جامعـــة القاهـــرة
كلية الحـــقـــوق
قسم الدراسات العليا

القيود الواردة على حق الملكية للمصلحة الخاصة
دراسة مقارنة في الشريعة الإسلامية

رسالة لنيل درجة الدكتوراه في الحقوق
كلية الحقوق – جامعة القاهرة

مقدمة من الطالب :

منصور صابر عبده خليفة
(مستشار بقضايا الدولة)

لجنة الحكم علي الرسالة

أ.د / علـــي حســـين نجيـــدة (رئيســـاً)

أستاذ القانون المدني غيرالمتفرغ بكلية الحقوق – جامعة القاهرة
والمشرف علي الرسالة

أ.د / ســـعيد ســـليمان جبـــر (عضـــواً)

أستاذ القانون المدني المتفرغ بكلية الحقوق – جامعة القاهرة

أ.د / محمد عبد المنعم حبشي (عضواً)
أستاذ الشريعة الإسلامية بكلية الحقوق – جامعة عين شمس

1432هـ - 2011م

شكر وتقدير

الحمد لله رب العالمين ، والصلاة والسلام علي أشرف الخلق المبعوث رحمة للعالمين سيدنا ومولانا محمد (صلي الله عليه وسلم).

أتقدم بجزيل الشكر وعظيم الامتنان والتقدير للأستاذ الفاضل المشرف علي هذه الرسالة – سيادة الأستاذ الدكتور/ علي حسين نجيدة أستاذ القانون المدني غيرالمتفرغ بكلية الحقوق – جامعة القاهرة .
الذي بذل معي جهدا كبيراً في نصحي وإرشادي ومنحني من وقته وعلمه مالا أستطيع أن أوفيه ما حييت، فأسأل الله أن يجزيه عني خير الجزاء وأن يبارك له في وقته وجهده وأولاده وأحفاده ، كما أسأل الله أن يمده بوافر الصحة والعافية وطول العمر ، فلم أشعر طوال رحلة بحثي – رغم طولها نظراً لظروف عملي – أني أتعامل مع أستاذٍ فحسب ,وإنما أتعامل مع أب حنون نصوح صديق صدوق ، يحمل همي ويعفو عن تقصيري بكل أدب , فنعم الأستاذ ونعم الأب ونعم الصديق .

كما أتقدم بخالص شكري وتقديري للأستاذين الجليلين سيادة الأستاذ الدكتور/ سعيد سليمان جبر أستاذ القانون المدني المتفرغ بكلية الحقوق – جامعة القاهرة ، والأستاذ الدكتور/ محمد عبد المنعم حبشي أستاذ الشريعة الإسلامية بكلية الحقوق – جامعة عين شمس.

علي تفضلهما بالموافقة علي مناقشة هذه الرسالة رغم ضيق وقتيهما ، فأسأل الله أن يجزيهما عني وعن طلاب العلم خير الجزاء.

كما أتقدم بخالص الشكر والتقدير لكل من ساهم معي في هذا البحث ، خاصة أساتذتي الذين تناولوا بحث هذا الموضوع في مؤلفاتهم.
كما أتقدم بالشكر لزوجتي رفيقة دربي الذي وقع عليها العبء الأكبر؛ نتيجة انشغالي عنها ما بين عملي , واستكمال هذا البحث .

راجياً من الله العلي العظيم أن يوفق الجميع لما يحبه ويرضاه.

إهـــــــــــــداء

- إلي روح والدَّي غفر الله لهما وأسكنهما فسيح جناته.

- إلي من علمني حب العلم والعمل والصدق والبحث والاجتهاد .
- إلي من حرص كل الحرص علي حفظي كتاب الله.
- إلي أخي ,أطال الله عمره وعافاه ومتعه بالصحة وبارك في أولاده؛ ليسعد بهم في الدنيا والآخرة.
- يد سبقت ودين مستحق

- إلي زوجتي أكرمها الله في الدنيا والآخرة.

- إلي أولادي – هذه النبتة – ؛ ليسيروا علي الطريق ويكملوا المشوار داعياً الله أن يرفع بهم راية الإسلام.

مُقَدِّمَة

إِنَّ الإِنْسَانَ عَلَى مَرِّ العصور , وَمُنْذُ قضى ربنا ﷻ فِي اللوح المحفوظ على آدم عليه السلام أَن يعمر الأرض , وهو مجبول على حُبِّ التَّملُّك , وَهَذِهِ فطرة وغريزة إنسانية وجدت فِي الإِنْسَان مُنْذُ خلقه الله , وَهَذِهِ الفطرة تختلف من إنسان إِلَى آخر , وفق البيئة الَّتِي يعيش فِيهَا , وحسب الشريعة الَّتِي تحكمه.

فالإنسان فِي بداية إعماره الأرض كَانَت الأموال جماعية تتملكها الأسرة , أو القبيلة من حيوانات , وطيور , وخيام , وأرض , وبناء , أَو بحار للصيد منها , أَو مياه للشرب .... وبتطور الحياة ظَهَرَتْ الْمِلْكِيَّة الْخَاصَّة , وازدادت مَعَهَا المشكلات , فَجَاءَ دور التشريعات بِصِفَةٍ عَامَّةٍ – وضعية كَانَت , أَو سماوية – لمعالجة تِلْكَ المشكلات , والحد منها. وكَانَ سبب هَذِهِ المشكلات الحرية في اسْتِعْمَالِ واستغلال الْمِلْكِيَّة والتصرف فِيهَا , فَكَانَ لاَ بُدَّ مِنْ تَشْرِيع يحِدُّ من هَذِهِ الحرية, ويقيّد تِلْكَ التصرفات, سِيَّمَا أَن الإِنْسَان اجتماعي بطبعه , لايمكنه أَن يعيش بمفرده فِي هَذِهِ الحياة , وَلَكِنَّهُ يتعامل ويتعايش مع أفراد هَذَا المجتمع , فَكَانَ للتشريع ضرورة حتمية تنظِّم تِلْكَ العَلائق , وتحد من إطلاق هَذِهِ الحرية , بِمَا يَجْعَلُ للملكية وظيفة اجتماعية , ويقيد هَذَا الاستعمال والاستغلال والتصرف بقيود عرفت بقيود الْمِلْكِيَّة الْخَاصَّة , وهو موضوع رسالتنا. وجاءت هَذِهِ التشريعات بوضع تِلْكَ القيود لمصلحة الجار , فَمِنْهَا مَا توسَّع فِي تِلْكَ القيود (المذاهب الجماعية) وَمِنْهَا مَا ضيق فِيهَا (المذاهب الفردية).

وجاءت الشَّرِيعَة الإِسْلاَمِيَّة بين هَذِهِ المذاهب بالوسطية , فأخذت بمبدأ حرية المالك في اسْتِعْمَالِ ملكه واستغلاله والتصرف فيه , مع وضع حدود وقيود لصالح الجار.

وَقَدْ أوصى ربنا ﷻ بِالْجَارِ فِي الْقُرْآنِ الْكَرِيمِ فِي آيَاتٍ كَثِيرَةٍ , وأوصي النَّبي الكريم ﷺ بِالْجَارِ كذلك فِي أحاديث كثيرة , كَمَا سنوضّح فيما بعد.

وَنُلاَحِظُ أَنَّ الإِسْلاَمَ هُوَ النظام الوحيد الَّذِي يجمع بين التوجيه وَالتَّشْرِيع , وبين الجزاء الدنيوي والأخروي , فَهُوَ لايكتفي بإصلاح النفوس وتربية الضمائر والتحذير من عقوبات اليوم الآخر, ويترك للناس بَعْدَ ذَلِكَ حرية التنفيذ والتطبيق كَمَا يُرِيدُون , إِنَّمَا يجمع إِلَى كُلّ هَذَا رقابة الدولة , وسلطة الشريعة , فَهُوَ لايترك تعاليمه الخُلقية , كَمَا لايترك قواعده التشريعية دون أَن يضمن – عَنْ طَرِيق سلطة الدَّولة ورقابتها – تطبيق تِلْكَ القواعد والأحكام , كماأنه يقيم توازنا بين المصلحة الفردية للمالك عِنْدَ استعمال ملكه واستغلاله والتصرف فيه ؛ ليضمن الاستغلال الأمثل للملكية الفردية ,

د/ محمود خيال : الحقوق العينية الأصلية، جامعة القاهرة سنه 1992م.
– د/ محمود عبد الرحمن محمد : المسئولية عن مضار الجوار غير المألوفة ، دراسة مقارنة في القانون الفرنسي المصري والإنجليزي والفقه الإسلامي ، دار النهضة العربية القاهرة.
– د/ مصطفى الجارحي : ملكية الشقق ، دار النهضة العربية ، القاهرة الطبعة الأولى سنه 1977م.
– د/ مصطفي الجمال : نظام الملكية سنه 1988م.
– د/ منصور مصطفى منصور : حق الملكية في القانون المدني المصري ، مكتبة وهبة سنه 1965م.
– د/ نبيل إبراهيم سعد : الحقوق العينية الأصلية ،طبعة 2001 منشأه المعارف بالإسكندرية.
– د/ نعمان محمد خليل جمعة : الحقوق العينية الأصلية ، مطبعة جامعة القاهرة سنه 1985م.

خامسا فهرس الرسالة

الموضــوع	الصفحـة
– مقدمة	**1**
– خطة البحث	**4**
– فصل تمهيدي : تعريف الملكية وخصائصها في القانون الوضعي والفقه الإسلامي.	**7**
– المبحث الأول : تعريف الملكية وخصائصها في القانون الوضعي.	**8**
المطلب الأول : تعريف الملكية في القانون الوضعي.	8

المطلب الثاني : خصائص الملكية في القانون الوضعي. 10
المبحث الثاني : تعريف الملكية وخصائصها في الفقه الإسلامي. 12
المطلب الأول : تعريف الملكية في الفقه الإسلامي. 12
المطلب الثاني : خصائص الملكية في الفقه الإسلامي. 15
الفرع الأول : خصائص الملكية التامة. 19
الفرع الثاني : خصائص الملكية الناقصة. 23
طبيعة حق الملكية في الفقه الإسلامي. 26

القسم الأول

القيود التي ترجع إلى الجوار بوجه عام في القانون الوضعي والفقه الإسلامي 38

الباب الأول

القيود الواردة على حق الاستعمال والاستغلال في
القانون 0627ذذ ذلوضعي والفقه الإسلامي.
39
الفصل الأول : عدم تعسف المالك في استعمال حق الملكية في
القانون الوضعي والفقه الإسلامي. 41
المبحث الأول : عدم تعسف المالك في استعمال حق الملكية في القانون الوضعي. 43
المطلب الأول : ماهية تعسف المالك في استعمال حق الملكية في القانون الوضعي. 44
المطلب الثاني : الأساس القانوني لقيد تعسف المالك في استعمال حق الملكية. 47
المطلب الثالث : المعايير المنصوص عليها لبيان مدى تعسف المالك في استعمال حق الملكية. 50
صور التعسف في استعمال حق الملكية في القانون الوضعي. 52
الموضـــوع الصفحة
المبحث الثاني : عدم تعسف المالك في استعمال حق الملكية في الفقه الإسلامي. 63
المطلب الأول : المقصود بتعسف المالك في استعمال حق الملكية في الفقه الإسلامي. 64
المطلب الثاني : أساس نظرية التعسف والمضارة في استعمال حق الملكية في الفقه الإسلامي. 66
المطلب الثالث : معيار تعسف المالك في استعمال حق الملكية في الفقه الإسلامي . 71
الفرع الأول : معايير تعسف المالك في استعمال حق الملكية في الفقه الإسلامي. 73
الفرع الثاني : القواعد الشرعية التي يستعين بها القاضي في
تحديد التعسف في استعمال حق الملكية. 81

الفرع الثالث : تطبيقات التعسف في استعمال حق الملكية من القرآن والسنة وفقه الصحابة. 91
الفصل الثاني : عدم تجاوز المالك مضارالجوار المألوفة في القانون الوضعي والفقه الإسلامي. 95
المبحث الأول : تجاوز المالك مضار الجوارالمألوفة في القانون الوضعي. 96
المطلب الأول : ماهية الجوار في القانون الوضعي. 100
الفرع الأول : المقصود بالجوار وحدوده. 100
الفرع الثاني : شخص الجار. 102
المطلب الثاني : شروط تطبيق نظرية مضار الجوار غير المألوفة " معيار النظرية ". 104
المطلب الثالث : المقصود بالضرر غير المألوف ، وكيفية تقديره. 105
المطلب الرابع : مدى تأثير أسبقية الاستغلال في منع تعويض الجار المضرور. 113
المطلب الخامس : أثر حصول المالك على ترخيص من جهة الإدارة. 119
المطلب السادس : الأساس القانوني لمسئولية المالك عن مضار الجوارغير المألوفة. 120
المبحث الثاني : تجاوز المالك مضار الجوار المألوفة في الفقه الإسلامي. 127
المطلب الأول : ماهية الجوار في الفقه الإسلامي. 128
الفرع الأول : المقصود بالجوار. 129
الفرع الثاني : حد الجوار. 130
الفرع الثالث : شخص الجار. 135
المطلب الثاني : منزلة الجار في الإسلام. 136
المطلب الثالث : مقدار الضرر المعتبر وغير المعتبر بين الجيران
الضرر المألوف وغير المألوف " الفاحش". 138
المطلب الرابع : المعيار في منع مضار الجوار في الفقه الإسلامي " الضرر الفاحش ". 147

الموضـــوع الصفحة
المطلب الخامس : قدم الضرر على وجود الجار " الضرر القديم والحادث ". 152
المطلب السادس : **مدى تأثير الإذن الصادر من الإمام على حق الجار في مطالبة المالك بالتعويض أوالمنع. 157**

الباب الثاني

القيود الواردة على حق التصرف المقرر للمصلحة الخاصة في
القانون الوضعي و الفقه الإسلامي. 160
الفصل الأوحد : القيود الواردة على حق التصرف المقرر للمصلحة الخاصة في

القانون الوضعي والفقه الإسلامي " شرط المنع من التصرف ". **161**
المبحث الأول : شرط المنع من التصرف في القانون الوضعي. **162**
المطلب الأول : المقصود بشرط المنع من التصرف. 163
المطلب الثاني : شروط صحة الشرط المانع من التصرف. 165
المطلب الثالث : الآثار المترتبة على صحة الشرط المانع من التصرف. 176
المطلب الرابع : الجزاء المترتب على مخالفة شرط المنع من التصرف. 178
المطلب الخامس : شرط المنع من التصرف والتسجيل. 187
المبحث الثاني : شرط الامتناع عن التصرف لمدة معينة في الفقه الإسلامي. **190**
المطلب الأول : شرط عدم التصرف اليسير في محل العقد. 192
المطلب الثاني : شرط عدم التصرف غير اليسير أو المطلق في محل العقد. 194
المطلب الثالث : شرط عدم التصرف في عقود المعاوضات. 201
المطلب الرابع : شرط عدم التصرف في عقود التبرعات. 202

القسم الثاني

القيود التي ترجع إلى حالات خاصة في الجوار في القانون الوضعي والفقه الإسلامي **207**

الباب الأول

القيود الناشئة عن التلاصق في الجوار في القانون الوضعي والفقه الإسلامي. **207**
الفصل الأول : وضع الحدود في القانون الوضعي والفقه الإسلامي. **208**
المبحث الأول : وضع الحدود في القانون الوضعي. **208**
المطلب الأول : المقصود بوضع الحدود. 209
المطلب الثاني : الاتفاق على وضع الحدود وديا وقضائيا " دعوى تعيين الحدود ". 210

الموضـــوع الصفحة

المطلب الثالث : نفقات التحديد. 213
المطلب الرابع : تعيين الحدود والتحويط. 214
المبحث الثاني : وضع الحدود في الفقه الإسلامي. **215**
المطلب الأول : وضع الحدود في اللغة. 215
المطلب الثاني : معنى وضع الحدود في الشرع. 216
المطلب الثالث : إجبار الجار على وضع الحدود. 217
الفصل الثاني : الحائط الفاصل والمشترك في القانون الوضعي والفقه الإسلامي. **219**

المبحث الأول : الحائط الفاصل والمشترك في القانون الوضعي. **220**
المطلب الأول : الحائط الفاصل. 220
المطلب الثاني : الحائط المشترك. 223
المبحث الثاني : الحائط الفاصل والمشترك في الفقه الإسلامي. **230**
المطلب الأول : الحائط الفاصل في الفقه الإسلامي. 230
المطلب الثاني : الحائط المشترك في الفقه الإسلامي. 236
الفصل الثالث : المطلات والمناور في القانون الوضعي والفقه الإسلامي. **243**
المبحث الأول : المطلات والمناور في القانون الوضعي. **243**
المطلب الأول: المطلات. 244
المطلب الثاني : المناور. 254
المبحث الثاني : المطلات والمناور في الفقه الإسلامي. **256**
الفصل الرابع : ملكية الطبقات في القانون الوضعي والفقه الإسلامي. **264**
المبحث الأول : ملكية الطبقات في القانون الوضعي. **265**
المطلب الأول : الملكية المشتركة في الطبقات " الشيوع الإجباري ". 267
المطلب الثاني : الملكية المفرزة في الطبقات والتزامات صاحب العلو والسفل. 276
الفرع الأول : التزامات صاحب السفل. 278
الفرع الثاني : التزامات صاحب العلو. 283
المطلب الثالث : إدارة الأجزاء المشتركة. 284
المبحث الثاني : الجوار الرأسي في الفقه الإسلامي " حق العلو والسفل "
ملكية الطبقات. **294**

الموضـــوع الصفحة

المطلب الأول : نطاق حق العلو والسفل (المادي والمعنوي). 295
الفرع الأول : النطاق المادي لملكية حق العلو والسفل. 295
الفرع لثاني : النطاق المعنوي لملكية حق العلو والسفل. 300
المطلب الثاني : التصرفات الصادرة من صاحب السفل وصاحب العلو. 303
المطلب الثالث :. الالتزامات المفروضة على صاحب السفل وصاحب العلو. 306

الباب الثاني

القيود الناشئة عن الري والصرف والمرور في القانون الوضعي والفقه الإسلامي **315**

الفصل الأول : القيود الناشئة عن الري والصرف في القانون الوضعي والفقه الإسلامي. **316**
المبحث الأول : القيود الناشئة عن الري والصرف في القانون الوضعي. **317**
المطلب الأول : حق الشرب. 317
المطلب الثاني : حق المجرى والمسيل " الصرف ". 327
المبحث الثاني : القيود الناشئة عن الري والصرف في الفقه الإسلامي. **338**
المطلب الأول : الأحكام العامة لحق الانتفاع العيني " حق الارتفاق ". 339
المطلب الثاني : حق الشرب في الفقه الإسلامي. 348
المطلب الثالث : حق المجرى في الفقه الإسلامي. 366
المطلب الرابع : حق المسيل أو الصرف في الفقه الإسلامي. 382
الفصل الثاني : حق المرور في القانون الوضعي والفقه الإسلامي. **386**
المبحث الأول : حق المرور في أرض الجار في القانون الوضعي. **386**
المطلب الأول : الشروط اللازمة لترتيب حق المرور. 387
المطلب الثاني : كيفية تحديد موضع الممر ومن له الحق في طلبه. 394
المطلب الثالث : انقضاء حق المرور. 400
المطلب الرابع : حالة خاصة – الانحباس عن الطريق العام الناشئ عن تجزئة عقار بناء على تصرف قانوني. 402
المطلب الخامس : التعويض المستحق للجار مقابل المرور من أرضه. 408
المبحث الثاني : القيود الناشئة عن حق المرور في الفقه الإسلامي. **412**

الموضـوع الصفحة

المطلب الأول : ماهية الطريق وبيان أنواعه. 414
المطلب الثاني : الطريق الخاص وما يتعلق به من أحكام 417
الفرع الأول : ملكية الطريق الخاص. 418
الفرع الثاني : أهل الطريق الخاص. 419
الفرع الثالث : المرور بملك الغير دون إذنه. 420
الفرع الرابع : الاستحقاق في الطريق الخاص وحكم التنازع فيه. 421
الفرع الخامس : حق الشريك في فتح الأبواب وتحويلها على الطريق الخاص. 423
الفرع السادس : فتح الأجنبي باب على الطريق الخاص. 425

الفرع السابع : شغل هواء الطريق الخاص بإخراج جناح أوساباط ونحوه. 427
الفرع الثامن : المرور بالطريق الخاص والتصرف فيه وسعته. 429
المطلب الثالث : الطريق العام وما يتعلق به من أحكام. 430
– خاتمةالبحث. 440
– أهم التوصيات . 453
– قائمة بأهم المراجع. 457
– فهرست. 478

ملخص الرسالة

إن الإنسان مجبول على حب التملك وهو يتصرف في ملكه بحرية من استعمال واســـــتغلال وتصرف , وهذه الحرية قد تؤدى حتما إلى إلحاق الضرر بـالآخرين ؛ فكـان لابـد مـن تشـريع يحد من هذه الحرية ويقيد تلك التصرفات, فيجعل للملكية وظيفة اجتماعيـة , وقـد عرفـت تلـك القيود التي فرضـها المشـرع عنـد اسـتعمال حـق الملكيـة واسـتغلالها والتصـرف فيهـا بقيـود الملكية المقررة للمصلحة الخاصة ونظـراً لأن الإنسـان اجتمـاعي بطبعـه ولا يمكـن أن يعـيش منعزلاً لنفسه ؛ فكان لابد من إظهار تلك القـــــيود وتمحيصها ؛ ليعرف كل مالك ما لـه من حقوق وما عليه من واجبات تجـاه جاره،فجـاءت التشـريعات لتنظـيم تلـك العلاقـة بـين المالـك وجيرانه وتحـد مـن حريـة تصـرف المالـك فـي ملكـه بمـا يقـيم التـوازن المطلـوب بـين حريـة

الشخص في التصرف في ملكه وبين فرض القيود على هذه الحرية حفاظاً على مصلحة الجماعة.

الباحث **المشرف**

منصورصابر عبدة خليفة **أ .د علي نجيدة**