليشمل الأوسط بالنسبة لما فوقه(٨) .

(١) مادة "علو" معجم مقاييس اللغة ٤/١١٢ (٢) مادة "سفل" معجم مقاييس اللغة ٣/٧٨ .

(٣) مادة "علا" مختار الصحاح ص٤٥٢ .

(٤) مادة "علا" لسان العرب ٤/٣٠٩٣ . (٥) مادة "سفل" لسان العرب ٣/٢٠٣٠ .

(٦) معجم لغة الفقهاء ص١٣٧ (٧) معجم لغة الفقهاء ص٣٢٠ .

(٨) الفواكه الدوانى ٢/٣١٨ ، الخرشي ٦/٥٦ .

فحق التعلی فی اصطلاح الفقهاء هو : أن يكون للإنسان حق فی أن یعلو بناؤه بناء غیره وذلك على عكس السفل .

وحق التعلی نوع من أنواع الجوار ، وهذا الجوار أقوى من الجوار الجانبي ، لأن ملك كل واحد منهما ليس خالصا ، لتعلق حق كل منهما بالآخر ، وانتفاع كل منهما بملك الآخر ، فكما ینتفع صاحب العلو بقرار بنائه على الآخر ، كذلك ینتفع صاحب السفل بالعلو بمنع الحرارة الشديدة عنه فی الصيف ، وتسرب الأمطار إلى ملكه شتاء .
من أجل ذلك : وجب مراعاة حق كل منهما عند التصرف (١) .
ولتوضیح هذا النوع من الجوار أقسم هذا المبحث إلى ثلاثة مطالب .

المطلب الأول : الهيكل العام للعلو والسفل .

المطلب الثاني : التصرفات الصادرة من صاحب السفل وصاحب العلو .

المطلب الثالث : الالتزامات المفروضة على صاحب السفل وصاحب العلو .

وسوف أبين ذلك بشئ من التفصيل .

المطلب الأول

الهيكل العام للعلو والسفل

یتحقق العلو والسفل ، (حق التعلی) فی دار مكونة من طبقتين أو أكثر ، مملوكة لشخصين أو أكثر ، لأحدهما سفلهما والآخر علوها ، كما إذا كانت داراً موروثه وانتفق الورثة على قسمتها على هذا الوجه . أو تكون مملوكة لشخص وباع طبقة منها لآخر فحينئذ يكون لصاحب العلو حق القرار على ذلك السفل .

ولقد أجمع الفقهاء على صحة بيع حق التعلی تبعا للعلو إذا كان واردا على بناء قائم فمن يملك منزلا مكونا من طبقتين أو أكثر يجوز له أن يبيع كل طبقة على انفرادها . إلا أنهم اختلفوا فی جواز بيع التعلی وحده ، بمعنى بيع ما يعلو ملكه من الهواء .

(١) جامع الفصولين ٢/٢٠٧، د / مصطفى شلبي المدخل فی التعريف بالفقه الإسلامی ص ٣٦٥، د. محمد موسى ، الأموال

ونظرية العقد ص ١٨٢ .

فذهب الحنفية (١) وبعض الشافعية (٢) وبعض الزيدية (٣) إلى عدم صحة هذا البيع لأنه يتعلق بالهواء وهو ليس بمال ولا متعلق بمال ، ومن ثم فهو بيع باطل .

وذهب المالكية (٤) ، والصحيح عند الشافعية (٥) ، والحنابلة (٦) ، وبعض الزيدية (٧) إلى صحة هذا البيع لأن لصاحبه حرية التصرف في ملكه ، كما أنه يمكن تقديره ، بأن يقدر مقدار ما سيبنى من السفلى وما يباع من العلو حتى لا يكون مثار نزاع بين المتعاقدين .

فيجوز مثلا للشخص أن يقول لصاحب أرض بعنى عشرة أذرع فوق ما تبنيه من أرض إن وصف متعلق البناء للأسفل والأعلى معين ، لانتفاء الضرر .

ومرجع هذا الاختلاف ، هل حق التعلو من الحقوق المالية أم لا؟ فمن قال بأن حق التعلو حق مالى أجاز بيعه دون ارتباط بغيره . ومن قال إنه حق غير مالى منع بيعه ، لأنه يؤدي إلى الضرر .

وأرى أن الرأى الراجح هو ما ذهب إليه المالكية ومن معهم لأنه من المعاملات ، ومعاملات الناس يجب أن تجرى وفقاً لحاجتهم مالم تصادم نصاً فى الدين ، لقول النبى صلى الله عليه وسلم ﴿المسلمون على شروطهم﴾ (٨) .

كما أنه ليس هناك تعارض بين هذا البيع وما تهدف إليه الشريعة الغراء من حماية المشتري من الضرر .

فالقاعدة العامة فى ملكية السفلى و العلو :

أن يكون سفلى الدار لشخص يطلق عليه صاحب السفلى ، وعلوها لآخر يطلق عليه صاحب العلو، والأصل فى الشريعة ، أن مالك الطابق يملك جدراته الرئيسية وكل أجزائه مالم يقد دليل عكس ذلك ، وله أن يتصرف فيه بكل أنواع التصرفات بشرط ألا يضر بجواره والأشياء التى يتكون منها السفلى و العلو هى :

- | | | |
|---------------|-------------|-------------|
| (١) الأرض | (٢) الدهليز | (٣) السلم . |
| (٤) الجدران . | (٥) السقف . | |

(١) حاشية ابن عابدين ٨٠/٥ ، فتح القدير ٣٠١/٥ وما بعدها .

(٢) روضة الطالبين ٢١٩/٤ .

(٣) البحر الزخار ٩٧/٥ .

(٤) الفروق ١٦/٤ ، وحاشية ابن الشاط ١٧/٤ ، حاشية الدسوقي والشرح الكبير ١٤/٣ ، الخرشي ٢١/٥ .

(٥) الأم ٣٣٧/٣ روضة الطالبين ٢١٩/٤ . (٦) كشاف القناع ١٩٩/٢ ، ٢٠٦ ، المبدع ٢٩٣/٤ .

(٧) البحر الزخار ٩٧/٥ . (٨) أخرجه أبو داود كتاب الأفضية باب فى الصلح ٣٠٣/٣ وسكت عنه

هذه هي الأمور الرئيسية لتكوين هيكل العلو والسفل وسوف أبين لمن تكون

الملكية في هذه الأشياء .

١ - الأرض :

الأرض المقامة عليها الدار تكون ملكيتها لمالك السفل ، وأمامالك العلو فليس له سوى حق الارتفاق عليها فقط .

ويترتب على ذلك أنه لا يستطيع صاحب العلو أن يضع جدار طبقتة في أرض صاحب السفل لأنها ملك لصاحب السفل ، وكل ما يستطيعه أن يستأذن صاحب السفل .
جاء في الفتاوى المهدية " وإنما الأرض لمالك السفل ، ولرب العلو حق التعلی . وليس ...
لصاحب العلو ملك في الأرض .. " (١) .

هذا : إذا لم يقم الدليل على عكس ذلك ، والا عمل بهذا الدليل .

٢ - الدهليز :

والدهليز في اللغة (٢): بالكسر ما بين الباب والدار ، فارس معرب ، والجمع الدهاليز .
وعند الفقهاء هو (٣) : الممر الواصل بين الباب والدار ، أو هو الجزء من البناء الذي يبدأ من مدخل الدار وينتهي عند بداية السلم .
وقد ذهب الحنفية (٤) إلى أن الدهليز ملك لصاحب الدور الأسفل من البناء وذلك على أساس أن السفل بكافة أجزائه يكون ملكاً لصاحبه ، ولا يشاركه فيه صاحب العلو .
وذهب جمهور الفقهاء (٥) : إلى أنه في حالة المنازعة يفرق بين فرضين .
الفرض الأول :

إذا كان السلم في نهاية الدهليز ، فإن الدهليز مشترك بينهما ، لأن لكل منهما يداً وتصرفاً بالاستطراق ووضع الأمتعة وغيرها .

(١) الفتاوى المهدية ٤٧٨/٥ ، ونحوه في فتح القدير ٥٠٢/٥ التاج والإكليل ١٤٦/٥ ، مغنى المحتاج ١٩١/٢ ، ١٩٣ تحفة

المحتاج ٢١٧/٥ ، المغنى والشرح الكبير ٤١/٥ السيل الجرار ٢٤٩/٣ .

(٢) ماده دهليز " لسان العرب ١٤٤/٢ ، مختار الصحاح ص ٢١٣ .

(٣) معجم لغة الفقهاء ص ٢١١ " .

(٤) تبين الحقائق ١٩٤/٤ ، البحر الرائق ٧٢-٧٧ .

(٥) نهاية المحتاج ٤١٩/٤ ، كشاف القناع ٢٢٩/٤ ، ٢٣٠ ، روضة الطالبين ٢٢٦/٤ .

الفرض الثاني :

إذا كان السلم يقع في وسط الدهليز ، فإن الجزء من الدهليز الذى يبدأ من مدخل الدار حتى مرقى (١) - أى صعود- السلم مشترك بينهما . أما الجزء الذى يقع وراء السلم فيكون لصاحب السفلى وحده ، لأنه لا منفعة لصاحب العلو ولا يد له عليه ظاهرة .

٣ - السلم :

بفتح اللام ، واحد السلالم التى يرتقى عليها ، أو هو الدرج والمرقى وسمى سلماً لأنه يسلمك إلى حيث تريد (٢) .
فالمقصود بالسلم إذن الدرج الذى يرتقىة صاحب العلو للوصول به إلى طبقته والنزول منها .

والسلم عند جمهور الفقهاء لصاحب العلو ، لأنه لا يستطيع أن يستعمل طبقته الأعلى إلا باستعماله ، إلا إذا كان هذا السلم مرفقا لصاحب السفلى فيكون بينهما (٥) .

٤ - الجدران :

والجدران على ثلاثة أنواع :

١ - الجدران الرئيسية :

وهى التى يتوقف عليها متانة البناء والتى تحيط به من الخارج وهذا النوع من الجدران مملوك ملكية مفرزة لصاحب الطبقة دون أن يشاركه فيها أحد فحوائط البيت السفلى لصاحب السفلى ، لأنه المنتفع بها وهى من جملة بيته ، وحوائط البيت العلوى ، لصاحب العلو .

٢ - الجدران الفاصلة :

وهى التى تفصل بين الطبقتين أو الشقتين ، فهى مشتركة بينهما ما لم يوجد ما يخالف ذلك . فإن مرجع ذلك إلى العرف ، وفى ذلك يقول ابن عابدين " إن هذه الأحكام تبنى على العرف فيعتبر فى كل إقليم وفى كل عصر عرف أهله .

(١) المرقى : الصعود ، يقال : رقى إلى الشئ رُقياً ورُقوا وارتنقى وترقى : صعد ، ورقيت فى السلم إذا صعدت . ("مادة رقا" لسان العرب ١٧١١/٣) .

(٢) "مادة سلم" لسان العرب ٢٠٨٣/٣ ، مختار الصحاح ص ٣١١ .

(٣) المبسوط ١٣٧، ١٣٦/١٤ ، الشرح الكبير ٣٦٦/٣ ، الام ٣٣٧/٣ ، روضة الطالبين ٢٢٧/٤ ، المغنى والشرح الكبير ٤٥/٥ ، البحر الزخار ٣٩٠/٥ ، الخرشى ٥٧/٦ .

٣ - الجدران الداخلية : وهى التى تفصل بين الحجرات التى تتكون منها الطبقة أو الشقة وهذه الجدران مملوكة ملكية مفرزة (١) .

٥ - السقف :

اختلف الفقهاء فيما يملك السقف ، وفيمن يعيده لو انهدم ؟ على ثلاثة آراء :

الرأى الأول :

وإليه ذهب الحنفية (٢) والمالكية (٣) وبعض الزيدية (٤) ، أن السقف جزء من السفلى و متم له فالسفل لا يسمى بيتاً إلا بالسقف ، لأن السفلى اسم لمبنى مسقف ، ومن ثم يقضى بالسقف لصاحب السفلى عند التنازع ، لأن الظاهر معه ، ولقوله تعالى ﴿ ولولا أن يكون الناس أمة واحدة لجعلنا لمن يكفر بالرحمن لبيوتهم سقفاً من فضة ﴾ (٥) .

يقول الإمام القرطبي (٦): استدلل بعض العلماء بهذه الآية على أن السقف لاحق فيه لرب العلو، لأن الله تعالى جعل السقوف للبيوت كما جعل الأبواب لها .

ويقول ابن رشد فى هذه الآية (٧) : فلما أضاف عز وجل السقف إلى بيوتها ، وجب أن يحكم بالسقف لصاحب البيت ، إذا اختلف فيه مع صاحب الأعلى فادعاه كل واحد منهما لنفسه ، وأن يحكم عليه أنه له ، فيلزم بنيانه إذا نفاه كل واحد منهما عن نفسه ، وادعى أنه لصاحبه ليوجب عليه بنيانه ، فإما أن يبنى وإما يبيع لمن يبنى على مذهب ابن القاسم وروايته عن مالك وقال سحنون ويجبر على أن يبنى ولا يجوز أن يبيع ممن يبنى إلا أن يعجز عن بنيانه ، لأن فى البيع على هذا الشرط عنده غرراً فلا يجوز الا عند الضرورة .

إذن السقف عند هؤلاء الفقهاء لصاحب السفلى ، وعليه إصلاحه وبنائه إن انهدم .

الرأى الثانى :

وإليه ذهب الشافعية (٨) والحنابلة (٩) وبعض الزيدية (١٠) وبعض الإمامية (١١)، أن السقف

(١) حاشية ابن عابدين ١٨٨/٥ ، شرح منح الجليل ٦٠٢/٣ ، نهاية المحتاج ١٠٨/٥ مغنى المحتاج ١٨٧/٢ ، المغنى والشرح ٤٥/٥ .

(٢) المبسوط ١٥٨/٢٠ ، تبين الحقائق ١٩٥/٤ ، البحر الرائق ٢/٧ ، حاشية ابن عابدين ٤٤٤/٥ .

(٣) البيان والتحصيل ١٧٨/٩ ، مواهب الجليل ١٤٧/٥ ، القوانين ص ٣٥٥ ، الشرح الكبير الدسوقي ٣٦٥/٣ .

(٤) البحر الزخار ٩٧/٥ . (٥) سورة الزخرف آية : ٣٣ .

(٦) الجامع لأحكام القرآن ٨٥/١٦ (٧) البيان والتحصيل ١٧٨/٩ .

(٨) الأم ٣٣٧/٣ ، روضة الطالبين ٢١٩/٤ تحفة المحتاج ٢٢٥/٥ ، نهاية المحتاج ٤١٩/٤ ، حاشية قليوبى ٣١٨/٢ .

(٩) المغنى والشرح الكبير ٤٨/٥ ، القواعد ص ١٤٣ ، كشاف القناع ٤١٦/٣ ، الإنصاف ٢٧١/٥ .

(١٠) البحر الزخار ٩٧/٥ . (١١) شرائع الإسلام ١٢٥/٢ .

ليس جزءاً من السفلى ، وإنما هو حاجز بين ملكيهما ينتفعان به ، فإن كان غير متصل ببناء أحدهما اتصال البنيان كان كالحائط بين الملكين مشتركاً بينهما ، لأنه لا ترجيح لأحدهما فى النسبة إليه وقد يكون خالصاً لأحدهما إذا كان متصلاً به اتصال البنيان ، أو قام الدليل على أنه لأحدهما ، فإذا انهدم السقف كان إصلاحه عليهما معاً ، لأن المنفعة لهما ، ولكن هل يجبر الممتنع أم لا ؟ فى ذلك رأيان قيل يجبر ، وقيل لا يجبر .

الرأى الثالث :

وإليه ذهب بعض الزيدية (١) وبعض الإمامية (٢) ، أن السقف ملك لصاحب العلو ، إذ يده أكثر لكثرة انتفاعه .

المطلب الثانى

التصرفات الصادرة من صاحب السفلى وصاحب العلو

اتفق الفقهاء على أنه ليس لأحدهما التصرف فى ملكه بما يضر الآخر ، لأن لكل منهما حقاً فى ملك الآخر ، لذى العلو حق قراره ، ولذى السفلى حق دفع المطر والشمس عن السفلى . ولكن هل يمنع كل تصرف فيه ضرر أم لا بد فى الضرر من نوع معين ؟ لتوضيح ذلك نعرض مذاهب الفقهاء .

١ - مذهب الحنفية :

قسم الحنفية التصرفات التى تصدر من كل من صاحب السفلى وصاحب العلو إلى ثلاثة أقسام .

الأول : التصرفات الضارة بيقين : وهذه ممنوعة بالاتفاق ، ولو حصلت وترتب عليها الضرر كان المتسبب فيها ضامناً لما لحق الآخر من الضرر كفتح صاحب السفلى باباً .
الثانى : تصرفات لا تضر واحداً منهما بيقين كوضع مسمار صغير ، أو دهن الجدر وتزينه ، وهذه لا تمنع بالاتفاق .

الثالث : تصرفات تحتل الضرر وغيره ، مثل أن يفتح نافذة فى بعض الحجرات ، أو أن يتد فى سفله مثلاً وتداً أو غير ذلك ، فهذا النوع اختلف فيه الإمام وصاحبه . فالإمام أبوحنيفة يمنعه إلا إذا كان برضا الآخر ، وقال أبو يوسف ومحمد يصنع ما لا يضر بالعلو .

(١) البحر الزخار ٣٩٠/٥ .

(٢) شرائع الإسلام ١٢٥/٢ .

ومبنى الخلاف :

أن الأصل عند أبي حنيفة الحظر ، نظراً إلى تعلق حق الغير بالملك ، لأن ملكه ليس خالصاً ، فلم يبيح إلا ما يتيقن عدم ضرره ، لأن ملكه ليس خالصاً أما الأصل عند الصحابين فهو الإباحة ، ما لم يقدّم الدليل على الضرر فيمنع ، لأن المالك له حرية التصرف في ملكه ما لم يضر غيره . والراجح في المذهب قول الإمام ، وهو المختار للفتوى ، لأن هذا الملك وإن كان تاماً ، إلا أنه عارضه حق الغير به ، فيمنع ما يلحق به بالضرر يقيناً أو احتمالاً لأنه ذريعة للضرر . (١)

٢ - مذهب المالكية :

ذهب المالكية إلى جواز التصرف الصادر من صاحب السفلى أو صاحب العلو ، إذا كان لا يضر ، أو كان الضرر نادراً ، ويرجع في ذلك لأهل المعرفة .
فمثلاً : لو أراد صاحب العلو أن يزيد في البناء على علوه الذي دخل عليه من غير إذن صاحب السفلى ، فإنه يمنع من ذلك ، ويقضى عليه بعدم فعله لأنه يضر ببناء الأسفل ، إلا أن يزيد زيادة خفيفة لا يحصل منها ضرر ، ويرجع في ذلك لأهل المعرفة (٢) .

٣ - مذهب الشافعية :

ذهب الشافعية إلى أنه يجوز لصاحب العلو شريكاً كان أو أجنبياً ، وضع أثقال معتادة على السقف ، وغرز وتد به على ما رجح ، وللآخر - أى صاحب السفلى - تعليق معتاد به ولو بوتد يئده ، لأننا لو لم نجوز ذلك لعظم الضرر وتعطلت المنافع ، ولأن الأعلى هنا ثبت له الانتفاع قطعاً ، فثبت للأسفل تسوية بينهما (٣) .

٤ - مذهب الحنابلة :

ذهب الحنابلة ، إلى أنه ليس للرجل التصرف في ملكه تصرفاً يضر بجاره ؛ هذا في الجوار الجانبى ، أما في السفلى والعلو ، فلم أطلع لهم على نصوص تبين ذلك ، ولكن منعهم التصرف المضر في الجوار الجانبى ، يفهم منه أنهم يمنعون الضرر في الجوار الرأسى ، لأن العلاقة فيه أقوى لا شتراكهما في بعض المنافع .

(١) البناية على الهداية ٧٣/٧ وما بعدها ، شرح فتح القدير ٣٢١/٧ وما بعدها بدائع الصنائع ٤٠١٥/٨ ، الفتاوى البزازية ٤١٨/٦ ، مجمع الأنهر ١٧٥/٢ ، جامع الفصولين ٢٠٧/٢ ، حاشية ابن عابدين ٤٤٤/٥ وما بعدها ، حاشية الطحطاوى ٢١٤/٣ ، تبين الحقائق ١٩٥/٤ .

(٢) الشرح الكبير والدسوقي ٣٦٦/٣ ، الخرشى ٥٧/٦ .

(٣) نهاية المحتاج ٤٢٠/٤ ، مغنى المحتاج ١٩١/٢ ، البيجرمى على الخطيب ٨٨/٢ .

الراجع :

بعد هذا العرض الموجز أرى رجحان مذهب المالكية بمنع ما يضر عرفاً حالاً أو مآلاً ، لأن كثيراً من الأمثلة التي اختلف فيها الحنفية والشافعية أصبحت لا تسبب ضرراً كدق الوتد ووضع الجذوع فوق العلو ونحوهما .

المطلب الثالث**الالتزامات المفروضة على صاحب السفلى وصاحب العلو**

إن العلاقة بين السفلى والعلو فضلاً عن كونها علاقة جوار دائم ومستمر ، فإنها علاقة اتصالية ارتباطية ، يتصل فيها البناء الأسفل بالأعلى وبالعكس ، ويرتبطان ارتباطاً يتوقف عليه استيفاء كل من صاحبيهما حقه والانتفاع به على الوجه المشروع .

من أجل ذلك فرضت الشريعة الغراء التزامات على كل من صاحب السفلى وصاحب العلو وذلك لمراعاة حق الآخر . وسوف أبين في هذا المطلب التزامات كل واحد منهما .

أولاً : التزامات صاحب السفلى :

- ١ - القيام بالإصلاحات والترميمات اللازمة لمنع سقوط العلو .
- ٢ - إعادة بناء السفلى إذا انهدم .

ثانياً : التزامات صاحب العلو :

- ١ - عدم الارتفاع بالبناء أو زيادة العبء بحيث يضر بالسفلى .
- وسوف أبين هذه الالتزامات بشئ من التفصيل .

أولاً : التزامات صاحب السفلى :

- ١ - القيام بالإصلاحات والترميمات اللازمة لمنع سقوط العلو :

لقد بين فقهاء الشريعة الغراء أنه يجب على صاحب السفلى ، أن يقوم بالإصلاحات اللازمة لمنع سقوط العلو .

وسوف أبين ذلك من خلال نصوص فقهاء المذاهب الفقهية :

١ - مذهب الحنفية :

جاء في حاشية الرملى على جامع الفصولين (١) . سقف السفلى إذا احتاج إلى إصلاح هل يطالب به صاحب السفلى أم صاحب العلو ، أفتيت بأنه لا يطالب به واحد منهما ، أما صاحب السفلى ، فلأن المالك لا يطالب بإصلاح ملكه ، وأما صاحب العلو ، فلأن الإنسان لا يطالب

(١) حاشية الرملى المسماه الحواشى الرقيقة والتعليق الأنيقة لخير الدين الرملى ٢٠٩/٢ بهامش جامع الفصولين .

بإصلاح ملك الغير ، فإن شاء صاحب السفلى أصلح ملكه وإن شاء ترك . وموضوع المسألة فيما إذا أمكن الانتفاع به مع نوع مشقة ، أما إذا لم يمكن الانتفاع به بأن زال بالكليّة وبقي الدائر فقط فهي مسألة انهدام السفلى " ونحو هذا النص جاء فى حاشية ابن عابدين (١) وسوف يأتى بيان موقف الحنفية فيما لو انهدم السفلى . من هذا نجد أن الحنفية لا يوجبون إصلاح السقف على واحد منهما ، إلا إذا انهدم فيكون على صاحب السفلى لأنه ملكه .

أما إصلاح السفلى فنجد الحنفية يوجبون على صاحب السفلى إصلاح سفله بل ويمنعونه من أن يفعل فى سفله ما يضر بالعلو كأن يفتح نافذة فى حائطه أو يدق فيه وتدّاً أو نحو ذلك من التصرفات التى يترتب عليها وهن السفلى (٢) .

ثم يبين ابن عابدين أن تعليق العلو على صاحبه إذا احتاج السفلى إلى العمارة ، ويقول هذه فائدة حسنة لم أجد من نبه عليها (٣) .

٢ - مذهب المالكية :

جاء فى العتبية (٤) " سئل مالك عن الرجلين ، يكون بينهما المنزل ، لأحدهما الأسفل وللآخر العلو فينكسر السقف الأدنى ، الذى هو سقف البيت الأسفل على من ترى إصلاحه ؟ قال على الأسفل ... وكذلك لو انهدم كان عليه أن يبنيه من أسفله حتى يسقفه .. "

ثم يقول ابن رشد فى تعليقه على هذه المسألة . هذه مسألة صحيحة .. لا اختلاف أعلمه فيها .

وعبارة فينكسر السقف الأدنى ، تحتل معنيين يضعف السقف أو ينهدم ، ولكن فقهاء المذهب يبينون أنه فى كلا الحالتين على صاحب السفلى إصلاح سفله ، فيقول ابن أبى زيد القيروانى " وإصلاح السفلى على صاحب السفلى ، والخشب للسقف عليه ، وتعليق الغرف عليه إذا وهى السفلى - أى ضعف أو انهدم - حتى يصلح " (٥) .

ثم يقول خليل (٦) " كذى سفلى إن وهى " أى إذا ضعف الأسفل عن حمل الأعلى فعلى الأسفل إصلاحه ، وعليه تعليق الأعلى ، وقيل تعليق الأعلى على صاحب العلو .

(١) حاشية ابن عابدين ٤٤٥/٥ .

(٢) البناية على الهداية ٧٣/٧ ، شرح فتح القدير ٣٢١/٧ ، مجمع الأنهر ١٧٤/٢ ، جامع الفصولين ٢٠٧/٢ .

(٣) حاشية ابن عابدين ٤٤٥/٥ .

(٤) البيان والتحصيل ١٧٨/٩ ، ونحوه فى المدونة الكبرى ٢٧٣/٤ .

(٥) رسالة أبى زيد القيروانى بهامش الفواكه الدوانى ٣١٧/٢ .

(٦) الشرح الكبير والسوقى ١٦٦/٣ ، مواهب الجليل ١٤٧/٥ ، التاج والإكليل ١٤٦/٥ ، الخرشي ٥٦/٦ .

٣ - مذهب الزيدية :

يقول فقهاء الزيدية " يجبر رب السفلى الموسر على إصلاحه لينتفع رب العلو (١) .
ثم يبين الإمام الشوكاني وجه هذا الإجماع فيقول " إنه قد ثبت لرب العلو حق في السفلى وهو
استقرار بنائه عليه ، فإذا اختل السفلى وترك مالكه إصلاحه ، كان ذلك سببا لذهاب هذا الحق
... ثم يقول : إذا علم أن رب السفلى راغب في إصلاح ملكه ولكنه كان معسرا أو غائبا فيكتفى
بنيابة رب العلو عنه في الإصلاح ، وله أن يطلبه بما غرم ، فإن سلم له ذلك فذاك ، وإن لم
يسلم له كان له حبسه أو تأجيله من الغير ، أو استعماله بقدر ما غرم ، وأما إذا تمرد ورجب
عن إصلاح ملكه فالكلام فيه كما قدمنا " (٢) .

٤ - مذهب الإباضية :

جاء عن فقهاء الإباضية " إذا انكسرت خشبة من سقف البيت الذى فوقه غرفة كان
على رب البيت الأسفل إذا رثت (٣) حيطان البيت على صلاح الحيطان ، لئلا تهدم الغرفة
العليا.. " (٤) .

هذه بعض النصوص التى تبين أن إصلاح وترميم السفلى واجب على صاحب السفلى
، ولم أطلع على نصوص تبين ذلك عند باقى المذاهب .

الالتزام الثانى : إعادة السفلى إذا تهدم :

من الالتزامات المفروضة على صاحب السفلى إعادة السفلى إذا تهدم ، وهذا الالتزام
يعد أهم الالتزامات عليه ، ولذا عنى به فقهاء المذاهب وأعطوه عناية خاصة ، يتضح هذا من
خلال نصوص الفقهاء من مختلف المذاهب .

١ - مذهب الحنفية :

فرق الحنفية بين حالتين : الأولى : الهدم الذى يكون بفعل واحد منهما أو منهما
والثانية : الانهدام من غير تعدد كما لو كان بفعل زلزال مثلاً .

الحالة الأولى :

لو هدم صاحب السفلى سفله وصاحب العلو علوه .

فى هذه الحالة : يجبر صاحب السفلى على بناء سفله ، لأنه فوت على صاحب العلو حقه .

(١) البحر الزخار ٩٦/٥ .

(٢) السيل الجرار ٣ / ٢٤٩ .

(٣) رثت : الرث : البالى ، والرثة إسقاط البيت ، يقال رجل رث وثوب رث والرث أيضا بمعنى الضعف يقال الضعفاء من الناس

(مادة رث): معجم مقاييس اللغة ٢/٣٨٤ ، لسان العرب ٢/١٥٨٢ ، مختار الصحاح ص ٢٣٣ .

(٤) المدونة الكبرى لأبى غانم الخرساني الإباضى ج ٢ ص ١٦٧ .

أما صاحب العلو ، فقيل : لا يجبر على بناء علوه الذى هدمه ، وقيل يجبر إذا بنى ذو السفل سفله وطلب من ذى العلو بناء علوه ، لأن لذى السفل حقاً فى العلو ، أما لو انهدم العلو بغير صنعه فلا يجبر لعدم تعديده .

يقول ابن الهمام : ليس لصاحب السفل هدمه ، فلو هدمه يجبر على بنائه ، لأنه تعدى على حق صاحب العلو . وهو قرار العلو .

ولكن ما الحكم إذا امتنع صاحب السفل عن إعادة السفل ؟

فى هذه الحالة ، لصاحب العلو إعادة السفل ليبنى عليه علوه ، فإن أعاد السفل إما أن يعيده بإذن صاحبه أو بإذن الإمام ، وإما أن يعيده بلا إذن منهما ، فإن بناه بإذن من أحدهما لا يكون متطوعاً وفى هذه الحالة له منع صاحب السفل من الانتفاع به والسكنى حتى يؤدى قيمته ، واختلف فى أن القيمة هل تعتبر وقت البناء أو وقت الرجوع ؟ والصحيح أنها وقت البناء .

وقال الخصاف : له المنع حتى يؤدى إليه ما أنفقه .

أما إذا كان بغير إذن من أحدهما ، يعد متبرعاً ، ولا يرجع على صاحب السفل بشئ لأنه بإمكانه إجبار صاحب السفل على إعادته بطريق القضاء فهو غير مضطر .

الحالة الثانية :-

لو انهدم السفل والعلو من غير تعد ،

فى هذه الحالة لا يجبر صاحب السفل على إعادته ، لأن الإنسان لا يجبر على عمارة ملكه ، ولأنه غير متعد . وفى هذه الحالة لصاحب العلو أن يبني السفل ويبنى عليه علوه ، فإذا بناه لم يكن متبرعاً ، لأن صاحب السفل غير مجبر على إعادته ، فكان صاحب العلو فى بنائه إياه مضطراً ليصل إلى حقه ، والمضطر غير متبرع .

ولهذا كان لصاحب العلو منع صاحب السفل عن الانتفاع به والسكنى حتى يؤدى قيمته .

وقد بين صاحب جامع الفصولين وجه المنع فقال :

فوجه المنع : أن صاحب العلو محق فى البناء ، لأنه مضطر إليه لإحياء حقه .

ثم بين وجه أداء القيمة فقال : وأما وجه أداء القيمة فهو أن البناء ملك البانى لبنائه بغير الأمر ، فإذا أدى إليه صاحب السفل قيمة البناء ، تملك البناء بلا رضا صاحب العلو ، إذ ليس له نقص هذا البناء ، لأن البانى غير متعد . ولو امتنع صاحب السفل عن الانتفاع بسفله وعن أداء القيمة ، لا يجبر عليه (١) .

(١) جامع الفصولين ٢/٢٠٨، ٢٠٩، بدائع الصنائع ٨/٤٠١٣، شرح فتح القدير ٧/٣٢٢، الفتاوى الخانية ٣/١٠٩، البناية على الهداية ٧/٧٦، الفتاوى الهندية ٤/١٠٣، حاشية ابن عابدين ٥/٤٤٤، مجمع الأبرار ٢/١٧٥، الفتاوى البزازية ٦/٤٢٠، حاشية الطحطاوى ٣/٢١٤

مذهب المالكية :

ذهب المالكية إلى أن الأسفل لو انهدم ، كان على صاحب الأسفل أن يبنيه ، وكذلك لو سقط العلو على الأسفل فهدمه فعلى رب الأسفل بناؤه ، وعلى صاحب الأسفل فى حالة عدم سقوط الأعلى أن يعلق الأعلى حتى لا ينهدم ، لأن التعليق بمنزلة البناء ، وحمله بالبناء على ذى السفلى فإذا علقه وسقط الأعلى بعد ذلك فلا ضمان عليه لأنه فعل المطلوب ، وقيل إن تعليق الأعلى على صاحب العلو (١) .

ولكن ما الحكم إذا كان سبب الانهدام وهاء العلو ؟

يجيب على ذلك الإمام الحطاب فيقول (٢) : (إذا كان سبب الانهدام وهاء العلو ، فإن كان صاحب السفلى حاضرا عالما ولم يتكلم ، لم يضمن صاحب العلو . واختلف إذا كان صاحب السفلى غائبا ، فإن كان وهاء العلو مما لا يخفى سقوطه ، فقبل يضمن صاحب العلو ، وقيل لا يضمن ، لأنه لم يتقدم إليه ، والأول هو المشهور ، وإن تقدم إليه ولم يفعل ضمن اتفاقاً ، وكذلك إن كان سبب الانهدام وهاء السفلى وصاحب العلو حاضر ولم يتكلم ولم يتقدم إليه أو كان غائبا) وعلى صاحب السفلى أن يبنى سفله كما كان مبنيا قبل الانهدام ، وإن كان فى ذلك ضرر على صاحب العلو (٣) فإذا امتنع صاحب السفلى أن يبنى بيته ، أجب بالقضاء على البناء أو البيع لمن يبنى حتى يبنى رب العلو علوه ، فإن باعه لمن يبنيه فامتنع عن بنائه ، أجب المبتاع أيضا أن يبنيه أو يبيع لمن يبنى . وقال ابن يونس : إن كان له مال أجب على بنائه ، لأنه حق لصاحب العلو ، وفى تربيصه للبيع ضرر عليه (٤) .

٣- مذهب الشافعية :-

ذهب الشافعية إلى أنه : لو كان علو الدار لواحد ، وسفلها لآخر ، فانهدمت ، لم يكن لصاحب السفلى أن يجبر صاحب العلو على البناء قولاً واحداً ، لأن حيطان السفلى لصاحب السفلى ، فلا يجبر صاحب العلو على بنائه .

ولكن هل لصاحب العلو إجبار صاحب السفلى على البناء ؟ .

فيه قولان ، القول القديم بالإجبار ، والقول الجديد بعدم الإجبار . فعلى القديم يجبر ويلزمه الحاكم ، فإن لم يفعل وله مال باع الحاكم عليه ماله وأنفق عليه ، وإن لم يكن له مال اقترض عليه ، فإذا بنى حائط السفلى كان لصاحب السفلى ، لأنه بنى له ، وتكون نفقة البناء فى ذمته ، ثم يعيد صاحب العلو علوه بماله . وتكون النفقة على العلو لأن العلو ملك لصاحب العلو .

(١) الشرح الكبير وحاشية الدسوقي ٣/٣٦٥، ٣٦٦، الخرشي ٥٦/٦ ، أسهل المدارك ٦٠/٣ .

(٢) مواهب الجليل ١٤٧/٥ .

(٣) المدونة الكبرى ٢٧٣/٤ .

(٤) الفواكه الدواني ٣١٨/٢ ، التاج والإكليل ١٤٦/٥ ، البيان والتحصيل ١٧٩، ١٧٨/٩ ، حاشية الرهوني ٧١/٦ .

فإن أراد صاحب العلو أن يبني من غير إذن الحاكم وإذن صاحب السفلى ، لم يمنع من ذلك ، لأنه يستحق الحمل على حيطان السفلى ، فإن بنى صاحب العلو حيطان السفلى لم يرجع على صاحب السفلى بشئ ، لأنه متطوع ، ثم ينظر فإن بنى السفلى بألته كان ملكا لصاحب السفلى كما كان . وليس لصاحب العلو منعه من الانتفاع بها ولا يملك نقضها ، لأنها لصاحب السفلى ، وله أن يعيد علوه بماله ، وإن بناها بألته أخرى كانت الحيطان لصاحب العلو ، وليس لصاحب السفلى أن يضع عليها شيئا ، ولا يتد فيها وتدا ، ولكن له أن يسكن في قرار السفلى ، لأن ذلك قرار ملكه ، فإن أراد صاحب العلو نقض ذلك كان له ذلك ، لأنه ملكه . فلا حق لغيره فيها . فإن بذل صاحب السفلى ما أنفق ، لم يجبر صاحب العلو على التبقية ، لأنه لم يجبر على البناء في الابتداء ، فلم يجبر على التبقية في الانتهاء (١) .

وعلى القول الجديد : لا يجبر صاحب السفلى على البناء ، ولصاحب العلو بناء السفلى بماله ، ويكون المعاد ملكه ، ولصاحب السفلى السكنى في المعاد ، لأن العرصه ملكه ، وللأعلى هدمه لأنه ملكه . ولو قال صاحب السفلى انقض ما أعدته لأبنيه بألتي ، فإن كان قد طالبه بالبناء قبل ذلك فلم يجب لم يجب الآن ، وإن لم يطالبه فكذلك ، ولكن له أن يملك السفلى بالقيمة . وليس له هدمه (٢) وقيل لصاحب العلو منع السفلى من السكنى (٣) .

٤- مذهب الحنابلة :-

ذهب الحنابلة في الراجح عندهم إلى أنه لو انهدم سفلى لإنسان وعلوه لغيره ، انفرد صاحب السفلى ببناؤه لانفراده بملكه ، وأجبر صاحب السفلى عليه ليتمكن صاحب العلو من انتفاعه به ، وقيل لا يجبر (٤) .

ففى المعنى (٥) (وإن انهدمت حيطان السفلى فطالبه صاحب العلو بإعادتها ، فعلى روايتين ، إحداهما : يجبر على البناء وحده ، لأنه ملكه خاصة . والثانية : لا يجبر . وإن أراد صاحب العلو بناءه لم يمنع من ذلك على الروايتين جميعا . فإن بناه بألته فهو على ما كان ، وإن بناه بألته من عنده ، فقد روى عن أحمد لا ينتفع به صاحب السفلى حتى يؤدي القيمة .

وعدم الانتفاع يحتمل معنيين ، يحتمل أن لا يسكن ، لأن البيت إنما بنى للسكنى فلم يملكه كغيره ويحتمل عدم الانتفاع بالحيطان خاصة ، من طرح الخشب ، وسمر الودد ، وفتح الطاق ، ويكون له السكنى من غير تصرف فى ملك غيره ، لأن السكنى إنما هى إقامته فى فناء

(١) الأم ٣٣٧/٣ ، المهذب ٣٤٤/١ ، تكملة المجموع ١٨/١٣ وما بعدها .

(٢) مغنى المحتاج ١٩١/٢ .

(٣) فتح العزيز ٣٢١/١٠ .

(٤) كشف القناع ٤١٥/٣ ، الانصاف ٢٧١/٥ ، المبدع ٣٠٣/٤ ، القواعد ص ١٤٣ .

(٥) المغنى والشرح الكبير ٤٨/٥ ، ٤٩ .

الحيطان من غير تصرف فيها ، فأشبه الاستغلال بها من خارج .
 فأما إن طالب صاحب السفل بالبناء وأبى صاحب العلو ففيه روايتان .
 إحداهما : لا يجبر على بنائه ولا مساعدته ، لأن الحائط ملك صاحب السفل مختص به ، فلم
 يجبر غيره على بنائه ولا مساعدة فيه كما لو لم يكن عليه علو .
 والثانية : يجبر على مساعدته والبناء معه ، لأنه حائط يشتركان فى الانتفاع به فأشبه الحائط
 بين الدارين (١) .

الراجع :-

بعد هذا العرض لمذاهب الفقهاء ، فإنى أميل إلى مذهب الحنفية فى التفرقة بين حالتين
 الأولى : الهدم الذى يكون بفعل واحد منهما أو منهما فى هذه الحالة يجبر صاحب السفل على
 بناء سفله ، الثانية : الانهدام من غير تعدد فى هذه الحالة لا يجبر .
 أما المالكية والشافعية والحنبلة فلم يفرقوا بين الحالتين ، سواء من قال منهم بالإجبار ، ومن
 قال بعدم الإجبار .

وأيضاً أميل إلى تفرقة الحنفية فى التفرقة بين حالتى إعادة البناء من صاحب العلو بإذن أو
 بغير إذن ، فإن كان البناء بدون إذن صاحب السفل أو القاضى يكون متبرعا ، لأنه كان
 بإمكانه أن يلجأ إلى القضاء ليصل إلى حقه ، وأما الحالة الثانية وهى إذا كان البناء بإذن من
 صاحب السفل أو بإذن من القاضى ، فلا يكون متبرعا ، وفى هذه الحالة له منع صاحب السفل
 عن الانتفاع به حتى يودى قيمته .

أما قول المالكية بأن صاحب السفل يجبر على البناء أو البيع لمن يبنى ، فهذا القول قد يودى
 إلى حرمانه من ملكه ، كما أن قول الشافعية بأن صاحب العلو إذا بنى السفل بآلة من عنده أن
 ينقض السفل ، ولو طلب صاحب السفل عدم النقص لا يلزمه القول ، فأرى أنه لا مصلحة له
 ولا لصاحب السفل فيه ، لأنه إضاعة للمال .

وأرى أيضاً أنه ليس لصاحب السفل إجبار صاحب العلو على بناء علوه ، لأن منفعة صاحب
 السفل فى بناء العلو ، وهى الاستغلال ودفع المطر والشمس ، لا تستوجب إرهاب صاحب
 العلو ببناء علوه ، والله أعلم .

ثانياً : الالتزامات المفروضة على صاحب العلو :

أهم هذه الالتزامات عدم الارتفاع بالبناء أو زيادة العبء بحيث يضر بالسفل ، وقد اهتم
 الفقهاء بهذا الالتزام ، وأولوه عناية خاصة . فما من مذهب من المذاهب الفقهية إلا وقد نص
 على هذا الالتزام ، وسوف أبين هذا الالتزام من خلال نصوص الفقهاء .

١- مذهب الحنفية :-

ذكر ابن عابدين أن للحنفية ثلاثة آراء فيما لو أراد صاحب العلو أن يبني على العلو شيئاً ، فقيل له أن يبني ما بدا له ما لم يضر بالسفل ، وقيل وإن أضر ، والمختار للفتوى أنه إذا أشكل أنه يضر أم لا ، لا يملك ، وإذا علم أنه لا يضر بملك (١) .

إلا أن الكمال بن الهمام نقل عن بعض الفقهاء أن أبا حنيفة ذهب إلى أن صاحب العلو لا يملك التصرف فيه وإن لم يضر بالسفل رواية واحدة ، ثم قال ابن الهمام وقال شيخ الإسلام ، إذا أشكل تصرف صاحب العلو هل يضر بالسفل أولاً لا يملكه بالاتفاق ، وقال الصدر الشهيد : المختار أنه إذا أشكل لا يملكه ، وإذا لم يضر بملكه (٢) .

من هذا نعلم أن للحنفية أربعة آراء بإضافة نقل الكمال بن الهمام عن أبي حنيفة إلى ما نقل ابن عابدين ، ويقول صاحب الفتاوى البرازية (٣) (لا يملك صاحب العلو أن يبني على علوه أو يتد فيه بلا رضا صاحب السفلى عند الإمام بلا إشكال إذا أضر ، أما إذا لم يضر أو أشكل فالرواية عنه قد اختلفت ، والمختار أنه إذا لم يضر بملك ، وإن أشكل لا يملك) .

٢- مذهب المالكية :-

جاء في حاشية الدسوقي (٤) : (أن صاحب العلو إذا أراد أن يزيد في البناء على علوه الذي دخل عليه فإنه يمنع من ذلك ، ويقضى عليه بعدم فعله ، لأنه يضر ببناء الأسفل ، اللهم إلا أن يزيد زيادة خفيفة لا يحصل معها ضرر حالاً ولا مآلاً بالأسفل فلا يمنع حينئذ ويرجع في ذلك لأهل المعرفة (٤) .

وجاء في القوانين الفقهية(٥) (وليس لصاحب العلو أن يزيد في بنيانه شيئاً إلا بإذن صاحب السفلى) .

من هذا نعلم أن بعض المالكية يمنعون الزيادة إلا الشيء اليسير الذي لا يضر بالسفل ، وبعضهم منع الزيادة في العلو مطلقاً إلا بإذن صاحب السفلى .

٣- مذهب الشافعية :-

جاء في معنى المحتاج (٦) (ولصاحب العلو وضع الأتقال المعتادة على السقف المملوك للأخر أو المشترك بينهما ، وللآخر الاستئذان به والتعليق المعتاد) .

(١) حاشية ابن عابدين ٤٤٣/٥ حاشية عيون الأخبار ٦٠/٨ .

(٢) شرح فتح القدير ٣٢٢/٧ .

(٣) الفتاوى البرازية ٤١٨/٦ ونحوه في تبين الحقائق ١٩٤/٤ ، الفتاوى الخانية ١١٧/٣ البناية شرح الهداية ٧٤/٧ ، مجمع الأنهر ١٧٥/٢ .

(٤) حاشية الدسوقي والشرح الكبير ٣٦٦/٣ ، ونحوه الخرشى ٥٧/٦ ، التاج والإكليل ١٤٧/٥ .

(٥) القوانين الفقهية ص ٣٥٥ .

(٦) معنى المحتاج ١٩١/٢ .

من هذا نعلم أن الشافعية يجوزون الزيادة في البناء إذا كانت الزيادة معتادة بين الناس ، فالعادة محكمة ما لم يأت دليل يخالفها (١) .

٤- مذهب الزيدية :-

جاء في البحر الزخار (٢) (ولكل منهما أن يفعل في ملكه ما لا يضر بالآخر من فتح باب أو طاقة أو تعلية أو غيرها . وقيل لا يفعل إلا بإذن الآخر ، إذ لكل منهما حق ولا يؤمن الضرر فيما يحدث) .

هذه بعض نصوص الفقهاء التي تبين مدى اهتمام الفقهاء بهذا الالتزام . والذي أميل إليه ما ذهب إليه جمهور المالكية من منع الزيادة إلا الشئ اليسير الذي لا يضر والرجوع في ذلك لأهل المعرفة ، لأن هذا هو ما يتفق مع المنطق والعدالة حيث لا ضرر .

(١) روضة الطالبين ٢١٩/٤ ، نهاية المحتاج ٤٢٠/٤ .

(٢) البحر الزخار ٩٧/٥ .

المبحث الثاني الجوار الرأسى فى القانون (ملكية الطبقات و الشقق)

يقصد بملكية الطبقات :-

أن يتعدد مالكو البناء على أن يستقل كل منهم بطبقة فيه ، ويكون له عليها ملكية تامة .

ويطلق عليها أحيانا ، ملكية السفلى والعلو ، لأن صاحب السفلى وهو الدور الأرضى ، مالك له ملكية خالصة ، أساسه ، وجدرانه ، وسقفه ، ونوافذه ، وأبوابه ، فضلا عن الأرض التى شيد عليها . ويكون لصاحب العلو حق القرار على السفلى ، ويطلق عليه حق التعلو ، ويملك الطبقة التى تعلوه ملكية خالصة ، أرضيتها ، وجدرانها ، وسقفها ، وأبوابها ، ونوافذها .

لذلك : قضى فى المادة ٥٧/٣٦ من التقنين القديم بأن (على مالك الطبقة السفلى إجراء ما يلزم لصيانة السقف والأخشاب الحاملة له إذ إنها تعتبر ملكا له ، وعلى مالك الطبقة العليا صيانة أرضية طبقته من بلاط أو ألواح ، وعليه أيضا إجراء ما يلزم لصيانة السلم من ابتداء الموضع الذى لا ينتفع به صاحب الطبقة السفلى) ثم نظمت ملكية الطبقات فى المواد ٩٥٨ وما بعدها من التقنين الجديد وقد أخذ ذلك التنظيم من الفقه الإسلامى .

أما ملكية الشقق :-

فيقصد بها : انقسام البناء إلى عدة أجزاء أو شقق ، يكون كل منها طبقة أو أكثر من طبقة وفى الغالب جزء من طبقة ، لكل منها مالك يستقل بها ، ومن ثم له عليها ملكية خالصة . فى حين أن الأرض التى شيد عليها البناء ، وهيكله - كأساساته وجدرانه - ملكية شائعة لجميع الملاك ، شيوعا جبريا ، بحيث تقتصر الملكية المفترزة لكل منهم على الجدران الثانوية داخل الشقة والأبواب فى داخلها وقد استحدثت ملكية الشقق فى التقنين الحديث فى المواد ٨٥٦ وما بعدها (١) .

وقد ذهب الفقه الوضعى ، إلى القول بوجود نظامين مستقلين لملكية الطبقات والشقق فى مصر .

النظام الأول :-

ملكية الطبقات ، ومصدره الشريعة الإسلامية ، ولا يطبق هذا النظام إلا إذا تبين من سندات الملك أخذ الشركاء به .

(١) د. محمود زكى ، السابق فقرة ١١٥ ص ٢١٠ وما بعدها .

النظام الثانى :-

ملكية الشقق ، حيث يشمل البناء إلى جانب الملكيات المفروزة ملكية شائعة ، وهذا النظام هو الأصل الواجب التطبيق ما لم يوجد فى سندات الملكية ما يخالفه .
وعلى ذلك أقسم هذا المبحث إلى مطلبين .
المطلب الأول : النظام العام لملكية الطبقات أو الشقق .
المطلب الثانى : النظام الاتفاقى لملكية الطبقات (العلو والسفل)
وسوف أبين ذلك بشئى من التفصيل .

المطلب الأول

النظام العام لملكية الطبقات أو الشقق

لقد أدخل التقنين المدنى الجديد ، النظام الفرنسى فى ملكية الطبقات أو الشقق ، وهذا النظام يقوم على أن هيكل العمارة كله يعتبر مملوكا ملكية شائعة ، ويضم هذا الهيكل الأرض والحوائط الرئيسية والأساسات والمدخل والأسطح والسلام والمصاعد والدهاليز والأفنية ، أما الطبقات أو الشقق فيما لا يدخل منها فى هيكل العمارة فتكون مملوكة ملكية مفروزة .
وقد أراد المشرع من نقل هذا النظام ، أن يشجع انتشار ملكية الطبقات بين أفراد الطبقة المتوسطة ، توقعاً لأزمة المساكن وازدياد عدد السكان . وهذا ما أشارت إليه المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي بقولها : (وقد نقل هذا التنظيم من القانون الفرنسى الصادر فى ٢٨ يونيه سنة ١٩٣٨ وقصد من نقله تشجيع انتشار ملكية الطبقات بين أفراد الطبقة المتوسطة ذات الإيراد المحدود ، فهذه لا يستطيع الفرد منها أن يملك منزلاً كاملاً ، ويؤثر على الاشتراك مع غيره فى الشروع أن يستقل بملكية طبقة من طبقات المنزل ، فإذا وضع نظام لتحديد العلاقات المستمرة بينه وبين جيرانه ، كان فى هذا طريق لحسم المنازعات التى تنشأ عن هذه الملكية وسبب لتيسيرها) (١) .
وحتى يتضح هذا النظام أحب أن أبين النقاط التالية :-
١- الأجزاء المشتركة والأجزاء الخاصة أو المفروزة .
٢- نصيب كل مالك فى الأجزاء المشتركة .
٣- تسجيل سندات الملكية فى حالة ملكية الطبقات والشقق .

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ح/٦/١٠ .

٤- حقوق الشركاء وواجباتهم بالنسبة للأجزاء المشتركة والأجزاء الخاصة .

٥- إدارة الأجزاء المشتركة .

وسوف أبين ذلك بشئ من التفصيل .

أولا : الأجزاء المشتركة والأجزاء الخاصة أو المفزرة .

الأصل : أن الأجزاء المشتركة يحددها السند المنشئ لملكية الطبقات ، فإذا لم يتضمن هذا السند تحديد صفة جزء من الأجزاء ، فيعتبر ملكية مشتركة إذا كان معدا للاستعمال المشترك ، كما بين ذلك المشرع فى المادة ٨٥٦ الفقرة الأولى منها بقولها : (إذا تعدد ملاك طبقات الدار أو شققها المختلفة ، فإنهم يعدون شركاء فى ملكية الأرض وملكية أجزاء البناء المعدة للاستعمال المشترك بين الجميع(١)) .

وأول ما يلاحظ على هذا النص : أن المعيار الذى وضعه المشرع فى تحديد الأجزاء المشتركة هو الإعداد للاستعمال المشترك بين الجميع .

ثم حرص المشرع بعد أن وضع هذا المعيار على ذكر بعض الأجزاء التى يشترك فيها الملاك على سبيل المثال ، فقال فى النص السابق (.... وبوجه خاص الأساسات والجدران الرئيسية والمداخل والأفنية والأسطح والمصاعد والممرات والدهاليز وقواعد الأرضيات وكل أنواع الأنابيب إلا ما كان منها داخل الطبقة أو الشقة ، كل هذا ما لم يوجد فى سندات الملك ما يخالفه) .

ويلاحظ : أن العبرة بالإعداد للاستعمال المشترك ، بصرف النظر عن الاستعمال الفعلى ، فالسلم مثلا يعتبر مشتركا بين جميع الملاك ، ولو كان بعضهم لا يستعمله فعلا ، أو لا يستعمل إلا جزءا منه .

وبالإضافة إلى الأجزاء المشتركة بين الجميع ، فهناك أجزاء مشتركة بين بعض الملاك فقط ، وهذا ما نصت عليه الفقرة الثالثة من المادة ٨٥٦ بقولها : (والحواجز الفاصلة بين شقتين تكون ملكيتها مشتركة بين أصحاب هاتين الشقتين) .

هذه الأجزاء المشتركة ، تعتبر مملوكة لجميع الملاك على وجه الاشتراك ، وما دامت هذه الأجزاء قد أعدت للاستعمال المشترك ، فإنه يجب بالضرورة أن تبقى على حال الشبوع الجبرى ، ولذلك فهى لا تقبل القسمة وهذا ما نصت عليه صراحة الفقرة الثانية من المادة ٨٥٦ **بقولها :** (وهذه الأجزاء المشتركة من الدار لا تقبل القسمة) .

(١) د. مصطفى الجمال ، السابق فقرة ٩١ ص ١٥٤ .

أما الأجزاء المفترزة أو الخاصة بكل مالك ، والتي يملكها ملكية مفترزة ، فتقتصر على ما أعد لاستعماله وحده ، وتشمل ما يوجد داخل الطبقة أو الشقة من حواجز فاصلة بين الحجرات وأدوات صحية وأنابيب المياه والغاز والكهرباء الداخلية ، وما يكسو الأرضية من خشب أو بلاط ، وما يكسو الجدران والسقف ، وكذلك النوافذ والأبواب والشرفات .

أما الأرضية في حد ذاتها ، والشقق والجدران الرئيسية فهي تكون من الأجزاء المشتركة (١) .

ثانيا : نصيب كل مالك في الأجزاء المشتركة :

نص المشرع على أن يكون نصيب كل مالك في الأجزاء المشتركة بين الجميع " بنسبة قيمة الجزء الذى له فى الدار " (م/٨٥٦) ، وتظهر أهمية تحديد نصيب المالك فى هذه الأجزاء من عدة نواح ، فإذا استحق المالك مقابلا لجزء من هذه الأجزاء ، كما لو باعوا جزءا من الأرض المحيطة بالدار ، أو نزعت الدولة ملكية جزء منها ، أو تعدى الغير على شئ من الأجزاء المشتركة فالترزم بالتعويض فيوزع المقابل على الشركاء كل بحسب نصيبه ، كما أنه على أساس نصيب كل مالك يقدر رأيه عند حساب الأغلبية المطلوبة لاتخاذ القرارات الخاصة بإدارة الأجزاء المشتركة ، وأيضا توزع التكاليف المشتركة على المالك بنسبة قيمة حصصهم فى الأجزاء الشائعة .

وإذا كان المشرع قد حدد نصيب كل مالك فى الأجزاء المشتركة بنسبة قيمة الجزء الذى يملكه فى المبنى ، فإنه لم يضع أساسا لتحديد هذه القيمة ولم يبين الوقت الذى تحدد فيه . ويرى بعض الفقهاء (٢) أن أساس تقدير الجزء الذى للشريك فى الدار هو أولا مساحة هذا الجزء وثانيا موقعه . أما إذا وجدت بداخل الطابق أو الشقة أشياء مرتفعة القيمة كأنواع جيدة من الأخشاب والأدوات الصحية وأعمال الزينة فلا تدخل فى الاعتبار عند تقدير قيمتها . أما الوقت الذى يجب أن تحدد فيه الحصة ، فلم يحدد المشرع المصرى ذلك الوقت . وقد ثار الخلاف بين الفقهاء فيه .

(١) د. منصور ، السابق فقرة ١٠١ ص ٢٥٠ وما بعدها د. الصدة السابق فقرة ١٨١ ص ٢٦٩ د. محمد عرفة السابق ص ٢٢١ وما بعدها ، د. السنهورى الوسيط ج ٨ ص ١٠١٧ وما بعدها فقرة ٢٢٢ وما بعدها ، د. البدروى ، السابق فقرة ١٧٤ ص ٢٤٩ وما بعدها ، د. محمود زكى ، السابق فقرة ١١٨ ص ٢١٩ د. مصطفى الجمال ، السابق فقرة ٩١ ص ١٥٤ ، د. أحمد سلامة ، السابق فقرة ١٥٨ ، ١٥٩ ص ٤٤٦ : ٤٤٩ ، د. توفيق فرج ، السابق فقرة ١٥٤ ، ١٥٥ ، ١٥٦ ، ٢٨٨ وما بعدها ، د / إسماعيل غانم ، السابق فقرة ١٥٠ ص ٣٤٩ ، د. خالد محمود زكى ملكية الطبقات (رسالة دكتوراه من جامعة الإسكندرية سنة ١٩٧٧ ص ١٩٩ .

(٢) د. منصور ، السابق فقرة ١٠٢ ص ٢٥٣ .

فذهب البعض (١) إلى أن القيمة تقدر وقت النزاع الذى تثور بشأنه مسألة التقدير ، وبناء على هذا رأى يدخل فى حساب هذه القيمة ما يكون قد لحق هذا النصيب من زيادة أو نقص فى قيمته بعد الإنشاء كما لو أصبح الحى الموجود به البناء حيا تجاريا مما يمكن معه استخدام الطبقات السفلى فى البناء كمحلات تجارية بما يزيد فى قيمتها دون قيمة الطبقات العليا .
 وذهب البعض الآخر (٢) إلى الاعتداد بقيمة البناء وقت إنشاء الدار ، دفعا لما قد يثور من منازعات فيما لو قلنا بالتقدير وقت النزاع ، ونحن نتفق مع هؤلاء ، لأن الاعتداد بما يطرأ على قيمة الأجزاء الخاصة من تغييرات من شأنه أن يثير المنازعات بين الملاك كلما دعت الحاجة إلى تحديد نصيب كل منهم .

ثالثا : تسجيل سندات الملكية فى حالة ملكية الطبقات والشقق :

لم ينص المشرع بنصوص خاصة على تسجيل سندات الملكية فى هذا الصدد ، ولهذا يكون من المتعين تطبيق القواعد العامة فى هذا الصدد بالنسبة لتسجيل جميع التصرفات التى من شأنها إنشاء حق من الحقوق العينية العقارية ، أو نقله أو تغييره أو زواله ، وكذلك الأحكام النهائية المثبتة لشيء من ذلك بحيث يترتب على عدم التسجيل ، أن الحقوق المشار إليها لا تنشأ ولا تنتقل ولا تتغير ولا تزول ، لا بين ذوى الشأن ولا بالنسبة إلى غيرهم ، ولا يكون للتصرفات غير المسجلة من الأثر سوى الالتزامات الشخصية بين ذوى الشأن (٣) .

رابعا : حقوق الشركاء والتزاماتهم بالنسبة للأجزاء المشتركة والأجزاء المفترزة .

أ- الأجزاء المشتركة :-

إن الأجزاء المشتركة مملوكة على الشيوع لكل مالك فيها بنسبة الجزء الذى يملكه

(١) د/ محمد عرفة ، السابق ص ٢٢٦، وله أيضا شرح القانون المدنى الجديد ح ١ ص ٢٧٩، د. السيد المغازى (ملكية طبقات المنازل

فقرة ٣٢ ص ٦٥ وما بعدها ، د. البدر اوى ، السابق ص ٢٥٥ فقرة ١٧٤ .

(٢) د. السنهورى ، الوسيط ح ٨ ص ١٠٢١ فقرة ٦٢٥، د. اسماعيل غانم السابق فقرة ١٥٣ ص ٣٥٧، ٣٥٦، د. منصور ، السابق

فقرة ١٠٢ ص ٢٥٤، د. مصطفى الجمال، السابق فقرة ٩٢ ص ١٥٦، د. أحمد سلامة ، السابق فقرة ١٦٠ ص ٤٥١، د. مصطفى الجارحى

ملكية الشقق فقرة ١٣ ص ٢٦، د. محمود زكى ، السابق فقرة ١٢١ ص ٢٢٣، د. خالد محمد الرسالة السابقة ص ٢٧٩ ، د. نبيلة

رسلان ، الوجيز فى الحقوق العينية الأصلية ص ٢٠٦ .

(٣) د/ توفيق فرج ، السابق فقرة ١٥٧ ص ٢٩٢ .

ملكية مفرزة والشيوع فيها إجباري ، ويترتب على ذلك أن حقوق والتزامات الشركاء تخضع للأحكام العامة للشيوع الإجباري . وقد طبق المشرع هذه الأحكام فيما يلي :-

١- الانتفاع بالأجزاء المشتركة : لكل شريك سلطة واسعة في الانتفاع بالأجزاء المشتركة فمن حق جميع ملاك الشقق استعمال هذه الأجزاء المشتركة ، بشرط ألا يغير من تخصيصها أو يضر بباقي الشركاء(١)، إذ تقضى القواعد العامة : أنه على المالك أن يستعمل الأجزاء المشتركة فيما أعدت له ، وألا يحول دون استعمال باقي الشركاء لحقوقهم (طبقاً لنص المادة ١/٨٥٧) .

فسلطة الاستعمال مقيدة بعدة قيود منها : استعمال الأجزاء المشتركة فيما أعدت له وعلى ذلك لا يجوز للشريك أن يستعمل المدخل والممرات أو السلم في عرض منتجاته أو بضائعه كما أنه يجب على المالك ألا يستعمل الأجزاء المشتركة استعمالاً غير مشروع ، لأن ذلك فيه خروج عن الغرض الذي أعدت له ، كانتظار الفاجرات لزبائنهن في المدخل ، كما يجب ألا يستعمل الأجزاء المشتركة إلا لخدمة الجزء الذي يملكه في الدار وليس لخدمة عقارات أخرى ، كما أنه لا يجوز للمالك أن يصل شققته بمنزل آخر يملكه بجوار العمارة ، وذلك بفتح باب في الحائط المشترك إلا إذا أذن باقي الشركاء ولا يجوز أن يضع لافتته لقريب أو صديق على الحوائط الرئيسية(٢) .

ويرى البعض (٣) أنه بهذا القيد يقترب الشيوع في هذه الأجزاء من الارتفاق من ناحيتين : أنه لا يمكن أن يوجد إلا لمصلحة العقارات وليس لمصلحة الأشخاص ، وأنه بالتالي لا يمكن أن يفيد إلا العقارات النى وضع في خدمتها .

ومن القيود : ألا يحول دون استعمال باقي الشركاء لحقوقهم .

فإذا كان بين الأجزاء المشتركة ما يقتضى استعماله تناوب الملاك كحجرة الغسيل مثلاً، فيجب أن يتيح كل مالك للآخر فرصة استعمالها على الوجه المألوف .

أما ما عدا ذلك فيجوز للمالك استعمال الأجزاء المشتركة للانتفاع بملكه ، فله مثلاً أن يضع عند باب شققته لافتته تبين اسمه ومهنته ، بل له أن يضع مثل هذه اللافتة على الحوائط

(١) د. حسن كيرة ، السابق فقرة ١٨١ ص ٦٠٠ .

(٢) د. مصطفى الجارحي ، السابق فقرة ٣٢ ص ٤٨،٤٧ .

(٣) د. مصطفى الجارحي فقرة ٣٢ ص ٤٨ ، د. إسماعيل غانم ص ٣٥٣ هامش ١ .

الخارجية للعمارة فى الجزء المقابل لشقته أو على الباب الخارجى ، بل إنه إذا كانت شقته داخلية أو مرتفعة فإن له أن يضع اللافتة على أى جزء من الحوائط الخارجية ، أو على الباب الخارجى، أيهما أكثر ملائمة وأقل ضررا للملاك ، وذلك لأنه على الشيوخ ، ويشترط ألا تلحق اللافتة للملاك الآخرين ضررا غير مألوف عرفا ، وللمالك أن يحفر كوة فى الحائط المشترك ، أو يثبت دولاب ، وله أن يقوم بإدخال أنابيب المياه والكهرباء الخاصة به فى الحائط المشترك (١)

٢- إدخال التعديلات فى الأجزاء المشتركة :

نصت المادة ٢/٨٥٧ على أنه (ولا يجوز إحداث أى تعديل فى الأجزاء المشتركة بغير موافقة جميع الملاك، حتى عند تجديد البناء ، إلا إذا كان التعديل الذى يقوم به أحد الملاك على نفقته الخاصة من شأنه أن يسهل استعمال تلك الأجزاء ، دون أن يغير من تخصيصها ، أو يلحق الضرر بالملاك الآخرين) .

فطبقا لهذا النص : الأصل أن تكون التعديلات بموافقة الجميع ، إلا أن القانون أجاز لأى من الملاك أن يقوم بأى تعديل على نفقته الخاصة وذلك مقيد بخمسة قيود :-

الأول :- ألا يترتب عليه تغيير فى تخصيص الأجزاء المشتركة .

الثانى :- ألا يترتب عليه ضرر بالملاك الآخرين .

الثالث :- أن يكون من شأن هذا التعديل تسهيل استعمال الأجزاء المشتركة .

الرابع :- أن يكون ذلك التعديل على نفقة الشريك الذى يستقل بإحداث التعديل (٢) .

الخامس :- الحصول على إذن من الاتحاد إذا كان هناك اتحاد (٣) .

وتطبيقا لما تقدم : يكون للمالك أن يوسع السلم على نفقته أو أن ينقل المصعد إلى مكان أليق .

٣- عدم جواز قسمة الأجزاء الشائعة وعدم جواز التصرف فيها استقلالا :

نصت المادة ٢/٨٥٦ على ما يلى (وهذه الأجزاء المشتركة من الدار ، لا تقبل القسمة، ويكون نصيب كل مالك فيها بنسبة قيمة الجزء الذى له فى الدار ، وليس لمالك أن يتصرف فى نصيبه هذا مستقلا عن الجزء الذى يملكه) . فطبقا لهذا النص لا يجوز لأى من

(١) د.الجارجى فقرة ٣٢ص٤٨ ، د. منصور ، السابق فقرة ١٠٣ ص٢٥٦ ، د. السنهورى ، السابق فقرة ٦٢٥ ص١٠٢٢ .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ج٦ ص١٦٠ ، د. نبيلة رسلان ، الوجيز فى الحقوق العينية الأصلية ص٢٠٤ .

(٣) د. أحمد سلامة ، السابق فقرة ١٦١ ص٤٥٣ ، د. السنهورى ، السابق فقرة ٦٢٥ ص١٠٢٣ ، د. البدروى ، السابق فقرة

١٧٦ ص٥٤ .

الملاك طلب قسمة هذه الأجزاء ، ولا يجوز التصرف فيها بصفة مستقلة ، والمنع من التصرف هنا يشمل التصرفات الناقلة للملكية كما يشمل الرهن وهذا المنع إنما هو فى الأجزاء التى لا تقبل القسمة ، أما ما يقبل القسمة ، كما لو وجد بالعقار قسم غير مبنى فإنه يجوز التصرف فيه استقلالا ، لأنه ليس بلازم لاستعمال البناء أو الانتفاع به (١) .

٤- المساهمة فى التكاليف المشتركة :-

قد يقتضى حفظ الأشياء المشتركة وصيانتها وإدارتها وتجديدها نفقات ، كثمن الكهرباء اللازمة لإنارة المدخل والسلم وتشغيل المصعد ، وكنفقات إصلاح الأنابيب الرئيسية للمياه وللمجارى ، فعلى من تكون هذه النفقات ؟ أجابت على ذلك المادة ٨٥٨ بقولها (على كل مالك أن يشترك فى تكاليف حفظ الأجزاء المشتركة وصيانتها وإدارتها وتجديدها ، ويكون نصيبه من هذه التكاليف بنسبة قيمة الجزء الذى له فى الدار ما لم يوجد اتفاق على غير ذلك .

٢- ولا يحق لمالك أن يتخلى عن نصيبه فى الأجزاء المشتركة للتخلص من الاشتراك فى التكاليف المتقدمة الذكر .

يخلص من هذا النص :

أن كل مالك يجب أن يتحمل نصيبه فى تكاليف حفظ الأجزاء المشتركة ، ويحدد هذا النصيب وفقا لاتحاد الملاك إن وجد ، وإن لم يوجد تحمل كل منهم بنسبة قيمة الجزء الذى له فى الدار ، بصرف النظر عن نسبة انتفاع كل منهم بها ... ولما كان التزام الشركاء التزاما عينيا ، وكانت القاعدة فى الالتزامات العينية هى إمكان تخلص الملتزم من التزامه بالتخلى عن الحق العينية المبنى عليه الالتزام ، نص المشرع على عدم أحقية المالك فى التخلي عن نصيبه الشائع (م ٨٥٨ / ٢) وذلك لأن انتفاعه بملكه المفرزة للطبقة أو الشقة يفترض بالضرورة انتفاعه بالأشياء المشتركة ، ولكن إذا كان يتمتع على المالك التخلص من التزامه بالتخلي عن نصيبه الشائع فى الأجزاء المشتركة ، فهو يستطيع التخلص منه بالتخلي عن نصيبه المفرز فى الطبقة أو الشقة ، ونصيبه الشائع فى الأجزاء المشتركة معا .

وإذا كون ملاك الطبقات أو الشقق اتحادا ، جاز لهذا الاتحاد أن يمنح قرضا لأحد الشركاء لتمكينه من القيام بالتزاماته ، وكل قرض يمنحه الاتحاد لهذا الغرض يكون مضمونا بامتياز على الجزء المفرز الذى يملكه الشريك المقترض وعلى حصته الشائعة فى الأجزاء المشتركة

(١) د / توفيق فرج ، السابق فقرة ١٥٨ ص ٢٩٦ ، د / منصور ، السابق فقرة ١٠٣ ص ٢٥٥

من العقار ، وتحسب مرتبة هذا الامتياز من يوم قيده (م ٨٦٩) (١) .

ب- الأجزاء المفرزة أو الخاصة :-

سبق أن قلنا أن ملكية الطبقات ، تشتمل على نوعين من الملكية ، ملكية مفرزة وهى الطبقات أو الشقق التى يملكها ملاك متعددون ، و ملكية شائعة شيوعا جبريا على الأجزاء المشتركة . ولكل مالك فى الملكية المفرزة أن يستعمل كافة السلطات التى له على ملكه من استعمال واستغلال وتصرف ، فللمالك أن يستعمل الجزء الذى يخصه بنفسه أو يستغله بتأجيريه مثلا ، ويلاحظ فى خصوص سلطة المالك فى هذا أن على المالك ألا يخلو فى استعمال ملكه إلى الحد الذى يضر بالجار ضررا غير مألوف ، ولهذا القيد أهميته فى ملكية الطبقات لما يميز الجوار فى هذه الملكية من طابع خاص ، إذ أن أجزاء البناء المملوكة مفرزة ليست إلا أجزاء من بناء واحد ، وبالتالي فلا يجوز لأى مالك أن يقوم بعمل فى الجزء الخاص به يؤدى إلى الإضعاف من متانة البناء أو تشويه مظهره .

وللمالك أيضا أن يتصرف فى الجزء الذى يملكه وحده ، فله أن يبيعه أو يهبه أو يوصى به أو يرهنه ، وله أن يقسم طبقته أو شقته ويتصرف فى كل جزء منها على استقلال . ولا يجوز لباقى الملاك أن يعترضوا على ذلك بالقول أن التجزئة من شأنها أن تزيد فى عدد الملاك . ومع ذلك يجوز الاتفاق على أنه لا يجوز للشريك أن يتصرف فى طابقه أو شقته إلى شخص أجنبى إلا بعد موافقتهم ، وكذلك يصح الاتفاق على أنه لا يجوز لأى منهم أن يقسم طابقه أو شقته إلى أجزاء يتصرف فى كل جزء منها لشخص .
ومثل هذا الشرط يعتبر صحيحا نظرا لمشروعية المصلحة التى يرمى إلى تحقيقها ، ويأخذ حكم الشرط المانع من التصرف (٢) .

- (١) د/ إسماعيل غانم ، فقرة ١٥٢ ص ٣٥٥ ، د/ محمد عرفة ، السابق ٢٢٥ ، د/ البدر اوى ، السابق فقرة ١٧٧ ، ١٧٨ ص ٢٥٤ : ٢٥٦ ، د/ أحمد سلامة ، السابق فقرة ١٦٣ ص ٤٥٣ وما بعدها ، د/ السنهورى ، السابق فقرة ٢٢٦ ص ١٠٢٣ وما بعدها ، د. حسن كبيرة ، السابق فقرة ١٨٢ ص ٦٠١ وما بعدها ، د. مصطفى الجمال ، السابق فقرة ٩٣ ص ١٥٧ ، د. محمود زكى ، السابق فقرة ١٢٢ ص ٢٣٠ . د. توفيق فرج ، السابق فقرة ١٥٩ ص ٢٩٧ ، د. مصطفى الجارحى فقرة ٣٧ وما بعدها .
(٢) د. إسماعيل غانم ، السابق فقرة ١٥١ ص ٣٥١ ، د. منصور ، السابق فقرة ١٠٣ ص ٢٥٤ ، د. مصطفى الجمال ، السابق فقرة ٩٣ ص ١٥٨ ، د. توفيق فرج السابق فقرة ١٦٤ ص ٣٠١ ، د. مصطفى الجارحى ، السابق فقرات ١٥ : ٢٥ ص ٢٨ : ٤٢ ، د. الصدة ، السابق فقرة ١٨٤ ص ٢٧١ ما بعدها .

خامسا : إدارة الأجزاء المشتركة :-

تتم إدارة الأجزاء المشتركة ، إما طبقا لقواعد الإدارة فى الملكية الشائعة العادية ، وإما عن طريق تكوين اتحاد بين الملاك ، يضع بموافقة جميع الأعضاء نظاما لضمان حسن الانتفاع بالعقار المشترك وحسن إدارته (م ٨٦٣) غير أن المشرع جعل تكوين مثل هذا الاتحاد أمرا اختياريًا متروكا لتقدير الملاك (م ١/٨٦٢) وعلى ذلك تتم إدارة الأجزاء المشتركة فى ملكية الطبقات وفقا لأحد نظامين :

النظام الأول :-

نظام إدارة الأموال الشائعة شيوعا عاديا ، وإدارة هذه الأموال تتم بواسطة الشركاء على الشيوع مباشرة أو عن طريق مدير يعينه هؤلاء الشركاء .

النظام الثانى :-

عن طريق تكوين اتحاد بين الملاك ، يتمتع بالشخصية الاعتبارية ، ويكون له ممثل قانونى هو مأمور الاتحاد (م ٨٦٢ : ٨٦٩) .

واختيار أحد النظامين متروك للشركاء . وإذا رأى ملاك الطبقات تكوين اتحاد فيما بينهم ، فيجب أن يتفق رأيهم جميعا على ذلك ، ولا تستطيع الأغلبية أن تفرض الاتحاد على الأقلية ، نظرا لأن القانون يخول مأمور الاتحاد سلطات أوسع من سلطات المدير العادى للشيوع .

وإذا وضع مثل هذا النظام كان هو المرجع فكل ما يعرض بشأن الانتفاع والإدارة ، ويسرى النظام الذى يضعه الاتحاد على خلفاء الشركاء ، بالرغم من عدم نص المشرع على ذلك صراحة ، وتكون قرارات الاتحاد ملزمة إذا كان جميع ذوى الشأن قد دعوا إلى الاجتماع بكتاب موصى عليه . وصدر القرار من أغلبية الملاك ، وتكفى الأغلبية المطلقة (وهى النصف + واحد) حتى فيما يتعلق بأعمال الإدارة غير العادية ، وتنفذ هذه القرارات عن طريق مأمور الاتحاد "طبقا للمادة ١/٨٦" .

وتقع نفقات إدارة الأجزاء المشتركة بواسطة اتحاد الملاك على جميع هؤلاء الملاك بنسبة أنصبتهم وإذا لم يتيسر لأحد الوفاء بنصيبه كان للاتحاد أن يمنحه قرضا كما سبق القول(١).

(١) د. لبيب شنب ، السابق فقرة ٣٢٣ ص ٣٢٢ ، د. منصور ، السابق فقرة ١٠٤ ص ٢٥٧ وما بعدها ، د. البدر اوى السابق فقرة ١٨١ ص ٢٦١ ، د. حسن كيرة ، السابق فقرة ١٨٣ ص ٦٠٢ وما بعدها ، د/ السنهورى ، السابق فقرة ٢٢٧ ص ١٠٢٥ وما بعدها ، د. مصطفى الجمال ، السابق فقرة ٩٤ ص ١٥٩ .

المطلب الثاني

النظام الاتفاقي لملكية الطبقات (العلو والسفل)

كان نظام السفل والعلو هو النظام السائد في ملكية الطبقات في عهد التقنين المدني السابق ، وقد أخذت أهميته تتناقص بانتشار العمارات الكبيرة التي يتلاءم معها نظام الطبقات المفترزة والشيوع الإجباري ، على أن نظام السفل والعلو لا يزال موجودا من مخلفات العهد القديم ، ولكن لا يطبق إلا إذا اتفق عليه ذوو الشأن في سندات ملكياتهم ، إذ يقوم هذا النظام على أن مالك كل طبقة يملك وحده كل ما بها من جدران ، كما يملك سقفاها ، ويكون لصاحب كل طابق من الطبقات العليا حق القرار على ما تحته (١) .

وحق القرار الذي لصاحب العلو على السفل حق عيني ، إذ يرد مباشرة على شئ هو السفل ، ومن ثم فهو يتضمن فرض التزامات على صاحب السفل لتمكين صاحب العلو من مباشرة حقه ، وأخرى على صاحب العلو لتحديد مضمون حقه ، وهي التزامات عينية يستطيع الملتزم بها أن يتخلص منها إذا هو تخلى عن حقه (٢) .

وسوف أبين التزامات صاحب السفل ثم التزامات صاحب العلو .

أولا : التزامات صاحب السفل :-

إن مرد هذه الالتزامات : هو أن لصاحب السفل والعلو حقا في ملك الآخر ، وبناءا على ذلك يلتزم صاحب السفل بما يأتي :-

- ١- أن يقوم بالأعمال والترميمات اللازمة لمنع سقوط العلو .
- ٢- أن يعيد بناء السفل إذا انهدم .

وسوف أبين ذلك بشئ من التفصيل .

الالتزام الأول : القيام بالأعمال والترميمات اللازمة لمنع سقوط العلو .

نصت على هذا الالتزام المادة ٨٥٩ بقولها : (١) - على صاحب السفل أن يقوم بالأعمال والترميمات اللازمة لمنع سقوط العلو .

(١) د. السنهوري ، السابق فقرة ٦١٥ ص ١٠٠٩ ، د. إسماعيل غانم ، السابق ص ٣١٤ .

(٢) د. منصور ، السابق فقرة ١٠٥ ص ٢٦٤ .

٢- فإذا امتنع عن القيام بهذه الترميمات ، جاز للقاضي أن يأمر ببيع السفل ، ويجوز في كل حال للقاضي الأمور المستعجلة أن يأمر بإجراء الترميمات العاجلة) .

يؤخذ من هذا النص :-

أن على صاحب السفل أن يقوم بكل الأعمال والترميمات اللازمة لمنع سقوط العلو ، كأن يصلح جداراً داخل شفته يرتكز عليه العلو ، أو يرمم السقف الذي تستند إليه أرضية العلو . هذا الالتزام يعتبر قيدياً على سلطات مالك السفل ، لأن الأصل أن للمالك أن يترك ملكه يتخرب ولا يرد على هذا الأصل إلا استثناءات مرجعها الجوار ، والجوار الرأسى أشد من الجوار الأفقى في هذا الشأن حيث يضاف إلى الجوار حق الفرار .

ويشترط لقيام هذا الالتزام ، وجود وهن في السفل لدرجة أن العلو يصبح مهدداً بالسقوط ، يستوى أن يكون هذا الوهن راجعاً لقدم في السفل أو راجعاً لخطأ صاحب السفل أو لخطأ غيره . وبدهى : أن الأعمال والترميمات التي يلتزم بها صاحب السفل هي الأعمال الخاصة بالسفل ، فلا يلتزم صاحب السفل بإجراء أى أعمال أو ترميمات في العلو لمنع سقوطه ، كما لو كان العلو مهدداً بالسقوط بسبب حالته السيئة ، لأنه لا يلتزم شخص بإصلاح ملك غيره (١) .

وإذا أخل صاحب السفل بالتزامه ولم يحمي بالأعمال اللازمة ، فإن كانت الترميمات اللازمة عاجلة ولا تحتمل التأخير يكون لصاحب العلو أن يلجأ إلى قاضي الأمور المستعجلة ليأمر بإجرائها ، أما إذا لم تكن عاجلة فيجب الالتجاء إلى القضاء العادى (٢) .

وإذا كان المشرع لم ينص في المادة ٨٥٩ إلا على سلطة القاضي في بيع السفل ، إلا أن هذا لا يحول دون مالك العلو وطلب القيام بما يلزم من ترميم على نفقة صاحب السفل ، لأن هذا هو مقتضى القواعد العامة في تنفيذ الالتزام عيناً جبراً على المدين (م١/٢٠٩) . وعلى ذلك إذا امتنع صاحب السفل عن إجراء الترميمات ، كان لصاحب العلو الخيار بين أمور ثلاثة :-

١- أن يطلب من القضاء إلزام صاحب السفل بإجراء هذه الترميمات ، ويجوز الالتجاء في ذلك للقضاء المستعجل إذا كانت الترميمات المطلوبة عاجلة (م١/٨٥٩) .

(١) د. مصطفى الجارحى ، السابق فقرات ٦٨، ٦٩، ٧٠، ص ٩٠: ٩٤ .

(٢) د. منصور ، السابق فقرة ١٠٦ ص ٢٦٧ ، د. السنهورى السابق فقرة ٦١٧ ص ١٠١١ ، د. السيد المغازى ، السابق فقرة

٦٠ ص ١١٢ ، د. حسن كيرة ، السابق فقرة ١٨٥ ص ٦٠٥ .

٢- أن يقوم هو بترميم السفل على نفقة صاحبه بعد الحصول على ترخيص من القضاء بذلك أو بدون ترخيص في حالة الاستعجال (م ٢٠٩) .

ويستطيع صاحب العلو في هذه الحالة أن يحبس السفل تحت يده إلى أن يستوفى من صاحبه نفقات الترميم ، وفقا للقواعد العامة للحق في الحبس .

٣- أن يطلب من القاضى أن يأمر ببيع السفل ، مع إلزام المشتري بالقيام بالترميم المطلوب (م ٢/٨٥٩) (١) .

والقاضى يجيب صاحب العلو إلى ما يطلب من ذلك ، إذا وجد مبررا لإجابة الطلب (٢)

ويلاحظ : أنه في جميع الأحوال ، يكون لصاحب السفل أن يتخلص من التزامه بالترميم أو يدفع ما صرف عليه بالتخلي عن ملكية السفل لأن التزامه التزام عينى ، وإذا يتخلى فإن ملكية السفل تؤول إلى صاحب العلو بعد مراعاة إجراءات التسجيل (٣) .

الالتزام الثانى : إعادة بناء السفل إذا انهدم :

نصت المادة ٨٦٠ على هذا الالتزام بقولها : (١- إذا انهدم البناء وجب على صاحب السفل أن يعيد بناء سفله فإذا امتنع جاز للقاضى أن يأمر ببيع السفل ، إلا إذا طلب صاحب العلو أن يعيد هو بناء السفل على نفقة صاحبه ٢- وفى الحالة الأخيرة يجوز لصاحب العلو أن يمنع صاحب السفل من السكنى والانتفاع حتى يودى ما فى ذمته ، ويجوز له أيضا أن يحصل على إذن فى إيجار السفل أو سكناه استيفاء لحقه) .

ويؤخذ من هذا النص : أن القانون يفرض على صاحب السفل أن يعيد بناء سفله فى حالة انهدامه ، وفى حالة انهدام السفل يجب التمييز بين ما إذا كان انهدام البناء بخطأ صاحب العلو أو شخص يسأل عنه ، أو كان الانهدام بغير خطأ صاحب العلو .

فإن كان بخطأ صاحب العلو رجع صاحب السفل على صاحب العلو بالتعويض ، ولم يكن ملزما بإعادة بناء السفل ، ولكنه إذا أعاد بناءه فعلا ، رجع لصاحب العلو حقه فى القرار على السفل بعد أن يكون قد دفع التعويض لصاحب السفل ، ومن ثم يجوز له أن يبنى علوه من جديد مستقرا على السفل ، وإن كان انهدام البناء بغير خطأ صاحب العلو

(١) د/ لبيب شنب ، السابق فقرة ٣٢٨ ص ٣٣٥ ، ٣٣٦ ، د/ إسماعيل غانم السابق فقرة ١٦٣ ص ٣٧٥ ، د/ السنهورى ، السابق فقرة ٦١٧ ص ١٠١١ ، ١٠١٢ ، د/ محمد عرفة السابق ص ٢٢٨ ، ٢٢٩ ، د/ البدرأوى السابق فقرة ١٨٠ ص ٢٥٨ ، د/ حسن

كيرة السابق فقرة ١٨٥ ص ٦٠٥ .

(٢) د/ السنهورى السابق فقرة ٦١٧ ص ١٠١٢ .

(٣) د/ الصدة السابق فقرة ١٨٥ ص ٢٧٣ ، د/ أحمد سلامة السابق فقرة ١٥٥ ص ٤٤٣ ، مجموعة الأعمال التحضيرية ١٦٧/٦

سواء أكان الانهدام بخطأ صاحب السفل أم بغير خطأ فإن على صاحب السفل أن يعيد بناء سفله ، لأن لصاحب العلو حق القرار عليه ، فيعيد صاحب العلو بناء علوه مستقرا على السفل .
ويلاحظ : بأنه لو انهدم البناء بخطأ صاحب السفل ، ففي هذه الحالة يجب عليه تعويض صاحب العلو عن الضرر الذى يصيبه من جراء هدم علوه ثم إعادة بنائه .
ويدهى : أنه لو انهدم العلو وحده ، لاشأن لصاحب السفل فى إعادته ، بل يرجع صاحب العلو على من يكون قد تسبب فى الانهدام (١)

وإذا كان السفل آيلا للسقوط دون أن ينهدم ، لايجوز لصاحب العلو أن يطلب هدم البناء وإعادة بناء السفل بدعوى أن البناء آيل للسقوط ، ولكن له فى هذه الحالة أن يلجأ إلى السلطة الإدارية المختصة لتأمر بهدم البناء أولا ، ثم يطالب بتنفيذ الأمر بالهدم .
 وإذا امتنع صاحب السفل عن إعادة بنائه فى الأحوال التى يجب عليه فيها ذلك ، كان لصاحب العلو الخيار بين أمرين :

- ١- أن يطلب من القاضى الإذن له بإعادة بناء السفل على نفقة صاحبه .
- ٢- أن يطلب من القاضى أن يأمر ببيع السفل جبرا على مالكة (م ١/٨٦٠) وفى هذه الحالة يلتزم المشتري بإعادة بناء السفل ولا يوجد ما يمنع من أن يكون المشتري هو صاحب العلو نفسه ، وعند ذلك يبنى السفل والعلو ، ويكون مالكا لهما معا ، ولكنه فى هذه الحالة لا يجبر على البناء ، فله أن يبنى السفل دون العلو ، وله ألا يبنى أيا منهما ، فهذا حقه (٢) .
 ومما تجدر الإشارة إليه : أنه إذا اختار صاحب العلو بناء السفل على نفقة صاحبه ، كان له أن يمنع صاحب السفل من الانتفاع بسفله حتى يؤدي له ما أنفقه فى إعادة البناء ، كما يكون له أن يحصل على إذن من القضاء فى إيجار السفل أو الانتفاع به بنفسه ، وأن يخصم قيمة الأجرة أو الانتفاع بماله فى ذمة صاحب السفل (م ٢/٨٦٠) وقد قصد بهذا الحكم الخاص منع تعطيل الانتفاع بالسفل بعد إعادة بنائه (٣) .
 ويجوز للمحكمة أن تأمر بتقسيم ما ينفق فى هذا السبيل على دفعات دورية تيسيرا على صاحب السفل إن طلب منها ذلك (م ٢/٣٤٦) وفى هذه الحالة لا يجوز لصاحب العلو أن يمنع صاحب السفل من السكنى والانتفاع ، ما دام قائما بالوفاء بالأقساط فى مواعيد استحقاقها (٤) .

(١) د. السنهورى ، السابق فقرة ٦١٨ ص ١٠١٣، ١٠١٤ .

(٢) د. السنهورى ، السابق فقرة ٦١٨ ص ١٠١٤ ، د. شنب ، السابق فقرة ٣٢٨ ص ٣٣٦ ، د. محمود زكى ، السابق فقرة ١٣٢ .

(٣) د. إسماعيل غانم ، السابق فقرة ١٦٣ ص ٣٧٢ ، منصور ، السابق فقرة ١٠٦ ص ٢٦٦ .

(٤) د. محمد عرفة ، السابق ص ٢٣١ .

وأخيرا : يجوز لصاحب السفل أن يتخلص من هذا الالتزام بالتخلي عن ملكية طبقته لأنه التزم عيني(١) .

ثانيا التزمات صاحب العلو :

يجب على صاحب العلو أن يتمتع عن كل ما من شأنه الإضرار بصاحب السفل كما يجب عليه أن يقوم بما يلزم فى العلو لمنع حدوث الضرر بصاحب السفل . ولم يتعرض المشرع للالتزامات صاحب العلو ، إلا فى المادة ٨٦١ التى تنص على أنه (لا يجوز لصاحب العلو أن يزيد فى ارتفاع بنائه بحيث يضر بالسفل) . ويؤخذ من هذا النص أنه يتمتع على صاحب العلو أن يزيد فى ارتفاع بنائه إذا كان من شأن هذه الزيادة الإضرار بالسفل .

وعلى ذلك : لا يجوز لصاحب العلو أن يبني طبقا فوق علوه إذا نجم عن ذلك ضرر لصاحب السفل ولما كان العلو مملوكا ملكية مفرزة لصاحبه ، فإنه يحق له أن يبني فوق سطحه مع مراعاة أمرين :-

- ١- أن يكون العيب من بناء الطابق الجديد لا يضر بالسفل ، وأن تتحمله أساسات البناء .
 - ٢- وألا يكون فى بنائه للطابق الجديد مخالفة للوائح البناء ونظمه .
- كذلك :** لايجوز لصاحب العلو أن يزيد فى ارتفاع علوه - دون أن يبني طبقا جديدا - إذا كانت الزيادة فى الارتفاع تضر بالسفل ، فإن لم تكن تضر جاز له ذلك .
- وأيضا يلتزم صاحب العلو بأن يقوم بعمل ما يلزم فى علوه لمنع حدوث الضرر بالسفل ، فعليه أن يتولى صيانة وترميم سطح أرضية طبقته من بلاط أو أخشاب ، حتى لا تتكشف فيترتب على ذلك الإضرار بسقف السفل . أما صيانة قواعد الأرضيات فلا يتحملها صاحب العلو كما كان فى التقنين القديم م٥٧/٣٦ بل يتحملها جميع الملاك لكونها من الأجزاء المشتركة (٢) ويرى البعض أن إصلاح الأرضية على صاحب العلو(٣).

(١) د. الصدة ، السابق فقرة ١٨٥ص٢٧٣.د. البدروى ، السابق فقرة ١٨٠ ص٢٦٠.د. حسن كبيرة ، السابق فقرة ١٨٥ ص٦٠٦ ، مجموعة الأعمال التحضيرية ١٦٧/٦ .

(٢) د. السنهورى ، السابق فقرة ٦٢٠ ص١٠١٦ ، البدروى ، السابق فقرة ١٨٠ ص٢٦٠.د. حسن كبيرة ، السابق فقرة ١٨٦ ص٦٠٧.د. الصدة ، السابق فقرة ١٨٦ ص٢٧٥.د. إسماعيل غانم ، السابق فقرة ١٦٤ ص٢٧٦،٢٧٥.د. محمود زكى ، السابق فقرة ١٣٣ ص٢٥٠.د. أحمد سلامة ، السابق فقرة ١٥٧ ص٤٤٥.د. مصطفى الجارحى ص١٠٠ .

(٣) د. محمد عرفة ، السابق ص٢٣٢.د. نبيلة رسلان ، السابق ص٢١٤ .

المبحث الثالث

الموازنة بين الفقه الإسلامى والقانون الوضعى من حيث الجوار الرأسى

بعد هذا العرض المفصل للفقه الإسلامى والقانون الوضعى يتضح ما يلى :-

أولاً :-

إن الهيكل العام للعلو والسفل فى الفقه الإسلامى يقوم على أن مالك الطابق يملك كل ما يتعلق به من أجزاء فيملك مثلاً صاحب السفلى الأرضى التى يقام عليها البناء ويملك الدور السفلى بكل جدرانه الرئيسية وما يتعلق بذلك ، مع ملاحظة أن السفلى فى اصطلاح الفقهاء هو ما نزل عن غيره ليشمل الأوسط بالنسبة لما فوقه . ويملك صاحب العلو الدور العلوى من جدران وما يتعلق بعلوه كالسلم فهو ملك لصاحب العلو عند جمهور الفقهاء .

هذا هو الأصل فى الفقه الإسلامى ، إلا إذا قام الدليل على خلاف ذلك ، وقد بين الفقهاء أن الأشياء التى هى للاستعمال المشترك تكون ملكيتها بين صاحب العلو والسفل مشتركة بينهما كما بين ذلك الفقهاء فى ملكية الدهليز والسلم والجدران والسقف .

أما فى القانون الوضعى : فالهيكل العام للعلو والسفل (ملكية الطبقات والشقق) يقوم على أن هيكل الدور يعتبر مملوكاً ملكية مشتركة ، ويضم هذا الهيكل الأرض والأساسات والجدران الرئيسية والدهاليز ونحو ذلك أما مالا يدخل فى هيكل العمارة فتكون مملوكة ملكية خاصة . هذا إذا لم يوجد فى سندات الملك ما يخالف ذلك .

هذا هو الأصل فى القانون ، إلا أنه يجوز على سبيل الاستثناء أن يتفقوا على أن يكون مالك كل طبقة يملك كل ما بها من جدران وكذلك سقفها ويكون لصاحب كل طابق حق القرار على ما تحته .

نخلص إذن : أن الأصل فى الفقه الإسلامى ، استثناء فى القانون والعكس كذلك .

ثانياً :-

إن الفقه الإسلامى بين أن صاحب السفلى يملك السفلى بكل ما يتعلق به ، وصاحب العلو يملك العلو بكل ما يتعلق به إلا إذا وجد ما يخالف ذلك .

أما القانون المصرى فقد حدد فى المادة ٢/٨٥٦ نصيب كل مالك فى الأجزاء المشتركة بنسبة قيمة الجزء الذى له فى الدار . إلا أنه لم يحدد الأساس لتحديد هذه القيمة ، ولم يبين الوقت الذى تحدد فيه ، وهذا يعد قصوراً فى التشريع ، كان الأولى بالمشروع أن يبين ذلك بنصوص واضحة

وصريحة ،حتى لا تنتسب أراء شراح القانون وتتابين ، فكما رأينا أن لشراح القانون لهم رأيان البعض يرى أن ذلك يتحدد وقت النزاع - أى وقت المطالبة- وعليه فيدخل فى التقدير ما لحق البناء من الزيادة والنقصان ، والبعض يرى أن العبرة فى التحديد وقت الإنشاء دعماً لما يشار من منازعات ، أما أساس هذا التقدير فقد بين ذلك بعض الفقهاء بأنه بموقع ومساحة الجزء .

ثالثاً :- الفقه الإسلامى بين الحكم فيما لو انهدم السفل أو وهن ولم يبين أو يصلح صاحب السفل سفله ، وبنى صاحب العلو من غير إذن صاحب السفل أو إذن الإمام ، بأنه فى هذه الحالة يعد متبرعاً إذا كان فى إمكانه أن يحصل على هذا الإذن ،أما إذا كان الحصول على هذا الإذن غير ممكن فلا يكون متبرعاً بل له الرجوع بما أنفق ، أما القانون المصرى فلم يفرق فى الحكم بين حالة الإذن من صاحب السفل أوالإمام وحالة عدم الإذن وجعل له الرجوع دائماً طبقاً لقواعد الإثراء بلا سبب .

رابعاً :- الفقه الإسلامى يبين الحكم فيما لو بنى صاحب العلو بإذن صاحب السفل أو إذن الإمام كيف يحصل على حقه ، وتتوعد حلول الفقهاء فى كيفية الحصول على هذا الحق ، ويرى البعض ان لصاحب العلو أن يمنع صاحب السفل من الانتفاع بسفله ومن السكنى فيه حتى يودى ما عليه .

ويرى أكثر الفقهاء أن الرجوع عليه يكون بما أنفق وقت البناء ، وقيل وقت الرجوع ،وإليه ذهب الحنفية وبعض الشافعية وبعض الحنابلة .

ويرى البعض الآخر أنه يجبر على البناء أو البيع لمن يبنى ،ولا يبنى صاحب العلو ،وإلى هذا ذهب المالكية ، ويرى البعض الآخر أن صاحب العلو يبنى بعد إذن صاحب السفل أوإذن الحاكم ، ولكن لا يمنع صاحب السفل من السكنى بل يكون ما أنفقه فى ذمة صاحب السفل يردده فى حالة الميسرة ، وإلى هذا ذهب الشافعية فى المشهور عنهم وبعض الحنابلة، ولا يختلف الحكم فى حالة الترميم عما سبق . أما فى القانون المصرى فقد نصت المادة ٨٥٩ على سلطة القاضى فى بيع السفل فقط فى حالة الترميمات اللازمة للسفل. إلا أن شراح القانون يرون أن لصاحب العلو أن يقوم بترميم السفل على نفقة صاحبه بعد الحصول على ترخيص من القضاء بذلك ، أو بدون ترخيص فى حالة الاستعجال طبقاً للقواعد العامة كما سبق القول ،أما فى حالة إعادة السفل فقد نصت المادة ٨٦٠ على أمرين،يجب على صاحب السفل أن يعيد بناء سفله ، فإذا امتنع جاز للقاضى أن يأمر ببيع السفل إلا إذا طلب صاحب العلو أن يعيد هو بناء السفل على نفقة صاحبه ،وفى الحالة الأخيرة له منع صاحب السفل من السكنى والانتفاع حتى يودى ما فى ذمته ، ويجوز له أيضا أن يحصل على إذن فى إيجار السفل أو سكناه استيفاء لحقه .

مما سبق يتبين أن الفقه الإسلامى أدق من التشريع الوضعى الذى به أوجه قصور .

٢٤٧

الباب الثالث

حقوق الارتفاق في الفقه الإسلامي والقانون

المدني

الباب الثالث

حقوق الارتفاق في الفقه الإسلامي والقانون

تمهيد

معنى الارتفاق في اللغة :-

يطلق ويراد به : الانتفاع ، أو الارتكاء على المرفق

ففي المصباح المنير (١) ارتفعت بالشيء انتفعت به

وفي مختار الصحاح (٢) رفق به و أرقه وترفق به كله بمعنى : نفعته

وفي لسان العرب (٣) أرقه رفق به ونفعه ، وارتفق ارتكاء على مرفق يده

الارتفاق في الشرع: عرف بعدة تعريفات منها:-

١- عرفه الإمام التاودي فقال : الإرفاق :إعطاء منافع تتعلق بالعقار

٢- وعرفه الإمام التسولي بأنه : إعطاء منافع العقار (٥)

٣- وعرفه قدرى باشا بأنه:حق مقرر على عقار بعينه لمنفعة عقار آخر دون نظر إلى مالكهما(٦)

ولو نظرنا إلى هذه التعريفات : نجد أن معناها واحد وإن اختلفت العبارات .

ويرى بعض الفقهاء المحدثين(٧)أن تسمية حق الانتفاع العيني بحق الارتفاق تسمية حديثة، وضعها

قدرى باشا في كتابه مرشد الحيران، أخذاً من عبارات القانونيين وهم لا يمنعون هذه التسمية .

وفي الواقع أن هذه التسمية ليست من عبارات القانونيين ، فقد ذكرها فقهاء المالكية(٨)

والشافعية(٩) والحنابلة(١٠) في كتبهم ، وهم تارة يقولون الإرفاق ، وتارة يقولون الارتفاق ، وهما

بمعنى واحد في اللغة والشرع .

(١)المصباح المنير للفيومي ٢٣٤ . (٢) مختار الصحاح للرازي ص ٢٥١ (٣)لسان العرب لابن منظور ١٦٩٥/٣ ،

ونفس المعنى تاج العروسي ٣٥٨/٦ (٤)حلى المعاصم للتاودي بها مش البهجة شرح التحفة ٢٥١/٢ - (٥)البهجة شرح

التحفة ٢٥١/٢ (٦)مرشد الحيران مادة ٣٧ .(٧)الشيخ على الحديف ، مختصر المعاملات الشرعية ص ١٥ د،

محمديوسف موسى ، الأموال ونظرية العقد ص ١٦٧، د- مصطفى شلبي ، المدخل في التعريف بالفقه الإسلامي ص ٣٥٢، د-أحمد

الشافعي، الملكية ونظرية العقد ص ٥٨ (٨)التاج والإكيل ١٧٢ /٥ ، الشرح الكبير ٣٧١/٣ . تحفة الحكام ٢٥١/٢

(٩)الأحكام السلطانية للماوردي ص ١٨٧ (١٠)القواعد لابن رجب ص ١٩١

و حقوق الارتفاق تختلف عن حقوق الجوار ، فلكل منهما أساس يقوم عليه يختلف عن الآخر، فقوام حقوق الارتفاق كونها تكليفاً على العقار لمصلحة العقار المرتفق ، فهي حق عيني ثابت على العقار ، أما حقوق الجوار فتقوم على منع الضرر الفاحش بالجوار في سبيل انتفاع الشخص بملكه.

فحق الارتفاق حق إيجابي متعلق بالعقار ، أما حق الجوار فحق سلبي ليس لإلزاماً للضرر وإمطاة الأذى.(١)

وحقوق الارتفاق:

حصرها الحنفية (٢) في حق الشرب والمجرى والمسيل والمرور والتعليق وليس في كلامهم ما يدل على جواز الزيادة عليها بإحداث حقوق أخرى ، أما باقي المذاهب (٣) فتري أن حقوق الارتفاق لا تنحصر في ذلك بل يجوز الاتفاق على إثبات حقوق أخرى . وهذه الحقوق عند الحنفية (٤) لا تعد أموالاً في ذاتها، ومن ثم لا يجوز بيعها ولا هبتها ولكن يجوز بيعها تبعاً للأموال التي تتعلق بها . أما عند غير الحنفية (٥) فهي تعتبر أموالاً ومن ثم يجوز بيعها وهبتها استقلالاً . وهذه الحقوق ، حقوق لازمة فليس لمالك الأرض المقررة عليها إسقاطها ، إذ إنها حقوق لغيره ، ولا يجوز التعدي على حق غيره بإسقاطه أو المعارضة فيه (٦) . بينما يجوز لمالك الأرض المنتفعة إسقاطها ، لأنه صاحب الحق في ذلك (٧) ويرى بعض الفقهاء (٨) أنها قد تكون مؤقتة إذا نشأت بمعاوضة مالية في مدة حددت بالعقد أو

(١) الشيخ أبو زهرة ، الملكية ونظرية العقد ص ١١١

(٢) البحر الرائق ١٤٨/٦ ، جامع الفصولين ٦٥/١ ، مجمع الأنهر ٩٠/٢ ، تبين الحقائق ٤١/٦ .

(٣) التاج والإكليل ١٢/٥ ، البهجة شرح التحفة ٢٥١/٢ ، العقد المنظم للحكام ١٢٧/٢ ، الأحكام السلطانية للمواردى ص ١٨٧ ، كشف القناع ٤١٥/٣ ، القواعد لابن رجب ص ١٩١ .

(٤) بدائع الصنائع ١٨٩/٦ ، حاشية ابن عابدين ٧٨/٥ .

(٥) نهاية المحتاج ٣٧٢/٣ ، ٣٩٨ ، ح٤ ص ٧ ، القواعد لابن رجب ص ١٩٢ ، ١٩٣ .

(٦) حاشية ابن عابدين ١٣٢/٤ ، البهجة ١٦/٢ ، نهاية المحتاج ١٩٠/٤ ، ٤٠١ ، كشف القناع ٢٠٠/٢ .

(٧) حاشية ابن عابدين ٣١٦/٥ ، كشف القناع ١٩٧/٢ .

(٨) تبصرة الحكام ٢٧٤/٢ ، شرح كتاب النيل ١٣٧، ١٣٦/٢ .

بشرط في معاوضة مع التوقيت ، وقد تكون لازمة ، إذا نشأت كذلك .

وتثبت حقوق الارتفاق بأسباب كثيرة أهمها :

- ١- الشركة العامة في العقارات
 - ٢- اشتراطها في عقد معاوضة
 - ٣- القدم عند الجهل بسبب الحق ، فالقديم يبقى على حاله ما لم يظهر أنه لسبب باطل (١).
- هذه نبذة موجزة عن حقوق الارتفاق في الفقه الإسلامي .

أما حقوق الارتفاق في القانون :

فقد عرفت المادة ١٠١٥ هذا الحق بقولها (الارتفاق : حق يحد من منفعة عقار لفائدة عقار غيره يملكه شخص آخر) .

فالارتفاق إذن حق عيني ، لا يرد إلا على العقارات ، ويتقرر على عقار لمصلحة عقار آخر يملكه شخص آخر . هذه هي أهم خصائصه .

ولكن ما هي طبيعة القيود التي ترد على حق الملكية ؟ .

ثار نقاش في الفقه حول طبيعة القيود التي ترد على الملكية ، وعلى الأخص حقوق الشرب والمجرى والمسيل والمرور .

فذهب بعض الشراح(٢) إلى أن هذه القيود تعتبر حقوق ارتفاق قانونية ، لأن تعريف حق الارتفاق يصدق عليها ، ونظرا إلى أن مصدرها القانون فهي حقوق ارتفاق قانونية .

ويرى هؤلاء الشراح أن حقوق الارتفاق قد تكون حقوق ارتفاق قانونية ، وقد تكون حقوق ارتفاق إرادية أساسها إرادة الأفراد ، والمراكز القانونية تتحدد بمضمونها لا بتماثل مصدرها .

وذهب بعض الشراح(٣) إلى التفرقة بين ما يعتبر قيودا قانونية ، وما يعتبر حقوق ارتفاق .

فالقيود المتعلقة بوضع الحدود والمطلات والمناور هي قيود بالمعنى الصحيح ، أما المتعلقة بحق الانتفاع بالمياه وبحق المرور فهي حقوق ارتفاق قانونية ، وأساس هذه التفرقة أن الأولى تقتصر

(١) تبين الحقائق ٤١/٦ ، فتاوى قاضيخان ٢١٣/٣ ، البهجة ٢٥١/٢ ، معنى المحتاج ٣٧٣/٢ ، كشاف القناع ٢٠٠/٢ .

(٢) د. شفيق شحاتة ، السابق فقرة ٣٣٠ ص ٣٢٥ ، د. الجمال ، السابق فقرة ١٣١ ص ٢١٤ .

(٣) د. البدرابي ، السابق فقرة ٨٣ ص ١٠٨ ، د. عبد الباقي ، السابق فقرة ٩١ ص ١٢٩ ، منصور ، السابق فقرة ٣٩ ص ٩٧،٩٦ .

على الحد من سلطات المالك دون منح الغير سلطة مباشرة أعمالا مادية على هذا الملك ، بينما الثانية تخول القيام بأعمال مادية على ملك الغير تصل إلى حق التكليف القانوني .
 وذهب أكثر الشراح(١) إلى أن هذه القيود ، ليست حقوق ارتفاق حقيقية ، وإنما هي قيود ترد على حق الملكية ، لأن الارتفاق إنما هو عبء استثنائي يخرج بكل من العقارين المرتفق والمرتفق به عن النظام العادي المألوف لحق الملكية ، والذي يفترض أن يكون حق الملكية خاليا من القيود إلا ما يفرضه القانون ، ومن ثم فكل ما يتقرر من قيود تخرج عن التنظيم المألوف يعتبر حق ارتفاق ، ولو نظرنا إلى هذه القيود نجد أنها تمثل الوضع العادي للملكية ، هذا هو الفارق الجوهرى بينهما .
 والواقع أنه ليس لهذا الخلاف أهمية عملية : فسواء اعتبرنا ما نص عليه القانون قيودا قانونية أو حقوق ارتفاق قانونية ، فإن كون القانون هو مصدرها يرتب نتائج تختلف عن النتائج المترتبة على الحقوق الناشئة عن الإرادة ، وأهم هذه النتائج هي :-

١- أن الحق في الاستفادة من القيود القانونية لا يسقط بعدم الاستعمال ، كما أن هذا الحق لا يسقط بالتقادم المسقط ، وذلك سواء اعتبرنا هذا الحق ارتفاقا قانونيا أو قيودا قانونيا .
 ٢- إذا تصرف مالك العقار الواقع عليه هذه القيود ، فإنه لا يضمن للمتصرف إليه خلو العقار من هذه القيود ، لأن مصدرها القانون فهي مقررة بقواعد عامة ، أما القيود الإرادية فإنه يضمن خلو عقاره منها (٢) .

بعد هذا العرض الموجز عن حقوق الارتفاق ، فإنى سوف أتحدث عن أهم حقوق الارتفاق وهي حق الشرب ، حق المجرى ، حق المسيل ، حق المرور ، وذلك فى ثلاثة فصول :-

الفصل الأول :- حق الشرب فى الفقه الإسلامى والقانون .

الفصل الثانى :- حق المجرى والمسيل فى الفقه الإسلامى والقانون .

الفصل الثالث :- حق المرور فى الفقه الإسلامى والقانون .

(١) د. السنهورى ، الوسيط ح٨ فقرة ٣٩٣ ص٦٣٩ وما بعدها ، د. الصدة السابق فقرة ٥٢ ص٨١ ، د. إسماعيل غانم ، السابق فقرة ٤٤ ص٩٦ ، د. محمد عرفة ، السابق فقرة ١٨٩ ص٢٤٠ ، د. حسن كيرة ، السابق فقرة ٦٤ ص١٩٨ ، د. جمال زكى ، القانون الزراعى فقرة ٣٧ ص٨٣ ، د. إسماعيل عبد النبى ، أصول القانون الزراعى فقرة ٦٣ ص١٤٥ .
 (٢) د. لبيب شنب ، السابق فقرة ٢٢٨ ص٢٣٤ .

الفصل الأول

حق الشرب في الفقه الإسلامي والقانون

مما لا شك فيه أن الماء أصل الحياة لكل كائن ينمو ويزكو ، وصدق الله إذ يقول ﴿وجعلنا من الماء كل شيء حي﴾ (١) .

ولما كان الأمر كذلك ، كان من الأهمية بمكان ونحن نتحدث عن مضار الجوار ، أن نبين حق الشرب والشفة في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي ، وذلك في ثلاثة مباحث .

المبحث الأول : حق الشرب في الفقه الإسلامي .

المبحث الثاني : حق الشرب في القانون .

المبحث الثالث : الموازنة بين كلا الفقهيين في حق الشرب .

وسوف أبين ذلك بشئ من التفصيل .

المبحث الأول

حق الشرب في الفقه الإسلامي

الشرب في اللغة :-

بكسر الشين . الحظ والنصيب من الماء ، قال تعالى ﴿هذه ناقة لها شرب ولكم

شرب يوم معلوم﴾ (٢) وقيل : هو وقت الشرب ، يقال شرب الماء وغيره بالكسر شرباً بضم الشين

وفتحها وكسرهما ، والشرب بالفتح مصدر ، وبالضم والكسر اسمان من شربت (٣) .

والشرب في الشرع :-

عرفه الحنفية بتعريفين وهما .

١- الشرب : هو النصيب من الماء للأراضي لا غيرها (٤)

(١) سورة الأنبياء آية : ٣٠ .

(٢) سورة الشعراء آية : ١٥٥ .

(٣) مادة "شرب" معجم مقاييس اللغة ٢/٣٦٧ ، لسان العرب ٣/٢٢١ وما بعدها ، مختار الصحاح ص ٣٣٣ .

(٤) الفتاوى الهندية ٥/٣٩٠ ، بدائع الصنائع ٨/٣٨٣٨ ، البحر الرائق ٨/٢٤٢

٢- الشرب هو : نوبة - زمن - الانتفاع بالماء سقيا للمزارع والدواب (١)
 فقهاء الحنفية قد استعملوا فى تعريفهم الشرب المعنى اللغوى .
 أما فقهاء المذاهب الأخرى ، فلم أطلع لهم على تعريف للشرب بالمعنى الشرعى .
 ويلحق الحنفية بحق الشرب حق الشفة : وهو شرب الإنسان والحيوان .
 يقول أبو يوسف (٢) : والشفة عندنا : الشرب لبنى آدم والبهائم والنعم والدواب .
 وجاء فى مجمع الأنهر (٣) : (والشفة : شرب بنى آدم والبهائم) . وسمى حق الشرب للإنسان
 والحيوان بحق الشفة : لأن الشرب عادة من الإنسان وكثير من الدواب يكون بالشفة (٤) .
 وقد عرف بعض الفقهاء حق الشرب والشفة فى تعريف واحد فيقول : الشرب عبارة عن حق
 الشرب والسقى (٥) أى شرب الإنسان والحيوان ، وسقى الذروع والأشجار .
 أقسام المياه بالنسبة لحق الشرب والشفة :
 يورد الفقهاء عدة تقسيمات للمياه ، وأكثرها متقاربة فى مضمونها .

فى الفقه الحنفى :

قسم الإمام الكاسانى المياه إلى أربعة أنواع : الأول : الماء الذى يكون فى الأوانى والظروف ،
 والثانى : الماء الذى يكون فى الآبار والحياض والعيون والثالث : ماء الأنهار الصغار التى تكون
 لأقوام مخصوصين والرابع : ماء الأنهار العظام كدجلة والفرات (٦) .
 وقسم صاحب الهداية المياه إلى أربعة أنواع آخر (٧) : ماء البحر ، وماء الأودية العظام ،
 كجیحون وسيحون (٨) ، والماء الذى يدخل فى المقاسم ، والماء المحرز .
 وقسم بعضهم المياه إلى ثلاثة أقسام (٩) : الأنهار العظام ، الأنهار المملوكة والحوض والبئر
 والقناة، الماء المحرز .

(١) الدر المختار على هامش رد المحتار ٢٩٠/٥ ، حاشية الطحطاوى ٢١٧/٤ ، مجمع الأنهر ٥٦٢/٢ .

(٢) الخراج ص ٩٥ . (٣) مجمع الأنهر ٥٦٢/٢ ومثله فى الدر المختار هامش الطحطاوى ٢١٧/٤ .

(٤) مادة "شفة" لسان العرب ٢٢٩٣/٣ ، الشيخ على الخفيف مختصر المعاملات الشرعية ص ١٩

(٥) بدائع الصنائع ٣٨٣٨/٨ . (٦) المرجع والموضع السابقين .

(٧) الهداية ١٠٣/٤ ، وأيضا رد المحتار ٣١١/٥ ، البناية شرح الهداية ٤٥٩،٤٥٨/٩ .

(٨) جيحون هو: نهر ترمذ وخوارزم ، وسيحون : نهر الترك (حاشية الطحطاوى ٢١٧/٤) .

(٩) مجمع الأنهر ٥٦٢،٥٦٣/٢ ، حاشية الطحطاوى ٢١٧/٤ .

وفى الفقه المالكي :-

قسم الإمام الباجي المياه التي تسقى على ضربين : ضرب لا يملك أصله كالسيول والأمطار، وضرب يملك أصله كالعيون والآبار (١) .

وقسم ابن جزى المياه إلى أربعة أقسام ، القسم الأول : ماء خاص : وهو الماء المتملك فى الأرض المتملكة كالبنر والعين . القسم الثانى : ماء عام : وهو غير متملك فى أرض غير متملكه كالأنهار والعيون والغدر ، والقسم الثالث : ماء يتجمع من الأمطار والسيول ، القسم الرابع : الآبار التى تحفر فى البوادي لسقى المواشى (٢) .

وفى الفقه الشافعى (٣) والحنبلية (٤) .

المياه المستخرجة ثلاثة أقسام : مياه أنهار ، مياه آبار ، مياه عيون ، ثم قسموا الأنهار إلى ثلاثة أقسام : ما أجراه الله تعالى من كبار الأنهار ، ما أجراه الله تعالى من صغار الأنهار ، ما احتقره الأدميون . ثم قسموا الآبار إلى ثلاثة أحوال : أن يحفرها الشخص لسابله ، وأن يحفرها لارتفاقه بمائها . وأن يحفرها لنفسه ملكا . ثم قسموا العيون أيضا إلى ثلاث أقسام ما أتبع الله ماءها . ما استتبته الشخص فى موات . ما استتبته الشخص فى ملكه .

وما ورد فى المذاهب الأخرى لا يخرج عن التقسيمات السابقة (٥) .

ويمكن أن نجعل التقسيمات السابقة على مختلف المذاهب ونقسمها إلى ثلاثة أقسام بالنسبة لتملكها والانتفاع بها (٦) .

القسم الأول :-

ماء المجارى العامة غير المملوكة لأحد ، كماء البحار والأنهار العظام والأودية (٧)

(١) المنقى ٣٣/٦ .

(٢) القوانين الفقهية ص ٣٥٢، ٣٥٣ .

(٣) الأحكام السلطانية للماوردي ص ١٨٠ وما بعدها .

(٤) الأحكام السلطانية لأبى يعلى ص ٢٢٢ وما بعدها .

(٥) البحر الزخار ١٠٠، ٩٩/٥ ، شرح الأزهار ٣٧٤/٣ وما بعدها ، شرائع الإسلام ٢٧٩/٣ . فقه الإمام جعفر الصادق ٥٤/٥ .

(٦) يقول الإمام الشوكاني والماء على ضرب : حق إجماعا كالأنهار غير المستخرجة والسيول ، وملك إجماعا كماء يجرز فى الجرار ونحوها ، ومختلف فيه كالآبار والعيون والقنا المحفورة فى الملك (نبيل الأوطار ٣٠٤/٥) .

(٧) الأودية : جمع وادى ، والوادي : اسم لموضع فى أسفل الجبل ينحدر إليه الماء من كل جانب (المبسوط ١٦٤/٢٣) .

القسم الثاني :-

الماء المحرز مثل الماء الذى حازه الشخص فى آنية .

القسم الثالث :-

ماء الأنهار الخاصة والآبار والعيون .

القسم الأول : الماء العام :

وهو ماء المجارى العامة غير المملوكة لأحد ، كمياه البحار والأنهار العظام كالنيل ودجلة والفرات ، وسيول الأمطار فى الأودية ، هذه المياه تعد مرفقا عاما يثبت فيه لجميع الناس حق الشفة والشرب ، وهو حق مشترك مباح لكل الناس وليس لأحد حق منعه وتحجيره ، فلكل واحد الحق فى الشرب منه وفى رى أرضه ويتخذ منه مجرى يصل منه الماء إلى أرضه البعيدة .
إلا أن ذلك مشروط بعدم الضرر بالنهر أو البحر أو الوادى ، وإن أضر كان لكل واحد من المسلمين منعه لأنه حق لعامة المسلمين ، وإباحة التصرف فى حقهم مشروط بانتفاء الضرر كالتصرف فى الطريق الأعظم . ويشترط أيضا عدم الإضرار بالعامة ، فإن كان مضرا بأن مال الماء إلى جانب تغرق به الأراضى ، فليس له الشق ونصب الرحى عليه .

والأصل فى إباحة هذا الماء لجميع الناس : قول النبى صلى الله عليه وسلم ﴿المسلمون شركاء فى ثلاث الماء والكلأ والنار﴾ (١) .

والشركة هنا شركة إباحة لا شركة ملك ، والمراد بالماء فى الحديث الشريف الماء الجارى غير المحرز ، لأن المحرز لا شركة فيه ، بل هو مملوك لصاحبه .

ولو احتاجت هذه الأنهار إلى الكرى ، فعلى الإمام أن يكرهها من بيت المال ، لأن منفعتها لعامة المسلمين فكانت مؤنتها من بيت المال ، وعليه أيضا إصلاح مسناته إن خيف منها فإن لم يكن فى بيت المال شئ فعلى العامة ، أى يجبرهم الإمام على كرهه ، وتجعل مؤنته على المياسير الذين يطبقونه بأنفسهم كما فى تجهيز الجيوش (٢) .

(١) أخرجه أبو داود فى سننه، كتاب البيوع، باب فى منع الماء ٢٧٥/٣ ، وابن ماجة فى سننه ، كتاب الرهون ، باب المسلمون شركاء فى ثلاث ٨٢٦/٢ ، وأحمد فى مسنده ٣٦٤/٥ ، قال ابن حجر رجاله ثقات (بلوغ المرام ٨٦/٣) وقال الشيخ شاكر بسنده صحيح الخراج ليحيى بن آدم هامش (٢)ص ١٠١ (٢) الخراج لأبى يوسف ص ٩٧ ، بدائع الصنائع ٣٨٤٦/٨ ، تبين الحقائق ٣٩/٦ ، الفتاوى الخانية ٢١٦/٣ ، مجمع الأنهر ٥٦٢/٢ ، القوانين الفقهية ص ٣٥٢ ، المنتقى ٣٣/٦ ، التاج والإكليل ١٧٢/٥ ، روضة الطالبين ٣٠٤/٥ ، الأم ٥٦/٤ معنى المحتاج ٣٧٣/٢ ، المغنى والشرح الكبير ١٨٧/٦ وما بعدها ، المحلى ١٠٢/٩ شرائع الإسلام ٢٧٩/٣ .

القسم الثاني : الماء المحرز :

والإحراز : هو جعل الشيء في موضع حصين ، كالأواني والظروف ومياه الأنابيب والصهاريج (١) وهذا الماء مملوك لصاحبه عند جمهور الفقهاء (٢) لاحق لأحد فيه ، لأن الماء وإن كان مباحا في الأصل ، لكن المباح يملك بالاستيلاء إذا لم يكن مملوكا لغيره ، كما إذا استولى على الحطب والحشيش والصيد وغير ذلك مما كان أصله مباحا .

ويجوز بيع هذا الماء كما يجوز بيع الحطب وغيره من المباحات بعد الاستيلاء عليها لأن العادة جرت في الأمصار وكل الأعصار باستيلاء السقائين على المياه وبيعها واستحلال ثمنها من غير نكير فكان ذلك دليلا على ثبوت الملك التام فيه عند الناس جميعا . ولا يحل لأحد أن يأخذ منه فيشرب من غير إذن صاحبه .

ولو خاف الهلاك على نفسه من العطش فسأله فمنعه ، فإن لم يكن عنده فضل فليس له أن يقاتله أصلا ، لأن هذا دفع الهلاك عن نفسه بإهلاك غيره لا بقصد إهلاكه وهذا لا يجوز ، وإن كان عنده فضل ماء عن حاجته ، فللمنوع أن يقاتله ليأخذ منه الفضل لكن بما دون السلاح ، لأنه ملك بالإحراز ، وقيل الأولى أن يقاتله بغير سلاح ، لأنه ارتكب معصية أي أنه يجوز أن يقاتله بسلاح ولكن الأولى أن يكون قتاله بدون سلاح، ولكن يلاحظ أنه لو سرق أحد هذا الماء المحرز لا يجب حد السرقة ، لأنه وإن صار ملكا بالإحراز إلا أنه لا تزال فيه شبهة الشركة التي أثبتتها الحديث السابق ﴿المسلمون شركاء في ثلاثة الماء والنار والكأ﴾ ، ولأن الحدود تدرأ بالشبهات، فشبهة الشركة تدرأ الحد .

وقد اختلف الفقهاء في مفهوم الإحراز بين موسع ومضيق .

وسوف أبين ذلك في مختلف المذاهب الفقهية :

ففي الفقه الحنفي :

يقول أبو يوسف (٣) الإحراز : لا يكون إلا في الأوعية والآنية ، فأما الآبار والأحواض فلا .
ويقول الكاساني (٤) : الأول الماء الذي يكون في الأواني والظروف

(١) حاشية الطحطاوى ٢١٧/٤ . (٢) بدائع الصنائع ٣٨٣٨/٨ ، تبين الحقائق ٤٠/٦ ، الفتاوى اليزانية ١١٤/٦ . مجمع الأنهر ٥٦٣/٢ ، المنتقى ٣٥/٦ ، القوانين الفقهية ص ٣٥٢ ، حاشية الباجورى ٤٠/٢ ، مغنى المحتاج ٣٧٤/٢ ، كشف القناع ١٤٩/٣ ، نيل الأوطار ٣٤٠/٥ . (٣) الخراج ص ٩٧ . (٤) بدائع الصنائع ٣٨٣٨/٨ .

وعلى ذلك فماء البئر لا يكون مملوكا عند الحنفية ، لأن البئر ليس من طرق الإحراز عندهم ، وهم بذلك يضيفون من المراد بالإحراز .

وهذا الماء المحرز مملوك ، ويجوز بيعه ، ويجب بذله للمضطر إذا كان صاحبه غير مضطر إليه

وفى الفقه المالكي :

توسع فقهاء المالكية فى مفهوم الإحراز : وقالوا يعد فى نطاق الإحراز ، كل ما يعد لخزن الماء كالصهاريج ، وماء البئر ، وماء المطر ، فضلا عن الأواني ، والحفر ، ونحو ذلك . وهذا الماء مملوك على الصحيح ، ويجوز بيعه وهبته والتصدق به ، إلا من خيف عليه هلاك أو ضرر شديد ولا ثمن معه حين الخوف عليه ، ففي هذه الحالة يجب دفعه إليه مجانا ، أما إذا كان معه مال فيجب دفعه بالثمن (١) .

وفى الفقه الشافعى :

الإحراز يكون بوضع الماء فى إناء ، أو سوقه إلى بركة ، أو حوض مسدود ، أو نحو ذلك . وهذا الماء مملوك على الصحيح ويجوز بيعه ، ويجب بذله للمضطر بالثمن ، وقيل : لا يملك بحال بل يكون بإحرازه أولى من غيره (٢) .

وفى الفقه الحنبلى :

توسع فقهاء الحنابلة فى المراد بالإحراز أكثر من غيرهم ، فيرون ملكية الماء ، وجواز بيعه بكل ما يعد إحرازا ، فالمصانع المعدة لمياه الأمطار يملك ماؤها ، لأن ذلك حيازة ، ويجوز لمالكه بيعه إذا كان معلوما ، ولا يحل لأحد أخذ شئ منه بغير إذن مالكه (٣) . وهذا ما أميل إليه ، لأن هذا المفهوم يختلف من مكان إلى آخر ومن زمن لآخر .

(١) حاشية النسوقى والشرح الكبير ٧٢/٤ ، القوانين الفقهية ص ٣٥٢ ، مواهب الجليل والتاج ١٦/٦ .

(٢) نهاية المحتاج ٣٥٤/٥ وما بعدها ، معنى المحتاج ٣٧٤/٢ .

(٣) كشاف القناع ١٤٩/٣ ، زاد المعاد ٥٦/٤ .

القسم الثالث :

ماء الأنهار الخاصة والآبار والعيون .

وهذا القسم ينقسم بحسب ملكية أرضه وعدمها إلى نوعين :

النوع الاول :

أن يكون فى أرض غير مملوكة ، كما لو حفر بئرا فى موات لشرب نفسه ودوابه .

النوع الثانى :

أن يكون فى أرض مملوكة ، كما لو حفر بئرا فى أرضه فخرج منها الماء .

وسوف أبين هذين النوعين بشئ من التفصيل .

النوع الأول :

وهو الماء فى أرض غير مملوكة . اختلف الفقهاء فى ملكية هذا الماء .

فذهب الحنفية :

إلى أن الماء الذى يكون فى الحياض والآبار والعيون ، ليس مملوكا لصاحبه ، بل هو مباح فى نفسه ، سواء أكان فى أرض مباحة أم مملوكة ، لكن لصاحبه حق خاص فيه ، لأن الماء فى الأصل خلق مباحا . وإذا كان غير مملوك فلا يجوز بيعه ، لأن محل البيع هو المال المملوك ، وليس له أن يمنع الناس من الشفة . وهو الشرب بأنفسهم وسقى دوابهم منه ، لأنه مباح لهم ، وأما لزروعهم وأشجارهم فله أن يمنع ذلك . لما فى الإطلاق من إبطال حقه أصلا(١) .

وذهب المالكية :

إلى أن من حفر بئرا فى أرض غير مملوكة يرجع إلى العرف ونيته . فإن احتقرها للماشية أو للشرب فقط ولم يحفرها لإحياء زرع أو غرس ، فالظاهر أنه احتقرها ليكون المقدم فى منفعتها وللناس فضلها ، لأنه إنما يحفرها بحيث لا يباع ماؤها ولا جرت به العادة . وإن بين وأشهد أنه يريد به التمليك ، كان له المنع وأخذ الثمن ، لأنه إحياء ويأخذ حكم الماء المملوك ، فإن لم يبين حين الحفر ، فإنه يجبر على البذل ، ولا يجوز له بيع الفضل ولا هبته ولا يورث عنه(٢) .

(١) بدائع الصنائع ٣٨٣٩/٨ . مجمع الأثر ٥٦٣/٢ ، الخراج لأبى يوسف ص ٩٦،٩٥ .

(٢) المنقى ٣٥/٦ ، قوانین الفقهية ص ٣٥٣ ، حاشية الدسوقي والشرح الكبير ٧٣/٤ ، الخرشى ٧٤،٧٣/٧ ، مواهب الجليل ١٦/٦ .

وذهب الشافعية (١) والحنابلة (٢) : إلى التفارقة بين حالتين :
 الأولى : إن حفر بئرا فى أرض موات ولم يبين أنها للتملك أو لارتفاق نفسه ، فإن ماءها يكون
 مشتركا بين الناس ولو من غير تلفظ بوقفها .
 الثانية : إذا حفرها لارتفاق نفسه لا للتملك . كان أحق بمائها ما أقام عليها وعليه بذل الفضل من
 مائها للشاربين دون غيرهم ، فإن ارتحلوا صارت البئر سابلة .
 الراجع :

أرى رجحان ما ذهب إليه المالكية ، لأن العادة محكمة ، كما أنه أقرب إلى العقل والعدل
 النوع الثانى : الماء فى أرض مملوكة :

كما لو استتبط الماء من عين فى أرضه أو حفر بئرا فى ملكه أو فى أرض موات له حق إحيائها .
 اختلف الفقهاء فى ملكية هذا الماء ، وفى جواز بيعه ، كما اختلفوا فى بذل الفضل عنه
 ويرجع سبب الخلاف فى ذلك إلى اختلاف تأويلهم لأحاديث النهى عن منع الماء . من هذه
 الأحاديث ما يلى :-

١ - ما روى عن أبى هريرة رضى الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال :

﴿ لا يمنع فضل الماء ليمنع به الكلاً ﴾ (٣) .

٢ - وما روى عن أبى هريرة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : ﴿ لا تمنعوا فضل

الماء لتمنعوا به فضل الكلاً ﴾ (٤) .

٣ - وما روى عن أبى هريرة رضى الله عنه قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم :

﴿ ثلاثة لا ينظر الله إليهم يوم القيامة ولا يزكيهم ولهم عذاب أليم : رجل كان له فضل ماء
 بالطريق فمنعه من ابن السبيل ، ورجل بايع إمامه لا يبايعه إلا لدنيا ، فإن أعطاه منها رضى ،
 وإن لم يعطه منها سخط ، ورجل أقام سلعته بعد العصر فقال : والله الذى لا إله غيره لقد

(١) الأحكام السلطانية للمواردى ص ١٨١ ، نهاية المحتاج ٣٥٤/٥ ، مغنى المحتاج ٣٧٤/٢ .

(٢) الأحكام السلطانية لأبى يعلى ص ٢٢٥ ، المغنى والشرح الكبير ١٨٨/٦ ، كشاف القناع ٤١٥/٢ .

(٣) أخرجه البخارى ومسلم فى صحيحهما : البخارى ، كتاب الشرب والمساقاة ، باب من قال إن صاحب الماء أحق بالماء حتى يروى .

ومسلم كتاب المساقاة والمزارعة ، باب فضل تحريم بيع فضل الماء ، (فتح البارى ٣٩/٥ . مسلم بشرح النووى ٢٣٠/١٠) .

(٤) أخرجه البخارى ومسلم فى الموضوعين السابقين .

أعطيت بها كذا وكذا فصدقه رجل ، ثم قرأ هذه الآية : إن الذين يشترون بعهد الله وأيمانهم ثمنا قليلا ﴿ (١)، (٢) .

٤- وما روى عن جابر بن عبد الله قال : ﴿ نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن بيع فضل الماء ﴾ (٣) .

٥- ولما ثبت أن عثمان بن عفان اشترى بئر رومة من اليهودى وسبها للمسلمين بعد أن سمع النبي صلى الله عليه وسلم يقول : ﴿ من يشتري بئر رومة فيوسع بها على المسلمين فله الجنة وكان اليهودى يبيع ماءها ﴾ (٤) .

والمراد بفضل الماء في هذه الأحاديث : ما زاد على الحاجة ، والمراد حاجة نفسه وعياله وزرعه وماشيته . وهذا محمول على ماء البئر في الأرض المملوكة . وكذا في الموات إذا كان بقصد التحلل . وخص المالكية ذلك بالحفر في الأرض الموات (٥) . والحديث الأخير يدل على جواز بيع البئر نفسها ويدل على جواز بيع الماء لتقريره صلى الله عليه وسلم لليهودى على البيع .

قال ابن بطال (٦) : لا خلاف بين العلماء أن صاحب الحق أحق بمائه حتى يروى .

لهذه الأحاديث وغيرها كثير اختلف الفقهاء في ملكية هذا الماء ، وفي جواز بيعه ، وفي وجوب بذل الفائض ، وفي ثبوت حق الشرب في هذا الماء .

أولا : اختلاف الفقهاء في ملكية هذا الماء وجواز بيعه :

اختلف الفقهاء في ذلك على قولين :

الأول : يرى أن الماء في الأرض المملوكة غير مملوك ويظل على إباحته ، لأنه خلق مباحا في الأصل الذي خلقه الله فيه ولكن صاحبه أحق به من غيره لكونه في ملكه .

والى هذا ذهب الحنفية (٧) ، وبعض المالكية (٨) ، وبعض الشافعية (٩) ، والصحيح عند

(١) أخرجه البخارى فى صحيحه، كتاب الشرب والمساقاة ، باب إثم من منع ابن السبيل من الماء (فتح البارى ٤٢/٥) .

(٢) سورة آل عمران : ٧٧ . (٣) أخرجه مسلم فى صحيحه كتاب المساقاة والمزارعة ، باب تحريم فضل الماء (مسلم بشرح

النووى ٢٨٨/١٠) . (٤) أخرجه البخارى فى صحيحه ، كتاب الشرب والمساقاة ، باب من رأى صدقة الماء وهبته ووصيته جائزة

مقسوما كان أو غير مقسوم (فتح البارى ٣٧/٥) . (٥-٦) فتح البارى ٣٩/٥ ، نيل الأوطار ٣٠٤/٥ . (٧) بلائع الصنائع ٣٨٣٩/٨ ،

٣٨٤٠ ، مجمع الأنهر ٥٦٢/٢ ، تبيين الحقائق ٣٩/٦ ، حاشية الطحطاوى ٢١٠/٤ . (٨) حاشية الرهونى ١١٥/٧ .

(٩) مغنى المحتاج ٣٧٥/٢ ، نهاية المحتاج ٣٥٥/٥ ، روضة الطالبين ٣١١،٣٠٩/٥ ، زاد المحتاج ٤١٣/٢ .

الحنابلة(١) وبعض الزيدية(٢) .

الثانى : يرى أن الماء فى الأرض المملوكة : ملك لصاحبه وتتبعه أحكام الملك من جواز بيعه وهبته ، ولا يجوز منه شرب إلا بعد إذن المالك . إلا أن يجرى عرف .

والى هذا ذهب المالكية فى المشهور عندهم (٣) ، والأصح عند الشافعية(٤) ، وبعض الحنابلة(٥) والظاهرية(٦) والزيدية فى الأصح(٧) والإمامية(٨).

وبعض هؤلاء يفرق بين ماء الآبار والعيون فإنه يملك ، وبين ماء النهر الخاص الذى يأخذ ماءه من ماء عام كالسيول والأنهار العظام ، فإنه يكون أحق به ويكون الماء باقيا على إباحته، كالشافعية (٩) وبعض الحنابلة (١٠) والإمامية(١١) .

واستدل القائلون بملكية هذا الماء بقياس هذا الماء على الماء المحرز فى الجرار وبحوها(١٢). ولأن الماء نماء ملكه فيملك كالثمرة واللبن والشجر النابت فى ملكه(١٣) .

الراجع :

أرى رجحان القول الثانى لأن يودى إلى المحافظة على الحقوق، واتباع العرف السائد وخاصة التفرقة التى قال بها بعض أصحاب هذا القول فهو قول وسط بين القولين الآخرين .

(١) المغنى والشرح الكبير ١٩٠/٦ وما بعدها ، زاد المعاد ٣٥٦/٤ . كشف القناع ٤٠٨/٢ .

(٢) شرح الأزهار ٣٧٩/٣ ، البحر الزخار ٩٩/٥ .

(٣) القوانين الفقهية ص ٣٥٢ ، الفواكه الدواني ٣٢٠/٢ ، المنتقى ٣٣/٦ وما بعدها ، المدونة ٣٧٤/٤ ، البيان والتحصيل ١٧٦/٩ .

(٤) المراجع السابقة للشافعية .

(٥) المراجع السابقة للحنابلة .

(٦) المحلى ١٠١/٩ .

(٧) السيل الجرار ٢٦٠/٣ ، شرح الأزهار ٣٧٩/٣ .

(٨) شرائع الإسلام ٢٧٩/٣ ، النهاية للطوسى ص ٤١٧ ، فقه الإمام جعفر ٥٤/٥ .

(٩) روضة الطالبين ٣٠٧/٥ ، مغنى المحتاج ٣٧٤/٢ ، زاد المحتاج ٤١٢/٢ .

(١٠) المغنى والشرح الكبير ١٩٠/٦ .

(١١) شرائع الإسلام ٢٧٩/٣ .

(١٢) نيل الأوطار ٣٠٤/٥ .

(١٣) نهاية المحتاج ٣٥٥/٥ .

ثانيا : حق الشرب من المياه الخاصة :

المياه الخاصة هي ما كان مصدرها مملوكا لمن ينتفع بها ، وهو وحده صاحب الحق فى الانتفاع بها فى رى أرضه وسقى زرعه ، وليس لأحد غيره أن يشاركه حق الانتفاع بها فى الرى والسقى .

والمياه الخاصة كما سبق ، تطلق على الماء المحرز ، ومياه الأنهار الخاصة ، والآبار ، والعيون ، الموجودة فى أرض مملوكة ، أو فى أرض مباحة ، ولكن نية حافرها اتملك ، عند البعض كما سبق القول وهذه المياه الخاصة يثبت فيها حق الشفة لكل إنسان فله أن يشرب منها ويأخذ منها ما يلزمه لحاجته اليومية على الوجه المعتاد بعد إذن صاحبه ، فإن لم يأذن له وخيف على نفسه الهلاك من شدة العطش أجبر على تمكينه من ذلك بشرط ألا يوجد ماء آخر فى أرض مباحة يقرب هذا الماء لعدم الضرورة ، ويشترط ألا يضر بصاحب النهر أو البئر ، ويجب تمكينه من ذلك وإخراج الماء له ، بدون أخذ ثمن ، وقيل بالثمن .

وكذلك يثبت حق الشفة للدواب - بشرط ألا يؤدي ذلك إلى تخريب النهر لكثرة البقور ، لأنه لا يزال الضرر بضرر آخر - حتى ولو فنى الماء كله ، وقيل بشرط عدم فناء الماء كله (١) .

أما حق الشرب :

فلا يكون لغير الملاك ، إذ لو أبيع حق الشرب لغير الملاك لبطل حق المالك فى ملكه . وقد بين ذلك الكاسانى بقوله (٢) : (وليس له أن يمنع الناس من الشفة ، وهو الشرب بأنفسهم وسقى دوابهم منه ، لأنه مباح لهم ، لأن النبى صلى الله عليه وسلم **«نهى عن نقع البئر»** (٣) . وهو فضل مائها الذى يخرج معها ... فأما مالزرورعهم وأشجارهم فله أن يمنع ذلك لما فى الإطلاق من إبطال حقه أصلا) .

(١) تبين الحقائق ٣٩/٦ . الفتاوى الخانية ١٢٠/٣ ، مجمع الأنهر ٥٦٢/٢ ، حاشية الدسوقي والشرح الكبير ٧٣/٤ ، الخرشي ٧٤/٧ ، مغنى المحتاج ٣٧٤/٢ ، الأحكام السلطانية للمواردى ص ١٨٣ ، كشاف القناع ٤٠٩/٢ ، الأحكام السلطانية لأبى يعلى ص ٢٢٥ .

(٢) بدائع الصنائع ٣٨٣٩/٨ ، ٣٨٤٠ .

(٣) أخرجه الإمام مالك فى الموطأ ، كتاب الأفضية ، باب القضاء فى المياه ص ٤٦٤ ، وابن ماجة فى سننه ، كتاب الرهون ، باب النهى عن منع فضل الماء ليمنع به الكلأ ٨٢٨/٢ ، فى الزوائد فى إسناد حارثة بن أبى الرجال ضعفه أحمد وغيره ، ورواه ابن حبان فى صحيحه بسند فيه ابن إسحاق وهو مدلس .

ولكن ما حكم السقى بآنية من الماء الخاص ؟ .

اختلف الفقهاء فى ذلك على قولين .

الأول : يرى جواز سقى الزرع بآنية من ماء خاص بالغير ولو لم يأذن له ، وإلى هذا ذهب بعض الحنفية وهو الأصح بالنسبة للزرع داخل الدور (١) ، وبعض الحنابلة (٢) .

الثانى : يرى عدم جواز الأخذ من الماء الخاص بآنية لسقى الزرع أو الشجر ، وإنما هذا جائز فى الاستعمالات اليومية فقط . وإلى هذا ذهب بعض الحنفية وهو الأصح بالنسبة للأخذ لسقى الأرض الزراعية (٣) والمالكية (٤) والشافعية (٥) وبعض الحنابلة (٦) .

(الراجح : أرى رجحان القول الثانى : لأن الأخذ من الماء بالآنية يعد تعديا على ملك الغير ، لأنه بدون إذنه ، ولأنه قد يكون محتاج إليه لزرعه، هذا : فى المياه الخاصة المملوكة لشخص واحد .
ولكن ما حكم المياه الخاصة المشتركة ؟ .

إذا كان النهر الخاص أو البئر أو العين بين قوم فلكل واحد منهم الانتفاع بحصته المعلومة فيه ، فينتفع بها فى رى أرضه وسقى زرعه ولا يملك غير الشركاء فيه حق الانتفاع .
والماء الخاص المشترك إذا كان غزيرا يكفى مسقى الأراضى جميعا ، سقى الأعلى دون أن يحبس عن الأسفل شئ ، والمراد بالأعلى الأقرب للماء المذكور وهو فى الغالب الأعم الأسبق إلى الإحياء ، والشركاء فى هذا الماء لا يحدث بينهم نزاع على الانتفاع بهذا الماء ، ولكن إذا كان الماء لا يكفى الجميع وثار النزاع بين الشركاء بشأن الانتفاع بالماء ومقدار ما ينتفع به كل شريك ، فلا بد من إنهاء هذا النزاع ، وذلك بقسمة الماء بينهم حسب اتفاقهم ، أو على قدر أراضيتهم ، لأن المقصود بالشرب سقى الأراضى ، والحاجة إلى ذلك تختلف بقله الأراضى وكثرتها ، أو على

(١) الدر المختار بهامش حاشية الطحاوى ٤/٤١٧، ٤١٨ ، مجمع الأنهر ٢/٥٦٣ .

(٢) الأحكام السلطانية لأبى يعلى ص ٢٢٨ ، زاد المعاد ٤/٣٥٧ .

(٣) مجمع الأنهر ٢/٥٦٣

(٤) حاشية الرهونى ٧/١١٦ .

(٥) مغنى المحتاج ٢/٣٧٥ .

(٦) الأحكام السلطانية لأبى يعلى ص ٢٢٨ .

حسب أعمالهم(١) . ولكل واحد الرجوع متى شاء ، لكن لو رجع بعدما استوفى نوبته وقبل أن يستوفى الشريك ، ضمن له أجره مثل نصيب من النهر(٢) .

ويثور التساؤل عن مدى حق الشريك في الانتفاع بفضله ماء شريكه .

فأقول : ذهب جمهور الفقهاء(٣) إلى أنه إذا استغنى الشريك في الماء المشترك عن الانتفاع بحصته أو اكتفى بجزء منها ، يجوز للشريك الآخر أن ينتفع بهذا الماء ، لأن شركاءه أولى بهذا الماء . وللشريك أن يصرف فضل مائه إلى أرض له أخرى ، وله أن يؤثره من يشاء أو يقرضه إياه ، وليس له أن يتركه بغير انتفاع .

وذهب بعض الشافعية والحنابلة(٤) إلى أنه لا يجوز صرف الماء المشترك لأرض ليس لها حق فيه ، فإذا استغنى أحد الشركاء عن حصته عاد الماء المشترك على بقية الشركاء ، ويقتسم الشركاء فضل الشريك بقدر حصصهم أو ينتفع بها المحتاج إليها منهم . وإذا كان الماء حقا لجميع الشركاء ولكل حق الانتفاع به في حدود ملكه إلا أن ذلك مقيد بحقوق الآخرين فلا ينفرد بانتصاف دون إذن بقية الشركاء .

الراجع :-

ما ذهب إليه الجمهور ، لأن صاحب الماء في غنى عنه وشريكه محتاج إليه فهو أولى به

ثالثا :- بذل فضل الماء الخاص لزراع الغير :-

الفاضل من الماء : هو ما زاد عن حاجة صاحبه ، وحاجة صاحبه هي حاجته هو وعياله

للشرب ونحو ذلك ، وحاجة ماشيته وزرعه(٥) .

وحاجة الغير قد تكون لواحد من هذه الأمور أو أكثر .

(١) تبين الحقائق ٤١/٦ ، الفتاوى الهندية ٣٩٦/٥ ، بدائع الصنائع ٣٨٤٣/٨ ، مجمع الأئمة ٥٦٥/٢ ، التاج والإكليل ٣٤٤٤٠٣٤٣/٥ ، حاشية الدسوقي والشرح الكبير ٧٤/٤ ، روضة الطالبين ٣٠٧/٥ ، مغنى المحتاج ٣٧٥/٢ ، كشف القناع ٤١٥/٢ ، ٤١٦ ، شرائع الإسلام ٢٧٩/٣ ، شرح الأزهار ٣٧٥/٣ .

(٢) روضة الطالبين ٣٠٧/٥ .

(٣) الفتاوى الخانية ١٩٠/٣ ، مجمع الأئمة ٥٦٧/٢ ، المنقلى ٣٩/٦ ، روضة الطالبين ٣٠٧/٥ .

(٤) المغنى والشرح الكبير ١٩٢/٦ ، مغنى المحتاج ٣٧٥/٢ .

(٥) روضة الطالبين ٣٠٩/٥ .

ومن المتفق عليه بين الفقهاء (١) : أن صاحب الحق في الماء إذا كان في حاجة للانتفاع به في رى أرضه وسقى زرعه أو لشربه ، وليس فيه زيادة عن حاجته ، فإنه يكون أحق بمائه ، وليس لأحد أن يشاركه في هذا الحق .

وذلك لأن تواعد النبي صلى الله عليه وسلم عن منع فضل الماء ولا فضل في هذا ، ولأن عليه في بذله ضرر ولا يلزمه نفع غيره بمضرة نفسه .

ولكن إذا كان في الماء فضل يزيد عن حاجته وحاجة زرعته وغرسه واحتاج لهذا الفضل جاره ، لانقطاع الماء عن زرعته ، وصار الزرع أو الغرس معرضاً للتلف ، فهل يلزم صاحب الحق في الماء ببذله لجاره ؟ .

اختلف الفقهاء في ذلك على رأيين :-

الرأى الأول :-

وإليه ذهب الحنفية (٢) وبعض الشافعية (٣) والأصح عند الحنابلة (٤) وبعض الزيدية (٥) والإمامية (٦) .

يرون أن الجار لا يجب عليه أن يمكن جاره الذي احتاج لماءه الزائد عن حاجته من الانتفاع به في إحياء زرعته الذي يخشى تلفه وهلاكه لانقطاع الماء عنه ، وذلك لأن الزرع لا حرمة له في نفسه ، على خلاف الماشية فإنه يجب بذله لها لحرمة الروح .

الرأى الثانى :-

وإليه ذهب المالكية (٧) وبعض الشافعية (٨) والحنابلة (٩) والأصح عند الزيدية (١٠) .

يرون أن الجار يجب عليه بذل الماء الزائد عن حاجته لجاره المحتاج إليه لإحياء زرعته أو غرسه ،

(١) مجمع الأنهر ٥٦٢/٢ ، المنتقى ٣٩/٦ ، التاج والإكليل ١٦/٦ ، زاد المحتاج ٤١٣/٢ ، المهذب ٤٢٨/١ ، المغنى والشرح

الكبير ١٩٦/٦ . (٢) الخراج لأبى يوسف ص ٩٦ ، الفتاوى البزازية ١١٦/٦ ، بدائع الصنائع ٣٨٣٩/٨ ، مجمع الأنهر ٥٦٢/٢

(٣) الأم ٦٨/٤ ، الأحكام السلطانية للماوردي ص ١٨٢، ١٨٣ ، المهذب ٤٢٨/١ ، مغنى المحتاج ٣٧٥/٢ ، روضة الطالبين ٣٠٩/٥ .

(٤) الأحكام السلطانية لأبى يعلى ص ٢٢٨ ، زاد المعاد ٣٥٧/٤ ، المغنى والشرح الكبير ١٩٤/٦ . (٥) السيل الجرار ٢٦١/٣ .

(٦) شرائع الإسلام ٢٧٩/٣ ، فقه الإمام جعفر ٥٣/٥ .

(٧) المدونة الكبرى ٣٧٤/٤ ، البيان والتحصيل ١٧٦/٩ ، معين الحكام ٧٩٠/٢ ، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ٧٢/٤ ، الخرشى

٧٤/٧ ، الفواكه الدوانى ٣٢٠/٢ ، القوانين الفقهية ص ٣٥٢ .

(٨) المراجع والمواضع السابقة للشافعية (٩) المراجع والمواضع السابقة للحنابلة . (١٠) البحر الزخار ٩٩/٥ .

دفعاً للضرر عنه وصيانة لزرعه أو غرسه من التلف والضياع .

وبعض أصحاب هذا الرأي يشترطون شروطاً لا بد من توافرها حتى يجب بذل الماء فالمالكية مثلاً يشترطون لوجوب بذل الماء أربعة شروط .

الشرط الأول :- أن يكون زرعاً أو غرساً على أصل ماء ، فانهارت البئر أو غارت العين . فأما أن يغرَس أو يزرع على غير أصل ماء ، فليس له أن يسقى بفضل جاره ، إلى أن يصلح بئره .
 ووجه ذلك : ما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم ﴿ لا يمنع نقع بئر ﴾ وفي رواية أخرى ﴿ لا يمنع رهو ماء ﴾ والرهو : الزائد ، ولأن المياه مبنية على الموساة ولذلك كان فضل ماء بئر الماشية مباحاً ، فإذا ثبت ذلك كان من دعته ضرورة إلى فضل ماء جاره أن يكون أحق به من تضييعه أو بذله لغيره ، وإذا كانت الشفعة ثابتة في الأملاك لرفع الضرر بسببها وكان أصلها المشاحة ، فبأن تثبت الموساة في المياه للضرورة الشائعة فيها مع كونها مبنية على الموساة أولى ، وليس كذلك من غرس على غير ماء فإنه لم يكن مضطراً .

الشرط الثاني :-

أن يخاف على زرعه أو نخله من عدم الماء ، فإن لم يخف على زرعه لم يكن له في فضل ماء جاره ، رواه أشهب عن مالك ، ووجه ذلك : أنه إنما أبيع له ذلك للضرورة ، فإذا لم يخف على زرعه فليس بمضطر كالذي يضطر إلى الطعام ويجد مال غيره فإن له أن يأكل منه ما يصرف عنه الضرورة وليس له مع عدم الضرورة .

الشرط الثالث :-

أن يفضل ماء صاحب البئر عن حاجته ويستغنى عنه ، فإن لم يفضل عنه شيء لم يكن له أن يأخذ منه ماء وهو يحتاج إليه ، ووجه ذلك : أنهما إذا تساويا في الحاجة فصاحب الماء أحق به كحالة الغنى عنه .

الشرط الرابع :-

أن يشرع من انهارت بئره أو غارت عينه في إصلاحها على حسب المعروف والإمكان فإن ترك ذلك واعتمد على السقى من ماء جاره فقد قال أشهب به في المجموعة عن مالك : ليس له أن يسقيها ، وقال مطرف في الواضحة : سقى بذلك إلى أن يصلح بئره ، والأول هو مشهور المذهب ، ووجه ذلك : أن هذا إنما أبيع له مع الضرورة التي ذكرناها ، والذي يترك إصلاح بئره واسترجاع مائه غير مضطر ، وذلك مثل الذي يضطر إلى أكل مال غيره لضرورة عدم ما يشتريه لا يباح

له، وإنما يباح له أن يأكل منه قدر ما يبلغ به إلى موضع الوجود مع شروعه في ذلك (١)

الراجع :-

أرى رجحان الرأى الثانى ، لأن فضل الماء لا فائدة فيه لصاحبه ، فهو زائد عن حاجته ، وفى هذا الفضل إحياء لزرع جاره الذى يتعرض للتلف والهلاك إن لم يسق بهذا الماء ، فيجب بذله كبذله لذى الروح ، والزرع وإن لم تكن له حرمة فإن لصاحبه حرمة وتجب صيانة ماله عن التلف والضياع ، كما أن الإرفاق بالجار ومنع الضرر عنه مندوب إليه شرعا ، واستعمال الجار ماء جاره أمر دعت إليه الضرورة ، وليس فيه إبطال لحق جاره مالك الماء ، ولأن نهى النبى صلى الله عليه وسلم عن منع فضل الماء نهى عام ، والنهى لا يكون إلا عن محرم ، والمحرم هنا منع المحتاج للماء . فالراجع إذن بذل الزائد عن حاجته .

ولكن وفقا للرأى الثانى هل يأخذ عوضا على هذا البذل أم لا ؟ .

اختلف أصحاب الرأى الثانى فى ذلك على قولين :-

الأول :-

وإليه ذهب المالكية فى المشهور عنهم (٢) والشافعية (٣) والحنابلة (٤) .

عدم أخذ العوض عن ذلك ، فإن بذل الماء واجب ديانة ، ولا يأخذ من فعل الواجب عليه عوضا عنه سواء أكان المضطر غنيا أم فقيرا ، ولأنه فضل ما يقضى به فلم يكن له ثمن كبئر الماشية .

الثانى :-

وإليه ذهب أشهب وابن يونس من المالكية (٥) .

إن كان عنده ثمن فله فضل ما يكون بالثمن ، وإن لم يكن عنده ثمن سقيت له بغير ثمن .

الراجع :-

لو نظرنا إلى القولين نجد أن الرأى الأول أرفق ، لأن الانتفاع بالماء قائم على الموساة فيبذله دون مقابل موافق لروح الفقه الإسلامى ، فالشريعة الاسلامية مبنية على التسامح والإحسان بالجار ، وإن كان الرأى الثانى أقيس ، لأنه يلزم المضطر تعويض مالك الماء .

(١) المنتقى ٤٠،٣٩/٦ ، حاشية الدسوقى والشرح الكبير ٧٢/٤ ، ٧٢ . (٢) المدونة ٣٧٤/٤ ، الفواكه الدوانى ٢/٢٢١ ، المنتقى ٤٠/٦ ، حاشية الدسوقى والشرح الكبير ٧٢/٤ ، الخرشى ٧٤/٧ . (٣) الأم ٦٨/٤ ، الأحكام السلطانية للمواردى ص ١٨٤ ، مغنى المحتاج ٣٧٥/٢ ، روضة الطالبين ٣١٠/٥ ، فتح البارى ٤٠/٥ . (٤) القواعد ص ٢٤٣ قاعدة ٩٩ ، زاد المعاد ٣٥٧/٤ ، جامع العلوم والحكم ص ٣٨٨ ، الأحكام السلطانية لأبى يعلى ص ٢٢٩ . (٥) المراجع السابقة للمالكية .

المبحث الثاني حق الشرب في القانون

تمهيد :

لما كانت مصر بلداً زراعياً ، فقد أعطى الشارع نظام الري والصرف قسطاً كبيراً من العناية ، يتفق مع ما للزراعة من أهمية بالغة في الاقتصاد القومي .
وقد عنى التقنين المدني الحالي بتنظيم بعض الأحكام الأساسية في تنظيم الانتفاع بالمياه في الري والصرف ، وذلك في المواد ٨٠٨ إلى ٨١١ من القانون المدني .
أما بقية الأحكام فيرجع بشأنها إلى القانون رقم ٧٤ لسنة ١٩٧١ الخاص بالري والصرف ، فقواعده تكمل وتفصل ماورد من أحكام في القانون المدني ، وذلك باعتبار هذا القانون هو التنظيم الأصلي والشامل في هذا الخصوص (١) .

وليس هنا مقام دراسة جميع المسائل التي نظمها قانون الري والصرف ، فإن ما يعنينا هنا بصفة أساسية هو الأحكام الواردة بالتقنين المدني .

وقد تكلم عنها التقنين الحالي في معرض حديثه عن القيود التي ترد على الملكية ، وصور ذلك بالمادة ٨٠٦ مدني بقولها " على المالك أن يراعى في استعمال حقه ما تقضى به القوانين والمراسيم واللوائح المتعلقة بالمصلحة العامة أو بالمصلحة الخاصة " .

ثم أورد المشرع الأحكام المتعلقة بحق الشرب ثم بحق المجرى ثم بحق المسيل ، ثم تكلم عن الأحكام العامة المشتركة بين هذه الحقوق الثلاثة . وسوف أبين هذه الحقوق على الترتيب السابق وقبل الحديث عن حق الشرب أبين أنواع المياه التي يسقى منها .

أنواع المياه :

تتنوع المياه التي يحصل منها الشرب إلى نوعين :

النوع الأول : المجارى العامة :

هذه المجارى العامة هي عماد الري في مصر ، وهي تشمل بصفة أساسية ، النيل والترع العامة والمصارف العامة .

(١) د / عبد المنعم الصدة ، المرجع السابق فترة ٦٣ ص ٩٦ ، د / أحمد سلامة ، القانون الزراعي لفرة ٦٢ ص ٢٣٧ .

وقد عرفت المادة الثانية من قانون الري والصرف الترع العامة بقولها : " يعتبر ترعة عامة كل مجرى معد للري تكون الدولة قائمة بنفقات صيانته يوم العمل بهذا القانون ، ويكون مدرجاً بسجلات وزارة الأشغال العمومية أو فروعها ، وكذلك المجارى التى تنشئها وزارة الأشغال العمومية بوصفها ترعة عامة وتدرجها فى سجلاتها بهذا الوصف " .
ومن هذا يتضح أن الترعة تكون عامة إذا توافر شرطان .

أولاً : أن تقوم الدولة بنفقات صيانتها

ثانياً : أن تكون مدرجة بسجلات وزارة الأشغال العمومية بهذا الوصف .

فإذا تخلف أحد هذين الشرطين بأن كانت نفقات صيانة الترعة على كاهل الملاك الذين يروون أراضيهم منها ، أو كانت الدولة هى القائمة بنفقات صيانتها ولكنها غير مدرجة بسجلات الوزارة فإنها تعتبر من المساقى الخاصة ، وتسرى عليها أحكامها (١) .

ثم نصت المادة ٤ من قانون الري والصرف على أنه يجوز بقرار من وزير الأشغال العمومية (وزير الري) أن تعتبر أية مسقاة أو مصرف خاص ترعة عامة أو مصرفاً عاماً ، إذا كانت هذه المسقاة متصلة مباشرة بالنيل أو بترعة عامة تستمد المياه من أيهما ، أو إذا كان المصرف الخاص متصلاً مباشرة بالنيل أو بمصرف عام أو بحيرة ويصب فى أى منهما ، ولا تدفع الحكومة أية تعويضات عن الأرض المشغولة بالمسقاة أو المصرف قبل اعتباره عاماً .

ثم بينت " م ٣١ رى وصرف) أن " لوزارة الري الهيمنة على توزيع مياه الري بالمجارى العامة على اختلاف أنواعها ، وتوزيع مياه كل مجرى عام على المآخذ الخاصة التى تتغذى منه ، ولها إدخال ماترى إدخاله من التغيير والتعديل فى نظام الري والصرف ، وتطهير ماترى ضرورة لتطهيره من الترع والمصارف العامة فى الأوقات وبالكيفية التى تراها " .

ثم بنيت المادة (٣٦ رى وصرف) أنه " ولا يجوز إنشاء مآخذ المياه فى جسور النيل أو جسور الترع العامة قبل الحصول على ترخيص بذلك من وزارة الري ، ويكون إجراء جميع الأعمال الواقعة تحت جسور النيل بواسطة وزارة الري وعلى نفقة الطالب " (٢) .

(١) د/ محمد عرفة ، المرجع السابق ص ٦٢

(٢) د/ السنهورى ، الوسيط ج ٨ فقرة ٤٤٤ ص ٧١٦ وما بعدها ، د/ حسن كيرة ، المرجع السابق فقرة ٦٦ ص ٢٠٣ ، ٢٠٤ .

من هذه النصوص نجد : أن المشرع قد عنى بحماية هذه المجارى العامة ، ونظم كيفية الانتفاع بها وبأن الانتفاع بها حق لكل الناس على قدم المساواة فى الحدود التى يقرها القانون (١)
٢ - النوع الثانى : المساقى والمصارف الخاصة :

المسقاة الخاصة هى مجرى ماء معد للرى ، ينشئه المالك فى أرضه لريها ، والأصل أن له وحده استعمالها .

ولكن الشارع أورد فى شأنها قيوداً نصت عليها المواد من ٨٠٨ إلى ٨١١ مدنى (٢) .
وهذه القيود هى موضوع دراستنا ..

بعد هذا العرض السريع لأنواع المياه ، سوف أبين هذه القيود المتعلقة بالشرب والمجرى المسيل

حق الشرب فى القانون المدنى

يقصد بحق الشرب :

حق المالك فى أن يروى أرضه من مسقاة خاصة مملوكة لشخص آخر (٣) .
وهو بهذا الاعتبار يعتبر قيوداً على حق الملكية ، لأن الأصل أن المسقاة التى ينشئها شخص طبقاً للقانون فى أرضه ، ملك له ، ويكون له وحده حق استعمالها .

وقد نصت المادة ٨٠٨ مدنى على هذا الحق بقولها (١ - من أنشأ مسقاة أو مصرفاً خصوصياً طبقاً للوائح الخاصة بذلك كان له وحده حق استعمالها . ٢ - ومع ذلك يجوز للمالك المجاورين أن يستعملوا المسقاة أو المصرف فيما تحتاجه أراضيهم من رى أو صرف ، بعد أن يكون مالك المسقاة أو المصرف قد استوفى حاجته منها ، وعلى المالك المجاورين فى هذه الحالة أن يشتركوا فى نفقات إنشاء المسقاة أو المصرف وصيانتها بنسبة مساحة أراضيهم التى تنتفع منها) وتعرف المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي الشرب فتقول : (القاعدة أن من أنشأ مسقاة على نفقته الخاصة طبقاً للوائح المتعلقة بذلك كان مالكا لها ، وكان له وحده حق استعمالها ، على أنه إذا استوفى حاجته منها ، وبقي بعد ذلك من الماء ما تحتاج إليه أراضي المالك المجاورين ، فلهؤلاء أن يأخذوا ما هم فى حاجة إليه ، على أن يشتركوا فى نفقات إنشاء المسقاة وصيانتها بنسبة

(١) / الصدة ، السابق فقرة ٦٤ ، ص ٩٩ ، ١٠٠ .

(٢) د / الصدة ، السابق فقرة ٦٥ ، ص ١٠٠ ، د/ السهوى ، السابق ، فقرة ٤٤٤ ، ص ٧١٨ .

(٣) د. منصور مصطفى ، المرجع السابق فقرة ٢٧ ص ٦٥ ، د. الصدة ، السابق فقرة ٦٦ ص ١٠١ .

مساحة أراضيهم التي تنتفع منها)(١) .

يتبين من ذلك :-

أن ملكية المياه الفائضة عن الحاجة ، تنزع من مالكيها لا لمصلحة عامة بل لمصلحة خاصة، ويدفع للمالك التعويض المناسب عن ذلك ، وهذا قيد على حق الملكية خطير بقدر ما هو عادل ، ويلاحظ أن مالك المسقاة مفضل على الجيران ، فهو الذى يستوفى حاجته من المياه أولاً ويأتى الجيران بعد ذلك . فإن تراحموا قدم من كانت حاجته أشد ، ويترك تقدير ذلك للجهة الإدارية المختصة(٢) .

وبذلك قرر المشرع حق الشرب القانونى للأراضى المجاورة للمسقاة الخاصة المملوكة للغير ولذلك نصت المادة ١٤ من قانون الرى والصرف على أنه (تعتبر الأراضى التى تمر فيها مسقاة أو مصرف خاص محملة بحق ارتفاع لصالح الأراضى الأخرى التى تنتفع بتلك المسقاة أو بذلك المصرف ما لم يتم دليل على خلاف ذلك)(٣) .

فالشارع بمقتضى هذا النص يعتبر ارتفاع أرض بمسقاة خاصة أو مصرف خاص مملوك للغير قرينة على أن لتلك الأرض حق الانتفاع بهذه المسقاة أو بهذا المصرف ، حتى يقوم الدليل على عكس ذلك ولكى يتحقق حق الشرب وفقاً لما سبق لابد من تحقق شروط معينة .

شروط الحصول على حق الشرب :-

يشترط للحصول على حق الشرب توافر أربعة شروط .

الشرط الأول :

وجود مسقاة خاصة للمالك .

يجب أن توجد مسقاة خاصة للمالك ، وهى مجرى ماء معد للرى ينشئه المالك فى أرضه لريها ، أما الترخية العامة ، فلا شأن لحق الشرب بها ، لأن الجميع سواء فى رخصة الانتفاع بمياهها وفقاً للنظام الذى تضعه وزارة الرى وتشرط على تنفيذه . ويسرى حق الشرب على جميع المساقى الخاصة سواء أكانت صيفية أى تجرى فيها المياه طوال السنة ، أم نيلية أى لا تجرى فيها إلا أثناء فيضان النيل(٤) .

(١)(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية حـ ٦ص ٤٤ ، د. السنهورى ، السابق فقرة ٤٤١ص ٧١٢ .

(٣) د. الصدة ، السابق فقرة ٦٦ ص ١٠٢ .

(٤) د. محمود زكى ، القانون الزراعى فقرة ٤٠ص ٨٨، ٨٩ ، د. السنهورى ، السابق فقرة ٤٤٤ ص ٧١٦ .

وقد قضت محكمة النقض (١) بأن وصف المسقاة عامة أو خاصة ، هي مسألة قانونية يتعين على المحكمة أن تتعرض لها ، وأن تبدى الرأى فيها على هدى من تعريف قانون الرى لها .
وقضت أيضا : (٢) بأن مهمة الخبير إنما تقتصر على تحقيق الواقع فى الدعوى ، وإبداء الرأى فى المسائل الفنية التى يصعب على القاضى استقصاء كنهها بنفسه دون المسائل القانونية .
الشرط الثانى :-

استيفاء المالك أو لا لحاجته من مسقاته .

لا يقوم حق الشرب إلا على المياه الفائضة عن حاجة المالك الذى له أولوية الحصول على المياه الكافية لرى أرضه ، فله أن يستوفى أو لا حاجته كاملة منها ، وليس عليه أن يوفر وسائل أخرى لرى أرضه ، كأن يركب آلة رافعة ، ولو كان ذلك يسيرا عليه ما دامت عنده مسقاة كافية لسد حاجته ، فإذا ما روى أرضه ريا كافيا ، وفاضت مياه بعد ذلك فى مسقاته ، قام حق الشرب لجاره على هذه المياه الفائضة .

وإذا كانت المسقاة مملوكة لأكثر من مالك ، كان لكل مالك أن يأخذ المياه منها بنسبة مساحة ما يملكه من الأراضى (٣) .

الشرط الثالث :-

وجود جار لمالك المسقاة .

يجب أن يكون طالب حق الشرب من مياه المسقاة الفائضة جارا لمالك المسقاة . والجوار له صور ثلاث ، تدخل كلها فى المعنى المقصود بالجوار .
أولا :-

أن تكون أرض الجار ملاصقة لضفة المسقاة ، فتكون المسقاة فى هذه الصورة حدا فاصلا ما بين أرض الجار وأرض المالك وقد انعقد الإجماع على أن للجار فى هذه الصورة أن يطلب حق الشرب ، إذ هو جار ملاصق للمسقاة ذاتها .

(١) نقض مدنى ١٤/٤/١٩٣٨ موسوعة عمر رقم ١١٢ ص ٣٩٩ ، ونقض مدنى ١١/٦/١٩٨٥ مجموعة أحكام النقض ٧٣٠/٢ .

(٢) نقض مدنى ١١/٦/١٩٨٥ مجموعة أحكام النقض ٧٧١/٢ .

(٣) د. السنهورى ، السابق فقرة ٤٤٥ ص ٧١٨ ، د. محمود زكى ، السابق فقرة ٤٢ ص ٨٩ ، د. نزيه المهدي ، القانون الزراعى

ص ١٣١ ، د. إسماعيل شاهين ، أصول القانون الزراعى ص ١٥٥ .

ثانياً :-

أن تكون أرض الجار فاصلاً بين أرض المالك وبين مأخذ مياه المسقاة ، فتعتبر مياه المسقاة في هذه الصورة أرض الجار في مجرى يحصل عليه المالك ، حتى تصل مياه المسقاة إلى أرض المالك ، وفي هذه الصورة لا شك أيضاً في أن أرض الجار تعتبر ملاصقة للمسقاة ، بحكم مرور مياه المسقاة فيها ، فيكون للجار أن يحصل على حق الشرب من المسقاة (١) .

ثالثاً :-

أن تكون المسقاة داخل أرض المالك ، فلا هي تقع في حدود هذه الأرض ، ولا هي تعبرها حتى تصل إلى أرض المالك ، وهذه الصورة أثارت خلافاً في الفقه .
فذهب البعض (٢) إلى أنه ليس للجار الحصول على حق الشرب في هذه الصورة ، لأنه يشترط وجود التلاصق بين أرض هذا الجار وبين المسقاة ذاتها ، ولا يكفي مجرد الجوار للأرض التي أنشئت فيها المسقاة .

وذهب البعض (٣) - وهو ما أميل إليه - إلى أنه يكفي الجوار للأرض التي أنشئت فيها المسقاة . ومن ثم يكون للجار في هذه الصورة الحق في المطالبة بحق الشرب . ذلك لأن عبارة (الملاك المجاورين) التي وردت في نص المادة "٢/٨٠٨ مدني" وردت مطلقة لا تميز بين جار ملاصق للمسقاة ، وجار ملاصق للأرض التي فيها المسقاة ، فكلاهما جار في معنى النص ، ولأن الحكمة في الحاليتين متوافرة وهي حاجة الجار إلى رى أرضه فواجب التضامن يقضى بأن يكون للجار الحصول على حق الشرب في الحاليتين ، وإن كان ذلك يستلزم حصول الجار على حق مجرى في أرض المالك حتى تمر فيه المياه من المسقاة إلى أرض هذا الجار .

(١) د. السنهوري السابق فقرة ٤٤٦ ص ٧١٩ ، د. حسن كيرة ، السابق فقرة ٦٧ ص ٢٠٦ .

(٢) د. محمد مرسى ج١ فقرة ٢٩٢ ، د. محمد عرفة ، السابق ص ٦٥ ، د. حسن كيرة ، السابق فقرة ٦٧ ص ٢٠٦ ، د. توفيق فرج ، السابق فقرة ٧٠ ص ١٦٥ .

(٣) د. السنهوري ، السابق فقرة ٤٤٦ ص ٧٢٠ ، د. شفيق شحاتة ، السابق فقرة ٣٧١ ص ٣٦٤ ، د. عبد المنعم البدر اوى ، السابق فقرة ٣٥٤ ص ٣٩٧ ، د. إسماعيل غانم ، السابق فقرة ٥١ ص ١٠٩ ، د. الصدة ، السابق فقرة ٦٦ ص ١٠٢ ، د. منصور ، السابق فقرة ٢٧ ص ٦٦ ، د. أحمد سلامة ، السابق فقرة ٦٤ ص ٢٤٠ ، د. إسماعيل شاهين ، السابق ص ١٥٧ .

وإذا تعدد الملاك المجاورون فإن معيار التفضيل بينهم ليس بالتلاصق بالمسقاة ذاتها بل بحسب حاجة كل منهم إلى المياه الفائضة ، إذ يفضل من كان منهم أشد حاجة إلى المياه من الآخرين ، بحيث يستوفى حاجته من المياه ، ثم يتبعه الآخرون ، ويترك تقدير ذلك للجهة الإدارية الخاصة . وهي تفتيش الرى(١) .

الشرط الرابع :-

أن يكون الجار فى حاجة إلى رى أرضه .

يشترط أيضا لى يحصل على حق الشرب ، أن يكون فى حاجة إلى رى أرضه ، وتقوم هذه الحاجة إذا لم يكن لديه مورد للماء ، أو كان لديه مورد آخر للمياه غير كاف لرى أرضه ، فيكون له فى الحالتين حق طلب الشرب لرى أرضه ريا كافيا .
بيد أن الجار المحتاج إلى فائض المياه لرى أرض قد يكون جارا لأكثر من مسقاة كل منها مملوك لشخص معين ، فى هذه الحالة يكون له حق اختيار المسقاة التى يحصل منها على حق الشرب حسبما يرى فى ذلك مصلحته ، بشرط أن يكون غير متعنت فى اختياره .
فإذا توافرت هذه الشروط ، كان للجار حق الشرب فى المسقاة فى مقابل تعويض يدفعه لمالكها(٢)

الإجراءات الواجب اتباعها للحصول على حق الشرب :-

تنص المادة ١٦ من قانون الرى والصرف "المعدلة بالقانون رقم ٢٩ لسنة ١٩٥٦" على أنه : (إذا رأى أحد ملاك الأطنان أنه يستحيل أو يتعذر عليه رى أرضه ريا كافيا أو صرفها صرفا كافيا إلا بإنشاء مسقاة أو مصرف فى أرض ليست ملكه ، أو باستعمال مسقاة أو مصرف موجود فى أرض الغير ، وتعذر عليه التراضى مع أصحاب الأراضى ذوى الشأن ، أو وكلائهم الرسميين فيرفع شكواه لمفتش الرى ، ليأمر بإجراء التحقيق فيها ، وعلى التفتيش أن يطلب جميع الخرائط والمستندات التى يستلزمها بحث الطلب ، فى مدة لا تتجاوز أسبوعين من تاريخ وصول الطلب إليه ...) .

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ج٦ ص٤٤ ، د. السنهورى ، السابق فقرة ٤٤٦ ص ٧٢٠، ٧٢١

(٢) د. السنهورى الموضوع السابق، د. محمود زكى ، السابق فقرة ٤٤ ص ٩١ ، د. أحمد سلامة ، السابق فقرة ٦٤ ص ٢٤١ ، د. أنور

طلبية ، الوسيط فى القانون المدنى ح٣ ص٢٨ ، د. محمد عرفة ، السابق ص٦٦ .

لو تأملنا هذا النص نجد أنه لا يتعلق فحسب بحق الشرب ، بل هو أيضا يتناول حق المجرى وحق المسيل ، فإجراءات هذه الحقوق الثلاثة واحدة (١) .
وهذا النص يبين أن إجراءات الحصول على أحد الحقوق الثلاثة يمر بمرحلتين :-
المرحلة الأولى :-

مرحلة التراضى مع الجار الذى تقرر القيد على ملكه .

وهذه المرحلة تعنى أن المشرع يفضل أن يتراضى الجيران على (إنشاء ارتفاق) بالشرب أو المجرى أو بالمسيل .

المرحلة الثانية :-

مرحلة الإيجاب :

وهى تعنى أن الطرفين إذا لم يتراضيا على إنشاء الحق المطلوب ، سلك طالب الحق الطريق الإجبارى ، برفع شكواه لمفتش الرى الذى يأمر بإجراء التحقيق فيها ، ويطلب المحقق جميع الخرائط والمستندات التى يستلزمها بحث الطلب فى مدة لا تتجاوز أسبوعين من تاريخ وصول الطلب إليه ، ويتولى مدير أعمال هندسة الرى إجراء التحقيق فى موقع المسقاة أو الصرف ، وعليه أن يعلن بكتاب موصى مصحوب بعلم الوصول ، كل ذى شأن أو وكلائهم الرسميين ورئيس الجمعية التعاونية الزراعية بالناحية بالمكان والموعده اللذين يحددهما قبل الانتقال إلى الموقع المذكور بأربعة عشر يوما على الأقل .

وتعرض نتيجة هذا التحقيق على مفتش الرى ، الذى يصدر قرارا مسببا بإجابة الطلب أو رفضه بعد استيفاء التحقيق إذا رأى ضرورة لذلك .

ويجب أن يصدر القرار خلال شهرين من تاريخ استيفاء تلك الخرائط والمستندات ، ويعلن القرار المذكور لكل ذى شأن بكتاب موصى عليه مصحوب بعلم الوصول (٢) .

وسواء أصدر القرار بإجابة الطلب أم برفضه ، فإنه يجوز لكل ذى شأن أن يتظلم إلى وزير الرى منه ، ويقدم التظلم خلال خمسة عشر يوما من تاريخ إعلان صاحب الشأن بالقرار ويترتب على تقديم التظلم وقف تنفيذ القرار ما لم يكن منصوصا فيه على تنفيذه بصفة عاجلة ، ويتم البت فى التظلم خلال ثلاثين يوما من تاريخ وصوله إلى مكتب الوزير ، فإذا لم يبت فيه خلال هذه المدة اعتبر التظلم مرفوضا (م٢٩ من قانون الرى والصرف) .

(١) د. السنهورى ، السابق فقرة ٤٤٨ ص ٧٢٢ . (٢) د. أحمد سلامة ، السابق فقرة ٦٧ ص ٢٤٨ .

وهذا القرار الصادر فى شأن الطلب قرار إدارى يجوز الطعن فيه أمام القضاء الإدارى (١) وإذا صدر القرار بإجابة الطلب ولم يتظلم فيه أو رفض التظلم ، وأجاز القرار للجار الانتفاع بالمسقاة ، وجب تعويض مالك المسقاة (٢) .

تعويض الضرر الناشئ عن تقرير حق الشرب :-

القاعدة العامة : أن أى واحد من الحقوق الثلاثة - الشرب والمجرى والمسيل - لا يتقرر بغير مقابل يدفع للمالك نتيجة القيد الذى تقرر على ملكه . وبجانب ذلك : إذا أصاب هذا المالك ضرر آخر نتيجة استعمال الحق ، فإنه يستحق أيضا تعويضا عنه (٣) .

ومن ثم فهناك صورتان للتعويض :-

تعويض فى منزلة المقابل لتقرير الحق ، وتعويض عن الأضرار التى عساها تنشأ نتيجة استعمال هذا الحق .

أ- التعويض الناشئ عن تقرير الحق فى الشرب :-

يشمل التعويض جزءا من مصروفات إنشاء المسقاة وقت تقرير الانتفاع محسوبا بنسبة مساحة الأرض التى تنتفع من المسقاة إذا كان الانتفاع كليا . أما إذا كان الانتفاع جزئيا ، فعين مراعاة ذلك فى تقدير التعويض الذى يكون بنسبة مساحة الأرض وبنسبة انتفاعها . ولا يمتد التعويض إلى ما يقابل جزءا من ثمن الأرض التى حفرت المسقاة فيها ، فهى تبقى ملكا خالصا لصاحبها ، ولا يكون للجار عليها إلا حق عيني (٤) .

فلاشتراك إذا فى نفقات الإنشاء والصيانة (م ٨٠٨ مدنى) وينتقد بعض الفقهاء (٥) اشتراكه فى هذه المصروفات ، ويرى أنه ما دام حق الشرب لا يعنى إشراكهم فى ملكية المسقاة ، وما دام أن حقهم فى الأخذ من مياه المسقاة لا يبدأ إلا عقب استيفاء مالكةا حاجته منها ، فلا يبقى أى معنى لإشراكهم فى نفقات الإنشاء ، بل يكفى إلزامهم بالاشتراك فى نفقات الصيانة وحدها .

(١) د. أحمد سلامة ، السابق فقرة ٦٧ ص ٢٤٨ ، د. إسماعيل شاهين ، السابق ص ١٧٦، ١٧٧ .

(٢) د. السنهورى الموضوع السابق

(٣) د. أحمد سلامة ، السابق فقرة ٦٨ ص ٢٤٩ .

(٤) د. شفيق شحاتة ، السابق فقرة ٣٧٣ ، د. الصدة ، السابق فقرة ٦٦ ص ١٠٣ ، د. السنهورى ، السابق فقرة ٤٤٨ ص ٧٢٥ ، د.

منصور ، السابق فقرة ٢٧ ص ٦٧ ، د. أحمد سلامة الموضوع السابق .

(٥) د. محمد عرفة ، السابق ص ٦٥، ٦٦ ، د. حسن كيرة ، السابق فقرة ٦٧ ص ٢٠٨ .

ويراعى أنه إذا تعاقبت طلبات حق الشرب من المسقاه من الجيران فى تواريخ مختلفة فإنه يجب على كل جار لاحق أن يتحمل حصته فى نفقات الإنشاء ويرد لمن سبقه من الجيران وللمالك نصيبه من هذه الحصّة .

ب- التعويض عن الأضرار التى تنشأ عن استعمال الحق .

لا يتصور ذلك فى حق الشرب ، بل هو قاصر على حقى المجرى والمسيل ، وفى ذلك تنص المادة ٨١٠ مدنى على أنه : (إذا أصاب الأرض ضرر من مسقاة أو مصرف يمر بها ، سواء أكان ذلك من عدم التطهير أم عن سوء حالة الجسور فإن لمالك الأرض تعويضا كافيا عما أصابه من ضرر) .
تقدير التعويض :-

يجرى التعويض وفق قواعد المسؤولية التصيرية ، فهو يكون كاملا عن جميع الأضرار ويقدر عند عدم الاتفاق عليه وديا ، عن طريق تشكيل لجنة برئاسة مفتش الرى أو من ينيبه وعضوية مفتش المساحة وعمدة البلد ، ويصدر قرارها بأغلبية الآراء ، ويكون نهائيا (١) .
وقد ثار التساؤل عن موعد دفع التعويض ، هل يدفع مقدما أم لا ؟ .

أقول : كان المشروع التمهيدي لنص المادة ٨٠٩ مدنى يقضى بأن يدفع التعويض مقدما ، ولكن هذا الحكم حذفه مجلس النواب ، واستبدل به (أن يكون التعويض تعويضا عاجلا) ولكن المادة ١/١٨ من قانون الرى والصرف تنص على أنه : (لا ينفذ القرار الصادر بمقتضى المادتين السابقتين ، إلا بعد أداء تعويض لجميع الأشخاص الذين لحقهم ضرر من هذا القرار) ومعنى ذلك : أن يدفع التعويض مقدما ، فلا يجوز إذن تقييده ، ومن ثم لا يجوز البدء بأعمال الإنشاء قبل دفع التعويض الواجب ، كذلك ما يتعلق بمصروفات الصيانة يدفعها الجار على دفعات مقدما ، إلا إذا تم الاتفاق بين أصحاب الشأن على غير ذلك (٢) .

ولكن بعض الفقهاء يرى : (٣) أنه لا يشترط دفع التعويض مقدما ، لأن التقنين الحالى لم يشترط ذلك ومن ثم يجوز دفعه مقدما ويجوز دفعه مقسطا على السواء .

(١) د. أحمد سلامة ، السابق فقرة ٦٨ ص ٢٥١ ، د. السنهورى السابق فقرة ٤٥٣ ص ٧٣٦ .

(٢) د. السنهورى ، السابق ص ٧٣٧ ، د. محمود زكى ، السابق فقرة ٥٢ ص ٩٩ ، د. إسماعيل شاهين ، السابق ص ١٨١ .

(٣) د. محمد عرفة ، السابق فقرة ٢١٤ ص ٢٧٢ ، د. حسن كيرة ، السابق فقرة ٦٨ ص ٢١٢ .

الإصلاحات الضرورية للمساقاة التي يتعدد المنتفعون بها :-

تنص (م ٨١١ مدنى) على ما يلى :- (إذا لم يتفق المنتفعون بمساقاة أو مصرف على القيام بالإصلاحات الضرورية ، جاز إلزامهم بالاشتراك فيها بناء على طلب أى واحد منهم) . وتنص المادة ١١ من قانون الرى والصرف على أن (أصحاب الأراضى المنتفعة بالمساقى والمصارف الخاصة مكلفون على نفقتهم بتطهيرها وصيانتها وحفظ جسورها فى حالة جيدة) . هذان النصان : اشتملا على حكم عام يشمل جميع صور تعدد المنتفعين بمصرف خاص أو مسقااة خاصة ، سواء أكانوا جميعا قد اشتركوا فى الإنشاء أم أن واحدا منهم كان هو المنشئ وثبت للباقيين حق الانتفاع . ويستوى أيضا أن يكون بعضا منهم مالكا والبعض الآخر له حق الشرب أو المسيل . **فى جميع الصور : يجب على ملاك الأراضى المنتفعة بالمساقى الخاصة تطهيرها وإزالة جميع النباتات الضارة والحشائش المعوقة لسير المياه فيها وصيانتها وحفظ جسورها فى حالة جيدة فالنفقات التى يلتزم بها كل منتفع هى نفقات الإصلاحات الضرورية ، وهى التطهير والصيانة وحفظ الجسور ، وتقدر على أساس نسبة مساحة الأرض متى كان الانتفاع كاملا . فإذا كان جزئيا دخل فى التقدير مقدار الاستفادة .**

ويجوز لأى منتفع أن يطلب إلزام زملائه بالاشتراك فى هذه النفقات ، بل ويجوز لتفتيش الرى أن يتصدى لذلك من تلقاء نفسه طبقا لنص المادة ١١ من قانون الرى والصرف ، ثم يحصل النفقات بالطرق الإدارية من أصحاب الأراضى كل بنسبة مساحة أرضه التى تنتفع بالمسقااة أو المصرف . ولعل حكمة ذلك : أن إصلاح المساقى والمصارف الخاصة ليس أمرا يعنى المنتفعين بها فحسب بل يعنى أيضا المصلحة العامة فى الاقتصاد الزراعى .

وأخيرا : فإن التزام المنتفع بنفقات الإصلاحات الضرورية ليس التزاما عينيا ، ومن ثم فهو لا يسقط حتى ولو تخلى المدين به عن استعمال المصرف أو المسقااة (١) .

الجهة المختصة بالفصل فى منازعات الرى والصرف :-

ثار جدل كثير حول تحديد الجهة المختصة بنظر منازعات الرى والصرف ، حيث كانت محل خلاف فقهى وقضائى وتشريعى فى ظل التقنين المدنى القديم ، ولائحة الترع والجسور الصادر بشأنها الأمر العالى فى ٢٢ فبراير ١٨٩٤ .

(١) د. أحمد سلامة ، السابق فقرة ٦٩ ص ٢٥٣ ، د. السنهورى ، السابق فقرة ٤٤٩ ص ٧٢٥ وما بعدها ، د. محمود زكى ، السابق فقرة

٥٣ ص ١٠٠ وما بعدها ، د. إسماعيل شاهين ، السابق ص ١٨٢ .

ثم جاء قانون الري والصرف وقطع الخلاف حول تحديد الجهة الإدارية المختصة ، وبين أن الجهة الإدارية المختصة هي تفتيش الري . كما بين بأنها أيضا مختصة بجرائم الري والصرف .

وهذا ما نصت عليه المادة ٧٥ مكرر من قانون الري والصرف بقولها : (يختص بالفصل في هذه الجرائم لجنة إدارية ، تشكل من المحافظ أو من ينوب عنه رئيسا ، ومن عضو من مصلحة الري يندبه وزير الأشغال العمومية (الري) وعضو يختاره المحافظ من الملاك الزراعيين في المحافظة) غير أن المادة ٣٧ من قانون المرافعات الحالي تقضى باختصاص المحكمة الجزئية بالحكم في الدعاوى المتعلقة بالانتفاع بالمياه وتطهير الترع والمساقى والمصارف . ولعل الشارع أراد بهذا النص قصر نطاقه على الدعاوى المتعلقة بتثبيت حق سابق إذا حصل اعتداء عليه . فالمحاكم العادية إذن تختص فقط بالدعاوى المتعلقة بأصل الحق (١) .

(١) د. أحمد سلامة ص ٢٥٤ ، د. محمود زكي ص ١٠٢ ، د. إسماعيل شاهين ص ١٨٥ ، د. توفيق فرج ، السابق فقرة ٧٥ ص ١٧٢ ، د.

منصور ، السابق فقرة ٣٠ ص ٧١،٧٠ ، د. الصدة ، السابق فقرة ٧٢ ص ١٠٩ ، د. محمد عرفة ، السابق ص ٧٣

المبحث الثالث

الموازنة بين الفقه الإسلامى والقانون من حيث حق الشرب

هناك أوجه اتفاق ، وأوجه خلاف بينهما وسوف أبين ذلك فيما يلى :-

أ- أوجه الاتفاق :-

يتفق القانون مع الفقه الإسلامى فيما يلى :-

أولا :-

يتفق القانون مع الفقه الإسلامى فى أن المجارى العامة كالنيل والترع العامة الانتفاع بها يثبت لكل الناس على قدم المساواة . بشرط ألا يضر بحقوق الآخرين .

واتفقوا أيضا على أن كرى أو إصلاح هذه المجارى العامة على بيت المال ، لأن منفعتها لعامة الناس .

ثانيا :-

يتفق القانون مع الفقه الإسلامى فى أن المياه الخاصة ملك لصاحبها ، فإن زاد شئ عن حاجة مالكها ، واحتاج لهذا جاره فإنها تدفع لجاره على سبيل الإرفاق والإحسان بجاره .

ولكن هل يجبر على بذل هذا الفضل ؟ الرأى الراجح فى الفقه الإسلامى - من وجهة نظرى - أنه يجبر على ذلك إن امتنع ، ولكن ذلك بشروط - كما سبق أن بينا - وبهذا القول الراجح أخذ القانون .

ثالثا :-

يتفق القانون مع الفقه الإسلامى فى أن إجراءات الحصول على حق الشرب تتم أولا بالتراضى ، وإلا فبالإجبار عن طريق اللجوء إلى القضاء .

رابعا :-

يتفق القانون مع الفقه الإسلامى فى جواز بيع حق الشرب تبعا للأرض أو بيعه وحده ، وأيضا أخذ التعويض عن الأضرار الناشئة عن تقرير هذا الحق .

خامسا :-

يتفق القانون مع الفقه الإسلامى فى أن نفقات صيانة المسقى على مالكه، فإذا تعدد المنتفعون بها كان على جميعهم ، لأن الغرم بالغنم ، وسيأتى توضيح ذلك فى حق المجرى .

ب - أوجه الخلاف بينهما :-

يخالف القانون الفقه الإسلامى فيما يلى :-

أولا :-

المقصود بالمجارى العامة ، فى الفقه الإسلامى ، هى المجارى غير المملوكة لأحد ، وأما فى القانون فلكى تعد هذه المجارى عامة لا بد من توافر شرطين : أن تقوم الدولة بنفقات صيانتها ، وأن تكون مدرجة بسجلات وزارة الأشغال ، وهذان الشرطان يؤدىان إلى توضيح مفهوم المجارى العامة .

ثانيا : المياه الخاصة :-

الفقه الإسلامى توسع فى بيان المياه الخاصة ، وقسم هذه المياه إلى مياه الآبار ومياه العيون والأمطار . أما فى القانون فيقتصر ذلك على المياه التى ينشأ لها مجرى خاص فى أرض المالك لريها . فمفهوم المياه فى الفقه الإسلامى يختلف عن مفهومه فى القانون .

ثالثا :-

الراجع فى الفقه الإسلامى عدم أخذ العوض عن الماء الزائد فى أرضه ، ذلك لأن الانتفاع بالماء قائم على المواساه .

أما فى القانون فلا بد من أخذ العوض ويجبر على دفع هذا العوض .

رابعا :-

فى الفقه الإسلامى تفرعات كثيرة ليس لها ما يقابلها فى القانون ، فمثلا سقى الزرع بآنية من ماء خاص للغير ، لم أر أحدا من شراح القانون تعرض لذلك . كذلك فى حالة النزاع على الماء المشترك ، فإن الفقهاء وضعوا حولا كثيرة لحل هذا النزاع ، وأما فى القانون فلم أعتز على نصوص لشراح القانون تبين ذلك . كذلك الماء المحرز ومفهوم الإحراز ليس له مقابل فى القانون .

من هذا نعلم : أن الفقه الإسلامى ، ينظم حق الشرب تنظيما دقيقا ، ويوسع فى نطاق الاستفادة من هذا الحق مع احترام حق المالك ، إذ يشترط الحصول على إذنه أولا ، فإن امتنع اعتبر متعسفا وأجبر على تمكين جاره بالشروط السابقة أن ينتفع بماء جاره .

الفصل الثانى

حق المجرى والمسيل فى الفقه الإسلامى والقانون ^{المجرى}

تمهيد :-

حق الشرب لا بد له من مجرى يسيل فيه الماء حتى يصل إلى الأرض التى تروى به وتحيا عليه ، فحق المجرى تابع لحق الشرب ومرتببط به ارتباطا وثيقا .
فإذا كان حق الشرب هو النصيب من الماء لسقى الزرع والشجر . فإن هذا النصيب من الماء لا يمكن استيفاؤه إلا إذا كان له مجرى يمر به .
وحق المجرى وحق المسيل يشتركان فى أكثر الأحكام ، ويختلفان فى قليل منها ، ولهذا نجد كثيرا من الفقهاء يجمع بينهما فى حديثه .
وفى ذلك يقول صاحب فتح العزيز(١) (حق مسيل الماء ومجره لفظتان متقاربتان ، ويمكن حمل المسيل على الموضوع الذى ينحدر إليه الماء ويقف إلى النضوب ، والمجرى على الموضوع الذى يجرى فيه الماء) .

ولهذا رأيت جمعهما فى فصل واحد . ويحتوى هذا الفصل على مبحثين :-

المبحث الأول : حق المجرى فى الفقه الإسلامى والقانون

المبحث الثانى : حق المسيل فى الفقه الإسلامى والقانون

وسوف أبين هذين المبحثين بشئ من التفصيل .

المبحث الأول

حق المجرى فى الفقه الإسلامى والقانون ^{المجرى}

حق المجرى :

هو حق إجراء الماء المستحق شرعا لسقى أرض زراعية لا مجرى لها ، أو فى حاجة إلى السقى فى عقار آخر مملوك لشخص آخر .

(١) فتح العزيز ٣٢٩/١٠ .

فالمجرى هو المكان الذى يجرى فيه الماء الصالح للاستعمال لسقى الزرع وغيره وحتى يتسنى توضيح أحكام حق المجرى بالتفصيل أقسم هذا المبحث إلى ثلاثة مطالب :-

المطلب الأول : حق المجرى فى الفقه الإسلامى .

المطلب الثانى : حق المجرى فى القانون .

المطلب الثالث : الموازنة بين كلا الفقهين من حيث حق المجرى .

المطلب الأول

حق المجرى فى الفقه الإسلامى

سبق القول بأن حق الشرب له ارتباط وثيق بحق المجرى ، وأن حق المجرى تابع لحق الشرب ، فإذا كان الشرب من المياه العامة كان حق المجرى عاما ، وإذا كان الشرب من المياه الخاصة كان حق المجرى خاصا .
فالمجرى العام :

هو ما كان مأؤه عاما ، والحق فى الانتفاع به ثابت لكل العامة ، لأنه ليس ملكا لأحد ، ولا تثبت عليه يد أحد ، فلا يملك أحد أن يمنع أحدا من الانتفاع به .
وأما المجرى الخاص :

هو ما كان ملكا خاصا للمنتفع به أعده ليجرى فيه الماء إلى ملكه خاصة، فهو صاحب الحق فى الانتفاع به، يستأثر به فى رى أرضه وسقى زرعه واستعمال مائه كيف يشاء دون أن يعارضه أحد فى ذلك، وليس لغير مالكة أن ينتفع به أو أن يستعمله فى إجراء مائه إلا بإذن من مالكة(١).
والمجرى الخاص هو ما يعيننا ، وهو ما يطلق عليه حق المجرى . والأصل فى المجرى الخاص للأرض أن يكون محفورا فى ملك المنتفع بها ، ولكن قد يكون المجرى مملوكا لمالك الأرض ، ولكن هناك أرضا مملوكة للغير تنتفع بهذا المجرى ، وهذا ما يعرف بحق الإجراء.
وقد عرفه البعض بأنه(٢):- أن يكون لشخص حق إجراء الماء فى ملك غيره ليصل منه إلى ملكه.

(١) د. بهنسى بركات ، فى رسالته حقوق العباد المشتركة والتزام عليها فى الفقه الإسلامى ص ١٦٩، ١٧٢ .

(٢) الشيخ أحمد أبو الفتح فى كتابه المعاملات الشرعية ٤/٦١ .

ثم إن المجرى الذى فى أرض الغير له حالات ثلاثة :

الأولى : قد يكون ملك صاحب الأرض التى تسقى منه وإن كان يخترق أرض غيره .

الثانية : وقد يكون ملك صاحب الأرض التى اخترقها .

الثالثة : وقد يكون ملكا مشتركا لكل أصحاب الأراضى التى تحيط به .

ولهذه الأحوال الثلاثة ، أحكام عامة أهمها : دفع الضرر ما أمكن ، ومراعاة العرف وبقاء القديم على قدمه فيما لا إثبات فيه ، لأن الأصل بقاء ما كان على ما كان حتى يقوم الدليل على بطلانه (١) . وإذا كانت هذه هى أهم الأحكام العامة ، فيجدر بنا أن نبين الأحكام الخاصة بكل حالة الحالة الأولى :-

أن تكون المجرى ملكا لصاحب الأرض التى تسقى منه ، إلا أنها تخترق أرض الغير .

فى هذه الحالة : يكون الماء الذى يجرى فى المجرى حقا أو ملكا لصاحب الحق فى المجرى ، وليس لمالك الأرض التى يمر بها المجرى أن يتصرف تصرفا يؤدي إلى تضيق مجرى القناة بغير إذن صاحب الحق (٢) ، كما أنه ليس لمالك الأرض أن يغرس على ضفتى المجرى ما يعوق سير الماء ويضر بالمنفع ، ولو غرس يؤمر بقلعه ، إلا إذا لم يترتب على ذلك ضرر (٣) .

وإذا أراد رب الأرض منع الإجراء فى أرضه ليس له ذلك ، بل يتركه على حاله ، لأن موضع النهر مستعمل له بإجراء مائه فيكون فى يده . وعند الاختلاف يكون القول قوله فى أنه ملكه إلا إذا كان النهر فى يد صاحب المجرى ولم يكن لصاحب الأرض ما يثبت ذلك من أشجار ونحوها ، فلا يسمع قوله بلا بينة أن النهر له ، أو كان حق الإجراء فى هذا النهر يسوقه إلى أرضه لسقيها فيقضى له به لإثباته بالحجة ملك الرقبة إذا كانت الدعوى فيه ، أو حق الإجراء بإثبات المجرى من غير دعوى الملك ، ويرى أكثر الفقهاء أن مستعمل المجرى هو الذى عليه البينة أن هذا الحق له ، إلا إذا كان يتصرف فيها تصرف الملاك (٤) .

- (١) الدر المختار ٢١٩/٤ ، البهجة ٢٤١/٢ ، تحفة المحتاج ٢٢٣/٥ ، كشاف القناع ٢٠٢/٢ ، الشيخ أبو زهرة الملكية ونظرية العقد ص ٨٦ ، والشيخ أحمد إبراهيم ، المعاملات الشرعية المالية ص ٢٥،٢٤ .
- (٢) كشاف القناع ٤١٥/٢ ، الإحصاف ٢٤٨/٥ ، روضة الطالبين ٢٢٢/٤ .
- (٣) جامع الفصولين ١٩٨/٢ ، حاشية الدسوقي والشرح الكبير ١٦/٤ ، الخرشى ١٦/٧ .
- (٤) مجمع الأنهر ٥٦٥/٢ ، تبين الحقائق ٤١/٦ ، الدر المختار بهامش الطحطاوى ٢١٦/٤ ، البهجة شرح التحفة ٢٤١/٢ ، تحفة المحتاج ٢٢٣/٥ ، الخراج لأبى يوسف ص ٩٩ ، روضة الطالبين ٣٠٩/٥ .

وفى هذه الحالة يثور التساؤل عن الأمور الآتية :-

أولاً : انتفاع مالك الأرض بماء المجرى الذى يمر بأرضه .

ثانياً : المرور لإصلاح أو تطهير المجرى فى ملك الغير .

ثالثاً : مخلفات التطهير .

رابعاً : التنازع فى ثبوت الحريم للمجرى فى ملك الغير وفى ملكية ضفتى المجرى .

خامساً : إذا أراد مالك المجرى أو مالك الأرض تحويل مجرى الماء .

وسوف أبين هذه الأمور بشئى من التفصيل .

أولاً : انتفاع مالك الأرض بماء المجرى الذى يمر بأرضه .

النهر الذى يمر بأرض مملوكة لغير صاحب النهر ، هل من حق مالك الأرض أن

ينتفع بماء هذا النهر دون إذن من صاحب الحق أم لا بد من إذنه ؟ .

يرى الفقهاء أن ماء المجرى الذى يمر فى أرض مملوكة للغير مملوك لصاحب المجرى

ولا يكون لمالك الأرض التى يمر بها المجرى أن ينتفع بهذا الماء فى رى أرضه إلا بإذن من مالك

المجرى ، لأن المجرى ملك خاص لمالكه فهو صاحب التصرف فيه ، ومالك الأرض مجرد جار

لمالك المجرى . وذلك على خلاف ما لو كانت المجرى ملكا لصاحب الأرض التى يمر بها ،

ولشخص آخر حق إجراء الماء ، فمن له حق الإجراء لا يختص بالماء ويكون لمالك المجرى حق

الانتفاع كمن له حق الإجراء (١) .

ثانياً : المرور لإصلاح أو تطهير المجرى فى ملك الغير .

يثار أيضا التساؤل : عن الحكم فيما لو احتاج المجرى الخاص الذى يمر بأرض

الغير إلى تطهير أو إصلاح ، هل من حق مالك المجرى المرور بأرض الغير لإصلاح مجراه

بدون إذن مالك الأرض ، أم لا بد من إذنه ؟ .

يفرق الفقهاء فى الإجابة عن هذا التساؤل بين حالتين :

الأولى :- إذا كانت لمالك المجرى حق المرور فى أرض الغير .

فى هذه الحالة له أن يمر بأرض الغير ، لأنه يستوفى ما هو مستحق له وليس لصاحب الأرض

أن يمنعه من استعمال حقه (٢) .

(١) الفتاوى الهندية ٤٠١/٥ ، المنتقى ٣٣/٦ ، المغنى والشرح الكبير ٣٠/٥ ، شرح الأزهار ٣٧٧/٣ ، شرائع الإسلام ٢٧٩/٣ .

(٢) المبسوط ١٩٢/٢٣ ، الخراج لأبى يوسف ص ١٠٠ .

الثانية : إذا لم يكن له حق مرور في أرض الغير .
وفي هذه الحالة اختلف الفقهاء على قولين :-
القول الأول :- وإليه ذهب الحنفية (١)

يرى أن مالك المجرى ليس له أن يمر بأرض الغير لإصلاح مجراه أو تطهيرها بدون إذن من مالك الأرض ، لأنه لا حق له في ملك الغير ، ولأن الضرر الخاص لا يتحمل من أجل ضرر خاص إلا إذا كان أكثر منه . وإذا أراد رب النهر إصلاح مجراه عليه أن يمر في باطن مجراه ليقوم بما يلزمه من إصلاح ما قد يكون في ضفته .
ويرى الحنفية أنه يجب على مالك الأرض عدم التعنت مع مالك المجرى ، وأنه مخير بين أمرين ، إما أن يسمح لمالك المجرى بالدخول في ملكه لتطهير أو إصلاح مجراه ، وإما أن يقوم هو بالتطهر أو الإصلاح على نفقة مالك المجرى .
القول الثاني : وإليه ذهب المالكية (٢) والشافعية (٣) والحنابلة (٤) .

يرى أصحاب هذا القول أن مالك المجرى يثبت له حق المرور في ملك الغير الذي يمر به المجرى ، ويثبت له الدخول بدون إذن من المالك للأرض لتطهير أو إصلاح مجراه ، لأنه يستوفى حقا له ، ولا ارتكاب أخف الضررين ، إلا إذا كان الضرر الذي يلحق بمالك الأرض أكبر من ضرر مالك المجرى ففي هذه الحالة له أن يمنع من الدخول في ملكه .
الراجع :-

بعد عرض القولين أرى رجحان القول الثاني ، لأن الدخول في أرض الغير ليس بصفة دائمة ، وإنما هو على فترات متباعدة ، كما أن فيه منفعة لمالك المجرى ولا ضرر على مالك الأرض ، فإن كان هناك ضرر ننظر إلى أخفهما فيرتكب لتحمل الضرر الأعظم أي أننا نوازن بين الضررين .

ثالثا : مخلفات التطهير .

يثور التساؤل عن مخلفات تطهير المجرى في أي مكان توضع ؟ .

(١) جامع الفصولين ١٩٨/٢ ، الفتاوى الخانية ٢١٥/٣ ، ٢١٦ ، الفتاوى الهندية ٣٧٤/٥ .

(٢) المدونة الكبرى ٣٧٦/٤ ، مواهب الجليل ١٤٩/٥ ، الخرشي ٥٨/٦ ، الشرح الكبير والدسوقي ٣٦٧/٣ .

(٣) حاشية قليوبي ٣٤٣/٢ ، أسنى المطالب ٢٢٧/٢ ، نهاية المحتاج ٤١٥/٤ .

(٤) كشف القناع ٤١٠/٢ .

أقول : يفرق الفقهاء بين أن يكون للمجرى حريم أو ليس لها حريم .
فإن كان لها حريم : فما يخرج من المجرى يوضع في هذا الحريم وليس لأحد اعتراض على ذلك،
لأنه أخرجه من ملكه ووضعه في ملكه (١) .

أما إذا لم يكن للمجرى حريم: فقد اختلف الفقهاء في ذلك على ثلاثة أقوال :-
القول الأول : وإليه ذهب الحنفية والشافعية (٢) .

يرى أصحاب هذا القول أن صاحب المجرى ليس له أن يلقى مخلفات تطهير
مجره في أرض الغير ، ومن حق مالك الأرض أن يكلفه بنقلها ، إذا وضعها في
ملكه منعا للضرر عن نفسه .

القول الثاني : وإليه ذهب المالكية (٣) .

يرى أصحابه : أن إلقاء المخلفات الناتجة عن التطهير يرجع فيها لعرف كل جهة،
فإن لم يوجد عرف على مالك المجرى نقل مخلفات التطهير في مكان بعيد عن
ملك الغير .

القول الثالث : وإليه ذهب الحنابلة (٤)

يرى أصحابه أن مالك المجرى له أن يلقى مخلفات تطهير مجرة على حافة ملك
الغير ، للضرورة الداعية إلى ذلك ، إلا أنه يجب على مالك المجرى أن يعرض
مالك الأرض عن هذا الضرر ، لأن الغرم بالغنم .

الراجع :

أرى رجحان القول الثاني وهو اتباع العرف ، لأن العادة محكمة ما لم تخالف دليلا شرعيا
فإن لم توجد عادة فعلى مالك المجرى أن ينقل هذه المخلفات بعيدا عن مالك الأرض ، لأن إلقاءها
في ملك الغير ضرر ، والضرر يزال . كما هي القاعدة الشرعية .

رابعا : ثبوت حريم للمجرى الذي يمر في أرض الغير .

إذا ثبتت ملكية المجرى في ملك الغير ، هل يثبت لها حريم أم لا ؟ .

اختلف الفقهاء في ذلك على قولين .

(١) الخراج لأبي يوسف ص ١٠٠ .

(٢) الخراج لأبي يوسف ص ١٠٠ ، الفتاوى الخانية ص ٢٠٧/٣ ، الفتاوى الهندية ٤٠٠/٥ ، أسنى المطالب ٢٢٧/٢ .

(٣) المدونة ٢٥١/٤ ، ٣٧٦ ، التاج والإكليل ٣٣٩/٥ ، شرح منح الجليل ٦٣٣/٣ . (٤) المعنى والشرح الكبير ١٩١/٦ ، ١٩٣ ، ١٩٤ .

القول الأول :- وإليه ذهب أبو حنيفة والمالكية والشافعية (١) .

يرى أن المجرى فى ملك الغير ليس له حرىم ، إلا إذا قامت البينة على أن لها حرىما لأن الانتفاع بالمجرى يمكن بدون الحرىم .

القول الثانى: وإليه ذهب أبو يوسف ومحمد والحنابلة (٢) .

يرى أن للمجرى فى أرض الغير حرىما ، لأن النهر لا ينتفع به بدون الحرىم لحاجة المجرى إلى الحرىم للمشى فيه ، لأنه لا يمكن المشى عادة فى بطن النهر، ولأجل إلقاء مخلفات التطهير .

والقاتلون بثبوت الحرىم ، اختلفوا فى مقدار هذا الحرىم على ثلاثة آراء .

الرأى الأول :-

يرى أن الحرىم مقدر بنصف عرض المجرى من كل جانب ، لاحتىاج مالك المجرى إلى هذا المقدار لإلقاء مخلفات التطهير ونحوها . وإلى هذا ذهب أبو يوسف (٣) .

الرأى الثانى :-

يرى أن مقدار الحرىم مقدر بمقدار باطن المجرى من كل جانب ، لأنه قد لا يمكنه إلقاء مخلفات التطهير على كل جانب ويحتاج إلى إلقائها على جانب واحد . وإلى هذا ذهب محمد بن الحسن (٤) .

الرأى الثالث :-

يرى أن مقدار الحرىم يرجع فيه إلى العرف ، فهو يختلف حسب كل مجرى وكل بلد ، وإلى هذا ذهب بعض الشافعية، والحنابلة (٥) .

الراجح :-

أرى رجحان القول الأول ، لأن الانتفاع بالمجرى يمكن بدون الحرىم ، ولأن ما أبيع للضرورة يقدر بقدرها ، والضرورة هى أن يسقى زرعه من مجرى تمر بأرض الغير فىجب أن

(١) جامع الفصولين ١٩٨/٢ ، العناية شرح الهداية ١٤٢/٨ ، تبين الحقائق ٣٦/٦ ، حاشية السوقى والشرح الكبير ١٥/٤ ، الخرشى ١٦/٧ ، نهاية المحتاج ٣٨٦/٣ .

(٢) الخراج ص ١٠٠ ، جامع الفصولين ١٩٨/٢ ، بدائع الصنائع ٣٨٤٤/٨ ، كشاف القناع ٤٢٠/٢ .

(٣) (٤) (٤) البناء على الهداية ١٤٣/٨ .

(٥) روضة الطالبين ٢٨٣/٥ ، المغنى والشرح الكبير ١٩١/٦ .

يقتصر على ذلك ، كما أن ذلك تصرف في ملك الغير فلا يباح إلا بإذنه . والقول بأن في ذلك حرجا ومشقة ، أقول: إن المشقة والحرج مدفوعان ، لأنه يرجع في ذلك إلى العرف . وقد يقع التنازع حول ملكية ضفتى المجرى ؟ .

فأقول : إذا وجد ما يثبت أن ضفتى المجرى ملك لأحدهما ، قضى بذلك ، وإن لم يوجد ما يثبت أن ضفتى المجرى ملك لأحدهما . فقد اختلف الفقهاء في ذلك على ثلاثة أقوال :-

القول الأول : وبه قال أبو حنيفة وبعض المالكية (١) .

يرى أن الضفة المتنازع عليها بين مالك المجرى ومالك الأرض تكون لمالك الأرض لأن الظاهر يشهد له .

القول الثاني : وبه قال أبو يوسف ومحمد (٢) .

يرى أنه يكون لمالك المجرى ، لأن الهدف من حافتي المجرى حبس الماء في داخل المجرى وعدم ضياعه ، فالقول قول صاحب المجرى .

القول الثالث : وبه قال المالكية في المشهور والشافعية والحنابلة (٣) .

يرى أن حافتي النهر عند التنازع يكون بينهما ، لعدم وجود ما يرجع إليه .

الراجع :-

أرى رجحان القول الثالث ، لأن كلا منهما ينتفع بصفة المجرى ومستعمل لها فتكون بينهما ، كما أن هذا هو العرف في الفواصل بين الملكين .
خامسا : تحويل مجرى الماء .

إذا أراد مالك الأرض التي يمر بها مجرى الماء ، أو مالك المجرى تحويل المجرى من مكان إلى مكان آخر أيسر وامتنع الآخر فما الحكم ؟ .
اختلف الفقهاء في ذلك على قولين :

(١) الفتاوى الخانية ٢٠٦/٣ ، تبين الحقائق ٣٨/٦ ، العقد المنظم للحكام ١٢٨/٢ .

(٢) الخراج لأبي يوسف ص ١٠١ وما بعدها ، بدائع الصنائع ٣٨٤٥/٨ ، تبين الحقائق ٣٨/٦ .

(٣) العقد المنظم للحكام ١٢٨/٢ ، المهذب ٣١٧/٢ ، منتهى الإيرادات ٣٠٣/٤ .

القول الأول :- وبه قال جمهور الفقهاء من الحنفية ومشهور المالكية والشافعية والحنابلة (١) .
يرى أن المجرى ملك لأصحابها ، فليس لأحد حق المساس بها ، بمعنى أنه لا يحق للمالك الأرض أن ينقل المجرى من مكان إلى مكان آخر ، لأنه تصرف في ملك المالك دون رضاه منه ، وأيضا ليس للمالك المجرى نقل مجراه من مكان إلى آخر إلا بعد إذن مالك الأرض .

القول الثاني : وبه قال بعض المالكية والشافعية (٢) .

يرى أنه يجوز أن يقضى بتحويل المجرى عن موضعه إذا لم يكن في هذا ضرر لقضاء عمر بن الخطاب بتحويل مجرى الماء من مكان إلى مكان آخر (٣) . ولأنه ليس فيه ضرر بل فيه منفعة لأحدهما أو لهما .

الراجع :-

أرى رجحان ما ذهب إليه جمهور الفقهاء القائل بعدم تحويل المجرى إلا برضا صاحب الأرض أو بإذن من مالك المجرى ، لأن القول بالتحويل يعد تعديا على حق صاحب الأرض أو المجرى ، وهذا يتنافى مع حق المالك ، كما أن قضاء عمر يخالفه قول محمد بن مسلمة الذي يرى عدم الإيجاب . إلا إذا كان التحويل لا يترتب عليه أى ضرر بل فيه منفعة لأحدهما ففي هذه الحالة يجوز له التحويل .

هذا : وإذا احتاج المجرى إلى إصلاح ، فإن إصلاحها وترميمها على مالك المجرى لأنها ملكه ولا يجب على مالك الأرض إصلاح مجرى الغير .

(١) الفتاوى الخانية ٢١٠/٣ ، الفتاوى البزازية ٤١٥/٦ ، جامع الفصولين ١٩٨/٢ ، حاشية قرة عيون الأختار ٧٠/٨ ، المدونة الكبرى ٣٧٥/٤ ، المنقلى ٤٧/٦ ، الفتاوى الكبرى ١٧٦/٣ ، ١٧٧ ، المنقلى مع الشرح الكبير ٢٩/٥ .

(٢) المنقلى ٤٧/٦ ، الفتاوى الكبرى ١٧٦/٣ وما بعدها .

(٣) روى مالك عن عمرو بن يحيى المازنى عن أبيه ، أن الضحاك بن خليفة ساق خليجا له من العريض ، فأراد أن يمر به فى أرض محمد بن مسلمة ، فأبى محمد ، فقال له الضحاك : لم تمنعنى ؟ وهو لك منفعة ، تشرب به أولا وآخرا ، ولا يضررك ، فأبى محمد ، فكلم فيه الضحاك عمر بن الخطاب ، فدعا عمر بن الخطاب محمد بن مسلمة ، فأمره أن يخلى سبيله ، فقال محمد : لا . فقال عمر : لم تمنع أخاك ما ينفعه ؟ وهو لك نافع تسقى به أولا وآخرا وهو لا يضررك ، فقال محمد : لا والله ، فقال عمر : والله ليمرضه ولو على بطنك ، فأمر عمر أن يمر به ففعل الضحاك .

الحديث : أخرجه مالك فى الموطأ ، كتاب الأفضية ، باب القضاء فى المرفق ص ٤٦٤ . إسناده صحيح قاله الحافظ (فتح البارى ١٣٣/٥)

الحالة الثانية :

أن تكون المجرى ملكا لصاحب الأرض التي اخترقتها .

المجرى إذا كان مملوكا لمالك الأرض التي يمر بها ولشخص آخر حق إجراء الماء ، فهل يجبر مالك الأرض والمجرى على تمكين الآخر من إجراء مائه ؟ .

اختلف الفقهاء في ذلك على قولين :-

القول الأول : وبه قال جمهور الفقهاء من الحنفية والمالكية في المشهور ، والأصح عند الشافعية ، والصحيح عند الحنابلة (١) .

يرى عدم إجبار مالك الأرض على إمرار الماء في ملكه . فلا يجوز أن يجرى الماء في أرض غيره بغير إذنه ، لأنه تصرف في أرض الغير بغير إذنه ، ولأن قضاء عمر السابق يخالفه قول محمد بن مسلمة ، وقول محمد موافق للأصول فكان أولى .

القول الثاني : وإليه ذهب بعض الفقهاء منهم : أبو ثور ، ورواية عن الإمام مالك ، ورواية عن أحمد ، وقول عند الشافعية (٢) .

يرى أنه يجوز أن يجرى ماء في أرض الغير بغير إذنه ، ويجبر إن امتنع ، لقضاء عمر رضى الله عنه وإجباره لمحمد بن مسلمة على إمرار الماء في أرضه ، ولأنه لا ضرر ولا ضرار .

الراجع :-

أرى رجحان ما ذهب إليه جمهور الفقهاء القائل بأنه ليس لصاحب حق الارتفاق إجبار صاحب الأرض على إمرار الماء في أرضه إلا بعد إذنه ، مراعاة لحرمة الملك ، ولأنه لو كان له الحق في ذلك لما أقسم محمد بن مسلمة على منع الضحاك بحضرة عمر بن الخطاب ، وأما قسم عمر بن الخطاب على محمد بن مسلمة ، إنما أقسم عليه لما أقسم تحكما عليه في الرجوع إلى الأفضل ، فقد يقسم الرجل على الرجل في ماله تحكما عليه وثقة بأنه لا يحنثه فيبر بقسمه ، وإن كان هو قد أقسم على خلاف ذلك ، كفر هو عن يمينه ، إكراما له وإيجابا ، لا سيما إذا دعاه إلى أمر هو أفضل مما ذهب هو إليه في الدين والدنيا .

(١) الخراج لأبي يوسف ص ١٠٣ : الفتاوى البزازية ١١٦/٦ ، المدونة ٣٧٦/٤ ، المنتقى ٤٦/٦ ، روضة الطالبين ٢٢١/٤ ، فتح العريز ٣٢٧/١٠ ، المجموع ٤٠٣/١٣ ، جامع العلوم والحكم ص ٣٨٨ ، القواعد ص ١٩١ ، المغنى والشرح الكبير ٣١،٣٠/٥ ، المبدع ٢٩٢ ، الإتناف ٢٤٨/٥ وما بعدها .

(٢) يراجع المنتقى وروضة الطالبين والمغنى والشرح الكبير المواضيع السابقة ، مجموع فتاوى ابن تيمية ٩٩/٢٨ .

ولذلك نجد الإمام مالكا وهو راوى هذا الأثر خالف العمل به وروى عنه أشهب أنه قال : يحدث للناس أفضية بقدر ما يحدثون من الفجور ، فلو كان معتدلا فى زماننا كاعتداله فى زمان عمر رأيت أن يقضى له بإجراء مائه . ولكن فسد الناس واستحقوا التهم ، فأخاف أن يطول الزمان وينسى ما كان عليه جرى هذا الماء ، وقد يدعى جارك عليك به دعوى فى أرضك (١) .

إصلاح وتطهير المجرى المحمل بحق الارتفاق :-

المجرى المملوك لصاحب الأرض التى يمر بها ولشخص آخر عليه حق ارتفاق بإجراء ماء أرضه فيه . على من يكون إصلاح أو تطهير هذا المجرى ؟ .

اختلف الفقهاء فيهما على قولين :-

أولا : تطهير هذا المجرى . للفقهاء فى ذلك قولان :-

القول الأول : وبه قال الحنفية ، وبعض الشافعية ، وبعض الحنابلة (٢) .

يرى أن تطهير المجرى وتنظيفه على من ينتفع به فى إجراء الماء إلى أرضه ، لأن الغرم بالغنم ، ومن أبى منهم يجبر ، فإذا كان المجرى ينتفع بها المالك وصاحب حق الارتفاق ، فإن التطهير عليهما لأن كلا منهما ينتفع بالمجرى .

القول الثانى : وبه قال المالكية والصحيح للشافعية وبعض الحنابلة (٣) .

يرى أن تطهير المجرى على مالك المجرى ، وليس على المنتفع شئ ، لأنها ملكه ولا يلزم الإنسان بتطهير ملك غيره .

ثانيا إصلاح هذا المجرى :-

اختلف الفقهاء فى ذلك على قولين :-

القول الأول : وبه قال بعض الحنفية والمالكية والصحيح عند الشافعية وبعض الحنابلة (٤)

يرى أن إصلاح المجرى على المالك لها ، ولا يجب على المنتفع شئ ، لأن العمارة تتعلق بتلك الأعيان ، وهى لمالكها ، حتى ولو كان انهدام ضفتى المجرى بسبب الماء ، لأنها ملكه وإصلاح الملك على المالك .

القول الثانى : وبه قال بعض الحنفية ، وبعض الشافعية ، وبعض الحنابلة (٥) .

(١) المنتقى الموضوع السابق . (٢) الفتاوى الهندية ٤٠٨/٥ ، تبين الحقائق ٤٠/٦ ، الخانية ٢١٦،٢١٥/٣ ، فتح العزيز ٣٢٣/١٠ ،

حاشية الشروانى ٢٢١/٥ ، القواعد ص ٢٢٧ ، كشاف القناع ٢٠٤/٢ . (٣) التاج والإكليل ١٤٧/٥ ، نهاية المحتاج ٥٤١٤/٤ ، روضة

المطالبين ٢١٨/٤ ، القواعد ص ٢٢٧ . (٤)،(٥) المراجع السابقة والمواضع السابقة .

يرى أن إصلاح المجرى على المنتفع بها ، لأنه المنتفع به في إجراء مائه. والغرم بالغنم .

الراجع :-

أرى رجحان القول القائل بأن التطهير على المنتفع به ، ورجحان القول القائل بأن الإصلاح على المنتفع به . ذلك لأن المقصود هو الانتفاع بالماء ، وفي هذا يستوى مالك المجرى ومن له حق الانتفاع . إذ التطهير والإصلاح إنما هو للانتفاع ويكون الغرم بالغنم .

الحالة الثالثة : المجرى المشترك .

المجرى المشترك ، لا يملك أحدهم التصرف فيه من غير رضا الباقين ، سواء أضر بهم التصرف أم لا . لأن رقية النهر مملوكة لهم ، وحرمة التصرف في المملوك لا تقف على الإضرار بالمالك فالمجرى المشترك حق لكل الشركاء فيه ، وليس لأحدهم أن يتصرف فيه بأي تصرف من شأنه أن يجعل له ميزة خاصة على بقية شركائه (١) .

الإنتفاق على المجرى المشترك :

قد تحتاج المجرى المشترك إلى صيانة أو إصلاح ما قد يلحق ضفتها من تخريب ، فإن الإنتفاق يكون على الشركاء جميعاً كل على حسب حصته ، فإنهم أصحاب الحق فيها ونفعها يعود إليهم خاصة فتكون غرامتها عليهم ، لأن الغرم بالغنم (٢) .

ولكن ما الحكم لو امتنع بعض الشركاء عن الإنتفاق ؟ .

قد يحدث أن يمتنع بعض الشركاء عن المشاركة اللازمة لإصلاح المجرى وتطهيره ، الأمر الذي يتضرر به بعض الشركاء فما الحكم في هذه الحالة ؟ .

اختلف الفقهاء في ذلك في خمسة أقوال :-

القول الأول :- وبه قال بعض الحنفية ، وبعض المالكية ، وبعض الشافعية ، والصحيح عند

الحنابلة (٣) . أن الشريك الممتنع عن العمارة ، يرفع أمره إلى القاضي ، ويجبره

القاضي على الإصلاح أو التطهير ، دفعا للضرر عن بقية الشركاء ، حتى

(١) الهداية ١٠٥/٣ ، البناية ٤٧٥/٩ ، بدائع الصنائع ٣٨٤٣/٨ ، تبين الحقائق ٤١/٦ ، مجمع الأنهر ٥٦٤/٢ ، القوانين الفقهية ص ٣٥٢ ، روضة الطالبين ٣٠٧/٥ ، مغنى المحتاج ٣٧٥/٢ ، المغنى والشرح الكبير ١٩٤/٦ ، شرح الأزهار ٣٧٤/٣ ، البحر الزحار ٩٩/٥ ، شرائع الإسلام ٢٨٠/٣ .

(٢) مجمع الأنهر ٥٦٤/٢ ، القوانين الفقهية ص ٣٥٢ ، روضة الطالبين ٣٠٨/٥ ، الإنصاف ٢٧٠/٥ .

(٣) الفتاوى الهندية ٣٨٩/٥ ، ٣٩٠ ، حاشية العدوى ٥٦/٦ ، روضة الطالبين ٣٠٨/٥ ، القواعد ص ١٤٤ .

لا يتعطل عليهم انتفاعهم بالمجرى فى رى أراضيهم ، وسقى ما يكون فيها من زرع .
القول الثانى : وبه قال بعض الحنفية ، والمالكية فى المشهور عنهم(١) . أن الشركاء الذين يريدون القيام بالعمارة ، يرفعون الأمر إلى ولى الأمر ، ليأذن لهم بالعمارة ثم يكون لهم بعد إذنه ، أن يمنعوا الشريك الممتنع عن الانتفاع بالمجرى حتى يقوم بأداء حصته فى نفقات العمارة .

القول الثالث : وبه قال بعض الحنفية(٢) .

أن الشريك الذى يريد العمارة له أن ينفق على حصة شريكه الممتنع ، دون مراجعة القاضى ويكون له منع الشريك الممتنع ، حتى يقوم بأداء حصته من النفقات .

القول الرابع :- وبه قال بعض الحنفية . والأصح عند الشافعية ، وبعض الحنابلة (٣) . أن الممتنع عن العمارة لا يجبر عليها ، ولو أنفق الشركاء الآخرون ، كانوا متبرعين ، فلا يرجعون على الممتنع بحصته من النفقات .

القول الخامس :- وبه قال بعض الشافعية(٤) .

أن القاضى ينظر فى حال الممتنع ، فإن ظهر له أن امتناع الشريك عن العمارة ليس له ما يبرره ، وأنه محض عناد أجبره على العمارة . وإن ظهر له أن الممتنع له ما يبرره وأبدى أسباب مقنعة لم يجبره .

الراجع :-

بعد عرض هذه الأقوال ، فإنى أميل إلى ترجيح القول الثانى ، القائل ، بأن الشركاء فى حالة امتناع أحدهم عن الإنفاق يرفعون الأمر إلى ولى الأمر ليأذن لهم بالعمارة ثم إذا أراد الممتنع الانتفاع ، عليه أن يودى ما عليه ، وذلك لصيانة الحقوق ، حق الشركاء فى الرجوع على الممتنع حتى لا يماطل ، وحق الممتنع حتى لا يتعنت باقى الشركاء .

(١) الفتاوى البزازية ١٢٢/٣ ، ١٢٣ ، المدونة الكبرى ٣٧٦/٤ ، مواهب الجليل ١٤٤/٥ ، الشرح الكبير وحاشية الدسوقي ٣٦٥/٣ .

(٢) الفتاوى الهندية ٣٨٩/٥ .

(٣) الفتاوى الهندية ٣٨٩/٥ ، مغنى المحتاج ١٩٠/٢ ، الإصناف ٢٧٠/٥ ، القواعد ص ١٤٤ .

(٤) مغنى المحتاج ١٩٠/٢ .

هذا : إذا كان رفع الأمر إلى ولي الأمر لا يترتب عليه ضرر بهم ، كما لو كان رفع الأمر إلى القضاء يؤدي إلى إتلاف زرعهم ، ففي هذه الحالة يلجأون إلى العمارة بدون الرجوع إلى القضاء مع حفظ حقهم في الرجوع على الممتنع ، لأن الضرر لا يزال بالضرر ، ولأنهم مضطرون في هذه الحالة .

ولكن إذا اتفق الشركاء على إصلاح المجرى المشترك أو تطهيره .

يثور التساؤل عن كيفية توزيع العمل والتكاليف بينهم .

أقول : اختلف الفقهاء في ذلك على قولين :

القول الأول :- وبه قال أبو حنيفة والمالكية ، وبعض الشافعية ، والحنابلة (١) .

يرى أن إصلاح أو تطهير المجرى المشترك يكون على حسب أملاكهم ، فإن كان

بعضهم أدنى إلى أوله من بعض ، اشترك الكل في إكراهه وإصلاحه إلى أن

يصلوا إلى الأول، ثم لا شيء على الأول ، ويشترك الباقيون حتى يصلوا إلى الثاني،

ثم يشترك من بعده ، كذلك كلما انتهى العمل إلى موضع واحد منهم لم يكن عليه

فيما بعده شيء . وذلك لأن الأول إنما ينتفع بالماء الذي في موضع شربه ، وما بعده

إنما يختص بالانتفاع به من دونه . فلا يشاركهم في مؤنته كما لا يشاركهم في نفعه

القول الثاني : وبه قال محمد بن الحسن وأبو يوسف ، ولأصح عند الشافعية (٢) .

يرى أن المجرى المشترك ، يشترك جميع الشركاء في إكراهه ، فمن كان من

الشركاء في أول المجرى فهو ملزم مع باقي الشركاء بالتطهير إلى آخره ، لأنه

وإن كان لا ينتفع بالمجرى فيما وراء أرضه ، فقد ينتفع به في تصريف الماء

الزائد عن حاجة أرضه .

الراجح :-

أرى رجحان القول الأول القائل بأن الإصلاح أو التطهير حسب أملاكهم ، لأن هذا هو ما

يتفق مع استعمال كل واحد منهم ، والغرم بالغنم .

(١) بدائع الصنائع ٣٨٤٥/٨ ، الفتاوى الخانية ٢١٧/٣ ، تبیین الحقائق ٤١/٦ ، مجمع الأنهر ٥٦٤/٢ ، التاج والإكليل ١٤٧/٥ ،

روضة الطالبين ٣٠٨/٥ ، المعنى والشرح الكبير ١٩٦/٦ ، ١٩٧ .

(٢) الفتاوى الخانية ٣٠٣/٣ ، الفتاوى الهندية ٣٩٠/٥ ، بدائع الصنائع ٣٧٤٥/٨ ، روضة الطالبين ٣٠٨/٥ ، أسنى المطالب ٤٥٥/٢ ،

الفتاوى الكبرى ١٨٣/٣ ، ١٨٤ .

وأخيرا يثور التساؤل عن حكم إجراء ماء المجرى المشترك لأرض أخرى :-

أقول : اختلف الفقهاء فى ذلك على قولين :-

القول الأول :- وبه قال الحنفية والمالكية والشافعية وبعض الحنابلة (١) .

يرى أن المجرى المشترك حق خاص للأرض التى يخدمها ، فليس لأحد من الشركاء أن يستعمله لسقى أرض أخرى أو يأذن لغيره فى الشرب منها إلا بإذن كل الشركاء ، لأن الحق للجميع .

القول الثانى :- وبه قال الحنابلة فى المشهور عنهم (٢) .

يرى أن الماء إذا حصل لأحدهم فى نوبته، وأراد أن يسقى به أرضا ليس لها رسم شرب من هذا ، أو يؤثر به إنسانا ، أو يقرضه إياه على وجه لا يتصرف فى حافة النهر جاز .

الراجع :-

أرى رجحان القول الأول : أن المجرى المشترك قد حضر ليؤدى غرضا خاصا ، واستعماله لأرض أخرى خروج عن الغرض الذى وضع له ، كما أنه قد يثبت لهذه الأرض حقا بالتقادم ومن ثم فلا يجوز إلا برضاهم .

(١) جامع الفصولين ١٩٦/٢ ، بدائع الصنائع ٣٨٤٣/٨ ، الدر المختار واللمحطاوى ٢١٩/٤ ، المنتقى ٣٣/٦ ، روضة الطالبين

٣١١/٥ ، المغنى والشرح الكبير ١٩٥/٦ .

(٢) المغنى والشرح الكبير ١٩٥/٦ .

المطلب الثاني

حق المجرى فى القانون الرى

يقصد به :-

حق مالك الأرض البعيدة عن مورد المياه فى أن تمر بأرض غيره المياه الكافية لرى أرضه(١) .

أو هو : إجراء الماء اللازم لرى أرض بعيدة عن مورد الماء فى أرض أخرى متصلة به ، بصرف النظر عن كون هذا المورد ترعة عامة أو مسقاة خاصة(٢) .

من هذا التعريف يتبين : أن حق المجرى يثبت لصالح الأرض البعيدة عن مورد المياه فى أرض أخرى متصلة به ، بغض النظر عن كون هذا المورد ترعة عامة أو خاصة .

ويتأسس هذا الحق على اعتبارات تتعلق بحسن استغلال الأراضى الزراعية ، لأن كثيرا من هذه الأراضى لا يتصل بالنيل ، ولا بإحدى الترع التى تنفرع مباشرة عنه ، فلو لم يتقرر لوقع ملاك هذه الأراضى عرضة لتحكم الملاك الذين تتصل أراضيتهم بموارد المياه ، وتعذر عليهم فى أحيان كثيرة استغلال أراضيتهم مما قد يترتب عليه الإضرار بالاقتصاد الوطنى(٣) .

لذلك : لم يشأ المشرع أن يترك الأمر لإرادة الأفراد ، فذاك مدعاة إلى التحكم الفردى فى أمر يمس المصلحة العامة ، بل جعل من حق المجرى قيذا عاما على سائر الأراضى المتصلة مباشرة بمجارى المياه ، بحيث يكون لصاحب الأرض المنفصلة أن يجبر ملاك هذه الأراضى على تمكنه من الوصول إلى مجرى الماء بمرورى يشقها فى أراضيتهم ، وليس لملاك هذه الأراضى منع مرور الماء من هذه المروى ، ولا نقلها من مكانها إلا برضا أصحاب الحق فيها (م١٥ من قانون الرى والصرف) ولكن من حقهم أن يتظلموا من الضرر الذى يصيبهم بسبب عدم التطهير أو رداءة الجسور (م٢ من قانون الرى والصرف)(٤) .

(١) د. الصدة ، السابق لفقرة ٦٧ ص ١٠٤ ، د. منصور ، السابق لفقرة ٢٨ ص ٦٧ .

(٢) د. محمد عرفة السابق ص ٦٧ ، د. محمود زكى ، السابق لفقرة ٤٦ ص ١١ .

(٣) د. محمود زكى لفقرة ٤٦ ص ٩٢ ، د. حسن كيرة ، السابق لفقرة ٦٨ ص ٢٠٨ .

(٤) د. محمد عرفة ، السابق ص ٦٧ ، ٦٨ .

وقد نص المشرع على هذا الحق فى التقنين القديم فى المادة ٥٤/٣٣ بقوله : (يجب على كل صاحب أرض أن يجعل ممرا فى أرضه للمياه اللازمة لرى الأراضى البعيدة من مأخذ المياه فى نظير تعويض يعطى له مقدما بعد تقرير بمعرفة المحاكم ، وعند التنازع تحكم بالكيفية التى بها يكون إنشاء ذلك الممر ، وما يلزم من العمل بحالة يراعى فيها ما يمكن من تخفيف الضرر) ثم نص على هذا الحق فى التقنين الحالى فى المادة ٨٠٩ بقوله : (يجب على مالك الأرض أن يسمح بأن تمر بأرضه المياه الكافية لرى الأراضى البعيدة عن مورد المياه ... بشرط أن يعوض عن ذلك تعويضا عادلا) من هذا نعلم أنه يشترط لتقرير حق المجرى شروط معينة .

الشروط الواجب توافرها لحق المجرى :-

يشترط لثبوت حق المجرى توافر شروط ثلاث :-

١- البعد عن مورد المياه

٢- عدم كفاية المياه لحاجة الأرض البعيدة

٣- دفع تعويض عادل .

وسوف أبين هذه الشروط بشئى من التفصيل .

الشرط الأول : البعد عن مورد المياه .

يشترط لثبوت حق المجرى أن تكون الأرض التى تحتاج إلى الرى بعيدة عن مورد المياه . يستوى أن يكون هذا المورد الذى يراد أخذ المياه منه هو النيل أو ترعة عامة أو مسقاة خاصة (١) .

وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا : (أما حق المجرى فقد أعطاه المشروع لمالك الأرض البعيدة عن مأخذ المياه فتتم من أرض الجر المياه الكافية لرى أرضه ، وهى مياه يأخذها من ترعة عامة ، أو من ترعة خاصة مملوكة له . أو من ترعة خاصة مملوكة للغير ولكن تقرر له عليها حق الشرب) (٢) .

فإذا كان المورد هو النيل أو ترعة عامة ، فيجب على مالك الأرض التى يراد ريهها أن يحصل على ترخيص من الجهة المختصة ، يبيح لها إنشاء فتحة لأخذ المياه فى جسر النيل أو الترعة (م٣٦ من قانون الرى والصرف) .

(١) د. منصور ، السابق فقرة ٢٨ ص ٦٧ ، د. حسن كيرة السابق فقرة ٦٨ ص ٢٠٩ .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ح٦ ص ٤٤ .

وإذا كان المورد مسقاة خاصة مملوكة للغير ، فيجب أن يكون لمالك الأرض التي يراد ربيها حق أخذ المياه من هذه المسقاة ، إما بمقتضى اتفاق بينه وبين مالك المسقاة ، وإما بمقتضى حق الشرب المنصوص عليه فى المادة (٨٠٨)(١) .

الشرط الثانى :- عدم كفاية المياه لحاجة الأرض البعيدة .

يثبت حق المجرى لمالك الأرض التى لا تتوافر لها المياه الكافية ، فلا يلزم أن تكون هذه الأرض محرومة تماما من المياه ، فإذا كان لمالك الأرض البعيدة عن مورد المياه بئرا يستخرج منه المياه ، ولكن هذه المياه لا تكفى لرى الأرض كان له حق المجرى .

وقد كان النص القديم يقصر حق المجرى على الحالة التى تكون فيها لازمة للرى فقط(٢) .

الشرط الثالث :- دفع تعويض عادل .

إذا كان لمالك الأرض البعيدة عن مورد المياه الحق فى أخذ المياه الكافية لرى أرضه ، فإنه يجب أن يعرض مالك الأرض المجاورة عن ذلك تعويضا عادلا .

والتعويض فى هذه الحالة ، لجميع الأشخاص الذين لحقهم ضرر من تقرير هذا الحق ، سواء أكان هو الجار أم شخصا آخر(٣) . وهذا التعويض يدفع مقدما فى الراجح من أقوال الفقهاء كما سبق القول فى حق الشرب .

وهذا التعويض مقابل حرمانه من الانتفاع بالجزء من الأرض الذى يشغله المجرى ، كما يشمل الأضرار التى تلحقه بسبب المجرى فى أرضه (٤)

ووفقا للمادة ١٨ من قانون الرى والصرف لا يستطيع صاحب حق المجرى أن يباشر حقه فعلا فى إمرار المياه إلا بعد أداء التعويض الواجب الذى يشمل نفقات إنشاء المروى أو المصرف وصيانته .

وقد ثار خلاف فقهي حول ثمن الأرض التى يشغلها حق المجرى .

فيرى البعض (٥) أن التعويض يشمل ثمن الأرض التى يشغلها المجرى والمال المربوط عليها

والتي حرم منها المالك .

(١) د. السنهورى ، السابق فقرة ٤٥٢ ص ٧٣١ ، د. عرفة ، السابق ص ٦٨ ، د. الصدة ، السابق فقرة ٦٧ ص ١٠٤ ، د. أحمد سلامة ،

السابق فقرة ٦٥ ص ٢٤٣ ، د. محمود زكى ، السابق فقرة ٤٦ ص ٩٢ .

(٢) المراجع السابقة . (٣) د. توفيق فرج ، السابق فقرة ٧١ ص ١٦٩ .

(٤) د. منصور ، السابق فقرة ٢٨ ص ٦٨ ، د. الصدة فقرة ٦٧ ص ١٠٥ . (٥) د. محمود زكى ، السابق فقرة ٥٢ ص ٩٩ .

ويرى البعض (١) أن ثمن الأرض لا يدخل فى التعويض ، لأن الأرض تظل مملوكة لصاحبها الذى ورد القيد على ملكه .

والتعويض الذى ينشأ عن استعمال هذا الحق يجب أن يكون كافياً طبقاً للمادة ٨١٠ التى تنص على أنه : (إذا أصاب الأرض ضرر من مسقاة أو مصرف يمر بها سواء أكان ذلك ناشئاً عن عدم التطهير أم عن سوء حالة الجسور ، فإن لمالك الأرض أن يطلب تعويضاً كافياً عما أصابه من ضرر) .

إجراءات الحصول على حق المجرى وإصلاحها :-

هذه الإجراءات هى نفسها الإجراءات الواجب اتباعها لحق الشرب .

وهذا ما بينته محكمة النقض بقولها : (حق المجرى لا يتقرر ، وفقاً للمادة ٣٣ من القانون المدنى الملغى والمادة ٨٠٩ من القانون المدنى القائم ، والمادة التاسعة من لائحة الترع والجسور ، لمجرد ما أوجبه القانون فى هذه المواد على مالك الأرض من السماح بأن تمر فى أرضه المياه الكافية لرى الأطنان البعيدة عن مورد المياه ، بل يجب أن يتقدم صاحب الأرض الذى يرى أنه يستحيل أو يتعذر عليه رى أرضه رياً كافياً ، والذى تعذر عليه التراضى مع مالك الأرض التى يمر بها المجرى ، بطلب إلى المحكمة أو جهة الإدارة المختصة لتقرير هذا الحق ، وبيان الكيفية التى يكون بها إنشاء المجرى وتحديد التعويض الذى يدفعه مقابل تقرير هذا الحق له ، إذ أن تقرير هذا الحق لا يكون إلا مقابل تعويض عادل) (٢) .

وقد سبق بيان إجراءات حق الشرب بالتفصيل (٣)

(١) د. أحمد سلامة ، السابق فقرة ٦٨ ص ٢٥٠ .

(٢) نقض مدنى ١١/١١/١٩٦٥ ، طعن لسنة ٣١ س ١٦ ص ١٠٤٢ .

(٣) يراجع ص ٢٧٣ من هذه الرسالة

المطلب الثالث

الموازنة بين الفقه الإسلامى والقانون من حيث حق المجرى

أولاً : أوجه الاتفاق :-

- ١- يتفق القانون مع الفقه الإسلامى من حيث تقرير حق المجرى وثبوته للأرض التى تحتاج إلى الري وهى بعيدة عن مورد المياه ، يستوى فى هذا أن يكون مورد المياه مجرى عاماً أو خاصاً .
- ٢- كما يتفق القانون مع الفقه الإسلامى من حيث أن إصلاح المجرى على المنتفعين بها .
- ٣- كما يتفق القانون مع الفقه الإسلامى من حيث «جمهورية التعويض عن الأضرار التى تلحق الجيران من جراء استعمال هذا المجرى .

ثانياً : أوجه الاختلاف :-

- ١- الفقه الإسلامى لم يشترط شروطاً معينة لاستعمال مجرى الغير ، أما القانون فقد اشترط عدة شروط ، وإن كانت فى مجملها لا تخالف قواعد الشريعة .
- ٢- الفقه الإسلامى بين أن المجرى لها ثلاث حالات ولكل حالة لها أحكام خاصة بها ، أما القانون فلم يبين ذلك ، ومن ثم نجد الفقه الإسلامى ثروة فقهية عظيمة يجب الرجوع إليها .
- ٣- بين الفقه الإسلامى حكم تحويل مجرى الماء فى مكان آخر سواء أكان هذا التحويل بإرادة مالك المجرى أم صاحب حق الارتفاق ، أما القانون فلم يبين ذلك .
- ٤- بين الفقه الإسلامى الحكم فى مخلفات التطهير، ولم يبين ذلك القانون .
- ٥- بين الفقه الإسلامى هل يثبت للمجرى الذى يمر فى أرض الغير حريم أم لا ، أما القانون فلم يبين ذلك .

من هذا نعلم : مدى القصور فى التشريع الوضعى ، ومدى كماله فى الفقه الإسلامى .

المبحث الثاني حق المسيل في الفقه الإسلامي والقانون

إذا كان حق المجرى هو حق مرور الماء الصالح لسقى الأرض ، فإن حق المسيل هو حق مرور الماء غير الصالح أو الزائد عن الحاجة .

فحق المسيل يرتبط ارتباطاً وثيقاً بحق المجرى ، إذ الإنسان بعد أن يأخذ الماء ويستعمله قد يستغنى عنه ، أو يتبقى منه بعض الماء لافائدة منه . فيحتاج إلى مكان للتخلص من هذا الماء . وقد أطلق الفقهاء على المكان الذي يخصص بتسييل هذا الماء (حق المسيل) .

ولكى يتضح هذا الحق أقسم هذا المبحث إلى ثلاثة مطالب :

المطلب الأول : حق المسيل في الفقه الإسلامي .

المطلب الثاني : حق المسيل في القانون .

المطلب الثالث : الموازنة بين الفقه الإسلامي والقانون من حيث حق المسيل .

وسوف أبين ذلك بشئ من التفصيل .

المطلب الأول

حق المسيل في الفقه الإسلامي

المسيل في اللغة :-

بفتح فسكون مصدر سال : مجرى الماء وغيره ، وجمعه مساليلٌ ومسالٍ ومسالناً (١) .

وعرف حق المسيل في الشرع بأنه :-

١- هو الحق المترتب لأرض أو دار في إسالة مائها في مجرى معين في أرض أخرى لإخراجه خارجها (٢) .

(١) مادة (سيل) لسان العرب ٣/٢١٧٣ ، مختار الصحاح ص٣٢٥ .

(٢) معجم لغة الفقهاء ص٤٣٠ .

٢- وقيل هو : حق مرور المياه غير الصالحة أو الزائدة عن الحاجة من ملك الغير ، سواء أكان ذلك الماء مسيلاً من البيوت أم ماء الأمطار ، أم ماء غير صالح لرى الأراضى الزراعية(١) .
فالفرق بين المجرى والمسيل ، أن المجرى لمرور الماء الصالح ، أما المسيل لمرور الماء غير الصالح ، وأحكام حق المسيل تتفق مع أحكام حق المجرى فى كثير من الأحكام .
استعمال حق المسيل :-

اختلف الفقهاء فى ذلك على قولين :-

القول الأول :-

يرى إيجاب المالك على تمكين غيره من إجراء الماء فى ملكه ، سواء أكان فى مجرى أم فى مسيل من أمطار فوق البيت ونحوها . وإلى هذا ذهب الحنفية ، والصحيح عن الشافعية ، والزيدية(٢) .

القول الثانى :-

عدم إيجاب مالك المسيل على تمكين جاره من استعمال مسيله إلا بإذنه ، لأنه تصرف فى ملك الغير بغير إذنه . وإلى هذا ذهب بعض الشافعية ، والحنابلة ، والظاهرية (٣) .

الراجع :-

أرى رجحان القول الأول القائل بالإيجاب ، إذا لم يوجد سبيل آخر ، لأن ذلك مما حثت الشريعة الغراء عليه وهو الإرفاق بالجار ، كما أن الجار لا يلجأ إلى ذلك إلا فى حالة الضرورة .

إصلاح المسيل :-

إذا احتاج المسيل إلى إصلاح ، فإن إصلاحه على مالكه ولا شئ على من له حق الإسالة . ويرى الفقهاء المحدثون : إن إصلاح المسيل على المنتفع به ، فإن لم يصلحه فمن حق جاره أن يمنعه من الانتفاع ، دفعا للضرر عن نفسه(٤) .

(١) الشيخ أبو زهرة ، الملكية ونظرية العقد ص ٩١ ، الشيخ مصطفى شلبى ، المدخل للفقهاء الإسلامى ص ٣٦١ ، مجلة الأحكام العدلية مادة ١٢٢٤ .

(٢) الفتاوى الخانية ٢١٣/٣ ، الفتاوى البزازية ١١٧/٦ . روضة الطالبين ٢٢١/٤ ، شرح الأزهار ٣٧٦/٣ .

(٣) روضة الطالبين ٢٢١/٤ ، تحفة المحتاج ٢١٩/٥ ، القواعد ص ١٩١ ، كشاف القناع ٤٠٨/٣ ، المحلى ١٠٦/٩ .

(٤) الفتاوى البزازية ١١٧/٦ ، تبصرة الحكام ٢٧٣/٢ ، نهاية المحتاج ٣٨٦/٣ القواعد ص ١٩١ ، د. أحمد فراج ، الملكية ونظرية العقد ص ٨٣ ، الشيخ أحمد إبراهيم ، المعاملات الشرعية ص ٢٧ ، د. بدران أبو العينين ، الشريعة الإسلامية ص ٣٤٢ .

بيع حق المسيل :-

اختلف الفقهاء فى ذلك على قولين :-

القول الأول :- وبه قال جمهور الفقهاء من المالكية ، والشافعية ، والحنابلة فى الصحيح عندهم (١) يرى صحة بيع حق المسيل ، لأن منافعه ما هى إلا منافع مقررة للحقوق .

القول الثانى :- وإليه ذهب الحنفية (٢) .

يرى عدم جواز البيع ، لأن المنفعة مجهولة ، فلا يجوز بيعها لجهالتها .

الراجع :-

أرى رجحان القول القائل : بصحة بيع جميع حقوق الارتفاق ، منعا للضرر .

المطلب الثانى

حق المسيل فى القانون

يقصد به :-

حق مالك الأرض الزراعية البعيدة عن المصرف العام فى تصريف الماء الزائد عن حاجة أرضه (٣) .

أو هو : إسالة الماء الزائد عن حاجة أرض زراعية ، أو غير الصالح فى مجرى سطحى أو فى أنابيب أعدت لذلك ، حتى يصل إلى مقره من مصرف عام (٤) .
ويطلق عليه أيضا حق الصرف .

وحق المسيل على هذا النحو لا يتقرر إلا من أجل صرف مياه الري الزراعى وحدها ، فلا يدخل فى نطاقه صرف مياه الأمطار ولا صرف المياه المنزلية ، بل تظل هذه المياه فى شأن صرفها خاضعة للأصل الذى يكفل للمالك سلطة منع الغير من استعمال ملكه دون رضاه . فلا يجوز إذن إجبار المالك بمقتضى القانون على أن يقبل فى مصرفه الخاص مياه الأمطار أو المياه

(١) الهداية بشرح العناية ٥/٢٠٥٠٢٠٤ ، المدونة الكبرى ٤/٣٧٥ ، فتح العزيز ١٠/٣٢٨ ، كشاف القناع ٢/١٩٧ .

(٢) شرح فتح القدير ٥/٢٠٤ ، حاشية ابن عابدين ٥/٧٨ ، مجمع الأنهر ٢/٩١ ، كشاف القناع ٢/١٩٧ .

(٣) د. الصدة ، السابق فقرة ٦٨ ص ١٠٦ ، د. منصور ، السابق فقرة ٢٩ ص ٦٨ .

(٤) د. محمد عرفة ، السابق ص ٧٠ ، د. محمود زكى ، السابق فقرة ٤٨ ص ٩٤ .

المنزلية الأتية من ملك جاره، أو على أن يسمح بأن تمر بأرضه تلك المياه لتصب في أقرب مصرف عمومي ، فيجب على كل مالك أن يصرف مياه الأمطار أو المياه المنزلية في ملكه أو في الطريق العام ، بشرط مراعاة لوائح التنظيم والصحة (١) .

ولم يكن الشارع في التقنين القديم يقرر حق المسيل ، رغم أهميته لحسن الاستغلال الزراعي بل كان ينص في المادة ٥٤/٣٣ فقرة ٢ منه على أنه (ليس لصاحب الأرض التي يسقيها بآلات أو ترع أن يجبر أصحاب الأراضي التي دونه على قبول مياهه بأراضيهم) .

ثم جاء التقنين المدني الجديد ، وكذلك قانون الري والصرف ، ونص على هذا الحق في المادتين ٨٠٨، ٨٠٩ ، وكذلك المادة ١٦ من قانون الري والصرف الذي بمقتضاها يكون للجار أن يجبر جاره على إشراكه في مصرفه الخاص إذا كان مجاورا لهذا المصرف بالمعنى الذي وضحناه بالنسبة لحق الشرب ، وفيما عدا حالة الجوار ، يجوز صرف المياه في مصرف خاص بالاتفاق مع مالكة ، ويعتبر هذا الاتفاق مقررا لارتفاق بالصرف (٢) .

وقد بينت المذكرة التفسيرية للمشروع التمهيدي تعليقا على المادة ١١٧٣ المقابلة للمادة ٨٠٩ هذا الحق بقولها : (حق المسيل ، وقد أعطاه المشروع لمالك الأرض البعيدة عن المصرف العام ، فيكون له الحق في أن يستعمل المصرف الخاص المملوك لجاره بعد أن يستوفي الجار حاجته أو في أن ينشئ مصرفا على نفقته في أرض الجار ليصل إلى المصرف العام ، وفي الحالة الأولى يشترك مالك الأرض في نفقة المصرف الخاص الذي أنشأه الجار وفي صيانته بنسبة مساحة أرضه التي تنتفع من المصرف (م ١١٧٢ فقرة ٢ من المشروع) وفي الحال الثانية : يعطى الجار مقدما التعويض العادل عما اقتطعه من أرضه لإنشاء المصرف (م ١١٧٣ من المشروع) ومن الأحكام المتقدمة يتضح أن لحق المسيل صورتين (٣) .

صور حق المسيل :

لحق المسيل على النحو الذي قدمناه صورتان ، إحداهما تقابل حق الشرب ، والثانية تقابل حق المجرى .

(١) د. حسن كبيرة ، السابق فقرة ٦٩ ، هامش ص ٢١٣ ، د. عرفة ، السابق ص ٧٠ .

(٢) محمود زكي ، السابق فقرة ٤٨ ص ٩٥ ، د. عرفة ، السابق ص ٧١ .

(٣) مجموعة الأعمال التحضيرية ح ٦ ص ٤٤ ، ٤٥ .

الصورة الأولى : وهي التي تقابل حق الشرب .

نصت عليها المادة (٨٠٨ مدنى) ، إذ القاعدة أن من أنشأ مصرفاً خاصاً طبقاً للشروط والأوضاع التي يقررها القانون ، كان مالكا له ، وكان له حق استعماله (م/٨٠٨ مدنى) ولكن الشارع أورد قيوداً على هذا الحق ، إذ أجاز للمالك المجاورين أن يستعملوا هذا المصرف فيما تحتاجه أراضيهم من صرف بعد أن يكون المالك قد استوفى حاجته منه (م/٨٠٨ مدنى) وبذلك قرر حق الصرف القانوني للأراضي المجاورة على المصرف الخاص المملوك للغير (١) .

وقد ثار خلاف في الفقه حول المقصود بالجوار في حق الصرف .

فذهب جمهور الشراح (٢) إلى أن الجوار في حق الصرف يختلف عن الجوار في حق الشرب ، فهو في حق الصرف أضيق ، لا يتحقق إلا إذا كانت الأرض التي تحتاج إلى الصرف مجاورة للمصرف ذاته ، أما الأراضي المجاورة للأرض التي يخترقها المصرف فلا ينطبق عليها هذا الحكم وذلك لأن الشارع في المادة (٨٠٩ مدنى) لم يجز مرور مياه الصرف في الأراضي المجاورة التي يملكها الغير إلا لكي تصب في أقرب مصرف عام ، ومن ثم لا يجوز إنشاء قناة في أرض الجار لكي تمر فيها مياه الصرف إلى مصرف خاص يملكه الغير .

وذهب البعض (٣) إلى أن الجوار في حق المسيل كالجوار في حق الشرب ، بمعنى أن صاحب الأرض البعيدة يصل إلى المصرف الخاص بالوسيلة الممكنة ولو بشق ممر لمياه الصرف حتى تصب عن طريقه في المصرف الخاص للمالك، إذا كان أخف ضرراً ، لأن القاعدة أنه عند تعدد المضار يجب اختيار الأخف منها .

وعلى كل : فإنه يجب على المالك المجاورين أن يشتركوا في نفقات إنشاء المصرف وصيانته بنسبة أراضيهم المنتفعة به .

(١) د. الصدة ، السابق ، فقرة ٦٨ ص ١٠٦ ، ١٠٧ .

(٢) د. شفيق شحاتة ، السابق فقرة ٣٧٩ ص ٣٧٠ ، د. إسماعيل غانم ، السابق فقرة ٥٣ ص ١١٢ ، د. الصدة ، السابق فقرة ٦٨ ص ١٠٧ ، د. منصور ، السابق فقرة ٢٩ ص ٦٩ ، د. محمود زكي ، السابق فقرة ٤٨ ص ٩٦ ، د. البدرأوى ، السابق فقرة ٣٦١ ، د. حسن كيرة ، السابق فقرة ٦٩ ص ٢١٤ ، د. توفيق فرج ص ١٨٠ .

(٣) د. السنهورى ، السابق فقرة ٤٥٢ ص ٧٣٢ ، د. أحمد سلامة ، السابق فقرة ٦٦ ص ٢٤٦ ، د. إسماعيل شاهين ، السابق ، ص ١٧٣ .

الصورة الثانية : وهي التي تقابل حق المجرى .

ورد حكمها فى المادة ٨٠٩ مدنى ومقتضاها : أنه يجب على مالك الأرض أن يسمح بأن تمر فى أرضه مياه الصرف الآتية من الأراضى المجاورة لتصب فى أقرب مصرف عمومى بشرط أن يعرض عن ذلك تعويضاً عادلاً .

ويختلف حق الصرف هنا عن حق المجرى فى أنه يجب كما يتضح من نص المادة ٨٠٩ أن يكون المقصود هو صب المياه فى مصرف عمومى ، بينما يجوز فيما يتعلق بحق المجرى أن تمر المياه بأرض الجار ، سواء أكان مورد المياه عاماً أم مسقاة خاصة (١) .

ويرى الفقه القانونى (٢) أنه فى الصورتين يجب أن يكون حق الصرف هو الوسيلة الوحيدة لصرف مياه الجار فى أرض جاره ، فإذا كانت لديه وسائل أخرى ، كأن استطاع أن يصرف المياه من طريق آخر ولو كان بعيداً ، أو حصل بالاتفاق مع جيران آخرين على حق المسيل فى أراضيهم ، لم يعد له أن يطلب حق المسيل فى أرض جاره .

كما أنه يجب أن يستوفى صاحب المصرف الخاص حاجته أولاً من الصرف طبقاً (م ٨٠٩ مدنى) .

إجراءات الحصول على حق المسيل وإصلاحه والتعويض عنه والجهة المختصة بتقريره . نفس الإجراءات التى قلناها فى حقى الشرب والمجرى هى أيضاً فى حق الصرف . وأما التعويض فهو كما فى حق المجرى ، وأما الجهة المختصة فكما سبق القول فى حق الشرب .

المطلب الثالث

الموازنة بين الفقه الإسلامى والقانون الوضعى من حيث حق المسيل .

١- أوجه الاتفاق بينهما :-

يتفق القانون مع الفقه الإسلامى فيما يلى :-

أولاً :- اتفق القانون مع الفقه الإسلامى فى إثبات حق المسيل للجار بالنسبة للأراضى الزراعية ، فمن حق الجار أن يصرف الماء الزائد عن أرضه فى مصرف جاره .

(١) د. منصور ، السابق فقرة ٢٩ ص ٦٩ .

(٢) د. السنهورى ، السابق فقرة ٤٥٢ ص ٧٣٤ ، د. محمود زكى ، السابق فقرة ٤٨ ص ٩٦ ، د. محمد عرفة ، السابق ص ٧١ ، ٧٠ ، د.

الصدى ، السابق فقرة ٦٨ ص ١٠٧ .

ثانياً :- أخذ القانون بالقول الراجح - من وجهة نظري - في الفقه الإسلامي ، وهو ما ذهب إليه الحنفية ومشهور الشافعية والزيدية ، القائل بإجبار مالك المسيل على تمكين جاره من إجراء الماء غير الصالح في مجراه لصرفه في مصرف عام .

ثالثاً :- أخذ القانون بالقول الراجح - من وجهة نظري - في الفقه الإسلامي ، وهو ما ذهب إليه المالكية والشافعية والحنابلة ، القائل بصحة بيع حق المسيل ، أو بمعنى آخر أخذ التعويض عن هذا الحق .

ب- أوجه الاختلاف بينهما :-

يختلف القانون عن الفقه الإسلامي فيما يلي :-

أولاً :- الفقه الإسلامي يثبت حق المسيل في صرف مياه الأمطار والمياه المنزلية من فوق سطح منزله في مصرف جاره أما القانون فيقتصر هذا الحق على الأراضي الزراعية فقط وما ذهب إليه الفقه الإسلامي أدق وأفضل وأولى بالاتباع ، لأن الجار قد يحتاج إلى صرف المياه من فوق سطح منزله ولا سبيل له غير مجرى سطح جاره ، فمنعه من ذلك ضرر بمنزله قد يؤدي إلى انهيار منزله ، وهذا الضرر أعظم من الضرر الذي يلحق مالك المسيل .

ثانياً :- الفقه الإسلامي يقرر حق المسيل لصرفه في مصرف عام أو مصرف خاص ، أما القانون يقتصر ذلك على صرفه في مصرف عمومي .

ثالثاً :- الفقه الإسلامي يقرر هذا الحق في أرض مملوكة للغير سواء أكان هذا الغير جارا ملاصقا للمصرف أو غير ملاصق ، بل إنه يجوز إنشاء مصرف في أرض الغير لكى يصب في المصرف الذى يصب فيه هذا الماء غير الصالح ، أما القانون فجمهور الشراح لا يجوزون إنشاء هذا المصرف ، بل إنهم يقصرونه على الأرض الملاصقة للمجرى فقط .

رابعاً :- الفقه الإسلامي يرى متقدمو الفقهاء أن إصلاح المصرف على مالكه ولا شئ على من له حق الاسالة ، أما المحدثون فيرون أن ذلك على المنتفع بالمصرف . وقد أخذ القانون بقول المتأخرين من الفقهاء .

الفصل الثالث

المبحث الأول حق المرور في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي

ويحتوى هذا الفصل على ثلاثة مباحث .

المبحث الأول : حق المرور في الفقه الإسلامي .

المبحث الثاني : حق المرور في القانون الوضعي .

المبحث الثالث : الموازنة بين كلا الفقهيين من حيث حق المرور فيهما .

وسوف أبين ذلك بشئ من التفصيل .

المبحث الأول

حق المرور في الفقه الإسلامي

تعريف حق المرور:

لم أعثر على تعريف للفقهاء المتقدمين يبين ماهية حق المرور في الفقه الإسلامي ، وإنما عرفه الفقهاء المحدثون بعده تعريفات تكاد تكون متقاربة .

١ - وعرفه البعض بأنه : أن يكون للشخص حق السير في طريق بملك غيره ليصل منه إلى ملكه سواء أكان ملك الغير عقاراً مبنياً أو أرضاً زراعية (١) .

٢ - وعرفه البعض بأنه : أن يكون للشخص الحق في الوصول إلى عقاره وحده أو معه دوابه (٢) .

٣ - وعرفه البعض بأنه : حق الوصول إلى عقار معين من طريق ليس مملوكاً لصاحبه سواء أكان الطريق عاماً أم خاصاً مملوكاً للغير (٣) .

٤ - وعرفه البعض بأنه : حق مرور الإنسان إلى ملكه من طريق عام أو من طريق خاص في ملك غيره (٤) .

(١) الشيخ أحمد أبو الفتح ، المعاملات في الشريعة الإسلامية والقوانين المصرية ص ٤٦ .

(٢) الشيخ أبو زهرة ، الملكية ونظرية العقد ص ٩٢ .

(٣) الشيخ مصطفى شلبي ، المدخل في التعريف بالفقه الإسلامي ص ٣٦٢ .

(٤) الشيخ علي الخفيف ، مختصر المعاملات الشرعية ص ٢١ .

٥ - وعرفه البعض أن يكون لشخص الحق في أن يمر من ملك جاره إلى ملكه وحده أو بدوابه ونحوها ، وقد يكون له ملك الطريق الذي يمر به وسط ملك جاره، أو يكون مشتركاً بينهما فقط أو بينهما وبين غيرهما (١) .

ولما كانت المنفعة الأصلية من الطريق هي المرور فيه ، عنى الفقهاء بتفصيل أحكام الطريق سواء أكان عاماً أم خاصاً ، لتحقيق هذه المنفعة على نحو يرفع الضرر عن المارة في الطريق العام وعن أهل الطريق الخاص .

وسوف أبين الأحكام المتعلقة بالطريق العام والطريق الخاص فيما يلي :

أولاً : الطريق العام وما يتعلق به من أحكام

يقصد بالطريق العام : الطريق الذي ليس مملوكاً لأحد .

ويعبر عنه الفقهاء بالطريق النافذ أو الطريق الأعظم (٢) ، ويعرفون الطريق النافذ بأنه السكة المفتوحة من طرفيها (٣) وهو عام في الصحارى والبنيان .

وأحياناً يعبرون عنه ، بالشارع ، وبعضهم يفرق بين الطريق والشارع ، ويقول بأن الطريق عام في الصحارى والبنيان والنافذ وغيره ، أما الشارع فهو خاص بالبنيان وبالنافذ (٤) إنشاء الطريق العام : يكون الطريق عاماً بعدة طرق منها .

١ - الوقف : بأن يقف المالك ملكه شارعاً للامة .

٢ - الإحياء : بأن يقوم جماعة بعمارة أرض مباحة ليست مملوكة لأحد بالبناء فيها ويتركوا بين مبانيهم طرقاً نافذة ، فتظل على إباحتها وتكون عامة .

٣ - الجهل بمعرفة أصل الطريق التي يسلكها العامة ، فيكتفى بالاستعمال الظاهر ويعتبر مالكة مجهولاً (٥) .

المرور بالطريق العام :

المرور في الطريق العام حق لكل الناس ، يستوى في ذلك من كان له عقار يتصل به ويقع على جانبيه ، ومن لم يكن كذلك ، فلكل واحد من الناس المرور في الطريق العام بنفسه وبدابته ، وبكل ما يحتاج إليه ، لأن الطريق حبس على سائر المسلمين ، فالمار في الطريق

(١) الشيخ أحمد إبراهيم ، المعاملات الشرعية المالية ص ٢٤ . (٢) تبين الحقائق ١٤٣/٦ . (٣) مواهب الجليل ١٦٦/٥

(٤) نهاية المحتاج ٣٩٢/٤ .

(٥) جامع الفصولين ١٩٢/٢ ، الفتاوى البزازية ٢٤٧/٣ ، حاشية الرهوني ٨٨/٦ ، روضة الطالبين ٢٠٥/٤ ، فتح العزيز

٣٠٩/١٠ ، مغنى المحتاج ١٧١/٢ ، حاشية الشرواني ٢٠٤/٥ زاد المحتاج ٢٠٦/٢ ، نهاية المحتاج ٣٩٦/٤

يستعمل حقاً كفه له الشرع ، والحق الشرعى مقيد بحدود الشرع ، ومن ثم يشترط ألا يترتب على المرور فى الطريق العام إضرار بالغير ، لقول النبى صلى الله عليه وسلم ﴿لا ضرر ولا ضرار﴾ فالمرور فى الطريق العام مباح بشرط عدم الإضرار بالغير ، لأنه يتصرف فى حقه من وجه وفى حق غيره من وجه آخر لكونه مشتركاً بين كل الناس. والضرر الناشئ عن المرور لا يشترط فيه أن يقع تعد بقصد الإضرار بالغير، ولكن يكفى أن يكون خطأ نشأ عن عدم الاحتياط وقلة التحرز، والبعد عن الإضرار بالآخرين.

كما أن لكل أحد يتصل عقاره بالطريق العام أن يفتح ما شاء من أبواب ونوافذ بالقيود السابق (١)
حكم اقتطاع جزء من الطريق العام:-

يفرق الفقهاء بين اقتطاع جزء من الطريق العام بإذن من الإمام وبين اقتطاعه بدون إذن من الإمام.

الحالة الأولى: وهى الاقتطاع بإذن من الإمام.

اختلف الفقهاء فى ذلك على قولين:-

القول الأول: لا يجوز للإمام أو من ينوب مكانه أن يقتطع جزءاً من الطريق العام، ويجعله مملوكاً ملكية خاصة ، سواء أضر هذا الجزء بالعمامة أم لم يضر ، احتاج إليه العمامة أم لا ، لأن الحق فى ذلك الموضع ثابت للمسلمين ، وللإمام ولاية استيفاء دون الإسقاط ، وإلى هذا ذهب الحنفية فى المشهور عندهم ، والمالكية ، والصحيح عند الشافعية ، والحنابلة (٢)

القول الثانى: يجوز لولى الأمر اقتطاع جزء من الطريق العام إذا لم يكن فى إقطاعه ضرر بالعمامة فإن وجد ضرر لم يجز، وإلى هذا ذهب بعض الحنفية ، والشافعية (٣) .

الراجع :

أرى رجحان القول الأول لأن تصرف ولى الأمر منوط بالمصلحة ، وهذا إن لم يضر الآن، فسوف يضر فى المآل ، لأن الحاجة دائماً تستدعى توسيع الطرق ، كما أن هذا الطريق ملك لجميع الناس.

(١) المبسوط ١٤٤/٢٠ ، الفتاوى الخانية ١١١/٣ ، البناية شرح الهداية ٧٧/٧ ، ١٠ / ٢٠٤ ، شرح فتح القدير ٣٢٤/٧ ، تبيين

الحقائق ١٤٢/٦ ، مجمع الأنهر ٦٥١/٢ ، المدونة الكبرى، البهجة شرح التحفة ٣١٣/٢ تبصرة الحكام ٣٧٥/٢ روضة

الطالبين ٢٠٤/٤ ، تحفة المحتاج ٢٠٥/٥ . فتح العزيز ٣٠٨/١٠ ، مغنى المحتاج ١٨٢/٢ كشف القناع ٤٠٧ . ٤٠٦/٣ .

(٢) المبسوط ٢١٣/٢٣ ، العقد المنظم للحكام ١٢٨، ١٢٩ ، حاشية الشروانى ٢٠٢/٥ ، منتهى الإرادات ١٢٣/٢ .

(٣) الفتاوى الخانية ٢٣٦/١ . حاشية الشروانى على تحفة المحتاج ٢٠٢/٥ .

الحالة الثانية: اقتطاع جزء من الطريق العام بدون إذن الإمام.

اختلف الفقهاء فى ذلك على قولين:-

القول الأول :

وبه يقول جمهور الفقهاء من الحنفية، والمالكية فى المشهور عندهم، والشافعية والحنابلة(١) إن الطريق العام حق للعامة، ومن ثم فلا يجوز لأى واحد أن يقتطع منه جزءا ويضمه إلى أملاكه الخاصة، بأن يبنى فيه مثلا، ففى هذه الحالة يجب إعادة الحالة إلى ما كانت عليه(٢) لعموم الضرر ولحديث ﴿من اقتطع شبرا من الأرض بغير حق طوقه الله يوم القيامة من سبع أراضين﴾.

القول الثانى:

وبه يقول بعض المالكية(٣) أن الطريق العام إذا كان متسعا فيجوز اقتطاع جزء من هذا الطريق إذ لم يضر بحقوق العامة وضمة إلى ملكة الخاص والبناء عليه ولا يهدم هذا البناء لأن فى هذا الطريق حقا ولقضاء عمر بالألفية للدور

الراجع:

هو ما ذهب إليه جمهور الفقهاء من عدم اقتطاع أى جزء من الطريق العام دون تفرقة بين طريق متسع أو غير متسع، لأن الاقتطاع ضرر عام، وكون المقتطع أحق الناس بفناء داره، فإنه أحق بالانتفاع به فقط وليس بتملكه وعلى هذا يحمل قضاء عمر رضى الله عنه.

شغل الطريق العام بما يدوم:

اختلف الفقهاء فى شغل الطريق ببناء أو غرس أو ما أشبه ذلك مع بقاء الطريق واضح المعالم، وعدم دخول الجزء المبنى أو المغروس ضمن الملك الخاص.

١- مذهب الحنفية:-

للحنفية فى ذلك ثلاثة أقوال(٤)

(١) البحر الرائق ٢٧٦/٥، البيان والتحصيل ٤٠٦/٩، مواهب الجليل ١٥٣/٥، أسنى المطالب ٢٢٠/٢، كشاف القناع ٤٠٨/٢ .

(٢) أخرجه البخارى ومسلم فى صحيحيهما : البخارى كتاب المظالم ، باب إثم من ظلم شيئا من الأرض ، مسلم كتاب المساقاة والمزراعة ، باب تحريم الظلم وغصب الأرض وغيرها (فتح البارى ١٢٣/٥ ، مسلم بشرح النووى ٥/١١) .

(٣) مواهب الجليل ١٥٣/٥ ، ١٥٧، ١٥٥ ، البيان والتحصيل ٤٠٧/٩ .

(٤) الفتاوى الخانية ١١٨/٣ ، تبين الحقائق ١٤٢/٦ ، ١٤٣ ، البناية شرح الهداية ٢٠٤، ٢٠٣/١٠ ، مجمع الأنهر ٦٥/٢ ، حاشية الطحطاوى ٢٨٧/٤ ، نتائج الأفكار ٣٠٧/١٠ وبأسفله شرح العناية ٣٠٧/١٠ ،

القول الأول:

يرى أبو حنيفة : أن لكل أحد من الناس مسلما كان أو ذميا أن يمنعه من إحداث ذلك سواء أكان فيه ضرر أم لم يكن إذا وضع ذلك بغير إذن الإمام ، لأن التدبير في أمور العامة مفوض إلى رأى الإمام . أما إن أذن الإمام فيجوز .

القول الثانى :

يرى أبو يوسف : أن لكل أحد أن يمنعه من الوضع قبل الوضع لا بعده ، لأن بعد الوضع صار فى يده . فالمانع متعنت ، لأنه يريد إبطال يده الخاصة فيما لا يضر فيه لنفسه أو لغيره .

القول الثالث :

يرى محمد بن الحسن : أنه ليس لأحد أن يمنعه قبل الوضع أو بعده إذا لم يكن فيه ضرر بالناس ، لأنه مأذون له فى إحداثه شرعا ، والمانع منه متعنت فإنه ممكن من ذلك ، وصار كإذن الإمام .

٢ - ذهب المالكية والشافعية والحنابلة والزيدية : (١)

إلى أنه لا يجوز شغل الطريق العام بالبناء - كبناء دكان - أو الغرس كغرس أشجار ، سواء أضر بالمارة أم لا ، وسواء أذن الإمام أم لا ، لأنه ليس للإمام أن يأذن فيما لا مصلحة فيه لاسيما مع احتمال الضرر ، ولأنه إن لم يضر بالمارة حالا فقد يضر مآلا ، ولأنه إن طالبت المدة أشبه موضعها الأملاك وانقطع أثر استحقاق الطروق فيه ، بخلاف الأجنحة وغيرها . ويستثنى المالكية والشافعية من المنع حالات الضرورة ، كأن يحدث خلل ببناء شخص فيضطر لتدعيم بناءه ببناء دعائم بالطريق العام تحفظ بناءه من السقوط ، لأن المشقة تجلب التيسير .

الراجع :

أرى رجحان ماذهب إليه جمهور الفقهاء من المالكية والشافعية والحنابلة والزيدية ، لأن شغل الطريق العام ضرر عام ، إما فى الحال أو فى المآل ، والضرر منتف فى الشرع كما سبق أن بينا ذلك .

(١) مواهب الجنيل ١٥٤/٥ ، معين الحكام ٧٨٧/٢ ، روضة الطالبين ٢٠٤/٤ ، الأحكام السلطانية للماوردي ص ٢٥٨ ، تحفة المحتاج ٢٠٢/٥ ، الفتاوى الكبرى ٦٤/٣ ، ٦٥ ، مغنى المحتاج ١٨٣/٢ ، نهاية المحتاج ٣٩٧/٤ ، زاد المحتاج ٢٠٧/٢ ، المغنى والشرح الكبير ٣٥/٥ ، كشاف القناع ٤٠٦/٣ المبدع ٢٦٥/٥٤ الإصناف ٢٥٦/٥ ، شرح الأزهاري ٣٧٠/٣ ، ٣٧١ ، البحر الزخار ٩٨/٥ ، نيل الأوطار ٢٦٣/٥ .

شغل هواء الطريق العام :

قد يُخْرِج بعض الناس من مبانهم إلى هواء الطريق العام بعض الأشياء التي تشغل حيزاً من هواء الطريق العام ومن هذه الأشياء الروشن والساباط .
ويقصد بالروشن :

ما بينه صاحب الجدار في الشارع ولا يصل إلى الجدار المقابل له ، سواء أكان من خشب أو من حجر وهو ما يعرف في لغة العامة (بلكونة) . أو هو ما يخرج من البناء على هواء الشارع ، وسمى روشناً تشبيهاً له بجناح الطائر (١) .
ويقصد بالساباط :

السقف الذى يكون فى هواء الشارع ، أو هو سقيفة بين حائطين والشارع بينهما (٢) .
ماحكم إخراج هذه الأشياء ؟
اختلف الفقهاء فى ذلك على ثلاثة آراء :

الرأى الأول :

وبه يقول بعض المالكية ، والحنبلة فى المشهور عندهم (٣)
أنه لا يجوز إخراج الروشن ولا الساباط إلى الطريق العام ، سواء أكان ذلك يسبب ضرراً للمارة أم لا ، وسواء أكان المخرج للساباط يملك الحائطين اللذين يستقر عليهما الساباط أم لا ، وسواء أحصل على إذن من ولى الأمر فى إخراج الوشن أم لا .
وذلك لأن بناء الروشن أو الساباط يعتبر بناء فى ملك الغير بغير إذنه فلم يجز كبناء الدكة ، أو بناء ذلك فى درب غير نافذ بغير إذن أهله ، كما أنه لا يخلو من ضرر كإظلام الطريق وسد الضوء ، وربما سقط على المارة أو سقط منه شئ ، وقد تعلق الأرض بمرور الزمان فيصدم رؤوس الناس ويمنع مرور الدواب بالأحمال ، و ما يفضى إلى الضرر فى ثانى الحال يجب المنع منه فى ابتدائه . كما لو أراد بناء حائط مائل إلى الطريق يخشى وقوعه على من يمر فيها .

(١) حاشية الجمل على شرح المنهج ٢٦٠/٣ تحفة المحتاج ١٩٨/٥ .

(٢) شرح الأزهار ٣٧٠/٣ هامش (٩) ، أسهل المدارك ٦٠/٣ ، تكلمة المجموع ٤٠١/١٣ ، نهاية المحتاج ٣٩٢/٤ .

(٣) تبصرة الحكام ٣٦٨/٢ ، حاشية الرهونى ٩٥/٦ ، المغنى والشرح الكبير ٣٤/٥ كشف القناع ٤٠٦/٣ ، الإنصاف ٢٥٤/٥ ، المبدع ٢٩٥/٤ ، القواعد ص ٢٠٤ .

الرأى الثانى :

وبه يقول أبو حنيفة وأبو يوسف وبعض الحنابلة : (١)

أنه لايجوز إخراج الروشن أو الساباط إلا بعد الحصول على إذن من ولى الأمر، فإذا أخرج المالك شيئاً من ذلك من غير إذن ولى الأمر ، فإنه يحق لكل واحد من الناس حتى ولو كان أضعف الناس منزلة ، أن يمنع المالك من إخراجهم ، سواء أكان مسلماً أم ذمياً ، وسواء أكان يترتب على الإخراج ضرر أم لا ، لأن فى هذا افتياتا على رأى الإمام فى الأمور التى يجب أن يفوض تدبيرها إليه ، إذ اليد فيما يكون للعمامة للإمام .

الرأى الثالث :

وبه يقول محمد بن الحسن من الحنفية ، والمالكية فى المشهور عندهم ، والشافعية وروى عن أحمد ، والزيدية والإمامية ، والأوزاعى وإسحاق بن راهوية (٢) أنه يجوز إخراج الروشن والساباط مالم يؤد ذلك إلى الإضرار بالمارة وليس لأى واحد من الناس الحق فى منع المالك من ذلك مادام لم يتحقق به ضرر .

فإذا تحقق الضرر من أخراج الروشن أو الساباط ، فإنه فى هذه الحالة لايجوز الإخراج كما لو كان أى منهما غير مرتفع ، أو كان مؤدياً إلى إظلام المكان فوق العادة . ولو خالف المالك وفعل ما هو ممنوع ، فإنه يجب على الحاكم إزالته ، وليس كل واحد من الناس يفعله ، لأنه لو أعطى كل واحد من الناس لأدى ذلك إلى فتنة بين الناس ، ولكن يحق لكل واحد أن يطالب الحاكم بإزالته ، لأنه حينئذ داخل فى نطاق إزالة المنكر .

وقد استدلل أصحاب هذا الرأى بما يلى :

١ - بما روى عن عبد الله بن عباس قال : كان للعباس ميزاب على طريق عمر ، فلبس ثيابه يوم الجمعة ، وقد كان ذبح للعباس فرخان ، فلما وافى الميزاب صب ماء بدم الفرختين

(١) بدائع الصنائع ٤٠١٧/٨ ، شرح العناية على الهداية ٣٠٧/١٠ ، البناية شرح الهداية ٢٠٤/١٠ ، جامع الفصولين ١٩١/٢ ، مجمع الأنهر ٦٥١/٢ ، المغنى والشرح الكبير ٣٤/٥ .

(٢) مراجع الحنفية السابقة ومواهب الجليل والتاج والإكليل ١٧٢/٥ ، القوانين الفقهية ص ٣٥٦ ، الشرح الكبير وحاشية السوقى ٣٧٠/٣ . بلغة السالك والشرح الصغير ١٧٧/٢ ، الأم ٣٣٠/٣ ، روضة الطالبين ٢٠٤/٤ ، تحفة المحتاج ١٨٢/٥ ، نهاية المحتاج ٣٩٢/٤ ، حاشية البيجرمى ٨٤/٣ ، تكملة المجموع ٣٩٦/١٣ ، البحر الزخار ٩٨/٥ ، شرح الأزهار ٣٧١،٣٧٠/٣ ، شرائع الإسلام ١٢٣/٢ .

فأمر عمر بقلعه ثم رجع فطرح ثيابه ولبس ثياباً غير ثيابه ثم جاء فصلى بالناس فأتاه العباس ، فقال : والله إنه للموضع الذى وضعه النبى صلى الله عليه وسلم ، فقال عمر للعباس ، وأنا أعزم عليك لما سعدت على ظهري حتى تضعه فى الموضع الذى وضعه رسول الله صلى الله عليه وسلم ففعل ذلك العباس " (١) .

وجه الدلالة من هذا الحديث : أنه إذا ثبت هذا فى الميزاب وهو خشبة واحدتبت هذا فى الروشن الذى هو بناء متكامل .

٢ - ولأن الناس يخرجون الروشن من لدن رسول الله صلى الله عليه وسلم إلى يومنا هذا من غير إنكار ، اللهم إلا ما تحتمه قواعدالنظام الحديثة، فدل هذا على أن الإجماع منعقد على جواز ذلك فى الحدود التى يرسم بها الإمام أو الحاكم .

٣ - ولأنه ارتفاق بما لم يتعين عليه ملك أحد من غير إضرار فجاز كالمشى فى الطريق .

٤ - ولأن الهوءاتابع للقرار ، فلما ملك الارتفاق بالطريق من غير إضرار ، ملك الارتفاق بالهوء من غير إضرار .

فإذا زال الجناح جاز لغيره أن يرتفق كما لو قعد فى طريق واسع ثم انتقل عنه (٢) وإذا تعدى أحد على الجناح فأزاله لم يضمن بل يعزر فقط ، لأنه اقتنيات على الإمام ، أى تعد عليه (٣) .

الراجع :

أرى رجحان القول الثالث القائل بالجواز إذا لم يضر بالمارة لقوة أدلتهم وضعف أدلة غيرهم فما استدلل به القول الأول غير مسلم ، لأنه ليس كل روشن أو ساباط يؤدي إلى الضرر فى الحال أو المآل . كما أن ما استدلل به القول الثانى يرد عليه بأن هذا مقبول فى حالة الضرر، أما فى حالة عدم الضرر فلا يتعارض ذلك مع حق المرور فى الطريق العام .

الانتفاع بالطريق العام فى غير المرور :

قد ينتفع بعض الناس بالطريق العام فى غير المرور ، كربط دابته ، أو الجلوس فيه ، أو البيع والشراء أو ما أشبه ذلك ، والانتفاع بالطريق يلزم عنه شغل حيز منه فما الحكم فى ذلك بادئ ذى بدء أقول وردت بعض الأحاديث تنهى عن ذلك منها :

(١) أخرجه أحمد فى مسنده حديث رقم ١٧٩٠ ، قاله الشيخ شاكر حديث صحيح ، والبيهقى فى السنن ٦٦/٦ كتاب الصلح ، باب

نصب الميزاب وإشراع الجناح ، والحاكم فى المستدرک ٣/٣٣١،٣٣٢ .

(٢) تكملة المجموع ١٣/٣٩٦،٣٩٧ ، نهاية المحتاج ٤/٣٩٣ .

(٣) البيهزمى على الخطيب ٣/٤٨ .

ما روى عن أبي سعيد الخدرى عن النبي صلى الله عليه وسلم قال : ﴿إياكم والجلوس فى الطرقات . فقالوا : يارسول الله مالنا من مجالسنا بُدُّ نتحدث فيها ، فقال : فإذا أبيتم إلا المجلس فأعطوا الطريق حقه ، قالوا : وما حق الطريق يارسول الله ؟ قال : غض البصر ، وكف الأذى ، ورد السلام ، والأمر بالمعروف والنهي عن المنكر﴾ (١) .

وقد اختلف الفقهاء فى هذا النهى هل هو نهى كراهة أم تحريم ؟

فذهب شراح الحديث (٢) إلى أن هذا النهى نهى كراهة ، أى يكره الجلوس على الطرقات ، إذ لو كان للوجوب لم يراجعوه ، فلما قالوا مالنا من مجالسنا بُدُّ ، ذكر لهم المقاصد الأصلية للمنع : فالعلة فى التحذير من الجلوس على الطرق ما فيه من التعرض للفتنة بالنظر إلى ما يحرم إليه من مرور النساء وغيرهن . ومن أذى الناس باحتقار من يمر أو غيبة ، أو إهمال رد السلام فى بعض الأوقات ، أو إهمال الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر ، أو يجلس بقرب دار إنسان يتأذى بذلك ، إلى غير ذلك .

أما فقهاء المذاهب الفقهية ، فقد اختلفوا فى ذلك .
فذهب الحنفية :

إلى أن شغل حيز من الطريق جائز بشرط السلامة وعدم الإضرار بالعامّة ، فإن شغل الطريق بإذن من الإمام بشرط عدم الإضرار لا يضمن بعد ذلك إذا ترتب على ذلك ضرر ، لأنه غير متعد ، أما إن شغل ذلك بدون إذن الإمام فإنه يعد متعدياً ، وهذا يوجب الضمان (٣) .
وذهب المالكية :

إلى أن الطريق إذا كان ضيقاً بحيث لا يكفى لغير المرور ، فلا يجوز لما فيه من ضرر ، أما إن كان الطريق واسعاً فإنه يجوز له ذلك إذا كان حاجة يقتضيها العرف ، ولا يملك شاغل الطريق الاستغناء عنها ، أمّا إذا كان لغير حاجة فلا يجوز ، هذا هو المعتمد فى المذهب وقيل أن ذلك له من غير تفصيل وهو قول ابن القاسم وأشهب ، وقيل ليس له ذلك من غير تفصيل إلا أن يسكن بين ذلك وهو قول سحنون (٤) .

-
- (١) أخرجه البخارى ومسلم فى صحيحيهما ، البخارى كتاب المظالم ، باب أفنية الدور والجلوس فيها ، وكتاب الاستئذان ، ومسلم كتاب السلام ، باب من حق الجلوس على الطريق رد السلام . (فتح البارى، ١٣٤/٥ ، ١٠/١١ ، ومسلم بشرح النووى ١٤٢/١٤)
(٢) فتح البارى ومسلم بشرح النووى المواضع السابقة ، ونيل الأوطار ٣١٥،٣١٤/٥ .
(٣) بدائع الصنائع ٤٠١٦/٨ ، ٤٠١٧ ، تبين الحقائق ١٤٥/٦ ، مجمع الأنهر ٦٥٢/٢ .
(٤) المعيار المعرب ٢١/٨ ، تبصرة الحكام ٣٦٨/٢ ، منح الجليل ٣٥٣/٤ ، ٣٥٤ .

وذهب الشافعية :

إلى أن شغل الطريق العام إذا كان مؤقتاً ودعت إلى ذلك الحاجة أو العرف فهو جائز بشرط عدم الإضرار بالمارة ، أما إذا كانت الأشياء لا يقتضيها عرف صحيح كربط الدواب في الشوارع فإنه يمنع ، وإذا كان دائم كالبناء فلا يجوز (١) .

وذهب الحنابلة :

إلى أن شغل الطريق العام إن كان بما يدوم كالبناء لا يجوز بحال ويمنع منه ، وإن كان شغل الطريق العام مؤقتاً فقد اختلفت الروايات ، فقيل بالمنع مطلقاً سواء أكانت الحاجة تدعو إلى ذلك أم لا ، وقيل إذا كانت الحاجة يقتضيها العرف لا يمنع بشرط عدم الإضرار بالعامه ، فإن أضر منع (٢) .

وذهب الزيدية :

إلى أنه يمنع في الطريق الغرس والبناء والحفر ومرور أحمال الشوك ووضع الحطب والذبح فيها ووضع القمامة فيها ، والرماد وقشر الموز وإحداث السواحل والميازيب وربط الكلاب الضارية لما فيها من الأذى ، فإن لم يترتب على ذلك ضرر وأذن الإمام وكان ذلك لمصلحة عامة جاز (٣)

ومما سبق يتبين أن للفقهاء في الانتفاع بالطريق العام في غير المرور قولان :

الأول : جواز ذلك بشرط عدم الإضرار بالمارة ، وإلى هذا ذهب جمهور الفقهاء من الحنفية والمالكية في المشهور عندهم ، والشافعية ، وبعض الحنابلة، والزيدية بالشروط السابقة .

الثاني : لا يجوز مطلقاً وإلى هذا ذهب بعض المالكية، وبعض الحنابلة .

الراجع :

أرى رجحان قول القائلين بجواز ذلك إذا لم يترتب على ذلك ضرر ، وكان هذا الشغل مؤقتاً وجرت العادة بذلك ، لأن هذا هو ما يتفق مع روح الشريعة الإسلامية من التسامح والإحسان في التعامل ، وهو ما يتفق مع حديث المصطفى صلى الله عليه وسلم السابق .

(١) الأحكام السلطانية للماردي ص ٢٥٨ إحياء علوم الدين للغزالي ٣٦٧/٢ ، الفتاوى الكبرى ٦٣/٣ ، نهاية المحتاج ٣٩٤/٤ .

(٢) الأحكام السلطانية لأبي يعلى ص ٣٠٦ ، القواعد ٢٠١ ، ٢٠٢ ، كشف القناع ٤٠٧/٣ ، المبدع ٢٩٥/٤ .

(٣) البحر الزخار ٩٨/٥ ، شرح الأزهار ٣٧٠/٣ ، ٣٧١ ، السيل الجرار ٢٥٢/٣ ، نيل الأوطار ٢٦٣/٥ .

ثانياً : الطريق الخاص وما يتعلق به من أحكام

الطريق الخاص :

هو ما كان مملوكاً لجماعة من الناس أو لشخص معين منهم .
ويعبر عنه كثير من الفقهاء بالسكة غير النافذة ، ويعرفونها بأنها : التي تكون منسدة من أحد الطرفين (١) ، أو هى السكة المسدودة الأسفل (٢) وفى جامع الفصولين (٣) : (السكة الخاصة أن يكون فيها قوم يحصون ، أما لولم يحصى قومها فهى عامة وحكمها حكم طريق العامة) .
والطريق الخاص قد يكون غير نافذ وقد يكون نافذاً على ما نشاهد كثيراً هذه الأيام (٤) .

ملكية الطريق الخاص :

يرى كثير من الفقهاء أن الطريق الخاص مملوك لأهله . ومن هؤلاء بعض الحنفية ، وبعض المالكية والشافعية والحنابلة والزيدية ، وعللوا كثيراً من التصرفات التي لا تجوز لغير أهله بأنه ملك لأهله (٥) . أما غالب الحنفية قالوا : إن الطريق غير النافذ دليل على الملك غالباً ، فأقيم مقامه ووجب العمل به حتى يقوم الدليل على خلافه (٦) ، ولذلك يقول صاحب الدر المختار : إنها كالملك (٧) وأما المالكية فشبهوه بالملك إذ قالوا : إنها كالملك لجميعهم (٨) ، ويقول الخرشي إن أداة التشبيه إشارة إلى أنها ليست ملكاً تاماً ، وإلا كان لهم أن يحجروها على الناس بغلق (٩) أى أنها ليست ملكاً تاماً لأهلها ، لأنهم يمنعون من غلقها لحق العامة .
ويترتب على هذا الخلاف مايلى :

أن من قال بملكية الطريق غير النافذ يقول : لو اتفق المستحقون على سد رأس السكة لم يمنعوا منه ولم يفتحه بعضهم بغير رضا الباقين ، إلا إذا سده بأهله خاصة فله فتحه

(١) مواهب الجليل ١٦٦/٥

(٢) الغرر البهية ١٣١/٣ .

(٣) جامع الفصولين ١٩٢/٢ . (٤) البناية شرح الهداية ٢٠٥/١٠ .

(٥) الفتاوى الخانية ١١٨/٣ ، تبين الحقائق ١٤٣/٦ ، مجمع الأنهر ٦٥١/٢ تبصرة الحكام ٣٦٦/٢ ، مغنى المحتاج ١٨٤/٢ ،

تكملة المجموع ٤٠٠/١٣ ، المغنى والشرح الكبير ٣٦/٥ ، كشاف القناع ٤٠٨/٣ نيل الأوطار ٢٦٢/٥ .

(٦) البناية شرح الهداية ٢٠٥/١٠ ، شرح العناية ونتائج الأفكار ٣٠٧/١٠ .

(٧) الدر المختار وحاشية ابن عابدين ٥٩٤/٦ .

(٨) مواهب الجليل والتاج ١٧٤/٥ ، الشرح الكبير وحاشية الدسوقي ٣٧٠/٣ ، معين الحكام ٧٨٦/٢ .

(٩) الخرشي ٦٢/٦ .

بغير رضاهم وأيضاً لو أراد الأسفلون لا الأعلون سدماً بينهم أو قسمته جاز بخلاف الأعلىين .
ولو امتنع بعضهم من سده لم يكن للباقيين السد (١) .

أما من قال بعدم الملكية فيقول : ليس لأهل السكة أن ينصبوا على رأس سكتهم درباً
ويسدوا رأس السكة ، لأن مثل هذه السكة ولو كانت ملكاً ظاهراً لكن للعمامة فيها نوع حق ،
وهو أنه لو أزدحم الناس في الطريق كان لهم أن يدخلوها حتى يخف الزحام (٢)
أهل الطريق الخاص :

هم من كانت منازلهم داخل الطريق ، أو هم كل من نفذ باب داره إلى الطريق الخاص
(غير النافذ) .

هؤلاء لهم الانتفاع بالطريق كيفما يشاؤون ، يقول أبو حنيفة (٣) : الطريق لو كان غير نافذ
فلأصحابه أن يضعوا فيه الخشب ويربطوا فيه الدواب ويتوضوا فيه .. بشرط عدم الإضرار
بالآخرين ضرراً فوق العادة .

والطريق الخاص حق مشترك لكل العقارات المرتققة به ، والشركة فيه شركة خاصة
بين المنتفعين به لأنهم هم المستحقون للانتفاع به (٤) .
وأما غير أهل الطريق فليس لهم حق الانتفاع به إلا في حدود ضيقة كما سيأتى .

الاستحقاق في الطريق الخاص :

اتفق الفقهاء على أن الطريق الخاص شركة بين المنتفعين به ، وهو حق لهم جميعاً
باعتبار أملاكهم التي لها استطران عليه .

ولكنهم اختلفوا في استحقاق كل شريك من الشركاء فيه على ثلاثة أقوال :

(١) روضة الطالبين ٢٠٧/٤ ، نهاية المحتاج ٤٠٠/٤ ، ٤٠٢ ، مغنى المحتاج ١٨٤/٢ .

(٢) جامع الفصولين ١٩٧/٢ .

(٣) جامع الفصولين ١٩٧/٢ .

(٤) المبسوط ١٨٠/٢٣ ، تكملة البحر الرائق ١٥/٨ ، شرح العناية ونتائج الأفكار ٣١٠/١٠ ، ٣١١ ، تبصرة الحكام ٦٦/٢ ،

روضة الطالبين ٢٠٦/٤ ، نهاية المحتاج ٣٩٩/٤ ، تحفة المحتاج ٢٠٦/٥ ، كشف القناع ٤٠٧/٣٤ ، ٤٠٨ .

القول الأول :

وبه قال أكثر الحنفية ، والمالكية ، وبعض الشافعية ، وبعض الحنابلة (١) إن الطريق الخاص ملك مشاع بين المنتفعين به من أوله إلى آخره ، فالاستحقاق فيه فى جميع الطريق ، لأنهم ربما احتاجوا إلى التردد والارتفاق بكله لطرح القمامات عند الإدخال والإخراج.

القول الثانى :

وبه قال بعض الحنفية ، والصحيح عند الشافعية ، والصحيح عند الحنابلة (٢) . إن الطريق الخاص يستحق الشريك فيه مقدار ما ينتفع به من الطريق فعلا ، وهو الجزء المحصور بين مدخل الطريق وباب داره ، لأن ذلك القدر هو محل تردده ومروره وما عداه هو فيه كالأجنبى .

القول الثالث :

وبه قال بعض الحنابلة (٣) . إن استحقاق الشريك مقدر بما بين مدخل الطريق ونهاية ملكه ، لأن له أن يفتح باب ملكه فى نهاية ملكه .

حق الشريك فى فتح الأبواب وتحويلها على الطريق الخاص :

العقار الذى له حق الاستطراق على الطريق الخاص هل يحق لمالكة تحويل بابيه من مكان إلى مكان آخر من ملكه على الطريق الخاص ، وهل يحق لمالكة أن يفتح أبواباً أخرى غيره على الطريق الخاص؟
اختلف الفقهاء فى ذلك ، بل اختلف فقهاء كل مذهب فى ذلك مما يجعلنى أذكر كل مذهب على حدة .

١ - مذهب الحنفية :

اختلف الحنفية فى ذلك على قولين :

(١) نيبين الحقائق ١٤٣/٦ ، الفتاوى الخانية ٢١٠/٣ ، مواهب الجليل ١٧١/٥ ، ١٧٢ ، نهاية المحتاج ٤٠٠/٤ . المغنى والشرح الكبير ٥١/٥ .

(٢) الفتاوى الهندية ٤٠/٦ ، تحفة المحتاج ٢٠٦/٥ ، زاد المحتاج ٢٠٨/٢ ، مغنى المحتاج ١٨٤/٢ المغنى والشرح الكبير ٥١/٥ كشف القناع ٤١٠/٣ .

(٣) المغنى والشرح الكبير ٥١/٥ ، المبدع ٢٩٦/٤ ، الإنصاف ٢٥٨/٥ .

الأول : وهو الصحيح عندهم : أن للشريك أن ينقل بابه إلى مكان آخر فى أى موضع شاء سواء أترك الباب القديم مفتوحاً أم سده . وسواء أكان الباب الجديد إلى ناحية مدخل الطريق أم فى نهاية ملكه ، لأنه يتصرف فى ملكه كيفما يشاء وتركه بعض ملكه لا يسقط حقه ، وتعدد الأبواب لا يزيد فى مقدار حقه .

الثانى : يرى أنه لا يجوز للشريك فتح باب آخر أبعد من الباب القديم ، لأنه يزيد طريقه ومروره فى السكة حتى ولو سد الباب القديم (١) . وهذا الخلاف كما ترى مبنى على الخلاف فى استحقاق كل شريك فى الطريق الخاص .

٢- مذهب المالكية :

اختلف المالكية فى ذلك على ثلاثة أقوال :

الأول : أنه لا يجوز له ذلك إلا بإذن جميع أهل الزقاق ، وإلى هذا ذهب ابن زرب ، وبه جرى العمل بقرطبة .

الثانى : أن له ذلك ما لم يقابل باب جاره ولا قرب منه بحيث يقطع به مرفقاً عنه ، سواء أغلق الباب القديم أم لا ، منعاً للضرر عن بقية الشركاء ، وإلى هذا ذهب ابن القاسم وابن وهب فى العتبية .

الثالث : أن له تحويل بابه على هذه الصفة إذا سد الباب الأول ، وليس له أن يفتح فيه باباً لم يكن قبل ، وإلى هذا ذهب أشهب . ويقول الإمام الرهونى هذا القول هو المعول عليه فى المذهب (٢) .

٣ - مذهب الشافعية :

اختلف الشافعية فى ذلك على قولين :

الأول : وهو الصحيح عندهم ، لا يجوز للشريك فتح باب آخر فى الطريق ، ولا ينقله إلى آخر الدرب إلا إذا أذنوا له فى الفتح سواء أسد بابه القديم أم تركه ، لأنه إذا فتح باباً آخر ، أو فعله إلى آخر ملكه، يكون قد جعل لنفسه حق استطرار فى موضع لم يكن له

(١) بدائع الصنائع ٤٠١٧/٨ ، الفتاوى الخانية ١١٧/٣ ، ٢١٠ ، البناء شرح الهداية ٧٨/٧ جامع الفصولين ١٩٢/٢ ، ١٩٣ ،

منحة الخالق على البحر الرائق ٣٤/٧ ، حاشية ابن عابدين ٤٤٦/٥ .

(٢) المدونة الكبرى ٢٧٤/٤ ، ٢٧٥ ، البيان والتحصيل ٤٠٤/٩ ، الكافي ٩٤٠/٢ ، تبصرة الحكام ٣٦٦/٢ ، ٣٦٨ ، المعيار

المعرب ٦٣/٨ ، مواهب الجليل ١٦٦/٥ ، التاج والإكليل ١٧٤/٥ حاشية الدسوقي والشرح الكبير ٣٧١/٣ ، حاشية الرهونى

٩٨/٦ ، البيهجة شرح التحفة ٣٣٥/٢ .

ومن حق كل شريك من شركائه الذين أبوابهم وراء بابيه القديم منعه من فتح باب جديد فيما وراء بابيه القديم حتى ولو سده .

الثاني : يجوز له أن يفتح باباً آخر وراء بابيه القديم فيما يقابل ملكه ، لأن حقه ثابت في جميع الدرب ، فاستحقاق الشريك في الطريق الخاص مشاع في كل الطريق وله أيضاً أن ينقل بابيه إلى آخر الدرب ، وليس لأحد الشركاء منعه ، لأنه فتحه فيما له حق الاستطراق . وإن كان ما يفتحه أقرب إلى السكة فإن سد الأول جاز ، وإلا فكما إذا كان أبعد ، لأن الباب الثاني إذا انضم إلى الأول أورث زيادة زحمة الناس ووقوف الدواب فيتضررون به ، وقيل لا يمنع لمن يقع المفتوح بين داره ورأس السكة لأن الفاتح لا يمر عليهم (١) .

٤ - مذهب الحنابلة :

يفرق الحنابلة بين تقديم فتح الباب على الموضع القديم وبين تأخيره عن هذا الموضع، فإذا أراد تقديم فتح بابيه عن موضعه جاز له ذلك ، ولا يلزم بسداد الباب القديم . لأن البابين في موضع استطراقه ، وهو بذلك يستعمل حقه ، ولا يتجاوزه إلى حق غيره أما إذا أراد تأخير الباب عن موضعه أو فتح باب جديد وراء الباب القديم ففي ذلك قولان :

الأول : وهو المشهور ، أنه لا يجوز له ذلك ، ولكل واحد من الشركاء منعه ، لأن الثابت للشريك على الطريق هو حق الاستطراق إلى ملكه ، وينتهي حيث ينتهي إلى باب داره أما ما وراء بابيه فليس له استطراقه ، لأنه حق لمن يليه من الشركاء .

الثاني : يجوز للشريك أن يؤخر بابيه إلى ما وراء بابيه القديم ، ويجوز له أن يفتح باباً آخر جديداً فيما وراء بابيه القديم ، سواء أسد الباب القديم أم تركه مفتوحاً ، وليس لأحد الشركاء أن يمنعه من ذلك ، لأنه يستعمل حقه (٢) .

وبعد استعراض آراء الفقهاء في جواز نقل الأبواب وتحويلها من مكان إلى مكان وجواز تعددها على الطريق الخاص يمكن تلخيص آرائهم فيما يلي :

١ - لا يجوز نقل الأبواب وتحويلها عن مكانها بعد تقررهما في موضعها على الطريق ،

(١) المهذب ١/٣٣٦ ، روضة الطالبين ٤/٢٠٨ ، تحفة المحتاج ٥/٢٠٧ ، الفتاوى الكبرى ٣/٦٦ ، ٦٧ ، نهاية المحتاج

٤/٤٠٢ ، مغنى المحتاج ٢/١٨٥ ، زاد المحتاج ٢/٢٠٨ ، تكملة المجموع ١٣/٤١٣ ، حاشية الجمل على شرح المنهج ٣/٣٦٢ ،

حاشية البيجرمي ٣/١٠ .

(٢) المغنى والشرح الكبير ٥/٥٠ ، الإنصاف ٥/٢٥٨ ، القواعد ص ٢٠٢ ، ٢٠٣ .

وبالتالى فتح أبواب جديدة مع وجود القديمة، وإلى هذا ذهب بعض الحنفية وبعض المالكية والصحيح عند الشافعية .

٢ - يجوز فتح باب جديد بدلاً من القديم ، بشرط سد الباب القديم ، سواء أكان الباب الجديد إلى ناحية مدخل الطريق أم إلى نهايته ولا يجوز تعدد الأبواب ، وإلى هذا ذهب أشهب من المالكية وهو المعتمد عندهم .

٣ - يجوز فتح باب جديد بشرط ألا يقابل باب جاره ، سواء أغلق الباب القديم أم لا ، وإلى هذا ذهب ابن القاسم وابن وهب من المالكية .

٤ - يجوز فتح باب جديد إلى جهة مدخل الطريق مع سد الباب القديم ، ويمنع فتح باباً جديداً إلى نهاية الطريق ، وإلى هذا ذهب بعض الشافعية والصحيح عند الحنابلة .

٥ - يجوز فتح باب جديد إلى مدخل الطريق أو فى نهاية ملكه ، ويجوز أيضاً نقل بابه فى أى موضع شاء وهو الصحيح عند الحنفية وبعض الشافعية وبعض الحنابلة .

الراجع :

بعد هذا العرض لأراء الفقهاء ، فإنى أميل إلى القول الخامس القائل : بجواز نقل الأبواب من مكان إلى آخر ، سواء أكان ذلك فى أول ملكه أم فى آخره ، وسواء أسد الباب القديم أم لا ، كما يجوز فتح باب جديد فى أى موضع من ملكه ، لأن هذا هو ما يتفق وحاجات الناس ويحقق مصالحهم ، وخاصة عند قسمة العقار المشترك وحاجة كل شريك إلى الاستقلال بحصته يفتح فيها باباً خاصاً يستطرق منه إلى الطريق ، فالطريق وظيفته الأساسية الاستطراق منه إلى الملاك ، والاستطراق على العقار يكون فى أى موضع يكون ، والمالك حينما يستعمل حقه على الطريق بفتح باب واحد أو بفتح أكثر من باب ليس معناه أن فى ذلك إضراراً بالشركاء ، لأنه يستعمل حقه ، كما أن منع تحويل الأبواب مطلقاً ، يعتبر حجراً على المالك فى استعمال حقه ومنعه من الانتفاع بما يقابل ملكه ، كما أن القول بضرورة سد الباب القديم فيه تضيق وحرَج ، وعدالة التشريع الإسلامى تأبى ذلك ، وإلا فما الحل إذا كان العقار شركة واقتسمه الشركاء فيما بينهم ، كما أن تعدد الأبواب ليس فيه نفع زائد ، لأن الطريق إنما جعل للاتفاق به .

فتح الأجنبي باباً على الطريق الخاص :

الطريق الخاص حق لأهله يمرون فيه كيفما يشاءون ، ولهم فتح الأبواب عليه على النحو الذى سبق .

ولكن يثور التساؤل عن العقار الذى ظهره إلى الطريق الخاص وليس عليه .

هل يحق لصاحبه أن يفتح باباً على هذا الطريق أم لا ؟

بادئ ذي بدء أقول : إن صاحب هذا العقار يعتبر أجنبياً بالنسبة لأهل الطريق الخاص ، لأن أهل الطريق الخاص كما سبق، هم من كانت منازلهم داخل الطريق .

وأما بالنسبة لهذا التساؤل فأقول:

إن الفقهاء يفرقون بين فتح الأجنبي باباً على الطريق الخاص للاستطراق (أى للمرور منه) وبين فتحه للإضاءة .

ففى الحالة الأولى : وهى فتحه للمرور فيه .

فإن جمهور الفقهاء يقولون : لا يجوز له أن يفتح هذا الباب إلا بإذن من أهل الطريق الخاص ، سواء أكان هذا الباب مضرراً أم كان غير مضر ، لأنه خاص بهم ، وهم أصحاب التصرف فى ذلك ، ولهم الرجوع بعد إذنهم حتى بعد الفتح (١) .

أما فى الحالة الثانية : وهى فتح الأجنبي باباً على الطريق الخاص للإضاءة .

فقد اختلف الفقهاء فى ذلك على قولين :

القول الأول :

وبه قال بعض الحنفية وبعض المالكية والصحيح عند الشافعية والصحيح عند الحنابلة (٢) . يجوز للأجنبي فتح الأبواب والمنافذ لإضاءة المكان وتهويته ، لأن له رفع الحائط كله فبعضه أولى .

القول الثانى :

وإليه ذهب الحنفية فى الأصح عندهم ، والصحيح عند المالكية ، وبعض الشافعية وبعض الحنابلة ، وبه قال الزيدية والإمامية (٣) . لا يجوز للأجنبي فتح الأبواب والنوافذ لإضاءة المكان ، أو الاستطراق ، لأن فتحه يشعر بثبوت حق الاستطراق

(١) البناية شرح الهداية ٧٧/٧ ، شرح فتح القدير ٣٢٣/٧ ، مواهب الجليل ١٦٦/٥ ، تبصرة الحكام ٣٦٧/٢ ، نهاية المحتاج ٤٠١/٤ ، ٤٠٢ ، كشاف القناع ٤٠٨/٣ .

(٢) حاشية ابن عابدين ٤٤٥/٥ ، حاشية الطحطاوى والدر المختار ٢١٥/٣ ، مواهب الجليل ١٦٧/٥ ، تحفة المحتاج وحاشية الشروانى ٢٠٦/٥ ، روضة الطالبين ٢٠٨/٤ ، مغنى المحتاج ١٨٥/٢ ، نهاية المحتاج ٤٠٢/٤ ، المغنى والشرح الكبير ٥١/٥ ، كشاف القناع ٤٠٨/٣ .

(٣) البناية ٧٧/٧ ، شرح فتح القدير ٣٢٣/٧ ، حاشية الطحطاوى ٢١٥/٣٠ ، الفتاوى البزازية ٤١٧/٣ ، البحر الرائق ٣٥/٧ ، المدونة الكبرى ٢٧٥/٤ ، حاشية الرهونى ٩١/٦ وبهامشها حاشية كنون ، الخرشي ٦٢/٦ ، تبصرة الحكام ٣٦٧/٢ ، روضة الطالبين ٢٠٨/٤ ، نهاية المحتاج ٤٠٢/٤ ، المغنى والشرح الكبير ٥١/٥ ، شرح الأزهار ٣٧٢/٣ ، شرائع الإسلام ١٢٣/٢ .

فيستدل به عليه ، ولأنه ربما يدعى بعد تركيب الباب حقاً في المرور ، فيكون بتركيبه ممهداً لنفسه دعوى حق المرور ، فيكون القول قوله للظاهر وهو فتح الباب ، كما أنه بعد الفتح لا يمكن مراقبته في المرور ليلاً ونهاراً .

الراجح :

أرى رجحان القول الثاني ، القائل : بعدم جواز فتح الأجنبي باباً على الطريق الخاص ، وذلك لأن هذا استعمال لملك الغير بدون رضاهم وهو غير جائز شرعاً ، كما أن فتح باب على الطريق الخاص إثبات لحق ارتفاع له لم يكن ثابتاً قبل فتح هذا الباب ، كما أن مالك العقار قد ينقل ملكيته بعد أن يفتح هذا الباب فيتبعه حق مرور على الطريق ويزداد عدد الشركاء في الطريق بسبب عقار لم يكن له حق في هذا الطريق ، كما أن الأجنبي قد يدعى بعد فتحه هذا الباب أن له حق في هذا الطريق ، لذلك كان القول بعدم جواز فتح الأجنبي باباً على الطريق هو ما ينبغي الأخذ به لما فيه من حفظ حقوقهم وصيانة أملاكهم من عبث الغاصبين .

فتح باب بين ملكين لأحدهما حق مرور على الطريق الخاص :

يثار التساؤل عن حكم ما لو كان للمالك عقاران يملكهما ، ولأحدهما حق استطران على طريق خاص والثاني لا حق له في الاستطران ، وأراد المالك أن يفتح بين العقارين باباً ، أو رفع الفاصل بينهما ويجعلهما عقاراً واحداً ، ويتخذ من الطريق الخاص بأحدهما طريقاً لهما . فهل يكون له ذلك أم لا ؟ اختلف الفقهاء في ذلك على قولين :

القول الأول :

وإليه ذهب الحنفية ، وبعض المالكية ، والصحيح عند الشافعية ، وقول عند الحنابلة (١) يجوز له ذلك ، لأنه يتصرف في ملكه ، وذلك لأن له رفع الحائط كله فبعضه أولى ، وقيده بعض المالكية ، بأن يكون قصده من ذلك الارتفاق به ، أما إن جعل ذلك طريقاً يدخل الناس من باب داره ويخرجون من هذا الباب فليس له ذلك .

(١) جامع الفصولين ١٩٦/٢ ، ردالمختار ٢٩٥/٥ ، مواهب الجليل ١٦٧/٥ ، تحفة المحتاج ٢٠٨/٥ ، نهاية المحتاج ٤٠٣/٤ ،

مغنى المحتاج ١٨٦/٢ ، المغنى والشرح الكبير ٥١/٥ كشف القناع ٤١٠/٣ ، الإصناف ، ٢٥٩/٥ ، المبدع ٢٩٦/٤ .

القول الثاني :

وإليه ذهب المالكية فى المشهور عندهم ، وبعض الشافعية، وقول عند الحنابلة (١) لا يجوز له ذلك ، لأن ذلك يثبت الاستطراق فى الدرب الذى لا ينفذ من دار لم يكن لها فيه طريق ، ولأن ذلك ربما أدى إلى إثبات الشفعة فى قول من يثبتها بالطريق لكل واحدة من الدارين فى زقاق الأخرى .

الراجع :

أرى رجحان القول الأول ، لأن المنع فيه تضيق على المالك وحجر على حريته فى التصرف فى ملكه ، والشريعة الغراء تعطى المالك الحرية فى التصرف فى ملكه إلا إذا ترتب على ذلك ضرر فوق العادة ، ولم يترتب هذا الضرر فى مثل هذه الحالة ، وإذا أراد أن يرفع الفاصل بين العقارين ويجعلهما عقاراً واحداً كان له ذلك توسعة على نفسه .

شغل هواء الطريق الخاص :

الطريق الخاص ملك لأصحاب الأبواب فيه عند جمهور الفقهاء فلهم وحدهم حق الانتفاع به . ومن ثم لا يجوز لغيرهم حق الانتفاع بالطريق الخاص إلا بإذنهم ، وكذلك شغل هواء الطريق الخاص لا يجوز إلا بإذنهم .

ولكن هل يجوز للشريك فى الطريق الخاص شغل هوائه أم لا ؟

اختلف الفقهاء فى ذلك على قولين :

القول الأول :

وإلى هذا ذهب الحنفية ، وبعض المالكية ، والأصح عند الشافعية ، والحنابلة ، والزيدية ، والإمامية (٢) .

لا يجوز شغل هواء الطريق بدون إذن من بقية الشركاء ، كسائر الأملاك المشتركة ، سواء أضر بهم أم لا ، لأن الوصول إلى رضائهم ممكن فبقى على الشركة حقيقة وحكما ، ولأن حرمة التصرف فى حق الغير لا تقف على المضرة . ويرى بعض المالكية إذن من يمر من تحتها لمنزله فقط وأما من لم يمر من تحتها لمنزله فلا يعتبر إذنه .

(١) مواهب الجليل ١٧٠/٥ ، حاشية الرهونى ٩١/٦ ، روضة الطالبين ٢٠٩/٤ ، مغنى المحتاج ١٨٦/٢ ، حاشية الشروانى

٢٠٨/٥ ، المغنى والشرح الكبير ٥١/٥ ، الإنصاف ٢٥٩/٥ المبدع ٢٩٦/٤ .

(٢) الفتاوى الخانية ١٧١/٣ ، جامع الفصولين ١٩١/٢ ، تبیین الحقائق ١٤٣/٦ ، البناية شرح الهداية ٢٠٦/١٠ ، مجمع الأنهر

٦٥١/٢ ، نتائج الفكر وشرح العناية ١٨٤/١٠ ، تكملة المجموع ٤٠٠/١٣ ، المغنى والشرح الكبير ٣٥/٥ ، الإنصاف ٢٥٥/٥ ،

شرح الأزهار ٣٧٢/٣ .

القول الثاني :

وإلى هذا ذهب المالكية في المعتمد عندهم ، وبعض الشافعية (١) .
يجوز بغير رضاهم إن لم يضر ، بأن رفع على رؤوس الركبان رفعاً بيناً ، لأن كل واحد منهم يجوز له الانتفاع بقراره فيجوز بهوائه كالشارع .

الراجع :

أرى رجحان القول الأول ، لأن كل ما هو مشترك بين الشركاء لا يتعدى الانتفاع به عن المعتاد والانتفاع بالطريق الخاص إنما هو للمرور ، ولما هو من لوازم السكنى ، كالجلوس ووضع الأحمال المؤقت وغير هذا من لوازم السكنى ، أما كان من غير لوازم السكنى فلا يجوز إلا بإذن من بقية الشركاء ، فكما لا يجوز البناء في الطريق الخاص فكذلك لا يجوز شغل هوائه إلا بإذن من بقية الشركاء ، فالمنع من شغل هواء الطريق هو ما ينبغي الأخذ به لقطع التنازع بين الشركاء .

المرور بالطريق الخاص :

الطريق الخاص إذا كان في ملك الإنسان فلصاحبه حرية الانتفاع به كيفما يشاء ، وله التصرف فيه بكافة التصرفات ، فله أن يأذن لغيره بالمرور فيه .
وإذا كان الطريق ملكاً لشخص ولآخر عليه حق المرور فقط ، فليس لمن له حق المرور الانتفاع بالطريق إلا في المرور فقط ، وليس له أن يتجاوز حقه في كيفية المرور وأن يستوفي أكثر من حقه الثابت له ، فمن ثبت له المرور بشخصه فقط لم يكن له أن يمر من الطريق بعربته أو دوابه مثلاً (٢) .

ومالك العقار المحمل بحق المرور ليس له أن يضر بالشخص الذي له حق المرور على ملكه بأن يضيق عليه الطريق ويجعل مروره صعباً ، وليس له أيضاً أن يحول هذا الممر إلى موضع آخر إلا بإذن من له حق المرور ، وذلك إذا كان الطريق في أرض الغير خاصاً به .
أما إذا كان الطريق في أرض الغير عاماً ، لم يجز تحويل هذا الطريق وإن رضى من جاور هذه الأرض حتى ولو كان الممر الثاني أسهل من الممر الأول . وقيل يرفع أمر ذلك الطريق إلى الإمام (٣) .

(١) الشرح الكبير وحاشية الدسوقي ٣/٣٧١ ، بلغة السالك والشرح الصغير ٢/١٧٧ ، الخرش وبهامشه العدوى ٦/٦٢ ، شرح منح الجليل ٣/٣٣٤ ، مواهب الجليل ٥/١٧١ ، روضة الطالبين ٤/٢٠٧ ، تحفة المحتاج ٥/٢٠٤ زاد المحتاج ٢/٢٠٦ ، فتح العزيز ١٠/٣١١ .

(٢) الفتاوى الهندية ٥/٣٧٤ ، مواهب الجليل ٥/١٧١ ، العقد المنظم للحكام ٣/٩٤ .

(٣) البيان والتحصيل ٩/١٨٨ ، حاشية الرهوني ٦/٨٩ ، وبهامشها حاشية كنون ٦/٨٧ ، مواهب الجليل ٥/١٧١ ، ١٧١ .

يقول ابن فرحون فى الطريق يشق أرض رجل فيريد أن يحولها إلى موضع آخر من أرضه هو أرفق به وبأهل الطريق : (١)

قال ابن القاسم ليس له ذلك : ولا لأحد أن يحول طريقاً من موضعها إلى ما هو دونها ولا إلى ما هو فوقها ، وإن كان مثل الطريق الأول فى السهولة أو أسهل منه ، وإن أضر ذلك به ، لأنه على ذلك اشترى أو ورث أو وهب له ، كذلك إذا كان طريقاً للعامّة ، لأن ذلك حق لجميع المسلمين فلا يجوز فيها إذن بعضهم ، إلا أن يكون طريق قوم بأعيانهم فيأذنون له فيجوز ذلك وقال ابن الماجشون : أرى أن يرفع أمر ذلك الطريق إلى الامام فيكشف عن حالها ، فإن رأى تحويلها عن حالها منفعة للعامّة ولمن جاورها حولها فى مثل سهولتها أو أسهل ، وفى مثل قربها أو أقرب فليأذن له بذلك، وإن رأى فى ذلك مضرة بأحد ممن جاورها ، أو ببناء السبيل وعامّة المسلمين منعه من ذلك وإن هو حول الطريق دون نظر الإمام ورأيه نظر الامام فى ذلك فإن كان صواباً أمضاه ، وإن كان على غير ذلك رده ، لأن الإمام هو الناظر لجميع المسلمين وهو بمكانهم فى ذلك .. الخ .

وقد يسأل البعض هل يجوز شراء حق المرور فى أرض الغير دون رقبّة الطريق ؟ فنقول: إن جمهور الفقهاء (٢) ذهب إلى جواز شراء حق المرور فى أرض الغير دون رقبّة الطريق، وذلك لأنه يقابله جزء من الثمن عند بيع الطريق المحمل بحق المرور . ولم يخالف فى ذلك إلا بعض الحنفية فقالوا لا يجوز بيعه لأنه مجرد منفعة مجهولة فلا يجوز بيعها لجهالتها وعدم القدرة على تسليمها .

ولكن قد يثور النزاع فى تقدير سعة الطريق ، بأن يتنازع مالك الأرض ومن لهم حق الانتفاع بالطريق فما الحكم فى ذلك ؟

بادئ ذى بدء أقول : وردت بعض الأحاديث فى تقدير سعة الطريق ، وجعلها عند التنزاع سبعة أذرع . فعن أبى هريرة رضى الله عنه قال : ﴿ قضى النبي صلى الله عليه وسلم إذا تشاجروا فى الطريق الميتاء بسبعة أذرع ﴾ (٣) وفى رواية أخرى له ﴿ إذا اختلفتم فى الطريق جعل عرضة سبع أذرع ﴾ (٤) .

والميتاء هى التى يكثر مرور الناس بها ، وقيل الطرق الواسعة وقيل العامرة يقول الإمام ابن حجر : أن أهل الطريق إذا تراضوا على شئ كان لهم ذلك ، وإن اختلفوا جعل

(١) تبصرة الحكام ٢/٣٧٥، ٣٧٦ ، ونحوه مواهب الجليل ٥/١٧٠، ١٧١ .

(٢) العناية شرح الهداية ٥/٢٠٥ ، حاشية الطحطاوى ٣/٣٥٦ ، حاشية ابن عابدين ٥/٧٧ ، المدونة الكبرى ٤/٢٤١ ، شرح التاودى مع البهجة ٢/١٦ ، فتح العزيز ١٠/٣٢٨ ، فتح الجواد ١/٢٨٠ ، كشف القناع ٣/٤٠٨ .

(٣) أخرجه البخارى فى صحيحه كتاب المظالم باب إذا اختلفوا فى الطريق الميتاء (فتح البارى ٥/١٤١) .

(٤) أخرجه مسلم فى صحيحه، كتاب المساقاة والمزارعة ، باب قدر الطريق إذا اختلفوا فيه (مسلم بشرح النووى ١١/٥١) .

سبعة أذرع ، وكذلك الأرض التي تزرع مثلاً إذا جعل أصحابها فيها طريقاً كان باختيارهم ، وكذلك الطريق التي لا تسلك إلا في النادر يرجع في أفنيئها إلى ما يترضى عليه الجيران (١) والمراد بالذراع (٢) : ذراع الآدمي فيعتبر ذلك بالمعتدل ، وقيل المراد بالذراع البنيان المتعارف عليه، وقد اختلف الفقهاء في الأخذ بهذه النصوص على قولين .

القول الأول : وبه قال جمهور الفقهاء من الحنفية ، والمالكية ، والشافعية في الصحيح عندهم (٣) أن سعة الطريق تختلف بحسب الحاجة إليها ، ومن ثم فليس طريق الممر كطريق الأحمال والدواب ، وليس المواضع العامرة كغيرها من المرور في الطرق الزراعية ، وهذه الأحاديث تدل على أن هذه واقعة بعينها ، أو أنها تدل على عرف المدينة ، وأن هذا القدر كان فيه الكفاية .

القول الثاني : وبه قال بعض الشافعية ، والحنابلة (٤) أن هذا التقدير لازم لإنهاء الخلاف، لافرق بين طريق وآخر .

الراجع :

أرى رجحان القول الأول ، القائل بأنه يرجع في مقدار الطريق إلى الحاجة ، لأنه لو جعل الطريق في كل محل سبعة أذرع لأضر بكثير من أملاك الناس ، ويلزم عليه أن تكون بنايات الطريق في الأزقة وغيرها كالأمهات المملوكة وغيرها وذلك ضرر بين .
المرور بملك الغير دون إذنه :

سبق القول بأن للمالك أن ينتفع بمره كيفما يشاء ، ولا يجوز لغيره هذا الانتفاع إلا بإذنه وإلا كان هذا الانتفاع تعدياً .

إلا أن الإنسان قد تعرض له حاجة ملحة تدعوه للمرور في ملك غيره ، كأن يوجد خطراً بالطريق يهدد المار فيه . فهل يجوز للإنسان أن يمر في ملك غيره دون أن يستأذنه ؟ اختلف الفقهاء في ذلك ، وسوف أذكر كل مذهب على حدة .
مذهب الحنفية :

يرى الحنفية أن للشخص في حالة الضرورة أن يمر في ملك غيره بدون إذنه إذا جرت العادة بذلك .

يقول صاحب الفتاوى الهندية : والحاصل أن المعتبر في هذا عادات الناس كذا في المحيط . وفي النوازل : إذا أراد الرجل أن يمر في أرض غيره ، فإن كان له طريق آخر لم يكن له أن

(١) فتح الباري ١٤٢/٥ . (٢) مواهب الجليل ١٧٠/٥ ، حاشية العدوي ٦٢/٦ .

(٣) المبسوط ٥٥/١٥ ، المدونة ٢٧٨/٤ ، مواهب الجليل ١٦٩/٥ ، حاشية الرهوني ومعها حاشية كنون ٨٨،٨٧/٦ ، روضة الطالبين ٢٠٦/٤ ، معنى المحتاج ١٨٣/٢ ، زاد المحتاج ٢٠٦/٢ .

(٤) روضة الطالبين ٢٠٦/٤ ، القواعد ص ٢٠٢ ، أسنى المطالب ٢٢٠/٢ .

يمر ، وإن لم يكن فله أن يمر مالم يمنعه ، فإذا منعه فليس له أن يمر فيها وهذا في حق الواحد ، أما الجماعة فليس لهم أن يمروا من غير رضاه كذا في الذخيرة (١) فالحنفية : يجيزون له المرور بدون إذن المالك بشروط :

- ١ - إذا جرت العادة بذلك
- ٢ - ألا يكون له طريق آخر .
- ٣ - ألا يمنعه المالك بلفظ صريح
- ٣ - أن يكون المرور لشخص واحد .

مذهب المالكية :

يرى المالكية أن من كانت عنده حالة ضرورة أن يطلب من جاره أن يسمح له ، ولا ينبغي لجاره أن يمنعه مما لا يضره ولا ينفعه ولا يحكم به عليه ، فإن كانت الضرورة ملجئة بحيث لا يستطيع الاستئذان جازله أن يمر في ملكه بدون إذنه (٢) ثم بين المالكية حكم من ترك أرضه للناس يمرون بها ثم أراد منعهم ، فله ذلك ، ولا يكون هذا الاستعمال لصاحب الأرض فالضرر لا يحاز بمضى المدة ، وقيل يحاز بعشرة أعوام ، وقيل يحاز بالعشرين سنة (٣) وقيل بالأربع والخمس سنوات .

مذهب الشافعية :

يرى الشافعية جواز المرور بملك الغير إذا جرت العادة بذلك .

ففى تحفة المحتاج (٤) (يجوز المرور بملك الغير إذا اعتيد المسامحة به ، ويقول الشرواني معلقاً على ذلك : كما لو تعين طريقاً للوصول إلى مزرعته أو نحوها ، ولم يضر بصاحب الملك ومثل المالك ما جرت العادة بزراعته من الأرض المضروب عليها الخراج ، فلو دعت الحاجة إلى المرور في محلة من تلك الأرض ، فلو ترتب على المرور ضرر عليه لا يجوز إلا بطريق مسوغ له كالاستتجار ممن له ولاية ذلك) .

وجاء في الفتاوى الكبرى (٥) (يجوز المرور في ملك الغير إذا لم يصر بذلك طريقاً للناس) من هذا نعلم : أن الشافعية يجيزون المرور في أرض الغير ، إذا جرت العادة بذلك ولم يصر طريقاً للناس ، ولم يترتب على المرور ضرر بالمالك وإلا منع (٦) .

(١) الفتاوى الهندية ٣٧٣/٥ ، الفتاوى الخانية ٢١٢/٣ ، جامع الفصولين ١٩٢/٢ .
 (٢) المدونة الكبرى ٢٧٥/٤ ، المنقلى ٤٤/٦ ، حاشية كنون ٢٢/٥ .
 (٣) المعيار المغرب ٤٢/٨ ، مواهب الجليل ١٦١/٥ ، حاشية الرهوني ٩٠/٦ .
 (٤) تحفة المحتاج وحاشية الشرواني ٢٠٥/٥ .
 (٥) الفتاوى الكبرى ٨٣ / ٣ .
 (٦) نهاية المحتاج ٤٠٠/٤ ، مغنى المحتاج ١٨٥/٢ ، الغرر البهية ١٣٧/٣ .

مذهب الحنابلة :

ورد عنهم فى استعمال ملك الغير بغير إذنه فى حالة الضرورة روايتان :
إحدهما : لا يجوز لأنه تصرف فى أرض غيره بغير إذنه فلم يجز ، كما لو لم تدع إليه
 ضرورة ، لأن مثل هذه الحالة لا تبيح مال الغير . وهذه الرواية هى الصحيحة فى
 المذهب .

والأخرى : يجوز لما روى أن الضحاك بن خليفة ساق خليفاً من العريض ، فأراد أن يمر به
 فى أرض محمد بن مسلمة فأبى ، فكلم فيه الضحاك عمر .. فقال عمر : والله ليمرن به
 ولو على بطنك (١ ، ٢) .

الراجع :

أرى رجحان الرواية الثانية عند الحنابلة التى تجيز المرور فى أرض الغير بدون إذنه
 فى حالة الضرورة ، بعد أن يستأذن المالك فإن امتنع أجبره الإمام على تمكين جاره من
 المرور كما فعل عمر رضى الله عنه ، أما الحنفية والمالكية فقولهم مرجوح ، لأنه ماذا يفعل
 المضطر إذا لم يأذن له المالك بالمرور ، وأما رأى الشافعية فهو أيضاً مرجوح لأنه يبيح
 المرور فى حالة الضرورة وفى غيرها ، فهو يجرئ الناس على استباحة أموال الغير ، أما
 الرواية الأولى للحنابلة فهى لم تراعى حالة الضرورة .

(١) المغنى والشرح الكبير ٣١/٣٠/٥ ، الإصناف ٢٤٨/٥ ، ٢٤٩ ، المبدع ٢٩٢/٤ .
 (٢) رواه مالك فى الموطأ ، كتاب الأفضية ، باب القضاء فى المرفق ص ٤٦٤ .

المبحث الثاني

حق المرور في القانون المصري

تمهيد :

الأصل : أن للمالك أن يستأثر بالانتفاع بالشيء الذي يملكه ، وبالتالي فمن حقه أن يمنع غيره من المرور في أرضه ، ولكن نظراً إلى أن بعض الأراضي قد تكون محبوسة عن الطريق العام ، الأمر الذي يؤدي إلى تعطيل استغلالها إذا لم يتمكن مالكيها من الحصول على حق ارتفاق بالمرور إلى الطريق العام ، نظراً لهذا قرر المشرع لملاك تلك الأراضي الحق في المرور في الأرض المجاورة للوصول إلى الطريق العام (١) ، وهذا الحق يعتبر قيماً على حق الملكية مقرر بنص القانون حيث وازن المشرع بين المصلحة التي تعود على مالك الأرض المحبوسة من إعطائه حق المرور وبين الضرر الذي يعود على الجيران من إرغامهم على تحمل مرور ذلك المالك ، ورجح مصلحة المالك للأرض المحبوسة ، لأن استغلاله لأرضه لا يعود بالنفع عليه وحده ، بل وعلى الجماعة بأسرها (٢) .

إذن أساس نشأة هذا الحق هو : أن تكون أرض الجار محبوسة عن الطريق العام ، بحيث لا يكون لها منفذ إلا بالمرور في الأرض المجاورة (٣) .
ولا أهمية لنوع الأرض التي يتقرر عليها حق المرور ، فقد تكون أرضاً زراعية أو أرضاً فضاء مسورة أو غير مسورة (٤) ، ولا أهمية أيضاً لنظامها القانوني ، فقد تكون أرضاً مملوكة لأحد الأفراد كما قد تكون أرضاً موقوفة أو مملوكة للدولة ملكية خاصة أو حتى ملكية عامة وفقاً للرأى الراجح في الفقه المصري (٥) .

تعريف حق المرور :

حق المرور وفقاً لما سبق هو : حق مالك الأرض المحبوسة عن الطريق العام في الحصول على ممر في الأراضي المجاورة لأرضه للوصول إلى هذا الطريق العام (٦) .

(١) د/ منصور مصطفى ، السابق فقرة ٣١ ص ٧١ ، د/ حسن كبيرة ، السابق فقرة ٧١ ص ٢١٦ .

(٢) د/ محمد لبيب شنب ، السابق فقرة ٢٣٣ ص ٢٤٢ .

(٣) د/ نزيه المهدي ، القانون الزراعي ط ١٩٨٤ ص ١٥٦ ، د/ إسماعيل شاهين ، السابق ص ١٨٩ .

(٤) نقض مدني ١٩٤٢/١/٢٩ ، مجموعة النقض المدني في ٢٥ سنة ج ١ ص ١٦٧ رقم ١٣ .

(٥) د/ السنهوري ، السابق فقرة ٤٦٩ ص ٧٦٢ ، د/ عرفة ، السابق ص ٨٠ ، د حسن كبيرة ، السابق فقرة ٧٣ ص ٢٢٧ .

(٦) د/ البدر اوى ، السابق فقرة ٣٣٩ ص ٣٨٢ ، د/ أحمد سلامة ، الملكية الفردية فقرة ٤٩ ص ١٦٦ .

(٦) د/ الصدة ، السابق فقرة ٧٣ ص ١١٤ ، د/ محمود زكي ، السابق فقرة ٥٦٥ ص ١٠٥ .

وقد نصت المادة ٨١٢ مدنى على هذا الحق بقولها : " ١- مالك الأرض المحبوسة عن الطريق العام أو التي لا يصلها بهذا الطريق ممر كافٍ إذا كان لا يتيسر له الوصول إلى ذلك الطريق إلا بنفقة باهظة أو مشقة له حق المرور فى الأراضى المجاورة بالقدر اللازم لاستغلال أرضه واستعمالها على الوجه المألوف ، مادامت هذه الأرض محبوسة عن الطريق العام ، وذلك نظير تعويض عادل ولا يستعمل هذا الحق إلا فى العقار الذى يكون المرور فيه أخف ضرراً وفى موضع يتحقق فيه ذلك .

٢ - على أنه إذا كان الحبس عن الطريق العام ناشئاً عن تجزئة عقار تمت بناء على تصرف قانونى وكان من المستطاع إيجاد ممر كافٍ فى أجزاء هذا العقار ، فلا تجوز المطالبة بحق المرور إلا فى هذه الأجزاء " .

ويتبين من هذا النص : شروط حق المرور القانونى وأحكامه ، وحتى يتضح ذلك يجب أن يبين النقاط التالية :

- ١ - الشروط الواجب توافرها للحصول على حق المرور القانونى ، والأثر المترتب على توافرها .
- ٢ - أحكام الممر وأثر التقادم فيه .
- ٣ - انقضاء حق المرور .
- ٤ - أحكام التعويض عن حق المرور .

أولاً : الشروط الواجب توافرها للحصول على حق المرور :

من النص السابق يتضح أن هناك شروطاً أساسية لا بد من توافرها للحصول على حق المرور الذى يقرره القانون وهذه الشروط هى :

- ١ - وجود أرض محبوسة عن الطريق العام .
 - ٢ - أن يكون المرور ضرورياً لا استغلال الأرض واستعمالها على الوجه المألوف .
 - ٣ - ألا يكون الانحباس ناشئاً عن فعل إرادى من جانب المالك .
 - ٤ - أن يتم اختيار المرور من أقصر سبيل وبأقل ضرر .
- وهذه الشروط تحتاج إلى توضيح سوف أبنيه فيما يلى :

الشرط الأول :

وجود أرض محبوسة عن الطريق العام :

إن الشرط الأساسى لقيام حق المرور هو وجود أرض محبوسة عن الطريق العام ، بمعنى أنه إذا وجد الانحباس وجد حق المرور ، وإذا لم يوجد فلا حق فى المرور (١)

(١) د.أ. د/ لاشين الغياتى ، حق الملكية ص ١٥٢ .

ويتحقق الانحباس فى نظر القانون فى فرضين :

الأول : ألا يصل بين الأرض وبين الطريق العام أى ممر ، بمعنى ألا يوجد منفذ لهذه الأرض إلى الطريق العام ، بأن تكون محاطة من جميع جهاتها بأرض مملوكة للغير ، أو بمجارى مياه خاصة بحيث يتحتم على مالك الأرض المرور بأراضى جيرانه إذا أراد الوصول إلى الطريق العام (١) ولا يقتصر الطريق العام على الطرق البرية ، فهو يشمل الطرق البحرية والنهرية متى كان من الممكن لصاحب الأرض استعمالها استعمالاً يتناسب مع الاستغلال العادى لأرضه ، ويسمى هذا الانحباس الكلى

الثانى : أن يصل بين الأرض والطريق العام ممر ، ولكن هذا الممر غير كاف ، ويكون غير كاف فى نظر القانون إذا كان سلوكه يكبد المالك نفقة باهظة أو مشقة كبيرة (م ١١٢/١) وهذا هو الانحباس الجزئى .

ومثال الممر الذى يكبد المالك نفقة باهظة ، الممر الذى لا يمكن المرور فيه إلا بتعبه وتقويته بما يتكلف نفقات كثيرة لا تتناسب مع المنفعة التى يجنيها المالك من الأرض المحبوسة .
ومثال الممر الذى يكبد المالك مشقة كبيرة ، الممر الشديد الاتحداً ، أو الذى يقع بين جبلين تحصل فيهما إنهارات بصفة مستمرة ، أو يمتد مسافة كبيرة فى وسط الصحراء (٢) ولكن لا يعتبر الممر غير كاف لمجرد أنه غير مريح ، أو أنه يكبد المالك بعض النفقات (٣) وتقدير ما إذا كان الممر كافياً أو غير كافٍ ، مسألة موضوعية ، يفصل فيها القاضى على ضوء ظروف وملابسات كل دعوى .

وفى هذا تقول محكمة النقض (٤) (لا يشترط حتى تعتبر الأرض محبوسة عن الطريق العام، ألا يكون لها أى منفذ يودى إلى هذا الطريق ، بل يكفى لتحقيق هذه الحالة وفقاً لنص المادة ١/٨١٢ من القانون المدنى أن يكون للأرض ممر إلى الطريق العام ولكنه غير كاف ، بحيث لا يتيسر لمالكها الوصول إلى ذلك الطريق إلا بنفقة باهظة أو مشقة كبيرة ، وهو أمر مستقل قاضى الموضوع بتقديره متى أقام قضاءه على أسباب سائغة) .

ويلاحظ : أن الانحباس لا يتحقق إذا كان مقررراً لهذه الأرض حق ارتفاق بالمرور على الأرض أو الأراضى المجاورة ، وكان هذا الحق يمكن المالك من استغلال ملكه على النحو الذى يريده، ولا يهيم المصدر الذى اكتسب بمقتضاه .

(١) د/ لبيب شنب ، السابق فقرة ٢٣٣ ص ٢٤٢ ، د/ أحمد سلامة ، السابق فقرة ٥٠ ص ١٦٨ .

(٢) د/ محمد شنب ، السابق فقرة ٢٣٣ ص ٢٤٣ ، د/ الصدة ، السابق فقرة ٧٥ ص ١١٦ ، ١١٧ .

(٣) د/ شفيق شحاتة ، السابق فقرة ٣٦٠ ص ٣٥٤ ، د/ البدروى ، السابق فقرة ٣٣٨ ص ٣٨١ ، د/ منصور ، السابق فقرة ٣٢ ص ٧٣ ، د أحمد سلامة ، السابق فقرة ٥٠ ص ١٧٠ د/ شنب ، السابق ص ٢٤٣ .

(٤) نقض مدنى ١٩٧٤/١٢/٣١ طعن ٤٠١ لسنة ٤٩ س ٢٥ ص ١٥٤٧ .

فأى سبب من أسباب كسب الارتفاق يؤدي إلى قيامه ، وبالتالي يؤدي إلى انتهاء الانحباس (١) .

ولكن هل ينفك الانحباس إذا كان المنفذ الكافي متنازعا فيه ، أو قام على التسامح من جانب الجار ؟ بحيث يجوز له في أى وقت أن يمنع صاحب الأرض من استعماله ؟
اختلف شراح القانون في ذلك

ذهب جمهور الشراح (٢) إلى أن الانحباس لا يقوم متى كان للمالك ممر كاف يستعمله للوصول إلى الطريق العام ، لأن العبرة في قيام المنفذ هي بوجوده ، بصرف النظر عن كونه متنازعا فيه أو يقوم على التسامح .

وذهب البعض (٣) وهو ما أميل إليه ، إلى عدم الاعتداد بالمنفذ المتنازع فيه أو المحمول على التسامح ، فمالك الأرض من حقه أن يكون له ممر مستقر غير مهدد بالزوال ، أو يبنى على مئة من الجار ، ومن ثم تكون أرضه محبوسة ومن ثم يحق له أن يطالب بالمرور القانوني .
الشرط الثاني :

أن يكون الممر ضرورياً لاستعمال العقار واستغلاله على الوجه المألوف .

يحول القانون الحق في المرور لتيسير استعمال العقار واستغلاله ، ومن هذا فإنه يخضع في وجوده وفي مدها لحاجات هذا الاستعمال والاستغلال .

ويؤخذ الاستعمال والاستغلال هنا بالمعنى الشامل ، فيستوى أن تكون الأرض المحبوسة للاستغلال الزراعي أو الصناعي أو التجاري ، أو أن تكون أرض بناء . كما يصح أن يكون المرور لمجرد الاستعمال أي كان نوعه .

فالعبرة في تقدير لزوم الممر ومدى كفايته بطبيعة الاستغلال ومدى كفايته ، وفي هذا تقول المادة ٨١٢ مدني " له حق المرور في الأراضي المجاورة بالقدر اللازم لاستغلالها على الوجه المألوف " .

(١) د/ أحمد سلامة ، السابق فقرة ٥٠٥ ص ١٦٩ ، د/ شنب ، السابق ص ٢٤٣ .

(٢) د/ كامل مرسى ، السابق فقرة ٢٢٣ ص ٤٣١ ، د/ شفيق شحاتة ، السابق فقرة ٣٦٠ ص ٣٥٥ ، د/ إسماعيل غانم ، السابق فقرة ٥٥ ص ١١٦ ، د/ الصدة ، السابق فقرة ٧٥ ص ١١٧ ، د/ عرفة السابق فقرة ٢٢٩ ، د/ منصور ، السابق ص ٧٥ حيث يرى ذلك في المتنازع فيه ، أما ما يقوم على التسامح فيميل إلى الرأي الثاني ، د/ رمضان أبو السعود ، السابق ص ٣١٤ .

(٣) د/ السنهوري ، السابق فقرة ٤٦٦ ص ٧٥٦ ، د/ حسن كيرة ، السابق فقرة ٧٢ ص ٢٢٢ ، د/ منصور ، فقرة ٣٢ ص ٧٥ ، د/ أحمد سلامة فقرة ٥٠ ص ١٧٠ ، د/ شنب فقرة ٢٣٣ ص ٢٤٤ ، د/ جمال ، فقرة ٦٩ ص ١٢٨ ، د/ محمود زكي ، فقرة ٥٧ ص ١٠٨ .

فممر الأراضي المبنية للسكنى إذا توافر لها ممر لا يصلح إلا لمرور المشاة ، ولا يعتبر محبوسة ، ولا يكون لمالكها أن يطالب بحق المرور القانونى ، ولكن هذا الممر لا يكفى أرضاً زراعية يقتضى استغلالها على الوجه المألوف أن تمر الماشية والعربات ، وما يعتبر كافياً لأرض زراعية قد يقصر عن حاجات عقار فيه مصنع يتطلب مرور عربات النقل الكبيرة .

وما دام أن العبارة بحاجات استعمال العقار واستغلاله ، فإن التعديل أو التغيير فى طريقة الاستعمال أو الاستغلال إذا ترتب عليه أن أصبح الممر غير كاف لمواجهة الاحتياجات الجديدة ، فإن الجار الذى يخترق الممر أرضه يحق له أن يطالب بتضييق الممر أو إزالته (١) ولا يوجد حد لنشاط صاحب الأرض المحبوسة إلا أن يكون متعمداً الإضرار بصاحب الأرض المجاورة أو مجاوزاً للنطاق المألوف من النشاط ، فعند ذلك يكون مسئولاً ، ويصح للجار منعه إما لأنه متعسف فى استعمال حقه ، أو لأنه قد جاوز المألوف فى مضار الجوار ، فألحق بجارهِ ضرراً فاحشاً (٢)

الشرط الثالث :

يجب ألا يكون الانحباس راجعاً إلى فعل المالك .

يعتبر حق المرور القانونى قيداً خطيراً على ملك الجار ، ولذلك فهو لم يتقرر إلا للضرورة على النحو الذى قدمناه ، ومن ثم يشترط لقيام ذلك الحق ألا يكون الانحباس راجعاً إلى فعل مالك الأرض المحبوسة .

ويعتبر الانحباس راجعاً إلى فعل المالك إذا نشأ عن عمل من جانبه سواء أكان هذا العمل عملاً مادياً أم تصرفاً قانونياً ، وسواء أكان إيجابياً أم سلبياً ، كأن يقسم المالك بناء يسد به الممر الذى يصل أرضه بالطريق العام ، أو ينزل عن حق ارتفاق بالمرور كان مقرراً لصالح أرضه ، أو يترك هذا الارتفاق يسقط بعدم الاستعمال ، وفى جميع هذه الحالات لا يتحقق الانحباس قانوناً ، فلا يحق للمالك أن يطالب بحق المرور ، لأنه ليس من المقبول أن يجعل إهمال المالك فى استعمال حق الارتفاق المقرر لمصلحة أرضه مؤدياً إلى ثبوت حق قانونى له فى المرور فى أرض الجار (٣) .

(١) د / الصدة ، فقرة ٧٦ ص ١١٧ ، ١١٨ ، د/ السهوى ، فقرة ٤٦٨ ص ٧٦٠ ، ٧٦١ ، د منصور ، فقرة ٣٢ ص ٧٣ ، أستاذنا الدكتور/ لاشين الغاياتى ص ١٥٤ ، د / محمود زكى فقرة ٥٨ ص ١١٠ ، د/ نبيلة رسلان ص ٩٢ .

(٢) د/ السهوى فقرة ٤٦٨ ص ٧٦١ .

(٣) د/ إسماعيل غانم ، ص ٩٢ هامش ٢٠١ ، د/ الصدة ، فقرة ٧٧ ص ١١٨ ، ١١٩ ، د/ توفيق فرج ص ١١٧ ، أستاذنا الدكتور / لاشين الغاياتى ، السابق ص ١٥٥ ، د/ شنب ، فقرة ٢٣٣ ص ٢٤٤ .

وقد أفرد المشرع حالة الانحباس الناشئ عن تجزئة العقار بناء على تصرف قانوني بحكم خاص ونص على هذا الحكم في المادة (٢/٨١٢ مدنى).

إذ جعل الممر فى موضع معين دون غيره إذ يقول " على أنه إذا كان الحبس عن الطريق العام ناشئاً عن تجزئة عقار تمت بناء على تصرف قانوني وكان من المستطاع إيجاد ممر كاف فى أجزاء هذا العقار ، فلا تجوز المطالبة بحق المرور إلا فى هذه الأجزاء .

وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي فى هذا الخصوص " وهذا حكم معقول ، فإن العقار الذى يكون متصلاً اتصالاً كافياً بالطريق العام ، ثم يجزئه مالكة بتصرف برضاه ، ويكون من شأنه أن يحبس جزءاً منه عن الطريق العام فحق المرور لهذا الجزء ، يجب أن يتقرر على الأجزاء الأخرى " (١).

والحكمة من تقرير هذا الحكم : أنه لما كان الانحباس عن الطريق العام نتيجة تصرف قانوني، أى عمل إرادى من جانب المالك ، فيجب ألا نحمل الملاك الآخرين قيماً على حقوقهم بسبب هذا العمل الإرادى، وإنما يتحمل أطراف التصرف أنفسهم ما يترتب على تصرفهم من نتائج (٢) وكان مقتضى القاعدة كما قدمنا ، أن يكون لمالك الأرض المحبوسة حق المرور فى العقار الذى يكون المرور فيه أخف ضرراً ، بيد أن المشرع لم يأخذ بهذه القاعدة وجعل المرور فى باقى أجزاء العقار متى توافرت شروط ثلاثة :

- ١ - أن ينحبس العقار بعد أن كان متصلاً بالطريق العام .
- ٢ - أن يتأتى الحبس نتيجة تجزئة العقار بناء على تصرف قانوني .
- ٣ - أن يكون من المستطاع إيجاد ممر كاف فى أجزاء هذا العقار (٣) .

وقد تعددت مذاهب الشراح فى تحديد الأساس القانوني لهذا الحكم :

فذهب بعض الشراح (٤) إلى أن حق المرور الذى يتقرر لمالك الجزء المحبوس على جزء آخر ، هو حق مرور مصدره التصرف القانوني الذى أدى إلى تجزئة العقار ، وأن الفقرة الثانية من المادة ٢/٨١٢ تتكلم عن المرور القانوني كما هو الوضع فى الفقرة الأولى من المادة ٨١٢ مدنى ، كل ما هنالك أن المشرع جعل هذا الحق فى باقى أجزاء العقار ، طالما كان من الممكن إيجاد ممر كاف فيها .

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٦ فى ٥٠ ، ٥١ .

(٢) د/ منصور ، فقرة ٣٥ ص ٨٢ ، د/ الصدة ، السابق ٨٤ ص ١٢٥ .

(٣) د/ أحمد سلامة ، السابق فقرة ٥٤ ، ص ١٨٢ .

(٤) د/ أحمد سلامة ، السابق فقرة ٥٤٥ ص ١٨٦ ، د/ شنب ، السابق فقرة ٢٣٦ ص ٢٤٩ ، د/ الجمال ، السابق ص ٢٢٣ ،

د/ عبد العزيز أبو غنيمه ، الالتزام العيني فقرة ١٤ ص ١٨٧ ، د/ نبيلة رسلان ، السابق ص ٩٧ .

وأرى أن هذا الرأي : هو الأقرب للصواب ، لأن عجز الفقرة الثانية من المادة ٨١٢ تقول : (فلا تجوز المطالبة بحق المرور) وهي نفس التسمية التي تستعملها الفقرة الأولى ، فالقانون إذن هو مصدر هذا الحق كما في الفقرة الأولى ، وكل ما هنالك أن المشرع رأى أن أولى العقارات التي تتحمل بالمرور هو جزء العقار الذي أدى فصله إلى انحباس الجزء الآخر ، لأن الانحباس قد نشأ عن عمل إرادي ، أما إذا لم يكن من المستطاع إيجاد ممر كاف للجزء المحبوس في أجزاء العقارات الأخرى فتطبيق القاعدة العامة في تحديد الممر وهي أن يكون المرور في العقار الأخف ضرراً .

وهذا هو ما أبدته محكمة النقض (١) بقولها " إذا لم يتيسر الحصول على ممر كاف في أجزاء العقارات الأخرى، فإنه يكون لمالك العقار عندئذ الحق في الحصول على الممر الكافي في إحدى العقارات المجاورة وفقاً لحكم الفقرة الأولى من المادة ٨١٢ سائلة الذكر .

وذهب بعض الشراح (٢) إلى أن أساسه هو الالتزام بضمان الانتفاع بالجزء المتصرف فيه ، وهذا الضمان يوجب عليه إنشاء حق ارتفاع على الجزء المتصل بالطريق العام لمصلحة الجزء المحبوس .

وذهب البعض (٣) إلى أن أساسه الإرادة الضمنية أو المفترضة للمتصرف في إنشاء حق ارتفاع بالمرور .

وذهب البعض (٤) إلى أن أساسه أن هذا التصرف ينشئ التزاماً بإنشاء حق ارتفاع بالمرور ولو لم يرد فيه شرط صريح أو ضمني ، لأنه من مستلزمات التصرف طبقاً للمادة ١٤٨ .

وذهب البعض (٥) إلى تأصيله بأنه من حقوق الارتفاق القانونية طبقاً لتخصيص المالك الأصلي في هذه الحقوق طبقاً للمادة ١١٠٧ مدني .

ووفقاً لما أميل إليه من أن الفقرة الثانية تتكلم عن المرور القانوني كما في الفقرة الأولى، فلا يوجد فرق إذن في القواعد التي تنطبق على جزء العقار عن القواعد التي تنطبق على الانحباس الذي يقرر حق المرور ، بمعنى أنه لا يسقط الحق بالمطالبة به بالتقدم ، ويكون تقريره مقابل تعويض ، وينتضي بزوال الانحباس ، وينتقل إلى الخلف الخاص .

(١) نقض مدني ١٩٧٤/١٢/٣١ طعن رقم ٤٠١ س ٣٩ ق س ٢٥ ص ١٥٤٧ .

(٢) د/ محمد عرفة ، السابق ص ٩٠ ، د/ البدراني فقرة ٣٥٣ ص ٤٠٨ .

(٣) د/ حسن كيرة ، فقرة ٧٢ ص ٢٢٣ .

(٤) د/ إسماعيل غانم فقرة ٥٩ ص ١٢٤ ، د/ الصدة ، فقرة ٨٢ ص ١٢٨ ، د/ منصور ، فقرة ٣٥ ص ٨٤ .

(٥) د السنهوري ، السابق فقرة ٤٧ ص ٧٦٧ .

الشرط الرابع :

يجب أن يتم اختيار المرور من أقصر سبيل وبأقل ضرر .

إذا كان هناك انحباس فعلى على النحو السابق ، فيجب أن يستعمل هذا الحق فى العقار الذى يكون المرور فيه أخف ضرراً ، وفى موضع يتحقق فيه ذلك ، وهذا التقييد تقييد عادل لحق المرور ، كما أنه يتفق مع وضعه الاستثنائى وتقريره لدفع الضرورة (١) .
الأثر المترتب على توافر هذه الشروط :

متى توافرت الشروط السابقة ، ثبت لمالك الأرض المحبوسة الحق فى أن يمر فى الأرض المجاورة بقوة القانون ، وبغير توقف على طلب هذا المالك أو رضاه من مالك الأرض المجاورة .

ويثبت هذا الحق لمالك الأرض المحبوسة ، ومن يهيمه أمر استغلال العقار من أصحاب الحقوق العينية الأصلية المقررة عليه ، فصاحب حق الانتفاع ، وحق السكنى ، وحق الاستعمال والمحتكر ، كل أولئك يكون لهم الحق فى المرور ، أما المستأجر فلن يثبت له هذا الحق لأن حقه حق شخصى ، وكل ما يكون له أن يطلب من المؤجر أن يمكنه من المرور .
ويتربط على قيام هذا الحق بقوة القانون ثلاث نتائج هامة .

النتيجة الأولى :

أن صاحب الحق يستفيد من الحماية التى تحققها دعاوى الحيازة ، فله إذا حاز الممر مدة سنة أن يحتج بدعوى منع التعرض ، ويستفيد من دعوى وقف الأعمال الجديدة أما المستأجر باعتباره صاحب حق شخصى لا يثبت له هذا الحق ، وكل ماله أن يطلب من المؤجر أن يمكنه من استعمال الحق .

النتيجة الثانية :

أن المرور فى أرض الجار لن يعرضه لعقوبة انتهاك ملك الغير طبقاً لنص المادة ٥/٣٧٣ عقوبات لأنه تم بناء على التزام عيني مقرر بنص القانون .

النتيجة الثالثة :

أن الحق فى المرور لا يسقط بعدم الاستعمال ، ولا يسقط أيضاً مهما طالبت المدة على عدم المطالبة به ، فهو يقوم مقام الانحباس الذى هو مناطه (٢)

(١) د/توفيق فرج ، السابق فقرة ٧١ ص ١٧٧ ، د/حسن كبيرة، فقرة ٧٣ ص ٢٢٩ ، د/أحمد سلامة ، السابق فقرة ٥١ ص ١٧٥ ، د/محمود زكى ، فقرة ٦٠،٥٩ ص ١١١،١١٠ .

(٢) د/إسماعيل غانم ، السابق فقرة ٥٦ ص ١١٧ ، د/أحمد سلامة ، السابق فقرة ٥١ ص ١٧٣ ، ١٧٤ ، د/عبد العزيز أبو غنيم ، ص ١٦٧ ، ١٦٨ .

ثانياً : أحكام الممر وأثر التقادم فى تعيينه :

ليبين أحكام الممر علينا أن نبين النقاط الآتية :

- ١ - تعيين الممر
- ٢ - طريقة المرور .
- ٣- أثر التقادم فى تعيين الممر وطريقته .
- ١ - تعيين الممر :

الممر هو وعاء حق المرور ، أو هو النطاق المكانى لمباشرة الحق فيه .

وتعيين الممر قد يحدث بالاتفاق ، وقد يحدث بحكم من القضاء .

ففى الحالة الأولى : إذا اتفق الطرفان ودياً على حق المرور والتعويض المقابل له واتفقا على المسائل الأخرى ، فلن تثور أدنى مشكلة ، ويصح تعاقدهما ، بشرط ألا يتعارض مع النظام العام ، فإن تعارض كان باطلاً ، كما لو كان الاتفاق على الممر بقصد تسهيل عمليات التهريب مثلاً (١) .

ولكن يثور التساؤل فى حالة الاتفاق الودى هل هذا الاتفاق يولد التزامات عينية تحمل

الأعيان فتنتقل معها إلى الخلف الخاص أم أنها تعتبر التزامات عادية تثبت فى الذمة ؟

والإجابة على ذلك ميسورة ، ذلك أنه إذا كان الاتفاق قد نفذ حكم نص المادة ٨١٢

تنفيذاً دقيقاً ، كانت الالتزامات الناشئة عن الاتفاق لها طبيعة عينية ، لأنها فى الواقع لم تنشأ عن الاتفاق وإنما مصدرها الحقيقى هو النص ، والاتفاق هنا ماهو إلا مجرد تنفيذ لنص القانون .

وأما إذا عدل الاتفاق من حكم المادة ٨١٢ مدنى كأن أبقى مالك الأرض المحبوسة من

التعويض مثلاً ، فإن مثل هذا الاتفاق يرتب التزامات شخصية لاعينية تثبت فى ذمة طرفيه ولا

تحمل الأعيان ، ومن ثم فلا تنتقل إلى الخلف الخاص إلا وفق نص المادة ١٤٦ مدنى ، ولا تلزم من اكتسب ملكية العين بغير طريقة الاستخلاف كالتقادم مثلاً (٢) .

الحالة الثانية : فإذا لم يتم تعيين الممر بالاتفاق ، كان لصاحب الأرض المحبوسة أن يلجأ إلى

القضاء ، وعلى القاضى حينئذ أن يتولى التعيين وفقاً لما يقضى به المشرع (٣) ، حيث بينت

المادة ١/٨١٢ الأسس التى يصدر عنها القاضى تعيينه بقولها " .. له حق المرور فى الأراضى

المجاورة بالقدر اللازم لاستغلال أرضه واستعمالها على الوجه المألوف ... ولا يستعمل هذا

(١) د/ السنهورى فقرة ٤٦٨ ص ٧٦٠ ، د/ أحمد سلامة ، فقرة ٥٢ ص ١٧٤ ، د/ شنب ، فقرة ٢٣٤ ص ٢٤٥ .

(٢) د/ عبد العزيز أبو غنيم ، فقرة ٨٠ ص ١٧٥ ، ١٧٦ .

(٣) د/ منصور فقرة ٣٣ ص ٧٧ ، د/ نبيلة رسلان ، فقرة ٤٦ ص ٩٤ .

الحق إلا في العقار الذى يكون المرور فيه أخف ضرراً وفي موضع منه يتحقق فيه ذلك " فطبقاً لهذا النص : يفرق بين ما إذا كان يفصل الأرض المحبوسة عن الطريق العام عقار واحد لا بد أن يكون الممر فيه ، أو تفصلها عقارات متجاورة يمكن النفاذ من واحد منها أو أكثر إلى الطريق العام .

فإذا كان هناك عقار واحد وجب عليه أن ينتقى موضعاً من هذا العقار يكون المرور فيه أخف ضرراً ، وإذا تعددت العقارات المتجاورة التى يمكن النفاذ منها ، وجب على القاضى أن ينتقى العقار الذى يكون فيه المرور أخف ضرراً (١) .

وتلك مسألة يستشفها قاضى الموضوع من وقائع الدعوى المعروضة عليه ، مهتدياً فى ذلك برأى الخبراء الذين يستعان بهم فى الغالب ، لمعاينة العقارات المجاورة ، وتقديم تقرير عن مدى ما يعود على كل منها من ضرر بسبب فتح الممر فيه (٢) .

على أنه يجب أن يدخل فى الاعتبار المضار التى تلحق بصاحب الأرض المحبوسة ، ومن ثم يوازن القاضى بين هذه المضار جميعها ، ويعين الممر فى موضع يكون من شأنه أن يقلل بقدر الإمكان منها (٣) .

وعلى هذا الأساس : ليس بحتم أن يقع المرور على الأرض الأقرب إلى الطريق العام أو فى موضع منها يجعل الممر أقصر مسافة إليه ، إذا كان من شأن ذلك تحميل مثل هذه الأرض بعبء أو ضرر كبير ، وكان من الممكن تخفيف هذا العبء أو تقرير ذلك الضرر عن طريق إطالة الممر بتقريره على أرض أخرى أو على موضع آخر من نفس الأرض (٤) . مع مراعاة حاجة الأرض المحبوسة ، لأن المرور يكون بالقدر اللازم لاستغلالها .

٢ - طريقة المرور :

لم يتطلب القانون طريقة معينة للمرور ، ومن ثم فلا يشترط أن يكون المرور بواسطة طريق على سطح الأرض كما هى الحالة الغالبة ، بل يصح أن يكون بواسطة نفق فى باطن الأرض أو قنطرة تعبر مياه خاصة أو كوبرى يعبر طريقاً ، أو وادياً منخفضاً ، كما يصح أن يكون بواسطة معبر هوائى ، وذلك بمد أسلاك تعلم بها العربات اللازمة لاستغلال محجر فى أحد الجبال (٥) .

(١) د/ السنهورى ، فقرة ٤٦٩ ص ٧٦٤ ، د/ أحمد سلامة ، فقرة ٥٢ ص ١٧٥ .

(٢) د/ عرفة ص ٨١ ، د/ شنب ، فقرة ٢٣٥ ص ٢٤٦ ، د/ منصور ، فقرة ٣٣ ص ٧٧ .

(٣) د/ أحمد سلامة ، ص ١٧٥ . (٤) د/ حسن كبيرة ، فقرة ٧٣ ص ٢٢٩ .

(٥) د/ الصدة ، فقرة ٨١ ص ١٢١ ، د/ السنهورى ، فقرة ٤٦٩ ص ٧٦٣ ، د/ حسن كبيرة ، فقرة ٧٣٥ ص ٢٢٨ ، د/ عرفة فقرة

٢٢٩ ص ٢٨٩ ، د/ شفيق شحاتة فقرة ٣٦٥ ص ٣٥٨ ، أستاذنا الدكتور / لاشين الغاياتى ص ١٥٧ ، ١٥٨ .

كما لأهمية لنوع الأرض التي يتقرر عليها كما قلنا ، فقد تكون أرضاً زراعية أو أرضاً فضاء مملوكة ملكية خاصة ، أو للدولة ، أو موقوفة ، وإذا تقرر حق المرور على نحو ما تقدم ، لم يكن لصاحب هذا الحق سوى المرور فقط ولا يعتبر مالكا لهذا الممر إذ أن ملكيته مقصورة على مالك الأرض التي تقرر عليها حق المرور (١) .

٣ - أثر التقادم في تعيين الممر وطريقته :

لما كان حق المرور من الحقوق المقررة بنص القانون فإنه لا يكتسب بالتقادم ، لأنه يتولد مباشرة عن نص القانون بمجرد توافر الانحباس ، كما أنه لا يسقط بعدم الاستعمال ، لأن القانون ينص على بقاءه ما بقيت حالة الانحباس ومن حق صاحب الأرض المحبوسة أن يتقدم في أي وقت للمطالبة بحقه مهما طالت مدة سكوتة (٢) .

وإذا كان الحق في المرور لا يخضع لنظام التقادم ، كسباً أو سقوطاً ، فإن الممر في حد ذاته يخضع لهذا النظام كسباً وسقوطاً .

وبناء على ذلك أقول : إذا تعين الممر بالاتفاق أو بحكم القاضى ، ولم يستعمله مالك الأرض المحبوسة مدة خمس عشرة سنة ، يسقط حقه في استعمال هذا الممر الذي تم تعيينه ، ولكن لما كان حق المرور نفسه لا يسقط بعدم الاستعمال ما بقى الانحباس قائماً ، فلصاحبه إذا أراد أن يباشره أن يطلب تعيين ممر جديد على أن يدفع تعويضاً جديداً ، ومن ثم فالمر هنا يخضع لنظام التقادم سقوطاً .

أما أنه يخضع للتقادم من حيث اكتسابه ، فذلك يتأتى إذا لم يعين الممر ، لا بالاتفاق ولا بحكم القاضى ، ولكن مالك الأرض المحبوسة باشر المرور فعلاً في أرض مجاورة ، ففي هذه الحالة من حق مالك هذه الأرض أن يعترض ، بأن يطلب تقرير المرور في أرض أخرى يكون المرور فيها أخف ضرراً ، أو أن يطلب تعيين موضع آخر للمرور في أرضه ، فإذا سكت صاحب الأرض المجاورة ولم يعترض مدة خمس عشرة سنة ، استقر حق صاحب الأرض المحبوسة في المرور في الموضع الذي يمر فيه (٣) .

ولكن على أي أساس استقر حق صاحب الأرض المحبوسة في المرور في هذا الموضع ؟ اختلف شراح القانون في ذلك .

فذهب البعض (٤) إلى حق مالك الأرض المحبوسة في المرور في الموضع الذي عينه هو بنفسه

(١) المرجع السابق .

(٢) د/ عرفة ص ٨٥ ، د/ أحمد سلامة ، فقرة ٥٣ ص ١٧٨ ، د/ السنهورى فقرة ٤٧١ ص ٧٧

(٣) د/ منصور ، فقرة ٣٣ ص ٧٨ ، د/ رمضان أبو السعود ، ص ٣٢٠ .

(٤) د/ محمد عرفة ، ج١ فقرة ٢٣٤ ص ٢٩٥ وله أيضاً الموجز في حق الملكية ص ٨٥ ، د/ محمد كامل مرسى ج١ فقرة ٣٣٨ ص ٤٤٠ ، ٤٤١ .

يقوم على أساس التقادم المكسب ، الذي لا يرد على حق المرور ذاته ، لأن هذا الحق نشأ بقوة القانون ، وإنما يرد على تعيين الممر وكيفية استعماله .

ولكن اعترض على هذا الرأي (١) بأن التقادم المكسب يرد على الحقوق العينية وهو لا يجوز من غير نص ولا يوجد من بين هذه الحقوق العينية تعيين الممر أو كيفية استعماله .

وذهب البعض (٢) : إلى أن استقرار حق مالك الأرض المحبوسة يرجع إلى سقوط حق مالك الأرض التي يباشر عليها المرور في الاعتراض بمعنى أنه اكتسبه بالتقادم المسقط لا المكسب إذ لا يزال صاحب الأرض المحبوسة ممارساً للحق القانوني ، وبالتالي لا يتضمن مرور هذا المالك معنى التعدى على ملك الجار ، لأنه ليس إلا استعمالاً لرخصة ، والحيازة لا تقوم على الرخص .

ولكن اعترض على هذا الرأي (٣) : بأنه من المحتمل أن يكون تعيين الممر وطريقة المرور على غير ما تقضى به المادة ٨١٢ / ١ التي تخول حق المرور بالقدر اللازم لاستغلال الأرض. متضمناً معنى التعدى ، ومن ثم فلا يعتبر هذا النوع من المرور ممارسة للحق في المرور لأن الممارسة إنما تتأتى إذا كان قد توافر في الممر الشروط التي وضعتها المادة ٨١٢ **وذهب البعض (٤)** إلى أن استقرار حق مالك الأرض المحبوسة يرجع إلى صاحب الأرض المحبوسة قد اكتسب على الأرض المجاورة حق ارتفاق بالمرور ، على أساس أن المشرع المصرى يجيز اكتساب الارتفاق بالمرور عن طريق التقادم طبقاً للمادة ١٠٢٦ / ٢ مدنى ، ولأن الموضوع الذى تعين بالاستعمال المستمر لن يكون دائماً هو الموضوع الأخف ضرراً .

ويترتب على هذا الرأي : أن حق المرور لا يخضع لأحكام المرور القانونى المنصوص عليه فى المادة ٨١٢ ، وإنما يخضع لأحكام الارتفاق ، ومن ثم فهو لا يزول بزوال حالة الانحباس ولا يلزم مالك العقار المرتفق بأداء أى تعويض لمالك العقار المرتفق به .

ولكن اعترض على هذا الرأي (٥) بأنه من المحتمل أن يكون مالك الأرض المحبوسة قد عين لنفسه ممرأ ملائماً فى حدود نص المادة ٨١٢ / ١ .

(١) د/ إسماعيل غانم ، فقرة ٥٧ ص ١٢١ (هامش) ، د/ حسن كيرة ، فقرة ٧٣ ص ٢٣٠ (هامش) .

(٢) د/ إسماعيل غانم ، فقرة ٥٧ ص ١٢٠ ، د/ السنهورى ، فقرة ٤٧١ ص ٧٧٠ ، د/ الصدة، فقرة ٨٢ ص ١٢٢ ، د/ حسن كيرة ، فقرة ٧٣ ص ٢٣٠ ، د/ شنب ، فقرة ٢٣٧ ص ٢٥٠ ، د/ توفيق فرج ، فقرة ٧٨ ص ١٨٠ ، د/ محمود زكى ، فقرة ٦١ ص ١١٣ ، د/ أنور طلبية ، ج ٣ ص ٣٦ .

(٣) د/ منصور ، فقرة ٣٣ ص ٧٩ ، د/ أحمد سلامة ، فقرة ٥٣ ص ١٧٩ ، ١٨٠ .

(٤) د/ شفيق شحاتة فقرة ٣٦٤ ص ٣٥٨ ، د/ البدر اوى ، فقرة ٣٤٧ ص ٣٩٠، ٣٨٩ ، د/ أحمد سلامة ، فقرة ٥٣ ص ١٨٠ ، د/ نزيه المهدي ، ص ١٦٤ ، ١٦٥ .

(٥) د/ منصور ، فقرة ٣٣ ص ٧٩ .

وبالتالى لم يجد مالك الأرض التى يباشر عليها المرور محلاً للاعتراض ، ومن ثم فليس فى هذه الحالة أى تعد .

وذهب البعض (١) - وهو ما أميل إليه - أنه يجب الذلر فى كل حالة على حدة ، فإذا كان مالك الأرض المحبوسة قد باشر حقه فى المرور فى الحدود التى رسمها المشرع بنص المادة ١/٨١٢ مدنى فإننا نكون بصدد مرور قانونى وفقاً للمادة ١/٨١٢ ، أما إذا تجاوز هذه الحدود فإننا نكون بصدد حق ارتفاق بالمرور .

ثالثاً : زوال الانحباس أو انقضاء حق المرور :

قلنا إن القانون يرتب حق المرور على حالة واقعية هى انحباس العقار ، هذه الحالة هى التى دعت إلى تقرير ذلك الحق ، وعليه زوال الاحباس يترتب عليه انقضاء حق المرور أياً كان السبب الذى أدى إلى الزوال ، ويستوى لانقضاء حق المرور أن يكون زوال الانحباس راجعاً إلى فتح طريق عام ملاصق ، أو إلى قيام المالك بشراء أرض ملاصقة تتصل بالطريق العام ، أو إلى أى سير آخر ، ويستوى كذلك أن يزول الانحباس قبل المطالبة بحق المرور ، أو بعد المطالبة به وتعيين الممر واستعماله ، حتى لو ظل هذا الاستعمال مدة تزيد على خمس عشرة سنة فإن هذا لا يحول دون انقضاء حق المرور بزوال الانحباس .

ذلك أن هذا الحق ليس إلا قيداً يساهم فى بيان الحدود العادية الدائمة لحق الملكية فهو ليس ارتفاقاً ، ومن ثم فلا يكسب بالتقادم .

ونص المادة ٨١٢ مدنى صريح فى أن هذا الحق ينقضى بزوال الانحباس حيث يبين إن مالك الأرض المحبوسة له حق المرور "ما دامت هذه الأرض محبوسة عن الطريق العام" وبانقضاء حق المرور فى هذه الحالة يكون لصاحبه أن يسترد قدرأ مناسباً من التعويض الذى دفعه فى نظير المرور ، وذلك إذا كان هذا التعويض قد قدر باعتباره مقابلاً لعبء دائم (٢) .
نخلص إذن : أن حق المرور لا يكتسب بالتقادم ، أن التقادم لا يؤثر إلا فى تعيين الممر وتحديد طريقة استعماله .

فعلى ما تقدم : إذا انفك الحبس لم يعد للقيد مبرر ، وأصبح صاحب الأرض المجاورة غير ملزم بتحمل هذا القيد بعد أن زال سبب قيامه ، فإذا طالب بإنهاء حق المرور كان له ذلك

(١) د/ منصور ، فقرة ٣٣ ص ٨٠ ، د/ رمضان أبو السعود ، ص ٣٢٠ ، د/ الجمال ، فقرة ١٣٧ ص ٢٢٧ .

(٢) د/ عرفة ، السابق ص ٨٨،٨٧ ، د/ الصدة ، السابق فقرة ٨٥ ص ١٢٩ ، ١٣٠ ، د/ السنهورى ، السابق فقرة ٤٦٧ ص ٧٥٧ إلى ٧٦٠ ، د/ منصور ، السابق فقرة ٣٢ ص ٧٦ ، د/ حسن كيرة ، فقرة ٧٢ ص ٢٢٥ ، د/ إسماعيل غانم فقرة ٥٦ ص ١١٩ ، د/ أحمد سلامة ، فقرة ٥٥ ص ١٨٩ ، د/ الجمال ، السابق فقرة ١٣٠ ص ٢٢١ ، أسناننا الدكتور/ لاشين ، السابق ص ١٦٢ .

بعد أن أصبح للأرض التي كانت محبوسة ممر آخر يؤدي إلى الطريق العام ، وإذا رضى ببقاء حق المرور ، كان له ذلك ، ولكن حق المرور ينقلب عندئذ إلى حق ارتفاق اتفاقى تسرى عليه قواعد هذا الحق (١) .

ومن ناحية أخرى : فإن هذا الحق لا يسقط بعدم الاستعمال بحيث تجوز المطالبة به فى أى وقت (٢) .

رابعاً : أحكام التعويض عن حق المرور :

إذا كان القانون يعطى الأرض المحبوسة حق المرور فى الأرض المجاورة ، حتى لا يتعطل استغلالها ، فإنما يعطيه لها مقابل دفع تعويض عادل يعوض صاحب الأرض التي يمارس فيها هذا الحق عن الأضرار التي تلحقها بسبب تقريره وقد نص المشرع على هذا التعويض فى المادة ١/٨١٢ مدنى بقوله " مالك الأرض المحبوسة عن الطريق العام ... له حق المرور فى الأراضى المجاورة ... وذلك نظير تعويض عادل "

والتعويض العادل : هو الذى يراعى فى تقديره مقدار الضرر الذى يلحق مالك الأرض التي يتقرر المرور فيها ، بصرف النظر عن مقدار الفائدة التي تعود على صاحب الأرض المحبوسة بسبب اتصالها بالطريق العام (٣) .

وهذا التعويض إنما هو فى مقابل المرور فقط ، ومن ثم فإن ملكية الممر تبقى لصاحب الأرض المتصلة بالطريق العام ، ولا يكون لمن يمر أن يأتى أى عمل فيه سوى المرور بالكيفية التي حددها الحكم أو الاتفاق (٤) .

وإذا كان التعويض فى مقابل الضرر فبمفهوم المخالفة إذا لم يوجد ضرر أصلاً فلا تعويض (٥) والأصل فى تحديد مبلغ التعويض أن يتم بالاتفاق وكذا فى طريقة دفعه ، فإذا لم يتم الاتفاق على التعويض وطريقة دفعه كان للمحكمة أن تحدده وتحدد طريقة الدفع بالكيفية التي تراها ، وللقاضى أن يستعين فى تقدير التعويض برأى الخبراء (٦) .

ولم يشترط المشرع فى التقنين الحالى - على عكس التقنين القديم - أن يدفع التعويض مقدماً ، كما لم يشترط طريقة معينة لدفع التعويض .

وإذا تحددت قيمة التعويض ، لا يجوز للقاضى الحكم بتعويض إضافى إذا تحققت أضرار أخرى نتيجة للتعديل فى حق المرور ، إذا كان هذا التعديل قد تم بفعل مالك الأرض المجاورة

(١) د/ السنهورى ، السابق ص ٧٥٩ .

(٢) د/ منصور ، السابق ص ٧٦ .

(٣) د/ حسن كيرة ، فقرة ٧٤ ص ٢٣١ ، د/ منصور ، فقرة ٣٤ ص ٨٠ ، د/ الصدة ، فقرة ٨٣ ص ١٢٣ .

(٥) د/ أحمد سلامة ، فقرة ٥٥ ص ١٨٧ ، ١٨٨ ، توفيق فرج فقرة ٧٩ ص ١٨٢ .

(٦) د/ عرفة ، السابق ص ٨٤ .

أما إذا تم بفعل مالك الأرض المحبوسة فيجوز الحكم بهذا التعويض الإضافي (١) .
 وإذا تم تحديد التعويض فإنه يجوز دفعه - حسب الاتفاق أو الحكم - جملة واحدة ، وفي هذه الحالة يتقادم الحق بمضى خمس عشرة سنة من وقت الاستحقاق ، إذا سكت الجار عن المطالبة به ، ويجوز أيضاً دفعه على أقساط معدودة ، وفي هذه الحالة يسقط في حالة عدم المطالبة بمضى خمس عشرة سنة ، كما يجوز دفعه أيضاً في صورة إيراد مرتب يتجدد كل سنة ، وفي هذه الحالة يسقط بمضى خمس سنوات طبقاً للمادة ٣٧٥ / ١ مدني (٢) .
 وإذا لم يتم تقدير التعويض اتفاقاً أو قضاءً ، وقام صاحب الأرض المحبوسة بالمرور في أرض جاره وظل على هذا الحال مدة خمسة عشر عاماً ، فإن دعوى الجار في المطالبة بالتعويض تسقط بالتقادم (٣) .
 وإذا تم تقدير التعويض ، وكان هذا التعويض أو قسط منه واجب الأداء ، كان من حق مالك الأرض المتصلة بالطريق العام أن يمنع صاحب الأرض المحبوسة من المرور حتى يدفع ما عليه وذلك تطبيقاً لقواعد الحق في الحبس (٤) .
 فإذا مر صاحب الأرض المحبوسة قبل دفع التعويض ، لا يعتبر مرتكباً لجريمة دخول أرض الغير بغير حق ، لأنه صاحب الحق في المرور فهو مستعمل لحقه ، وإنما لجاره أن يطالبه فقط بالتعويض (٥) .

(١) د/ السنهوري ، السابق فقرة ٤٧٢ ص ٧٧٣ ، د/ رمضان أبو السعود ، السابق ص ٣٢١ .

(٢) د/ شنب ، السابق فقرة ٢٣٨ ص ٢٥٠ ، أستاذنا الدكتور / لاشين ، السابق ص ١٦١ ، ١٦٢ ، د/ محمود زكي ، السابق فقرة ٦٢ ص ١١٤ .

(٣) د/ محمد كامل مرسى ، ج ١ فقرة ٣٤٠ ص ٤٤٣ ، د/ إسماعيل غانم فقرة ٥٨ ص ١٢٢ ، د/ الصدة ، السابق فقرة ٨٣ ص ١٢٤ ، د/ حسن كبيرة ، السابق فقرة ٧٤ ص ٢٣٢ ، د/ منصور ، السابق فقرة ٣٤ ص ٨١ .

(٤) د/ السنهوري ، السابق فقرة ٤٧٢ ص ٧٧٣ ، ٧٧٤ ، د/ إسماعيل غانم ، السابق فقرة ٥٨ ص ١٢٢ .

(٥) د/ رمضان أبو السعود ، السابق ص ٣٢١ .

المبحث الثالث

الموازنة بين الفقه الإسلامى والقانون من حيث حق المرور

بعد ذكر حق المرور فى الفقه الإسلامى والقانون المدنى يتضح ما يلى :

أولاً :

يتفق القانون مع الفقه الإسلامى فى تقرير حق المرور بصرف النظر عن نوع الأرض التى يتقرر عليها فقد تكون أرضاً زراعية وقد تكون أرض فضاء ، كما قد تكون الأرض مملوكة ملكية عامة ، وقد تكون مملوكة ملكية خاصة .

إلا أن معظم نصوص الفقهاء تتحدث عن المرور بين العقارات المبنية وقليل منها فى المرور بين الأراضى الزراعية ، أما فى القانون فالأمر على العكس ، ويرجع ذلك إلى اختلاف طبيعة الحياة ، فى عصر الفقهاء المتقدمين كانت طبيعة البيوت تحتاج إلى عدم مرور أحد بينها إلا بإذن من أرباب الدرب غير النافذ ، لأنها كانت سهلة التكشف فاشتراط الفقهاء ضرورة الإذن ولم يكن يسكن فى الدرب فى الغالب الأعم إلا من كانت تربطهم صلة قرابة وكانت العادة السماح للجيران ولغيرهم فى المرور فى الأراضى الزراعية إذا كانوا مضطرين ، أما الآن فالوضع يختلف إذ البيوت يغلب عليها الستر فضلاً عن أن أكثر الشوارع شوارع عامة ، أما فى الأراضى الزراعية فقد ضعف الوازع الدينى ولم يسمح للجيران بالمرور فى الأراضى المجاورة فاحتاج الأمر إلى تدخل صريح ومباشر من ولى الأمر ، يمكن الجار من المرور فى أرض جاره متى توافرت حالة الضرورة .

ثانياً :

إن نطاق حق المرور فى القانون يختلف عن نطاقه فى الفقه الإسلامى ، لأنه فى الفقه الإسلامى يثبت للأراضى المجاورة وغير المجاورة ، متى كانت هناك حالة ضرورة ولذلك يرى أكثر الفقهاء أنه متى توافرت هذه الحالة فإنه يجوز المرور بأرض الجار حتى ولو بغير إذنه ، أما إذا لم تكن هناك حالة ضرورة فيجوز المرور بغير إذنه إذا جرت العادة بالمسامحة فى ذلك ، وإلا فلا .

أما فى القانون فإن حق المرور قاصر على الأراضى المجاورة فقط ، وبشروط محدودة نص عليها شراح القانون ، وإن كانت هذه الشروط فى مجملها لا تخرج عن حالة الضرورة التى نص عليها الفقهاء .

إذن نطاق حق المرور في الفقه الإسلامي أوسع بكثير من نطاقه في القانون ، والأولى الرجوع إلى ما نص عليه الفقهاء ، لأن الشريعة الإسلامية ما جاءت إلا لمصالح العباد في الدنيا والآخرة .

ثالثاً :

يرى جمهور الفقهاء جواز شراء حق المرور في أرض الغير دون رقبة الممر ولم يخالف في ذلك إلا بعض الحنفية ، فيجوز إذن أن يكون للإنسان ممر في أرض مملوكة لغيره ويكون هذا الممر وحده ملكاً له .

وأما في القانون فلا يتقرر حق المرور إلا في مقابل تعويض عادل يدفعه من تقرر له هذا الحق لصاحب الأرض التي تقرر عليه ، إلا أن الممر يبقى مملوكاً لصاحب الأرض ومن هذا نرى : أنه وإن وجد تشابه من حيث دفع مقابل لهذا المرور إلا أن الأمر يختلف في كلا الفقهين من حيث رقبة الممر .

رابعاً :

بين الفقهاء أنه إذا ثبت حق المرور في أرض الغير ، فلا يجوز لصاحب الأرض تحويل هذا الممر إلى مكان آخر حتى ولو كان هذا المكان الجديد أسهل في المرور إلا بإذن صاحب الممر ، وكذلك لا يجوز لصاحب الممر أن يوسع هذا الممر أو يضيقه إلا بإذن صاحب الأرض ، لأن كلا منهما لا يجوز له التصرف إلا بإذن من له الحق في ذلك وهذا التحويل للممر نص عليه القانون في المادة ١٠٢٣ بقولها " لا يجوز لمالك العقار المرتفق به أن يعمل شيئاً يؤدي إلى الانتقاص من استعمال حق الارتفاق أو جعله أكثر مشقة ، ولا يجوز له بوجه خاص أن يغير من الوضع القائم أو أن يبدل بالموضع المعين أصلاً لاستعمال حق الارتفاق موضعاً آخر .. "

وبهذا يكون القانون قد أخذ بما هو منصوص عليه في الفقه الإسلامي ، من ضرورة احترام إرادة صاحب الحق في تعيين الممر .

خامساً :

بين الفقهاء جواز المرور في الطريق العام ، إذ الحق في ذلك لكل الناس ، وبهذا أخذ القانون في المادة (١٠١٥) بقولها " ... ويجوز أن يترتب الارتفاق على مال عام إن كان لا يتعارض مع الاستعمال الذي خصص له هذا المال " .

سادساً :

بين الفقهاء حكم الانتفاع بالطريق العام في غير المرور ، وتبين لنا أن الرأي المختار هو جواز الانتفاع إذا كان مؤقتاً وجرت العادة بذلك ، ولم يترتب عليه ضرر ، أما القانون فلم يبين ذلك .

سابعاً :

بين الفقهاء حكم اقتطاع جزء من الطريق العام سواء أكان ذلك بإذن الإمام أم بغير إذنه ، أما القانون فلم يبين ذلك .

ثامناً :

بين الفقهاء حكم شغل هواء الطريق العام والطريق الخاص ، وقلنا إن الرأى المختار هو جواز شغل هواء الطريق العام إذا لم يترتب على ذلك ضرر ، أما هواء الطريق الخاص فلا يجوز إلا بإذن أهل الطريق الخاص ، أما القانون فلم يبين ذلك .

تاسعاً :

بين الفقهاء الاستحقاق فى الطريق ، وحق الشريك فى فتح أبواب جديدة أو تحويل أبوابه الحالية ، ولم يبين القانون ذلك .
إلى غير ذلك من الأشياء الكثيرة التى بينها الفقهاء ، ولم يبينها القانون .
وهذا يدل على أن الفقه الإسلامى ثروة فقهية كبيرة يجب الرجوع إليها والأخذ من بحورها العديدة التى لم تترك صغيرة ولا كبيرة إلا بينتها .

والله أعلم والحمد لله ، ، ،

الخاتمة

أهم نتائج البحث

بعد أن انتهت من دراسة هذا البحث أسجل النتائج التالية التي ظهرت لي أثناء الدراسة :-

١- اتساع مفهوم الملك في الفقه الإسلامي ، إذ يتناول ما يتعلق بالعين ومنفعتها معا وهو ما يعرف بالملك التام ، كما يتناول ما يتعلق بالعين وحدها أو المنفعة وحدها وهو ما يعرف بالملك الناقص ، فهذا المفهوم يتسع ويضيق بحسب ما يتعلق به ، أما في الفقه الوضعي فإن مدلوله لا يصدق إلا على ما يتحقق به الملك التام عند فقهاء الشريعة ، أما ما عداه من أنواع الملك فلا يتناوله حق الملكية إلا بصفته حقا عينيا متفرعا عن حق الملكية كحق الانتفاع والاستعمال والسكنى .

٢- يتفق القانون الوضعي مع الفقه الإسلامي في أن الملكية حق جامع ، مانع ، دائم ، وهذا قدر مشترك بين كلا الفقهاء ، ومن هنا كانت الشريعة أسبق من القانون في بيان هذه الخصائص .

٣- يتفق القانون مع الفقه الإسلامي في أن حق الملكية مقيد . ولكنهم يختلفون في أساس التقييد، فأساس التقييد في الفقه الإسلامي يرجع إلى أن الحقوق - ومنها حق الملكية - منحة إلهية يعطيها الله سبحانه وتعالى للأفراد وفق ما يقضى به الصالح العام ، فالملكية في الإسلام لم تثبت إلا بإثبات الشارع لها ومن ثم فالأصل في الفقه الإسلامي أن الملكية مقيدة .

أما في القانون فأساس التقييد هو الوظيفة الاجتماعية التي تقوم على مبدأ التضامن الاجتماعي ، وأن المالك مدين للمجتمع ، فالأصل في القانون الإطلاق والتقييد هو الاستثناء .

٤- مفهوم الجوار من حيث الأموال ، للفقهاء في ذلك قولان ، أحدهما : أن الجوار قاصر على الجار الملاصق فقط ، والثاني : أن الجوار يشمل الملاصق وغير الملاصق ، وهذا الرأي الأخير هو ما أميل إليه ، حيث أن الجوار يشمل الملاصق وغيره ، وأن تحديده راجع إلى العرف . وكذلك في القانون هناك رأيان ، البعض : يشترط التلاصق ، والبعض لا يشترط التلاصق ، وبينت أن الرأي الراجح هو عدم اشتراط التلاصق .

٥- مفهوم الجوار من حيث الأشخاص : إن فقهاء الشريعة حينما ينظرون إلى الجوار ينظرون إليه بصرف النظر عن شخص الجيران سواء أكانوا مالكيين أم مستأجرين أم أصحاب حقوق أخرى ، فالكل يطلق عليه جار . أما فى الفقه القانونى فهناك رأيان : رأى يرى أن الجوار قاصر على الملاك فقط ، ورأى يرى أن الجوار قد يطلق على الملاك وقد يطلق على أصحاب الحقوق الأخرى وانتهيت إلى أن المفهوم الواسع للجوار هو الذى يتفق مع العدالة وروح التشريع السماوى .

٦- إن أساس المسؤولية عن مضار الجوار فى الفقه الإسلامى هو التعدى طبقاً للرأى الراجح . ووجه التعدى هو خرق الالتزام المستفاد من الأدلة التى تنهى عن المضارة فى استعمال الحق ، أما فى القانون فقد تعددت آراء شراح القانون ، والذى عليه جمهور شراح القانون أن أساس المسؤولية هو الخطأ التقصيرى ، ووجه التعدى هو خرق الالتزام القانونى المنصوص عليه فى المادة ٨٠٧ مدنى ، ولكن التعبير بالتعدى كما بين الفقه الإسلامى أدق بكثير من التعبير بالخطأ ، لأن التعدى يشمل كل أنواع العدوان فهو يشمل العمد والخطأ ، كما يشمل أفعال التقصير والإهمال وعدم الاحتراز ، بينما التعبير بالخطأ يوهم مقابلة العمد ومن ثم فهو تعبير قاصر .

٧- إن الفقه الإسلامى لم يعتد بالضرر اليسير الذى لا يسلم منه الجوار ، فهذا النوع من الضرر لا يوجب المسؤولية ، لأنه لو أوجب المسؤولية لأدى ذلك إلى الإضرار بالآخرين ، أما الضرر غير المعتاد فقد اتفق الفقهاء على منعه فى الجوار الرأسى ، لأن ملك كل واحد ليس خالصاً فلكل من صاحب العلو والسفل حق متعلق بالآخر ، أما فى الجوار الجانبى فقد اختلف الفقهاء فى ذلك ، والراجح فى الفقه الإسلامى أنه يمنع متى كان الضرر غير معتاد ، وأن معيار ذلك العرف ، وقد تأثر القانون بما هو ثابت فى الفقه الإسلامى من عدم الاعتداد بالضرر اليسير ، ومن مساءلة الجار إذا كان الضرر غير مألوف .

٨- إن الفقه الإسلامى اختلف فى قدم الضرر ، فالبعض يرى : أن الضرر يوجب المسؤولية سواء أكان الضرر قديماً أم حديثاً ، والبعض يرى : أن الضرر الذى يوجب المسؤولية هو الضرر القديم فقط ، وبيئت أن الرأى الراجح هو منع مضار الجوار مطلقاً . وقد اختلف الفقه القانونى فى ذلك أيضاً على رأيين ، البعض يرى : أن أسبقية الاستغلال لا تؤثر فى قيام المسؤولية ، والبعض يرى : أن الجار الحادث ليس له أن يشكو من الضرر القديم لأنه هو الذى سعى إلى هذا الجوار مع علمه بما فيه من ضرر ، وبيئت أن الرأى الراجح هو قيام المسؤولية

بصرف النظر عن أسبقية الاستغلال متى كان الضرر غير مألوف ، وفي هذا نجد أن الفقه الوضعي قد تأثر بالفقه الإسلامي وأخذ من كنوزه وثماره .

٩- إن الفقه الإسلامي لم يعتد بالظروف الشخصية للجار ، فهو ينظر إلى واقعة التعدي ذاتها ، مع ترك معيار هذا التعدي إلى عرف الناس وعاداتهم . أما في الفقه الوضعي فهناك رأيان : من حيث مدى اعتبار الظروف الشخصية في قيام المسؤولية عن مضرار الجوار ، رأى يرى : عدم اعتبار هذه الظروف مطلقا ، ورأى يرى : التفرقة بين الظروف المتعلقة بشخص الجار وبين الظروف المتعلقة بتخصيص العقار .

١٠- إن الفقه الإسلامي يرى أن عبء إثبات الضرر يقع على المدعى ، ولم يخرج عن هذه القاعدة العامة ، أما في القانون فعلى إثبات الضرر بحسب الأصل يقع على المدعى إلا إذا وجدت قرينة قانونية تعفى المدعى من إثبات الضرر . ويجوز إثبات الضرر في الفقه الإسلامي وفي القانون بكافة طرق الإثبات .

١١- الجزاء على الضرر في الفقه الإسلامي يتنوع إلى أنواع أربعة :

- ١- الجزاء العيني .
- ٢- الجزاء التعويضي .
- ٣- الجزاء التعزيري .
- ٤- الجزاء الأخرى .

أما في القانون فالجزاء الأخرى لا وجود له ولهذا الجزاء أثره في النظام الاجتماعي ، وأيضا الجزاء التعزيري يتمتع القاضي في الفقه الإسلامي بسلطة أوسع ، وأما الجزاء العيني والجزاء التعويضي فيقرهما القانون .

١٢- يتفق القانون مع الفقه الإسلامي في أنه ليس لمالك الحائط الفاصل أن يهدمه مختارا دون عذر قوى إن كان هذا يضر الجار الذي يستتر ملكه بالحائط ، إلا أن فقهاء الشريعة توسعوا في نطاق جبر المالك على إعادة حائطه الخاص فبينوا أنه يجبر على إعادة حائطه حتى ولو كان له منفعة في الهدم إذا كان هذا سيؤدي إلى إلحاق الجار بضرر أشد .

١٣- أما الاستعانة بحائط الجار في غرز الخشب وما شاكل ذلك ، فإن للفقهاء الشرعيين في ذلك قولين : البعض يرى : إجبار الجار قضاء على تمكين جاره من الاستعانة بحائطه إذا امتنع عن الإذن له ، والبعض يرى : أنه لا يجبر عن طريق القضاء ، بل يستحب له فقط

تمكين جاره من الاستعانة بحائطه . أما فى القانون فلا يجوز للجار أن يستعين بحائط جاره فى غرز خشبه وما شاكل ذلك ، فإن فعل ذلك اعتبر هذا اعتداء على ملك الجار .

١٤- يتفق القانون مع الفقه الإسلامى فى أن استعمال الحائط المشترك والانتفاع به يكون على حسب الغرض المعد له ، ولا يجوز التصرف فيه بدون إذن شريكه أو شركائه .

ولكن خالف القانون الفقه الإسلامى من حيث تعليقه الحائط المشترك ، ففى الفقه الإسلامى لا بد من إذن شريكه أولاً ، أما فى القانون فيجوز بدون إذن شريكه بشروط معينة سبق بيانها . ومن هنا نجد الشريعة أكثر احتراماً لإرادة الشركاء .

١٥- وأما قسمة الحائط المشترك فقد بين الفقه الإسلامى أن من حق الشركاء قسمة الحائط المشترك فإن أراد أحدهما وامتنع الآخر ، كان من حق مطالب القسمة أن يلجأ إلى القضاء ليجبر شريكه على القسمة ، أما فى القانون فلا يجوز لأى من الشريكين أو الشركاء أن يطلب قسمة الحائط المشترك ، لأن الشيوخ إجبارى ، ولا شك أن الرجوع إلى الفقه الإسلامى أولى .

١٦- وأما الإنفاق على الحائط المشترك فقد بين الفقه الإسلامى أن النفقة على كلا الشريكين كل بنسبة حصته ، فإذا امتنع أحدهما عن الإنفاق فالرأى الراجح فى الفقه إجباره على الإنفاق عن طريق القضاء ، وفى القانون النفقة عليهما معاً ، ولكنه لم يبين الحكم فى حالة امتناع أحد الشريكين عن النفقة ، وهل الهدم كان بتعد من أحدهما أم لا ؟ .

١٧- الحائط المتنازع عليه ، فرق الفقه الإسلامى فيه بين حالتين ، إحداهما : إذا كان هذا الحائط متصلاً ببناء أحدهما دون الآخر فإنه يقضى به لمن اتصل ببنائه ، والثانية : إذا كان متصلاً ببنائهما معاً فإنه يقضى به لمن له بيته ، فإن لم توجد بيته فإن للفقهاء فى ذلك قولين : البعض يرى : أن الجدار يكون بينهما نصفين ، والبعض يرى : أنه يقضى به لمن يشهد له العرف . أما فى القانون فإن الأصل فى الحائط الذى يفصل بين بناءين أن يكون مشتركاً ، ومن يدعى غير ذلك عليه أن يثبت ما يدعيه بكافة طرق الإثبات بما فى ذلك القرائن والأمارات ، وبذلك يكون القانون قد أخذ بالقول الثانى للفقهاء .

١٨- الحائط المائل : فرق الفقه الإسلامى فيه بين الخلل الأصلى : فى هذه الحالة يضمن صاحب الحائط ما تلف به ، وبين الخلل الطارئ : وفى هذا اختلف الفقهاء على ثلاثة آراء ، أحدهما : الضمان مطلقاً ، والثانى : عدم الضمان مطلقاً ، والثالث : الضمان إن طوئ بالهدم بمدة كافية ، وهذا رأى الأخير هو ما رجحته . أما فى القانون ، فقد بين ذلك تحت مسئولية

حارس البناء وجعله يضمن ما تلف إذا أحدث الانهدام ضررا بالغير ، وأخذ بالقول الثالث وهو مأميل إليه من مطالبة المالك باتخاذ ما يلزم من التدابير الضرورية لدرء الخطر .

١٩- يتفق القانون مع الفقه الإسلامى من حيث وضع الحدود بين الجيران ، ومن حيث مهمة الخبير وبأن نفقات القسمة على جميع الشركاء من طلب القسمة ومن لم يطلبها .

٢٠- أثر الجوار فى ثبوت الشفعة ، للفقهاء فيه ثلاثة أقوال ، الأول : أن الشفعة تثبت بالجوار ، والثانى : أن الشفعة لا تثبت بالجوار ، الثالث : أن الشفعة تثبت إذا وجد حق من حقوق المبيع كحق المرور أو الشرب أو ما شاكل ذلك ، أما فى القانون فإن الشفعة تثبت بمجرد التلاصق ، وبهذا يكون القانون قد أخذ بالقول الأول من أقوال الفقهاء ، وأرى أن الأخذ بالقول الثالث أولى .

٢١- يتفق القانون مع مذهب المالكية والحنابلة من حيث فتح المطلات والمناور ، وذلك بمنع المطلات التى يشرف منها على دار جاره ويجبر على ذلك قضاء ، وعدم منع فتح المناور لأنها مخصصة للضوء والشمس ، أما باقى المذاهب فيرون جواز فتح الطاقات والأبواب ، ويقال للجار ابن فى حقه ما تستر به على نفسك . إلا أن القانون اشترط مسافة معينة لفتح المطل أو المنور ، أما الفقه الإسلامى فلم يشترط أى مسافة بل ترك ذلك إلى العرف ، وما قال به الفقه الإسلامى أفضل فى نظرى .

٢٢- إن الهيكل العام للعلو والسفل فى الفقه الإسلامى يقوم على أن مالك الطابق يملك كل ما يتعلق به من أجزاء ، فيملك صاحب السفل الأرض التى يقام عليها البناء ، ويملك أيضا جدران الدور السفلى وما يتعلق بذلك ، ويستثنى من ذلك الأشياء المعدة للاستعمال المشترك كالسلم والدهليز والسقف ، هذا هو الأصل فى الفقه الإسلامى ، إلا إذا قام الدليل على خلاف ذلك ، أما فى القانون فالهيكل العام للعلو والسفل (ملكية الطبقات والشقق) يقوم على أن هيكل البيت يعتبر مملوكا ملكية مشتركة ، ويضم هذا الهيكل الأرض والأساسات والدهليز ونحو ذلك ، وأما ما لا يدخل فى هذا الهيكل فيكون مملوكا ملكية خاصة ، هذا إذا لم يوجد فى سندات الملك ما يخالف ذلك ، أى أن الأصل فى الفقه الإسلامى يعتبر استثناء فى القانون والاستثناء فى الفقه الإسلامى يعتبر أصلا فى القانون .

٢٣- الفقه الإسلامى بين أن صاحب العلو يملك السفل بكل ما يتعلق به ، وصاحب العلو يملك العلو بكل ما يتعلق به ، إلا إذا وجد ما يخالف ذلك . أما القانون فقد بين نصيب كل مالك فى الأجزاء المشتركة بنسبة قيمة الجزء الذى له فى الدار ، إلا أنه لم يحدد الأساس لتحديد هذه

القيمة ، ولم يبين الوقت الذى تحدد فيه ، وهذا يعد قصورا فى التشريع ، كان الأولى بالمشرع أن يبين ذلك بنصوص واضحة وصريحة حتى لا تتشعب آراء شراح القانون ، إذ لهم فى تحديد الوقت الذى تحدد فيه رأيان ، البعض يرى : أن العبرة فى التحديد بوقت المطالبة ، وعليه فيدخل فى التقدير ما لحق البناء من الزيادة والنقصان ، والبعض يرى : أن العبرة بوقت الإنشاء دفعا لما يثار من منازعات . أما أساس التقدير ففيل إنه بموقع ومساحة الجزء .

٢٤- يتفق القانون مع الفقه الإسلامى فى أن المجارى العامة يثبت الانتفاع بها لكل الناس ، وأن كرى أو إصلاح هذه المجارى على بيت المال ، لأن منفعتها لعامة الناس .

٢٥- يتفق القانون مع الفقه الإسلامى فى أن المياه الخاصة ملك لصاحبها ، فإن زادت عن حاجته ، وكان جاره محتاجا لهذه الزيادة ، فإنها تدفع لجاره على سبيل الإرفاق والإحسان بجاره ، فإن امتنع عن بذل ذلك فإنه يجبر على ذلك ، وفقا للرأى الراجح فى الفقه مع عدم أخذ العوض عن ذلك ، لأنه قائم على المواساة ، أما فى القانون فإنه يجبر ولكن مع وجوب العوض

٢٦- يتفق القانون مع الفقه الإسلامى فى أن إجراءات الحصول على حق الشرب والمجرى والمسيل تتم أولا بالتراضى ، وإلا فبالإجبار عن طريق اللجوء إلى القضاء لأنه يعد متعسفا فى استعمال حقه .

٢٧- يتفق القانون مع الفقه الإسلامى من حيث تقرير حق المجرى وثبوته للأرض التى تحتاج إلى الرى وهى بعيدة عن مورد المياه ، ومن حيث أن إصلاح المجرى يكون على المنتفعين بها ، ومن حيث وجوب التعويض عن الأضرار التى تلحق الجيران من جراء استعمال هذا المجرى .

٢٨- الفقه الإسلامى لم يشترط شروطا معينة لاستعمال مجرى الغير ، أما القانون فقد اشترط عدة شروط ، وإن كانت فى مجملها لا تخالف قواعد الشريعة .

٢٩- إن الفقه الإسلامى أدق وأكمل من التنظيم القانونى لحق المجرى ، حيث بين الفقه الإسلامى أن للمجرى ثلاث حالات ولكل حالة لها أحكام خاصة ، وبين حكم تحويل مجرى الماء من مكان لآخر سواء بإرادة مالك المجرى أم بإرادة صاحب الارتفاق ، وبين حكم مخلفات التطهير ، وهل يثبت للمجرى الذى يمر فى أرض الغير حريم أم لا ؟ . ولم يبين القانون أى شئ من ذلك ، من هذا نعلم مدى القصور فى التشريع الوضعى ، ومدى كماله فى الفقه الإسلامى .

٣٠- يتفق القانون مع الفقه الإسلامى من حيث تقرير حق المسيل للجار ، ومن حيث إجبار مالك المسيل على تمكين جاره من إجراء الماء غير الصالح فى مجراه ، ومن حيث أخذ العوض عن هذا الحق .

٣١- الفقه الإسلامى يثبت حق المسيل فى الأراضى الزراعية ، وفى صرف هذا الماء من فوق أسطح المنازل . أما فى القانون فيقتصر هذا الحق على الأراضى الزراعية فقط .

٣٢- الفقه الإسلامى يقرر حق المسيل فى أرض مملوكة للغير سواء أكان هذا الغير جارا ملاصقا للمصرف أم غير ملاصق ، بل إنه يجوز إنشاء مصرف فى أرض الغير لكى يصب فيه الماء الغير صالح ، أما فى القانون فحق المسيل قاصر على الأرض الملاصقة فقط .

٣٣- للفقه الإسلامى فى إصلاح المصرف قولان ، البعض يرى : أن إصلاح المصرف على مالكة ولا شئ على من له حق الإسالة ، والبعض يرى : أن إصلاحه على المنتفعين به ، وقد أخذ القانون بالقول الثانى للفقهاء .

٣٤- يتفق القانون مع الفقه الإسلامى فى تقرير حق المرور فى ملك الغير ، وبأنه إذا ثبت حق المرور فى أرض الغير ، فلا يجوز لصاحب الأرض تحويل هذا الممر ، إلا بإذن صاحب الممر ، وكذلك لا يجوز لصاحب الممر توسيع هذا الممر أو تضيقه إلا بإذن صاحب الأرض

٣٥- يختلف نطاق حق المرور فى الفقه الإسلامى عن القانون ، فهو فى الفقه الإسلامى يثبت للأراضى المجاورة وغير المجاورة متى كانت هناك حالة ضرورة ، أما فى القانون فإن حق المرور فى ملك الغير قاصر على الأراضى المجاورة فقط وبشروط محددة سبق بيانها ، ومن هنا كان نطاق حق المرور فى الفقه الإسلامى أوسع من القانون ، والأولى بالمشرع الرجوع إلى الفقه الإسلامى ، لأن الشريعة الغراء ما جاءت إلا لمصالح العباد فى العاجل والآجل .

٣٦- يتفق القانون مع الفقه الإسلامى من حيث دفع مقابل لهذا المرور ، إلا أن الأمر يختلف من حيث ملكية رتبة الممر فى الفقه الإسلامى يجوز شراء حق المرور دون رتبة الممر كما يجوز شراء رتبة الممر ، ويكون ملكا لمن تقرر له حق المرور ، ولم يخالف فى ذلك إلا بعض فقهاء الحنفية ، أما فى القانون فإن رتبة الممر تبقى مملوكة لصاحب الأرض التى تقرر عليها .

٣٧- هناك أمور كثيرة فى حق المرور بينها الفقهاء الشرعيين ولم يبينها القانون ، من هذه الأمور : الانتفاع بالطريق العام فى غير المرور ، واقتطاع جزء من هذا الطريق بإذن من الإمام أو بدون إذن ، وشغل هواء الطريق العام وكذا الطريق الخاص ، وحكم الانتفاع بالطريق الخاص فى غير المرور ، وغير ذلك كثير مما يدل على أن الفقه الإسلامى ثروة فقهية يجب الرجوع إليها والأخذ من بحورها التى لم تترك شيئاً إلا بينته .

* هذه بعض النتائج التى توصلت إليها فإن كنت قد وفقت فمن الله تعالى ، وإن كانت الأخرى فمن نفسى ومن الشيطان .

وحسبى أنى بشر ، والكمال لله الواحد الأحد .

الباحث

زكى زكى حسين زيدان

الفهارس

أولاً : فهرس الآيات القرآنية حسب ورودها في سور القرآن الكريم

الصفحة	رقم الآية	السورة	الآية	مسلسل
٩١	١٩٤	البقرة	فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه ...	١
٦٤	٢٣١	البقرة	وإذا طلقتم النساء فبلغن أجلهن ...	٢
٦٥	٢٣٣	البقرة	والوالدات يرضعن أولادهن حولين كاملين ...	٣
٢٥٩	٧٧	آل عمران	إن الذين يشترون بعهد الله ..	٤
٣٥	٦	النساء	وابتلوا اليتامى حتى إذا بلغوا النكاح ...	٥
٦٥	١٢	النساء	من بعد وصية يوصى بها أو دين غير مضار ...	٦
أ	١٤	النساء	ومن يعص الله ورسوله ويتعد حدوده ...	٧
٤٢	٣٦	النساء	واعبدوا الله ولا تشركوا به شيئاً ...	٨
٢٩	٢	المائدة	وتعاونوا على البر والتقوى ...	٩
١٩	١٠٣	المائدة	ما جعل الله من بحيرة ولا سائبة ...	١٠
٢٦	١٢٠	المائدة	لله ملك السماوات والأرض ...	١١
٢٧، أ	١٦٥	الأنعام	وهو الذي جعلكم خلائف الأرض ...	١٢
أ	١٢٨	التوبة	عزيز عليه ما عنتم حريص عليكم ...	١٣
١٧	٦١	هود	هو أنشأكم من الأرض واستعمركم فيها ...	١٤
١٢٧	١٨	يوسف	وجاءوا على قميصه بدم كذب ...	١٥
١٢٨	٢٦	يوسف	قال هي راودتني عن نفسي ...	١٦
٢٦	٦ ، ٥	طه	الرحمن على العرش استوى ...	١٧
٢٥١	٣٠	الأنبياء	وجعلنا من الماء كل شيء حي ...	١٨
٢٠١	٢٧	النور	يأيها الذين آمنوا لا تدخلوا بيوتاً ...	١٩
٢٦	٣٣	النور	وأتوهم من مال الله الذي آتاكم ...	٢٠
٣٥	٦٧	الفرقان	والذين إذا أنفقوا لم يسرفوا ...	٢١
٢٥١	١٥٥	الشعراء	هذه ناقة لها شرب ولكم شرب يوم معلوم ...	٢٢
أ	٣٩	فاطر	هو الذي جعلكم خلائف في الأرض ...	٢٣
١٣٣	٣١	النجم	ليجزى الذين أسأوا بما عملوا ...	٢٤
٣٩، ٢٧	٧	الحديد	آمنوا بالله ورسوله وأنفقوا مما جعلكم ...	٢٥

ثانياً : فهرس الأحاديث النبوية والآثار مرتبة أبجدياً

أ - فهرس الأحاديث :

الصفحة	الحديث	مسلسل
١٢٩	أتحلفون وتستحقون قاتلكم...	١
٧٨	إذا أمرتكم بأمر فأتوا منه ما استطعتم ...	٢
٣٢٨	إذا اختلفتم في الطريق جعل عرضه سبع أذرع ...	٣
١٩٦	إذا قسمت الأرض وحدت فلا شفعة فيها ...	٤
١٧٦	أصبت وأحسننت ...	٥
٦٦	الإضرار في الوصية من الكبائر ...	٦
٤٤	إلى أقربهما منك بابا ...	٧
٣٠	أنا وكافل اليتيم في الجنة هكذا ...	٨
٦٩	أنت مضار ...	٩
٦٦	إن الرجل ليعمل والمرأة بطاعة الله ...	١٠
٨٧،٨٣	إنما الأعمال بالنية وإنما لامرئ ما نوى ...	١١
٣١٦	اياكم والجلوس في الطرقات ...	١٢
١٣٨	أيلعب بكتاب الله وأنا بين أظهركم ...	١٣
٢٩	أيما أهل عرصة أصبح فيهم امرؤ جائع ...	١٤
١٦	أيما رجل أعمر عمرى له ولعقبه ...	١٥
١٧٦،١٢٦	البينة على المدعى واليمين على المدعى عليه ...	١٦
٢٥٨	ثلاثة لا ينظر الله إليهم يوم القيامة ...	١٧
١٩٥،٥٠	الجار أحق بسقبه ...	١٨
١٩٥	الجار أحق بشفيعته ينتظر به وإن كان غائباً ...	١٩
٤٨	الجار أربعون داراً هكذا ، وهكذا ، وهكذا ، وهكذا	٢٠
١٩٥	جار الدار أحق بالدار	٢١
٤٨	الجار ستون داراً	٢٢
٤٤	الجيران ثلاثة	٢٣
٤٨	حد الجوار أربعون داراً من كل جانب .	٢٤
٤٤	خير الأصحاب عند الله	٢٥
١٩٦	الشفعة في كل مالم يقسم .	٢٦
٦٣	على اليد ما أخذت حتى تؤدى	٢٧
١٨	العمرى جائزة لمن أعمارها والرقبي .	٢٨

الصفحة	الحديث	مسلسل
١٨	العمري لمن أعرها والرقبي لمن أرقبها ...	٢٩
١٦	العمري لمن وهبت له ...	٣٠
٤٨	كل أربعين داراً جيران ...	٣١
٤٥	كم من جار متعلق بجاره ...	٣٢
٢٠٢	لو أعلم أنك تتنظر لطعنت به في عينك ...	٣٣
٢٠٢	لو أن رجلاً أطلع عليك بغير إذن ...	٣٤
١٢٦	لو يعطى الناس بدعواهم ...	٣٥
٤٥	ليس المؤمن الذي يشبع وجاره جائع ...	٣٦
٤٤	ما زال جبريل يوصيني بالجار حتى ظننت أنه سيورثه	٣٧
٣٠	مثل المؤمنين في توادهم ...	٣٨
٢٥٤	المسلمون شركاء في ثلاث ...	٣٩
٢١٦	المسلمون على شروطهم ...	٤٠
١٩	من أحيا أرضاً فهي له ...	٤١
٢٠	من أحيا أرضاً ميتة ليست لأحد ...	٤٢
٦٣	من أخذ من الأرض شيئاً بغير حقه ...	٤٣
٢٠٢	من اطلع في بيت قوم بغير إذنهم ...	٤٤
٣١١	من اقتطع شبراً من الأرض بغير حق ...	٤٥
٤٥	من كان يؤمن بالله واليوم الآخر ...	٤٦
٢٥٩	من يشتري بئر رومة ...	٤٧
٣٠	المؤمن للمؤمن كالبنيان ...	٤٨
٢٥٩	نهى رسول الله - صلى الله عليه وسلم - عن بيع فضل الماء ...	٤٩
٢٦١	نهى رسول الله - صلى الله عليه وسلم - عن نقع البئر ...	٥٠
٤٥	والله لا يؤمن ، والله لا يؤمن ، والله لا يؤمن ، قيل من يارسول الله ...	٥١
٢٥٨	لا تمنعوا فضل الماء ...	٥٢
٤٦	لا خير فيها هي في النار ...	٥٣
١٨	لا رقيب فمن أرقب شيئاً فهو له ...	٥٤
٤٩	لا صلاة لجار المسجد إلا في المسجد ...	٥٥
١٠٣،٦٧	لا ضرر ولا ضرار ...	٥٦
١٠٨،١٠٦		
١٦٤،١٥١		
٣١٠		

الصفحة	الحديث	مسلسل
١٣٨	لا يجلد أحد فوق عشرة أسواط إلا في حد ...	٥٧
٢٠٢	لا يحل لامرئ مسلم أن ينظر إلى جوف بيت ...	٥٨
١٥١	لا يحل مال امرئ مسلم إلا بطيب نفسه ...	٥٩
٤٦	لا يدخل الجنة من لا يأمن جاره بوائقه ...	٦٠
١٥٠،٧٠	لا يمنع أحدكم جاره أن يغرز خشبه ...	٦١
٢٦٥	لا يمنع رهو بئر ...	٦٢
٢٥٨	لا يمنع فضل الماء ...	٦٣
٢٦٥	لا يمنع نقع بئر ...	٦٤
٣٠	لا يؤمن أحدكم حتى يحب لأخيه ...	٦٥
٤٥	يا أبا ذر إذا طبخت مرقة ...	٦٦

ب - فهرس الآثار :

الصفحة	القاتل	الأثر	مسلسل
١٢٩	عمر بن الخطاب	إنى وجدت من فلان ريح شراب ...	١
١٢٩	حزبين بن المنذر	شهدت عثمان بن عفان وأتى بالوليد ...	٢
١٧	القاسم بن محمد	ما أدركت الناس إلا وهم على شروطهم ...	٣
٣١٥	العباس بن عبدالمطلب	والله إنه للموضع الذى وضعه النبي صلى الله عليه وسلم	٤
٧١	عمر بن الخطاب	والله ليمرن به ولو على بطنك ...	٥
٧٢	عمر بن الخطاب	يوضع وراء تلك الكوى سرير ...	٦

ثالثا : فهرس المصطلحات اللغوية والشرعية المعرف بها حسب ورودها في الرسالة

الصفحة	المصطلح	م	الصفحة	المصطلح	م
١٧٥	الدواخل	٢٣	١	الملك	١
١٧٥	العقود	٢٤	١٢	الصرف	٢
١٧٥	القمط	٢٥	١٥	الهيئة	٣
١٧٥	الباب	٢٦	١٥	العمرى	٤
١٧٥	الغرز	٢٧	١٨	الرقبي	٥
١٨٦	الحدود	٢٨	٢٩	التكافل	٦
١٩٣	الشفعة	٢٩	٤١	الجوار	٧
٢٠٢	المدرى	٣٠	٥٠	السقب	٨
٢٠٢	الحذف	٣١	٥٩	الضرر	٩
٢١٤	العلو	٣٢	٥٩	التعسف	١٠
٢١٤	السفل	٣٣	٦١	الغصب	١١
٢١٧	الدھليز	٣٤	٧١	الخليج	١٢
٢١٨	المرقى	٣٥	٧١	العريض	١٣
٢١٨	السلم	٣٦	٧١	الربيع	١٤
٢٢٤	الرث	٣٧	٧٣	الذريعة	١٥
٢٤٧	الارتفاق	٣٨	٩١	التعدى	١٦
٢٥١	الشرب	٣٩	١٢٨	القسامة	١٧
٢٥٢	الشفة	٤٠	١٣٣	الجزاء	١٨
٢٥٣	الأودية	٤١	١٣٥	الضمان	١٩
٢٨١	المجرى	٤٢	١٣٧	التعزيز	٢٠
٣٠١	المسيل	٤٣	١٥٩	الوئد	٢١
٣٠٨	المرور	٤٤	١٥٩,١٧٥	الكوة	٢٢

رابعاً : فهرس المراجع (١)

أولاً القرآن الكريم :-

ثانياً : التفسير وعلوم القرآن :-

- ١- أحكام القرآن لابن العربي : القاضى أبو بكر محمد بن عبد الله بن محمد الأندلسى المالكى المتوفى ٥٤٣ هـ ، طبعة دار الفكر - بيروت .
- ٢- أحكام القرآن للجصاص : أبو بكر أحمد بن على الرازى المتوفى ٣٧٠ هـ ، طبعة دار الكتاب العربى - بيروت .
- ٣- تفسير البحر المحيط : محمد بن يوسف الشهير بأبى حيان الأندلسى ، طبعة مطابع النصر الحديثة بالرياض .
- ٤- تفسير الخازن : المسمى (لباب التأويل فى معان التنزيل) لعلاء الدين على بن محمد ابن إبراهيم البغدادى (ت ٧٢٥ هـ) ، مطبعة الحلبي .
- ٥- تفسير القرآن العظيم : أبو الفداء إسماعيل بن كثير (ت ٧٧٤ هـ) مطبعة الحلبي .
- ٦- تفسير المنار للشيخ محمد رشيد رضا ، طبعة الهيئة المصرية للكتاب سنة ١٩٧٣ م.
- ٧- الجامع لأحكام القرآن الكريم: أبو عبد الله محمد بن أحمد الأنصارى القرطبي (ت ٦٧١ هـ) طبعة مؤسسة مناهل العرفان - بيروت .
- ٨- جامع البيان عن تأويل آى القرآن : أبو جعفر محمد بن جرير الطبرى (ت ٣١٠ هـ) مطبعة الحلبي .
- ٩- زاد المسير فى علم التفسير : الإمام جمال الدين عبد الرحمن البغدادى (ت ٥٩٧ هـ) طبعة المكتب الإسلامى .
- ١٠- فتح القدير الجامع بين فنى الرواية والدراية من علم التفسير : محمد بن على بن محمد الشوكانى (ت ١٢٥٠ هـ) طبعة الحلبي .
- ١١- فى ظلال القرآن : سيد قطب ، طبعة دار الشروق .
- ١٢- مفاتيح الغيب : المسمى (بالتفسير الكبير) ، الإمام فخر الدين محمد بن عمر الرازى (ت ٦٠٦ هـ) طبعة دار الفكر - بيروت .

(١) ملحوظة : المراجع الشرعية القديمة مرتبة بحسب المؤلف لشهرة الكتاب عن صاحبه ، أما المراجع الفقهية الحديثة والمراجع القانونية فمرتبة حسب المؤلف لشهرة صاحب الكتاب عن الكتاب .

ثانياً : الكتب وعلومه :-

- ١٣- الإحسان بترتيب صحيح ابن حبان : علاء الدين الفارسي (ت ٧٣٩ هـ) طبعة دار الكتب
- ١٤- الأدب المفرد : محمد بن إسماعيل البخاري (ت ٢٥٦ هـ) طبعة مؤسسة الكتب الثقافية
الطبعة الأولى ١٤٠٦ هـ - ١٩٨٦ م .
- ١٥- بذل المجهود في حل سنن أبي داود : خليل أحمد السهارنفوري الهندي (ت ١٣٤٦ هـ)
طبعة دار الكتب العلمية - بيروت .
- ١٦- تلخيص الحبير في تخريج أحاديث الرافعي الكبير : أحمد بن علي بن حجر (ت ٨٥٢ هـ)
تحقيق د. شعبان إسماعيل ، طبعة الكليات الأزهرية ١٣٩٩-١٩٧٩ .
- ١٧- التمهيد لما في الموطأ من المعاني والأسانيد : يوسف بن عبد البر القرطبي (ت ٤٦٣ هـ)
تحقيق سعيد أحمد اعراب ، طبعة مؤسسة قرطبة .
- ١٨- جامع العلوم والحكم : زين العابدين لأبي الفرج عبد الرحمن بن شهاب بن رجب
(ت ٧٩٥ هـ) تحقيق د. محمد بكر إسماعيل، طبعة عيسى الحلبي .
- ١٩- حلية الأولياء : أبو نعيم أحمد بن عبد الله الأصفهاني (ت ٤٣٠ هـ) طبعة دار الفكر.
- ٢٠- سنن ابن ماجة : أبو عبد الله محمد بن يزيد القزويني (ت ٢٧٥ هـ) تحقيق محمد فؤاد عبد
الباقي ، طبعة دار الريان للتراث .
- ٢١- سنن أبي داود : سليمان بن الأشعث السجستاني (ت ٢٧٥ هـ) طبعة دار الجيل بيروت .
- ٢٢- سنن الترمذي : محمد بن عيسى بن سورة (ت ٢٧٩ هـ) تحقيق أحمد محمد شاكر ، طبعة
دار الكتب العلمية .
- ٢٣- سنن الدار قطنى : على بن عمر الدار قطنى (ت ٣٨٥ هـ) وبذيله التعليق المغنى على
الدار قطنى للعلامة أبي الطيب محمد شمس الحق العظيم
أبادى ، طبعة عالم الكتب .
- ٢٤- السنن الكبرى : أبو بكر أحمد بن الحسين بن علي البيهقي (ت ٤٥٨ هـ) ، طبعة دار
الفكر - بيروت .

- ٢٥- شرح السنة : أبو محمد الحسين بن مسعود الفراء البغوي (ت٥١٦هـ) تحقيق شعيب الأرنؤوط طبعة المكتب الإسلامي ١٣٩٤هـ - ١٩٧٤م .
- ٢٦- صحيح مسلم بشرح النووي : أبو زكريا محي الدين النووي (ت٦٧٦هـ) طبعة دار الريان للتراث الطبعة الأولى ١٤٠٧ - ١٩٨٧ .
- ٢٧- عون المعبود شرح سنن أبي داود : أبو الطيب محمد شمس الحق العظيم آبادي ضبط وتحقيق عبد الرحمن محمد عثمان ، الطبعة الثانية ١٣٨٨- ١٩٦٩ ، الناشر محمد عبد المحسن بالسعودية .
- ٢٨- فتح الباري بشرح صحيح البخاري : شهاب الدين أحمد بن علي بن حجر ، طبعة دار الريان للتراث الطبعة الثالثة ١٤٠٧هـ وطبعة المكتبة السلفية .
- ٢٩- كشف الأستار عن زوائد البزار : نور الدين علي بن أبي بكر الهيثمي (ت٥٠٧هـ) طبعة مؤسسة الرسالة الطبعة الثانية ١٩٨٤م .
- ٣٠- كشف الخفاء ومزيل الإلباس : إسماعيل بن محمد العجلوني (ت١١٦٢هـ) طبعة مؤسسة مناهل العرفان بيروت .
- ٣١- مجمع الزوائد ومنبع الفوائد : نور الدين الهيثمي ، طبعة دار الريان للتراث .
- ٣٢- المستدرک على الصحيحين : أبو عبد الله النيسابوري ، وبذيله التلخيص للحافظ الذهبي ، طبعة دار الكتاب العربي .
- ٣٣- المسند : أحمد بن حنبل (ت٢٤١هـ) طبعة دار المعارف .
- ٣٤- الموطأ : مالك بن أنس (ت١٧٩هـ) طبعة الشعب .
- ٣٥- نصب الراية لأحاديث الهداية : جمال الدين عبد الله بن يوسف الزيلعي (ت٧٦٢هـ) طبعة دار الحديث .
- ٣٦- نيل الأوطار شرح منتقى الأخبار : محمد بن علي بن محمد الشوكاني (ت١٢٥٥هـ) طبعة مكتبة دار التراث .

المنا : أصول الفقه :

٣٧- الإحكام فى أصول الأحكام : على بن أبى على بن محمد الأمدى (ت ٦٣١هـ) مطبعة محمد صبيح .

٣٨- إدرار الشروق على أنواع الفروق : أبو القاسم قاسم بن محمد الأنصارى المعروف بابن الشاطب بذيلى الفروق للإمام القرافى طبعة عالم الكتب-بيروت .

٣٩- إرشاد الفحول : محمد بن على بن محمد الشوكانى (ت ١٢٥٥هـ) طبعة دار المعرفة . بيروت .

٤٠- التقرير والتحبير : العلامة المحقق ابن أمير الحاج(ت ٨٧٩هـ) المطبعة الأميرية ١٣١٦هـ .

٤١- تهذيب الفروق والقواعد السنوية : محمد على بن حسين المكى بهامش الفروق للقرافى طبعة عالم الكتب .

٤٢- شرح التلويح على التوضيح : سعد الدين بن عمر التفتازانى (ت ٧٩٣هـ) مطبعة صبيح .

٤٣- شرح تنقيح الفصول : شهاب الدين أحمد بن إدريس القرافى (ت ٦٨٤هـ) مطبعة الكليات الأزهرية .

٤٤- شرح التوضيح للتنقيح : صدر الشريعة عبد الله بن مسعود الحنفى (ت ٧٤٧هـ) المطبعة الخيرية .

٤٥- الفروق : أحمد بن إدريس القرافى ، طبعة عالم الكتب .

٤٦- المحصول : فخر الدين الرازى (ت ٦٠٦هـ) تحقيق الدكتور طه فياض طبعة الإمام محمد ابن سعود .

٤٧- المستصطفى من علم الأصول : أبو حامد محمد بن محمد الغزالى (ت ٥٠٥هـ) طبعة بولاق

٤٨- الموافقات فى أصول الشريعة : إبراهيم بن موسى اللخمي الشهير بالشاطبى (ت ٧٩٠هـ) طبعة دار إحياء الكتب العربية .

رابعاً : الفقه :

١- الفقه الحنفي :-

- ٤٩- الاختيار لتعليق المختار : عبد الله بن محمود بن مودود الموصلى (٦٨٣هـ) طبعة دار المعرفة - بيروت .
- ٥٠- الأشباه والنظائر : زين العابدين بن إبراهيم المعروف بابن نجيم (ت ٩٧٠هـ) تحقيق محمد مطيع الحافظ ، الطبعة الأولى ١٤٠٣-١٩٨٣ ط دار الفكر .
- ٥١- البحر الرائق شرح كنز الدقائق : لابن نجيم ، طبعة دار المعرفة .
- ٥٢- بدائع الصنائع فى ترتيب الشرائع : علاء الدين أبو بكر بن مسعود الكاسانى (ت ٥٨٧هـ) طبعة دار الكتب العلمية بيروت ، وطبعة مطبعة الإمام بالقاهرة .
- ٥٣- البناية فى شرح الهداية : محمود بن أحمد العيني (ت ٨٥٥ هـ) طبعة دار الفكر الطبعة الأولى ١٤٠٠ - ١٩٨٠ .
- ٥٤- تبیین الحقائق شرح كنز الدقائق : فخر الدين عثمان بن على الزيلعى (ت ٧٤٣هـ) طبعة دار المعرفة ، الطبعة الأولى ١٣١٣هـ .
- ٥٥- تكملة البحر الرائق شرح كنز الدقائق : محمد بن حسين بن على طبعة دار المعرفة - بيروت .
- ٥٦- جامع الفصولين : محمود بن إسرائيل الشهير باب قاضى سماوه (ت ٨٢٣هـ) . مطبعة بولاق الطبعة الأولى ١٣٠١ هـ .
- ٥٧- حاشية ابن عابدين : المسماه (رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار) محمد أمين الشهير بابن عابدين (ت ١٢٥٢هـ) مطبعة مصطفى الحلبي . الطبعة الثانية ١٩٦٦ م .
- ٥٨- حاشية سعد الله بن عيسى الشهير بسعد حلبى وبسعد أفندى (ت ٩٤٥هـ) مع شرح فتح القدير طبعة دار الفكر الطبعة الثانية ١٣٩٧-١٩٧٧ .

- ٥٩- حاشية الشلبي على شرح الزيلعي : شهاب الدين أحمد بن يونس الشهير بالشلبي مع تبين الحقائق .
- ٦٠- حاشية الطحطاوى على الدر المختار : السيد أحمد الطحطاوى ، طبعة دار المعرفة سنة ١٣٩٥ - ١٩٧٥ .
- ٦١- حاشية قرة عيون الأخبار : محمد علاء الدين أفندي فرغ منه ١٢٩٠هـ مطبعة مصطفى الحلبي ١٣٨٦هـ .
- ٦٢- الحواشى الرقيقة والتعليق الأنيقة : خير الدين الرملى (ت ١٠٨١هـ) مع جامع الفصولين
- ٦٣- الخراج : أبو يوسف يعقوب بن إبراهيم (ت ١٨٣هـ) طبعة دار المعرفة .
- ٦٤- الدر المختار شرح تنوير الأبصار : محمد علاء الدين الحصكفى (ت ١٠٨٨هـ) مع حاشية ابن عابدين .
- ٦٥- شرح العناية على الهداية : محمد بن محمود البابرلى (ت ٧٨٦هـ) مع شرح فتح القدير .
- ٦٦- شرح فتح القدير على الهداية : كمال الدين محمد بن الواحد السيواسى المعروف بابن الهمام (ت ٦٨١هـ) طبعة دار الفكر الطبعة الثانية ١٣٩٧هـ) .
- ٦٧- غمز عيون البصائر شرح الأشباه والنظائر : أحمد بن محمد الحموى (ت ١٠٩٨هـ) طبعة دار الكتب العلمية - بيروت .
- ٦٨- الفتاوى البزازية : (المسماة بالجامع الوجيز) حافظ الدين محمد بن محمد بن شهاب المعروف بابن البزاز الكردى (ت ٨٢٧هـ) على هامش الفتاوى الهندية . طبعة دار إحياء التراث العربى بيروت الطبعة الرابعة ١٤٠٦هـ-١٩٨٦م .
- ٦٩- الفتاوى الخانية : المسماة (فتاوى قاضيخان) : فخر الدين حسن بن منصور الأوزجندى الفرغانى (ت ٢٩٥هـ) بهامش الفتاوى الهندية .
- ٧٠- الفتاوى الهندية : المعروفة (بالفتاوى العالمكيرية) لجماعة من الهند برئاسة الشيخ نظام . ١٠٧٠هـ .

- ٧١- فتح المدبر فى علم القضاء : محمد بن أحمد السمديسى (ت ٩٣٢هـ) تحقيق امتياز أحمد إسحاق ، لرسالة الدكتوراه من شريعة القاهرة ١٩٨٩م .
- ٧٢- الفروق : أبو المظفر أسعد بن محمد النيسابورى الكرابيسى (ت ٥٧٠هـ) مخطوط بدار الكتب المصرية (تحت رقم ٢٩٣ فقه حنفى) ميكروفيلم "٣٧٨٧٤" .
- ٧٣- المبسوط : شمس الأئمة أبو بكر محمد بن أحمد بن أبى سهل السرخسى (ت ٤٩٠هـ) طبعة دار المعرفة - بيروت .
- ٧٤- مجمع الأنهر فى شرح ملتقى الأبحر : عبد الله بن محمد بن سليمان المعروف بداماد أفندى . طبعة دار إحياء التراث العربى - بيروت .
- ٧٥- مجمع الضمانات : أبو محمد بن غانم البغدادى ، المطبعة الخيرية .
- ٧٦- معين الحكام فيما يتردد بين الخصمين من الأحكام : على بن خليل الطرابلسى (ت ١٠٣٢هـ) .
- ٧٧- نتائج الأفكار فى كشف الرموز والأسرار : شمس الدين أحمد بن قودر المعروف بقاضى زاده أفندى (ت ٩٨٨هـ) وهى تكملة فتح القدير .
- ٧٨- الهداية شرح بداية المبتدى : شيخ الإسلام على بن أحمد المرغينانى (ت ٥٩٣هـ) طبعة الحلبي .

٢- الفقه المالكي :

- ٧٩- بداية المجتهد ونهاية المقتصد : محمد بن محمد بن رشيد (ت ٥٩٥هـ) طبعة مصطفى الحلبي ، الطبعة الخامسة ١٤٠١-١٩٨١ .
- ٨٠- بلغة السالك لأقرب المسالك : أحمد بن محمد الصاوى (ت ١٢٤١هـ) على الشرح الصغير للدردير ، طبعة دار المعرفة بيروت (١٣٩٨ - ١٩٧٨) .

- ٨١- البهجة في شرح التحفة : على بن عبد السلام التسولى ، على أرجوزة تحفة الحكام لابن
عاصم الأندلسى ، طبعة دار الفكر - بيروت ، الطبعة الثانية ١٣٧٠-
- ١٩٥١ .
- ٨٢- البيان والتحصيل والشرح والتوجيه والتعليق فى مسائل المستخرجة : لأبى الوليد بن
رشد القرطبى (ت ٥٢٠هـ) طبعة دار الغرب الإسلامى ١٩٨٥م .
- ٨٣- التاج والإكليل على مختصر خليل : محمد بن يوسف العبدرى الشهير بالمواق (٨٩٧هـ)
بهامش مواهب الجليل ، طبعة دار الفكر - بيروت .
- ٨٤- تبصرة الحكام فى أصول الأفضية ومناهج الأحكام : برهان الدين إبراهيم بن على بن
فرحون (ت ٧٩٩هـ) طبعة دار المعرفة - بيروت .
- ٨٥- حاشية البنانى على شرح الزرقانى على مختصر خليل : الشيخ محمد البنانى ، طبعة دار
الفكر - بيروت .
- ٨٦- حاشية الدسوقى على الشرح الكبير : الشيخ محمد عرفة الدسوقى ، طبعة عيسى الحلبي .
- ٨٧- حاشية الرهونى على شرح الزرقانى : محمد بن أحمد الرهونى ، طبعة دار الفكر -
بيروت ١٣٩٨-١٩٧٨ .
- ٨٨- حاشية العدوى : الشيخ على العدوى (ت ١١٨٩هـ) بهامش الخرشى . طبعة دار الفكر .
- ٨٩- الحدود : محمد بن عرفة (ت ٨٠٣هـ) طبعة دار الغرب الإسلامى .
- ٩٠- حلى المعاصم شرح تحفة ابن عاصم : أبو عبد الله محمد التاودى مع البهجة .
- ٩١- الذخيرة : أحمد بن إدريس القرافى ، كتاب القسمة تحقيق محمد مذكور رسالة ماجستير
بشريعة القاهرة ١٩٨٦م ، وكتاب الضمان تحقيق إبراهيم
درغام رسالة ماجستير بشريعة القاهرة ١٩٩٠م .
- ٩٢- شرح ابن ناجى على الرسالة : قاسم بن عيسى بن ناجى (ت ٨٣٧هـ) المطبعة الجمالية .
- ٩٣- شرح حدود ابن عرفة : أبو عبد الله محمد الأنصارى الرصاع (ت ٨٩٤هـ) طبعة دار
الغرب الإسلامى . الطبعة الأولى ١٩٩٣م .

٩٤- شرح الخرشي على مختصر خليل : لأبي عبد الله محمد الخرشي (ت ١١٠١هـ) طبعة دار الفكر .

٩٥- شرح الزرقاني على مختصر خليل : عبد الباقي الزرقاني (ت ١٠٩٩هـ) طبعة دار الفكر

٩٦- شرح الزرقاني على الموطأ : محمد الزرقاني (ت ١١٢٢هـ) طبعة دار الفكر ١٤٠١ -

. ١٩٨١

٩٧- شرح زروق على الرسالة : أحمد بن أحمد الفاسي المعروف بزروق (ت ٨٩٩هـ) مع

شرح ابن ناجي على الرسالة .

٩٨- الشرح الصغير : أحمد الدردير (ت ١٢٠١هـ) بهامش بلغة السالك .

٩٩- الشرح الكبير على مختصر خليل : أحمد الدردير ، طبعة عيسى الحلبي .

١٠٠- العقد المنظم للحكام : عبد الله بن عبد الله بن سلمون الكناني طبعة دار الكتب العلمية ،

طبعة الأولى ١٣٠١هـ .

١٠١- الفواكه الدواني على الرسالة : أحمد النفراوي (ت ١١٢٠هـ) طبعة دار المعرفة -

بيروت .

١٠٢- القبس شرح الوطأ : لأبي بكر بن العربي (ت ٥٤٣هـ) طبعة دار الغرب الإسلامي ،

الطبعة الأولى ١٩٩٢ .

١٠٣- القوانين الفقهية : محمد بن جزي الكلبي (ت ٧٤١هـ) طبعة عالم الفكر ، الطبعة الأولى

. ١٩٨٥ - ١٤٠٥

١٠٤- الكافي في فقه أهل المدينة : يوسف بن عبد الله بن عبد البر ، طبعة مكتبة الرياض .

١٠٥- المدونة الكبرى : الإمام مالك بن أنس (ت ١٧٩هـ) رواية سحنون بن سعيد (ت ٢٤٠هـ)

عن الإمام مالك طبعة دار الفكر .

١٠٦- المنتقى شرح الموطأ : لأبي الوليد سليمان الباجي (ت ٤٩٤هـ) طبعة الكتاب العربي -

بيروت .

١٠٧- مواهب الجليل لشرح مختصر خليل : محمد بن عبد الرحمن المعروف بالحطاب

(ت٩٤٥هـ) طبعة دار الفكر .

١٠٨- المعيار المعرب والجامع المغرب : أحمد بن يحيى الونشريسي(ت٩١٤هـ) طبعة دار

الغرب الإسلامى .

١٠٩- معين الحكام على القضايا والأحكام : إبراهيم بن حسن بن عبد الرفيع (ت٧٣٣هـ)

طبعة دار الغرب الإسلامى .

٣- الفقه الشافعى :-

١١٠- الأحكام السلطانية والولايات الدينية : لأبى الحسن على بن محمد بن حبيب الماوردى

(ت٤٥٠هـ) طبعة مصطفى الحلبي الطبعة الثالثة ١٣٩٣-

. ١٩٧٣

١١١- الأشباه والنظائر : جلال الدين عبد الرحمن السيوطى (ت٩١١هـ) طبعة دار الفكر .

١١٢- الأشباه والنظائر : تاج الدين عبد الوهاب بن على بن عبد الكافى السبكي (ت٧٧١هـ)

طبعة دار الكتب العلمية ، الطبعة الأولى ١٤١١-١٩٩١ .

١١٣- أسنى المطالب شرح روض الطالب : الشيخ زكريا الأنصارى المطبعة الميمنة

.١٣١٣هـ.

١١٤- الأم : للإمام محمد بن إدريس الشافعى (ت٢٠٤هـ) طبعة دار الغد ، الطبعة الأولى

. ١٤١٠-١٩٩٠ .

١١٥- تحفة المحتاج بشرح المنهاج : شهاب الدين أحمد بن حجر (ت٨٥٢هـ) مع حواشى

الشروانى وابن القاسم العبادى ، طبعة دار الغد .

١١٦- تقويم النظر : محمد بن على المعروف بابن الدهان (ت٥٨٩هـ) مخطوط بدار الكتب

العربية .

- ١١٧- حاشية البيجرمى على الخطيب : المسماة تحفة الحبيب على شرح الخطيب : الشيخ سليمان بن عامر بن محمد البيجرمى (ت١٢٢١هـ) طبعة مصطفى الحلبي ، الطبعة الأخيرة ١٣٧٠-١٩٥١ .
- ١١٨- حاشية الرشيدى : أحمد عبد الرازق الرشيدى (ت١٠٩٦هـ) مع نهاية المحتاج ، طبعة مصطفى الحلبي ، الطبعة الأخيرة ١٣٨٦-١٩٦٧ .
- ١١٩- حاشية الرملى على أسنى المطالب : الشيخ أحمد الرملى بهامش أسنى المطالب .
- ١٢٠- حاشية الشبراملى : لأبى الضياء نور الدين على الشبراملى (ت١٠٨٧هـ) مع نهاية المحتاج .
- ١٢١- حاشية الشروانى : الشيخ عبد الحميد الشروانى مطبوع مع تحفة المحتاج .
- ١٢٢- حاشية العبادى : أحمد بن قاسم العبادى مطبوع مع تحفة المحتاج .
- ١٢٣- حاشية عميرة : الشيخ عميرة وهى مع حاشية قليوبى ، مطبعة دار إحياء الكتب العربية
- ١٢٤- حاشية قليوبى : للشيخ أحمد القليوبى ، وهى على شرح جلال الدين المحلى على منهاج الطالبين للنووى مطبوعة مع حاشية عميرة .
- ١٢٥- روضة الطالبين وعمدة المفتين : لأبى زكريا محى الدين النووى (ت٦٧٦هـ) طبعة المكتبة الإسلامية .
- ١٢٦- زاد المحتاج بشرح المنهاج : عبد الله الكوهجى ، تحقيق عبد الله الأنصارى المطبعة العصرية - بيروت ١٤٠٩-١٩٨٨ .
- ١٢٧- فتاوى الرملى : شمس الدين محمد الرملى ، بهامش الفتاوى الكبرى لابن حجر .
- ١٢٨- الفتاوى الكبرى الفقهية : أحمد بن حجر الهيتمى، طبعة دار الكتب العلمية - بيروت ١٤٠٣-١٩٨٣ .
- ١٢٩- فتح العزيز شرح الوجيز : المسمى بالشرح الكبير : لأبى القاسم عبد الكريم بن محمد الرافعى (ت٦٢٣هـ) مطبوع مع المجموع للنووى .

١٣٠- قواعد الأحكام فى مصالح الأنام : عز الدين عبد العزيز بن عبد السلام (ت ٦٦٠هـ)
مطبعة الكليات الأزهرية .

١٣١- القواعد الفقهية : بدر الدين محمد بن بهاء الدين الزركشى (ت ٧٩٤هـ) مخطوط بدار
الكتب المصرية تحت رقم " ٢٠ فقه شافعى " .

١٣٢- المجموع شرح المذهب : الإمام النووى ، ويليه تكملة المجموع لتقى الدين على بن عبد
الكافى السبكى (ت ٧٥٦هـ) وتكملة نجيب المطيعى، طبعة دار
الفكر .

١٣٣- مغنى المحتاج شرح المنهاج : محمود الشريبنى الخطيب ، طبعة دار إحياء التراث
العربى - بيروت ١٣٥٢-١٩٣٣ .

١٣٤- المذهب : أبو إسحاق إبراهيم بن على بن يوسف الشيرازى (ت ٤٧٦ هـ) مطبعة
عيسى الحلبي ، الطبعة الثالثة ١٩٧٦ .

١٣٥- نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج : محمد بن أحمد بن حمزة الرملى الشهير بالشافعى
الصغير (ت ١٠٠٤هـ) طبعة مصطفى الحلبي ، الطبعة
الأخيرة سنة ١٣٨٦-١٩٦٧ .

٤- الفقه الحنبلى :-

١٣٦- الأحكام السلطانية : للقاضى أبى يعلى محمد بن الحسين (ت ٤٥٨هـ) تعليق محمد الفقى
الطبعة الثالثة ١٩٨٧م مصطفى الحلبي .

١٣٧- الاختيارات الفقهية من فتاوى ابن تيمية : لعلاء الدين أبو الحسن على بن محمد بن
عباس البعلبلى (ت ٨٠٣هـ) تحقيق محمد الفقى ، طبعة دار
المعرفة بيروت .

- ١٣٨- إعلام الموقعين عن رب العالمين : محمد بن أبى بكر المعروف بابن قيم الجوزية (ت ٧٥١ هـ) تحقيق عصام الدين الصبابطى ، مطبعة دار الحديث ، الطبعة الأولى ١٤١٤-١٩٩٣ .
- ١٣٩- الإنصاف فى معرفة الراجح من الخلاف : علاء الدين أبى الحسن على بن سليمان المرداوى (ت ٨٥٢ هـ) تحقيق محمد الفقى ، طبعة دار إحياء التراث العربى - بيروت الطبعة الأولى ١٣٧٦-١٩٥٦ .
- ١٤٠- الحسبة فى الإسلام : لشيخ الإسلام أحمد بن عبد الحلیم بن تيمية (ت ٧٢٨ هـ) المطبعة السلفية بالمدينة المنورة .
- ١٤١- زاد المعاد فى هدى خير العباد : لابن قيم الجوزية ، طبعة دار الريان للتراث .
- ١٤٢- الشرح الكبير على متن المقنع : شمس الدين أبى الفرج عبد الرحمن بن أبى عمر محمد بن أحمد بن قدامة المقدس (ت ٦٨٢ هـ) مع المغنى لابن قدامة ، طبعة دار الفكر الطبعة الأولى ١٤٠٤-١٩٨٤ .
- ١٤٣- شرح منتهى الإرادات : منصور بن يونس البهوتى ، طبعة عالم الكتب - بيروت .
- ١٤٤- الطرق الحكمية فى السياسة الشرعية : لابن قيم الجوزية ، تصحيح أحمد عبد الحلیم مطبعة مصر ١٣٨٠-١٩٦١ .
- ١٤٥- العدة شرح العمدة : عبد الرحمن بن إبراهيم المقدس (ت ٦٢٤ هـ) مكتبة الرياض الحديثة .
- ١٤٦- الفتاوى الكبرى : تقي الدين أحمد بن عبد الحلیم بن تيمية .
- ١٤٧- الفروع : شمس الدين المقدسى أبى عبد الله محمد بن مفلح (ت ٧٦٣ هـ) طبعة عالم الكتب ، الطبعة الرابعة ١٤٠٥-١٩٨٥ .
- ١٤٨- القواعد فى الفقه الإسلامى : أبو الفرج عبد الرحمن بن رجب ، طبعة دار المعرفة .
- ١٤٩- الكافى : موفق الدين عبد الله بن قدامة المقدسى (ت ٦٢٠ هـ) طبعة المكتب الإسلامى الطبعة الثالثة ١٤٠٢-١٩٨٢ .

- ١٥٠- كشف القناع على متن الإقناع : منصور بن يونس البهوتي (ت ١٠٥١ هـ) طبعة دار الفكر ١٤٠٢-١٩٨٢ وطبعة أخرى بهامشها منتهى الإرادات
- ١٥١- المبدع في شرح المقنع : لأبي إسحاق إبراهيم بن محمد بن مفلح (ت ٨٨٤ هـ) طبعة المكتب الإسلامي ، الطبعة الأولى .
- ١٥٢- مجموع فتاوى ابن تيمية : جمع عبد الرحمن بن محمد بن قاسم النجدي ، طبعة دار الرحمة .
- ١٥٣- المغنى لابن قدامة : موفق الدين عبد الله بن أحمد بن قدامة على مختصر الخرقى للإمام أبي القاسم عمر بن الحسين الخرقى (ت ٣٤٤ هـ) طبعة دار الفكر .
- ١٥٤- منتهى الإرادات : محمد بن أحمد الفتوحى الشهير بابن النجار (ت ١٠٠٠ هـ) طبعة دار الجيل .
- ٥- الفقه الظاهري :-
- ١٥٥- المحلى : لأبي محمد على بن أحمد بن حزم الظاهري (ت ٤٥٦ هـ) تصحيح أحمد شاكر ، وحسن طلبه، طبعة دار الاتحاد العربى .
- ٦- الفقه الزيدى :-
- ١٥٦- البحر الزخار الجامع لمذاهب علماء الأمصار : أحمد بن يحيى المرتضى (ت ٨٤٠ هـ) طبعة دار الكتاب الإسلامى .
- ١٥٧- جواهر الأخبار والآثار : محمد بن يحيى الصعدي (ت ٩٥٧ هـ) مع البحر الزخار .
- ١٥٨- السيل الجرار المتدفق على حدائق الأزهار : محمد بن على الشوكانى (ت ١٢٥٥ هـ) طبعة دار الكتب العلمية بيروت - الطبعة الأولى ١٤٠٥-١٩٨٥ .
- ١٥٩- شرح الأزهار فى فقه الأئمة الأطهار : أبو الحسن عبد الله بن مفتاح (ت ٨٧٧ هـ) طبعة دار إحياء التراث العربى - بيروت .

١٦٠- الروضة الندية شرح الدرر البهية : صديق بن حسن بن علي القنوجي البخاري ، طبعة المكتبة العصرية - بيروت .

٧- الفقه الإمامي (الجعفري) :-

١٦١- شرائع الإسلام في مسائل الحلال والحرام : للإمام المحقق الحلبي أبو القاسم نجم الدين جعفر بن الحسن (ت ٦٧٦ هـ) تحقيق عبد المحسن محمد علي ، الطبعة الأولى ١٣٨٩-١٩٦٩ .

١٦٢- فقه الإمام جعفر الصادق : محمد جواد مغنية ، طبعة دار الجواد بيروت ، وطبعة دار التيار الجديد - بيروت ، الطبعة الخامسة ١٤٠٤-١٩٨٤ .

١٦٣- المبادئ العامة للفقه الجعفري : هاشم معروف الحسني ، طبعة دار القلم بيروت

١٦٤- المختصر النافع : أبو القاسم نجم الدين جعفر بن الحسن الحلبي (ت ٦٧٦ هـ) ، الطبعة الثانية ١٣٧٨ هـ.

١٦٥- مفتاح الكرامة : للسيد محمد الجواد الحسيني العاملي .

١٦٦- النهاية في مجرد الفقه والفتاوى : لأبي جعفر محمد بن الحسن الطوسي (ت ٤٦٠ هـ) طبعة دار الكتاب العربي - بيروت ، الطبعة الأولى ١٣٩٠-١٩٧٠ .

١٦٧- وسائل الشيعة إلى تحصيل مسائل الشريعة : محمد بن الحسن الحر العاملي

(ت ١١٠٤ هـ) تحقيق الشيخ محمد الرازي ، والشيخ عبد

الرحمن الشيرازي ، طبعة دار إحياء التراث العربي .

٨- الفقه الإباضي :-

١٦٨- التكميل لبعض ما أخل به كتاب النيل : عبد العزيز الثميني (ت ١٢٢٣ هـ) .

١٦٩- جوهر النظام في علمي الأديان والأحكام : عبد الله السالمي ، تحقيق إبراهيم أطفيش .

١٧٠- شرح كتاب النيل وشفاء العليل : محمد يوسف أطفيش ، مكتبة الإرشاد بالسعودية

الطبعة الثالثة ١٤٠٥-١٩٨٥ .

- ١٧١- كتاب النيل وشفاء العليل : عبد العزيز الثمينى (مطبوع مع شرحه للأطفيشى) .
- ١٧٢- المدونة الصغرى : بشر بن غانم الخرسانى ، طبعة وزارة التراث القومى والثقافى
بعمان ١٤٠٤- ١٩٨٤ .
- ١٧٣- المدونة الكبرى : أبى غانم الخرسانى ، طبعة وزارة التراث بعمان ١٤٠٤- ١٩٨٤ .
- ١٧٤- الورد البسام فى رياض الأحكام : عبد العزيز الثمينى .

المصادر الأجنبية :-

- ١٧٥- أساس البلاغة : محمود بن عمر الزمخشري (ت٥٣٨هـ) طبعة دار الكتب المصرية .
- ١٧٦- تاج العروس شرح القاموس : محمد مرتضى الزبيدى (ت١٢٠٥هـ) دار ليبيا للنشر .
- ١٧٧- جمهرة اللغة لابن دريد : لأبى بكر محمد بن الحسن (ت٣٢١هـ) طبعة دار صادر .
- ١٧٨- الصحاح : إسماعيل بن حماد الجوهري (ت٤٠٠هـ) طبعة دار الكتاب العربى .
- ١٧٩- القاموس المحيط : محمد بن يعقوب الفيروز أبادى (ت٨١٧هـ) طبعة عالم الكتب .
- ١٨٠- لسان العرب : جمال الدين محمد بن مكرم بن منظور (ت٧١١هـ) طبعة دار صادر ،
وطبعة أخرى لدار المعارف المصرية .
- ١٨١- مختار الصحاح : محمد بن أبى بكر بن عبد القادر الرازى ، طبعة دار الحديث .
- ١٨٢- المصباح المنير :- أحمد بن محمد بن على الفيومى (ت٧٧٠هـ) طبعة عيسى الحلبي .
- ١٨٣- معجم مقاييس اللغة : أحمد بن فارس بن زكريا (ت٣٩٥هـ) طبعة دار الجيل ، الطبعة
الأولى ١٤١١- ١٩٩١ .
- ١٨٤- المعجم الوجيز : مجمع اللغة العربية ، طبعة خاصة بوزارة التربية والتعليم ١٤١٤-
١٩٩٣ .

سلسلة المراجع النقوية الحديثة :-

- ١٨٥- الشيخ/أحمد إبراهيم بك: المعاملات الشرعية المالية، المطبعة الفنية بالقاهرة سنة ١٩٣٦.
- ١٨٦- أحمد أبو الفتوح : المعاملات فى الشريعة الإسلامية والقوانين المصرية سنة ١٩٢٣.
- ١٨٧- د. أحمد فراج حسين : الملكية ونظرية العقد فى الشريعة الإسلامية ، طبعة المكتب العربى سنة ١٩٨٧ .
- ١٨٨- أحمد فهمى أبو سنة : النظرية العامة للمعاملات .
- ١٨٩- السيد أبى النصر أحمد الحسينى : الملكية فى الإسلام ، طبعة لجنة التأليف والترجمة والنشر بالقاهر ١٩٥٢ .
- ١٩٠- د. بدران أبو العينين بدران : الشريعة الإسلامية تاريخها ، ونظرية الملكية ، والعقود ، الناشر مؤسسة شباب الجامعة بالأسكندرية .
- ١٩١- د. حسن الشاذلى : الاقتصاد الإسلامى " مصادره وأسس" ط دار الاتحاد العربى للطباعة ١٩٧٩م.
- ١٩٢- حسن صالح العنانى : المسئولية والجزاء فى السنة المطهرة .
- ١٩٣- د. رمضان على الشرنباصى : المدخل لدراسة الفقه الإسلامى ، مطبعة الأمانة ١٤٠١-١٩٨١ .
- ١٩٤- سيد قطب : العدالة الاجتماعية فى الإسلام ، طبعة دار الشروق .
- ١٩٥- د. صبحى المحصانى : النظرية العامة للموجبات والعقود فى الشريعة سنة ١٩٤٨ .
- ١٩٦- د. عبد الكريم المغربى : المعاملات فى الفقه الإسلامى سنة ١٩٨٢ .
- ١٩٧- د. عبد الحميد محمود البعلى : الملكية وضوابطها فى الإسلام، مكتبة وهبة سنة ١٤٠٥-١٩٨٥ .
- ١٩٨- الشيخ/ عبد الرحمن تاج : السياسة الشرعية ، الطبعة الأولى سنة ١٣٧٧ هـ .
- ١٩٩- د. عبد العظيم شرف الدين : الملكية والشفعة مطبعة الشباب بالقاهرة سنة ١٩٨٨ .

- ٢٠٠- د. عبد الكريم زيدان : القيود الواردة على الملكية الفردية الطبعة الأولى سنة ١٤٠٣
-١٩٨٢ طبعة المطابع التعاونية بعمان .
- ٢٠١- د. عبد الله عبد العزيز المصلح : قيود الملكية الخاصة ، طبعة مؤسسة الرسالة ،
الطبعة الأولى ١٤٠٨-١٩٨٨ .
- ٢٠٢- د. عبد الله مختار يونس : الملكية فى الشريعة الإسلامية ودورها فى الاقتصاد
الإسلامى ، طبعة مؤسسة شباب الجامعة بالأسكندرية
سنة ١٤٠٧-١٩٨٧ .
- ٢٠٣- د. عبد المجيد مطلوب : الوجيز فى المال والملك ونظرية العقد سنة ١٤٠٩-١٩٨٩ .
- ٢٠٤- الشيخ / على الخفيف : الضمان فى الفقه الإسلامى ، المطبعة الفنية الحديثة بالزيتون
سنة ١٩٧١ .
- ٢٠٥- _____ : مختصر المعاملات الشرعية ، مطبعة السنة المحمدية ١٩٥٤
- ٢٠٦- _____ : الملكية فى الشريعة الإسلامية مع المقارنة بالشرائع الوضعية
منشورات معهد الدراسات العربية سنة ١٩٦٦ .
- ٢٠٧- م/ على قراعة : دروس فى المعاملات الشرعية مطبعة الفتوح بالسيدة زينب .
- ٢٠٨- الشيخ/ عيسوى أحمد عيسوى : المدخل للفقه الإسلامى ط دار الاتحاد العربى للطباعة
سنة ١٩٦٧ .
- ٢٠٩- د. فتحى الدرينى : الحق ومدى سلطان الدولة فى تقييده الطبعة الثانية .
- ٢١٠- _____ : نظرية التعسف فى استعمال الحق ، طبعة مؤسسة الرسالة ١٩٧٧ .
- ٢١١- الشيخ/ محمد أبو زهرة : التكافل الاجتماعى فى الإسلام ، طبعة دار الفكر العربى .
- ٢١٢- _____ : الملكية ونظرية العقد ، طبعة دار الفكر العربى .
- ٢١٣- د. محمد بلتاجى : الملكية الفردية فى النظام الاقتصادى الإسلامى ، مكتبة الشباب
بالمينيرة سنة ١٤٠٢-١٩٨٢ .

- ٢١٤- د. محمد رأفت عثمان : الحقوق والواجبات والعلاقات الدولية فى الإسلام ، الطبعة الثالثة سنة ١٩٨٢ .
- ٢١٥- محمد رواس قلعه جى : معجم لغة الفقهاء ، طبعة دار النفائس .
- ٢١٦- د. محمد سلام مذكور : المدخل للفقهاء الإسلامى .
- ٢١٧- د. محمد الشافعى : المسئولية والجزاء فى القرآن الكريم ، الطبعة الأولى ١٩٨٢ .
- ٢١٨- د. محمد مصطفى شلبى : المدخل لدراسة الفقه الإسلامى ، طبعة دار النهضة العربية ١٤٠٣-١٩٨٣ .
- ٢١٩- د. محمد يوسف موسى : الأموال ونظرية العقد ، طبعة دار الفكر العربى ١٩٨٧ .
- ٢٢٠- _____ : الفقه الإسلامى ، مدخل لدراسته ، نظام المعاملات فيه ، طبعة دار الكتب الحديثة الطبعة الثانية ١٩٥٦ .
- ٢٢١- . مصطفى شلتوت : الإسلام عقيدة وشريعة ، طبعة دار الشروق .
- ٢٢٢- د. مصطفى الزرقا : الفقه الإسلامى فى ثوبه الجديد ، طبعة دار الفكر .
- ٢٢٣- د. مصطفى السباعى : إشتراكية الإسلام ، مطابع الشعب المصرية ١٣٨١-١٩٦٢ .

سابعاً : المراجع القانونية :

- ٢٢٤- د/ أحمد سلامة : القانون الزراعى، ط دار وهدان للطباعة والنشر سنة ١٩٨١
- ٢٢٥- _____ : الملكية الفردية فى القانون المصرى ، الطبعة الأولى سنة ١٩٧٠ م . الناشر دار النهضة العربية .
- ٢٢٦- د/ إسماعيل عبد النبى شاهين : دراسات فى أصول القانون الزراعى مقارناً بأحكام الفقه الإسلامى .
- ٢٢٧- د/ إسماعيل غانم : الحقوق العينية الأصلية ، الجزء الأول ، حق الملكية الطبعة الثانية سنة ١٩٦١ ، الجزء الثانى ، موجز فى أسباب

- كسب الحقوق العينية الأصلية سنة ١٩٦٢ م .
- ٢٢٨ - د/ السيد محمد عمران : الملكية والأموال .
- ٢٢٩ - م/ أنور طلبه : الوسيط فى القانون المدنى سنة ١٩٩٣ م .
- ٢٣٠ - د/ توفيق حسن فرج : الحقوق العينية الأصلية ، طبعة مؤسسة الثقافة بالأسكندرية سنة ١٩٨٦ م .
- ٢٣١ - _____ : قواعد الإثبات فى المواد المدنية والتجارية ط مؤسسة الثقافة سنة ١٩٨٢ م .
- ٢٣٢ - د/ جميل الشرقاوى : الحقوق العينية الأصلية ، طبعة دار النهضة العربية سنة ١٩٧٤ م .
- ٢٣٣ - د/ حسام الدين كامل الأهوانى : أسباب كسب الملكية، طبعة ذات السلاسل بالكويت سنة ١٩٨٧ م .
- ٢٣٤ - _____ : أصول القانون الزراعى سنة ١٩٧٣ م .
- ٢٣٥ - د / حسن كيرة : أصول القانون المدنى ، الجزء الأول : الحقوق العينية الأصلية سنة ١٩٦٥ م .
- ٢٣٦ - د/ حسين عامر : التعسف فى استعمال الحقوق وإلغاء العقود، طبعة عالم الكتب الطبعة الأولى سنة ١٩٦٠ م .
- ٢٣٧ - د/ رمضان أبو السعود : الحقوق العينية الأصلية سنة ١٩٨٩ م .
- ٢٣٨ - _____ : دروس فى القانون الزراعى سنة ١٩٧٦ م .
- ٢٣٩ - د/ سليمان الطماوى : مبادئ القانون الإدارى سنة ١٩٦٦ م .
- ٢٤٠ - د/ سليمان مرقس : أصول الإثبات وإجراءاته فى المواد المدنية فى القانون المصرى الناشر عالم الكتب بالقاهرة سنة ١٩٨١ م .
- ٢٤١ - د/ سمير تناغو : القانون الزراعى ، منشأة المعارف بالأسكندرية سنة ١٩٧٠ م .

- ٢٤٢ - د/ شفيق شحاتة : شرح القانون المدنى الجديد ، القسم الأول : النظرية العامة للحق العينى سنة ١٩٥١م .
- ٢٤٣ - د/ طلبة خطاب : النظام القانونى لحق الملكية سنة ١٩٨٧ م .
- ٢٤٤ - د / عبد الحميد الشواربى : أحكام الشفعة فى ضوء القضاء والفقهاء ، ط دار المطبوعات الجامعية سنة ١٩٨٦ م .
- ٢٤٥ - د/ عبد الرازق السنهورى : الموجز فى النظرية العامة للالتزامات سنة ١٩٣٨ م .
- ٢٤٦ - _____ : الوسيط فى شرح القانون المدنى، طبعة دار النهضة العربية الجزء الثانى ، الإثبات سنة ١٩٥٦ ، الجزء الثامن ، حق الملكية سنة ١٩٦٧ م ، الجزء التاسع ، أسباب كسب الملكية سنة ١٩٦٨م .
- ٢٤٧ - د/ عبد السلام ذهنى بك : النظرية العامة للأموال ، ط دار النهضة العربية سنة ١٩٢٥م .
- ٢٤٨ - د/ عبد العزيز أبو غنيمه : الالتزام العينى بين الشريعة والقانون ، الطبعة الأولى سنة ١٩٧٢م .
- ٢٤٩ - د/ عبد العزيز عامر : دروس فى حق الملكية .
- ٢٥٠ - د/ عبد الفتاح عبد الباقي : دروس فى الأموال سنة ١٩٥٦ م .
- ٢٥١ - د / عبد المنعم البدر اوى : حق الملكية والملكية بوجه عام وأسباب كسبها سنة ١٩٨٦م .
- ٢٥٢ - د/ عبد المنعم فرج الصدة : حق الملكية سنة ١٩٦٤ م .
- ٢٥٣ - _____ : الحقوق العينية الأصلية، ط دار النهضة العربية سنة ١٩٨٢ م .
- ٢٥٤ - _____ : مبادئ القانون ، ط دار النهضة العربية سنة ١٩٧٧ م .

٢٥٥ - د/ عبد الناصر توفيق العطار : إثبات الملكية و الحيازة والوصية فى قضاء محكمة

النقض المصرية ، مطبعة السعادة سنة ١٩٧٨ م .

٢٥٦ - _____ : شرح أحكام حق الملكية، مؤسسة البستاني للطباعة سنة

١٩٩٠ م .

٢٥٧ - _____ : مبادئ القانون ملعبة السعادة .

٢٥٨ - د/ عبود عبد اللطيف : دروس فى الحقوق العربة سنة ١٩٧٥ م .

٢٥٩ - د/ محمد أبو زيد فهمى : نظرية المرافق العامة سنة ١٩٥٧ م .

٢٦٠ - د/ محمد زهير جيرانة : حق الدولة والفرد على الأموال العامة سنة ١٩٤٣ م .

٢٦١ - د / محمد شوقى السيد : التعسف فى استعمال حق ، طبعة الهيئة المصرية العامة

للكتاب سنة ١٩٧٩ م .

٢٦٢ - د/ محمد على حنبولة : الوظيفة الاجتماعية للملكية الخاصة دراسة مقارنة سنة

١٩٧٠ م .

٢٦٣ - د / محمد على عرفة : شرح القانون المدنى الجديد " حق الملكية " مطبعة جامعة

القاهرة الطبعة الثالثة سنة ١٩٥٤ م .

٢٦٤ - _____ : موجز فى حق الملكية سن ١٩٥٥ م .

٢٦٥ - د/ محمد على عمران : الحقوق العينية الأصلية سنة ١٩٨٨ - ١٩٨٩ م .

٢٦٦ - _____ : مبادئ القانون، سنة ١٩٨٢ م .

٢٦٧ - د / محمد كامل مرسى : الأموال الخاصة والأموال العامة :

٢٦٨ - _____ : الحقوق العينية الأصلية سنة ١٩٥١ .

٢٦٩ - د. محمد لبيب شنب : المسئولية عن الأشياء فى القانون المصرى مقارنا بالقانون

الفرنسى سنة ١٩٥٧ .

٢٧٠ - _____ : موجز فى الحقوق العينية الأصلية سنة ١٩٨٨ .

- ٢٧٢- د. محمد وحيد حيدر : الحقوق العينية الأصلية سنة ١٩٧٥ .
- ٢٧٣- د. محمود جمال الدين زكى : الوجيز فى الحقوق العينية الأصلية ، مطبعة جامعة القاهرة سنة ١٩٧٨ .
- ٢٧٤- مصطفى الجارحى : ملكية الشقق فى القانون المصرى سنة ١٩٧٦ .
- ٢٧٥- د. مصطفى محمد الجمال : نظام الملكية سنة ١٩٨٨ .
- ٢٧٦- د. منصور مصطفى منصور : حق الملكية الناشر مكتبة وهبة سنة ١٩٦٥ .
- ٢٧٧- د. نبيلة رسلان الحقوق العينية الأصلية سنة ١٩٩٤ .
- ٢٧٨- د. نزيه المهدي : القانون الزراعى سنة ١٩٨٤ .
- ٢٧٩- _____ : الملكية فى النظام الاشتراكى ط دار النهضة العربية سنة ١٩٧١ .
- ٢٨٠- د. نعمان جمعه : الحقوق العينية الأصلية سنة ١٩٨٥ .
- ٢٨١- _____ : المدخل للعلوم القانونية سنة ١٩٧٧ .
- ٢٨٢- د. لاشين محمد الغاياتى : حق الملكية فى القانون المصرى سنة ١٩٨٥ .
- ٢٨٣- _____ : القانون الزراعى المقارنه بالفقه الإسلامى سنة ١٩٨١ .

ثامنا : البحوث والمقالات الشرعية والقانونية :

- ٢٨٤- د. أبو زيد عبد الباقي : تحديد الأساس القانونى للمسئولية عن مضار الجوار غير المألوفة ، منشور بمجلة الحقوق بجامعة الكويت عدد يونيو سنة ١٩٨٣ .

- ٢٨٥- د. إسماعيل غانم : ملكية الطبقات والشقق ، منشور بمجلة إدارة قضايا الدولة السنة الثامنة العدد الثالث .

٢٨٦- د. أنور سلطان : التعسف في استعمال حق الملكية ، منشور بمجلة القانون والاقتصاد
سنة ١٧ عدد ١ .

٢٨٧- د. عبد المجيد مطلوب : التزامات الجوار ، بحث مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون
الوضعي ، منشور بمجلة العلوم القانونية والاقتصادية عدد "٣"
سنة ١٩٧٦ .

٢٨٨- الشيخ / على الخفيف : الملكية الفردية وتحديدها في الإسلام ، بحث منشور بمجلة
الأزهر عدد محرم ١٣٨٤هـ الموافق يونيه ١٩٦٤ .

٢٨٩- الشيخ / عيسوي أحمد عيسوي : نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي،
بحث منشور في مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، العدد
الأول السنة الخامسة يناير سنة ١٩٦٣ .

٢٩٠- الشيخ / محمد أبو زهرة : إساءة استعمال الحق ، منشور بمجلة إدارة قضايا الدولة
العدد الثالث سنة ١٩٦١ .

٢٩١- د. محمد رأفت عثمان : التعسف في استعمال الحقوق ، منشور بمجلة كلية الشريعة
بالقاهرة العدد الأول سنة ١٩٨٢ .

٢٩٢- د. محمد زكي عبد البر : لا ضرر ولا ضرار في الإسلام ، منشور بمجلة القانون
والاقتصاد سنة ١٩٨٥ .

٢٩٣- د. محمد زهرة : الطبيعة القانونية للمسئولية عن مضار الجوار ، منشور بمجلة
المحامى الكويتية أعداد : يوليو/ أغسطس / سبتمبر سنة
١٩٨٨ .

٢٩٤- د. محمد شوقي الفنجري : خصائص الاشتراكية الإسلامية : منشور بمجلة إدارة قضايا
الدولة عدد ١ سنة ١٩٦٨ .

٢٩٥- د. محمد عرفة : الملكية في ظل الاشتراكية العربية . مجلة إدارة قضايا الدولة سنة ٧
عدد ٢ .

٢٩٦- د. نزيه محمد المهدي : حق الملكية في الفقه الإسلامي مع مقارنة بالقانون الوضعي ، منشور بمجلة القانون والاقتصاد السنة ٥٠ و١٩٨٠ . عدد خاص عن حقوق الإنسان .

ناسخاً : الرسائل العلمية في الشريعة والقانون :

٢٩٧- د/ إبراهيم إبراهيم الصالحى : حقوق الارتفاق في الشريعة الإسلامية والقانون المدني (رسالة دكتوراه) مقدمة إلى كلية الشريعة بالقاهرة سنة ١٩٧٩م .

٢٩٨- د/ إبراهيم عبدالرازق الخولى : استقرار الملك في العقود في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي (رسالة دكتوراه) مقدمة لكلية الشريعة والقانون بالقاهرة سنة ١٤٠٨ - ١٩٨٨ م .

٢٩٩- د بهنسى السيدبركات : حقوق العباد المشتركة والتزام عليها في الفقه الإسلامي (رسالة دكتوراه) مقدمة لكلية الشريعة القاهرة سنة ١٩٧٩ م .

٣٠٠- د / خالد محمد زكى : ملكية الطبقات (رسالة دكتوراه) حقوق إسكندرية سنة ١٩٧٩م .

٣٠١- د/ سعيد أمجد الزهاوى : التعسف في استعمال الحق (رسالة دكتوراه) حقوق القاهرة سنة ١٩٧٥ م .

٣٠٢- د/ السيد على المغازى : ملكية طبقات المنازل في القانون المصرى والقانون الفرنسى سنة ١٩٤٩ م . حقوق القاهرة .

٣٠٣- د/ عبد الحميد حسن شرف : حق العلو والسفل وملكية الشقق دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية والقانون المدنى المصرى (رسالة دكتوراه) . حقوق القاهرة ١٩٨٩م .

٣٠٤- د/ عبد السلام داود العبادى : الملكية في الشريعة الإسلامية طبيعتها ووظيفتها وقيودها دراسة مقارنة بالقوانين والنظم الوضعية (رسالة دكتوراه) مقدمة لكلية الشريعة سنة ١٩٧٢م

- ٣٠٥ - د/ فريد عبد المعز فرج : التزامات الجوار كقيود من القيود الواردة على حق الملكية رسالة ماجستير مقدمة إلى شريعة القاهرة سنة ١٩٧٩م.
- ٣٠٦ - د/ فوزى فيض الله : المسؤولية التقصيرية بين الشريعة والقانون (رسالة دكتوراه) سنة ١٣٨٢ م .
- ٣٠٧ - د / فيصل زكى عبد الواحد : أضرار البيئة فى محيط الجوار والمسئولية المدنية عنها (رسالة دكتوراه) إلى حقوق القاهرة سنة ١٩٨٨ م.
- ٣٠٨ - د/ لاشين محمد يونس الغياتى : القيود الواردة على الملكية فى الشريعة الإسلامية والقانون (رسالة دكتوراه) مقدمة إلى شريعة القاهرة سنة ١٩٧٦ م.
- ٣٠٩ - د/ محمد زكى السيد : نظرية الإلتلاف فى الفقه الإسلامى (رسالة دكتوراه) مقدمة إلى كلية الشريعة بالقاهرة سنة ١٩٨١ م .
- ٣١٠ - د / محمد صلاح الدين حلمى : أساس المسؤولية التقصيرية فى الشريعة الإسلامية والقانون المدنى (رسالة دكتوراه)حقوق عين شمس .
- ٣١١ - د/ محمد فاروق العكام : الفعل الموجب للضمنان فى الفقه الإسلامى دراسة مقارنة (رسالة دكتوراه) حقوق القاهرة سنة ١٩٧٧ .
- ٣١٢ - د / محمد نصر رفاعة : الضرر كأساس للمسئولية المدنية فى المجتمع المعاصر ، (رسالة دكتوراه) حقوق عين شمس سنة ١٩٧٨ .
- ٣١٣ - د / محمود مهران : نظرية الحق فى الفقه الإسلامى (رسالة دكتوراه) كلية الشريعة والقانون بالقاهرة سنة ١٩٨٠ .
- ٣١٤ - د / هدى سعيد النمر : القيود التى ترد على تصرفات مالك المبنى المقسم إلى شقق (رسالة دكتوراه) حقوق عين شمس سنة ١٩٩٠ .

عاشرا : المجلات العلمية والموسوعات الفقهية :

- أسبوع الفقه الإسلامى دمشق شوال ١٣٨٠ ، مطابع كوستاتسوماس بمصر .
- مجلة الحقوق ، تصدرها كلية الحقوق بالكويت .
- مجلة الأزهر الشريف ، تصدرها مجمع البحوث الإسلامية بالقاهرة .
- مجلة العلوم القانونية والإقتصادية ، تصدرها كلية الحقوق - جامعة عين شمس .
- مجلة القانون والإقتصاد ، تصدرها كلية الحقوق - جامعة القاهرة .
- مجلة قضايا الدولة ، تصدرها هيئة قضاء الدولة .
- مجلة كلية الشريعة والقانون بالقاهرة، تصدرها كلية الشريعة بالقاهرة - جامعة الأزهر .
- مجلة المحاماة الكويتية ، تصدرها نقابة المحامين .
- موسوعة جمال عبد الناصر المصرية فى الفقه الإسلامى سنة ١٣٨٩ .
- الموسوعة الفقهية ، تصدرها وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية بالكويت .

الحادية عشر : مجموعة القوانين والأحكام القضائية :

- مجموعة أحكام النقض ، تصدرها المكتب الفنى بمحكمة النقض المصرية .
- مجلة القضاء .
- مجموعة القواعد القانونية التى قررتها محكمة النقض فى خمس سنوات ١٩٨٠ - ١٩٨٥ .
- إعداد المستشار محمود نبيل البناوى .
- الموسوعة الذهبية للقواعد القانونية " الإصدار المدنى " حسن الفكهانى سنة ١٩٨٥ .

خامساً : فهرس الموضوعات

الصفحة	الموضوع
أ : د	المقدمة : أهمية الموضوع وسبب اختياره ومنهج الباحث .
١	التمهيد : ويحتوى على النقاط التالية :
١	أولاً : تعريف الملكية فى الفقه الإسلامى والقانون .
١	أ - تعريف الملكية فى الفقه الإسلامى .
٥	ب - تعريف الملكية فى القانون الوضعى .
٦	ج - المقارنة بين تعريف الملكية فى الفقه الإسلامى والقانون .
٦	ثانياً : عناصر الملكية فى الفقه الإسلامى والقانون الوضعى .
٧	أ - عناصر الملكية فى الفقه الإسلامى .
٨	ب - عناصر الملكية فى القانون .
١٢	ج - المقارنة بين عناصر الملكية فى الفقه الإسلامى والقانون .
١٢	ثالثاً : خصائص الملكية فى الفقه الإسلامى والقانون الوضعى .
١٣	أ - خصائص الملكية فى الفقه الإسلامى .
٢١	ب - خصائص الملكية فى القانون .
٢٥	ج - المقارنة بين خصائص الملكية فى الفقه الإسلامى والقانون .
٢٦	رابعاً : أساس تقييد الملكية فى الفقه الإسلامى والقانون .
٢٦	أ - أساس تقييد الملكية فى الفقه الإسلامى .
٣١	ب - أساس تقييد الملكية فى القانون .
٣٣	ج - المقارنة بين الفقه الإسلامى والقانون من حيث أساس التقييد .
٣٤	خامساً : القيود الواردة على الملكية فى الفقه الإسلامى والقانون .
٣٤	أ - القيود الواردة على الملكية فى الفقه الإسلامى .
٣٦	ب - القيود الواردة على الكلكية فى القانون .
٣٩	ج - المقارنة بين الفقه الإسلامى والقانون من حيث القيود .

الصفحة	الموضوع
٤٠	الباب الأول : التعريف بالجوار وما يتعلق به من أحكام
٤٠	الفصل الأول : مفهوم الجوار في الشريعة الإسلامية والقانون.
٤١	المبحث الأول : مفهوم الجوار في الشريعة الإسلامية .
٥١	المبحث الثاني : مفهوم الجوار في القانون الوضعي .
٥٦	المبحث الثالث : المقارنة بين مفهوم الجوار في كلا الفقهيين .
٥٨	الفصل الثاني : أساس المسؤولية عن مضرار الجوار في الشريعة والقانون.
٥٨	المبحث الأول : أساس المسؤولية عن مضرار الجوار في الشريعة .
٥٨	المطلب الأول : معنى التعسف والفرق بينه وبين مجاوزة الحق.
٦٤	المطلب الثاني : الأدلة التي تنهى عن المضارة .
٨١	المطلب الثالث : معايير المضارة في استعمال الحق .
٩٠	المطلب الرابع : التكيف الفقهي للمضارة في استعمال الحق .
٩٤	المبحث الثاني : الأساس القانوني للمسؤولية عن مضرار الجوار.
٩٤	المطلب الأول : النص ليس إلا قيداً على حق الملكية .
٩٦	المطلب الثاني : النص ليس إلا مجرد تطبيق لفكرة التعسف .
٩٨	المطلب الثالث : لا أهمية للخلاف حول أساس المسؤولية .
٩٩	المطلب الرابع : أساس المسؤولية تحمل التبعة .
١٠١	المبحث الثالث : المقارنة بين أساس المسؤولية بين كلا الفقهيين .
١٠٢	الفصل الثالث : الضرر الذي يوجب المسؤولية في الفقه الإسلامي والقانون .
١٠٢	المبحث الأول : الضرر الذي يوجب المسؤولية في الفقه الإسلامي.
١١٧	المبحث الثاني : الضرر الذي يوجب المسؤولية في القانون .
١٢٥	المبحث الثالث : المقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون من حيث الضرر الموجب للمسؤولية .

- الفصل الرابع : إثبات وجزاء المضارة فى استعمال الحق فى الشريعة والقانون . ١٢٦
- المبحث الأول : إثبات المضارة فى الشريعة والقانون . ١٢٦
- المطلب الأول : إثبات المضارة فى استعمال الحق فى الرعية . ١٢٦
- المطلب الثانى : إثبات المضارة فى استعمال الحق فى القانون . ١٣٠
- المبحث الثانى : جزاء إساءة استعمال الحق فى الشريعة والقانون . ١٣٣
- المطلب الأول : جزاء إساءة استعمال الحق فى الشريعة . ١٣٣
- المطلب الثانى : جزاء إساءة استعمال الحق فى القانون . ١٣٩
- الباب الثانى : أنواع الجوار فى الشريعة والقانون . ١٤٥
- الفصل الأول : الجوار الجانبى فى الشريعة والقانون . ١٤٥
- المبحث الأول : الأضرار التى تضر بملك الجار . ١٤٦
- المطلب الأول : الحائط الفاصل فى الفقه الإسلامى والقانون . ١٤٧
- الفرع الأول : الحائط الفاصل فى الفقه الإسلامى . ١٤٧
- الفرع الثانى : الحائط الفاصل فى القانون . ١٣٥
- الفرع الثالث : الموازنة بين الفقه الإسلامى والقانون من حيث الحائط الفاصل . ١٥٧
- المطلب الثانى : الحائط المشترك فى الفقه الإسلامى والقانون . ١٥٨
- الفرع الأول : الحائط المشترك فى الفقه الإسلامى . ١٥٨
- الفرع الثانى : الحائط المشترك فى القانون . ١٦٧
- الفرع الثالث : الموازنة بين كلا الفقهيين من حيث الحائط المشترك . ١٧٣
- المطلب الثالث : الحائط المتنازع عليه فى الفقه الإسلامى والقانون . ١٧٤
- الفرع الأول : الحائط المتنازع عليه فى الفقه الإسلامى . ١٧٤
- الفرع الثانى : الحائط المتنازع عليه فى القانون . ١٧٧
- الفرع الثالث : الموازنة بين كلا الفقهيين من حيث الحائط المتنازع عليه . ١٧٩

الصفحة	الموضوع
١٧٩	المطلب الرابع : الحائط المائل فى الفقه الإسلامى والقانون .
١٨٠	الفرع الأول : الحائط المائل فى الفقه الإسلامى .
١٨٣	الفرع الثانى : الحائط المائل فى القانون .
١٨٥	الفرع الثالث : الموازنة بين كلام الفقهاء من حيث الحائط المائل .
١٨٦	المطلب الخامس: وضع الحدود فى الفقه الإسلامى والقانون .
١٨٦	الفرع الأول : وضع الحدود فى الفقه الإسلامى .
١٩٠	الفرع الثانى : وضع الحدود فى القانون .
	الفرع الثالث : الموازنة بين الفقه الإسلامى والقانون من حيث
١٩٢	وضع الحدود .
	المطلب السادس: أثر الجوار فى ثبوت الشفعة فى الفقه الإسلامى
١٩٣	والقانون .
١٩٣	الفرع الأول : أثر الجوار فى ثبوت الشفعة فى الفقه الإسلامى .
١٩٧	الفرع الثانى : أثر الجوار فى ثبوت الشفعة فى القانون .
	الفرع الثالث : موازنة بين كلام الفقهاء من حيث أثر الجوار فى
٢٠٠	ثبوت الشفعة .
	المبحث الثانى : الأضرار التى تضر بعرض الجار فى الفقه
٢٠١	الإسلامى والقانون .
٢٠١	المطلب الأول : الأضرار التى تضر بعرض الجار فى الفقه الإسلامى .
٢٠٦	المطلب الثانى : الأضرار التى تضر بعض الجار فى القانون .
	المطلب الثالث : الموازنة بين الفقه الإسلامى والقانون من حيث الأضرار
٢١٣	التي تضر بعرض الجار .
٢١٤	الفصل الثانى : الجوار الرأسى فى الفقه الإسلامى والقانون .
٢١٤	المبحث الأول : الجوار الرأسى فى الفقه الإسلامى .
٢١٥	المطلب الأول : الهيكل العام للعلو والسفل .
٢٢٠	المطلب الثانى : التصرفات الصادرة من صاحب السفل والعلو .
٢٢٢	المطلب الثالث : الالتزامات المفروضة على صاحب السفل والعلو .

الصفحة	الموضوع
٢٣١	المبحث الثاني : الجوار الرأسي في القانون (ملكية الطبقات والشقق).
٢٣٢	المطلب الأول : النظام العام لملكية الطبقات أو الشقق.
٢٤١	المطلب الثاني : النظام الاتفاقي لملكية الطبقات .
	المبحث الثالث : الموازنة بين الفقه الإسلامي والقانون من حيث
٢٤٦	الجوار الرأسي .
٢٤٧	الباب الثالث : حقوق الارتفاق في الفقه الإسلامي والقانون .
٢٥١	الفصل الأول : حق الشرب في الفقه الإسلامي والقانون .
٢٥١	المبحث الأول : حق الشرب في الفقه الإسلامي .
٢٦٧	المبحث الثاني : حق الشرب في القانون .
	المبحث الثالث : الموازنة بين الفقه الإسلامي والقانون من حيث
٢٧٩	حق الشرب .
٢٨١	الفصل الثاني : حق المجرى والمسيل في الفقه الإسلامي والقانون .
٢٨١	المبحث الأول : حق المجرى في الفقه الإسلامي والقانون .
٢٨٢	المطلب الأول : حق المجرى في الفقه الإسلامي .
٢٩٦	المطلب الثاني : حق المجرى في القانون.
	المطلب الثالث : الموازنة بين الفقه الإسلامي والقانون من حيث
٣٠٠	حق المجرى .
٣٠١	المبحث الثاني : حق المسيل في الفقه الإسلامي والقانون .
٣٠١	المطلب الأول : حق المسيل في الفقه الإسلامي .
٣٠٣	المطلب الثاني : حق المسيل في القانون .
	المطلب الثالث : الموازنة بين الفقه الإسلامي والقانون من حيث
٣٠٦	حق المسيل .
٣٠٨	الفصل الثالث : حق المرور في الفقه الإسلامي والقانون .
٣٠٨	المبحث الأول : حق المرور في الفقه الإسلامي .
٣٠٩	أولا : الطريق العام وما يتعلق به من أحكام .
٣١٨	ثانيا : الطريق الخاص وما يتعلق به من أحكام .

الصفحة	الموضوع
٣٣٢	المبحث الثاني : حق المرور في القانون .
٣٣٣	الشروط الواجب توافرها للحصول على حق المرور
٣٤٠	أحكام الممر وأثر التقادم في تعيينه .
٣٤٤	انقضاء حق المرور .
٣٤٥	أحكام التعويض عن حق المرور .
	المبحث الثالث : الموازنة بين الفقه الإسلامي والقانون من حيث
٣٤٧	حق المرور .
٣٥٠	الخاتمة : أهم نتائج البحث .
٣٥٨	الفهارس :
٣٥٨	أولا : فهرس الآيات القرآنية .
٣٥٩	ثانيا : فهرس الأحاديث والآثار .
٣٦٣	ثالثا : فهرس المصطلحات اللغوية والشرعية .
٣٦٤	رابعا : فهرس المراجع .
٣٩١	خامسا : فهرس موضوعات الرسالة .