

جامعة القرويين
كلية الشريعة
أيت ملول



مادة

الحقوق العينية

الفصل الخامس

الدكتور:
حسن القصاب

الموسم الدراسي 2014 – 2015

بسم الله الرحمن الرحيم

مادة الحقوق العينية من المواد الدقيقة المشتركة بين عدة مسارات في التكوين؛ سواء داخل كلية الشريعة أو خارجها، كما في كليات الحقوق أو في معاهد تكوين المهندسين الزراعيين¹. و اشتراك مساري كلية الشريعة في دراستها لهو من محاسن البرمجة الجديدة؛ فعدا أنها مادة مكمل لـ "نظرية الالتزام" المقررة في الفصل الثاني بشقيها - في الفقه والقانون-، فإنها مادة شديدة الصلة بالسياسة الاقتصادية للبلد و نمو واستقرار الاستثمار لكون العقار والحقوق الواقعة عليه موضوعها الأساس.

و لما كان مرجعها الفقه الإسلامي قبل التقنين وبعده، فإن أولى الطلاب بها طلاب كلية الشريعة، تفقها و معرفة لاختيارات المشرع المستوحاة من الفقه والمذهب المالكي خاصة، ثم بيانا بعد ذلك لصلة الفقه الاسلامي بمعيش الناس وإسعافا للمشرع لاحقا بحلول من حياض الفقه كلما عز ذلك أو ظهر اضطراب في التقنين.

نبذة عن أصول المادة ومراحل تقنينها بالمغرب:

لئن كان المقرر الثابت أن هذه المادة مستندة إلى الفقه الاسلامي لتضخم أحكامها فيه، إلا أن ذلك لا يعني أن الفقهاء رحمهم الله عبروا عنها بذات الاصطلاح وإن سبقوا إلى تقريرها والتوسع فيها، بل كانوا يستعملون عبارات من مثل "الحق الثابت في المال" لتفيد ذات المضمون. وهكذا فإن مسمى الحقوق العينية إنما هو اصطلاح قانوني استعاره فقهاء المسلمين في العصر الحديث² لِمَا رَأوا فيه من فوائد منهجية و صلاحية لتقديم الفقه الاسلامي في ثوب جديد دون المساس بجوهره. لكننا نظن أن هذا التوجه و إن صح من جهة الجمع والتنظيم³ إلا أن ذلك يلزم منه الحذر الشديد من الحكم بالتماهي، خاصة و الحقوق العينية تأتي مقابلة للحقوق الشخصية، وقد سبق أن نبهنا في نظرية الالتزام إلى أنها ليست في الفقه الاسلامي على ذات القواعد المقررة في القانون، ثم إن كثيرا من الحقوق التي تعتبر

¹ تحديدا في تخصصات: الهندسة الطبوغرافية والهندسة القروية والهندسة الغابوية.

² من أمثال الشيخ علي الخفيف و الشيخ أبي زهرة و الشيخ الزرقا و غيرهم مرم الله الجميع و جازاهم عنا خيرا

³ خصوصا لما نعلمه من عدم اهتمام الفقهاء المتقدمين بالصياغات النظرية فجاء فقهم رحمهم الله منتشعب الأطراف يصعب على قارئ العصر الحديث ذي الهمة الخافئة أن يستجمع نظرهم المنسجم في المسائل الفقهية.

عينية في القانون و التقنين المعاصر بما فيها التقنين المغربي لا يمكن إسنادها إلى أصل فقهي كالعقار بالتخصيص أو بعض الحقوق التبعية كحق الامتياز في معانيه الخاصة ...

ولعل هذا قد استوجب أن نذكر تذكيرا عابرا بمراحل تقنين هذه المادة في التشريع المغربي الذي هو الاختيار الواجب الدراسة .

إننا لما قلنا إن الحقوق العينية هي الحقوق التي أثمرت وأينعت عند الفقهاء المسلمين وسبقوا إلى تفريعها وتمييزها، كما في حقوق الإجارة مثلا . وبحكم أن المذهب المالكي هو المذهب المُقضى به في بلادنا المغرب منذ أن من الله تعالى عليها بالإسلام، فقد كان هذا المذهب هو عمدة القضاة في هذه الحقوق حتى مجيء الاستعمار وبعيده.

فرغم إسراع المستعمر منذ فرض الحماية على المغرب سنة ١٩١٢ إلى سن قوانين تحميه و تأسيس محاكم ترعاها لتعزيز وجوده واستغلاله ، كما في ظهير ٩ رمضان ١٣٣١ الموافق ١٢ غشت ١٩١٣، إلا أنه أبقى أحكام العقار - في مرحلة أولى - خاضعة لأحكام الفقه المالكي سواء في اختصاص المحاكم الشرعية في منازعات العقار غير المحفظ أو في اختصاص المحاكم العصرية في منازعات العقارات المحفظة أو تلك التي في طور التحفيظ بمقتضى الفصل الثالث من ظهير آخر صادر في التاريخ نفسه وهو المتعلق بالتحفيظ العقاري (أي أيضا بتاريخ ٩ رمضان ١٣٣١).

بمعنى أن إحداث هذه المحاكم العصرية وتوزيع الاختصاص بينها وبين المحاكم الشرعية لم يلغ تطبيق أحكام الفقه الإسلامي على جميع أنواع العقارات بالبلد، اللهم ما تعلق بالمنازعات العقارية الناشئة بين الفرنسيين.

لكن لم يطل ذلك الوضع العام، إذ بصدور ظهير ١٩ رجب ١٣٣٣ الموافق ٢ يونيو ١٩١٥ المنشئ للتشريع المطبق على العقارات المحفظة استقل الفقه المالكي في مصادره العامة بالانطباق على العقارات غير المحفظة وتلك التي في طور التحفيظ ، ومع ذلك فقد ظلت المحاكم العصرية ترجع إلى أحكام الفقه المالكي كلما أعوزها النص. غير أن بصدور قانون التوحيد والمغربة والتعريب بتاريخ ٢٦ يناير ١٩٦٥ الملغي للمحاكم العصرية ازداد البعد عن الفقه المالكي في مجال الفقه العقاري، إذ صار يتوجب بمقتضى الفصل ٣ من هذا القانون أن تطبق أمام جميع المحاكم - بعد إلغاء المحاكم العصرية والشرعية- مقتضيات ظهير ١٩ رجب ١٣٣٣ في العقار المحفظ وأحكام الفقه الإسلامي في العقار غير المحفظ و مقتضيات ظهير الالتزامات والعقود في الدعاوى العينية المتعلقة بمنقول فضلا عن القضايا المدنية.

وهكذا صرنا أمام تشريعات مختلفة تطبق على مجال واحد^٤ ، والأدهى من ذلك أن الفقه المالكي وإن كان حاضرا في كل تلك القوانين إلا أن درجة الرجوع إليه توارت خلف قانون الالتزامات والعقود، فلم يعد مصدرا تكميليا فقط بل صار احتياطيا.

في هذا الخضم وبعد طول انتظار أصدر المشرع المغربي قانون جديدا تحت رقم ٣٩,٠٨ المتعلق بمدونة الحقوق العينية^٥ بغية توحيد الأحكام على العقارات سواء كانت محفظة أو غير محفظة، وبالتالي فإن كثيرا من الأحكام لم تعد تُقصر على العقار المحفظ كأحكام العقار بالتخصيص، و بالمقابل أيضا فإن بعض الأحكام مما جرى به العمل على مذهب مالك من قبيل حق الجلسة لم تعد من الحقوق العينية المقررة إلا ما كان قائما قبل صدور المدونة.

ولعل المسألة التي لم يُعَرِّها كثير اهتمام في هذا القانون الجديد هو حسم المشرع النقاش بصد مرتبة الفقه المالكي بمشهوره و راجحه، فجعله للأسف بمقتضى القانون هذه المرة في المرتبة الثالثة بعد ظهير التزامات و العقود^٦ ، أي صار النص صريحا بذلك.

وليس يعني هذا التأخير أن القانون غير مؤسس على الفقه المالكي؛ فما هو إلا ترجيح واختيار لأقوى الأقوال في المذهب على الغالب . لكن ما يعاب عليه هو تقديم ظهير الالتزامات و العقود وإن كان لا يخالف الفقه هو أيضا إلا أن كثيرا من أحكامه لا تطابق نظر الفقهاء إلى الحق العيني كما في الدعاوى المنقولة.

وبناء على هذا الواقع، فإننا سندرس هذه الأحكام وفق مدونة الحقوق العينية مادامت هي الأحكام المُقضى به، لكن نستفسر و نستأنس بآراء الفقهاء المسلمين و المالكية تحديدا في بيان أصول المسائل ومواطن الوفاق والخلاف .

و يلزم التذكير أيضا - قبل الشروع في الكلام الموجز عن تلك الأحكام - أن هذه الورقات إنما هي مذكرات لا يقصد منها إلا معناها (أي التذكير)؛ فلا هي بمؤلف للتأصيل والتوثيق ولا تغني عن الرجوع إلى المضان. بل إنها نفسها مفتقرة إليها وإلى القضايا التفصيلية الواردة في المحاضرات . ثم إن

^٤ بغض النظر عن قوانين أخرى كأحكام الدولة وقانون نزع الملكية و ظهير ١٩١٤ المتعلق بأراضي الجموع و غيرها....
^٥ الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم ١,١١,١٧٨ صادر في ٢٥ من ذي الحجة ١٤٣٢ (٢٢ نوفمبر ٢٠١١)

^٦ المادة ١ : تسري مقتضيات هذا القانون على الملكية العقارية والحقوق العينية ما لم تتعارض مع تشريعات خاصة بالعقار. تطبق مقتضيات الظهير الشريف الصادر في ٩ رمضان ١٣٣١ (١٢ أغسطس ١٩١٣) بمثابة قانون الالتزامات والعقود في ما لم يرد به نص في هذا القانون. فإن لم يوجد نص يرجع إلى الراجح والمشهور وما جرى به العمل من الفقه المالكي.

ورودها على هذا الشكل اختياراً من غير اضطرار، إسهماً في ربط الطالب بالمصادر الأصيلة و كذا في التخلي مستقبلاً عن هذه البلية التي ابتلي بها الدرس الجامعي من الاعتماد الكلي على الملخصات .

الأحكام العامة للحقوق العينية

مفهوم الحق العيني:

الحق العيني " سلطة مباشرة يمارسها الشخص على شيء معين ، فهو استثناء من شخص - طبيعيا كان أم اعتباريا - بشيء مادي معين يمكنه من استعمال هذا الشيء والانتفاع به دون وساطة شخص آخر".^٧ و ليتضح هذا الحق يلزم أن نميزه من الحق الشخصي^٨ الذي يقابله^٩.

إن الحق العيني و الحق الشخصي وإن شملهما المراد بالمال وتفرعا عنه^٩، إلا أنهما مختلفان من جهة ما يقعان عليه.

إن محل الحق العيني شيء من الأشياء المادية بينما محل الحق الشخصي هو القيام بعمل أو الامتناع عن القيام بعمل . وتبعاً لذلك فالحق العيني حق مؤبد، لأنه يرد على شيء معين فيدوم بدوام المحل في حين أن الحق الشخصي حق وقتي، فلا تشريع يسمح بالحد من حرية الأشخاص إلى الأبد .

ثم إن الحق العيني - بسبب الاختلاف المذكور - يُكتسب بالتقادم لأن محله شيء مادي يمكن للشخص أن يضع يده عليه ويمتلكه بمرور الزمن، بينما لا يتصور اكتساب الحق الشخصي بالتقادم .

ويساعد هذا الفرق الأساس في المحل على التمثيل الواضح لأهم خصائص الحقوق العينية وهما:

- يتيح الحق العيني لصاحبه " حق التتبع " أي حق تتبع الشيء في أي يد كان؛ فمن ثبتت ملكيته لعقار مثلاً حق له أن يتتبعه ويحتج بحقه ذاك في مواجهة الكافة. بينما هذا الامتياز غير مخول في الحقوق الشخصية .

^٧ يعرف بكونه " رابطة بين شخصين دائن ومدين يطالب بمقتضاها الدائن مدينه بأن يقوم أو يمتنع عن القيام بعمل أو إعطاء شيء". ولقد كان هذا الحق موضوع مادة كاملة في الفصل الثاني من سلك هذه الإجازة تحت مسمى " نظرية الالتزام في الفقه الاسلامي" وقد كنا نبهنا هناك إلى صعوبة الحديث عن وضوح تلك الحقوق الشخصية في الفقه الاسلامي بالمعنى الضيق الوارد في نظرية الالتزام في القانون، كما ذكرنا هناك أيضاً بأن الأمر على خلاف ذلك فيما يتعلق بالحقوق العينية التي صار فيها الفقه القانوني عالة على الفقه الاسلامي.

^٨ مع أن هناك من يضيف حقوقاً ثالثة وهي الحقوق الفكرية باعتبارها ذات طبيعة مستقلة تنطوي على عنصرين أحدهما مالي والآخر معنوي (كحق المؤلف والمخترع)، وأنها بذلك لا تندرج تحت طائفة الحقوق العينية لأنها ليست سلطة لشخص على شيء مادي ولا تندرج تحت طائفة الحقوق الشخصية لأنها لا تخول صاحبها مطالبة الغير بالقيام بعمل أو الامتناع عن القيام بعمل .

^٩ باعتبار المال في عرف الفقهاء هو " كل ما له قيمة يلزم متلفه ضمانه ". ويقرب منه تعبير القانونيين " هو الحق ذي القيمة المالية "، و من ثمة فإن ما يستأثر به وليست له قيمة مالية محددة أو لا يقبل التعبير لا يسمى مالا فمن ملك ورقة مالية إنتهى العمل بها ، مالم تكن لها قيمة تاريخية ، وعليه فالحقوق الفكرية لا تعتبر حقوقاً إلا إذا قيمت تقييماً ينشئ في الذمة. ولما كان هذا المال في الحقوق التي تعيننا مما يقع على الشيء، فإن الحقوق الفكرية وإن عبرت فإنها تبقى خارجة عن نطاقنا

- يتمتع صاحب الحق العيني ب " حق الأفضلية" في استيفاء حقه مقدماً على جميع الدائنين الشخصيين من قيمة الشيء الذي أنصب عليه حقه. في حين يتساوى أصحاب الحقوق الشخصية في التخلف مرتبةً عن مرتبة ذي الحق العيني، إن لم تكن أموال المدين كافية لسداد جميع الديون.

٢ - نطاق الحقوق العينية :

لقد انبنى التمييز السابق بين الحقين الشخصي والعيني على رائر المحل، لكن هذا المحل و الحقوق الناشئة عليه مخصصة عند الفقهاء بما يصح التعامل فيه و يصلح لها. لذلك نشير إشارة عجلى للمعنى الضيق لمصطلح الشيء وكيف تفرع مفهومها (العقار والمنقول)، قبل توضيحها ببيان طبيعة الحقوق الناشئة عليهما .

٢-١ - مفهوم العقار والمنقول:

يتفرع مفهوم العقار و المنقول عن مفهوم الشيء فلزم أن يعرف قبلهما :

أ- مفهوم الشيء:

الشيء في الاصطلاح " هو ما يقع عليه الحق مادياً كان ذلك الشيء أم غير مادي"، ولقد قرر الفقهاء قديماً - ثم تبعم التقنين - أن يقصر لفظ الشيء على ما يصلح للتعامل. وعليه لا تعتبر الموجودات أشياء بالمعنى الفقهي إذا ما كانت خارجة عن دائرة التعامل، سواء كان ذلك بحكم طبيعتها كالاستنثار بالهواء وأشعة الشمس أو كان بحكم التقنين كحيازة الأسلحة أو كحيازة المعادن النفيسة. ولما كان الشيء القابل للتعامل لا يخرج عن أن يكون مملوكاً يستطيع مالكة أن ينقله أولاً يستطيع، فقد استقر تقسيم الأشياء أساساً^{١٠} إلى عقار و منقول . وهو تقسيم له أهمية تُستفاد من جملة فروق، نشير إلى بعضها قبل التفصيل في أقسام كليهما.

- تختص المحكمة التي يوجد في دائرتها العقار في نظر الدعاوي التي تُثار بشأنه في حين المحكمة المختصة في نظر دعاوى المنقول هي محكمة محل إقامة المدعى عليه .

- لا يخضع المنقول إلا استثناء لإجراءات التسجيل لما يتميز به من حركة وعدم استقرار بخلاف العقارات التي يوتر فيها الخضوع لإجراءات التسجيل في السجل العقاري.

^{١٠} إن تخصيص الشيء بما يقبل التعامل يغني عن كل التفريعات التي اعتادها الكاتبون في أقسام الشيء من مثل ، التقسيم إلى أشياء مثلية وأشياء متقومة- الأشياء القابلة للاستهلاك والأشياء التي لا تقبله- الأشياء المملوكة والأشياء غير المملوكة ..إلى غيرها من التقسيمات التي لا تعدو أن تكون مدرسية .

- الحيابة سند في ملكية المنقول وليست كذلك في العقار عند الفقهاء .
- تتشدد الدول في ملكية الأجانب للعقارات دون المنقولات حيث لا وجود لهذا التشدد إلا ما استثنى بنص خاص .

ب - مفهوم العقار وأقسامه :

تقاربت تعريفاته اللغوية عند الفقهاء^{١١} لكن اختلفوا في المراد بالاصطلاح خلافا له تأثير على ما ينسحب عليه؛ فيرى المالكية^{١٢} و الشافعية^{١٣} أن العقار " اسم للأرض و ما اتصل بها من بناء وشجر" و من ثمة فإن العقار " هو كل شيء لا يمكن نقله من غير تغيير هيئته"، بينما قصره الحنفية على " كل شيء لا يمكن نقله وتحويله من مكانه أبدا"^{١٤}.

و ثمة الخلاف أن تعريف الحنفية لا ينسحب إلا على ما اتصل بالأرض اتصال قرار، بينما يشمل العقار في تعريف المالكية ما اتصل بالأرض وما اندمج فيها بحيث ينسحب على الأرض و الأشجار المتصلة بها أو البناءات الواقعة عليها.

ولعل تعريف المالكية هو الذي رجح عند المشرع المغربي - بل وعند أغلب التقنيات في البلاد المسلمة و غيرها-، و هو الاختيار الظاهر من أقسام العقار في مدونة الحقوق العينية التي لا تستقيم إلا على مفهوم المالكية، مع اختلاف نشير إليه في محله.

- **العقار بطبيعته:** وهو العقار أصالة بحسب ما يمتد إليه تعريف المالكية واختيار التشريع المغربي الوارد في المادة ٦ من م ح ع " العقار بطبيعته هو كل شيء مستقر بحيزه ثابت فيه لا يمكن نقله من دون تلف أو تغيير في هيئته ". ويشمل هذا القسم من العقار (الأراضي بكل أنواعها الفلاحية والعارية و المنجمية ؛ الأبنية سواء منها ما كان فوق الأرض أو تحتها ؛ الآلات و المنشآت المثبتة ؛ النباتات).
- **العقار بالتخصيص:** هو ما كان منقولا بطبيعته - أي مما ينقل من غير تلف ولا تغيير في هيئته- لكن يرصده مالكة لخدمة عقار مملوك له أيضا ضماناً لاستمرار استغلاله (كالألات والحيوانات التي يرصدها أو يخصصها صاحبها لخدمة مزرعته).

^{١١} العقار بفتح العين : كل ملك له أصل وقرار ثابت كالأرض والدور والشجر والنخل، وهو مأخوذ من عُقر الدار - أصله - ، وجمعه عقارات ، ويقابله المنقول (انظر مادة عقر من لسان العرب ٥٧٩/٤).

^{١٢} انظر حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ٤٧٩/٣ ، وقال التسولي: الأصول الأرض وما اتصل بها من بناء وشجر (البهجة على تحفة ابن عاصم:

^{١٣} مغني المحتاج : ٨٠/٢

^{١٤} فتح القدير ٢١٥١٦ ، درر الحكام شرح مجلة الأحكام ١٠١١١ ،

وسمي هذا النوع من المنقول عقارا لأخذه ذات الأحكام التي للعقار بالأصالة، لكن ذلك مشروط

بشرطين :

- وحدة المالك لهما معا، احترازا من إمكان استرداد المنقول من صاحبه لو كانا في ملك يدين

مختلفتين .

- أن يرصد هذا المنقول بصفة دائمة لخدمة العقار لا لخدمة المالك.

و تزول صفة العقار بالتخصيص بانقطاع العلاقة بينه وبين العقار الذي خصص لخدمته، وهذا أما

أن يكون بإرادة المالك كما لو باع المنقول دون العقار أو العكس . أو أن يكون بأسباب خارجة عن إرادة المالك كما لو هلك العقار الذي خصص للمنقول لخدمته.

ومما تجب الإشارة إليه هنا أن "العقار بالتخصيص" ليس من اصطلاح الفقهاء وإن كان اختيار

تعريفهم يوحي بذلك، فهذا تعبير قانوني لا يأخذ به فقهاء المالكية . وعليه فإن ما يعتبر عقارا

بالتخصيص في القانون لا تزول عنه صفة المنقول عندهم . ولعل رأي المالكية أصوب فضلا عن أن

فكرة العقار بالتخصيص ليست محل اتفاق بين فقهاء القانون وإن اختارها المشرع المغربي كما هو واضح

من المادة ٧ من م ح ع .

ج - مفهوم المنقول وأقسامه :

يطلق على " كل ما يمكن نقله وتحويله من مكان إلى آخر دون تلف " . و من الفقهاء من اختصر

تعريفه في كل ما ليس عقارا. ويقسم المنقول عندهم إلى منقول بطبيعته ومنقول بمآله.

-**المنقول بطبيعته:** يصح اختزاله في " كل ما ليس عقارا" ليشمل المملوك المتحرك من حيوان

ومركبات و يشمل أيضا العروض من أدوات وأثاث وغيره. وليس يخرج عن وصف المنقول بعض

المنقولات التي تعامل معاملة العقار؛ فاشتراط التسجيل لنقل ملكية السيارات لا يكسبها صفة العقار ولا

يزيل عنها صفة المنقول.

و تجدر الإشارة بهذا الصدد إلى أن من لا يعتبر الحقوق الفكرية صنفا ثالثا يضاف إلى الحقوق

العينية والشخصية، فإنه يجعلها من ضمن المنقولات على أساس قاعدة" كل ما ليس عقارا فهو منقول".

-**المنقول بالمآل :** وهو ما كان عقارا بطبيعته لكنه اعتبر منقولاً من جهة الحكم بالنظر إلى ما

سيؤول إليه استقبالا، كما لو بيع بناء معد للهدم أو أشجار معدة للقطع. وبشترط ليأخذ العقار حكم

المنقول مآلاً أن يتم ذلك بإرادة الطرفين المتعاقدين لا بإرادة منفردة لأحدهما يلزم بها الآخر. و يترتب على اعتبار العقار منقولاً بالمآل إخضاعه للقواعد التي تحكم المنقولات لا تلك التي تحكم العقارات. و لعل التعرف العام على الفرق بين العقار والمنقول باعتبارهما أشياء يمكّننا من التطرق إلى الحقوق العينية الواقعة عليها .

٢-٢ طبيعة الحقوق الناشئة على الأشياء (العقار والمنقول)

كان يميل بعض المؤلفين في الحقوق العينية إلى أن يضموا إلى أقسام العقار أو إلى أقسام المنقول الدعاوى و الحقوق المتعلقة بأحدهما. و يُقدّمون على ذلك بعلّة أن هذه الحقوق تنطبع بطبيعة موضوعها، و أن العقار - مثلاً - وإن كان مستقراً فإن الدعاوى العقارية و الحقوق المرتبطة به هي الحق الواقع عليها و الحق الساعي لحمايتها فتأخذ لذلك صفتها. وهذا - في نظرنا - خلط بين الشيء و الحقوق الواقعة عليه. وهو أمر كان واضحاً عند الفقهاء رحمهم ؛ فموضوع الدعوى لا يكسبها ميزة ولا يلحقها بطبيعة المدعى فيه إلا من جهة تنوع الإجراء الخاص بها، لأن شروط الدعوى واحدة أياً كان موضوعها ، على حد قول المتحف :

و المدعى فيه له شرطان تحقق الدعوى مع البيان^{١٥}

و عموماً فهذا الرأي هو الذي انتصر له المشرع أخيراً في مدونة الحقوق العينية منسجماً مع نظر الفقه الإسلامي من جهة إقصاء العقار بحسب موضوعه وما ينسحب عليه من مسمى العقار^{١٦} . لكن هذا التنبيه لا يلغي الفرق بين طبيعة الحقوق الواقعة على العقار وتلك الواقعة على المنقول. وبيان ذلك أن الحقوق و التصرفات الواقعة على العين لا يخلو أن يرد بعضها على العقار حصراً، فلا ترد على المنقول مطلقاً (كحقوق الارتفاق و الكراء الطويل الأمد و الاستعمال والسكنى والسطحية)، أو أن يرد بعضها في الغالب على العقار و قد يرد استثناءً على المنقول (كالوقف مثلاً)، أو أنها ترد عليهما معا على حد سواء (كحقوق الملكية والرهن والانتفاع) . فيظهر من ذلك أن الحقوق العينية يغلب عليها الوقوع على العقار، لذلك فقد أخذت هذه الحقوق وصفه بالتغليب^{١٧}.

^{١٥} أنظر أيضاً ما قرره شارحه في موضع آخر يظهر منه تمييزهم قديماً بين ما موضوع دعواه العين و بين ما موضوعها دين في الذمة ، قال التسولي رحمه الله " فتحصل أن المدعى عليه إذا لم يخرج من بلده فليست الدعوى إلا هنالك كان المتنازع فيه هناك أم لا، وإن خرج من بلده فإما أن يلقاه في محل الأصل المتنازع فيه، أو يكون المال المعين معه أو لا، فيجيبه لمخاصمته هناك في الأوّل دون الثاني، وأما ما في الذمة فيخاصمه حينئذ لقيه" البهجة شرح التحفة : ١ / ٥٦ .

^{١٦} تنص المادة ٥ من م ح ع : الأشياء العقارية إما عقارات بطبيعتها أو عقارات بالتخصيص. خلافاً لما كان عليه الحال بمقتضى المادة ٨ من ظهير ١٩

رجب ١٣٣٣ .

^{١٧} وأنبه أن هذه الصفة هي التي شوشت على من ذكرنا خالطاً بين الموضوع و الحق المتعلق بها ، أي يجعل الدعوى العقارية عقاراً باعتبارها عقاراً بحسب الموضوع.

وهكذا فإن الحقوق العينية إذا أطلقت يقصد بها الحقوق العينية العقارية أما الحقوق المرتبطة بالمنقول فإنها تعتبر حقوقاً شخصية، وبالتالي تسري عليها القواعد العامة لمقتضيات قانون الالتزامات والعقود باعتبارها من الالتزامات المتعلقة بالذمة .

و بهذا الاعتبار فإن الحقوق التي نظمها المشرع في مدونة الحقوق العينية هي الحقوق العينية العقارية (وهو الواضح من تسمية الكتاب الثاني منها).

٢-٣ : خصوصية الحقوق العينية العقارية

عناصر هذه الخصوصية: ورود الحقوق العينية العقارية على سبيل الحصر، و انقسامها إلى أصلية وتبعية.

- الحقوق العينية واردة على سبيل الحصر

ينبغي على التمييز المتقدم للحقوق العينية العقارية من الحقوق المتعلقة بالأموال المنقولة، أن هذه الأخيرة تبقى مطلقة بحيث يمكن لأطرافها إحداث ما يشاءون من الالتزامات عليها من غير تحجير ولا حصر شريطة أن تكون مما يصح فيه التعامل، لذلك جعل ظهير الالتزامات والعقود بقواعده العامة محط الحكم عليها و الفصل في منازعاتها . بينما الحقوق المتعلقة بالأصول (أي العقار) اتفقت جل التشريعات على جعلها محصورة معلومة لا يزداد عليها، و لم يثد المشرع المغربي عن هذا التوجه في تنظيم الحقوق العينية بنوعيتها الأصلية والتبعية؛ فأورد أحد عشر (١١) حقا عينيا أصليا وهي حق الملكية وما يتفرع عنها، و ثلاثة (٣) حقوق عينية تبعية، كما سنرى.

و فلسفة هذا الحصر التمييز السابق عند القانونيين للحق الشخصي من الحق العيني؛ فالحقوق الشخصية - كما ذكرنا سلفاً - لا تخضع لحصر ولا لعد، بعلّة أن الإرادة قادرة على إنشاء ما تشاء من التزامات شخصية إلا ما خالف النظام العام أو الآداب. وليس ذلك للحقوق العينية؛ لأن الحق العيني أثره مطلق فيحتج به على الكافة، كما يمنح صاحبه حق التقدم و التبعية في مواجهة الجميع، فكان من اللازم حصره في حقوق محددة تربط بالنظام العام بحيث لا يجوز للإرادة إنشاء حقوق عينية أخرى إلا بمقتضى التشريع.

وغني عن البيان أن الفقه الإسلامي لم يلتفت إلى هذا الحصر لسبب مهم نذكر به دائما وهو عدم إقامة الفصل بين الحقوق الشخصية والحقوق العينية إلا من جهة شروط الدعوى، وليس يضره ذلك لأن هذا الحصر مجرد اختيار تشريعي مبني على رأي ما يزال محل اختلاف بين فقهاء القانون أنفسهم.

أنواع الحقوق العينية:

تقسم الحقوق العينية العقارية إلى حقوق أصلية وأخرى تبعية، و هو التقسيم المشار إليه بمقتضى المادتين ٩ و ١٠ من م ح ع .

- **الحقوق العينية الأصلية :** و هي الحقوق القائمة بذاتها من دون حاجة إلى غيرها، بمعنى أنها أنشئت أصالة لتكون سلطة لشخص على شيء. وتشمل الملكية والحقوق المتفرعة عنها الملكية وهي بحسب المادة ٩ من م ح ع : حق الملكية؛ حقوق الارتفاق والتحملات العقارية ؛ حق الانتفاع ؛ حق العمرى ؛ حق الاستعمال ؛ حق السطحية؛ حق الكراء الطويل الأمد ؛ حق الحبس ؛ حق الزينة؛ حق الهواء والتعلية؛ الحقوق العرفية المنشأة بوجه صحيح قبل دخول مدونة الحقوق العينية حيز التنفيذ .

ويلاحظ على هذه المادة أن المشرع قد عمد إلى إلغاء حقي الجلسة والجزاء^{١٨} من معدود الحقوق العينية، وقد كانا مقررين في ظهير ١٩ رجب ١٣٣٣. ولعل المشرع قد أحسن صنعا بذلك من جهتين؛ أولا لينسجم استقلال مدونة الأوقاف عن مدونة الحقوق العينية، ثانيا - وهو الأهم- أن هذين الحقين لا أصل لهما من شرع ولا قياس صحيح، فقد كانا محل انتقاد من كثير من الفقهاء . بل إن المجيزين إنما عللوا ذلك بما جرى به العمل و ترجيح القضاء، وهو ما ينم عنه قول السجلماسي صاحب العمل الفاسي :

وهكذا الجلسة والجزاء جرى على التبقية القضاء

- **الحقوق العينية التبعية:** هي الحقوق التي تكون شخصية في أصلها أي التزامات متعلقة بالذمة، بحيث لا يتصور وجودها من غير التزام أصلي ترتكز عليه، فوجود الرهن المخصص - مثلا- لضمان الوفاء بمال يحتاج إلى إثبات قيام التزام سابق بتأديته . ولقد نظمت هذا الحقوق المادة ١٠ من م ح ع مؤكدة أن الحق العيني التبعي هو الحق الذي لا يقوم بذاته، وإنما يستند في قيامه إلى وجود حق شخصي، ويكون ضمانا للوفاء به. والحقوق العينية التبعية بحسب المادة هي : الامتيازات ؛ الرهن الحيازي ؛ الرهن الرسمية.

و لا يخفى أن الفقه الإسلامي يعرف الرهن الحيازي دون الرهن الرسمي فالأول يشترط حياة المرهون بينما الثاني يقع فيه الرهن دون خروج المرهون من يد الراهن. على أن هناك من حاول تقريب هذا الرهن المسطري القانوني من حق الحبس المعروف عند الفقهاء باعتباره حبسا لمال المدين إلى حين الوفاء بالتزامه. أما حق الامتياز فإن الفقه الإسلامي يقر البعض منها وينكر آخرها، فمما يقره حق الامتياز للدائنين وللزوجة من مال المورث.

^{١٨} وهما حقان مفران بتأييد الانتفاع لمكتري الأملاك الحسبية مادام محافظا صانئا لها (الجلسة على الدكاكين والجزاء على الأراضي الفلاحية الحسبية أو ما كان يسمى أملاك المخزن).

و على العموم، فإن لتقسيم الحقوق العينية إلى أصلية وتبعية أهمية تظهر في قوة الحقوق الأصلية لقيامها بذاتها من غير حاجة إلى التزام آخر تستند إليه أو يؤثر في صحتها وبطلانها ، بينما الحق التبعية يدور مع الالتزام الذي يرتكز عليه وجودا وعدما، فلو كان- مثلا - الالتزام الأصلي المضمون بالرهن باطلا لتبعه لزوما في ذلك حق الرهن العيني المنشئ عليه .

و لعل أهمية ذلك التقسيم هي ما فرض أن درس كل نوع على حدة، مقدمين الحقوق العينية الأصلية لقوتها وأصالتها.

حق الملكية

الملكية المنفردة والملكية الشائعة وأسباب الملكية

حق الملكية هو الحق العيني الأصل؛ وما بقية الحقوق إلا مما تفرع منه أو انتسب إليه بنسب . ولقد أجمعت التشريعات على اختلاف مصادرها (الربانية أو الوضعية) على تقديمه و العناية بأحكامه؛ لذلك نجد كثيرا من الدساتير تعبر عن تعظيمه بعبارة تكاد تتكرر في جلها وهي " حق الملكية حق مقدس " .

لكن التعبير القرآني أولاه ذلك الاهتمام من جهة الاستخلاف في المال المملوك و عِظَم التكليف به، لا لقدسية في ذات الحق. من ذلك قول الله تعالى ﴿أَمِنُوا بِاللَّهِ وَرَسُولِهِ وَأَنْفَقُوا مِمَّا جَعَلَكُمْ مُسْتَخْلِفِينَ فِيهِ فَالَّذِينَ آمَنُوا مِنْكُمْ وَأَنْفَقُوا لَهُمْ أَجْرٌ كَبِيرٌ﴾^{١٩} فالمال مال الله تعالى، وما بأيدي الناس إنما يملكونه مجازا بدليل قول الله عز وجل ﴿وَأَوْهَمُوا مِنْ مَالِ اللَّهِ الَّذِي آتَاكُمْ﴾^{٢٠}. بل إن الدنيا كلها مملّكة للمكلفين استخلافا وابتلاء للحديث الصحيح عن أبي سعيد الخدري عن رسول الله صلى الله عليه سلم أنه قال (إِنَّ الدُّنْيَا حُلُوهٌ خَصْرَةٌ، وَإِنَّ اللَّهَ مُسْتَخْلِفُكُمْ فِيهَا فَيَنْظُرُ كَيْفَ تَعْمَلُونَ)^{٢١}.

فعلى هذا النظر المختلف في الشريعة الإسلامية تفهم أحكام الملكية، كما أن عليها يبني النظر إلى أصل الملكية؛ فلا يستقيم في الشريعة، ولا هو مسلم فيها، ما يعتبر قناعة راسخة في الفقه القانوني من كون الملكية ابتدأت جماعية مشاعة بين الناس ثم تطورت لتصير فردية . فهذا التصور القانوني مفهوم سياقه، وهو التمكين لمفهوم الدولة الحديثة بتعزيز مواردها واستقلالها وجعلها المانح و الضامن للملكية في شكلها الفردي. بينما الدولة في المفهوم الإسلامي لا تملك بالأصالة، ومن ثمة فإن من تملك جماعة أو على الشياخ فإنما بالاستثناء ولا بد له من مدخل؛ فإما بالإقطاع من الحاكم لِمَا مَلَكَ عَنوة تملكا ناقصا أو بالعقد والوصية و الشفعة وما شابه في الملكية التامة من عموم الأفراد^{٢٢}.

و إن التصور السالف للملكية لتتم عنه تعاريف الفقهاء، ولعل من أدقها ما جاء عن أبي الشهاب القرافي المالكي " إِنَّ الْمَلِكَ : إِبَاحَةٌ شَرْعِيَّةٌ فِي عَيْنٍ أَوْ مَنْفَعَةٍ، تَقْتَضِي تَمَكُّنَ صَاحِبِهَا مِنَ الْإِنْتِفَاعِ بِتِلْكَ

^{١٩} سورة الحديد آية ٧ .

^{٢٠} سورة النور آية ٣٣ .

^{٢١} صحيح الإمام مسلم، كتاب....

^{٢٢} و على كل حال فهذه مسألة في غاية الأهمية لكن نقنع في هذا المقام بمجرد التنبيه .

العين أو المنفعة، أو أخذ العوضِ عنهما من حيث هي كذلك^{٢٣} . وعرفها تقنين مجلة الأحكام العدلية الحنفية بما نصه " الملك ما ملكه الإنسان سواء كان أعياناً أو منافع "^{٢٤}. فيتضح أن حق الملكية يمنح لصاحبه سلطات متكاملة على محل الحق ، عقاراً كان أو منقولاً.

ولما كانت عناية المشرع المغربي في المدونة بالحقوق العينية الواقعة على العقار دون المنقول، فإنه حصر تلك الخصائص عليه بنص المادة ١٤: " يخول حق الملكية مالك العقار دون غيره سلطة استعماله واستغلاله والتصرف فيه، وأنه لا يقيد في ذلك إلا القانون أو الاتفاق".

لكن قبل التعرف على سلطات المالك يلزم التنبيه إلى أن الملكية المقصودة هي دائما الملكية الفردية الممنوحة للأشخاص، بشقيها الملكية الفردية المفردة أو الملكية الفردية على الشيوع. فتخرج بذلك عن نطاق دراستنا الملكية العامة للدولة بأملكها العامة أو الخاصة، فهذه لها موضعها في القانون الإداري خاصة . اللهم إذا فقدت هذه الأموال صفتها العامة بانتهاء تخصيصها للمنفعة العامة، فإنها تعود لتتطبق عليها هذه القواعد، سواء حصل ذلك بمقتضى تشريع خاص يفيد انتهاء الغرض الذي من أجله خصصت تلك الأموال للمنفعة العامة أو بمقتضى واقعة كتغيير نهر لمجره فتعود الأراضي التي انحسر عنها إلى صفة قبول تملكها ملكية فردية.

سلطات المالك :

إن حق الملكية هو أقوى الحقوق العينية وأوسعها نطاقاً حيث يعطي للمالك وحده كل السلطات

الممكنة على الحق :

١- **سلطة الاستعمال:** وهي سلطة القيام بأعمال مادية للحصول على منافع الشيء التي تسمح بها طبيعته، ويمتد هذا الحق للمالك لأن يستعمل الشيء كيفما شاء حتى لو في غير المعتاد شرط ألا يتعسف في استعمال الشيء بما يلحق الضرر بالغير. كما يحق للمالك له بالمقابل دون غيره ألا يستعمل الشيء إن أراد دون أن يترتب على ذلك سقوط حقه عليه. كما له أن يتنازل عن سلطة الاستعمال لشخص آخر، حينها يكون قد انتقل المالك إلى سلطة الاستغلال .

٢- **سلطة الاستغلال :** وهو سلطة القيام بالأعمال اللازمة للحصول على غلة الشيء دون المساس بأصله أي الانتفاع به بطريق غير مباشر بالحصول على ثماره. و تمتد هذه السلطة لجميع ما يشملها حق

^{٢٣} الفروق؛ الفرق الثمانون بعد المائة: ٢١٦/٣.

^{٢٤} المادة ١٢٥

الملكية من عناصره الجوهرية مع العلو والعمق كما يشمل ملحقاته التي يفرق الفقه بصددها بين الثمار والمنتجات .

أ- الثمار: هي ما ينتج دورياً دون الانتقاص من أصل الشيء وهي إما طبيعية أو صناعية مستحدثة أو مدنية .

- الثمار الطبيعية : هي التي تنتج دون تدخل من الإنسان، وهي التي تتولد عن الشيء في مواعيد دورية ثابتة دون تدخل من الإنسان كالكأ ونتاج الحيوان ..

- الثمار الصناعية : هي التي يتدخل الإنسان في زراعتها وتعهدها بالرعاية حتى موسم الجنى والحصاد , كزراعة المحاصيل الموسمية المختلفة أو أشجار الفاكهة المتنوعة.

- الثمار المدنية : هي ما يغله الشيء من دخل ثابت نتيجة استغلاله، كتأجير المنازل وأرباح الأسهم.

ب- المنتجات : ما ينتقص اقتطاعها من أصل الشيء دون أن ينتجها في مواعيد دورية كما في المقالع والمناجم وأشجار الغابات المعدة للقطع. و بخلاف الثمار، فإن الغالب في المحاصيل أن تكون غير متجددة لنفوقها بالاستهلاك، كما يغلب لذلك على العلاقة بين مالك المنتجات والعاقد الثاني أحكام عقد البيع لا أحكام الإيجار الذي لا يرد إلا على الأشياء غير القابلة للاستهلاك .

٣ - سلطة التصرف: وهي سلطة إخراج الشيء من الذمة نهائياً سواء كان بعوض أو بدونه. هذه السلطة خالصة للمالك دون غيره من ذوي الحقوق، بل هي ما يميز حق الملكية عن غيره من الحقوق العينية الأصلية.

فبمقتضاها يحق للمالك التصرف فيما يملك بكل أوجه لتصرف مادام كامل الأهلية غير محجور عليه لأي مانع من موانع الأهلية ، كما تنفذ تلك التصرفات من بيع أو هبة أو وصية في حق الجميع و أولهم الورثة، ما لم تكن في مرض الموت أو في وصية بأكثر من الثلث.

والتصرف في الشيء يكون إما بمقتضى عقد (بإرادة واحدة كما في التبرع أو بإرادتين كما في المعاوضة) ينجم عنه خروج ملكية الشيء نهائياً من ذمة المالك أو بمقتضى تصرف مادي محض ينتج عنه إهلاك الشيء بما تقتضيه طبيعته كذبح الحيوان المملوك و استهلاك الأطعمة.

- خصائص حق الملكية:

إن اجتماع السلطات الثلاث في يد المالك خص حق الملكية بثلاث خصائص عامة:

- حق جامع: لأنه يخول المالك جميع السلطات التي من شأنها أن تمكنه من الحصول على مزايا الشيء محل الحق، فهو لذلك حق مطلق يمكن الاحتجاج به في مواجهة الكافة. ويترتب على ذلك ما يلي :

- إن الحقوق المتفرعة عن حق الملكية كحق الانتفاع والسكنى تكون مؤقتة لا دائمة. .
- إن القيود الواردة على الملكية استثناء لا أصل.
- **حق مانع:** معناه أن الملكية قاصرة على المالك فلا يجوز للغير الانتفاع بالشيء أو استعماله إلا بإذنه ورضاه، دون أن يعني ذلك امتناع تعدد ملاك الشيء الواحد فيما يعرف بالملكية الشائعة. كما يعني أيضاً أن الحق لا يسقط أبداً لعدم الاستعمال فترةً من الزمن طالبت تلك الفترة أم قصرت، بخلاف الحقوق العينية الأخرى المتفرعة .

- حق مؤبد: يعني تأبيد الملكية أنه الحق العيني الوحيد الذي لا يسقط أبداً بعدم الاستعمال؛ فيبقى مادام محله باقياً ولا يسقط بالتقادم ولا يزول بعدم الاستعمال فكل الحقوق المتفرعة عنه تسقط بمجرد عدم استعمالها فترة معينة.

نطاق الملكية:

يعبر الفقهاء عن النطاق بالأموال القابلة للتملك. و يقصد بها التقنين المعاصر تملك عناصر الشيء الجوهرية وما امتدت إليه في جهاته الثلاثة^{٢٥}: ما تفرع عنه سطحا؛ وما امتد إليه عمقا؛ وما امتد إليه علوا. فملكية أرض - مثلا- تشمل ثمار الشيء و ملحقاته و توابعه كما تمتد إلى الفضاء الذي يعلو المكان والعمق اللازم للتمتع بمزايا الأرض أو المبنى.

- عناصر الشيء الجوهرية:

يدخل ضمن نطاق الشيء المملوك بالضرورة ما يعد من عناصره الجوهرية، ويقصد بها ما يكون ماهية الشيء ووجوده مما لا يمكن الاستغناء عنه، بحيث لولاها يفنى الشيء أو يتلف أو يتحول إلى شيء آخر. فالضيعة الفلاحية - مثلا- لا يمكنها الاستغناء عن مصادر الري والمياه وآلات الري وأشجار الزراعة وحظائر الماشية ومخازن السماد والحبوب وأدوات الزراعة المختلفة. وبغير هذه العناصر تتحول المزرعة لأرض بوار لا خير فيها، ما لم يمكن إعدادها للبناء إن أجاز الحاكم ذلك أو تركها على حالها حتى تعود إليها الحياة.

^{٢٥} تنص المادة ١٦ من م ح ع على: "مالك العقار يملك كل ملحقاته وما يدره من ثمار أو منتجات وما يضم إليه أو يدمج فيه بالالتصاق".

- نطاق الملكية من جهة التفرعات :

يقصد بها ما تقدم في معنى سلطة الاستغلال التي تمتد إلى ثمار الشيء بأنواعها الثلاثة وإلى منتجاته، كما قد تمتد إلى كل ما يتواجد على الشيء مما لا مالك له ومن ذلك ما نصت عليه المادة ١٧ من م ح ع بقولها " يحق لمالك الأرض قنص ما بها من الوحيش على أن يراعي في ممارسته لهذا الحق الضوابط التي يفرضها القانون". دون أن يمنع ذلك الاستثناءات التي قد ترد على تملك تلك التفرعات، كما في الحالة التي تتساقط فيها الثمار طبيعياً من أغصان الأشجار التي تتجاوز علو أرض الجار، فإنها تعود لمن سقطت على أرضه لا لمن تفرعت عن ملكه.

لكن يضاف إلى تلك السلطة في نطاق ملكية الفروع، ما التصق بالشيء واتحد به. سواء كان ذلك الالتصاق طبيعياً أو صناعياً كما سيأتي تفصيله في باب أسباب كسب الملكية. وليس من تلك التفرعات حقوق الارتفاق - كما سنرى في موضعه أيضاً- لأنها ليست ملكية تامة عند الفقهاء و لا عند القانونيين، على اختلاف بينهما في التكيف.

- نطاق ملكية العلو:

تمتد ملكية العلو في الأرض للطبقات الهوائية العليا إلى الحد الذي يمكن أن يصل إليه الانتفاع المرخص للأرض؛ فمالك الأرض له حق الارتفاع بمبناه إلى الحد المسموح به والعلو بما يساوى مساحة أرضه، كذلك بالنسبة لأشجار المزرعة فتنمو وتعلو وتمتد لكل الفضاء الذي يعلو ويوازي المزرعة تماماً. و من نطاق هذا العلو أن يمنع المالك الغير من التجاوز عليه إلا بإذنه، كما لو تجاوزه جاره بأغصان أشجاره أو ببناء حاجب فله بسبب نطاق العلو أن يرغمه على قطع الأغصان أو هدم البناء الممتد على علوه. بل إن من ذلك النطاق أن يفصل المالك علو الشيء المملوك عن أصله وجوهره بالتفويت أو الاستغلال كأن يبيع العلو أو يسمح بإنشاء حق السطحية بإرادته.

لكن ذلك لا يمنع أن يقيد هذا النطاق، وذلك من طريقين الأولى اشتراط أن يمارس ذلك الحق دون تعسف في الاستعمال ، و الثانية ممارسته مع مراعاة مقتضيات التشريعات الخاصة بالقوانين المنظمة للملاحة الجوية و خطوط الهاتف والكهرباء وكذا مراعاة قيود الجوار من جهة العلو سواء في الزراعة أو البناء.

- نطاق ملكية العمق:

تمتد ملكية الشيء للعمق اللازم للتمتع به و الاستفادة منه بحسب الغرض المخصصة له، فيمتد العمق في الأرض الزراعية إلى الحد اللازم لنمو النباتات والأشجار و للأعماق اللازمة لاستخراج المياه

الجوفية، كما يمتد في البناءات الشاهقة إلى الحد اللازم لوضع الأساسات الحاملة للمبنى، بما فيها المخابئ و مخازن المياه وغيرها.

ومن مشمولات هذا النطاق أحقية المالك في استغلال العمق من استخراج الأثرية و الانتفاع بمقالعه استعمالاً واستغلالاً. لكن ذلك كله لا يمنع من تقييد هذا الحق كغيره بقيدتين: الأولى أن يستعمل دون تعسف و لا إضرار بالغير؛ فلا يحفر أسفل ملكه بما يضر أساسات جيرانه أو أساسات البناية التي يسكنها إن كان العلو لملك آخر. والثاني أن يحد منه التشريع كالقيود القانونية الخاصة بالنفيس مما تحت الأرض كالمعادن والآثار والكنوز، دون المقالع التي يحق تملكها لكونها منتجا لا عمقا . لذلك نشير بعجالة إلى حكم المعادن والكنز.

- المعادن: لقد كانت المسألة محل خلاف بين الفقهاء؛ إذ يرى الحنفية أن وجود المعادن النفيسة صلبة كانت أم مائعة لا يحد من ملكية المالك لعمق الشيء، بينما يرى المالكية في أشهر أقوالهم أن المعادن الكامنة في باطن الأرض ليست ملكاً لصاحب الأرض، بل هي ملك للمسلمين عامة^{٢٦}. و لقد اختلفت جل التشريعات اختيار المالكية - ومنها مدونة الحقوق العينية المغربية بحسب القيد الوارد في المادة ١٩- لاتساق ذلك الرأي و فلسفات التقنين المعاصر. لكن مع اختلاف في العلة، لأن المالكية لا ينسبون ملكية المعادن للدولة بل لعامة المسلمين و الحاكم وكيل فيها لا غير. و لا يخفى ما في ذلك من المخالفة لمنطق التقنين الذي يجعل الدولة شخصا اعتباريا مستقلة عن مواطنيها.

- الكنز : من الفقهاء من يميز الركاظ من الكنز باعتبار الأول مما دفن في الجاهلية والثاني مما دفن بعدها، ومنهم من يجعل الركاظ اسما للمدفون الذي لا مالك له على أصل الوضع لغة و لا يطلق على الكنز الذي يعلم صاحبه إلا مجازا، مستدلين بقوله تعالى (فَأَرَادَ رَبُّكَ أَنْ يَبْلُغَا أَشُدَّهُمَا وَيَسْتَخْرِجَا كَنْزَهُمَا رَحْمَةً مِنْ رَبِّكَ)^{٢٧} فلما نسب الكنز للغلامين أفاد العلم بأصحابه. وعليه قرروا أن الكنز لملكه الذي خبأه إن استطاع الإثبات، وإلا فلصاحب الأرض التي وجد فيها أو لملك الرقبة، إن توزعت الملكية بين مالك رقبة وصاحب منفعة . فإن كانت الأرض موقوفة فيكون الكنز ملكاً للواقف أو لورثته ، وليس لجهة الوقف.

^{٢٦} اختلف الفقهاء في حكم ملكية المعادن فقال الحنفية : إذا وُجد معدن ذهب أو فضة أو حديد .. في أرض خراج أو عُشر أخذ منه الخمس و باقيه لواجده وكذا إذا وجد في الصحراء التي ليست بعشرية و لا خراجية . وأما المانع كالفير والنفط وما ليس بمنطبع ولا مائع كالنورة والجص والجواهر فلا شيء فيها وكلها لواجدها . وذهب المالكية في قول إلى أن المعادن أمرها للإمام يتصرف فيها بما يرى أنه المصلحة وليست بتبع للأرض التي هي فيها .. ، وللإمام أن يقطعها لمن يعمل فيها بوجه الاجتهاد حياة المقطع له أو مدة ما من الزمان من غير أن يملك أصلها، وبأخذ منها الزكاة على كل حال . وقال الشافعية : المعدن الظاهر لا يملك بالإحياء ولا يثبت فيه اختصاص بتحجر ولا إقطاع.

وقال الحنابلة : إن المعادن الجامدة تملك بملك الأرض التي هي فيها ، لأنها جزء من أجزاء الأرض فهي كالتراب والأحجار الثابتة.

(أنظر تفاصيل المذاهب في: رد المحتار على الدر المختار: ٢ / ٤٦ . حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ١ / ٤٨٧ . المغني لابن قدامة: ٣ / ٣٠-٣٦)

^{٢٧} من الآية ٨٢ من سورة الكهف

وأما اختيار التقنين المعاصر، فهو ضمها إلى أملاك الدولة وفق مساطر خاصة أو الإذن لواجدها بتملكها وفق مساطر وأجال خاصة بحسب أهمية ما وجد . ولقد عدل المشرع المغربي عن ذلك في مدونة الحقوق العينية ليوافق أحكام الفقه الإسلامي حين اقتضت المادة ١٨ أن " الكنز الذي يعثر عليه في عقار معين يكون ملكا لصاحبه وعليه الخمس للدولة ".

فهذا عموما نطاق الملكية من جهاته الثلاث، ومنها وقفنا على بعض القيود التي ترد بصدددها، وهو ما استوجب الحديث عن القيود العامة الواردة على الملكية.

- القيود على حق الملكية :

الأصل في الملكية أنها حق محمي لا تنزع إلا للمنفعة العامة، أو لمصلحة أعلى من مصلحة المالك. وعن هذين الاستثناءين تنفرع القيود الواردة على الملكية ؛ فهي إما قيود بمقتضى التشريع أو بمقتضى الاتفاق أي قيود تكون باختيار المالك أو يجبر عليها .

وقبل الإشارة إلى أنواع القيود نذكر أن القيد قد يرد على المالك نفسه، ومن ذلك أن تضع بعض التشريعات قيودا على تملك الأجانب للعقارات على أراضيها أو تفرض شروطا خاصة لتفويت بعض العقارات كاشتراط الخبرة في عمليات الخصصة مثلا .

أ - القيود على الملكية بمقتضى التشريع

القيود التشريعية قد تكون مقررة لمصلحة عامة أو مقررة لمصلحة خاصة جديرة بالاعتبار وهي دائماً ما تكون بين العقارات المتجاوزة منعا للضرر أو على الأقل التقليل من المضايقات الناشئة بين الملاك بسبب الجوار .

- القيود التشريعية المقررة للمصلحة العامة:

قد تتقرر هذه القيود على مبدأ الحق في التملك من أساسه، كما رأينا من منع بعض التشريعات تملك الأجانب للأراضي الفلاحية. لكن الغالب عليها أن تتقرر القيود على حق الملكية بعد توافره ، كنزع الملكية للمنفعة العامة أو الحرمان من الاستغلال للاحتلال المؤقت .

- نزع الملكية للمنفعة العامة: القاعدة الفقهية المعتمدة في هذا التقييد هو تقديم المصلحة العامة

على المصلحة الخاصة إذا تعارضتا، وهو مبدأ كوني في جميع التشريعات. لكن الشرط في هذا القيد أن يمارس بلا شطط، لذلك تقرر جميع التشريعات من حيث المبدأ أن نزع الملكية للمصلحة العامة يستوجب التعويض العادل لملاءة ذمة النازع .

و لم يحذ المشرع المغربي في مدونة الحقوق العينية عن هذا الاتجاه لما قرر في المادة ٢٣ : " لا يحرم أحد من ملكه إلا في الأحوال التي يقرها القانون. و لا تنتزع ملكية أحد إلا لأجل المنفعة العامة ووفق الإجراءات التي ينص عليها القانون، ومقابل تعويض مناسب"^{٢٨}.

لكن مما يعاب على هذا التقرير الذي يحيل على قانون آخر، هو عدم التعبير بصدد التعويض بما توافقت عليه التشريعات من عبارة " تعويض عادل "، فاختيار عبارة التعويض المناسب يبقى أفضلية أشخاص القانون العام، و هو أمر تخلت عنه كثير من الدول المتقدمة باعتبار الدولة مليئةً ذمتها غير مفتقرة فلا تحتاج إلى حماية أو ميز قانوني.

-الاحتلال المؤقت و الحرمان من الاستغلال: قد تعتمد الدولة إلى حرمان المالك من استغلال ملكه دون نية نزع - على الأقل في مرحلة أولى-، ويكون ذلك لطبيعة النشاط الذي تزمع القيام به في أحوال طارئة أو مستعجلة؛ كأن يُأمر بالاحتلال المؤقت على العقارات اللازمة لإجراء أعمال الترميم أو الوقاية أو غيرها لقطع جسر أو تقشى وباء. و قد تلجأ الجهات للحرمان لعدم توافر الموارد المالية الكافية لنزع الملكية أو لتعقيدات قد تطول فيضيع بطولها العقار من يدها بتفويت أو تغيير أو تشييد. ويشترط في الاحتلال أن يكون مؤقتاً بأن ينتهي في أجل محدد غالباً ما تجعله التشريعات ثلاث سنوات أو بانتهاء الغرض، فإذا دعت الضرورة مد المدة المحددة وتعذر الاتفاق مع ذوى الحقوق حينها يلزم الجهة المانعة مباشرة إجراءات نزع الملكية . وتجدر الإشارة أن تقدير التعويض عن الحرمان يتم وفقاً للقانون ٧،٨١ الآنف الذكر، ولمقتضيات المادة الثامنة من قانون ٩٠/٤١ المحددة لاختصاص المحاكم في البت في النزاعات المتعلقة بالعقود الإدارية و التعويض عن الأضرار الناشئة عن أعمال وأنشطة أشخاص القانون العام.

- القيود المقررة للمصلحة الخاصة

الجوار؛ فهي من الحقوق المشددة في الفقه الإسلامي، لشدة التزامات تجتمع هذه القيود في الوصية بها في الأصلين كما في قول الله تعالى ﴿وَأَعْبُوا اللَّهَ وَلَا تُشْرِكُوا بِهِ شَيْئًا وَبِالْوَالِئِينَ إِحْسَانًا وَبِآلِ الْقَرْبَىٰ وَالْيَتَامَىٰ وَالْمَسْكِينِ وَالْجَارِ ذِي الْقُرْبَىٰ وَالْجَارِ الْجُنُبِ وَالصَّاحِبِ بِالْجَنبِ وَابْنِ السَّبِيلِ وَمَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ إِنِ اللَّهُ لَا يَجِبُ مِنْ كُنْ مَغْتَالًا فَخُورًا﴾^{٢٩} وللحديث الصحيح المشهور عن عائشة

٢٨- القانون رقم ٧،٨١ المتعلق بنزع الملكية لأجل المنفعة العامة وبالاحتلال المؤقت؛ الجريدة الرسمية عدد ٣٦٨٥ بتاريخ ٣ رمضان ١٤٠٣ (١٥ يونيو ١٩٨٣)، ص ٩٨٠؛ كما تم تغييره وتنظيمه.

^{٢٩} آية ٣٦ من سورة النساء

رضي الله عنها عن النبي صلى الله عليه وسلم قال: (ما زال جبريل يوصيني بالجار حتى ظننت أنه سيورثه)³⁰.

و يحرص التقنين المعاصر بدوره على حفظ هذه الحقوق بالعمل على إنهاء أو تقليل أسباب النزاع بين الحقوق المتجاورة، فنص على مجموعة من القيود القانونية المحمل بها حق الملكية لصالح الملكيات الأخرى المتجاورة ، وذلك بشكل عام وعلى جميع الملكيات. وفي هذا وردت المادة ٢١ من م ح ع منبهة أنه " لا يسوغ لمالك العقار أن يستعمله استعمالاً مضراً بجاره ضرراً بليغاً، والضرر البليغ يزال". ويلاحظ أن التقنين يؤخذ بنظرية مخصوصة في حقوق الجوار وهي " نظرية الضرر البليغ" ويسمى عند البعض بالضرر غير المألوف تمييزاً من الضرر المعتاد الذي لا يمكن تلافيه. وسنشير مرة أخرى إلى هذه القضايا إشارة عجلية.

- أضرار الجوار غير المألوفة: لما كانت طبيعة الضرر من أصعب شيء يُحدد لاختلاف الناس في تصوره، فإن القاعدة ألا يغلو المالك في استعمال حقه إلى حد يضر بملك الجار. وبالمقابل ليس للجار أن يرجع على جاره في مضار الجوار المألوفة التي لا يمكن تلافيتها إلا إذا تجاوزت الحد المألوف، فيراعى في ذلك العرف وطبيعة العقارات وموقع كل منها بالنسبة للآخر والغرض الذي خصصت له، فإذا ما احتقت كل هذه القرائن منع المالك من الإضرار ولو حصل على ترخيص مسبق صادر عن السلطات المختصة.

- قيود المطلات: هي من الأحكام المعلومة في الفقه الإسلامي وقد كان يقع التمييز بين المطلات والمناور. وأشارت إليها مدونة الحقوق العينية في النص العام للمادة ٢١ في إزالة كل أنواع الضرر، و في حقوق الجوار الخاصة بالحائط المشترك في المادة ٣٠ و كذا في حقوق الارتفاق الخاصة بحق المطل . ومع ذلك فلا بأس من إشارة مقتضبة إلى الفرق و بعض الأحكام في الفرق بين المناور والمطلات . فالمناور هي " ما يقصد بها نفاذ الهواء والنور بعلو قاعدتها عن قامة الإنسان المعتادة دون السماح بالإطلال منها على العقار المجاور". و بمفهوم المخالفة فإن المطل " ما يقصد بفتحه وإنشائه نفاذ الهواء والنور والإطلال على العقار المجاور و تكون قاعدته في مستوى قامة الإنسان المعتادة". وفائدة التمييز أن ما بالدار من فتحات يسمى مطلاً وتخضع لحكمه من عدم جواز الفتح إلا إن ثبت أنها تعلو معتاد القامة فتعتبر منوراً جائزاً. كما أن المطل تحكمه أحكام المسافة المقررة بخلاف المنور الذي لا يشترط فيه هذا الشرط .

³⁰ أخرجه البخاري في كتاب الأدب باب الوصية بالجار وهذا لفظه ، ومسلم في كتاب البر والصلة والآداب

ب- القيود الاتفاقية على حق الملكية:

قد تدعو الحاجة المتعاقدين أثناء ممارسة حقوق التصرف من نقل ملكية أو تفويت منفعة إلى الاتفاق على تضمين العقود بمقتضيات تقضي بمنع الحائز الجديد من التصرف لفترة قد تطول أو تقصر. و قد يثار بهذا الصدد اعتراض يكون غلّ سلطة الأفراد في التصرف في ملكياتهم يناقض خصائص حق الملكية من كونه حقا جامع مانعا مؤيدا بسلطاته الثلاث : الاستعمال والاستغلال والتصرف.

لذلك فإن الفقه و التقنين فتحا باب الاستثناء بقدر، وفي حدود ضيقة وبشروط معينة خاصة من جهة التوقيت وتحقيق المصالح المشروعة.

وهكذا، فعدا الشرط البدهي المعروف من عدم مساس الاتفاق بجوهر حق الملكية، فإن صحة تلك الاتفاقات مشروط بشرطين أساسيين:

- أن تكون الاتفاقات مؤقتة ومشروعة. - أن لا تشمل كل سلطات المالك.

فيحق- مثلا -بيع عقار مع اشتراط شرط في العقد يقضي بعدم تمكين المالك الجديد من الانتفاع بملكه إلا بعدم مرور أجل سنة، فإذا كان الشرط غير محدد بطل الشرط بطلان مطلقا.

- الملكية المشتركة-**- مقدمة في المفهوم و النطاق والفروق:**

أشرنا بصدد الملكية الفردية أن ورودها قد يكون على الانفراد أو على الاشتراك دون أن يلحقها ذلك بأمالك الدولة و لا بأمالك الجماعات.

وللسبب نفسه نجد المشرع في مدونة الحقوق العينية قد جعل الاشتراك من أنواع الملكية ووضع تحتها ثلاثة فروع : الشياح والحائط المشترك و الطريق الخاص المشترك.

و يلاحظ أنه قد أخرج ملكية الشقق من نطاق المراد بالملكية المشتركة في الحقوق العينية، باعتبارها خاضعة لقانون خاص هو قانون ١٨,٠٠ المتعلق بالملكية المشتركة للعقارات المبنية. فلم تعد تشمل الأحكام العامة للاشتراك في م ح ع إلا تلك المتعلقة بالعقارات غير المبنية. و يلاحظ أيضا عدم التنصيص على الملك العائلي ضمن مقتضيات أحكام الاشتراك بسبب إلغائه^{٣١}.

وبناء على ذلك فلن نُعنى بغير الفروع الثلاثة المقررة، على أن نقدم - خلافا للمعتاد- أحكام الحائط المشترك والممر المشترك لقلة مقتضياتهما وعدم تشعبهما ونؤخر الملكية الشائعة لاحتنا إلى تفصيل ما ينقضي به. لكن قبل ذلك نقيم الفروق التالية :

- تعني الملكية الجماعية ملكية مجموعة من الأشخاص في شكل قبيلة أو عشيرة مالا ملكية جماعية لهم على السواء. ويعتبر الفقه الإسلامي هذه الملكية ناقصة باعتبارها ملكية منفعة لأن مصدر التملك الجماعي في الفقه محدودة (كما في الإقطاع و غيره). أما القانون فيصر على أنها ملكية جماعية امتدت من عصور قديمة. وأجلى مثال لها في التشريع المغربي ما يطلق عليه "أراضي الجماعات السلالية". والمهم من جهة الأحكام أن الملكية تسند للجماعة لا لشخص معين فيها، وأن صلاحيات رئيس الجماعة المالكة مفوض لتنظيم الانتفاع لا غير، فيمتنع على هؤلاء الشركاء تفويت الحق تفويت تملك، ولو وقع فرز حقوق الانتفاع.

- الملكية المشتركة بمعناها الخاصة سواء في العقارات المبنية بمقتضى قانون ١٨,٠٠ أو بمقتضى م ح ع في الحائط و الممر المشتركين أو حتى في توزيع سلطات الملكية بين أكثر من

^{٣١} بمقتضى ظهير شريف رقم ١,٩٥,١٣١ صادر في ١٩ من صفر ١٤١٦ (١٨ يوليو ١٩٩٥) بتنفيذ القانون رقم ٢١,٩٥ بإلغاء الظهير الشريف الصادر في ٢٢ من جمادى الأولى ١٣٧٢ (٧ فبراير ١٩٥٣) بشأن الملك العائلي.

شخص، كما في احتفاظ المالك بملكية الرقبة مع منح شخص آخر حق الانتفاع بسلطته الاستعمال والاستغلال فإن الملكية في هذه الأحوال تكون مفرزة في بعض الأجزاء و مشتركة في بعضها الآخر، لكن يبقى الشركاء في المشترك مجبرين على البقاء في الشيع .

- الملكية الشائعة يكون محلها حصة معنوية، و الشيء ليس إلا محلاً لمجموع حقوق الملاك المشاعين. فالملكية الشائعة وسط بين الملكية المفرزة والملكية المشتركة . وبذلك فإن الملكية على الشيع ملكية في الكل وفي الجزء. فيكون كل شريك مالكا لكل السلطات على كل ذرة من أجزاء الشيء الشائع، وذلك بقدر حصته في المال و للآخرين مثله تماماً في حدود حصصهم وأنصبتهم. لكن أهم ما يميز هذه الملكية عن غيرها أن أصحابها لا يجبرون على البقاء في الشيع .

وبسبب هذا الفرق الكبير نقسم أحكام الاشتراك إلى فرعين فقط: فرع الشيع الإجباري؛ وفرع الشيع بالاختيار الذي هو الملكية على الشيع تحقيقاً.

١ . الشيع الإجباري :

القاعدة الأساسية التي تميز الشيع الإجباري (ونحدده هنا في الحائط والممر المشتركين) هي عدم جواز التصرف تصرفاً يضر بالشركاء أو يتعارض مع الغرض الذي خصص له هذا الشيء، بما في ذلك عدم طلب قسمته. كما أن الشركاء لا يتحملون في الشيء المشترك نفقاته على قدر حصصهم كما في الشيع بل على أساس قيمة ما يملكونه من ملكيات مفرزة، أعد الشيء الشائع أساساً لخدمتها .

أ - أحكام الحائط المشترك :

الحائط الفاصل بين عقارين قد يكون مشتركاً وقد ملكية خالصة لصاحب أحد العقارين . و تنشأ أسباب الاشتراك بإقامته من الجارين اتفاقاً أو بأن يقيمه أحدهما أولاً ثم يشاركه فيه الآخر لاحقاً .

ولم يخص المشرع المغربي الحائط المشترك بما كان بين بنائين كما تشترط بعض التشريعات، بل جعلها مطلقة بعبارة عقارين^{٣٢}. فيستوي لذلك أن يكون الاشتراك في الحائط بين بناءين أو بين أرضين .
و تتلخص مجمل أحكام هذا الاشتراك في التالي:

- لكل من الشريكين في الحائط المشترك أن يضع عليه خشاباً أو غيرها بقدر ما لشريكه، بشرط ألا يجاوز كل منهما ما يتحمله الحائط . وليس لأحد منهما أن يزيد في ذلك بدون إذن الآخر. وإذا لم يعد الحائط المشترك صالحاً للغرض الذي خصص له عادة، فنفقة إصلاحه أو تجديده على الشريكين مناصفة .

- لا يحق للشريك التصرف في الحائط بإقامة بناء أو منشآت عليه إلا بموافقة شريكه، لكنه لا يحتاج تلك الموافقة في حالة الرغبة في تغطية الحائط المشترك، شريطة أن يثبت جدية وجدوى تلك التغطية وأن يتحمل وحده نفقات التغطية وصيانة الجزء المعلى، وأن يقوم بكل ذلك دون الإضرار بالجار و لا بمتانة الحائط المشترك.

- إذا لم يكن الحائط المشترك صالحاً لتحمل التغطية فعلى من يرغب فيها من الشركاء أن يعيد بناءه كله على نفقته وحده بشرط أن تقع زيادة سمكه في أرضه، ويظل الحائط المجدد في غير الجزء المعلى مشتركاً دون أن يكون لمن أحدث التغطية أي حق في التعويض.

- لا يجبر الجار على التنازل عن حصته في الحائط المشترك أو الأرض التي أقيم عليها. وبالمقابل يمكن للجار في حالة التغطية التي لم يساهم في نفقاتها أن يصبح شريكاً في الجزء المعلى إذا دفع نصيبه في نفقات التغطية وفي قيمة الأرض التي تقع عليها زيادة السمك.

ب - أحكام الطريق الخاص المشترك :

يقصد بالطريق الخاص المشترك " الطريق الذي يكون ملكاً لأصحابه الشركاء فيه، و يخصص لخدمة العقارات التي تقع عليه ". ولا يشترط في هذه الطريق أن تكون مغلقة، فلا يطلق على الزقاق حصراً. لأن العبرة ليست بالانحباس عن الطريق العام، وإنما بخدمة هذا الزقاق للعقارات التي تقع عليه. وهذا التوسيع يفهم من مقتضيات المادة ٣٢ من م ح ع^{٣٣}. وعلى ذلك تترتب الأحكام التالية:

^{٣٢} المادة ٢٨ من م ح ع " الحائط الفاصل بين عقارين يعد مشتركاً بينهما إلى نهاية خط الاشتراك ما لم يعم الدليل على خلاف ذلك".

^{٣٣} المادة ٣٢ " الطريق الخاص المشترك ملك مشاع بين من لهم حق المرور فيه، ولا يجوز لأحدهم أن يحدث فيه شيئاً، سواء كان مضراً أو غير مضراً، إلا بإذن من باقي شركائه"

- لا يجوز للشركاء في الطريق المشترك أن يطلبوا قسمته ولا أن يتفقوا على تفويته مستقلا وليس لهم أن يسدوا مدخله ما لم يقع الاستغناء عنه.
- الطريق الخاص ملك لأصحابه فلا يجوز لغيرهم التصرف فيه بغير أذنهم، وعليه لا يكون لغير الشركاء حق المرور إلا في حالات الضرورة مثل حالات الازدحام فيكون للغير حق المرور فيه من غير منع .
- لأصحاب الطريق أن يفتحوا إليه من الأبواب ما شاعوا ، فإذا سد أحدهم بابه الذي له عليه وفتح مثلا باباً على الطريق العام فإن حقه في الأول لا يسقط بعدم الاستعمال، سواء كان ذلك له أو لخلفه العام والخاص ولو طالبت المدة .
- المصاريف الضرورية لإصلاح وتعمير الطريق المشترك يتحملها الشركاء فيه كل منهم بنسبة حصته فيه. لكن إذا رفض أحد الشركاء المساهمة في هذه المصاريف جاز لباقي الشركاء القيام بإصلاح الطريق ومطالبته قضاء بأداء منابه.

٢ - الملكية الشائعة:

- يراد بالشيوع تعدد الملاك لشيء واحد دون أن يكون لأي منهم نصيب مفرز، إذ أن الحصة التي يملكها الشريك في الشيوع تقع على الشيء كله وإن كانت تقتصر في الوقت نفسه على نسبة معينة محددة فيه بحسب سبب نشوء الشيوع ؛ فإما بالتساوي على الأصل كما لو اشترك عاقدان في شراء عين أو في أحوال الوصية بالمنفعة لمتعدد ، وإما بمقدار حصة كل واحد كما في الإرث مثلا .
- و يكيف الفقهاء رحمهم الله تعالى أحكام الشيوع على أحكام الشركة ، وهو الواضح من اختيار المشرع المغربي قبل مدونة الحقوق العينية إذ سماها في ق ل ع ب " شبه الشركة" ^{٣٤}
- وسنعرض بخصوص هذه الملكية إلى ثلاث قضايا: الانتفاع بالملك الشائع، إدارة الملك الشائع ، وما ينقضي به الشيوع مادام على الاختيار كما نبهنا.

^{٣٤} انظر أحكام الشياح في القسم السابع من ظهير الالتزامات والعقود في الفصول من ٩٦٠ إلى ٩٨١

- الانتفاع بالشيء الشائع :

الانتفاع بالشيء المشاع هو مباشرة سلطة الاستعمال فيما أعد له الشيء و سلطة الاستغلال بالحصول على ثماره وغلاته. غير أن حق كل شريك مقيد بحقوق الشركاء الآخرين، بحيث لا ينجم عن ممارسة حقه المساس بحقوقهم. بحيث فلو انتفع أحدهم دونهم اعتبر متعدياً. ولما كان يرتبط الانتفاع بحسن إدارة المال الشائع ، فإننا سنشير إليهما مختلطين باعتبارهما شيئاً واحداً .

لا يثير هذا الانتفاع أي إشكال إذا حصل باتفاق جميع الشركاء عليه أو وكلوا أحدهم لإدارته صراحة أو ضمناً أو عينوا للمال مديراً بمقابل أو من دونه. و أما إذا لم يتفقوا فأحواله أحكام نجلها فيما يلي:

- إذا تولى أحد الشركاء إدارة المال الشائع دون اعتراض من الشركاء الآخرين، فإنه يصير بذلك أصيلاً عن نفسه بالانتفاع في حدود حصته من المال، ووكيلاً عن الباقيين فيما يخصهم من باقي المال .
- إذا لم يقع الاتفاق على تولى أحدهم تلك الإدارة جاز للشركاء تعيين مدير بمقابل في الغالب ليتولى إدارة المال نيابة عنهم جميعاً، وقد يكون المعين من بين الشركاء أو خارجاً عنهم . ولا يشترط التقنين أن يوافق جميع الشركاء على التعيين بل تكفي فيه الأغلبية ، وإن كان الفقه الإسلامي يلزم فيه موافقة جميع الشركاء على ما يجرى على الشيء الشائع .
- إذا مارس الفرد أو الأقلية إدارة الشيء الشائع من غير إذن البقية الغالبة فتصرفه صحيح فيما لا يضر حقوقهم. لكنه ملزم دون الرجوع إليهم باتخاذ ما يلزم لحفظ الشيء ومباشرة الأعمال المادية اللازمة لحفظ المال الشائع وصيانته، بما فيها مباشرة الأعمال القانونية اللازمة للحفاظ على المال كرفع دعوى على المعتدي على الملك الشائع.
- **التصرف بالشيء الشائع :** هذا الحق هو الذي يجعل المالك على الشيوع مالكا ملكية كاملة؛ فقيام حالة الشيوع لا يعنى تعطيل سلطة التصرف. ولكن وجود الشيوع يفرض شكلاً معيناً أو إطاراً محدداً يصح التصرف في نطاق. لذلك سنشير إلى أحوال هذا التصرف على غرار ما رأينا في أحوال الانتفاع. فإما أن يصدر التصرف من جميع الشركاء أو من أغلبهم أو قد يصدر من الشريك المنفرد.
- إذا أجمع الشركاء على التصرف بالشيء الشائع تصرفاً ناقلاً للملكية أو مرتباً لحق عيني آخر علي الشيء المشاع، كان التصرف صحيحاً نافذاً في حق الجميع.

- إذا تصرف أحد الشركاء منفرداً في كل حصته الشائعة أو بعضها كان تصرفه نافذاً في حق بقية الشركاء ما لم يمس بحقوقهم، مع تخويلهم شرعاً حق شفعة الحصة إذا فوتت إلى أجنبي عن الشركاء كما سيأتي .

- إذا تصرف الشريك في الشيء الشائع كله أو في مقدار شائع يزيد عن حصته فيه، فإن في تصرفه تفصيلاً؛ فيكون نافذاً بالنسبة لحصته باعتباره صادراً عن مالك، وغير نافذ فيما زاد عن هذه الحصّة، وبالتالي غير نافذ في حق الشركاء وقابلاً للإبطال في المشتري. وعلى هذا التكييف يبني بيع الصفقة لأن الباحث عن الخروج من الشيوع به إنما تجنب عدم النفاذ بعرضه على بقية الشركاء ووقفه في حق المشتري .

- إذا تصرف الشريك في جزء مفرز من الشيء الشائع بما يعادل حصته فلا يخلو؛ إما أن يكون بعد القسمة في نصيبه فينفذ البيع الأول و لا يبطل، وإما أن يقع في نصيب شريك آخر فيعد التصرف وارداً في ملك الغير فلا ينفذ.

- انقضاء الشيوخ:

سبقت الإشارة إلى أن أهم ما يميز الملكية الشائعة عن غيرها من الملكيات المشتركة كون الشريك فيها يبقى في الشيوخ باختياره. لذلك قرر الفقهاء قاعدة " لا يجبر أحد على البقاء في الشيوخ " ومعناها أن انقضاء الشيوخ يكفي فيه التعبير عن إرادة الاستقلال بالمناب من أحد الشركاء دون أغلبيتهم و لا أقليتهم. وهي القاعدة التي استعارها المشرع المغربي لفظا في المادة ٢٧ من م ح ع .

إن الشيوخ - على التحقيق- ينقضي بالأسباب ذاتها التي تكتسب به الملكية من بيع وتبرع وغيرها. لكن لما كانت بعض الأسباب ألصق بطبيعة الشيوخ فإن الفقهاء دأبوا على التفصيل في أنواع مخصوصة أهمها القسمة و الشفعة ، ومنهم من يفصل في انقضائه ببيع الصفقة^{٣٥} و في حالات خاصة بالبيع جبرا^{٣٦}.

ونحن نكتفي بالإشارة إلى القسمة و الشفعة بالاعتبار الذي درج عليه الفقهاء، لأنه الأنسب في نظرنا لطبيعة الشيوخ، وإن كان المشرع المغربي قد أشار إليهما ضمن ما تكتسب به الملكية لا مما ينقضي به الشيوخ ؛ فلن نعرض على البيع الجبري لأنه من المساطر القضائية التي تدرس في موضعها. كما لن نعرض لبيع الصفقة لكونه معدودا في التشريع المغربي من الحقوق الشخصية باعتباره دينا ترتب في ذمة المصفق، لا حقا عينيا بحسب المفهوم من المادة ٣١٨ من م ح ع. وإن كان الفقهاء يعرضون له مقابلا للشفعة من جهة الشبه في الشروط الأساس التي هي اتحاد المدخل و عدم تبعيض الحصة، ومن جهة أن الداعي إليه هو تجنب الضرر مع الخروج من الشيوخ.

انقضاء الشيوخ بالقسمة :

^{٣٥} بيع الصفقة مما جرى به العمل عند المتأخرين من المالك وصورته أن يقدم شريك بعرض المال المشترك بين وبين غيره من الشركاء للبيع كلا من غير تبعيض ولا فرز حقوق فإذا تم عقد البيع خير الشركاء بين إمضاء العقد وإما برده مجبرين على ضم نصيبه بمقداره من الثمن الذي وقع به البيع. فهو إذن حق للشريك الذي يريد البيع، يقضي له به إذا طلبه لينتفي عنه الضرر اللاحق بنقص ثمن حصته اذا بيعت مفردة فان لم يطلب هذا الحق سقط فلا صفقة . وله شروط أشار إليها الفقهاء وخاصة شراح التحفة عند قوله صاحبها:

(ومن دعا لبيع مالا ينقسم . لم يسمع إلا حيث إضرارا علم)

^{٣٦} بينما البيع الجبري في استعمال الفقهاء هو: البيع الحاصل من مكره بحق، أو البيع عليه نيابة عنه لإيفاء حق وجب عليه أو لدفع ضرر، أو تحقيق مصلحة عامة.

المصباح المنير - جبر-، ص: ٨٩

عرفها ابن عرفة " القسمة تصيير مشاع من مملوك مالكين معيناً ولو باختصاص تصرف فيه بقرعة أو تراض " ٣٧ ، فهي إذن اختصاص كل شريك بجزء مفرز من المال الشائع يتناسب مع حصته فيه، فيملكه مالكاً له ملكية تامة على سبيل الاستثناء والانفراد.

ولقد تردد الفكر القانوني في تكييف طبيعة القسمة: هل هي كاشفة عن الحق أم منشئة له؟ مع ما يترتب عن ذلك من أحكام بخصوص التصرفات السابقة على القسمة هل تنفذ أم لا؟

أما بالنسبة للفقهاء فقد كانت النظرة منسجمة ثابتة عميقة؛ إذ قرروا من غير تردد أن القسمة ذات طبيعة مزدوجة؛ لأن فيها معنى المبادلة وهو النقل، ومعنى الإفراز وهو الكشف.

لذلك اعتبر المشرع الملكية الشائعة حالة مؤقتة؛ يحق للشركاء الخروج منها متى شاءوا. وأبعد من ذلك أن قرر الفقهاء جواز الخروج من الشيوع حتى قبل حلول الأجل في حالة اتفاق بمقتضى عقد على البقاء فيه مدة معينة .

أ- أنواع القسمة :

درج الفقهاء رحمهم الله على جعل القسمة ثلاثة أنواع، فيميزون قسمة قرعة وقسمة مرضاة وقسمة مرضاة مع التعديل^{٣٨}. لكن من أحسن من نظم القسمة ابن رشد الحفيد في بداية المجتهد لما قال " والنظر في القسمة ينقسم إلى قسمين : قسمة رقاب الأموال و قسمة منافع الرقاب"^{٣٩} ، و هو التقسيم الذي أخذت به التقنيات الحديثة لجزالته وانتظامه .

ولقد وفق المشرع المغربي توفيقاً كبيراً في مدونة الحقوق العينية، فتجاوز خلط فقهاء القانون بين أنواع القسمة وطرقها حتى جعلوها أنواعاً متعددة : رضائية وقضائية وبتية و مهاية . ليقرب من اختيار ابن رشد في التمييز بين أنواع القسمة (بتية ومهاية) وبين طرق القسمة ووسائلها (رضائية وقضائية) . جاء في المادة ٣١٣ م ح ع : " القسمة إما بتية أو قسمة مهاية:

- القسمة البتية أداة لفرز نصيب كل شريك في الملك وينقضي بها الشيع.
 - قسمة المهاية تقتصر على المنافع وهي إما زمانية وإما مكانية.
- تتم القسمة إما بالتراضي وإما بحكم قضائي مع مراعاة القوانين والضوابط الجاري بها العمل".

^{٣٧} الرصاع، شرح حدود ابن عرفة : ٣٧٣/٣

^{٣٨} من ذلك قول المتحف : ثلاث القسمة في الأصول وغيرها تجوز مع التفصيل

^{٣٩} بداية المجتهد: ٦١١ / ٣

ويعني هذا أن القسمة البتية قد تكون رضائية وقد تكون قضائية، و كذلك قسمة المهايأة . وعلى ذلك نكتفي نحن أيضا بالتقسيم الثنائي : قسمة أصول وهي البتية، و قسمة منافع وهي المهايأة . لكن قبل ذلك نشير إلى الشروط اللازمة لإجراء القسمة .

- شروط القسمة :

لتصح القسمة يشترط توافر ثلاثة شروط :

- أن يكون الشيء المراد قسمته مملوكا على الشيوع للشركاء .
- أن يكون قابلا للقسمة، ولا يشترط في ذلك قسمته قسمة أعيان بل يكفي قبولها بالتقدير .
- ألا تزول المنفعة المقصودة منه بالنسبة لكل جزء من أجزائه بعد القسمة، فلو تبين أن الغرض الذي أعد له الشيء يستوجب بقاءه على الشيوع امتنعت القسمة.

- القسمة البتية (قسمة الأصول):

بهذه القسمة يزول الشيوع لزوما، و فيها يعتبر كل متقاسم مالكا على وجه الاستقلال للحصة المفردة التي آلت إليه نتيجة القسمة، وتكون ملكيته خالصة من كل حق عيني رتبه غيره من الشركاء إلا إذا رتب هذا الحق الشركاء مجتمعون.

ومما يُظهر ازدواجية طبيعة هذه القسمة كما سبق إلى ذلك الفقهاء (أي كاشفة ومنشئة) أن المتقاسمين يضمن بعضهم لبعض أنصبتهم مما قد يقع عليها من تعرض أو استحقاق بسبب سابق عن القسمة، إلا إذا تم الاتفاق صراحة على الإعفاء منه أو نشأ بسبب خطأ المتقاسم نفسه. كما أن حصة أحد الشركاء إذا كانت مثقلة بحق عيني قبل القسمة فإن هذا الحق ينتقل ليثقل الجزء المفرد الذي آل إلى هذا الشريك.

ونبه المشرع بهذا الصدد أن العقار إذا كان غير محفظ حُق للمتضرر طلب فسخ القسمة وإجراء أخرى جديدة، أما إذا كان محفظا واستحقت حصة المتقاسم كلا أو بعضا فليس له سوى الرجوع على المتقاسمين بالتعويض.

- قسمة المهايأة (قسمة المنافع) :

يكيف الفقهاء هذه القسمة على أحكام الإجارة سواء كانت تلك قسمة زمانية أو مكانية، وهي أحكام مناسبة لطبيعة هذه القسمة مادامت منصبة على المنافع دون المساس بطبيعة الشيوع في الأصول .

و من خصائصها عدم إلزام أي متقاسم تجاه المتقاسمين الآخرين بتقديم أي حساب عما قبضه خلال مدة انتفاعه، كما تنتقل الحقوق والالتزامات المتعلقة بالمهاياة إلى الخلف الذي آلت إليه ملكية الحصة المشاعة سواء كان عاما أو خاصا. لكن في كل ذلك تبقى هذه القسمة قابلة لأن تصير بتية بإرادة الشركاء أو أحدهم .

- قسمة المهاياة الزمانية : تكون المهاياة زمانية باتفاق الشركاء على أن يتناوبوا الانتفاع بجميع العقار المشاع بينهم مددا تتناسب مع حصصهم فيه، ويجب فيها تعيين المدة التي يختص بها كل منهم. فإذا وقع خلاف بين الشركاء في المدة كان للمحكمة تحديد تاريخ الشروع فيها ومن يبدأ منهم بالانتفاع بحسب طبيعة العقار.

- قسمة المهاياة المكانية: تكون المهاياة مكانية عندما يتفق الشركاء على أن يختص كل واحد منهم بالانتفاع بجزء مفرز من العقار المشاع يتناسب مع حصته فيه، على أن يتنازل لشركائه في مقابل ذلك عن الانتفاع بباقي أجزائه الأخرى. و يجب فيها تعيين الجزء الذي يستقل به كل منهم وإلا عينته المحكمة كذلك.

ج- طرق إجراء القسمة :

القسمة البتية أو قسمة المهاياة قد تكون رضائية أو قضائية كما سلف، مع الإشارة إلى أن القسمة الرضائية قد تؤول قضائية إذا لم يوافق عليها أحد الشركاء أو بعضهم . وقد يجري الشركاء القسمة قضائيا رأسا إذا امتنع أحدهم أو بعضهم أو جلم عن إجراء القسمة واختار شريك ولو كان منفردا الخروج من الشيوخ، لقاعدة لا يجبر أحد على البقاء في الشيوخ.

- أحكام إجراء القسمة رضاء :

لا تصح هذه القسمة إلا إذا أدخل الشركاء فيها جميع الأطراف، كما لا تصير نافذة إلا إذا صادق عليها جميع أصحاب الحقوق العينية المترتبة على العقار.

ثم إن صفة البتية في قسمة التراضي لا تمنع الشركاء من طلب إبطالها كلما شاب إرادة أحدهم عيب من عيوب الرضى- الغلط والتدليس والإكراه - أو لحقه غبن لا يقل عن الثلث^{٤٠} بين قيمة ما آل إليه بمقتضى القسمة وبين القيمة الحقيقية لحصته في العقار المقسوم. و لقد وقّت المشرع هذا الحق في الإبطال بأن يكون قبل مضي سنة من تاريخ إجراء القسمة، وإلا تقادمت وكانت القسمة باتتة .

- إجراء القسمة قضاء:

^{٤٠} الحكم بالثلث من الأحكام التي ينفرد بها المالكية، وتصلح أن تكون بحثا مستقلا و متميزا !

يشترط فيها أن يدخل المدعي في دعواها جميع أصحاب الحقوق العينية المترتبة على العقار؛ فلا تقبل إلا إذا وجهت ضد جميع الشركاء وتم تقييدها تقييدا احتياطيا إذا تعلق بعقار محفظ.

تعهد المحكمة ابتداء إلى قسمة العقار المشاع قسمة عينية كلما كانت هذه القسمة ممكنة. و بناء على تصميم ينجزه خبير في المسح الطبوغرافي يعين موقع وحدود ومساحة كل نصيب مفرز، تقوم المحكمة بفرز الحصص وتكوين الأنصبة على أساس أصغر حصة عن طريق التقويم والتعديل، ثم تصدر حكمها بعد توزيع الأنصبة المفترزة بين الشركاء بالقرعة.

لكن إذا كان العقار المشاع غير قابل للقسمة العينية، أو كان من شأن قسمته مخالفة القوانين والضوابط الجاري بها العمل أو إحداث نقص كبير في قيمته، فإن المحكمة تحكم ببيعه بالمزاد العلني. ولا يتم ذلك البيع إلا بعد أن يحوز الحكم قوة الشيء المقضى به (أي بعد استنفاد جميع طرق الطعن العادية والنقض عند الاقتضاء)، كما لا تقبل أي مزايدة في ثمن العقار بعد بيعه بالتراضي . أما ما تعلق بمصروفات وتكاليف القسمة، فإن المتقاسمين يتحملونها جميعا وتوزع بينهم على أساس حصة كل واحد منهم.

انقضاء الشيوخ بالشفعة

- الشفعة: التعريف و النطاق.

اختلف الفقهاء رحمهم الله تعالى في تعريف الشفعة تبعا لاختلافهم فيمن لهم الحق فيها وفي موجباتها وشروطها؛ فعرفها الحنفية بأنها : "حق تملك العقار جبرا عن المشتري بما قام عليه لدفع ضرر الجوار"^{٤١} بينما عرفها المالكية وجمهور الفقهاء بأنها " استحقاق شريك أخذ ما عاوض به شريكه من عقار بثمنه أو قيمته بصيغة"^{٤٢}

^{٤١} الهداية للمرغيناني: ٢٤ / ٤

^{٤٢} الشرح الصغير للرددير بحاشية الصاوي: ٢٠٦ / ٢

فجعل الحنفية الشفعة تعم الشريك والجار والخليط^{٤٣} على اعتبار الشفعة حق تملك المرء ما يبيع من عقار أو ما هو في حكم العقار مما هو متصل بعقاره من شركة أو جوار بمثل الثمن الذي قام عليه المشتري ؛ وذلك لدفع ضرر الشراكة أو الجوار .

وذهب جمهور الفقهاء يتقدمهم المالكية إلى أن الشفعة استحقاق لشريك أخذ مبيع شريكه بثمنه، واحتجوا بحديث جابر رضي الله (قضى رسول الله صلى الله عليه وسلم بالشفعة فيما لم يقسم فإذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة)^{٤٤}، فلم يجعلوها للجار . وفي ذلك قال صاحب التحفة:

ولم تُبَحْ للجار عند الأكثر وفي طريق مُنِعَتْ وَأُنْدَرِ

بينما تمسك الحنفية بالشاهد من حديث أبي رافع(الجار أحق بصقبه)^{٤٥}فجعلوا الشفعة بالتقديم؛ بحيث يقدم الشريك في المنزل ثم الشريك في الطريق ثم الجار .

ولقد اختار المشرع المغربي اختيار المالكية بحسب ما هو بين من المادة ٢٩٢ بقولها " الشفعة أخذ شريك في ملك مشاع أو حق عيني مشاع حصة شريكه المبيعة بثمنها بعد أداء الثمن ومصروفات العقد اللازمة والمصروفات الضرورية النافعة عند الاقتضاء" .

- شروط استحقاق الشفعة :

إن الشفعة عند الفقهاء رحمهم الله حق ضعيف، لذلك لا يُستحق من غير قيد و لا في كل حال. بل يلزم اجتماع شروط في طلبها.

نجل تلك الشروط الخاصة بالعقار فيما يلي :

- أن يكون الشفيع شريكا في الملك المشاع وقت بيع الحصة المشفوعة سواء كانت في العقار أو حقا عينا على عقار .

- ملاءة ذمة الشفيع بقيمة المشفوع و ما زاد عليها من مصاريف تحملها المشفوع منه بين التصرفين .

- لزوم أخذ الشفيع للحصة كاملة من غير تبعيض وإلا تركها .

^{٤٣} وهو المشارك في حقوق الارتفاق الخاص ، وتحديدًا في الحائط و الممر المشتركين. وقد سبق أن نبهنا إلى عدم جواز إنهاء الشباع في هذه على مذهب المالكية واختيار المشرع المغربي.

^{٤٤} أخرجه البخاري و مسلم في صحيحيهما و اللفظ للبخاري ؛ كتاب الشفعة باب الشفعة فيما لم يقسم فإذا وقعت الحدود فلا شفعة ومسلم

- قال ابن أبي حاتم في العلل ، عن أبيه : عندي إن من قوله (إذا وقعت إلى آخره) من قول جابر (تلخيص الحبير : ١٢٣/٣)

^{٤٥} أخرجه البخاري في كتاب الحيل باب الهبة والشفعة ، والحديث له قصة بين المسور و رافع وسعد رضي الله عن الجميع تنظر في الصحيح . والصقب معناه القرب

- تملك المشفوع منه الحصة المبيعة بعوض؛ فلا يُشفع ما فُوت بهبة أو بصدقة. و ألزمت مدونة الحقوق العينية في حالة العقار المحفظ بإثبات بيع الحصة و تقييده بالرسم العقاري. ونستطيع من هذه الشروط العامة أن نحدد خصائص حق الشفعة في أنها :

- حق غير قابل للتجزئة : فلا يجوز أخذ جزء من العقار المشفوع وترك جزء منه، لكن إذا تعدد المشترون واتحد البائع بعقد واحد أو بعدة عقود جاز للشفيع أخذ نصيب بعضهم وترك الباقي .

- حق قابل للإرث : مادامت الشفعة لا تبطل بموت البائع أو المشتري أو الشفيع . ويترتب على ذلك أنه إذا ثبتت الشفعة ثم مات الشفيع فإن لورثته أن يطلبوها خلال المدة الباقية من المدة التي يقرها القانون لطلب الشفعة .

- حق لا يجوز فيه التصرف للغير : فليس لأحد من الشفعاء أن يتصرف بحق شفيعته للغير بمقابل أو بدون مقابل . فلو باع الشفيع شفيعته لأجنبي أو لشفيع آخر بمقابل سقطت الشفعة و بطل البيع المترتب عليها .

- مشمولات الشفعة :

تطرق الفقهاء إلى الشفعة في المنقول والعقار، لكن المدونة تقصرها - كما تقدم - على العقار والحقوق المترتبة عليه. لذلك نصت على أن الشفعة تكون في العقارات سواء كانت قابلة للقسمة أم غير قابلة لها، وتكون أيضا في الحقوق العينية القابلة للتداول.

لكن مما يستغرب له أن المدونة أجازت الشفعة بين مالك حق الهواء والتعلية بضمها إلى مالك السفل. كما أجازتها في حق السطحية وهي ملكية تامة مستقلة لا شركة بين صاحب الحق وصاحب الرقبة. كما أجازتها في ضم حق الزينة إلى ملكية الرقبة فيما بيع منها لأجنبي. وهذا يجعل التصريح السابق بأخذ المدونة برأي المالكية فيه نظر؛ لأن المذكورين في المادة ٢٩٤ تكييفهم على الجوار أقرب وأصح من تكييفهم على شبه الشركة.

- أحوال الشفيع :

الشفيع إما فرد أو متعدد. ونعرض لأحكام الفرد لأنها الأصل و تسري على المتعدد بدهاة ثم نتبعها بأحكام متعدد الشفعاء:

- أحكام الشفيع :

القاعدة أن الحصة التي تجوز فيها الشفعة إذا بيعت بأجمعها أو أجزاء منها أو عدة حصص شائعة بعقد واحد، وجب على الشريك الراغب في الشفعة أن يأخذ جميع المبيع المشاع بينه وبين البائع، من يد المشتري أو أن يترك الجميع للمشتري. سواء تعلق العقد بملك أو عدة أملاك مشاعة، وسواء اتحد البائع أو المشتري أو تعدد.

أما إذا بيعت أجزاء الحصة بعقود مختلفة فإن الشفيع يخير بين أن يأخذها بكاملها وبين أن يأخذ بأي عقد شاء ويدخل معه في شفيعته من قبله من المشتريين. وإذا بيعت الحصة المشفوعة عدة مرات قبل انصرام أجل الشفعة، فللشفيع أن يأخذ من أي مشتر بالثمن الذي اشترى به ويترتب على ذلك بطلان البيوع اللاحقة.

وأخيراً يحرم القانون الشفيع من ممارسة الشفعة في الحالة التي تباع فيها الحصة المشاعة في المزاد العلني وفق الإجراءات المنصوص عليها في القانون فلا يجوز أخذها بالشفعة. كما لا يعتد بطلب الشفعة في حال كانت الحصة المشفوعة عقاراً في طور التحفيظ إلا إذا ضمن الشفيع تعرضه بمطلب التحفيظ المتعلق به.

- متعدد الشفعاء :

إذا تعدد الشفعاء كان لكل واحد منهم الأخذ بالشفعة بقدر حصته في الملك المشاع يوم المطالبة بها، فإذا تركها البعض وجب على من رغب في الشفعة من الشركاء أخذ الحصة المبيعة بكاملها. لكن إذا تراحموا واختلفت مراتبهم كان ترتيبهم في الأخذ بالشفعة على ترتيبهم في استحقاق الإرث؛ بحيث يُقدم من يشارك البائع في السهم الواحد في الميراث على من عداه، فإن لم يأخذ انتقل الحق إلى باقي الورثة ثم الموصى لهم، ثم الأجانب.

- أحوال المشفوع منه وحقوقه:

لا يخلو المشفوع منه أن يكون أجنبياً أو أحد الشركاء. وحال الأجنبي لا إشكال فيها؛ فكلما توافرت شروط الشفعة أخذت الحصة كاملة من يده جبراً مقابل ثمن المثل و ما تحمل من مصاريف. أما إذا كان المشتري أحد الشركاء فلكل شريك في الملك أن يأخذ من يده بقدر حصته في الملك، ويترك للمشتري نصيبه بقدر حصته ما لم يعرب عن رغبته في التخلي عنها.

- آجال الشفعة :

تختلف هذه الآجال بحسب طبيعة الحصة المشفوعة وبحسب تواريخ علم الشفيع بالبيع وكذلك بحسب مبادرة المشفوع منه بالتبليغ بالبيع من عدمه:

- بحسب طبيعة الحصة المشفوعة: يسقط حق الشفعة في جميع الأحوال بمضي سنة كاملة. لكن إذا كان العقار محفظاً، فيحتسب الأجل من تاريخ التقييد أو من تاريخ الإيداع إذا كان العقار في طور التحفيظ. أما إذا كان العقار غير محفظ، فبمضي سنة على العلم بالبيع .

- بحسب إقدام المشفوع منه على تبليغ الشركاء بالبيع من عدمه: إن للمشتري أن يستبق ممارسة حق الشفعة؛ إذ يمكنه بعد تقييد حقوقه في الرسم العقاري أو إيداعها في مطلب التحفيظ أن يبلغ نسخة من عقد شرائه إلى من له حق الشفعة، ولا يصح التبليغ إلا إذا توصل به شخصياً من له الحق فيها. ويسقط حق هذا الأخير إن لم يمارسه خلال أجل ثلاثين يوماً كاملة من تاريخ التوصل. ولقد كان هذا الأجل قصيراً استناداً إلى الفقه الذي حصره في ثلاثة أيام من تاريخ العقد إذا حضره الشركاء.

- بحسب علم الشفيع: كان أجل ثلاثة أيام المشار إليه آنفاً أجل من حضر العقد وهو المستعاض عنه قانوناً بالتبليغ الصحيح داخل أجل ثلاثين يوماً، على اعتبار من بلغ تبليغاً قانونياً كان كمن حضر.

لكن إن لم يقع التبليغ ولا حضر الشريك عقد البيع بحسب قيد الفقهاء امتد الأجل إلى السنة من تاريخ العلم ، وقد يمتد إن لم يتحقق العلم إذا أثبتته مدعيه إلى أجل أربع سنوات من تاريخ إبرام العقد.

إجراءات الشفعة :

تقصد هنا الحالة التي رفض في المشفوع منه سماع الطلب أو رفض العرض العيني . فيجب على من يرغب في الأخذ بالشفعة أن يقدم طلبا إلى رئيس المحكمة الابتدائية المختصة يعبر فيه عن رغبته في الأخذ بالشفعة، ويطلب فيه الإذن له بعرض الثمن والمصروفات الظاهرة للعقد عرضا حقيقيا ثم بإيداعهما في صندوق المحكمة عند رفض المشفوع منه للعرض العيني الحقيقي، وأن يقوم بكل ذلك داخل الأجل القانوني وإلا سقط حقه في الشفعة.

-آثار الشفعة:

تتنوع هذه الآثار بحسب ما إذا تعلق بالشفيع أو بالمشفوع منه:

- آثار الشفعة في حق الشفيع :

يملك الشفيع بالشفعة الحصة المبيعة ويتصرف فيها تصرف المالك في ملكه . كما يحل محل المشتري في جميع حقوقه والتزاماته، ويترتب عن ذلك أن ينفرد البائع وحده بضمان استحقاق العقار المشفوع .

لكن من مقتضى الحلول أيضا أنه إذا تضمن عقد البيع أي اتفاق على تعديل أحكام الضمان سواء بالتشديد أو التحقيق فأن هذا الاتفاق يسري في حق الشفيع أيضا .

- آثار الشفعة في حق المشفوع منه:

يزول حقه في الحصة و يكون كمن لم يملكها قبل؛ فلا يلزمه رد ثمار الحصة المشفوعة للشفيع إلا من تاريخ المطالبة بالشفعة. لكن إذا أضاف المشفوع منه شيئاً في الحصة المشفوعة من ماله بأن بنى أو غرس فيها فإن قام بذلك قبل إعلان الرغبة في الأخذ بالشفعة طبقت الأحكام المتعلقة بالبناء والغرس في أرض الغير بإذنه أو شبهة ملك، أما إذا قام بذلك بعد إعلان الرغبة في الشفعة فتطبق الأحكام المتعلقة بالبناء والغرس في أرض الغير دون إذن.

- سقوط الشفعة :

- إن الشفعة لا تسقط بمجرد موت الشفيع و إنما ينتقل هذا الحق إلى ورثته الشروط نفسها، بما في ذلك ما بقي من أجل للأخذ بالشفعة. لكنها بالمقابل تسقط في الأحوال التالية:
- أن يتنازل الشفيع عن حقه صراحة أو دلالة، شريطة أن يقع هذا التنازل بعد البيع لا قبله، لأنه لا وجود لحق قبل البيع فكيف يسقط قبل وجوده .
- أن يشتري الشفيع الحصة التي باعها شريكه من مشتريها أو قاسمه فيها.
- أن يزول ملك الشفيع فيسقط حقه بالتبعية في الشفعة ؛ كما لو باع حصته التي يشفع بها، ولو كان لا يعلم أن شريكه قد باع حصته قبله
- أن ينصرم الأجل بحسب أحواله المتقدمة.

أسباب كسب الملكية :

أسباب كسب الملكية آخر ما قنن من المدونة، وقد أراد المشرع بذلك أن يجعلها أسبابا لكسب الحقوق العينية كلها. ولا تميز في هذا عن المعهود في الفقه الإسلامي، بقدر ما وقع التمايز في مسألتين كبيرتين؛ أولاهما أن حصرت المدونة كسب الملكية في أحد عشر سببا^{٤٦} دون غيرها، بينما لم يحجر الفقه الإسلامي تلك الأسباب لعدم اهتمامه بحصر الحقوق بقدر اهتمامه بورودها على قصد الشرع. و الثانية أنهما اتفقا في بعض الأسباب إقرارا وتصورا (كالعقد و الميراث والوصية و الشفعة ..) لكن اختلف النظر في بعضها الآخر، بين ما اختلف في إدراجه (كعدم إدراج المدونة الاستيلاء على المباح ..) و بين ما اختلف في تصوره (كما في الحيابة و في بعض مسائل الالتصاق ..) . لذلك نكتفي بعد هذا التنبيه بذكر أهم الأسباب؛ إما لأنها تحتاج بعض التوضيح أو لأنها لم تذكر أصلا أو لاختلاف نظر الفقهاء كما سلف. أما بعض الأسباب المعلومة كالميراث و الوصية التعرض لها محض تكرار. أما إن البعض الآخر قد سبق التوقف عنده فيما ينقضي به الشيوخ .

- الاستيلاء (أو إحراز المباحات):

الاستيلاء : وضع اليد على شيء لا مالك له بنية تملكه . و يكون الإحراز بوضع اليد على الشيء فعلاً (كالتقاط الثمار و حصد الكلا) أو حكما بمسبب كمنصب شبكة للصيد. والأصل فيه الحديث المشهور عن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال (المسلمون شركاء في ثلاثة : في الماء و الكلا و النار)^{٤٧}

و للاستيلاء معنيان؛ عام يشمل الاستيلاء على المنقول والعقار ، ومعنى خاص غالب قاصر على المنقول. وبهذا المعنى أخذت المدونة فلم تشر إليه لأن المنقول خارج عن تقنينها .

وشروط الاستيلاء عند الفقهاء ثلاثة:

- أن يكون الشيء مباحا لا مالك له.
- ألا يسبق المستولي إلى الشيء.
- أن يكون بنية التملك؛ فلو سقط بين يدي شخص صيداً دون قصد لا يملكه.

^{٤٦} إحياء الأراضي الموات والحريم و الالتصاق بالعقار و الحيابة و الميراث والوصية والمغارسة والهبة و الصدقة و الشفعة و القسمة.

^{٤٧} . رواه أحمد وأبو داود ، ورواه ابن ماجه من حديث ابن عباس ، وزاد فيه وثمنه حرام (انظر نيل الأوطار في شرح الحديث والتعليق على إسناده الذي فيه مقال.

وننبه هنا أن الاستيلاء لا يقصد به منع الغير من جنس الشيء المملوك؛ فمن استولى على كلاً لا يمنع الناس من موضعه ذلك الكلاً .

- إحياء الموات :

هو من الأسباب الجديدة في المدونة. و الإحياء" مكافأة بالتمليك لمن عمل في أرض غير مملوكة للغير بأعمال تحولها إلى ما ينتفع به من ري وشق وحفر آبار وغيرها" .

و أصل الإحياء فقها وحكما حديثُ رسول الله صلى الله عليه وسلم (من أحيا أرضاً مواتاً فهي له)^{٤٨}، فقال الفقهاء على مقتضاه أن من عمد إلى أرض لا يُعلم تقدم ملك لأحد عليها، فيحييها بالسقي أو الزرع أو الغرس أو البناء فتصير بذلك ملكه سواء كانت فيما قرب من العمران أم بعد ، سواء أذن له الإمام في ذلك أم لم يأذن.^{٤٩}

ولقد اختارت المدونة في الإحياء مسلك اشتراط الإذن في الإحياء، بصريح المادة ٢٢٢ وهو ما يعني أن الأرض الموات غير موجودة حقيقة في التراب المغربي على اعتبار أن الأراضي التي لا مالك لها هي من أملاك الدولة ابتداء فلا يجوز وضع اليد عليها إلا بإذن صريح منها، و أن من أذن له بإحيائها يملك حق الاستغلال دائم ويكون الإحياء بجميع الأعمال المتعلقة باستصلاحها من ري وسقي وغرس أشجار .

و لئن كان هذا الحذر من المشرع مفهوماً إلا أن فيه مشكلاً إذ كيف تحصر حق المحيي في الاستغلال ثم تجعل هذا الإحياء مما تكسب به الملكية؟! !

فهذا تناقض. فكان أولى أن يوضع الإحياء بهذا التقييد من ضمن الملك الناقص أو من ضمن الحقوق العينية المتفرعة عن الملكية. وعليه يبقى الترخيص المقبول هو ما قلنا سلفاً من مراد المشرع بأسباب كسب الملكية أن تشمل كسب جميع الحقوق العينية الأصلي منها و التبعية، وإلا فإن شروط الإحياء كما وردت في المدونة ليست على قواعد الفقهاء و لا هي سببٌ لكسب الملكية.

^{٤٨} هذا لفظ الحديث في الموطأ ، كتاب الأفضية ، باب القضاء في عمارة الموات وتماهه " عن هشام بن عروة عن أبيه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال من أحيا أرضاً ميتة فهي له وليس لعرق ظالم حق " (الموطأ ، كتاب الأفضية ، باب القضاء في عمارة الموات) . والحديث بهذا اللفظ مرسل باتفاق الرواة (انظر شرح الزرقاني على الموطأ وفتح الباري للحافظ ابن حجر) ، أما لفظ البخاري فعن عروة عن عائشة رضي الله عنها عن النبي صلى الله عليه وسلم قال : من أعمار أرضاً ليست لأحد فهو أحق قال عروة قضى به عمر رضي الله عنه في خلافته" (الصحيح ، كتاب المزارعة باب من أحيا أرضاً مواتاً)
^{٤٩} هذا رأي جمهور الفقهاء ينسب لأبي حنيفة إذن الإمام مطلقاً و ينسب إلى الإمام مالك فيما قرب و لقد حقق الحافظ ابن حجر المسألة في الفتح و ذكر ضعف دليل اشتراط الإذن.

- حريم الأرض:

الحريم " ما تمس الحاجة إليه لتمام الانتفاع بالمعمور من الأرض". و هو كل ما يحتاج إليه لمصلحة العامر من المرافق كحريم البئر، و مطرح الرماد ونحو ذلك من المرافق. و يكون مقداره بحسب العرف والحاجة، و باختلاف العين المملوكة من أرض أو بئر ونحو ذلك. وهو مما قرره المشرع سببا لكسب الملكية بأن يختص أهل البلدة أو مالك الدار أو رب البئر أو الشجر بالحريم ويمنع الغير من استغلاله أو إحداث أي شيء فيه، وكل ما يضر بهذا الحريم يزال. والحريم محدد في الأحوال الثلاثة التالية:

- حريم الجماعة أو البلدة مداخلها ومخارجها المؤدية إلى هذه الجماعة أو البلدة؛

- حريم الدار ما يرتفق به أهلها في إقامتهم بها. و تشترك الدور المجتمعة في حريم واحد وينتفع به أهل كل دار بما لا يضر بغيرهم من الجيران؛

- حريم البئر أو الثقب أو أي مورد من موارد المياه السطحية أو الجوفية هو ما يسع واردةا ويكون إحداث شيء فيه ضارا به أو بمائه.

- حريم الشجرة ما تحتاج إليه في سقيها ومد جذورها وفروعها مع مراعاة الأحكام المنصوص عليها في المواد المتعلقة بقيود الجوار.

و أهمية الحريم تظهر أكثر في الشيء الذي يملك شخص رقبته ويملك آخر منفعتة ، كما له أهمية في أحكام الارتفاق و حقوق الجوار. فيكون فيها ذلك الحريم من قيود التصرف.

- الالتصاق :

الالتصاق سبب من أسباب كسب الملكية يكون بمقتضاه لصاحب الشيء " أن يملك ما اتصل به اتصالاً يتعذر معه فصله منه دون تلف".

و يترتب على ذلك أن تتوافر لنشوء الالتصاق الشروط التالية:

- أن يوجد شيان متميزان أحدهما أكثر أهمية من الآخر بحيث يمكن اعتبار أحدهما أصلاً والآخر تابعاً .

- أن يتحد الشيان بحيث يتعذر فصلهما عن بعضهما دون تلف .

- ألا يكون الشيان مملوكين عند التصاقهما لمالك واحد .

والفقه الإسلامي يعرف من هذا الالتصاق وينكر. خاصة ما تعلق منها بترتيب الأحكام؛ إذ الفقه يعتد بالسمة بالموضوعية كما رددنا مرارا، فينظر إلى الضرر الحاصل إلى الشيء باعتباره ضررا محسوسا ثابتا ، في حين يعتد القانون بنوايا مرتكبي الأفعال (وهذه مسألة تظهر أكثر في الالتصاق بفعل الإنسان أو ما يسمى قانونا الالتصاق الصناعي) .

و يقع الالتصاق في العقار كما يقع في المنقول، لكن مرة أخرى لن تهتم المدونة إلا بالعقار. فلا بأس إذن أن نشير إلى أن الالتصاق إذا وقع في منقولين لمالكيين مختلفين ، بحيث لا يمكن فصلهما دون تلف أو نفقة فاحشة ولم يكن هناك اتفاق بين المالكيين وكان الالتصاق قضاءً وقدرًا، فإن الفقهاء يقررون أن يملك صاحب المنقول الأكثر قيمة المنقول الآخر بقيمته.

و بالعودة إلى أحكام الالتصاق الخاصة بالعقار، فإنها تتنوع إلى أن تكون قدرا بفعل الطبيعة أو أن تكون اختيارا بفعل الإنسان .

- الالتصاق الطبيعي بالعقار:

الغالب في هذا النوع أن يقع بفعل المياه التي لا دخل للإنسان فيها. وقد عرض م ح ع أربع حالات بهذا الصدد :

- طمي النهر : وهو ما يأتي به السيل إلى أرض يملكها الغير. فهذا يصبح ملكا لصاحب هذه الأرض؛ إذ تتركه مياه الفيضان بعد انسحابها فيكون طبقة على الأرض تصبح جزءًا منها و ملكاً لصاحبها. لكن لم يشر المشرع إلى الطمي الذي يكون أرضاً جديدة. ربما لوضوح القاعدة بأن الأرض التي لا مالك لها هي ملك للدولة أصالة، و أيضا لإشارته إلى حالة تكون الجزر في الحالة الرابعة الآتية .

- الحالة التي يغير فيها النهر مجراه و هي الحالة التي أحال فيها المشرع على المادتين ٣ و ٤ من قانون ١٠,٩٥ المتعلق بنظام المياه^{٥٠}. وهي حالة لا تخلو أن يكون النهر غير مجراه بين القديم و الجديد في عقار مملوك لشخص واحد، فهذا يأخذ ما انحسر عنه مقابل ما عُمر من غير تعويض. وإما أن تقع بين ملكين مختلفين، وفيها لا يعوض من جرى جديدا في أرضه، بينما يحق لمن صاروا جيرانا للمجرى القديم أن يأخذوه شفعة^{٥١} وفق مسطرة و قواعد محددة في المادة ٤ المشار إليها أعلاه.

٥٠- القانون رقم ١٠,٩٥ المتعلق بالماء الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم ١,٩٥,١٥٤ بتاريخ ١٨ من ربيع الأول ١٤١٦ (١٦ اغسطس ١٩٩٥)؛ الجريدة الرسمية عدد ٤٣٢٥ بتاريخ ٢٤ ربيع الآخر ١٤١٦ (20 سبتمبر ١٩٩٥)، ص ٢٥٢٠.

^{٥١} مع ملاحظة مثيرة أن المشرع أخذ في الشفعة هنا برأي الحنفية لا رأي المالكية .

- حالة الأراضي التي تتحسر عنها المياه الراكدة كالبحيرات و البرك، فهذه تبقى على حالها ملكا عاما للدولة، كما أن الأراضي التي تغمرها تلك المياه مؤقتا تظل على ملكية أصحابها.

- حالة الجزر التي قد تتكون بصورة طبيعية داخل المياه الإقليمية أو داخل البحيرات أو في مجاري الأنهار فإنها أيضا تكون ملكا عاما للدولة.

- الالتصاق الصناعي بالعقار:

الالتصاق الصناعي هو ما كان بفعل الإنسان، و لما كان مختصا بالعقار فإن الالتصاق يكون بين منقول و عقار أهمّ منه. و هي في حالات الغراس و أيضا في حالات البناء أو إقامة منشآت على سطح الأرض لأن العبرة بالمواد التي وقع بها البناء أو الإنشاء. فهذه منقولات من غير خلاف. ودون الخوض في كثير من التفاصيل نشير ابتداء إلى أن الالتصاق الذي يكون بين شيئين مملوكين لشخص واحد لا يثير أي إشكال، فهو من توابع العقار و من شمولاته على قاعدة " كل ما يضم للعقار أو يدمج فيه فهو للمالك" ، وهو ما أكدته المدونة في كثير من موادها كالمادة ٢٣١ و ٢٣٣ و ٢٣٤ و ٢٣٥ .

لكن الحالات المقصودة في الالتصاق الصناعي تلك التي تكون بين منقول وعقار مملوكين لشخصين مختلفين، و بأحوال مختلفة إما أن يكون ذلك بحسن نية وإما أن يكون بسوء نية. و هي الأحوال التي قلنا أن الفقه الإسلامي لا يأخذ بها إلا استثناء بسبب نزعته الموضوعية فتكون فيه بحسب الضرر اللاحق بالشيء لا بالشخص. ولقد وجبت هذه الإشارة لأننا سنذكر الحالات الواردة في المدون ونجملها في اثنتين كبيرتين تحتها فروع^{٥٢} :

- حالة الزراعة أو إقامة منشآت على أرض الغير: فيما يخص الزراعة ؛ فإذا زرع شخص أرضا مملوكة للغير بسوء نية، فإن أخذها مالكها قبل فوات وقت الزراعة فهو مخير بين المطالبة بقلع الزرع مع التعويض إذا كان له ما يبرره، و بين تملك الزرع مع دفع نفقاته إلى الزارع منقوصا منها أجره القلع، وإن أخذها بعد فوات وقت الزراعة فله الحق في أجره المثل مع التعويض إن كان له ما يبرره. أما إذا زرع شخص أرض غيره بحسن نية كمن استأجر أرضا من غير مالكها، فإن استحق المالك أرضه قبل فوات

^{٥٢} لم يشر المشرع إلى حالة ثالثة كبيرة وهي التي تُنشأ فيها منشآت أو تزرع وتغرس في أرض الغير بمواد لغير آخر.

وقت الزراعة فللزراع أجره المثل، وإن استحق المالك أرضه بعد فوات وقت الزراعة فليس له إلا الحق في المطالبة بالتعويض عما لحقه من ضرر من المتسبب فيه.

أما ما تعلق بإحداث منشآت أو أغراس أو بناءات بدون علم مالك العقار، فهذا الأخير الحق إما في الاحتفاظ بها مع أداء قيمة المواد وإما إلزام محدثها بإزالتها على نفقته مع إرجاع حالة الأرض إلى ما كانت عليه قبل إحداث الأغراس أو البناء أو المنشآت. لكن إن كانت قد أحدثت ممن انتزعت منه الأرض في دعوى استحقاق ولم يحكم عليه برد ثمارها نظرا لحسن نيته فإن مالك العقار لا يمكنه أن يطالب بإزالة المنشآت أو الأغراس أو البناءات المذكورة، غير أنه يمكن له الخيار بين أن يؤدي قيمة المواد مع أجره اليد العاملة، أو أن يدفع مبلغا يعادل ما زيد في قيمة الملك.

- حالة إقامة المالك لمنشآت بمواد الغير: يجب على مالك العقار الذي أقام بها بناءات وأغراسا

ومنشآت بمواد ليست له، أداء القيمة التي كانت لتلك المواد وقت استعمالها، وذلك بغض النظر عما يمكن أن يطالب به من تعويضات وليس لصاحب المواد الحق في أخذها بعدما دخل عليها تغيير. أما إذا تجاوز مالك بحسن نية حد أرضه عند إقامته بناء عليها وامتد البناء ليشمل جزءا صغيرا من أرض جاره لا يتجاوز عرضه ٥٠ سنتمترا فإن للمحكمة بعد الموازنة بين مصالح الطرفين إما أن تأمر بإزالة البناء المقام بأرض الجار على نفقة من أقامه أو أن تجبر مالك الجزء المشغول بالبناء بالتنازل عن ملكيته لجاره في مقابل تعويض مناسب.

- الحيابة (أو وضع اليد):

الحيابة فقها هي " وضع اليد على الشيء والاستيلاء عليه والتصرف فيه " وزاد الفقهاء مع شرط

الحوز و التصرف ادعاء التملك.

جعل المشرع الحيابة من أسباب الملكية لما صارت مدونة الحقوق العينية في أحكامها تشمل العقار

المحفظ وغير المحفظ. بينما لم تكن من تلك الأسباب في ظهير ١٩ رجب ١٣٣٣ لاختصاصه حينها

بالعقار المحفظ وهو ما لا يكسب بالحيابة لصفة التطهير الموسوم بها التحفيظ و لكون الحيابة المعروفة

والممارسة هي ما كان دعوى^{٥٣} أو ما يسمى في القانون بالحيابة العرضية وهي منظمة بمقتضى المسطرة

المدنية . ولعل ذلك ما جعل كثيرا من الدارسين يخلطون بين الاعتبارين، و كذا بين نظر الفقه ونظر

القانون .

^{٥٣} دعوى الاستحقاق ودعوى منع التعرض ودعوى منع الأعمال الجديدة

إن أساس الحيابة مبني في القانون على قواعد التقادم المكسب. و التقادم غير مكسب للحقوق العينية عند فقهاء المسلمين . لأن التوسيع في الحيابة لم يتجاوز عند متأخري الفقهاء الأخذ بالتقادم باعتبارها مانعا عن سماع الدعوى التي تحمى الحق، لا باعتبارها مكسبا للحق أو مسقطا له. لذلك فالوضع الأوفق لنظر الفقه الإسلامي إلى الحيابة هو ما كان عليه الحال في ظهير ١٣٣٣.

أنواع الحيابة :

يميز فقهاء المالكية بين الحيابة المثبتة للملك و بين الحيابة المبطللة للملك قبلها، أما الأولى المثبتة للملك فمحلها الشيء الذي لم يعرف له مالك قبل حائزه (أي أصل الملك مجهول)، وهذه تكفي فيها عشرة أشهر أو أكثر وأقل من هذه المدة لا يشهد بها. بينما الثانية محلها أن يعرف مالك الشيء قبل حائزه لتلك المدة الطويلة (عشر سنين فأكثر) مع جهل أصل مدخل الحائز.

فالأولى هي التي يشير إليها الشيخ خليل بقوله "وصحة الملك بالتصرف، وعدم المنازع، و حوز طال كعشرة أشهر، وأنه لم يخرج عن ملكه" بينما يشير صاحب التحفة إلى الثانية و اقتصر عليها أي المبطللة. وهذا يؤكد ما سبق أن قلناه من أخذ المتأخرين بمفهوم التقادم بما يعني سماع الدعوى لا إكساب الملكية.

أما أنواع الحيابة في الفقه القانوني فاثان ؛ الحيابة الاستحقاقية وهي المنظمة في مدونة الحقوق العينية، والحيابة العرضية التي لا تفيد نية التملك وهي التي قلنا أننا مختصة بالدعوى ومقتضياتها مسطرية قضائية .

شروط وخصائص الحيابة:

إن شروط الحق هي التي تحدد خصائصه؛ لذلك نبدأ بها كما وردت في المدونة مجملة لنستخلص الخصائص:

يشترط لصحة حيابة أساسا ألا تقوم على ما ليس مشروعاً (من غصبٍ لملك الغير وما شابهه). وعلى هذا الأساس نلخص الشروط التي اشترطتها م ح ع، وهي :

أن يكون الحائز واضعا يده على الملك و أن يتصرف فيه تصرف المالك في ملكه

أن ينسب الملك لنفسه، والناس ينسبون إليه كذلك

ألا ينازعه في ذلك منازع؛ و أن تستمر الحيازة طول المدة المقررة.

وعليه فإن خصائص الحيازة تجمل في أربع :

الهدوء: وهي أن تكون الحيازة قائمة دون اعتراض أو منازعة من الغير، غير مشوبة بعنف أو إكراه .

الظهور: أن يباشر الحائز انتفاعه بالحق عينية لا خفية و إلا لم تكن محل حماية.

الوضوح : أن تدل أعمال الحائز على قصد التملك .

الاستمرار: وهي أن تستمر الحيازة المدة المقررة شرعا أو قانونا ، لكن تزول هذه الصفة في الحيازة إذا وقع مانع مؤقت منع الحائز من السيطرة الفعلية على العقار.

وإضافة إلى هذه الخصائص العامة تترتب أخرى مميزة ، منها أن في الحيازة لا يكلف حائز العقار بيان وجه مدخله، خلافا للأسباب الناقلة للملكية. فلا يقع عليه عبء الإثبات إلا إذا أدلى منازعه بحجة على دعواه. وبالمقابل فإنه يمكن للحائز نقلها إلى خلفه بالإرث أو الوصية وجميع ما تنتقل الملكية . كما أن الحيازة تصح بمباشرة الحائز نفسه أو بمباشرة الغير عنه وذلك في حالتين؛ الحالة التي يَكُلِّفُ فيها الحائز من تحت إمرته بمباشرتها. و الحالة التي يباشرها النائب الشرعي لصالح فاقد الأهلية أو ناقصها .

- محل الحيازة :

الأصل أن يُحاز كل ما ثبت أن لا مالك له بالشروط و الخصائص السالفة ، لكن وضع المشرع

قيودا تتعلق بالمحل سواء، تعلق بالأشخاص أو بالأشياء .

من جهة الأشخاص، ينحصر- بمقتضى المادة ٢٣٩ - حق اكتساب العقار بالحيازة بالأمد في المغاربة دون غيرهم؛ فلا يحتج بها من لم يحمل الجنسية المغربية أو زالت عنه قبل المطالبة. ثم إن الحيازة لا محل لها بين الأصول و الفروع وبين الأزواج ، ولا بين الشركاء مطلقا، و لا من القيم على مال الغير سواء كان نائبا شرعيا أو وكيلًا أو مكلفا بإدارة الأموال العقارية وأصحاب هذه الأموال الأقارب.

أما من جهة الشيء المملوك، فالقاعدة فيه أن الحيازة تصح في الملك المهمل من الأشخاص ولا يستثنى من ذلك إلا العقارات المحفظة، أما أملاك الدولة بشقيها العامة والخاصة و الأملاك الجماعية والوقفية فلا تنال ولا تنتزع بالحيازة^{٥٤}.

- مدة الحيازة:

مدد الحيازة مأخوذة من أحكام الفقه المالكي ، وفق التنويع السابق بين الحيازة المثبة و الحيازة المبطله.

- تكفي في الحيازة المثبتة للحق مدة عشرة أشهر، وتلحق بها الحيازة التي تصرف فيها الحائز تفويتا بعلم وحضور المالك، فهذه وإن كانت من النوع الثاني إلا أنها لا تحتاج انصرام المدة المقررة في الحيازة المبطله.

- تنتوع المدد في الحيازة المبطله - وهي التي تقابل الحيازة الاستحقاقية عند القانونيين - بحسب الأحوال. فتطول مدتها ١٠ إلى سنين بين الأجنب و بين الأقارب الذين بينهم عداوة، و تمتد إلى ٤٠ سنة بين الأقارب. وهي المدد التي أخذت بها م ح ع^{٥٥}.

- المغارسة:

المغارسة " عقد يعطي بموجبه مالك أرضه لآخر ليغرس فيها على نفقته شجرا مقابل حصة معلومة من الأرض والشجر يستحقها الغارس عند بلوغ الشجر حد الإطعام". وتسمى عند غير المالكية المناصبه. و يجعلون الجمهور منهم قسما من المساقاة.

و حكمها عند الفقهاء الجواز إجمالا وإن كان ما يستدلون به دليل عام و هو حديث جابر رضي الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال (ما من مسلم يغرس غرسا إلا كان ما أكل منه صدقة)^{٥٦}. و

^{٥٤} وهو ما نصت عليه صراحة المادة ٢٦١ " لا تكتسب بالحيازة: أملاك الدولة العامة والخاصة؛ الأملاك المحبسة؛ أملاك الجماعات السلافية؛ أملاك الجماعات المحلية؛ العقارات المحفظة؛ الأملاك الأخرى المنصوص عليها صراحة في القانون".

^{٥٥} أنظر المواد من ٢٥٠ إلى ٢٥٤

^{٥٦} أخرجه الإمام البخاري في كتاب الحرث والمزارعة - باب فضل الزرع والغرس إذا أكل منه والإمام مسلم في كتاب المساقاة - باب فضل الغرس والزرع

الفقهاء متفقون جملة على صحة أصل المغارسة في الأشجار على سبيل الإجارة . أما المغارسة التي على سبيل الشركة وصورتها أن تعطى الأرض للعامل لغرس الأشجار وتكون الأرض والأشجار بينهما، أو الأشجار وحدها بينهما فمختلف فيها.

فذهب الحنفية ومعهم جمهور الفقهاء إلى عدم الجواز، بينما رأى المالكية الجواز بشركة جزء معلوم في الأرض والشجر. و هذه المختلف فيها هي المقصودة بسبب التمليك في المدونة لأنها تكسب صاحبها ملكية تامة تنتج عن عمل. بحيث إذا بلغ الشجر حدّ الإطعام اكتسب الغارس حقه العيني وتصير الأرض والشجر ملكا شائعا بين مالك الأرض والگارس بحسب الحصة التي وقع الاتفاق عليها في عقد المغارسة.

أما شروط المغارسة فهي:

- لا يجوز في عقد المغارسة اشتراط أجل يقل عن حد الإطعام و لا اشتراط أجل يتجاوزه تحت طائلة البطلان.
- لا يكون محلها حقوقا مشاعة بحسب المادة ٢٦٦ .
- لزوم إبرام عقد المغارسة في محرر رسمي بمقتضى المادة ٢٦٨ ، ويشترط لصحته أن يعين نوع الشجر المراد غرسه ويبين حصة الغارس في الأرض وفي الشجر.

الملك الناقص :

أو الحقوق العينية الأصلية المتفرعة عن حق الملكية

الملك الناقص هو تعبير الفقهاء ، فالملكية التامة كما رأينا هي التي يجتمع فيها للمالك ملكُ الرقبة بالتصرف وملكُ منفعتها استغلالا واستعمالا. لكن قد يحدث ألا تبقى للمالك إلا الرقبة فيما ينتفع الغير استعمالا واستغلالا بالملوك. فهذه الأحوال هي التي يسميها الفقهاء أحوال الملك الناقص، لكن لا يميل التشريع المعاصر إلى هذا التصنيف البديع بل يبقى المالك صاحب ملك تام ويعتبر استعمال الغير وانتفاعه مجرد قيود تحد من سلطته إما بالاختيار أو الاضطرار، كما رأينا في الملكية التامة بنوعيتها الفردية والمشاركة. لكن يبقى الجميع متفقا (فقها وقانونا) على أنها حقوق أصلية متفرعة عن الملكية في حالتها المكتملة.

وتجدر الإشارة بهذا الصدد إلى أن جميع أنواع الحقوق الموصوفة فقها بالملك الناقص ووردت في م ح ع على سبيل الحصر (الانتفاع و الاستعمال و العمرى والكراء الطويل الأمد وحق الزينة و حق الهواء والتعليق وحق السطحية والارتفاقات عند الفقهاء) فهي إنما تخول حقوق الاستعمال أو الاستغلال أو هما معا دون حق التصرف في أصل العين التي للمالك أصالة.

وسنتعرض ابتداء لحق الانتفاع و نؤخر حقوق الارتفاق خلافا لما رتبنا عليه مدونة الحقوق العينية.

حق الانتفاع

تعريف حق الانتفاع:

قرر الفقهاء أن الانتفاع إما أن يكون بعقار أو بمنقول وقد يكون بعوض أو بغير عوض؛ فإن كان الانتفاع بالمنقول بعوض سمي إجارة، وإن كان بغيرها سمي عارية. أما الانتفاع بالعقار بعوض فيسمى كراء، ولا يخصون بمصطلح الانتفاع بالعقار إلا ما كان بغير عوض.

ثم إن اشتراط عدم العوضيّة مشروط أيضا بعدم خروج ملك الرقبة من يد صاحبها، فلا تكون هبة ولا صدقة مثلا. وهذا التوضيح لازم وإن لم يشر إليه المشرع في المادة ٧٩ التي تنص على أن حق الانتفاع " حق عيني يخول للمنتفع استعمال عقار على ملك الغير واستغلاله، وتنقضي مدته لزوما بموت المنتفع

فهو إذن حق عيني أصلي متفرع عن حق الملكية يمكن صاحبه من تجريد مالك الرقبة من سلطتي الاستعمال والاستغلال فينتفع بهما كما لو كان المالك نفسه، لكن بشرط المحافظة على كيانها. و معنى أنه أصلي أنه يخول صاحبه حق تتبع حقه في أي يد كان من غير واسطة، كما له أحق الأولوية في الاحتجاج أمام الغير واستيفاء الحقوق.

والأمر المتفق عليه بين الفقهاء و القانونيين - وزكاه التشريع لاحقا - هو اتسام هذا الحق بسمة التوقيت وعدم التأبید، لذلك أوضحت المادة ٨٠ إمكان تقييده بأجل أو شرط و إذا لم يقع تحديده انتهى في جميع الأحوال بموت المنتفع.

وهو اتفاق مهم في تمييز حق المنتفع عن حق المستأجر؛ فحق الانتفاع وإن كان ينشأ أحيانا بالاتفاق كحق الكراء إلا أنهما مختلفان من جهة أن حق المكثري حق شخصي بينما حق المنتفع حق عيني، ثم إن حق المنتفع ينقضي حتماً بالوفاة بينما حق المكثري أو المستأجر قد يورث على مذهب المالكية.

- نطاق حق الانتفاع:

يقصد بالنطاق الأموال التي يرد عليها و الخاضعة له. ونذكر هنا بما تقرر من حصر المشرع للحقوق العينية . وبالتبعية فقد حصر ما تقع عليه لذلك جاءت المادة ٨١ لتقرر الأموال الخاضعة لحق الانتفاع فجعلها أربعة لا غير وهي حق الانتفاع على الملكية العقارية؛ و على حق السطحية؛ و على حق الزينة؛ وعلى حق الهواء أو التعلية.

و الملاحظ أن هذا النطاق متاح بحسب ما إذا كان الحق الواقع عليه الانتفاع يسمح لصالحه بنفويت الاستغلال و الاستعمال أم لا. لذلك لا يتقرر انتفاع على ما كان انتفاعا في أصله كالعمرى مثلا .

- أسباب كسب حق الانتفاع

يكتسب حق المنفعة وفق المادة ٨٠ بطريقتين : إما بالاتفاق أو بمقتضى القانون .

وإذا كان من الأمور التي تتصور أن يقع هذا الحق بالاتفاق أي بالعقد سواء كان هذا العقد بإرادتين أو بإرادة واحدة كالوصية، فإن مقصود المشرع بالقانون الحالة التي قررها الفقه الإسلامي قديما بانتفاع الورثة بوصية الحمل إلى حين استهلال الموصى له أو انتفاع الولي بأموال من لم يبلغ بمقدار .

وعلى ذلك فإنه لا يكتسب الانتفاع بما تكتسب به الملكية مطلقا كالأستيلاء والالتصاق والميراث - مثلا - يتنافى وكون المنفعة تنقضي حتما بموت المنتفع .

- حقوق المنتفع

هما حقان أساسان بدهيان :الحق في استعمال الشيء والحق في استغلاله.

أما حقه في الاستعمال فلا يقصر على الشيء المنتفع به بل يمتد ليشمل وتوابعه؛ فلو كان شخص منتفعا بعقار، وكان مقررا لذلك العقار في يد مالكة حق ارتفاق على عقار آخر من مثل حق مرور أو مسيل، فإن من حق المنتفع أن ينتفع بذلك الارتفاق ولو لم يتم التنصيص عليه صراحة في العقد .

و أما حق الاستغلال فيراد به أمران: أن يستأثر بثمار الشيء و أن يكره حقه مدة انتفاعه. وتوضيح ذلك أن الاستئثار بالثمار أمر مقرر بسبب جمع الانتفاع لحقي الاستعمال والاستغلال، شريطة أن يكون ذلك مدة الانتفاع . سواء كانت الثمار طبيعية مما تنتج الأرض أو مما ينتج الحيوان أو كانت ثمارا صناعية كالمحصولات الزراعية. أو من تلك الثمار مسماة مدنية، وهي التي يحصلها مثلا من أجرة كراء حقه في الانتفاع بالمنتفع به .

ويلزم التنبه هنا أن هذا الكراء لا يقع على مقتضيات قانون الكراء المدني (ظهر ٥٥ إلى حين دخول قانون الكراء الجديد حيز التنفيذ) لأن هذا الكراء يخول للمكثري حق التعويض عن الإخلاء وهذا حق لا يملكه المنتفع ليمنحه.

- التزامات المنتفع:

تنشأ هذه الالتزامات من تسلم المنتفع به، فيتسلم المنتفع العقارات في الحالة التي توجد عليها غير أنه لا يمكنه الشروع في استغلالها إلا بعد تنظيم كشف بحالتها بحضور كل من المالك والمنتفع. وعموم هذه الالتزامات كالتالي:

- استعمال الشيء بحسب ما اعد له: فعلى المنتفع أن يستعمل الشيء بحسب ما أعد له؛ فليس له أن يغير من طريقة استعماله وليس أن يستعمل الشيء استعمالاً يؤدي إلى استهلاكه أو إتلافه.
- حفظ الشيء وضمان الهلاك : على المنتفع حفظ الشيء المنتفع به وأن يبذل في حفظه العناية اللازمة و إلا كان مسؤولاً عن هلاك الشيء . فإذا أثبت بذل العناية المطلوبة فلا يضمن إذا ما وقع تلف بالشيء. لكن إذا تأخر عن رد الشيء إلى صاحبه بعد انتهاء المدة من الانتفاع فإنه يضمن هلاكه ولو كان الهلاك بدون تعد منه ، يصير بتأخره في الرد غاصباً.

- التكاليف والنفقات : يلتزم المنتفع بالتكاليف والنفقات المعتادة التي تقتضيها صيانة الشيء المنتفع به ؛ فهذه النفقات يتحملها المنتفع بسبب استفادته من الشيء. لكن نفقات الإصلاحات الجسيمة والتكاليف غير المعتادة - كما لو انهدمت الدار أو وقوع حريق أو غمر مياه الفياضانات فتكون على المالك بلا جبر عليه ، إلا أن يكون ذلك برضا المنتفع واختياره.

-انقضاء حق المنفعة:

ينقضي حق الانتفاع في الأحوال التالية:

- انقضاء الأجل أو موت المنتفع : تقدم أن حق المنفعة حق مؤقت ولهذا فإنه ينقضي عادة بانقضاء الأجل المعين له في العقد . إذا خلا التعاقد من بيان الأجل عد حق المنفعة مقررًا مدى حياة المنتفع. وينقضي حتماً بموت المنتفع حتى قبل انقضاء الأجل المعين في السند و لا ينتقل إلى ورثته، وكل اتفاق على خلاف ذلك يعتبر باطلاً بطلاناً مطلقاً. و إذا كان حق المنفعة مقررًا لعدة أشخاص على التعاقب ومات أحدهم انتقل الحق إلى الذي يليه و إذا كان مقررًا لعدة أشخاص على التعاقب ومات احدهم فان حق المنفعة ينقضي بالنسبة اليه ولا تضاف حصته الى حصص المنتفعين الباقين.

- هلاك الشيء المنتفع به: ينقضي حق المنفعة اذا هلك الشيء هلاكاً كلياً لتخلف محل الحق .

- اجتماع صفتي المالك والمنتفع في شخص واحد: اذا اجتمعت في شخص واحد صفتا المالك

والمنتفع انقضى الحق لزوماً، وهو ما يعبر عنه باتحاد الذمة .

- عدم الاستعمال: يزول حق المنفعة بعدم الاستعمال بمدة خمس عشر سنة في أغلب التقنيات.

ويشترط لسقوط حق المنفعة أن يكون عدم استعمال المنتفع لحقه شاملاً ومستمرًا طوال مدة التقادم وترتب على ذلك انه اذا كان الشيء المنتفع به ارضاً وزرع المنتفع قسماً منها واهمل القسم الاخر المدة المقررة قانوناً فإن حقه لاينقضي لان عدم الاستعمال لم يكن شاملاً لكل الشيء المنتفع به.

- الاستعمال في غير أعد له الشيء: على المنتفع ان يستعمل الشيء المنتفع به بحسب ما اعد له فإذا استعمل المنتفع الشيء استعمالاً لا يتفق مع طبيعته او استعمالاً غير مشروع كان للمالك ان يعترض على هذا الاستعمال و يطلب انتزاعه منه .

- تنازل المنتفع عن حقه: وينقضي حق المنفعة اذا تنازل عنه صاحبه بعوض أو بغير عوض لمصلحة مالك الرقبة او لمصلحة الغير باتفاق مع المالك أو بإرادة المنتفع المنفردة. ويرى بعض الفقهاء أن التنازل عن حق الانتفاع غير ممكن إلا لصال المالك .

حقوق الارتفاق

التعريف بالارتفاق والالتزامات المتبادلة الناشئة عنه:

حق الارتفاق " هو حق عيني في عقار لمنفعة عقار آخر كإجراء الماء على أرض الجار، أو المرور في أرض الغير ونحو ذلك " فإذا تقرر حق الارتفاق لفائدة عقار معين فإنه يخول صاحبه كل ما هو لازم لاستعمال ذلك الحق. ويفهم من ذلك أن حق الارتفاق لا يتقرر على منقول، كما يفهم منه أيضا ألا يكون عقارا بالتخصيص بل عقارا بطبيعته.

وبسبب الارتفاق تنشأ التزامات متبادلة بين مالكي العقارين. و الحكم العام عند الفقهاء في الارتفاقات أنها تبقى ما لم يترتب على بقائها ضرر؛ فيلتزم صاحب العقار المخدم باستعمال المرفق بأقل ضرر، كما يتحمل المصاريف التي تترتب على استعماله ، وبالمقابل لا يحق لصاحب العقار الخادم أن يمنع عن الارتفاق . ولقد ذهب الفقه الإسلامي أبعد من ذلك لما أوجب على الإمام الإنفاق على المرافق العامة من خزانة الدولة، تحقيقاً لمصلحة الناس، ودفعاً للضرر عنهم. فإن لم يكن في بيت المال ما يصلح به ما فسد منها أجبر الإمام الناس على إصلاحها دفعاً للضرر، فيكون على القادرين النفقة، وعلى غير القادرين العمل بأنفسهم، ونفقتهم على الأغنياء.

و وكيف الفقهاء رحمهم الله الارتفاق على أحوال الملك الناقص كما سبق إليه الإشارة، بينما لا يراه القانونيون - لعدم تصنيف الملكية إلا تامة وناقصة- إلا حقوقاً و تحملات مترتبة لعقار على آخر تمكن المرتفق من إنشاء حقوق عينية على عقار.

لكن إذا قلنا إن فقهاء المسلمين يجعلون الارتفاق من أبواب الملك الناقص خلافاً للقانونيين، فإن ذلك قد يوحي أنه وحق الانتفاع سواء، وهو غير صحيح. لذلك نشير إلى أهم الفروق بينهما حتى لا يختلطاً:

- إن الارتفاق مقرر لصالح عقار بينما المنفعة مقررة لشخص بعينهز
 - إن حق الارتفاق حق دائم و يورث بخلاف حق الانتفاع الذي صفته التآقبت.
 - إن الارتفاق لا يقرر إلا على العقار بينما الانتفاع يقرر على العقار والمنقول.
- ولعل هذا التمييز مساعد في الوقوف على الخصائص العامة للارتفاق.

- خصائص حق الارتفاق:

يتميز حق الارتفاق بالخصائص العامة التالية:

- خاصية الحجة على الكافة: إن قوة حق الارتفاق العينية تتجاوز الاحتجاج به في مواجهة مالك العقار الخادم إلى الاحتجاج به في مواجهة الكافة .
- خاصية الاتحاد : معناه أن الارتفاق لا ينفك عن العقار؛ فينتقل معه ويجري عليه ما يجري على العقار من تصرفات. إذ لا يجوز التصرف فيه مستقلاً عن العقار بالبيع أو رهن أو غيرهما من التصرفات الممكنة .
- خاصية الدوام : وهي صفة متفرعة عن الخاصية السابقة، لذلك فالمقصود به دوام الارتفاق بدوام محله .

- محل حقوق الارتفاق:

تنشأ حقوق الارتفاق على نوعين من الملك:

- ارتفاق عام ثابت للناس جميعاً ومحله الأملاك العامة كالأنهار والطرق والجسور ونحوها مما لا يختص به أحد.

- ارتفاق خاص ومحلّه الأملاك الخاصة بفرد لا يثبت فيها حق الارتفاق عليها إلا بإذن المالك.
- أسباب الارتفاق:

يجملها الفقهاء في ثلاثة : الاشتراك العام ،- الاشتراط في العقود، - القدم. بينما تقرر المدونة بما لا يبعد عن ذلك في المادة ٣٨ بأنه ينشأ إما عن الوضعية الطبيعية للأماكن أو بحكم القانون أو باتفاق المالكين لذلك من يجل أنواع الارتفاق في القانون إلى طبيعية وقانونية. أما من جهة التفصيل فإن أسباب كسب حقوق الارتفاق بالإضافة إلى العقد و الميراث والوصية،.

فإن القدم يقصد به صلاحية الاحتجاج بقدم حق المرور وحق المجرى وحق المسيل وغيرها من حقوق الارتفاق الظاهرة واستمرار حيازتها مدة طويلة إذا ثبت فيها حسن النية والاستمرار، وتخصيص المالك الأصلي أو بالاتفاق، فمعناه أن يكون العقاران الخادم والمخدوم مملوكين لشخصين مختلفين فينشأ حق الارتفاق دون حاجة مرور زمان بشروط الارتفاق وخصائصه السالفة .

- أنواع الارتفاق:

أنواع الارتفاقات على الإجمال اثنان طبيعة أو قانونية - كما تقدم-. لكن حقوق الارتفاق التفصيلية تختلف بحسب حاجات الناس. ونقتصر على تلك التي قررت مدونة الحقوق العينية، وهي حق الشرب وحق المجرى وحق الصرف (أو المسيل) وحق المرور و حق المطل.٥٧

- حق الشرب: هو حق عيني بحصة دورية في الماء لسقي الأراضي و ما التصق بها من غرس وشجر. وهو حق مقرر لكل شخص في موارد المياه العامة بمختلف وجوه الانتفاع، إلا أن يتعلق بمورد خاص حينها لا يجوز إلا برضى صاحبه. لكن ليس ذلك الاختصاص على إطلاقه؛ فإذا استوفى المالك حاجته منه جاز لجيرانه الملاك استغلال مورد الماء بقدر حاجة أراضيهم على أن يشتركوا في نفقات إنشاء وصيانة مورد الماء بنسبة مساحة أراضيهم التي تنتفع منه.

إذا لم يتفق أصحاب حق الشرب على القيام بالإصلاحات الضرورية لموارد المياه أو فروعها أو الجدول المشترك جاز إلزامهم بنسبة مساحة أراضيهم التي تنتفع منها، وذلك بناء على طلب أي واحد منهم.

حق الشرب ينتقل لزوما تبعا لانتقال ملكية الأرض التي تنتفع به. لكن إذا كان مورد الماء مشتركا فليس لأحد من الشركاء أن يرتب عليه لفائدة الغير حق الشرب إلا بموافقتهم جميعا.

حق المجرى: المراد بهذا الحق " تمرير ماء الري من مورده بأرض الغير للوصول به إلى الأرض المراد سقيها ".

فلزم من ذلك أن يحصل صاحبه على حق مرور المياه في الأراضي الواقعة بين أرضه وبين ذلك المورد مقابل تعويض مناسب يدفع مقدما، كما يراعى ارتكاب الضرر الأخف في ملك الغير عند إقامة مساريب جريان الماء. وبالمقابل يُمنع المالك من التعرض لصاحب حق المجرى من ممارسة حقه بما في ذلك دخول أرضه كلما اقتضته الحاجة الحال لإجراء الإصلاحات من ترميم وتعهد وغيرها مما هو واقع أصالة على عاتق المستفيد.

- **حق المسيل أو الصرف:** ينشأ هذا الحق في حالة " سيلان المياه سيلانا طبيعيا لا يد للإنسان فيه بين عقارين أحدهما مرتفع و الآخر منخفض يتلقى المياه السائلة " .

فيحق تبعا لذلك لصاحب الأرض العليا أن يصرف الزائد عن حاجته من مياه الأمطار وغيرها على الأرض المنخفضة دون ضرر أو بأقل ما يمكن إلا إذا كان مما لا يمكن تفاديه، كل ذلك مقابل تعويض مناسب يدفع مقدما. مع مراعاة القاعدة العامة في إحداث الأبنية بأن تقام سطوحها وشرفاتها بشكل يسمح بمسيل مياه الأمطار ونحوها على أرضه لا على أرض جاره. و لا يحق بالمقابل لصاحب الأرض المنخفضة أن يقيم حاجزا أو سدا ليمنع تدفق المياه على أرضه. و تجدر الإشارة بهذا الصدد، أن حق الصرف لما شبيها بحق المجرى من جهات كثيرة فإن المشرع رتب عليه بمقتضى المادة ٦٣ الالتزامات المتبادلة نفسها الناشئة بين صاحب الحق و صاحب الأرض حقوقه .

- **حق المرور:** هو حق مقرر لكل عقار ليس له منفذ إلى الطريق العام أو له منفذ لكنه لا يكفي مالكة للتمتع بكامل حقوقه عليه. فيحق له لذلك أن يحصل على ممر في أرض الجار مقابل تعويض مناسب وأن يتم ذلك بما لا يسبب للجار صاحب الأرض المرتفق بها إلا أقل ضرر.

وقد يحدث أن يكون لعقار مملوك على الشياخ منفذ إلى الطريق، فلما قسم صارت بعض أجزائه محصورة ولا منفذ لها إلى الطريق العمومي. ففي هذه الحالة لا يجوز لملاكها المطالبة بالمرور إلا في الأجزاء التي كانت موضوع التقسيم. أما لم يكن ذلك ممكناً فإنهم يعاملون كما لو كان هذا العقار مما لا منفذ له ابتداءً، فيترتب على ذلك أن يستفيدوا من حق الارتفاق في ملك الجار مقابل تعويض ووفق الشروط الأولى .

- **حق المظل:** سبقت الإشارة إلى أحكام المظل في قيود الملكية بسبب الجوار. وموجب الارتفاق فيها هنا هو تعارض الضرورة مع حقوق الغير.

لذلك فهذه المطلات على تفصيل؛ فمن حيث الأصل فإن المالك لا يقيد بأي قيد في المطلات والشرفات التي يفتحها على الطريق العامة، كما له أن يبني في حدود أرضه دون مراعاة النوافذ والشبابيك المفتوحة على ملكه إلا إذا وجدت اتفاقات مخالفة.

لكن في حالات الجوار، فإما أن العقارين ملتصقين أو متقاربين. فأما حالة الحائط الملاصق فلا يجوز لصاحبه أن يفتح فيه نوافذ أو شبابيك أو أي فتحات إلا برضى صاحب الملك المجاور.

- انقضاء الارتفاقات:

نبهنا سابقاً إلى تميز الارتفاق عن الانتفاع بميزة الدوام، لكنه دوام نسبي لا يمنع من الانقضاء كما قد ينتهي الملك التام نفسه؛ فلكل حق شروط نشأة وشروط انقضاء لا تتناقض خصائصه المميزة، وعليه فإن الارتفاق ينتهي في أحوال مخصوصة نجلها في ثلاث حالات عامة، وهي:

- انتهاء الأجل المحدد له أو بزوال الغرض الذي أحدث من أجله.

- اجتماع العقارين في يد مالك واحد أو بالتنازل عن حق الارتفاق ممن له الحق فيه .
- هلاك العقار المرتفق أو العقار المرتفق به هلاكا كلياً أو بمآلهما إلى حال لا يمكن معها استعمال الحق.