دار المنظومة
DAR ALMANDUMAH
الرواد في قواعد المعلومات العربية

العنوان:	قيود الملكية وضوابطها في الفقه الإسلامي
المصدر:	مجلة النيل الأبيض للدراسات والبحوث
الناشر:	جامعة النيل الأبيض للعلوم والتكنولوجيا
المؤلف الرئيسي:	ساتي، أبو بكر زيادة ابراهيم
المجلد/العدد:	ع2
محكمة:	نعم
التاريخ الميلادي:	2013
الشهر:	سبتمبر
الصفحات:	125 - 145
رقم MD:	813520
نوع المحتوى:	بحوث ومقالات
قواعد المعلومات:	EduSearch, EcoLink
مواضيع:	الشريعة الاسلامية، الفقه الإسلامي، حقوق الملكية، الاحكام الشرعية
رابط:	http://search.mandumah.com/Record/813520

© 2021 دار المنظومة. جميع الحقوق محفوظة.
هذه المادة متاحة بناء على الإتفاق الموقع مع أصحاب حقوق النشر، علما أن جميع حقوق النشر محفوظة. يمكنك تحميل أو طباعة هذه المادة للاستخدام الشخصي فقط، ويمنع النسخ أو التحويل أو النشر عبر أي وسيلة (مثل مواقع الانترنت أو البريد الالكتروني) دون تصريح خطي من أصحاب حقوق النشر أو دار المنظومة.

قيود الملكية وضوابطها في الفقه الإسلامي

د. أبوبكر زيادة إبراهيم ساتي
أستاذ مساعد . كلية الشريعة والقانون . جامعة الزعيم الأزهري

المستخلص:

تعتبر الملكية في الفقه الإسلامي من الموضوعات الهامة للغاية ، وعلى أساسها قامت نظرية فقهية إنبري عدد من الفقهاء المعاصرين لإرساء قواعدها وتمثلت هذه الأهمية في ارتباطها بكثير من مسائل المعاملات، لذلك كان الاختيار لموضوع قيودها وضوابطها يجب مراعاتها بدءاً من التملك وانتهاءً بالتصرف. لذلك تمثلت المشكلة في ماهية الضوابط التي يجب مراعاتها في التملك والتصرف وما هي حدود هذه القيود والضوابط ويهدف البحث إلى اتجاه مجموعة من القواعد الحاكمة للملكية. اتبعت في هذا البحث المنهج الوصفي التحليلي المقارن. اهم ما توصلت إليه من نتائج تمثلت في أن الملكية تدور حولها كثير من الموضوعات في المعاملات، وأن المستخلص غير حر في ممارسة حقوقه في الملكية وإنما مقيد بضوابط تابعة من الشرع، كذلك يحق منع الشخص من ممارسة حقوقه من الملكية لأسباب عامة أو خاصة، وأن الشخص لا بد أن يراعي في تملكه وتصرفه هذه القيود والضوابط والا عُد خروجه عن ذلك مخالفة.

Abstract

Ownership in Islamic jurisprudence from the very important issues, and on the basis of the theory of jurisprudence kick, a number of contemporary scholars to establish the their rules and this represented important in a much of the issues relate to transactions, so choice was the subject of restrictions and controls must be observed starting from the end of the ownership and disposition, for that what represented the problem in the controls that must be considered in the ownership and disposition of what are the limits of these restrictions and controls, the research aims at the direction of a set of rules that govern the ownership. The study followed the descriptive analytical method comparative. The most important findings was that the Ownership revolve around many of the themes in the transactions, and extracted is not free to exercise his rights in the ownership but restricted controls a subsidiary of Shari'a, as well as the right to prevent a person from exercising his rights of ownership for reasons of public or private, and that the person must take into account in owned and disposal of these restrictions and controls or consider for so foul.

مقدمة

أقرت الشريعة الإسلامية الملكية الخاصة، وأخذت بها، وبنت أحكامها على الاعتراف بها والتشجيع عليها وحمايتها، يقول الله تعالى :" الذي ينفقون أموالهم بالليل والنهار" سورة البقرة ، ويقول سبحانه :" إنما أموالكم وأولادكم فتنة " سورة التغابن ايه 15، "ولا تغربوا مال اليتيم الا بالتي هي أحسن" ايه 25 الانعام فإن هذه الآيات وغيرها كثير تنسب الأموال بصفة عامة إلى إفراد الناس ، وكما يقول المعسرون ،إن الإضافة في أموالكم لا تقيد الا الاختصاص ، وهو شامل لاختصاص الملكية واختصاص التصرف" روح المعاني – للالوس – 202/4".

وقد اقر الرسول صلى الله عليه وسلم الملكية الخاصة بقوله وفعله ، فمن أقواله عليه السلام:" كل المسلم على المسلم حرام، دمه وماله وعرضه".

وإذا كان الإسلام قد اقر الملكية الفردية ، إتباعا للفطرة التي فطر الله الناس عليها، لما لها من اثر فعال على دفعهم إلى العمل، وعمارة الكون وتشجيعاً لهم على الكسب، والتمتع بما خلق الله ، فانه من وجهة أخرى قد وضع للملكية طريقها الصحيح الذي يجب أن تسير فيه تنتهي بالإنسان إلى سعادة الدنيا والآخرة. ومن ذلك تنبيه الناس أن المال ما هو الا متاع زائل وما عند الله خير وأبقى، "ذلك متاع الحياة الدنيا والله عنده حسن المآب" ومن أن هذا المال سوف يسألون عنه يوم لا ينفع مال ولا بنون "ثم تسألن يومئذ عن النعيم" ومن شأن هذه المسئولية أن تقلل من حب الناس له، وتخفف تعلقهم به، وتؤدي إلى توجيهه الوجهة الصالحة المفيدة. ولكن مع هذا كله وإعمالا لمبدأ المسئولية، فان كل فرد لا بد أن يراعي قيود وضوابط في تملكه للمال، فليس له الاكتساب بأي وجه وإحراز المال، ثم ليس له أن يتصرف كيفما شاء وان كان ملكه وتحت سيطرته، وكذلك لا يسمح له أن يستعمل حقه في الملك استغلالاً واستعمالا الا في حدود معينة، وان لا يتعسف في ذلك والا رد وزجر، كما إن الدولة لها الحق في النزع لملكية الفردية لمصلحة عامة أو خاصة بشروطها وضوابطها. لذلك يأتي موضوع قيود وضوابط الملكية مدار بحثنا والذي من خلاله سنبين هذه القيود والضوابط، حدودها وأسبابها ، وكيفية استخدامها وذلك من خلال مباحث ومطالب الورقة إن شاء الله.

قيود الملكية وضوابطها في الفقه الإسلامي

تمهيد:

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

ويحسن بنا أن نذكر مجموعة من المبادئ الأساسية ، تعتبر بمثابة الضوابط لنظام الملكية في الشريعة الإسلامية.

أصول كلية:

1- الملكية الفردية في الإسلام مصونة بلا حظر، ولا حد لما يملكه الإنسان من مال طبقا لقواعد وأحكام الشرع الإسلامي ، في بيانه لأسباب الملك المشروعة، والأسباب التي يمنع التملك عن طريقها، وفي بيانه لضوابط التصرف في المال والانتفاع به، وفي حرصه على مصلحة جماعة المسلمين في نفس الوقت، والحاكم المسلم يراقب ذلك كله، فتفاوت الناس في الدخول والثروات لا يمنعه الإسلام.

2- أقر الإسلام الملكية العامة في الاموال التي تتعلق بها حاجات مجموع أفراد الأمة، كما أقر ملكية الدولة كذلك .

3- عمل الإسلام على عدم تركيز الثروة في أيدي قله من الأفراد بعدة وسائل منها:

أ/ نظام الميراث

ب/ الزكاة

ج/ الانفاق والصدقات في سبيل الله

د/ تحريم كنز الاموال وحبسها عن أن تكون عنصرا من عناصر الانتاج، وبصفة عامة عن أن تؤدي دورها في حفظ حياة الناس وقوتهم ، يقول الله تعالى (والذين يكنزون الذهب والفضة ولا ينفقونها في سبيل الله فبشرهم بعذاب اليم)(التوبة :34) ومن الانفاق استثمار الاموال.

4- الملكية في الإسلام ليست وسيلة للبطر، والترف، والسرف ، والتبذير ، والاستغلال، والتسلط ، والإضرار بالغير.

5- خول الإسلام للحاكم المسلم سلطات واسعة في مراقبة وتنفيذ قواعد الشرع التي تنظم حياة الناس، وتحقق في ضوء ما تقدم جميعه نعرض قيد وضوابط الملكية على النحو التالي:

المبحث الأول:- تعريف الملك والضابط.

المطلب الأول – ضوابط تتعلق بأسباب التملك.

المطلب الثاني – ضوابط تتعلق بسلطات المالك في التصرف والانتفاع.

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

المطلب الأول – حقوق الارتفاق.

المطلب الثاني- حقوق الجوار.

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

المبحث الأول

ما هو الملك والضابط والقيود

تعريف الملك والضوابط:

أولاً : تعريف الملك:

الملك في اللغة: يعني احتواء الشيء والقدرة على الاستبداد به، أي الانفراد بالتصرف فيه ، والملكية اسم صيغ من المادة (م ل ك) منسوبا إلى المصدر – الملك ، ويدل على معنى الاستئثار والاستبداد بما يتعلق به من الأشياء [1].

ثانياً: الملكية في اصطلاح الفقهاء:

للملك في اصطلاح الفقهاء تعريفات كثيرة تتقارب – كما يقول الشيخ ابو زهرة في مرماها ، وان اختلفت في منباها.

وتفاديا لما وجه إلى تعريفات السلف من انتقادات رأي علماؤنا المعاصرون الجمع بينهما فعرفوا الملك بأنه: اختصاص الإنسان شرعا على وجه يمنع الغير منه، ويمكن صاحبه من التصرف فيه ابتداء ، الا لمانع شرعي يمنع ذلك.

ثالثاً: تقسيمات المال من جواز تملكه إلى ثلاثة أقسام [2]

1- ما لا يجوز تمليكه ولا تملكه مجال كالأراضي والمنشآت العامة كالمواصلات العامة والطرق وغير ذلك فهذه كلها لا يجوز لأحد إن يتملكها.

2- ما لا يجوز ذلك فيه الا بسبب شرعي كالأراضي الموقوفة وإحلال بيت المال وزارة المالية الآن.

والاستثناء الا إذا كان هناك مسوغ شرعي وهو الإذن بالتصرف.

3- ما يجوز تمليكه وتملكه دائما في كل حال وهو ما عدا ما تقدم مما يملكه الأفراد والجماعات.

هذا ويتنوع الملك بناء على تقسيمات المال إلى نوعين [3]

النوع الأول: الملك التام، وهو ما يكون شاملاً للعين ومنفعتها جميعاً أي لرقبة الشيء المملوك مادته وذاته ولمنافعه كذلك.

النوع الثاني: الملك الناقص:- وهو ما كان مقصورا على الرقبة وحدها أو على المنفعة وحدها.

ثانياً: تعريف ضوابط وقيود الملكية:

الضبط: لزوم الشيء وحبسه، ضبط عليه يضبط ضبطاً وضبط الشيء حفظه بالحزم، والضوابط بمعنى القاعدة[4]

قال الفيومي " إن القاعدة في الاصطلاح بمعنى الضابط وهي الأمر الكلي المنطبق على جميع جزئياته"[5]

القيد معروف ، والجمع اقياد وقيود، ومنها قيدت الدابه. وقيد العلم بالكتاب حيطه، وكذلك قيد الكتاب بالشكل ، شكله، والمقيد خلاف المطلق[6].

الملاحظ للتعاريف اللغوية في شأن الضابط والقيد كلها شارت إلى معن الأحكام والضبط والقاعدة والمقيد ضد المطلق. ومن هنا يمكن أن تعرف قيود وضوابط الملكية بأنها مجموعة من القواعد يجب التزامها عند التملك والاستغلال والاستعمال والتصرف. –

المطلب الأول : الضوابط التي تلحق أسباب التملك

هنا أسباب لشرعية للتملك، وعلى ذلك فليس كل سبب يحصل به الملك يكون مشروعا ، فهناك من الأسباب مالا يثبت بها ملك، وهي ما منعته الشريعة وحرمته، فحرمت التملك عن طريق السرقة والغصب، والربا ، والرشوة، والقمار ، والخداع ، والغش، والاحتكار ، والتغرير، والاتجار في الخمر والخنزير وغيرها من المحرمات.

كما منعت كل طريق يجعل من الملكية وسيلة للظلم ، والاضرار بالناس، وأكل أموال الناس بالباطل.

وفي ذلك يقول الله تعالى:(ولا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل وتدلوا بها إلى الحكام لتأكلوا فريقا من أموال الناس بالإثم وانتم تعلمون)(البقرة: 188)

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

1- محرم لعينه كالنجاسات من الدم والميتة.

2- ومحرم لحق غيره وهو ما جنسه مباح من المطاعم والنقود وغير ذلك، وهذا القسم تحريمه يعود إلى النظام ، لأنها انما تحرم لسببين:

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

الثاني: قبضها بغير اذن الشارع أو اذن صاحبها وهي العقود والقبوض المحرمة كالربا والميسر ونحو ذلك [7]

المطلب الثاني: الضوابط التي تتعلق بسلطات المالك في التصرف والانتفاع

الثابت من تعريف الملك أنه يخول صاحبه مكنة التصرف والانتفاع .

فامتلاك الاموال ليس مقصودا لذاته ، بل لما تحققه الأموال من فوائد ومصالح في حياة الناس [8]

وقد نظمت الشريعة الإسلامية كيفية استعمال المال والانتفاع به، كما نظمت طرق التصرف فيه، وهذا ما نتناوله فيما يلي:

الفرع الأول: ضوابط استعمال الملك والانتفاع به:

لقد منع الإسلام الترف والتبذير والاسراف وايضا منع التقتير، فنهى عن الأكل والشرب في آنية الذهب والفضة ، وعن لبس الرجال للحرير والذهب [9].

فالترف مذموم في القرآن وفي السنة. يقول الله تعالى:

(وأصحاب الشمال ما أصحاب الشمال. في سموم وحميم . وظل من يحموم . لا بارد ولا كريم . انهم كانوا قبل ذلك مترفين)(الواقعة : 41-45)

وأخرج الإمام أحمد عن معاذ بن جبل ﷺ أن رسول الله ﷺ لما بعثه إلى اليمن قال له : (وإياك والتنعم فان عباد الله ليسوا بالمتنعمين) [10]

والإسراف والتبذير هو ما جاوز القصد والحد في النفقة :

(.... وإياك والتنعم فان عباد الله ليسوا بالمتنعمين) [11]

وفي ذلك يقول شيخ الإسلام ابن تيمية: (فالإنسان ليس له أن يصرف المال الا فيما ينفعه في دينه او دنياه وما سوى ذلك سفه وتبذير نهى عنه الله سبحانه وتعالى:(وآت ذا القربى حقه والمسكين وابن السبيل ولا تبذر تبذيرا)(الإسراء: 26)

ولذلك قرر الفقهاء أن السفه يوجب الحجر، على تفصيل ذلك بينهم مبسوط في كتب الفقه [12] .

ومن ناحية اخرى حثت الشريعة على العمل والكسب وعلى استثمار الاموال وإنمائها، وعدم كنزها أو إضاعتها [13] . فالأمة القوية هي التي تتمتع باقتصاد قوي، وكما يقول صاحب مغنى المحتاج (وقيام الدين يتوقف على أمر الدنيا)[14].

كما منعت الشريعة التقتير فقال تعالى: (ولا تجعل يدك مغلولة إلى عنقك) (الإسراء: 29)

وقال تعالى : (والذين إذا أنفقوا لم يسرفوا ول يقتروا)(الفرقان: 67)

والتوازن بين الحالين عدم الإسراف وعدم التقتير هو قوام حال الأمة والأفراد والمنهج المنشود في الشرع .

الفرع الثاني: ضوابط التصرف في الملك:

التصرف احد عناصر الملك، والضوابط التي تتعلق بهذا الشق من عناصر الملك سنعرضها في حالتين:

1- ضوابط التصرف في الملك حال حياة المالك .

2- ضوابط التصرف في الملك لما بعد وفاة المالك وبعدها.

أولاً: ضوابط التصرف في الملك في حياة المالك:

1. الرضا أساس التصرفات الا ما استثنى:

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

وفي ذلك يقول الله تعالى :

(يا أيها الذين آمنوا لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل الا أن تكون تجارة عن تراض منكم)(النساء: 29)

ويقول سبحانه: (وآتوا النساء صدقاتهن نحلة، فان طبن لكم عن شيء منه نفسا فكلوه مريئا) (النساء: 4)

وعنه ﷺ أنه قال: (إنما البيع عن تراض) وقال : (لا يحل مال أمرئ مسلم الا بطيب نفس منه) [15]

ولذلك منعت الشريعة كل ما يؤثر عل الرضا والاختيار ويعيبه، كالإكراه، والغلط ، والتدليس بكل صوره ، ووضعت القيود على تصرفات الصبي، وذوي الغفلة والمعتوه ، والسفيه، كما وضعت قيودا للتصرف في الملك في حالة مرض الموت، على تفصيل في ذلك مبسوط في كتب الفقه .

ومما يتعلق بالرضا كأصل مقرر شرعا القيود الارادية التي ترد على الملك سواء أكانت تلك القيود بارادة منفردة او عقدية وهو ما نتناوله فيما يلي:

2. **القيود الإرادية :**

هي ما كان لارادة المالك الدور الأساسي فيها، سواء أكانت تلك الارادة منفردة، أو مرتبطة بارادة أخرى وهي ما تسمى (بالارادة العقدية).

أ/ الارادة المنفردة وتقييدها للملك:

يتمثل ذلك في التبرع بمنفعة العين المملوكة، كلها كما في الاعارة ، او بعضها كعدم تعلية بنائه عن حد معين.

وفي حكم التبرع اختلف الفقهاء: فالجمهور يرونه غير ملزم، خلافا للمالكية على الراجح عندهم من إن التبرع ملزم للمالك [16] وذلك فيما عدا النذر اذ يجمع الفقهاء على لزومه.

ب/ العقد وتقييده للملك:

ونخص بالذكر هنا أربع صور لأهميتها هي:

1/ حالة بيع منفعة العين المملوكة لفترة معينة كما في الاجارة

2/ حالة رهن العين المملوكة.

3/ حالة انشاء حقوق ارتفاق جديدة على خلاف بين الفقهاء في جواز ذلك [17]

4/ ملكية الشقق أو الطبقات لفترة قيام العقار.

كما تتمثل القيود العقدية في الشروط المقترنة بالعقد والتي تقيد آثاره وأحكامه ، سواء أكانت لمصلحة أحد المتعاقدين أو لمصلحة الغير، وهذا النوع من الشروط محل تفصيل واسع في كتب الفقه [18]

3. **حالات نزع الملكية على خلاف الأصل:**

الأصل هو أن تكون ملكية الشخص مصونة ، ولا تنتقل إلى غيره في حياته الا برضاه، وفي ذلك يقول الإمام الشافعي: ((لا يزول ملك المالك الا أن يشاء ولا يملك رجل شيئا الا أن يشاء الا في الميراث)) [19].

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

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

1/ الشفعة.

2/ الحجر على المدين المفلس وبيع أمواله جبرا عنه وفاء لديونه.

3/ إذا امتنع الراهن عن بيع الرهن.

4/ الأشياء التي لا تنقسم ، أو في قسمتها ضرر، كإتلافها، يجوز أن يجبر على البيع من رفضه، إذا طلبه الشركاء معه، إلى غير ذلك من الصور المنثورة في كتب الفقه [20].

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

1/ بيع الطعام المحتكر جبرا عن صاحبه، عند الحاجة اليه.

2/ الأرض المجاورة للمسجد إذا ضاق بالناس، تؤخذ جبرا من صاحبها وكذا الأرض اللازمة لشق طريق، أو مجرى ماء ، ونحو ذلك مما هو مبسوط في كتب الفقه [21].

ثانياً: ضوابط انتقال الملك لما بعد وفاة المالك وبعدها:

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

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

أ/ أن يكون في حدود الثلث. لحديث الرسول ﷺ ((إن الله تبارك وتعالى تصدق عليكم بثلث أموالكم في آخر أعمالكم زيادة في أعمالكم فضعوه حيث شئتم)) [22].

ب/ لا وصية لوارث الا أن يجيز الورثة.

وهذا حديث لرسول الله ﷺ [23] ، فاذا أجازها الورثة فقد أسقطوا حقهم وزال المانع.

وفي خلاف واسع بين العلماء [24] ، ولكن الجمهور على ما جاء به الحديث المذكور.

الثاني: يتمثل فيما يثبت بالشرع في تركة المورث من حقوق الميت نفسه في ماله بعد وفاته، من تكفينه وتجهيزه، وحقوق الدائنين، وحقوق الورثة، وحق بيت المال عند عدم وجود وارث للميت، وما يتعلق بكل ذلك من تصفية تركة الميت، وعلى تفصيل في كل مسألة من هذه المسائل مبسوط في كتب الفقه [25]

الفرع الثالث– عدم الاضرار بالغير عند استعمال الملك والتصرف فيه:

من المحال أن يشرع الله سبحانه وتعالى لعباده من الحقوق ما يضرهم لقوله تعالى: (يريد الله بكم اليسر ولا يريد بكم العسر) (البقرة:185)

ولقوله صلى الله عليه وسلم :(لا ضرر ولا ضرار) [26].

فكل ما جاءت به الشريعة من حقوق وأحكام مقيد بعدم الضرر، ومن ثم فلا يسوغ أن تتخذ الحقوق وسيلة للاضرار بالناس. فللمالك أن ينتفع بملكه ويتصرف فيه، بما لا يضر بغيره أو حتى نفسه من نحو سفه وتبذير اذ يحجر عليه في هذه الحالة. وما يترتب على استعمال المالك لحقه من الضرر بغيره، قد يكون ضررا مقصودا أراده المالك من استعماله لحقه، وقد يكون غير مقصود، ثم أن الضرر قد يكون كثيرا فاحشا، وقد يكون قليلا نادرا، وأنه قد يكون ضررا محقق الوقوع ، وقد لا يكون كذلك، ولكن يغلب على الظن وقوعه، وقد لا يغلب على الظن وقوعه، فاذا كان الضرر مقصودا دون أن يكون للمالك من مصلحة يبتغيها من استعمال حقه، فانتفاء المصلحة يعتبر قرينة على قصد الاضرار، ويجب عليه الكف عن هذا الاستعمال بل ويعد معتديا باقدامه على الاضرار بغيره باستعماله حقه، وكذلك الحكم ، إذا صاحب ذلك القصد تحصيل منفعة أو مصلحة ، ولكن كان بامكان المالك أن يحقق منفعته بطريق آخر لا ضرر فيه بغيره [27] .

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

ويرى البعض أن العبرة بالضرر إذا كان فاحشا بقطع النظر عن نية المالك أقصد الاضرار أم لم يقصد[28].

واذا كان الضرر الذي يلحق الغير من استعمال المالك لحقه، لا يتناسب مع ما يعود على المالك من نفع، أو لا يتناسب مع الضرر الذي يلحقه ، فيما لو منع من استعمال حقه، بمعنى أن الضرر الحاصل لغيره كان أكثر، فان المالك يمنع من استعمال حقه[29].

واذا تساوت الاضرار فللمالك استعمال حقه، لرجحان كفته، لكونه مالكا أو كان الضرر نادر الوقوع، أو تافها قليلا، فلا يترتب عليه تقييد حق المالك في استعماله لحقه [30].

واذا كان المالك مقيد بعدم الاضرار بالغير من الأشخاص ، فانه من باب أولى يكون استعماله مقيداً بعدم الاضرار بالمجتمع، إذا لمصلحة العامة مقدمة على المصلحة الخاصة، والضرر الخاص يتحمل لدفع الضرر العام، وهذه قاعدة مهمة من قواعد الشرع ، مبنية على المقاصد الشرعية في مصالح العباد استخرجها المجتهدون من الاجماع ومعقول النصوص[31].

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

المبحث الثاني

ضوابط تتعلق بملك الغير وحقوقه

المطلب الأول : حقوق الإرتفاق

معناها: مما تتقيد به ملكية العقار، أن يتقرر عليه حق لمنفعة عقار آخر، دون نظر إلى شخص مالكه. وعلى ذلك فحق الارتفاق هو: حق مقرر على عقار (مرتفق به) لمنفعة عقار آخر (مرتفق) مملوك لشخص آخر، غير مالك العقار المرتفق به[32] .

كحق الشرب والمجرى والمرور والمسيل.

أوجه الاختلاف بين هذا النوع من المنفعة وحق الانتفاع الذي يثبت للأشخاص [33]:

1- أن حق الارتفاق يكون مقررا لعقار، بخلاف حق الانتفاع فانه مقرر لشخص.

2- حق الارتفاق يكون دائما متعلقا بعقار ، بخلاف حق الانتفاع، فقد يتعلق بعقار أو بمنقول، كما في كتاب ونحوه.

3- حق الارتفاق لازم، بالنسبة لمالك العقار المرتفق به، فلا يملك انهاءه او ابطاله ، بخلاف حق الانتفاع ، قد يكون غير لازم، فيملك المالك للعقار المتعلق به ابطاله ، كما في حالة مستعير الأرض.

4- حق الارتفاق بالنسبة لمالك العقار المرتفق به حق سلبي ، لا يتطلب منه الا عدم التعرض لصاحبه في انتفاعه، بخلاف حق الانتفاع، فقد يلزم فيه الشخص بعمل، او الامتناع عن عمل، كتسليم الشيء المعار ، أو الامتناع عن معارضة الموصي له بمنفعة الأرض الموصي بها في الانتفاع بها.

5- حق الارتفاق يرى الحنفية أنه حق دائم بدوام ما يتعلق به ، فلا يزول بتغير المالك، ولا ينتهي بوفاته، ويرى بعض المالكية أنه يقبل التوقيت.

طبيعة حقوق الارتفاق:

اختلف الفقهاء في ذلك إلى فريقين:

أ/ فريق [34] يرى أنها ليست أموالا في ذاتها، لعدم امكان حيازتها، ومن ثم لا يجوز بيعها او هبتها استقلالا ، ولكن يجوز بيعها تبعا للاموال التي تتعلق بها [35]

الا أن الحنفية اعتبروا هذه الحقوق حقوقاً مالية [36] ، اذ الحق يعتبر عندهم كذلك ، إذا تعلق بالمال ، بأن كان خادما للمال، أو قائما به مثل حق الشرب، والمرور ، والمسيل، والتعلي ، أو موثوقا له ، كما في حق الارتهان ، أو إذا تعلق الحق بمحض الارادة والاختيار ، ولم يتعلق بالمال كحق الشفعه وحق الولاية [37].

ب/ وذهب جمهور الفقهاء[38] إلى اعتبارها أموالا ، لذلك جاز عندهم بيعها وهبتها.

أسباب ثبوت حقوق الارتفاق:

1- أن يتعلق حق الارتفاق بمرتفق عام:

كالطرق العامة والأنهار الكبيرة ، والمصارف العامة، ومنشأ حق الارتفاق في هذه الحالة، هو الشركة العامة في هذه المرافق.

2- الالتزام بها شرعاً:

مثل ما حدث عندما أمر عمر بن الخطاب الضحاك بن خليفة أن يمر بالقناة من العريض إلى أرضه عبر أرض محمد بن سلمان لثبوت ذلك الحق شرعا [39].

3- قد ينشا حق الارتفاق نتيجة لوضع العقارين بحسب الطبيعة:

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

4- اشتراطها في عقد معاوضة:

وهنا خلاف بين الفقهاء، فذهب غالبية الاحناف إلى عدم جواز انشاء حقوق ارتفاق بعقود مستقلة ولكن يجوز أن تنشأ هذه الحقوق تبعا لاشتراطها في عقود المعاوضة [40]

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

5- الاذن من مالك العقار المرتفق به إذا كان مملوكا خاصا [41]

6- القدم عند الجهل بسبب الحق :

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

والقدم هنا ليس هو المنشئ للحق ، ولكن اعتباره قرينة على الرضا بالحق ، وتبرعا به واقرارا به [42]، وتقدير مدة القدم مختلف فيها فقيل أربعة أعوام وقيل أكثر.

هل حقوق الارتفاق محصورة في عدد معين ام لا ؟

ذهب غالبية الأحناف [43] إلى أنها محصورة فلا يجوز للمتعاقدين استحداث حقوق جديدة وهي عندهم :

1/ حق الشرب.

2/ حق المرور.

3/ حق المجرى.

4/ حق المسيل.

5/ حق التعلي.

ويلحق بها حقوق الجوار .

وذهب المالكية والشافعية إلى أنها ليست محصورة في عدد معين، ويجوز الاتفاق على إثبات حقوق جديدة ، ويرى الشيخ على الخفيف معهم أن حقوق الارتفاق ليست محصورة، اذ أنها كثيرة وتختلف باختلاف موضوعاتها وأسبابها، وما يراد منها، فمنها ما يتعلق بالمياه في استعمالها وصرفها ، ومنها ما يتعلق بالمباني وتحسينها ، وتوفير الشمس والهواء لها ونحو ذلك (44)

وسنقتصر على أهم حقوق الارتفاق وهي:

1/ حق الشرب.

2/ حق المسيل.

3/ حق المرور.

أولا: حق الشرب:

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

أقسام المياه بالنسبة لحق الشرب وحق الشفه:

1- ماء الأنهار الكبيرة العامة وما تفرع عنها:

وهذه المياه ليست مملوكة لأحد ، ومن ثم فهي على أصل الاباحة، ويكون لكل إنسان أن ينتفع بها ، ويسقي زرعه وشجره وحيوانه ، سواء بشق جداول منها أو بفتح كوبري ومنافذ في حوافها أو بنصب آلات رافعه عليها، كل ذلك بشرط عدم الاضرار بعامة الناس ، لشركة الناس فيها شركة اباحة لا ملك ، أما ما يحرز من هذا الماء ، كان ملكا لمحرزه، ولا ينتفع به الا باذنه ، كالماء في مجراه الخاص به.

2- ماء المجرى والبئر في ارض مملوكة ملكا خاصاً:

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

والماء في هذه الحالة غير محرز، وغير مملوك لصاحب الأرض ، وان كان يجري في أرض مملوكة وذلك لما يأتي:

أ/ أن هذه المجاري والينابيع لم تتخذ في العادة وسيلة لحيازة هذا الماء.

ب/ أن الماء في هذه الحالة يجري متتابعا وباستمرار مع تنوعه ورشحه على الدوام، إلى درجة تحول دون حيازته، ومن ثم لا يعد محوزا بملكية الأرض التي يجري فيها.

ج/ أن الحاجة إلى هذه الماء متجددة ومستمرة وليس في الاخذ منه ضرر بأصحاب الأرض، وخالف المالكية في ذلك، واعتبروا أن ماء هذه الأماكن مملوك لمالكها لحيازته اياه بواسطتها (45)

حكم هذا الماء:

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

أ/ حق الشرب: يرى الحنفية أن حق الشرب يثبت في هذا الماء لأن الماء في هذه الحالة غير مملوك لمالك الأرض، بل شركة بين الناس [46].

ويرى المالكية أن الماء مملوك لصاحب الأرض يرسله متى شاء ويمنعه متى شاء لأنه أحق به [47].

وعند الحنابلة أن الماء إذا سيق من نهر غير مملوك إلى مجرى مملوك، كان ملكا لمالك المجرى، أما إذا انفجر الماء في أرض مملوكة بسبب حفر فلا يكون مملوكا لمالك الأرض لحديث : ((الناس شركاء في ثلاثة))، ولكن يكون أحق به من غيره ، فيأخذ منه حاجته أولاً فاذا فضل منه شيء لم يمنعه عن طالبه [48].

ويعلل فضيلة الشيخ محمد أبو زهرة عدم ثبوت حق الشرب في هذا الماء الا يقدم غير معروف أو بإذن خاص من المالك بأن الشرب ليست له نهاية معلومة، وقدر معلوم ، ففي اباحته تعرض لضرر الحرمان من الانتفاع ، واحتمال ابطال حق صاحب الأرض الذي أجرى الماء في ملكه الخاص، اذ أن ملكيته للأرض التي يجري فيها الماء أوجد له امتيازا بذلك الملك الذي قدمه [49].

ب/ حق الشفه: وبالنسبة لحق الشفه في هذا الماء فانه يثبت لكل إنسان ولا يخص شخصا دون آخر، لشربهم وشرب دوابهم ، بشرط عدم الاضرار، لأن حق الشف هانما ثبت للضرورة، وإذا ما قامت الضرورة فليس لصاحب الأرض التي فيها الماء أن يمنعهم عنه، ليأخذوا منه ما يدفع الهلاك عنهم والا كان لهم في اضطرارهم إلى الماء أن يقاتلوه بالسلاح.

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

3- الماء المحرز والمحوز:

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

أولاً: حق المجري:

يتبع حق الشرب حق المجرى ، فهو حق اجراء الماء المستحق شربا، وامراره في أرض إلى أخرى مملوكة لشخص آخر.

وهذا المجري قد يكون ملك صاحب العقار المرتفق أي الأرض التي تسقي منه، وان كان يخترق أرض غيره، وقد يكون ملك صاحب الأرض التي اخترقها وقد يكون ملكا مشتركا لأصحاب الأرض التي تحيط به.

وليس لصاحب الأرض التي يخترقها المجرى أن يمنع صاحب حق الشرب او صاحب حق المجرى من امرار الماء فيه وليس له أن ينقل المجري من مكانه في الأرض إلى مكان آخر منها الا برضاء أصحاب الحق في المجري [50].

ولصاحب الأرض التي يمر فيها المجري أن يطالب أصحاب الحق فيه بازالة الضرر الذي يصيبه منه ومن ثم كان لصاحب الحق في المجرى حق المرور على حافته لاصلاحه كما أن الأرض التي يمر بها المجري يثبت لها حق الشرب على المجري أو حق الصرف بعد استيفاء صاحب المجري حقه منها.

ثانيا: حق المسيل:

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

ثالثاً: حق المرور:

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

أنواع الطريق: الطريق عام أو خاص..

أ/ الطريق العام: هو ما كان غير مملوك لأحد.

ويثبت لكل إنسان حق المرور فيه ولكل صاحب عقار متصل به أن يفتح أبوابا أو نوافذ انشاء أو اعادة. أما انشاء مظلة أو بلكون أو يضع عروضا للتجارة فان كان ذلك لا يلحق الضرر بالمرور فيه فهو غير ممنوع. أما إن كان يلحق ضررا بالمرور فيه منع من ذلك. وعند أبي حنيفة لكل واحد من الناس أن يمنعه من ذلك وان يكلفه رفع ما وضعه سواء أكان فيه ضرر أم لم يكن إذا وضع بغير اذن ولي الأمر ، فمن فعل من غير اذنه في الطريق شيئا فقد افتات عليه، ومن افتات على ولي الأمر كان لكل واحد منعه.

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

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

والراجح هو رأي أبي حنيفة لأن الإمام هو صاحب الولاية في تقدير حدوث الضرر من عدمه [51].

ب/ الطريق الخاص: هو ما كان مملوكا لشخص أو لعدة أشخاص

ولأصحاب حق المرور فيه وفتح الابواب والنوافذ عليه انشاء او اعادة، ما لم يضر ذلك بغيره.

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

وللعامة أن يمروا منه إذا ازدحم الطريق العام، وكان الطريق الخاص نافذا الا إذا كان عليه باب منذ بدء انشائه يحول دون المرور فيه، لا بعد فتحه، فان وجود هذا الباب يمنع من ثبوت حق العامة في المرور. وليس لاصحاب الطريق الخاص أن يتفقوا فيما بينهم على سده او ازالته مع ثبوت حق العامة في المرور فيه على نحو ما تقدم.

المطلب الثاني: حقوق الجوار

تقوم حقوق الجوار على منع الضرر بالجار ، ضررا بينا فاحشا [52] ، في سبيل انتفاعه بملكه، ومن ثم فهي تقييد لانتفاع المالك بعقاره بقيد ألا يضر بجاره.

والفرق بين حق الارتفاق وحق الجوار، أن الأول ايجابي، على نحو ما تقدم والثاني سلبي، يتمثل في منع الضرر بالجار، والجوار نوعان:

أ/ جوار رأسي وهو ما كان منشؤه الجوار بين صاحب العلو وصاحب السفل، وذلك بأن توجد دار [53] متعددة الطبقات سفلها لمالك وعلوها لآخر وفي هذه الحالة، يكون للعلو حق القرار على السفل، ويسمى حق القرار بحق التعلي.

ب/ جوار جانبي وهو الناشئ عن ملاصقة الحدود.

الفرع الأول : الجوار الرأسي ((حق التعلي))

ضابطه:

الجوار الرأسي كما سبق تعريفه يتصور في حالة ما إذا باع صاحب الدار العلوي منها فقط دون السفلي. وعند الحنفية لا يثبت هذا الحق الا على علو قائم بناؤه على سفل، ولا يثبت حق التعلي بدون بناء قائم على بناء آخر ، اذ لا يعد حق التعلي عندهم مالا.

وعند المالكية والحنابلة يجوز بيع حق التعلي استقلالا كما يجوز تمليكه تبعا لتمليك البناء المستعلي [54] ، ومتى حصل ذلك كان لصاحب العلو حق القرار على سقف الدور السفلي الذي هو ملك صاحب السفل.

الآثار المترتبة على ثبوت حق القرار:

1- إذا انهدم العلو أو هدمه صاحبه، كان لصاحبه ولورثته من بعده تجديده دون اجبار من صاحب السفل.

واختلف في حكم الزيادة على البناء الأصلي للعلو سواء أكان في الارتفاع أو في عدد الحجرات.

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

2- أن ينهدم السفل بغير تعد من صاحبه، أي بغير فعل صاحبه فلا يجبر على اعادته، ويكون لصاحب العلو أن يعيد ما سقط من السفل باذن صاحبه او باذن القاضي، إذا ما رفض صاحب السفل، وفي الحالتين يرجع بكل ما اتفق على صاحب السفل.

أما إذا بنى صاحب العلو بغير اذن ففي حكم ذلك اختلف الرأي الفقهي:

فذهب الحنفية إلى أنه يعد متبرعا ما لم يمنعه من الاستئذان عذر والا فلا يعد متبرعا، ويكون لصاحب العلو في هذه الحالة أن يحبس السفل في يده حتى يستوفي ما أنفق ، ولكن تحديد هذا الحق ((ما أنفق)) اختلف فيه:

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

وذهب البعض إلى أنه قيمة ما أنفق بالفعل على اعادة السفل من نفقات [55].

3- اما اذ انهدم السفل بفعل صاحبه، فانه يجبر على اعادته، لتعديه لزوال حق القرار الذي لصاحب العلو واذا اعادة صاحب العلو بغير اذن من صاحبه أو من القاضي عد متبرعا، اذ أن عدوله عن الإجبار دليل على ارادة التبرع.

الضابط في تصرفات كل من صاحب العلو وصاحب السفل:

1- التصرفات الضارة بأحدهما ضررا محققا، ممنوعة على كل منهما والا ضمن.

2- التصرفات غير الضارة بأحدهما جائزة دون اعتراض.

3- التصرفات المحتملة للضرر من عدمه، فهي مشكوك في نتائجها، مثل أن يفتح صاحب السفل نافذة فيه، أو يبني صاحب العلو غرفة أو يثقل على السفل ففي حكمها خلاف: فيرى البعض المنع وقيل بعدم المنع[56].

الفرع الثاني: الجار الجانبي (المطلق):

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

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

أ/ فيرى أبو حنيفة ومتقدمو الحنفية والشافعي ورواية عن أحمد [57] أن المالك لا يتقيد في ملكه لأجل مصلحة جاره ومن ثم فلا حق لجاره أن يقيد تصرفاته وهذا هو مقتضي القياس وما جاء في طاهر الرواية.

ب/ وذهب متأخرو الحنفية والمالكية وأحمد في الرواية المشهورة [58] إلى وجوب تقييد الجار في تصرفه وانتفاعه بملكه بما لا يضر بجاره ضررا بينا غير معتاد، وحمله على ذلك بسلطان القضاء.

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

المبحث الثالث

القيود الاستثنائية أو الطارئة

مدى سلطة الدولة في تقييد حق الملكية

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

يقول الله تعالى:(الذين إن مكناهم في الأرض اقاموا الصلاة وآتوا الزكاة وأمروا بالمعروف ونهوا عن المنكر)(الحج:41).

ويقول شيخ الإسلام ابن تيمية: (إن جميع الولايات في الإسلام مقصودها أن يكون الدين كله لله وأن تكون كلمة الله هي العليا فان الله سبحانه وتعالى انما خلق الخلق لذلك وبه أنزل الكتب وبه أرسل الرسل وعليه جاهد الرسول والمؤمنون)[59].

ومن ثم كان للدولة مراقبة المعاملات المالية ، والنهي عن الغش، وتطفيف الكيل الميزان، ومنع الصناعات المحرمة والعقود المحرمة كالربا والميسر، وغيرها وتحقيق قواعد الإسلام في عدم تركيز الثروة في أيد فئة قليلة ، بينما يعيش الاخرون في حاجة وعوز.

مدى سلطة الحاكم:

ومن اهم مسئوليات الحاكم منع الظلم والتعدي ، واقامة العدل بين الناس تحقيقا لمصلحة الرعية ، فتصرف الحاكم على الرعية منوط بالمصلحة[60] وطاعته في غير معصية واجبة[61] .

وقد أعطى الإسلام الحاكم سلطات واسعة في الظروف الطارئة، فعندما تعرضت المدينة لأمر طارئ بقدوم جماعة محتاجة اليها نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن ادخار لحوم الأضاحي، ولما غادرت هذه الجماعة المدينة أباح رسول الله ﷺ ادخارها وقال :(انما نهيتكم من أجل الدافة التي دفت عليكم فكلوا وادخروا وتصدقوا)[62].

وبذلك ما قررته الشريعة من قواعد وما يهتدي اليه الحاكم باجتهاده بنفسه، او بمن هم أهل لذلك في معرفة الحكم الشرعي، فيما يجد من حوادث، وظروف طارئة ، تستدعي تدخله في تقييد الملكية فلا يأخذ مالا من مالكه الا بحق.

تقدير المصالح:

ولم تترك الشريعة الغراء أمر تقدير المصالح للأهواء ، فقد بين الفقهاء الشروط التي يجب توافرها في المصلحة ومن أهمها [63]:

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

2- أن تكون مصلحة عامة لا نادرة تتعلق بآحاد الناس.

3- أن تكون مصلحة ضرورية بها رفع الحرج لازم.

4- أن تكون مصلحة ملائمة لمقاصد الشرع، فلا تصادم نصا أو دليلا من أدلته، بل تكون من جنس المصالح التي جاءت الشريعة لتحقيقها ، وان لم يشهد لها دليل خاص بالاعتبار.

وقد عرف الإمام الغزالي المصلحة بأنها:

(المحافظة على مقصود الشرع ... ومقصود الشرع من الخلق خمسة وهو أن يحفظ عليهم دينهم ونفسهم وعقلهم ونسلهم وأموالهم فكل ما يتضمن حفظ هذه الأصول الخمسة فهو مصلحة وكل ما يفوتها فهو مفسدة ودفعه مصلحة .. ومقاصد الشرع تعرف بالكتاب والسنة والاجماع فكل مصلحة لا ترجع إلى حفظ مقصود فهم من الكتاب والسنة والاجماع وكانت من المصالح القريبة التي لا تلائم تصرفات الشرع فهي باطلة ..) [64].

تقييد الملك:

ومن الأصول الشرعية التي يستند اليها الحاكم في تقييده للملك (لا ضرر ولا ضرار) وما تفرع عنه من قواعد فقهية منها:

أ/ الضرر يدفع بقدر الامكان.

ب/ الضرر يزال.

ج/ الضرر الأشد يزال بالأخف.

د/ يتحمل الضرر الخاص لدفع الضر العام

هـ/ درء المفاسد مقدم على جلب المنافع [65].

ومن الأسس التي يستند اليها الحاكم في تقييده للملك أيضا قاعدة ((الضرورات تبيح المحظور)) والضرورات تقدر بقدرها والاضرار لا يبطل حق الغير، فليس من الاضطرار اسقاط حق غير المضطر في ضمان قيمة اتلاف ماله، أو استعماله في حالات الضرورة، وقاعدة ((الحاجة العامة تنزل منزل الضرورة))، والحاجة العامة هي التي يترتب على عدم سدها مشقة وحرج، أما الضرورة فهي ما يترتب على عدم الاستجابة لها الهلاك أو ما يقرب منه [66] .

وتقدير الضرورة والحاجة يرجع فيه إلى أصحاب الرأي والاجتهاد والعلم بمصالح الأمة لقوله تعالى: (ولو ردوه إلى الرسول والى أولي الأمر منهم لعلمه الذين يستنبطونه منهم)(النساء الآية: 83.)

المراجع

[1]- القاموس المحيط مادة (ملك). فصل الميم . باب الكاف ج3، ص 330

[2]– النظريات العامة في الفقه الاسلامي – نظرية العقد ، الملك – الحق – العقوبة – الحسبه – دكتزر رمضان علي الشريناصي دار الجامعة الجديدة للنشر . الاسكندرية 2003 – ص 186 – 187.

[3]– فقه المعاملات دراسة مقارنة، د. مجد علي عثمان القصي، دار المريخ الرياض اللمملكة السعودية، 4006هـ ، 1986م ،ص 88 – 89.

[4]– لسان العرب لابن منظور ، طبعة دار الحديث القاهرة 1423 – 2003 باب الضاد ، ص 457 – 458.

[5]– المصباح المنير في غريب الشرح الكبير – احمد بن محمد بن علي المغربي الفيومي. المطبعة الاميرية ط3 – كتاب القاف.

[6]– لسان العرب – لابن منظور – باب القاف 557–558–559. والقيد في اللغة : يطلق على ما يعقل الشيء فيمنع خروجه وقوته أو دخول شيء عليه " تاج العروس ج2. ص 479– 480. والقيد في استعمالات الفقهاء هو الأمر المخصص للامر العام. كشاف اصطلاحات الفنون ج2. ص1178.

[7]– الفتاوي ج2 ص 164 – 167.

[8]– تفصيل ذلك التوضيح لصدر الشريعة ج3 ص 178، قواعد الزركشي: د 334 أ– ب – مشار في رسالة د. عبد السلام العبادي – القسم الثاني ص 71، القرافي في الذخيرة ج7 – ص 283.

[9]– الاحاديث الواردة الدالة على ذلك في شرح النووي لصحيح مسلم ج14 ص 24 وما بعدها ، وتفسير القرطبي ج7 ص 196 وما بعدها، وج13 ص 73 – قواعد الأحكام للعز بن عبد السلام ج2 ص 162، ص167 طبعة دار الجيل.

[10]– مسند الامام أحمد ج5 – ص 243.

[11]– التعريفات للجرجاني ص18.

[12]– التوضيح لصدر الشريعة ج3 ص217 – القوانين الفقهية لابن جزئ ص 340 – حاشية الحموي على الاشباه والنظائر ج2 ص265 – المغنى ج4 ص343.

[13]– طرق استثمار الاموال بحث د. محمد عبد الله العربي، المؤتمر الثاني لمجمع البحوث ص130 – 134.

[14]– الجزء الرابع ص 213.

[15]– سنن البيهقي ح6 ص 17 و97 وما بعدها – سنن ابن ماجة ج2 ص 737.

[16]– تفصيل ذلك حاشية ابن عابدين ج 5 ص 678 – 680، المغنى لابن قدامة ج5 ص 170، 171 – مغنى المحتاج ج2 ص 270، وقد بين أبن القيم أن كل طاعة جاز فعلها قبل النذر لزمت بالنذر – اعلام الموقعين ج3 ص 403 – انظر البهجة شرح التحفة ج2 ص 251 – 252 فتح العلي المالك ج1 ص 217.

[17]– غالبية الاحناف لا يجيزون ذلك – انظر حاشية الباجوري ج1 ص 361، حاشية الجمل ج3 ص 368، فتح العلي المالك ج1 ص 339.

[18]– نظرية الشرط في العقد – د. حسن الشاذلي – النظرية العامة في الشريعة الإسلامية – زكي الدين شعبان.

[19]– الأم ج3 ، ص 218 – 219.

[20]– قواعد ابن رجب ص 147 – 150 ، الأحكام لابن حزم ج1 ص 480.

[21]– البهجة شرح التحفة ج2 ص76 (م7 – الضوابط الفقهية).

[22]– انظر في خلاف الفقهاء فيما إذا اوصى باكثر من الثلث: المغنى ج 6 ص146 وما بعدها . المهذب ج 1 ص 456– حاشية الدسوقي علي الشرح الكبير ج4 ص427 – المحلى ج10 ص 425 – 432 – شرح الزرقاني على الموطأ ج4 ص62 – 63.

وهذا الحديث أخرجه أحمد وابن ماجه والدار قطني والبيهقي من طرق متعددة وبألفاظ متقاربة عن معاذ بن جبل وأبي هريرة ، سبل السلام ج3 ص 145 المطبعة المنيرية ، نيل الاوطار ج8 ، ص 43 – 44، سنن ابن ماجة ج2 ص 904 ، وسنن البيهقي ج6 ص269.

[23]– اخرجه الدار قطني عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده واخرجه عن ابن عباس بلفظ(لا يجوز لوارث وصية الا أن يشاء الورثة)وحسنه ابن حجر بهذه الرواية – واخرجه البيهقي بروايتين عن الدار قطنى سنن الدار قطنى ج4 ص 152 – سنن البيهقي ج6 ص 263 وما بعدها – نيل الاوطار ج8 ص 46.

[24]– المغنى ج6 ص141 – المهذب ج1 ص 458 – المحلى ج10 ص 425 – فتاوى الشيخ عليش ج2 ص 183 – المبسوط ج27 ص 142 وما بعدها.

[25]– احكام التركات والمواريث: محمد ابو زهرة، احكام المواريث:عيسوي أحمد عيسوي، المواريث في الشريعة الإسلامية: حسنين مخلوف.

[26]– تفصيل أقوال الفقهاء في معنى هذا الحديث، رسالتنا نظرية تحمل التبعة في الشريعة والقانون.

[27]– الشيخ على الخفيف – المرجع السابق ص 102 – الموافقات ج2 ص 348 وما بعدها – نظرية التعسف في استعمال الحق لفتحي الدريني.

[28]– وهو مذهب متأخرو الحنفية ورواية عن أبي يوسف وبعض الشافعية. انظر تبيين الحقائق ج4 ص 196 – فتح القدير ج5 ص 506 – المبسوط ج4 ص 196 – فتح القدير ج5 ص 506– المبسوط ج15 ص 21 و 22– البدائع ج6 ص 264 – المغنى لابن قدامة ج4 ص288 – المحلى ج 9 ص 106 – نهاية المحتاج ج 5 ص 337.

[29]– وهو مذهب مالك وأحمد في الرواية المشهورة وبعض الشافعية. انظر تبصرة الحكام ج2 ص358 ،376 – المغنى ج4 ص 388 – نظرية الضمان د. وهبة الزحيلي ص 23 ، 25 .

[30]– قيود استعمال الحق او معايير اساءة استعمال الحق او المضار المترتبة على الحق – نظرية التعسف في استعمال الحق – د. فتحي الدريني – الملكية – على الخفيف ج1 بحوث اسبوع الفقه الإسلامي – دمشق سنة 1380 هـ (1961) م.

[31]– قواعد العز بن عبد السلام ج2 ص 89 – الطرق الحكمية ص 284 ، وما بعدها – المرفقات ج2 ص 350 – شرح المجلة للاتاسي ج1 ص66.

[32]– م 37 من مرشد الحيران.

[33]– راجع هذه المسألة والشيخ على الخفيف – المرجع السابق ص 212 – وما بعدها.

[34]– الحنفية والزيدية أنظر حاشية ابن عابدين ج5 ص52 – فتح القدير ج5 ص 204 – البدائع ج5 ص 140 – التاج المذهب ج4 ص 164.

[35]– البدائع ج6 ص 189 وما بعدها – حاشية ابن عابدين ج5 ص 78، وما بعدها.

[36]– البدائع ج6 ص 190.

[37]– الشيخ على الخفيف المرجع السابق ص 57 – 59.

[38]– المالكية والشافعية والحنابلة – أنظر نهاية المحتاج وحاشية الشير املسي عليه ج3 ص 372 ، 398 ، ج4 ص 7 الشيخ على الخفيف – المرجع السابق ص 80.

[39]– المنتقي شرح الموطأ ج6 ص 15 .

[40]– يرى بعض الاحناف جواز انشائها على وجه الاستقلال – انظر حاشية ابن عابدين ج5 ص 77 – 80 شرح المجلة للأتاسي ، ج4 ، ص194–195 .

[41]– محمد أبو زهرة المرجع السابق ص 86.

[42]– الشيخ على الخفيف المرجع السابق ص 125.

[43]– مصادر الحق – السنهوري ج1 ، ص ص 43،64،65 – بحث المنافع في مجلة القانون والاقتصاد للشيخ على الخفيف السنة العشرون ، ص 28– 32.

[44]– الملكية ص 125 للخفيف.

[45]– الشيخ الخفيف – الملكية ص 128 – محمد أبو زهرة المرجع السابق ص 88.

[46]– محمد أبو زهرة – المرجع السابق ص 91.

[47]– على الخفيف المرجع السابق ص 127، 128.

[48]– نفس المرجع السابق والصفحة.

[49]– المرجع نفسه ص89.

[50]– وهذا النقل محل خلاف بين الفقهاء فيرى البعض جواز النقل طالما لم يحدث ضرر من ذلك ، وكان فيه منفعة وهو ما حدث في قضية عبد الرحمن بن عوف ضد جد عمر بن يحيى المازني امام عمر بن الخطاب الا أن مالك اشترط رضا اصحاب الحق وهو ما ذهب اليه ابو حنيفة وروى عن مالك جواز ذلك وان ابي صاحب الحق – انظر على الخفيف المرجع السابق ص131.

[51]– محمد ابو زهرة – المرجع السابق ص 102 وما بعدها – بدران أبو العينين المرجع السابق ص342 – الشيخ على الخفيف المرجع السابق ص 133.

[52]– الضرر الفاحش هو مالا يحتمل عادة ، وينكره العرف، ويمنع الحوائج الاصلية كسد الضوء بالكلية.

[53]– تطلق الدار على ما كان مسقوفا من البناء.

[54]– كشاف القناع الجزء الثاني ص 197.

[55]– الشيخ على الخفيف المرجع السابق ص 116 – محمد ابو زهرة المرجع السابق ص 116 اذ يرى أن الرجوع يكون بقيمة وقت تمام البناء.

[56]– التحفة شرح البهجة الجزء الثاني ص 315.

[57]– حاشية ابن عابدين ج5 ص 443 وما بعدها – المبسوط للسرخسي ج15 ص 31 – نهاية المحتاج ج5 ص337 – الفتاوي الخانية ج2 ، 4 ، 5 ، ص 283 ، 392 ، 51.

[58]– وفي فتح القدير ((... عن أبي حنيفة أن رجلا شكا اليه من بئر حفرها جاره في داره ، فقال له : احفر في دارك بجوار تلك البئر بالوعة – ففعل فنزت البئر الاولى فكبسها صاحبها فهو لم يفته بمنع الحافر بل هداه إلى هذه الحيلة وليست الا من قبيل التصرف في الملك ج5 ص 506.

[59]– الحسبة في الإسلام ص 4 – انظر ايضا مقدمة ابن خلدون ص 150 ، الفصل الثالث من الكتاب الأول.

[60]– الاشباه والنظائر لابن نجيم ص 123 ، الاشباه والنظائر للسيوطي ص 121 ، ابن القيم : الطرق الحكمية ص 16 وما بعدها

[61]– حاشية ابن عابدين ج5 ص 49.

[62]– سنن ابي داوود ج2 ص89 – 90 نيل الاوطار ج5 ص 143.

[63]– المستصفى للغزالي ج1 ص 296 – 297 – شفاء الغليل للغزالي ص 207 وما بعدها.

[64]– المستصفى ج1 ص 287 وما بعدها.

[65]– انظر قواعد الأحكام للعز بن عبد السلام ج1 ص 53 ، 54 – اعلام الموقعين ج3 ص 147.

[66]– انظر الاشباه والنظائر للسيوطي ص 94 – قواعد الأحكام للعز بن عبد السلام ج2 ص 188.