



مجلد مجمع الفقہ الاہل الامم الاولیٰ
الدور الثامن عشر

العقاد الثامن عشر

المجلد الرابع

١٤٣٦ھ / ٢٠١١م

مَجْلَدُ مَجْمَعِ الْفُقَهَاءِ الْأَسْلَامِيَّةِ الرَّابِعِي

الْعَدَدُ الثَّامِنُ يَبْدَأُ

④

حقوق الطبع والتصوير محفوظة
لمجمع الفقه الإسلامي الدولي بجدة

الطبعة الأولى

١٤٣٢ هـ - ٢٠١١ م

طبع هذا العدد على نفقة مجمع الفقه الإسلامي الدولي



مَجْلَدُ مَجْمَعِ الْفِقْهِ الْإِسْلَامِيِّ الدُّوَلِيِّ

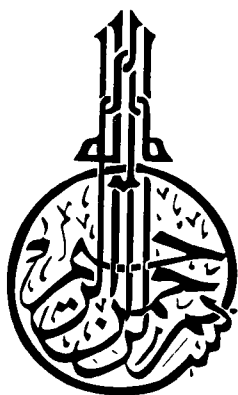
الدَّوْرَةُ الثَّامِنَةُ عَشْرَةَ

لِمَوْتَمَرِ مَجْمَعِ الْفِقْهِ الْإِسْلَامِيِّ الدُّوَلِيِّ

الْعَدَدُ الثَّامِنُ مِنْ بَيْتِشْرٍ

الجزء الثامن

١٤٣٢ هـ / ٢٠١١ م



الموضوع الثامن
عقد التملك الزمني
TIME SHARING

البحوث المقدمة

- ١) عقد التملك الزمني TIME SHARING CON : إعداد الدكتور عبد الستار أبو غدة.
 - ٢) «التايم شير TIMESHARE» : دراسة فقهية للمنتجات التقليدية ومحاولات لابتكار تكييف بديل: إعداد الدكتور عبد القاهر محمد أحمد قمر
 - ٣) عقد التملك الزمني (TIMESHARE) : دراسة قانونية فقهية مقابلة: إعداد الدكتور عبد الوهاب إبراهيم أبو سليمان.
 - ٤) نظام الاشتراك في الوقت «عقد التملك الزمني»: (TIME SHARING) صورة وتكييفه الفقهي إعداد الدكتور: محمد أكرم لال الدين
 - ٥) عقد المشاركة الزمنية (التايم شير): إعداد الدكتور محمد علي القرى
 - ٦) عقد التملك الزمني: إعداد الشيخ نور الدين شريعتمدار جزائري
- * ملاحظة:
- تم ترتيب البحوث حسب الترتيب الهجائي لأسماء السادة الباحثين.

عقد التملك

TIME SHARING CON.

إعداد

الدكتور عبد الستار أو غدة

عضو المجمع

رئيس الهيئة الشرعية لمجموعة البركة المصرفية

الحمد لله، والصلاة والسلام على سيدنا محمد وآله وصحبه

تمهيد:

الإجارة - كما هو معلوم - بيع المنفعة، والحصول على المنفعة مرتبط بالزمن. والمعتاد في استئجار المنافع أن يحدد الزمن لابتدائها، أي للشروع في الانتفاع، وكذلك الزمن الذي ينقضي فيه حق المنتفع، وعليه أداء الأجرة المحددة عن المدة جميعها، سواء انتفع أم لم ينتفع ما دام متمكناً من الانتفاع، وهذه الإجارة العادية تلائم حالة الحاجة للمنافع لمدة معلومة في ظرف زمني محدد. أما إذا كانت الحاجة إلى المنافع موقوتة وموعدها غير محدد فإن الصيغة التي تلي الحاجة دون خسارة هي التملك الزمني.

وهناك الكثير من المنافع التي تنحصر فيها حاجة الإنسان إلى زمن محدود غير معين البداية والنهاية، مثل ارتياد أماكن الاستجمام (المصايف والمشاتي والمصحات) والإقامة في مواطن المشاعر لأداء الحج والعمرة.

ولهذا شاع استخدام عقد التملك الزمني وصار بديلاً عن الاستئجار المرتبط بزمن معين، وبهذا الأسلوب يتشارك جمع غفير من الناس في استئجار تلك الأماكن، يختص كل منهم بوحدة زمنية غير معينة الموقع عند التعاقد. لكن يوضع جدول منضبط للأولوية في الاستخدام بحيث تتحقق مصالح الجميع قدر الإمكان.

نبذة عن تطور نظام التملك الزمني أو المشاركة الزمنية في العالم^(١)

نشأ نظام التملك الزمني أو المشاركة الزمنية أساساً في سويسرا سنة ١٩٦٢^(٢). عن طريق مؤسسة (HABIMAG) وكان في بدايته يقوم على أساس شراء عدد من النقاط وليس الأسابيع وطبقاً لهذا النظام كان المشتري لا يملك وحدة

(١) نظام المشاركة الزمنية أو المشاركة في الوقت أو نظام اقتسام الوقت هي الترجمة العربية لـ (TIMESHARE) وترجمة TIMESHARE بالمشاركة الزمنية هي أقرب لمقصود العقد، لكن استخدام اسم (التملك الزمني) أو (التملك الزمني) في بعض الأبحاث، ومنها فتوى ندوة البركة، والميعار الشرعي للإجارة والتسميتان مستخدمتان في هذا البحث.

(٢) منشورات الاتحاد الأوروبي للمشاركة الزمنية (European Timeshare).

الإقامة ملكية حقيقية. ولكنه كان يتمتع فقط بحق الانتفاع أو الإشغال لوحدة ما لعدد معين من السنوات مدفوعة الأجرة مقدماً، حيث يقوم النظام على إعطاء كل فندق عدداً معيناً من النقاط تبعاً لمستوى الفندق ومميزاته، ويقوم المشترين بشراء عدد معين من النقاط السنوية كل حسب إمكاناته المادية، فمثلاً إذا كان للمشتري ١٧ نقطة فإن هذا يعطيه الحق في قضاء أسبوع سنوياً في فندق ١٧ نقطة، أو أسبوعين في فندق ٦ نقاط، أو ثلاثة أسابيع في فندق ٤ نقاط، وله حق اختيار الفندق أو المنطقة، والتاريخ الذي يناسبه بشرط إعطاء مؤسسة (HABIMAG) فسحة كافية من الوقت.

أما نظام شراء الأسابيع، فقد بدأ في فرنسا سنة ١٩٦٧^(١) ثم الولايات المتحدة الأمريكية سنة ١٩٦٩. وقد أدى ارتفاع البترول في السبعينات، وما تبعه من الارتفاع الكبير في الأسعار، والزيادة الكبيرة لمعدلات التضخم إلى جنوح الأفراد عن الشراء مع وجود أعداد كبيرة من المباني المخصصة كمنتجات سياحية حيث نشأت فكرة توزيع تكاليف الوحدة الواحدة على أكثر من فرد على أن يستخدم كل منهم هذه الوحدة لزم من معين من كل عام^(٢).

بدأ العمل بنظام المشاركة الزمنية في المملكة المتحدة في اسكوتلاندا عام ١٩٧٥م، ثم انتشرت الفكرة ليس فقط في المنتجعات البريطانية ولكن أيضاً في البحر المتوسط بواسطة شركات بريطانية.

ويشكل نظام المشاركة الزمنية جزءاً من سوق تملك الإجازات (Vacation Ownership) وقضاء العطلات في العالم. ويشمل سوق تملك الإجازات

(١) كان أول منتجع سياحي طبق نظام المشاركة الزمنية بجوار سانت إتيان في جبال الألب الفرنسية عام ١٩٦٦. ينظر د. صلاح عبد الوهاب. السياحة في عالم متغير. القاهرة ١٩٩٦ هذا وقد حققت صناعة المشاركة الزمنية تقدماً ملحوظاً في أوروبا في الفترة من ١٩٨٨ - ١٩٩٩ حيث بلغت نسبة الزيادة في عدد الملاك ٧٢٪ كما بلغت نسبة الزيادة في عدد المنتجعات ٧٨٪. ينظر د. وصال أبو علم ص ٢٩.

(٢) الاتحاد الأوروبي للمشاركة الزمنية.

البدائل التالية:

- منازل قضاء العطلات.
- المجمعات الترفيهية.
- نظام الامتلاك الجزئي.
- نظام المشاركة الزمنية.
- المخيمات السياحية الخاصة^(١).

المؤسسات القائمة على صناعة المشاركة الزمنية:

- وفيما يلي بعض المؤسسات القائمة على صناعة اقتسام الوقت:
- المؤسسة الأمريكية لتنمية المجتمعات والمساكن.
- اتحاد راجاتز.
- المؤسسة الدولية لنظام المشاركة الزمنية.
- مجلس نظام المشاركة بالوقت.
- الاتحاد الأوروبي للمشاركة الزمنية.

على أن أهم شركات التبادل في العالم هي (RCI)^(١١).

المميزات الاقتصادية للتملك الزمني

أ. يؤدي استغلال الوحدات السياحية ولاصطياف والدينية على أساس التملك الزمني. على مدار العام إلى إطالة مواسم اصطياف أو المجاورة في الأماكن المقدسة، وتحقيق نسبة إشغال عالية لتلك المرافق، وهذا من الأهداف التي تسعى إليها الدول التي توجد لديها، حيث يحقق ذلك تخفيف حدة التكدس الذي ينشأ عن الحركة الموسمية، وهو أمر غير طبيعي لما يسببه من تزايد عدد القادمين إلى مناطق المواسم في فترات معينة من السنة بما يفوق الطاقة الاستيعابية وينجم عنه مشكلات وحوادث.

(١) بحث المشاركة الزمنية في مصر د. وصال أبو علم صفحة ٢٩ وينظر في بحث «التشريعات الفندقية والسياحية نظام اقتسام الوقت» د. ناريمان عبد القادر تاريخ دخول هذا النظام إلى مصر صفحة ٢٣٣

ب. يحقق التملك الزمني منفعة مزدوجة للمتفع ولتقدم هذه الخدمة، أن تكاليف الإنشاء للمرافق أو توسعتها، والتأثيث والصيانة توزع على أكثر من متفع، فتتخفف التكلفة على الفرد، وتستغل الوحدات لعدد كبير من المتفعين مما يخفف الأعباء الاستثمارية اللازمة لتشيد المرافق أو توسعة ما هو قائم منها.

ج. تتخفف مصروفات الإقامة خلال المواسم، فضلاً عن تجنب الفرد الكثير من المشقة والجهد في البحث عن الفنادق والشقق المفروشة.

(وهناك دليل سنوي عالمي للمنتجات الخاضعة لنظام التملك الزمني). وبالإضافة لما سبق هناك مزايا أخرى، منها المرونة في اختيار الوقت، والجودة في المرافق والخدمات، والتنوع في مجال الانتفاع.

التعريف بعقد التملك الزمني

إن عقد التملك الزمني هو اتفاق بين مجموعة من الناس يحصل بالتراكم، وتنشأ به بينهم مشاركة في الحصول على منافع (وحدات الإقامة) بمواطن السياحة أو أماكن المناسك، ويتيح ذلك الاتفاق تقاسم الوحدات الزمنية فيما بينهم. فهو أداة لإنشاء (ملكية مكان مشترك) على الشيوع لاقتسام الوقت، أو (حق انتفاع مشترك) على الشيوع أيضاً لاقتسام الوقت.

ويستخلص من هذا التعريف التوضيحي (دون التمسك بصياغة التعريفات) أن الأساس الذي يقوم عليه عقد التملك الزمني: أن كل واحد من المشاركين فيه يلتزم بأداء مبلغ محدد (ثمناً، أو أجرة) مقابل استعمال زمني محدد المقدار غير معين الموعد، مع المشاركة في تحمل المصروفات المتعلقة بالأماكن المتفع بها من إدارة وصيانة.

هذا، وتصنف المواقع المتفع بها إلى فئات، من حيث المساحة والمستوى والتأثيث (إذا كانت مفروشة) وتحديد مدة التملك الدورية والأولية في جدول الوحدات الزمنية خلال السنة، بما يلي حاجات وأغراض المشاركين في التملك للأصل أو لحق الانتفاع.

ولا يخفى ما يحققه عقد التملك الزمني من فرص لا تتحقق بغيره، وما يؤدي إليه من تخفيف أعباء الاستئجار العادي، وما يصحبه من فرصة التنوع في المواقع

مكانياً وزمانياً من خلال طريقة التبادل التي سيأتي بيانها لاحقاً.
المبدأ الذي يقوم عليه نظام التمليك الزمني:

تقوم فكرة اقتسام الوقت على أن يدفع الشخص مقابل استعمال زمني لمسكن أو وحدة فندقية، وكذلك يشارك بالنسبة والتناسب في التكاليف السنوية لإدارة وصيانة هذه المشروع. فإذا كان هناك مبنى سكني يمكن تقسيمه لمائة وحدة، ففي ظل نظام اقتسام الوحدات كل وحدة إقامة فيه يمكن أن تقسم بالتالي إلى ٥٢ أسبوع، وكل أسبوع يمكن أن يملك أو يؤجر إلى شخص مختلف.

هكذا تقوم فلسفة نظام اقتسام الوقت على أساس الاستفادة بإضافة البعد الزمني إلى البعد المكاني في إشغال الوحدات الخاصة بالمشروعات السياحية، وعلى هذا فإنه بعد تقسيم المشروع إلى وحدات مكانية، تقسم كل وحدة مكانية من هذه الوحدات إلى وحدات زمنية، عادة أسبوع^(١) وبالتالي فإنه يمكن تقسيم مدة إشغال كل وحدة مكانية خلال السنة إلى خمسين وحدة زمنية كل منها أسبوع. حيث يترك عادة أسبوعان سنوياً للصيانة. ويتم بيع الخمسين أسبوعاً للراغبين كل حسب الوقت الذي يناسبه لقضاء إجازته بحيث يختلف السعر وفقاً لمعايير محددة سوف نتطرق إليها فيما بعد..

يتيح نظام المشاركة الزمنية للشخص شراء ملكية أو حق استعمال وحدة في المشروع لمدة معينة سنوياً لعدد معين من السنين. ويحق للمشتري قضاء إجازته في تلك الفترة الزمنية في كل عام، كما يحق له تأجيرها أو إهداؤها أو بيع هذه الفترة الزمنية التي يمتلكها للغير، وأيضاً يحق له استبدالها بفترة أخرى مساوية خلال العام أو ادخارها لسنة أخرى أو استدانها من سنة قادمة.

وإذا كان المشروع يدار تحت رعاية إحدى الشركات العالمية التي تتولى تبادل الإجازات بين دول العالم، فإنه - كما قدمنا - يكون للمشتري فرصة لتبادل الفترة الزمنية التي يمتلكها مع منتجعات أخرى في نفس البلد أو في دول أخرى من العالم^(٢).

(١) السياحة في عالم متغير، د. صلاح عبد الوهاب ص ٣٧٠.

(٢) المشاركة الزمنية، نشر الاتحاد الأوروبي.

الحكم الإجمالي والتكليف الشرعي للتملك الزمني

أولاً: صدر عن ندوة البركة العاشرة فتويان (١/١٠) و (٢/١٠) تضمنتا بيان الحكم الشرعي في الجملة للتمليك الزمني، والتكليف الشرعي له^(١).

كما صدر بعدئذ عن الهيئة الشرعية الموحدة للبركة فتوى موجزة نصها: «إن عقد المشاركة الزمنية متعلق بإجارة مع خيار التعيين باستئجار زمني لمكان غير معين» ثم انتهت الهيئة إلى تأكيد ما صدر عن ندوة البركة ونصه:

بيع حق التملك الزمني:

لا مانع شرعاً من شراء حق التملك الزمني وذلك بالتعاقد على تملك منفعة العقار لفترة زمنية معلومة المقدار معينة التاريخ، مع ضبط مواصفات المباني.

كما لا مانع من توارد عقود شراء حقوق تملك زمني عديدة لا تزيد مددها عن حجم المنافع مكاناً وزماناً في عقد البيع الأول، وفي حال تأجيرها يكون استيفاء المستأجرين للمنافع من حيث تحديد تاريخ الانتفاع حسب الضوابط التي يضعها المؤجر أو مدير العقارات بما يتيح الانتفاع لجميع المستأجرين بالمقادير للفترات الزمنية المتعاقد عليها معهم، وهذا بمثابة احتفاظ المؤجر بحق خيار التعيين طبقاً للضوابط المشروعة المعلنة للمشتري وللمستأجرين.

والعين المؤجرة إما أن تكون مملوكة للمؤجر لكن لم يرها المستأجر فتكون إجارة لعين معينة موصوفة، وإما أن لا تكون مملوكة للمؤجر عند التعاقد لكنه سيحصل عليها عند ابتداء المدة فتكون إجارة موصوفة في الذمة، وفي الحالتين لا بد من ضبط المواصفات لنفي الجهالة المؤدية للنزاع. ولا مانع أيضاً من إعادة تأجير تلك المنفعة للغير على أن يكون استيفاء المنفعة في حدود عقد الإجارة الأولى، ولا مانع من أن يكون ذلك التأجير بأكثر من الأجرة المحددة في عقد الإجارة مع مالك العين.

بيع حصة مشاعة من عقار مع استخدام المنفعة بالمهاياة

يجوز بيع حصة مشاعة من عقار، والاتفاق بين المالكين على استخدام المنفعة بطريقة المهاياة (قسمة المنافع زمنياً أو مكانياً) سواء اتفق على المهاياة بين

(١) قرارات ندوة البركة، القرار (١/١٠) و (٢/١٠) صفحة ١٧١، وعقدت الندوة العاشرة عام

١٤١٥هـ = ١٩٩٥م وفتاوى الهيئة الشرعية الموحدة للبركة.

المالكين مباشرة أو من خلال الجهة الموكول إليها إدارة العقار المشاع.
ثانياً: جاء النص على مشروعية التملك الزمني في البند ٤/٢/٣ من المعيار
الشرعي رقم (٩) بشأن الإجارة، والإجارة المنتهية بالتمليك، الصادر أولاً باسم
(المطلوبات الشرعية) بتاريخ ١٤٢١ هـ/ ٢٠٠٠ م ثم المعاد إصداره باسم (المعيار
الشرعي) وذلك بتاريخ ١٤٢٣ هـ/ ٢٠٠٢ م.

ونص البند ٤/٢/٣، «يجوز أن تتوارد عقود الإجارة لعدة أشخاص على منفعة
معينة لعين واحدة ومدة محددة، دون تعيين زمن معين لشخص معين، بل يحق لكل
منهم استيفاء المنفعة في الزمن الذي يتم تخصيصه له عند الاستخدام تبعاً للعرف،
وهذه الحالة من صور المهايأة الزمانية في استيفاء المنفعة (Time Sharing)» .

الصيغ الشرعية ذات الصلة بالتملك الزمني

* عقد البيع، وهو غني عن البيان.

* الإجارة المعينة إذا كانت المرافق السكنية مملوكة للمؤجر وهذه الإجارة يسبقها
عادة وعد من العميل الراغب في الاستئجار أو (الإجارة الموصوفة في الذمة،
باعتبارها تحديداً للصفات دون تعيين الذات، إذا كان يراد التعاقد قبل تملك المؤجر
فعلياً للمنفعة مع الاشتراط صراحة أو ضمناً بدلالة قرائن التعاقد، وسيأتي بعض
البيانات الأساسية المتعلقة بالإجارة.

* خيار التعيين للمؤجر والمستأجر، وإمكانية ربطه بظروف وإجراءات يراعى
فيها السبق في إبداء الرغبات، واستيفاء الشروط بدلاً من مطلق الإرادة (التروي
والاختيار) الذي هو الأصل في الخيارات المنوطة بالإرادة، وستأتي بعض البيانات
المتعلقة بخيار التعيين.

إضافة الإجارة للمستقبل:

لا يشترط في بيان مدة المنفعة في الإجارة أن تكون متصلة بزمن إبرام عقدها، بل
تصح إضافتها للمستقبل، ولا يشترط أن تلي مدة الإجارة العقد مباشرة، خلافاً
للساغية في أحد قولين أما إذا أجر الدار شهراً ولم يحدده جاز ويحمل على أنه من
حين العقد عند المالكية خلافاً للساغية حيث لا تجوز الإجارة إلا أن تكون المدة
معلومة الابتداء والانتهاء.

وحمل ابتداء المدة على أنها من حين العقد - على مذهب المالكية - إنما هو إذا لم ينص على خلافه^(١).

* الإيجار من الباطن:

في الإجارة يحق للمستأجر الأول (الجهة الممولة) إبرام عقد إيجار ثان مع العميل، وهو ما يسمى (الإيجار من الباطن).

* التنازل عن الإيجار (تأجير ما هو مؤجر):

يجوز في الإجارة أن يتنازل المستأجر عن منفعة العين التي استأجرها إلى مستأجر آخر بموافقة مالك العين، وذلك بحصول فسخ العقد الذي بين المستأجر الأول والمالك ونشوء عقد إيجار جديد بين المالك والمستأجر الجديد، سواء تم ذلك صراحة عن طريق (الاقضاء) وهو التعاقد بين المستأجر القديم والجديد مع إشعار المالك بذلك واعتبار عدم معارضته موافقة على الحلول فيقدر حصول الفسخ ثم إبرام العقد الجديد.

نبذة عن أحكام الإجارة^(٢)

الإجارة لغة:

مصدر أجر وآجر أي اكرى وقيل هي الأصل اسم للأجرة أي الكراء، وهي اصطلاحاً: عقد معاوضة على تملك منفعة بعوض. وخص المالكية (الإجارة) بالعقد على منافع الإنسان وما يقابل الانتقال غير السفن والحيوان. و (الكراء) بالعقد على منافع الأراضي والدور والسفن والحيوان. وسوى غيرهم بين اللفظين (الإجارة والكراء) وأن معناهما واحد.

ومشروعية الإجارة محل اتفاق ولا تحتاج إلى استدلال وحكمة تشريعها أنها تسهل الحصول على المنافع لمن لا يملك أعيانها.

وأركانها: الصيغة (الإيجاب والقبول) والمحل (الأجرة والمنفعة) والعاقدان (المؤجر

(١) الموسوعة الفقهية ٢٨٤/١ حسب المراجع الفقهية الواردة فيها.

(٢) مستخلصة من الموسوعة الفقهية ٢٥٢/١ ومن مراجعها المبسوط ٧٤/١٥ والمغني ٣/٦ والشرح الصغير للردديري ٥/٤ ونهاية المحتاج ٢٥٩/٥ والمغرب للمطرزي ومقاييس اللغة لابن فارس مادة (اجر).

والمستأجر) ومع هذا تصح بالمعاطاة دون صيغة.

وتصح الإجارة منجزة أي من وقت العقد. ومضافة إلى المستقبل، وسواء كانت الإضافة على عين قائمة، أو على ما هو ثابت في الذمة وهي الإجارة الموصوفة في الذمة، وإذا أطلقت كانت إجارة عين معينة، والإجارة لا تقبل التعليق عند جمهور الفقهاء والإجارة عقد لازم لا تفسخ من طرف واحد لكنها تفسخ شرعاً بالأعذار وهي يدخلها خيار الشرط، وخيار النقد، وخيار التعيين، وهي تثبت بالاشتراط، كما يدخلها خيار العيب بحكم الشرع، ولا يجوز التبرؤ من عيوب الإجارة الخفية. ويشترط معلومية كل من المنفعة والأجرة، وتعلم المنفعة في إجارة الأشياء ببيان زمن الانتفاع، وإذا كانت على عمل (إجارة الأشخاص) فبتعيين العمل. وصيانة الدار على المؤجر، وهذا في الخلل الذي يتوقف عليه استيفاء المنفعة، أما الصيانة الدورية والتشغيلية فيمكن اشتراطها على المستأجر^(١).

بعض البنود ذات الصلة من المعيار الشرعي للإجارة

٢/٣ يجوز لمن استأجر عيناً أن يؤجرها لغير المالك بمثل الأجرة أو بأقل أو بأكثر بأجرة حالة أو مؤجلة (وهو ما يسمى التأجير من الباطن) ما لم يشترط عليه المالك الامتناع عن الإيجار للغير أو الحصول على موافقة منه.

٥/٢ يجوز أن تقع الإجارة على موصوف في الذمة وصفاً منضبطاً ولو لم يكن مملوكاً للمؤجر (الإجارة الموصوفة في الذمة) حيث يتفق على تسليم العين الموصوفة في موعد سريان العقد. ويراعى في ذلك إمكان تملك المؤجر لها أو صنعها، ولا يشترط فيها تعجيل الأجرة ما لم تكن بلفظ السلم أو السلف، وإذا سلم المؤجر غير ما تم وصفه فللمستأجر رفضه وطلب ما تتحقق فيه المواصفات.

٦/٣ يجوز للعميل أن يشارك المؤسسة في شراء العين التي يرغب في استئجارها ثم يستأجر حصة المؤسسة، فتكون الأجرة المقررة للمؤسسة مقابل حصتها في ملكية العين.

(١) ينظر كتاب «الإجارة» د. عبد الستار أبو غدة، نشر مجموعة دلة البركة ١٤١٩ هـ = ١٩٩٨ م والمعيار الشرعي للإجارة الصادر عن المجلس الشرعي، هيئة المحاسبة.

٢ / ٤ أحوال عقد الإجارة:

١ / ٢ / ٤ يجوز إبرام عقود إيجار لفترات متغايرة لمستأجرين متعددين بحيث لا يشترك عقدان في مدة واحدة على عين واحدة، وهذه الحالة تسمى (ترادف الإيجارات)، لأن كل إجارة منها تكون رديفة (لاحقة) للأخرى.

٣ / ٢ / ٤ يجوز أن تتوارد عقود الإجارة لعدة أشخاص على منفعة معينة لعين واحدة ومدة محددة دون تعيين زمن معين لشخص معين، بل يحق لكل منهم استيفاء المنفعة في الزمن الذي يتم تخصيصه له عند الاستخدام تبعاً للعرف، وهذه الحالة من صور المهايأة الزمانية في استيفاء المنفعة (Time Sharing) .

٤ / ٢ / ٤ يجوز للمستأجر تشريك آخرين معه فيما ملكه من منافع بتمليكهم حصصاً فيها قبل إيجارها من الباطن، فيصبحون معه شركاء في منفعة العين المستأجرة، وفي حال تأجيرهم للعين من الباطن يستحق كل شريك حصة من الأجرة بقدر مشاركته.

٢ / ١ / ٥ يجوز أن يكون محل الإجارة حصة من عين مملوكة على الشروع، سواء أكان المستأجر شريكاً فيها للمؤجر أم لم يكن شريكاً فيها، ويكون انتفاع المستأجر بتلك الحصة بالطريقة التي كان ينتفع بها المالك (بالمهايأة الزمانية أو المكانية).

نبذة عن خيار التعيين

الذي يقوم على اعتماده نظام التمليك الزمني

التعريف:

تعريف الخيار واضح، وأما التعيين، فهو مصدر قياسي للفعل المزيد (عين) يقال: عينت الشيء، وتعيين الشيء معناه تخصيصه من الجملة، كما قال الجوهري. أما في الاصطلاح فقد عرف الحنفية البيع الذي فيه خيار التعيين بأنه: شراء أحد الشئتين أو الثلاثة على أن يعين أيأ شاء: أما تعريف خيار التعيين نفسه فيمكن استخلاص التعريف التالي له وهو أنه: حق التعاقد في تعيين أحد الأشياء التي وقع العقد على أحدها شائعاً، خلال مدة معينة. وصورته: أن يقول البائع للمشتري: بعتك أحد هذه الأثواب الثلاثة ولك الخيار في أيها شئت ونحو ذلك من العبارات،

سواء وقع التصريح به من البائع أو المشتري^(١).

والإجارة - كما قرر الفقهاء - أحد نوعي البيع، فيجري فيها خيار التعيين، كما لو أجره مسكناً من ثلاثة مساكن أو سيارة من عدة سيارات، على يكون للمستأجر تعيين أيها شاء.

الحكم الشرعي لخيار التعيين:

ذهب إلى القول بمشروعية هذا الخيار كل من: الحنفية والمالكية وبعض الحنابلة، أما الحنفية فقد عقدوا له فصلاً من باب خيار الشرط، وأما المالكية فقد ذهبوا إلى ثبوت العقد على أحد أشياء لا بعينه، وتعريفه وصورته أنه: «بيع جعل فيه البائع للمشتري التعيين لما اشتراه، كأبيك أحد هذين الثوبين على البت بدينار، وجعلت لك يوماً أو يومين تختار فيه واحداً منهما، ولكنهم صرحوا بأن هذا العقد لا صلة له بالخيار بين الأخذ والرد، وصرحوا أيضاً بأن العقد فيه لازم، وسموه «بيع الاختيار» تمييزاً له عن البيع بخيار الشرط الذي يسمى أحياناً (بيع الخيار) وجعلوا بينهما تقابلاً، لأنه ليس هناك خيار في أصل العقد «أحدهما لازم له، وإنما الخيار في (التعيين)»^(٢).

وذكر ابن مفلح أنه قال به أبو الوفاء بن عقيل من فقهاء الحنابلة، وذكره في كتاب المفردات - وقوله مخالف لجمهورهم - وهو ظاهر كلام الشريف وأبي الخطاب، ومثلوا له بنحو، بيع شاة مبهمة في شياه إن تساوت القيمة^(٣). هؤلاء مثبتوه، وأما نفاته فهم الشافعية - إلا في قول قديم حكاه المتولي أنه يصح - في مثل الصورة

(١) التعريفات للجرجاني ص ٤٦، الدرر للاخسرو ١٥١/٢، الخطاب وبهامشه الموافق ٤٢٤/٤.

الدسوقي ١٠٥/٣ وهو تعريف ابن عرفة في كتابه المشهور في الحدود (أي التعاريف).

(٢) المبسوط ٥٥/١٣، البدائع ١٥٧/٥، فتح القدير ١٣١/٥، شرح الدردير على خليل ١٠٧/٣.

الدسوقي ١٠٥/٣، الخطاب ٤٢٣/٤، وذكر صاحب بداية المجتهد أنه إن كان الثوبان من صنفين،

وهما لا يجوز أن يسلم أحدهما من الآخر فإنه لا خلاف بين مالك والشافعي في أنه لا يجوز،

وإن كانا من صنف واحد فيجوز عند مالك، ولا يجوز عند أبي حنيفة والشافعي (١٢٨/٢).

(٣) الدسوقي ١٠٥/٣، وكشاف الفتن ١٦٧/٣ - ١٦٨، ومطالب أولي النهي ٣١/٣، والفروع لابن

مفلح ٢٦/٤.

السابقة لدى أبي حنيفة - قال النووي: وهذا شاذ مردود - والشافعية حين منعه جعلوه من مسائل جهالة عين المبيع، ونصوا على بطلانه، سواء وقع العقد على واحد من متعدد، أو وقع على الكل إلا واحداً، ومذهب جمهور الحنابلة كذلك، مع تنصيبهم على أنه باطل ولو تساوت قيمة الأشياء المختار منها وفي ذلك نزاع (صلته بكفاية تعيين المبيع ولا صلة له بخيار التعيين).

واستدل الحنابلة أيضاً لمنعه بأنه من باب البيع والثنيا، وقد «نهى صلى الله عليه وسلم عن الثنيا إلا أن تعلم». ولأن ذلك غرر ويفضي إلى التنازع.

دليل مشروعية خيار التعيين:

احتج الحنفية لمشروعيته بالقياس على خيار الشرط لأنه في معنى ما ورد فيه الشرع، وهو خيار الشرط فجاز إلحاقاً به، لأن خيار الشرط شرع للحاجة إلى دفع الغبن، والحاجة إلى هذا النوع من البيع متحققة، فكان باعتبار الحاجة في معنى ما ورد به الشرع.

وذكر الحنفية أن ما فيه من جهالة لا تفضي إلى المنازعة لاستقلال المشتري بالتعيين فلم يبق له منازع فيما يختار^(١).

شروط قيام خيار التعيين

أ- ذكر شرط التعيين في صلب العقد:

لا بد من ذكر شرط التعيين في الإيجاب والقبول بنحو عبارة: على أنك بالخيار في أيهما شئت، أو على أن تأخذ أيها شئت، ليكون نصاً في خيار التعيين وإلا كان العقد فاسداً للجهالة، ولا يشترط ذكر (الخيار) بل يكفي ما يؤدي معناه بأي لفظ كان كقوله: على أن تحتفظ بأحدها وتعيد الباقي^(٢).

ب- أن يكون محل الخيار من القيمات:

القيمي هنا ما ليس له نظير، أو ما لا يوجد له مثل في الأسواق، أو يوجد لكن مع التفاوت المعتد به في القيمة، أما المثليات المختلفة الجنس فقد ألحقت بالقيمي، وأما المثلي المتفق الجنس فلا يصح. لأن الحاجة «التي شرع لأجلها» هي في التفاوت

(١) العناية شرح الهداية ٥/١٣٠، وفتح القدير ٥/١٣١، والمغني ٤/٩٩، والمجموع ٩/٣١٣.

(٢) شرح المجلة للأناسي ٢/٢٦١ نقلاً عن البحر الرائق.

بجلاف المثليات فإن اشتراطه فيها لا فائدة فيه، ومن قبيل العبث، فيجب أن تكون متفاوتة فيما بينها.

وقال الحنفية: سواء كان الثمن متفقاً أو مختلفاً، في حين اشترط المالكية وبعض الحنابلة من القائلين به تساوي تلك الأشياء في القيمة^(١). ولا يخفى أن اختلاف أزمدة الانتفاع هي في حكم القيمي للفتاوت بين مزايا تلك الأزمنة.

ج- أن تكون مدة الخيار معلومة:

هذا على ما اعتمده الحنفية، وذكر الزيلعي أنه لا يشترط، لعدم الجدوى وعند أبي حنيفة لا يجوز زيادتها عن ثلاثة أيام، وأطلق الصحاحان المدة على أن تكون معلومة، ورجحه الزيلعي وغيره. وقد فرق البابرّي والزيلعي بين الأخذ برأي من استلزم خيار التعيين خيار الشرط، فلا بأس على هذا من عدم توقيته لإغناء مدة الخيار عنه، وأما على القول بجواز أن يعمرى عن خيار الشرط فلا بد من التوقيت^(٢).

د- عدم زيادة الأفراد المختار بينها على ثلاثة:

فلا يجوز - على هذه الشريطة - أن يكون هذا الخيار في أكثر من ثلاثة أشياء، لاندفاع الحاجة بذلك، لاشتمال الثلاثة على الجيد والوسط والرديء^(٣) ولم يشترط الزيدية ذلك، فلا فرق لديهم في عدد الأشياء المختار فيها، لذا عبروا بصيغة جمع، ولم يرد أي تحديد للعدد عندهم.

وقد رجح عدم التقييد بعدد الفقهاء المعاصرين، لأن الحاجة الزمنية تقضي بالإطلاق فإذا كان الأمر سائغاً في زمنهم لقلة الأصناف فالآن يوجد منها الكثير جداً، ومن الألوان كذلك، ومن الهجوم وغيرها من المميزات، فالراجع عدم

(١) فتح القدير ١٣٠/٥، وشرح المجلة للأناسي ٢٦٠/٢ والفروع ٢٦/٤، والمبسوط ٥٦/٣، والفتاوى الهندية ٥٥/٣ - ٥٦ نقلاً عن المحيط، الخطاب ٤٢٦/٤ «فإن اختلفا يضمن حينئذ ضمان المبيع بيعاً فاسداً».

(٢) تبين الحقائق للزيلعي ٢١/٤، العناية شرح الهداية ١٣١/٥.

(٣) فتح القدير ١٣٠/٥، والعناية أيضاً.

اشترط الثلاثة^(١).

هـ - العدد المختار من العاقد:

هل يشترط أن لا يزيد العدد المختار من العاقد على واحد أي ما يقع عليه اختياره أم له اختيار اثنين «مثلاً»؟ لم نر للحنفية فيه نصاً، لكن الصور التي ذكروها قائمة على اختيار واحد، وقد نص المالكية على أنه ليس له أن يتمسك إلا بواحد على ما قال الخطاب^(٢).

و- اقترانه بخيار الشرط:

هذا الخيار وثيق الصلة بخيار الشرط، بل هو متفرع عنه من حيث مشروعيته ومعظم أحكامه، كالمدة والسقوط، ولذا يذكره الفقهاء في أثناء باب خيار الشرط. وبالرغم من هذا هو خيار مستقل، وسبب ارتباطه بخيار الشرط إما غلبة اشتراطه معه ليكون العقد في أصله غير لازم بحيث يكون للمشتري رد الجميع، وإما على القول باشتراط اقترانه بخيار الشرط. وهو المذكور في الجامع الصغير لمحمد. وهناك رأي آخر للحنفية بعدم ترجيح اشتراطه، وهو الذي ذكره محمد في الجامع الكبير^(٣).

من يشترط له الخيار (صاحب الخيار):

يمكن اشتراط هذا الخيار لأي من المتعاقدين.

ولا عبرة بصدور الاشتراط من البائع أو المشتري مثلاً، بل النظر لصيغته ولا يسوغ أن يشترط للبائع والمشتري في آن واحد، لأن ذلك يؤدي إلى الجهالة الفاحشة التي تحدث التنازع، وقد اغتضرت خفة الجهالة بسبب استبداد المشتري بالخيار، أما لو كان الاختيار لهما فتحختلف رغبتهما ويحدث التنازع^(٤).

(١) شرح الأزهار ٨٨/٣ والبحر الزخار ٣/٣٥٥.

(٢) المعاملات الشرعية للشيخ أحمد إبراهيم ١٢٦ ومصادر الحق في الفقه الإسلامي، للدكتور عبد الرزاق السنهوري ٦٦/٣.

(٣) الهداية وفتح القدير والعناية ١٣٠/٥ - ١٣٢، البدائع ١٧٥/٥ و ٢٦٦، المبسوط ٥٥/١٣، الخطاب ٤٢٣/٤، الحارثي ٣٧/٤، الدسوقي ١٠٥/٣، المقدمات ٥٦٣/٢.

(٤) فتح القدير ١٣٠/٥، شرح المجلة للاتاسي ٢٦٠/٢ - ٢٦١، جامع الفصولين ٣٤٥/١، يجوز في جانب البائع كما يجوز في جانب المشتري.

توقيت خيار التعيين:

يشترط في الأرجح توقيت هذا الخيار بمدة معينة إن لم يتضمن خيار الشرط على القول بصحة وروده بدونه، أما إن تضمن خيار الشرط فمدة الخيار صالحة لهما، وفائدة التوقيت أن يجبر من له الخيار على التعيين بعد مضي المدة دفعاً للضرر عن الآخر إذا ماطل من له الخيار في التعيين. قال ابن قاضي سماوة: «وخيار التعيين لم يجز إلا مؤقتاً بثلاثة أيام، إلا أن يكون مع ذلك خيار الشرط»^(١).

انتقال خيار التعيين:

خيار التعيين ينتقل بالموت إلى وارث صاحب الخيار فيقوم مقامه في تعيين ما يختاره من محل الخيار، والعلة في ذلك أن لمورثه مالاً ثابتاً ضمن الأشياء التي هي محل خيار فوجب على الوارث أن يعين ما يختاره ويرد ما ليس له إلى مالكة. ويكون أداء الثمن من التركة إن لم يكن قد أدى حال الحياة، ذلك أنه انتقل إليه ملك المورث، ولم يكن متميزاً بل مختلطاً بملك غيره وهو البائع مثلاً، فثبت له الخيار لتعيين ملكه وإفرازه عن ملك غيره^(٢).

طرق تطبيق التملك الزمني^(٣).

هناك طريقتان لنظام التملك الزمني.

طريقة الملكية الكاملة بشراء حصة شائعة بعقد بيع.

طريقة الملكية الناقصة بالحصول على منفعة حصة شائعة بالإجارة.

أولاً: التملك الزمني على أساس الملكية الكاملة

من أهم خصائص عقد البيع هو نقل ملكية حق في مقابل عوض نقدي، بالإضافة إلى الخصائص الأخرى التي يتميز بها عقد البيع الناقل للملكية حصة بنظام

(١) نيين الحقائق للزليعي ٢١/٤، فتح القدير ١٣١/٥، جامع الفصولين ١/٢٤٥.

(٢) جامع الفصولين ١/٢٤٥، الفتاوى الهندية ٣/٥٥، البدائع ٥/٢٦٢.

(٣) هذه البيانات مستمدة من بحثين في التملك الزمني لكل من: د. وصال أبو علم، ود. ناريمان

عبدالقادر، والعبارات متقاربة مع التصرف اليسير فيها وإضافة بعض المصطلحات الشرعية عند

الحاجة.

التملك الزمني، فهذا الشكل هو ملكية كاملة للوقت المتعاقد عليه، وداخل إطار الوحدة التي تعتبر هذا الوقت عنصراً فيها. وهذا النوع يسبغ على مشتري اقتسام الوقت صفة مالك الوحدة في حدود الوقت المتعاقد عليه.

خصائص عقد الملكية الكاملة في نظام التملك الزمني:

أ- يرد بيع وحدة الإقامة السياحية على حصة شائعة.

يجوز بيع حصة شائعة في وحدة إقامة سياحية حيث لا يوجد شرعاً، ولا في معظم القوانين ما يمنع المالك أن يقسم وحدته السكنية وأن يتصرف في أجزائها إلى أشخاص متعددين بحيث يمتلكها ملاك متعددون.

يملك مشتري اقتسام الوقت للوقت المتعاقد عليه في وحدة من وحدات المشروع ملكية تامة، ويترتب على ذلك للمشتري تسجيل ملكيته وحق إيجاره وحق بيعه، والشكل القانوني هنا هو ملكية على الشيوع، وفي المقابل بيع على الشيوع.

تطلق الملكية الشائعة على الملكية التي يتعدد أصحابها، وهذا الاصطلاح يقابل اصطلاح الملكية المتميزة أي الملكية المفروزة التي تثبت للشخص على الشيء كله، بمعنى أن حق الملكية في حالة الملكية المفروزة حق مانع أو استثنائي، أما في حالة الملكية الشائعة أو الملكية على الشيوع، فإنها تخول سلطات الاستعمال والاستغلال والتصرف الأكثر من شخص على شيء واحد دون أفراد أو تحديد جزء من هذا الشيء لكل مالك.

لا يغير تعدد ملاك الشيء الواحد من طبيعة الملكية الواردة على هذا الشيء، ولكنه يغير بالضرورة من أحكام الاستفادة منها، ذلك أنه إذا كان لكل من الملاك على الشيوع سلطات الاستعمال والاستغلال والتصرف على الشيء فمن الواضح أنه لا ينفرد الشخص بهذه السلطات، ولذلك فإن ممارسته لسلطاته على الشيء تقيد بوجود سلطات الملاك الآخرين، مما يجعل هذه الممارسة أشد صعوبة وأكثر تعقيداً من ممارسة من يملك ملكية مفروزة، ولذلك عنيت التشريعات بتنظيم العلاقة بين الملاك على الشيوع.

وكذلك يجوز للشركاء أن ينتفعوا بالشيء الشائع عن طريق قسمة مهياة أي قسمة منفعة بينهم، مع بقاء الشيء ذاته مملوكاً لهم جميعاً ملكية شائعة، وقسمة المهياة قد تكون قسمة مكانية أو زمنية.

وتتحقق قسمة المهياة المكانية بأن يختص كل من الشركاء بجزء مفرز يوازي حصته في الشيء الشائع ينتفع به مدة معينة، ويتخلى في الوقت ذاته عن حقه في الانتفاع بباقي الأجزاء خلال هذه المدة.

أما القسمة الزمنية فتكون بأن يتناوب الشركاء الانتفاع بكل الشيء الشائع بحيث تخصص مدة لكل شريك ينتفع بالشيء كله خلالها. فإذا انتهت هذه المدة، سلم الشيء كله إلى شريك آخر ينتفع به، وهكذا تحدد مدة انتفاع كل شريك تبعاً لمقدار حصته.

وقسمة المهياة الزمنية يمكن أن تنطبق إلى حد كبير على نظام التملك الزمني، وفي جميع الأحوال لا تتم قسمة المهياة سواء كانت مكانية أو زمانية إلا باتفاق الشركاء جميعاً، معنى ذلك أنه لا يملك أغلبية الشركاء تقرير القسمة ولا يستطيع أحد الشركاء أن يفرز دون موافقة الباقين، أي لا يستطيع المشترك في هذا النظام أن يرفع دعوى بطلب تقسيم المبنى المبني المبيع وفقاً لنظام التملك الزمني^(١).

وفي حالة وجود فترات زمنية (تقاس بالأسبوع) متبقية لم يتم بيعها فإن ملكيتها تظل للشركة البائعة، وعلى ذلك تصبح هذه الشركة مالكة على الشروع مع باقي الشركاء.

وحق الملكية الكامل في نظام التملك الزمني قابل للتسجيل، وبناء على ذلك ينطبق على تسجيل هذه الوحدات قواعد تسجيل الشقق، وبدلاً من أن تسجل الوحدة السكنية باسم مالك واحد، تسجل باسم الملاك المتعددين.

وتشمل الملكية حصّة في الأرض والمباني والأثاث والأجزاء المشتركة.

ب. بيع وحدة الإقامة السياحية بالسعر السائد:

يسدد ثمن وحدة الإقامة السياحية في نظام اقتسام الوقت مقابل ثمن إجمالي يتفق

(١) تنظر المواد ٨٤٦ - ٨٤٨ و ٨٢٦ و ٨٣٤ و ٨٥٠ من القانون المصري.

عليه منذ البداية ويدفع جميعه عند التوقيع على العقد، ومع ذلك يجوز الاتفاق على البيع على أقساط، وبناء على ذلك لا يتأثر ثمن الوحدة في حالة ارتفاع ثمنها مع مرور الزمن.

ويتوقف تحديد ثمن الوحدة على الموسم الذي يختاره المشتري لتمضية إجازته خلاله كما سنرى.

كما يلتزم المشتري بدفع الاشتراك السنوي للإدارة (اتحاد الملاك) يتفق عليه مقدماً مقابل الرسوم والمصاريف السنوية، اللازمة للصيانة واستهلاك الكهرباء والمياه والنظام والحراسة عن الحصة المباعه له، طبقاً لما تحدده الشركة البائعة.

ج. يتبادل الملاك الانتفاع بوحدة الإقامة السياحية:

يخصص لكل مالك من الملاك الانتفاع بوحدة الإقامة السياحية فترة زمنية محددة تقاس بالأسبوع. كما قدمنا خلال الموسم الذي يختاره، وحسب الجدول الزمني الذي يوضح هذه الفترات الزمنية للأعوام القادمة. وبناء على ذلك يصل عدد ملاك وحدة الإقامة إلى ٥٠ مالِكاً إذا خصص صاحب المشروع أسبوعين من السنة لإجراء الصيانة والنظافة.

الإدارة في الملكية الكاملة في نظام اقتسام الوقت:

تكون الإدارة في ظل نظام الملكية الكاملة لاتحاد ملاك يتولى إدارة المشروع وتحديد كافة المصاريف واتحاد الملاك له أيضاً نظام لضمان حسن الانتفاع بالعقار المشترك وحسن إدارته، وله أن يفرض أي تأمين ضد الأخطار، وله أن يأذن في إجراء أي أعمال وفرض التزامات أخرى لمصلحة الشركاء^(١).

ثانياً: التملك الزمني على أساس الملكية الناقصة (حق الانتفاع)

معنى حق الانتفاع: حق الانتفاع هو حق عيني يخول صاحبه استعمال الشيء المملوك للغير أو استغلاله دون التصرف فيه، إذ يظل حق التصرف في الشيء للمالك فيكون للمالك التصرف، ويقال إنه احتفظ بحق الرقبة، ويترتب على ذلك أن ينتقل إلى المنتفع حق الاستعمال والاستغلال أي حق المنفعة.

(١) المادة ٨٦٢ و ٨٦٣ من القانون المدني المصري.

فصاحب حق الانتفاع له سلطة القيام بالتصرفات القانونية مثل البيع للمنتفعة (التأجير من الباطن) أو (الإعارة) بجانب سلطة الاستعمال أو الاستغلال، ولكن ليس له سلطة القيام بالتصرفات المادية التي من شأنها إما إزالة الشيء من الوجود أو تغييره أو تحويله إلى شيء آخر مختلف.

وحق الانتفاع حق عيني وبالتالي وجب لإنشائه شهر التصرف أو الحكم المثبت له وجازه رهنه رهناً رسمياً.

وحق الانتفاع مؤقت، وإنشاؤه يجب أن يقترن بتحديد أجل معين، فإذا حدد له أجل، فإنه ينتهي بحلول هذا الأجل، وإذا لم يحدد للانتفاع أجل، فإنه يعد مقررأ لحياة المنتفع. فينتهي بوفاته ولا ينتقل إلى ورثته^(١)، وذلك خلافاً لحق الملكية الذي لا يقبل ويلتزم المالك بالامتناع عن الأعمال التي من شأنها أن تحول بين المنتفع وبين الانتفاع بالشيء. كذلك على المالك أن يمتنع عن أي تصرف يمكن أن يضر بالمنتفع. فلا يجوز للمالك أن يبيع العقار المنتفع به ويسجل هذا البيع قبل أن يسجل المنتفع السند المنشئ لحقه، لأن من شأن ذلك أن يصبح الانتفاع غير نافذ في حق مشتري العقار.

حق الانتفاع في نظام اقتسام الوقت:

تسرى على حق الانتفاع الأمور السابقة بشأن الملكية الكاملة حسب النظام نفسه باستثناء ملكية عين وحدة الإقامة فلا يسبغ عقد بيع حق الانتفاع صفة المالك على مشتري منفعة وحدة الإقامة بأن الشخص هنا يتلقى الحقوق التي يمنحها له مالك المشروع أو المستثمر أو ممثله القانوني.

وبناء على ذلك فإن الشخص في حالة حق الانتفاع يستأجر وحدة إقامة وقتية وما يخصها من تسهيلات وأماكن عامة لفترة محدودة على مدى عدد معين من السنوات والشكل القانوني لذلك هو عقد إيجار مدفوع مقدماً.

وتنطبق الخصائص الثلاث المشار إليها بشأن الملكية الكاملة مع مراعاة الفرق الجوهرية من حيث وقوع التملك على المنفعة وليس على العين (الأصل) وهي:
- ورود الحق على حصة شائعة.

(١) (المادة ١/٩٩٣) مدني المصري.

- بيع حق الانتفاع بالسعر السائد.
- إمكانية التبادل مع صاحب حق انتفاع آخر، وهذا من قبيل المفاضة في الإجارة.

أشكال حق الانتفاع في وحدة إقامة:

يتضمن حق الانتفاع في وحدة إقامة سياحية عدة أشكال هي كالآتي:

أ- إيجار الإجازة:

المقصود بذلك أن الشخص يستأجر وحدة (تحدد مواصفات الوحدة وليست وحدة معينة) وما يخصها من تسهيلات عامة في المنتج لفترة زمنية محددة لمدى معين من السنين. ويعتبر الشكل القانوني في هذه الحالة إيجاراً مدفوعاً مقدماً. والإيجار عقد يلتزم المؤجر بمقتضاه أن يمكن المستأجر من الانتفاع بشيء معين مدة معينة لقاء أجر معلوم^(١).

والقاعدة أنه لا يجوز لمن لا يملك إلا حق الإدارة أن يعقد إيجاراً تزيد مدته على ثلاث سنوات إلا بترخيص من السلطة المختصة^(٢)... وبناء على ذلك فإن الشركات التي لا تملك المشروعات (كالشركات التي تتمتع بحق امتياز) لا يحق لها التعاقد مع المشتري بنظام اقتسام الوقت على أساس إيجار الإجازة. وبناء عليه فإن لهذه الشركات أن تختار صيغة أخرى مثل التصريح، الإجازة، أو عضوية النادي كما سنرى.

ب/ التصريح بالإجازة:

هذه الحالة مشابهة لإيجار الإجازة، حيث يمنح مالك المشروع للمرخص له تصريحاً يعطيه الحق في أن يستعمل الوحدة المتعاقد عليها لمدة معينة سنوياً لعدد معين من السنين، هذا التصريح أو الترخيص يتلافى هذه المشكلات القانونية التي قد تنشأ في حالة إيجار الإجازة.

(١) مادة (٥٥٨) من القانون المدني المصري.

(٢) مادة (٥٥٩) من القانون المدني المصري.

ج/ عضوية النادي:

المقصود هنا هو أن يشتري الشخص عضوية ناد يقوم على إقامة المشروع لعدد معين من السنوات، وتمكنه هذه العضوية من استخدام الوحدة المتعاقد عليها في إطار زمن معين خلال كل سنة من السنوات التي تعاقد على عضوية النادي فيها. وقد يكون هذا النادي مالكاً أو مستأجراً أو متولياً إدارة المشروع المطروح طبقاً لنظام اقتسام الوقت، وعادة تكون هذه الحالة لمدة أكثر من المدد التي يتم التعاقد عليها في الحالتين السابقتين.

فعضوية النادي إذن تعطي المشتري عضوية في منظمة تشتري أو تستأجر جزءاً من منتج لاستخدام الأعضاء، وللمشتريين الحق في استخدام الوحدة المملوكة للنادي لمدة محددة كل عام.

الإدارة في حق الانتفاع في نظام اقتسام الوقت:

تكون الإدارة في ظل نظام حق الانتفاع لمالك المشروع أو لشركة الإدارة، ويكون لأي منهما الحرية في تقرير الميزانية الثانوية واستخدام العاملين وتحديد الأجور وتقرير رسوم الصيانة، ومعنى ذلك أن السيطرة تكون كاملة لمالك المشروع أو لشركة الإدارة وليس للأفراد حق الاعتراض:

تقسيم المواسم السياحية:

جرت عادة الشركات التي تقوم ببيع الوحدات طبقاً لنظام اقتسام الوقت على تقسيم المواسم السياحية إلى: ثلاثة أقسام وهي: الموسم العالي الأحمر، والموسم المتوسط الأبيض، والموسم المنخفض الأزرق.

علماً بأن المشتري في الموسم الأحمر يحق له الاستمتاع في أي وقت على مدار السنة، في حين أن المشتري في الموسم الأبيض يستمتع فقط في الفترة الزمنية في الموسم بالإضافة إلى الفترة الزمنية التي تشمل الموسم الأزرق، أما المشتري في الموسم الأزرق فيحق له الاستمتاع بإجازته في الفترة الزمنية لهذا الموسم فقط.

وحددت المواسم السياحية المختلفة بناء على دراسة علمية لكل مدينة في كل دولة مع الأخذ في الاعتبار: درجات الحرارة والرطوبة، ومواسم تدفق السياحة.

حق الشريك في العين المملوكة على الشيوخ المؤجرة من شريكه

من المقرر في القانون أنه إذا كانت العين المملوكة على الشيوخ في حيازة أحد الشريكين وقام بتأجيرها، فإن من حق شريكه أن يتسلم حصة من الأجرة، لأنه حسب ما جاء في بعض الأحكام القضائية ليس من العدالة في شيء أن يستمر الشريك في شغل العقار بمفرده دون إعطاء كل من الشركاء الآخرين على الشيوخ نصيبه في الإيجار أو السماح لهم باستغلال العين بتأجيرها للغير حتى يتمكن كل منهم من تسلم نصيبه من الإيجار تبعاً لحصته.

وقد نص قانون الأراضي المصري على أن الملاك على الشيوخ يستحقون نصيبهم في الأجرة عندما تؤجر الأرض لشخص ثالث، والقاعدة في القانون العام التي استقرت على أن المالك على الشيوخ يملك كل ذرة من ذرات المال، وبسبب ذلك فإنه يستحق التمتع بالحيازة مع بقية الملاك الآخرين على الشيوخ، فإذا تعاقد الشريك مع شريكه على الشيوخ للتمتع بالحيازة الهادئة في مقابل نصيبه من الأجرة، فإنه يمكن تنفيذ ذلك التعاقد^(١).

ملحقات الأجرة في المنافع المشتركة

هناك ملحقات تأخذ حكم الإجارة المستحقة المبينة في العقد، أو المحددة من لجنة التقدير أو القضاء عند الحاجة، ويلتزم المستأجر بسداد ملحقات الأجرة إلى المؤجر في المواعيد التي تحدّد بالاتفاق أو بالقانون. ويترتب على عدم سداد تلك الملحقات إخلاء العين المؤجرة، ومن ملحقات الأجرة: ثمن المياه أو الكهرباء، وأجرة البواب والحارس، وما يضاف إلى الأجرة من الضرائب العقارية الأصلية أو الإضافية^(٢). وكذلك الرسوم، مثل رسم النظافة العامة التي تفرضها المجالس المحلية على شاغلي العقارات، سواء كانوا مالكيين أم مستأجرين، وتسلم إلى المؤجر لتوريدها إلى الخزانة العامة.

بل ذهب القوانين إلى أن من ملحقات الأجرة: مقابل ميزة التأجير من الباطن، لأن تحويل المستأجر تلك الميزة من شأنه توسيع نطاق انتفاعه بالعين المؤجرة،

(١) موسوعة أحكام الإيجار، مجموعة قضاة. صفحة ٤٦ و ٤٩ و ٥٠.

(٢) فسخ عقد الإيجار، السيد خلق محمد، ص ٩ ط دار الكتب القانونية ١٩٩٤.

فيستحق المؤجر مقابلاً عن تلك الميزة تضاف إلى الأجرة القانونية حتى لو تقاعس المستأجر عن استعمالها. ولا يحق للمستأجر العدول عن تلك الميزة بإرادته المنفردة^(١).

أما تكاليف الترميم والصيانة أو حصة المستأجر على الشيوخ منها فليست من ملحقات الأجرة، وكذلك تكاليف توصيل الصرف الصحي، لأنها ملحقة بالترميم الضروري لجعل العين صالحة للانتفاع بها في الغرض المؤجرة من أجله، ما لم يكن هناك اتفاق على خلاف هذا الأصل^(٢).

دور المؤسسات المالية في تطبيق التملك الزمني

وهناك مجال للحصول على حق التملك الزمني بضمن مؤجل أو بأجرة مؤجلة من خلال المؤسسات المالية التي تتلقى طلبات التمويل لمثل هذه النوعية من التملك الزمني بأسلوب المراجعة للأمر بالشراء حيث تشتري الوحدة العقارية بضمن حال ثم تباع لعميل بضمن مؤجل، أما التملك الزمني لحق الانتفاع فيتم الاستئجار وإعادة التأجير، حيث تقوم الجهة الممولة بشراء استئجار تملك زمني لصالحها بأجرة حالة بعد الحصول على الوعد الملزم من عميلها - بشراء؛ ثم يقوم (استئجار) نفس التملك الزمني بالأجل.

وقد يتطلب تنفيذ مثل هذا النظام قيام الجهة الممولة بتسجيل حق التملك الزمني باسمها في الخطوة الأولى، ثم تقوم بالتنازل عن حق التملك للأمر بالاستئجار، وتأمرك المالك الأساسي لهذا المشروع باعتماد التنازل عن حق التملك للأمر بالشراء. وبذلك تسجل ملكية التملك الزمني باسمه أمد الحياة أو لفترة محددة كما يحق له بيعها إلى الغير^(٣).

نماذج الشروط والصلاحيات:

١. يحق للمالك الأصلي بالاتفاق مع الممتلك للوحدة أو لحق الانتفاع بها تغيير مدة حق الاستئجار بالزيادة أو النقصان باختلاف موقع العين المطلوب الاستئجار

(١) المرجع السابق صفحة ١٦ - ١٨.

(٢) المرجع السابق صفحة ٢٠ - ٢٢.

(٣) الإجارة د. عبد الستار أبو غدة - نشر مجموعة البركة ١٧٤ - ١٧٧.

بها وذلك فيما إذا رغب المستنفع في السكن في منطقة مرتفعة التكاليف أو أعلى مستوى عن التعاقد عليه في الأصل وبالعكس وهذا التصرف من قبيل المقايضة.

٢. على المستنفع الالتزام بتحديد التاريخ المطلوب الاستفعا به مسبقاً، وتحديد الموقع المرغوب كذلك.

٣. يحق للمستنفع أن يتنازل عن أحقيته للاستفعا خلال الفترة المحددة له لشخص آخر في نفس العام مقابل تمديد فترة استفعا للعام الآخر، أو تجزئة الاستفعا لفترتين متماثلتين.

صناديق التأجير في التملك الزمني:

تقوم صناديق التأجير على أساس عقد الإجارة التشغيلية، وإعادة التأجير (أو صيغة المستأجر الوسيط)، كما يمكن أن تشمل موجودات صندوق التأجير على بعض تطبيقات من الإجارة المنتهية بالتمليك، لأنه ليس بالضرورة أن تستمر الأصول المؤجرة كما هي، فقد يقتضي الأمر تجديدها، وذلك بالبيع المتبدأ، أو بالبيع اللاحق للتأجير المتفاهم عليه طبقاً لأسلوب الإجارة المنتهية بالتمليك، كما يمكن أن تكون موجودات الصندوق الوحدات الزمنية حسب نظام التملك الزمني، ويصح تداول وحدات الصندوق لأنها منافع وهي قابلة للتداول.

وتثور في صناديق التأجير القائمة على تقسيم الموجودات إلى (وحدات) أو (حصص) بعض المسائل التي لا تختص بالتأجير، بل ترتبط بأي صندوق استثماري، من مثل:

* التقويم للوحدات، بأنواعه (سعر الدخول أو التخارج) أو التوزيع للأرباح.

* طريقة إدارة الصندوق (على أساس المضاربة، أو الوكالة بالاستثمار).

* تغير مالكي الأعيان المؤجرة (على الشيوخ) مع بقاء عقد الإجارة مع المستأجرين وغير ذلك مما قد يستدعي تحديد كيفية المعالجة المحاسبية^(١).

صكوك التأجير في التملك الزمني

تطورت طريقة التمويل في مجال الإدارة بإيجاد صكوك تأجير تمثل المنافع المشتركة القابلة للتملك الزمني، ويكون التوظيف لتلك الأموال المشتراة بها الأعيان بتأجير

(١) الإجارة المرجع السابق ١٧٨.

تلك الأعيان بنظام التملك الزمني، ومن خلال الحصول مباشرة على الصكوك في مرحلة التأسيس أو الشراء من حصل عليها باعتبار تلك الصكوك قابلة للتداول لأنها تمثل منافع لا ديوناً.

تطبيقات نظام المشاركة الزمنية (Timeshare) في الأماكن المقدسة وافقت السلطات السعودية على تطبيق نظام (المشاركة في المنفعة) القائمة على أساس المشاركة الزمنية، وذلك على مجموعة مشروعات سكنية مجاورة للحرمين الشريفين في مكة المكرمة والمدينة المنورة، كما وافقت على السماح لغير السعوديين من المسلمين بالاستفادة من هذا النظام، وبالتالي تملك عقارات لأول مرة بجوار الحرمين.

وقد اعتمدت السلطات السعودية هذا القرار السبت / ٣ / ٧ / ٢٠٠٤م بناء على توصية رفعتها لجنة تطوير مكة المكرمة والمدينة المنورة إلى وزارة التجارة والشئون البلدية والقروية.

ويعتمد نظام المشاركة بالمنفعة المتوائمة مع الشريعة الإسلامية على أساس بيع العين السكنية لفترة زمنية محددة تبدأ من أسبوع ومضاعفاتها بسعر ثابت إلى مدة عشرين عاماً ويتيح النظام حرية التصرف الكامل في الوحدة السكنية خلال الفترة الزمنية أو بالانتفاع أو البيع أو التأجير أو الهبة أو التوريث للغير. ويستهدف القرار تحديداً مشاريع جارية لإقامة أكثر من ٥٦٤٥ وحدة سكنية مجاورة للحرمين الشريفين، وهو ما سيتيح حسبما صرحت مصادر اقتصادية لـ ٢٦ ألف عائلة مسلمة من شتى دول العالم الإقامة في منطقة الحرمين.

ويأتي القرار في إطار توجه المملكة العربية السعودية لتطوير الاقتصاد وجعله أكثر انفتاحاً، كما يهدف إلى جذب مزيد من الاستثمارات في منطقة الحرمين حيث يتوقع إقبال أعداد كبيرة من المسلمين غير السعوديين على تملك عقارات في منطقة الحرمين، وهو ما سيؤدي إلى جذب استثمارات كبيرة في هذا المجال.

وستكون هناك توجيهات رسمية للسفارات السعودية في جميع أنحاء العالم بمنح تأشيرات دخول للمملكة العربية السعودية لكل من يقدم عقود المنفعة

للمشروعات السكنية في منطقة الحرمين القائمة على نظام المشاركة الزمنية (Timeshare).

صكوك الانتفاع في برج زمزم

هو نوع من أنواع الإجارة طويلة المدة، وتعتبر تطبيقاً لنظام المشاركة الزمنية - timeshare وتقوم على تأجير وحدات بجوار الحرم المكي الشريف، وفي ذلك خدمة جليلة لعباد الرحمن - على نظام الإجارة طويلة المدة قد تمتد إلى ٢٤ سنة بأجرة محددة سلفاً.

وذكر أنها تبدأ بأجرة [أقل من ٦ آلاف ريال] على أن يأخذ المتفع في كل سنة ثلاثة أيام. وهو الأمر الذي يتيح للمتعبدين المسلمين من خارج المملكة فرصة المشاركة في شراء منفعة طويلة الأمد تسمح لهم بحرية التعبد والإقامة في مواسم دينية يكون الطلب فيها عالياً للحصول على وحدة سكنية ويعود الفضل في ذلك للمرونة الكبيرة لعقد الإجارة في الفقه الإسلامي^(١).

المشاكل والعقبات في نظام التمليك الزمني

رغم كون فكرة اقتسام الوقت فكرة جذابة ومفيدة غير أن هذا لا يمنع من وجود بعض المشاكل والعقبات تجاهها يمكن أن تؤدي إلى إحجام الناس عن الشراء وفقاً لهذا النظام فبجانب المشكلات والعقبات القانونية التي تواجه هذا النظام وهناك مشاكل وعقبات أخرى يمكن حصرها كما يلي:

(١) مشاكل وعقبات تتعلق بفكرة نظام اقتسام الوقت:

- أ. يفضل معظم الناس قضاء إجازاتهم عن طريق الرحلات المنظمة أو الشاملة.
- ب. يفضل معظم الناس قضاء إجازتهم في حينها، فالمشتري في نظام اقتسام الوقت يكون مقيداً بوقت معين لقضاء إجازته، وفي حالة رغبته في تغيير هذا الوقت فإنه يتحمل مصاريف إضافية مقابل ذلك.

(١) دراسة الغرفة التجارية بمجدة، وكذلك ينظر د. ناريمان عبد القادر. التشريعات الفندقية والسياحية - التنظيم القانوني للإرشاد السياحي. نظام اقتسام (timeshare) في مصر. ط ١٩٩٨/١٩٩٩ دار النهضة العربية القاهرة ٧٠ و ٧٧ وما بعدهما.

ج. يفضل البعض التملك بأسلوب آخر على فكرة مشاركة الآخرين^(١).
د. حداثة مفهوم اقتسام الوقت تجعله نظاماً جديداً وغير واضح والفكرة غير مألوفة للناس.

هـ. سلبية المعلومات عن نظام اقتسام الوقت هي التي تصل إلى الناس عن طريق السمع أو القراءة.

٢. مشاكل التصميم والإنشاء:

نتيجة لارتفاع الأسعار الكبير في المناطق الصالحة (منتجعات) نشأت فكرة الكوندومنيوم condominium كبديل للملكية الخاصة.

٣. مشاكل التمويل:

مشاكل التمويل بالنسبة للمستثمر هي وجود بعض الصعوبات في الحصول على مصادر لتمويل المشروعات نظراً لحداثة الفكرة.

٤. مشاكل الصيانة:

إن الاهتمام بالصيانة في نظام اقتسام الوقت هو حجر الزاوية، فالصيانة هنا تعني الاحتفاظ بالمستوى اللائق للمنتج، والمستوى اللائق شرط لازم لاستمرارية ارتفاع الملاك واستمرارية عمليات التبادل، وهذا هو جوهر (فلسفة المشاركة الزمنية).

٥. مشاكل الضرائب:

من المشكلات الهامة التي يمكن أن تواجه نظام اقتسام الوقت في بعض البلاد هي مشكلة الضرائب. فتراكم الضرائب لعدة سنوات يمكن أن يؤدي إلى مشكلة كبيرة للمشتري خاصة بعد أن يكون المستثمر قد أتم البيع تاركاً المشتري لمصير مجهول مع مصلحة الضرائب.

٦. صعوبة إعادة البيع:

تعتبر فرص إعادة بيع الفترات المشتراة بنظام اقتسام الوقت ضعيفة إلى حد كبير لصعوبة وجود مشتر تتلاءم ظروفه مع نفس الفترة الزمنية المعروضة للبيع، وتفضيل المشتري الجديد للشراء من الشركات المالكة وذلك للحصول على تسهيلات ومميزات.

(١) مستخلصة من بحث د. وصال أبو علم صفحة ٢٥٤ - ٢٥٦.

٧. عدم وجود نظام رقابة حكومي لتوفير الحماية لمستخدمي هذا النظام.
٨. مشاكل التسويق بارتفاع تكلفته وسوء استخدام أساليب البيع.

التبادل ونظام المشاركة الزمنية في العالم

برزت فكرة المشاركة والتبادل بين المنتجعات كحل لمشكلة الارتباط بمكان واحد سنوياً لقضاء العطلات وبعد ذلك أصبح التبادل يشكل أحد الدوافع الأساسية للتعامل بنظام اقتسام الوقت، وتتم عمليات التبادل عن طريق شركات عالمية متخصصة وكبرى هذه الشركات هي شركة (R. C. I) وشركة (II).

كيف تتم عملية التبادل؟

تعتمد فكرة التبادل على أن يقوم العضو بإيداع الفترة الزمنية التي يملكها في بنك الإجازات (SPACE BANK) بحيث يمكنه حجز الأسابيع غير المستعملة من بعض الأعضاء وترك فترته الزمنية للآخرين من راغبي التبادل، أي إن عملية التبادل تتم على مرحلتين:

١. مرحلة إيداع الأسابيع المستغنى عنها من قبل مالكها لدى بنك (R C I).
٢. مرحلة السحب من الأسابيع المودعة في الأماكن التي يرغب العضو في السفر إليها (Exchange).

والتعامل مع بنك (RCI) شبيه بالتعامل مع بنوك تبادل العملات، حيث يجب على العميل للحصول على عملة دولة أجنبية أن يعطى في مقابلها عملته التي يريد الاستغناء عنها. وهو غير مسئول عما إذا كان هناك طلب حالي على العملة التي حجزه أولاً.. حيث إنه بمجرد تنازله عن أسابيعه إلى (RCI) يحق له تقديم طلب الحجز. وبناء عليه يلتزم (RCI) بتحقيق طلبه أو بديله، حيث إنه يطلب من العميل إعادة كتابة بدائل إضافية في طلب الحجز.

يتحكم في عملية التبادل الموسم السنوي: حجم الوحدة، أولوية الحجز والإيداع، تبادل مستوى مواز للمستوى، الطلب على المنتج، كما يلتزم العضو برسوم العضوية ورسوم التبادل^(١).

(١) المشاركة الزمنية في مصر صفحة ٥٢ - ٥٦ د. وصال أبو علم. مرجع سابق.

مميزات عملية التبادل:

ولما كان النظام في بدايته تنقصه خاصية الحيوية للعطلات، فعندما قام المالكون باقتناء أسبوع أو أكثر في منتج معين، واجهوا حتمية الرجوع إليه عاماً بعد عام، وقد واجه وكلاء التسويق الاعتراض القائل: لنفترض أننا لا نرغب في الرجوع لنفس المنتج لفترة نفس الأسبوع عاماً بعد عام؟ فكان الحل هو تبادل نظام المشاركة في الوقت، وهو وسيلة تتيح للمالكين مقايضة أو تبادل أسابيع العطلات والمنتجعات التي يملكونها^(١).

وتقوم بهذا الدور شركات التبادل التي تقوم بتخصيص عدد من المجمعات المطورة لمنتجعات نظام المشاركة في الوقت في مجموعة واحدة بغرض التبادل. وقد امتدت عضوية شركات التبادل لتشمل مشتري أسابيع العطلات، فعندما يرغبون في تجربة عطلة مختلفة بعيداً عن منتجهم يقوم الأعضاء بإيداع أسابيع عطلاتهم لدى شركات التبادل مع تقديم طلب بذلك، وعليها أن تقوم بتنظيم عملية التبادل أو المقايضة طبقاً للإمكانات المتاحة، ومنذ ذلك الوقت نما نظام المشاركة في الوقت جنباً إلى جنب مع نظام «تبادل المشاركة في الوقت» وتطور عالمياً وهو الآن يحتل موقعاً أولياً في سوق العطلات الحديث.

وتدل الإحصائيات على أن التبادل أو المقايضة هي السبب الأول في تحفيز مالك أو مقتني نظام المشاركة في الوقت عند اتخاذ قرار الدخول في هذا النظام من عدمه، وبدون خاصية مرونة التبادل ما كان يتسنى لنظام المشاركة في الوقت أن ينمو، فكل منهما معتمد على الآخر.

أهم المراجع المختصة بالموضوع

١. منشورات الاتحاد الأوروبي (European Timeshare)
٢. المشاركة الزمنية في مصر - النظرية والتطبيق، د. وصال محمد أبو علم ط القاهرة ١٩٩٥.
٣. التشريعات الفندقية والسياحية - التنظيم القانوني.
٤. السياحة في عالم متغير، د. صلاح عبد الوهاب، القاهرة ١٩٩٦.

(١) المرجع السابق.

٥. النظام القانوني لحق المستفيد، سمير كامل، القاهرة ١٩٩١.
٦. قرارات ندوات البركة، الندوة العاشرة رقم الفتوى (١٠/١ و ١٠/٢).
٧. نشاط التسويق والبيع لنظام المشاركة في الوقت.

عقود

«التايم شير TIMESHARE»
دراسة فقهية للمنتجات التقليدية
ومحاولة لابتكار تكييف بديل

إعداد:

الدكتور عبد القاهر محمد أحمد قمر
مجمع الفقه الإسلامي الدولي

المقدمة

الحمد لله رب العالمين، والصلاة والسلام على سيد الأولين والآخرين، وعلى آله وصحبه ومن سار على نهجهم، واقتضى أثرهم إلى يوم الدين، وبعد:

تسببت الثورات العلمية والصناعية والإعلامية وغيرها في الفترة الأخيرة من الزمن في تغيير نمط حياة الناس، وفي حدوث أنظمة جديدة للحياة غير معهودة من قبل، وإنتاج واقع تغيرت فيه التصورات الاجتماعية والأنظمة الفقهية، وتعقدت فيه المعاملات المالية، فأصبحت معها المسائل الفقهية المدونة في الكتب الفقهية قليلة الشبه بالحياة الواقعية، ولم يعد بمقدور الفقيه المجتهد المتخصص أن يفصل في قضية من القضايا المتداخلة تداخلاً شرعياً اقتصادياً أو طبيياً أو غير ذلك، وأصبحت الحاجة ملحة في زماننا إلى اجتهاد جماعي يضم إلى المتخصصين في علوم الشريعة نظرائهم من المتخصصين في العلوم الأخرى أثناء الاجتهاد في القضية المطروحة. وجمع الفقه الإسلامي الدولي هو أحد أهم مراكز الاجتهاد الجماعي في عالم اليوم، بل هو مرجعية للأمة الإسلامية، وقد استطاع على مدى عقدين من الزمن بيان أحكام كثير من النوازل والمستجدات بكل كفاءة واقتدار، وتمكن بذلك من تجديد جزء مهم من الفقه الإسلامي.

وقد سرتني الدعوة الكريمة من معالي الأمين العام الأستاذ الدكتور محمد الحبيب ابن الخوجة - حفظه الله وأمد في عمره - بتقديم بحث حول معاملة حديثة، تسمى (التايم شير، Timeshare)، والمشاركة به في مؤتمر دورة المجمع الثامنة عشرة المزمع انعقادها بكوالالمبور، ماليزيا، في شهر يوليو ٢٠٠٧، فاستجبت وتوكلت على الله عز وجل وسألته العون والساداد.

وقد قسمت البحث إلى مقدمة وأربعة مباحث وخاتمة. البحث الأول فيه توصيف لعقد التايم شير، والبحث الثاني احتوى على مقدمات مبهدات في بعض الموضوعات الفقهية المتصلة «بالتايم شير»، والبحث الثالث خصصته للدراسة الفقهية للعقد وصورها، والبحث الرابع أودعت فيه ما حاولت ابتكاره من تكليف بديل، وخاتمة كتبت فيها أهم النتائج التي توصلت إليها. وليس لي القارئ الكريم في الإشارة إلى أن هذه الخطة وجلة من عناوين المباحث مستوحاة من بحوث وكتب أستاذه الجليل معالي الأستاذ الدكتور عبد الوهاب إبراهيم أبو سليمان، القيمة الأصيلة المبدعة. وهو يعتبر سلطاناً في صنعة البحث العلمي، وجل مرتادي

مجال البحث العلمي في زماننا لا يستغنون عن كتبه، جزاءه الله عن الباحثين خيرا الجزاء، وأمد في عمره وبارك.

وبعرض هذا البحث على مجلس المجمع الموقر أرجو أن يحظى من لادن أعضائه وخبرائه أصحاب السماحة والفضيلة العلماء الأجلاء بمزيد من التوجيه والإرشاد، فهو يمثل محاولة لطرح تكييف مبتكر بديل لمنتج تقليدي يصعب تصحيح كثير من صوره ومتعلقاتها، والمحاولة معروضة عليهم، ليقرروا الرأي الصائب فيها.

وكل ما كان من صواب في هذا البحث فمن توفيق الله عز وجل وفضله، فله الحمد على عظيم نعماته، وما كان من خطأ فمني ومن زيف الشيطان، وأستغفر الله، وأتوب إليه.

ووفاء لأهل الفضل يطيب لي أن أشكر والدي الجليل فضيلة الدكتور محمد أحمد قمر، والدة الفاضلة، أمد الله في عمرهما، اللذين يولياني دائماً بالتوجيهات العلمية والعملية والخلقية وبالتشجيع المستمر والرعاية الدؤوبة والدعاء في السر والعلن. كما أشكر زوجتي على مساعدتها لي في الحصول على كثير من المعلومات حول «التايم شير» من الأدبيات الغربية من خلال الشبكة الدولية.

ولا أنسى شكر معالي الأستاذ الدكتور محمد الحبيب ابن الخوجة، على توجيهاته الدائمة لي بأسلوب أبوي مخلص، وعلى سؤاله الدائم عن هذا البحث، كما أشكر زميلي الكريمين فضيلة الدكتور أحمد عبد العليم عبد اللطيف، الباحث بالمجمع، فقد ناقشت معه بعض مسائل هذا البحث قبل تقديمه، وسعادة الأستاذ محمد المنذر الشوك، مدير ديوان أمين عام المجمع، على تشجيعه لي في اختيار هذا البحث. وإمداده إياي بصورة من رسالة ماجستير عنوانها (عقود البيع والتأجير بنظام المشاركة في الوقت، صوره وأحكامه). وأهدي هذا البحث للزميل الأخ/ خالد حسين جرين لسمو أخلاقه وإخلاصه في أداء عمله في المجمع.

ختاماً أسأل الله العلي القدير أن ينفع بهذا البحث، فهو ولي التوفيق، وصلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم.

د. عبد القاهر محمد أحمد قمر

مكة المكرمة، ١٢/٠٦/١٤٢٨

الباحث بمجمع الفقه الإسلامي الدولي

الأربعاء، ٢٧/٠٦/٢٠٠٧

رقم الجوال: ٠٠٩٦٦٥٥٥٥٣٧٨٢٢

المبحث الأول توصيف عقد «التايم شير»

المقصود بعقد «التايم شير»:

«التايم شير»، time share ، مصطلح مركب من كلمتين، أولاهما «time» ومعناها معروف، والأخرى share فتعني السهم والحصة والقسمة. وقد أصبحت الآن تكتب بعد مزجها كلمة واحدة «تايمشير»، «timeshare».

و «التايم شير» اسم جنس، تدخل ضمنه أنواع عديدة، تختلف مع بعضها في مقتضى العقد وفي شروطه وفي شكله، وتتشابه ببعضها في جزئيات كثيرة أيضاً، وقد جرت العادة - وخاصة في الدول الغربية - أن نجد في العقود والإعلانات التجارية ذكراً للنوع بعد ذكر كلمة «التايم شير»، والسبب في كثرة هذه الأنواع أن كل شركة تطرح هذه المعاملة في برامج تتسجم مع مصالحها وقدرتها على الوفاء بما تتعهد به، وبما يتوافق مع أنظمة البلد الذي تعمل فيه، فتعطي لكل برنامج اسماً يميزه عن غيره، لذا فإن أنواع «التايم شير» في تطور وتكاثر مستمرين، كما أن احتمال استنساخها إلى صيغ عديدة في مجالات أخرى مؤكد.

وهذا هو سبب عدم تمكيني من التوصل إلى تعريب مصطلح «التايم شير» timeshare، فكلما اخترت له كلمة عربية يتبادر إلى الذهن أحد أنواعه، أو تكون قاصرة عن الوفاء بالغرض. والاستكتاب الوارد من المجمع الموقر سماه «التملك الزمني». ويرد عليه أنه لا يشمل تبادل الوحدات، وبرامج عديدة أخرى، كما أن «التملك الزمني» أو بتعبير أدق: «التملك الزمني» هو «الإجارة» بعينها، والإجارة عقد معروف، ولما كانت هنا متكررة كل سنة، فينبغي أن يقال: «الإجارة الدورية»، وإذا أطلقنا على «التايم شير» هذا المصطلح فيتكرر وقوعنا في مشكلة عدم اشتماله على تبادل الوحدات، ولذا رأيت ترك المصطلح كما هو من غير تعريب. وفي هذا تسهيل على الباحثين عنه وعن حكمه وخصوصاً عبر شبكة المعلومات العالمية التي استحوذت اليوم على دور الوسيط في المعلومات، ومعلوم أن نتائج البحث في الشبكة تعتمد على الكلمة المدخلة، فإذا عربنا مصطلحنا بكلمة غير معروفة عالمياً، فلن يتمكن الباحث من الوصول إلى ما كتب فيه. وكتب الفقه تحتوي على نماذج

كثيرة لكلمات أعجمية، منها: البرنامج، الجامكية، السفتجة، النموذج، وغيرها. والله أعلم.

وفيما يلي أهم أنواع «التايم شير»:

أولاً: أنواع «التايم شير» المشهورة في الدول العربية، هي:

(١) «المشاركة في الوقت».

(٢) «المشاركات بالوقت».

(٣) «المقاسمة بالوقت».

(٤) «التملك الزمني».

(٥) «التملك بالوقت».

(٦) «التملك الجزئي»^(١).

(٧) «تقاسم».

(٨) «تقاسم الملكية».

(٩) «صكوك الانتفاع».

(١٠) «المشاركة بالمنفعة».

(١١) «المنفعة بالوقت»^(٢).

ثانياً: أنواع «التايم شير» المشهورة في الدول الغربية، إضافة إلى ما سبق بيانها،

هي:

(١) ملكية العطلات « Vacation Ownership ».

(٢) الملكية المشتركة « Fractional Ownership ».

(٣) نوادي الإقامة الخاصة « Private Residence Clubs ».

(٤) تشارك العطلات « Shared Vacation ».

(٥) المشاركة في الأماكن « Space Share ».

(١) صفحة الشبكة العالمية: <http://aqareh.Com/vb/showthread.Php?t=87dd>.

(٢) صفحة موقع العربية على الشبكة العالمية: <http://www.alarabiya.net/articles/2004/11/02/7659.htm>.

- ٦) تملك الإجازات « Holiday Ownership ».
 - ٧) المشاركة في الوقت « Time share ».
 - ٨) المشاركة في فلل «دوبلكس الفندقية» « Hotel – Condo Share ».
 - ٩) نوادي العطلات « Vacation Clubs ».
 - ١٠) العضويات « Memberships ».
 - ١١) نظام النقاط « Points System »^(١)، وغيرها من أنواع عديدة.
- بيئة نشوء «التايم شير»:

تحت المنافسة في السوق على الشركات أن تطرح برامج تحقق إضافة إلى مكاسبها الضخمة إشباعاً لرغبات عملائها بتكلفة أقل، ومما أنتجته الشركات العاملة في القطاع السياحي الفندقية هذه المعاملة، فظهرت في أوروبا في الستينات من القرن المنصرم، لتمكين الناس من التمتع بقضاء إجازاتهم بتكلفة أقل، فعوضاً عن شراء عقار وتأثيثه في مصيف، وتركه مهملًا طوال العام، يشترك هؤلاء في عقد «التايم شير»، الذي يقلل لهم في التكلفة ويزيد لهم في الخدمات. ويستفيد بالتالي عشرات الناس من المبنى الواحد طوال العام^(٢).

طبيعة «التايم شير»:

تقوم هذه المعاملة على بيع وحدة سكنية على التأييد، أو تأجيرها لمدة طويلة تصل إلى خمسين سنة، على أشخاص كثيرين، يعين وقتها بأسابيع محددة في السنة بضمن حال، أو مقسط، ويمحق للمشتريين أو المستأجرين الانتفاع بها شخصياً، خلال الفترة الزمنية المخصصة لهم، أو إيجارها، أو هبتها، أو توريثها أو حتى تبادلها

(١) الأنواع السابقة كلها في صفحة الشبكة العالمية: <http://www.gov/bcp/homes/resales>. (Shtm) . Etc. <http://www.gov> ، وتعني حكومي.

(٢) ينظر الصفحة: <http://www.ote-com-into.com/index.php?option=com-content&rid=43&Itemid=32>

بوحداث أخرى في مختلف دول العالم في إطار برنامج منظم من قبل منظمات خاصة^(١).

وعدم تحديد المصطلحات في «التايم شير» وعدم فهمها فهماً صحيحاً مكن الإعلانات التجارية من أن توحى إلى الناس أن شراءهم حصة «تايم شير» يجعل منهم مالكين لأملك وعقارات، وأنهم بذلك قد دخلوا نادي أثرياء العالم.

ما زالت هذه المعاملة تعيش في عهد تطورها، ولكثرة الصور التي يتم بها تسويق برامج هذه المعاملة ما زال هناك خلط في تطبيق مصطلح «تايم شير» على مصداقه، كما أن سدة القوانين أنفسهم لا يتمكنون من الحكم فيها إلا بالرجوع إلى وثائق العقود الموقعة بين الطرفين^(٢) كل حالة على حدة. كما أن هذه المعاملة تجري في الفنادق^(٣) والمنجعات^(٤) السياحية، وفي صور نادرة في العيادات الطبية المجهزة، أو الطائرات، وهي مجالات تحمل في جملتها طابعاً خدمياً، وهو تقديم خدمة السكن أو الإقامة، أو الخ... ولأنه لم تعم بها البلوى بعد في عالمنا الإسلامي أرى أن نكفيها بما عليه الواقع الحقيقي بين عاقدتها، وهو ما أوضحه - إن شاء الله - في المبحث الرابع، والله ولي التوفيق.

*** أنواع البيوع والإجازات العقارية التي تستند عليها عقود «التايم شير» في الدول الغربية:**

إكماً للإحاطة بالبيئة التي نشأت فيها برامج «التايم شير» يلزمنا معرفة أشكال العقود الجارية في الغرب لبيع وإيجار العقارات والتي تبنى عليها برامج

(١) ينظر: صفحة موقع العربية، على الشبكة العالمية: (http://alarabiya.net/articles/2004/11/02/7659.htm)

(٢) المراد بالطرفين: العاقدين، وكلما وردت في هذا البحث «الطرف الأول» فالمراد بها البائع أو المؤجر. وكلما وردت «الطرف الثاني» فالمراد المشتري أو المستاجر.

(٣) الفندق: نزل يهيا لإقامة المسافرين بالأجر. [المعجم الوسيط، «الفندق»، ٧٠٣/٢].

(٤) المنجعات (المنتجعات) السياحية: هي أماكن يقصدها الناس للتنزه والراحة والاستجمام، تحتوي على مبان سكنية ومرافق ترفيهية من مسابح وملاعب ونواد. محاطة بسور، وقد تكون على شاطئ البحر)، وفي اللغة: «المنجعة: الموضع يقصد لما فيه من كلاً وماء». [المعجم الوسيط، «منجعة»، ٩٠٤/٢].

«التايم شير» يلزمنا معرفة أشكال العقود الجارية في الغرب لبيع وإيجار العقارات والتي تبنى عليها برامج «التايم شير»، وهي ثلاثة عقود:

١. (fee simple) ^(١)، وهو بيع حقيقي بصك صادر عن الجهات الرسمية في البلدة، (deeded) وهذا النوع يعمل به في نوع واحد فقط من «التايم شير»، (سيتين لاحقاً أنه فرانكشنل أونرشب).

٢. (leasehold) ^(٢)، وهو إجارة العقار إجارة مطلقة (من غير تقييد للغرض منها)، لمدة معينة ينتهي العقد بنهايتها، وفيها يحل المستأجر محل المالك في كافة الحقوق والواجبات، فله أن يؤجر لمن يشاء وللغرض الذي يقرره، وغير ذلك. وهي تختلف عن الإجارة المعتادة (rent، أو hire) التي يحدد فيها الغرض من التأجير (سكني، عبادة طيبة، ورشة) والمستأجر كذلك عادة.

وهذا النوع من الإجارة يلجأ إليها المستثمرون لأجل طويلة الأمد، ومنهم بائعو برامج «التايم شير». وفي العرف المحلي في المملكة العربية السعودية يسمى هذا النوع بالاستثمار.

٣. (Right – to – Use ('RTU')) ^(٣)، وهو بيع حق الاستعمال لمدة معينة ينتهي بنهايتها، والغاية من العقد هو حصول المستأجر على حق الاستخدام

Fee Simple: In this system you purchase an actual deeded interest in (١) real estate, which is recorded with the land court or other proper authorities (and for which you receive a title in perpetuity

[صفحة الشبكة العالمية: (<http://www.thetimesharebeat.com/whatis4.htm>)].

Leasehold: This ownership option provides the same basic ownership (٢) rights, protections, obligations and interests etc. as the Fee Simple system with the primary exception being that Leasehold, unlike Fee Simple, is not in perpetuity and has a specified expiration date (which may include a first right to renew the ownership interest prior to the expiration of the (leasehold

Right-to-Use ('RTU'): In this system you purchase the right to use a (٣) particular unit or unit size each year, but you do not have an ownership interest in the real estate. Traditionally, your right to use that property will expire after a stated number of years, and the property will revert to the developer or the owner of the leasehold property. Legal ownership is (typically vested in a trust company.

[صفحة الشبكة العالمية: (<http://www.thetimesharebeat.com/whatis4.htm>)].

الذي يتم تحديده في العقد «سكن أو عيادة أو ورشة». وفي بعض الحالات يجوز فيها إبدال العين بأخرى مثيلة. وهذا النوع هو الشائع في معاملات «التايم شير» المباعة بالأسابيع.

وأود التنبيه إلى أن عقود «التايم شير» لا تخرج عن هذه المعاملات الثلاثة^(١)، كما أن هذه المعاملات ليست هي الوحيدة التي يقصر فيها البيع والإيجار في الدول الغربية، فهناك أنواع لعقود البيع والإيجار أخرى كثيرة.

* كيفية ورود المعاملة إلى الدول العربية:

وردت هذه المعاملة إلى الدول العربية بطريقة تتلاءم مع القوانين المحلية لكل دولة، ففي بعضها أخذت شكل البيع، وفي أخرى أخذت شكل الإجارة، وعلى سبيل المثال طرحت شركات الاستثمار مشروعات عقارية سكنية بهذه المعاملة في المناطق المحيطة بال الحرمين الشريفين في كل من مكة المكرمة والمدينة المنورة في صيغة إجارة طويلة الأمد، تمتد بين ٢٠ إلى ٥٠ سنة: لأن الأنظمة المحلية في المملكة العربية السعودية لا تجيز بيع العقار لغير المواطنين.

وعن شيوعها في المستقبل يرجح اقتصاديون أن هذه المعاملة سوف تجذب أكثر من ١٦ مليون عميل إلى القطاع العقاري بالمملكة العربية السعودية^(٢) فقط. تجري هذه المعاملة وفق التقويم الميلادي في أكثر دول العالم، وقد تم تقسيم السنة على ذلك إلى اثنتين وخمسين وحدة زمنية، ويترتب عليه ارتباط فترات الأسابيع المباعة بالفصول الأربعة، والشتات في مواسم الإجازات السنوية، وعلى أساسه توزع الأسابيع الحمراء^(٣)، والبيضاء وغيرها.

(١) ينظر: (<http://www.thetimesharebeat.com/vhatis4.htm>).

(٢) صفحة موقع العربية على الشبكة العالمية:

(<http://www.alarabiya.net/Articles/2004/11/02/7659.htm>)

(٣) يتم استخدام الألوان في تصنيف درجة الأهمية بحسب العرض والطلب، فالأسبوع الأحمر هو الأسبوع الذي يزداد الطلب عليه، كشهر رمضان الذي ترتفع فيه إيجارات الفنادق حول الحرمين الشريفين. أما الأسبوع الذي لا يوجد فيه المعتمرون، فتكون الإيجارات زهيدة فيسمى أسبوعاً أبيضاً، وهكذا فكل ظرف يختلف به العرض والطلب يعطى لوناً معيناً.

أما المناطق المرتبطة بالشعائر الدينية كالحج ورمضان، فتجري العقود فيها بالتقويم الهجري، ويرتب على ذلك تقسيم السنة إلى خمسين وحدة زمنية، لقصر السنة القمرية عن السنة الشمسية، إضافة إلى تغير فترات الوحدات الأسبوعية المباعدة في الفصول الأربعة، فسنوات تأتي الوحدة الأسبوعية في الصيف، وأخرى في الشتاء، كما أنها لا ترتبط بمواسم الإجازات السنوية المعتادة والتي تتوافق مع موسم الصيف، أي أن الأسابيع الحمراء والبيضاء توزع بحسب مواسم الشعائر الدينية. وفي تطوير آخر «للتايم شير» تم تقسيم الأسبوع فيه إلى فترتين: فترة بداية الأسبوع (السبت إلى الأربعاء)، وفترة نهاية الأسبوع (الأربعاء إلى السبت)، وتباع كل منها مستقلاً^(١).

* مميزات «التايم شير» (إيجابيات وسليبات):

(١) برامج «التايم شير» لا تعتبر برامج استثمار أموال، ينتظر المنتفعون من ورائها أرباحاً ومكاسب أو ارتفاعاً في أسعارها، ولكنها برامج خدمات ترفيهية مستقبلية، فأسعار وحدات «التايم شير» لا ترتفع عن أسعار شرائها، بل تنقص^(٢)، كما هو الحال في شراء السيارات الجديدة.

(٢) تؤدي هذه البرامج إلى احتكار تلقائي للشركات الكبرى على قطاع السياحة واستحواذها عليه، فالشخص الذي ينضم إلى هذه البرامج ستكون له الأولوية في اختيار المكان المناسب، مما يؤدي في النهاية إلى صعوبة تمكن غير المشاركين فيها في الحصول على وحدات شاغرة في المكان المراد، إلا من خلال الانضمام إليها. كما هو الحال في البطاقات الائتمانية، فكثير من نقاط البيع لا تتعامل إلا بها، فيضطر الكثيرون لحملها والاشتراك فيها.

(٣) ينشط القطاع السياحي للدولة^(٣)، ويجلب إليها ما يسمى «بالعملة الصعبة»، ويعمل على توفير فرص عمل كثيرة جداً، وخاصة للعمال والإداريين.

(١) صفحة الشبكة العالمية:

(<http://www.alarabiya.net/Articles/2004/11/02/7659.htm>)

(٢) صفحة الشبكة العالمية: (<http://www.thetimesharebeat.com/whatis.htm>)

(٣) عقود البيع والتأجير بنظام المشاركة في الوقت، ص ٦١.

٤) تضخ هذه البرامج مبالغ كبيرة في العقارات السياحية، وتتسبب في رفع أسعار العقارات بشكل سريع مما يؤثر سلباً على قاطني البلد ويحملهم زيادة في أعباء معيشتهم.

٥) تدرس جدوى هذه البرامج قبل الشروع فيها بمهارة فائقة من قبل الخبراء في القانون والاقتصاد والمال والأعمال والإدارة، وهي تدر أرباحاً ضخمة جداً للشركات الأساسية والتمويلية والتسويقية التي تعمل في مجاله، فبدلاً من أن تستلم الفنادق أجره الوحدة السكنية وقت إشغالها فقط، تستلمها مرتين، مرة أولى مبلغاً كبيراً (باسم بيع الوحدة على التأييد أو تأجيرها لمدة أربعين سنة أو أكثر)، وتستلم مرة أخرى كل سنة باسم رسوم نفقات التشغيل والصيانة، وهي قد تصل إلى ٦٠٪ من قيمة إيجار الغرفة من غير برنامج «التأيم شير».

٦) يعتقد البعض^(١)، بأن هذا النظام يحمي المنتفع من عواقب التضخم وغلاء الأسعار في الوحدات السكنية حال استخدامها، وهذا لا أوافق عليه: لأن الطرف الأول هو الذي يقرر ما يسمى برسوم الخدمات كل سنة، ويقررها بما أشرت إليه في الفقرة السابقة.

٧) يوفر المشترك بهذا النظام على نفسه عناء البحث عن مسكن حينما يريد السفر، والذي يتطلب في الغالب جهداً ووقتاً، خاصة إذا كان المكان الذي يريد الذهاب إليه يقصده كثير من الناس، كما هو الحال في الحرمين الشريفين^(٢).

٨) لا يشترط فيه دفع الثمن لمرة واحدة، بل يمكن دفعه على أقساط شهرية بسيطة^(٣).

٩) يوفر على الشخص مبالغ مالية كبيرة، فبدلاً من أن ينشئ وحدة سكنية قد تبقى طوال العام معطلة لا يستفاد منها إلا في وقت محدد في السنة فيكتفي بالاشتراك في هذا البرنامج، فيوفر لنفسه مالاً كثيراً^(٤).

(١) ينظر: عقود البيع والتأجير بنظام المشاركة في الوقت، ص ٦٢.

(٢) عقود البيع والتأجير بنظام المشاركة في الوقت، ص ٦٣.

(٣) عقود البيع والتأجير بنظام المشاركة في الوقت، ص ٦٣.

(٤) عقود البيع والتأجير بنظام المشاركة في الوقت، ص ٦٣.

١٠) يسهل على المشترك بهذا النظام التنقل بين البلد الواحد أو بين عدد من البلدان إذا كان عضواً في شركة عالية تقوم بهذا النشاط، ويعمل على ترتيب أوقات سفره بذلك.

* بعض الجهود الرسمية المبذولة من قبل الدول والمنظمات العربية:

وجدت معاملة «التايم شير» تقبلاً من المجتمعات العربية وتجري ترتيبات لاحتوائها وتنظيمها، ومن مظاهر ذلك:

أولاً: صدور تنظيمات رسمية بشأن «التايم شير» في عدد من الدول العربية، منها المملكة العربية السعودية، فقد صدر فيها نظام «المشاركة في الوقت» عن مجلس الوزراء المقرر برقم ٦٠، وتاريخ ١١/٩/٢٠٠٦^(١). وهناك دول أخرى عديدة.

ثانياً: انعقاد الملتقى العربي الثاني برعاية المنظمة العربية للتنمية الإدارية، التابعة لجامعة الدول العربية، تحت عنوان «الاتجاهات الحديثة في السياحة - نحو سياحة غير نمطية -» في الفترة من ٢٨ - ٣١ يناير ٢٠٠٧، الذي أوصى بما يلي تحت بند «رابعاً: في مجال تجربة المشاركة بالوقت timeshare»:

١) إنشاء منظمة عربية تتبنى صناعة وتطوير نظام المشاركة بالوقت في الوطن العربي وذلك على غرار منظمة الاتحاد الأوروبي للمشاركة بالوقت.

٢) تحسين الصورة الإعلامية عن نظام «المشاركة بالوقت» من خلال تعريف المشتري بطبيعة وخصائص هذا المنتج.

٣) وضع الضوابط الحاكمة لهذا النظام ومراعاة تحقيق التوازن بين أطراف العلاقة التعاقدية^(٢) فيه.

* الدراسات السابقة:

أحسنت الأمانة العامة لمجمع الفقه الإسلامي الدولي صنفاً يطرح هذا الموضوع للدراسة والمناقشة، لأنه لم ينل بعد حقه من الدرس والبحث، في عالمنا الإسلامي

(١) يوجد النص الكامل للنظام على صفحة الشبكة العالمية:

(<http://www.alaswaq.Net/artides/2006/09/12/3030.html>).

(٢) ينظر: موقع المنظمة العربية للتنمية الإدارية على الشبكة العالمية، صفحة:

(http://www.Ardor.Org.eg/aradoactivities_details.Asp?type=m&id=10412)

على الأقل، وما زال مجال البحث فيه خصباً: لذا فإن المصادر العلمية فيه قليلة ونادرة، ومنها ما يلي:

(١) «عقود البيع والتأجير بنظام المشاركة في الوقت - صورته وأحكامه -»، بحث تكميلي لنيل درجة الماجستير، إعداد: الباحث/ زيد بن عبد العزيز الشثري، مقدم لقسم الفقه المقارن بالمعهد العالي للقضاء، جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، الرياض.

(٢) «المشاركة بالوقت timeshare»، ندوة علمية عرضها سعادة الدكتور رفيق يونس المصري، ضمن ندوات «حوار الأربعاء» بتاريخ ٢٨/٤/١٤٢٥هـ، الموافق ١٦/٦/٢٠٠٤م، بمركز أبحاث الاقتصاد الإسلامي، جامعة الملك عبد العزيز. وتقع في ثمان صفحات، وهي مبنية على معلومات حصل عليها المحاضر من صاحب البحث المذكور سابقاً، كما أفاد بذلك بنفسه^(١).

المبحث الثاني:

مقدمات ممهّدة في موضوعات فقهية متصلة «بالتايم شير»

فيما يلي عرض مختصر للموضوعات الفقهية المتصلة ببرامج «التايم شير»:

* الإجارة والتملك الزمني:

* الإجارة في الاصطلاح الفقهي هي تملك (بيع) المنافع بعوض، سواء كان ذلك العوض عيناً أو ديناً أو منفعة. وتنقسم باعتبار نوع المنفعة المعقود عليها إلى قسمين: إجارة أعيان، كاستئجار الدور والسيارات ونحوها. وإجارة أعمال، كاستئجار العمال والحرفيين^(٢). ومن شروط الإجارة أن تكون معلومة المدة، كما أنها تصح لمدة تبقى فيها العين المؤجرة غالباً، طالبت المدة أو قصرت^(٣).

(١) نص الندوة موجود في صفحة الشبكة العالمية: <http://www.Kantakji>.

Org/fiqh/files/companies/3001.doc

(٢) معجم المصطلحات الاقتصادية في لغة الفقهاء، ص ٣٠.

(٣) الفقه الإسلامي وأدلته، ٤/٧٣٧.

ولما كانت الإجارة تمليك منفعة العين لمدة زمنية معينة. فينشأ عن ذلك حق، يسمى بحق تمليك^(١) المنفعة لمدة معينة. وصار يسمى الآن «بحق التملك الزمني».

* حكم التمليك الزمني الدوري، وتصكيكه:

المراد بالتمليك الزمني الدوري هو إجارة العقار مدة معينة دورياً كل سنة. ولا مانع من أن يعطى المستأجر وثيقة «صكاً» يثبت فيها حقه في الانتفاع بالعقار في الوقت المحدد له من كل سنة. وتعتبر هذه المنفعة ديناً في ذمة المؤجر لا يجوز بيعها بدون. ولا يجوز فيها تأخير الأجرة ولا تأجيلها ولا الاستبدال عنها ولا الحوالة بها ولا عليها ولا الإبراء منها^(٢).

* أحكام عامة في الإجارة:

* طرق تأجير الدور: تؤجر الدور بطريقتين: أولهما: لمدة معينة تنتهي بنهايتها، وتسمى كراء الدار وجيبة^(٣)، وتؤخذ فيها الأجرة مرة واحدة، أو توزع إلى فترات زمنية، مشاهرة، أو معاومة أو مياومة أو ملايلة^(٤)، وثانيهما: تؤجر لمدة متجددة معاومة أو مشاهرة، أو غير ذلك.

* الأصل في الإجارة أن تكون منجزة، ويجوز أن تكون مضافة إلى المستقبل. ويختلف الحكم في إضافة صيغة الإجارة إلى المستقبل بين أن تكون إجارة على عين أو ثابتة في الذمة.

(١) الملك لغة: احتواء الشيء والقدرة على الاستبداد به. [القاموس المحيط، باب الكاف، فصل الميم، ص ١٢٣٢]، واصطلاحاً: «اتصال شرعي بين الشخص وبين شيء يكون مطلقاً تصرفه فيه وحاجزاً عن تصرف غيره فيه وهو قدرة يثبتها الشرع ابتداء على التصرف. لمعجم المصطلحات الاقتصادية في لغة الفقهاء، ص ٣٢٥].

(٢) سيأتي بيان ذلك.

(٣) ينظر: مواهب الجليل، كتاب الطلاق، في زوجة المفقود، ج ٤ ص ١٦٣، وحاشية الدسوقي ج ٢ ص ٤٨٤.

(٤) المشاهرة: تأجير الدار كل شهر بكذا، والمعاومة تأجيرها كل عام بكذا، والمياومة كل يوم بكذا، والملايلة كل ليلة بكذا. ينظر: معجم المصطلحات الاقتصادية في لغة الفقهاء، ص ٣١٦، ٣٠٨: روضة الطالبين، ليحي بن شرف النووي، ط ٢، (بيروت: المكتب المكتب الإسلامي، ١٤٠٥هـ). (٢١٧/١١).

فالإجارة الثابتة في الذمة هي الواردة على منفعة موصوفة مع التزامها في الذمة،
كان يستأجر سيارة موصوفة بصفات يتفق عليها، ويقول: ألزمت ذمتك إيجارتي
إياها. فإن أطلق ولم يذكر الذمة كانت إجارة عين.

وإجارة العين هي الواردة على منفعة معين، كالعقار والحيوان ومنفعة الإنسان
فالجمهور لم يفرقوا بين هذين في صحة الإضافة للمستقبل.

وذهب الشافعية في الأصح عندهم إلى أن الإضافة صحيحة فيما يثبت في الذمة،
لا فيما كانت واردة على الأعيان، إلا في بعض صور مستثناة أجازوا فيها الإضافة
في إجارة الأعيان إذا كانت المدة بين العقد وبين المدة المضاف إليها زمنياً يسيراً، كأن
تعقد الإجارة ليلاً لمنفعة النهار التالي، أو يعقد الإجارة على سيارة للحج قبل أن
يبدأ، بشرط أن يكون قد تهيأ أهل بلده. على أن الرافعي والنووي يريان أن التفرقة
لفظية، لأن إجارة الذمة أيضاً واردة على العين، أي على منفعتها.^(١)

«ويشترط في صحة إجارة الذمة تسليم الأجرة في المجلس، وأن تكون حالة كراس
مال السلم؛ لأنها سلم في المنافع فلا يجوز فيها تأخير الأجرة ولا تأجيلها ولا
الاستبدال عنها ولا الحوالة بها ولا عليها ولا الإبراء منها»^(٢).

* «ويشترط في الصيغة لصحة العقد عدم تقييدها بشرط ينافي مقتضى العقد، أو
يحقق مصلحة لأحد المتعاقدين أو لغيرهما لا يقتضيها العقد، كأن يشترط المؤجر
لنفسه منفعة العين فترة، على خلاف وتفصيل للفقهاء في ذلك»^(٣).

* حكم وجود شرط الخيار في عقد الإجارة: يشترط لفاذ الإجارة خلو الصيغة
من شرط الخيار، إذ خيار الشرط يمنع حكم العقد ابتداءً، ولا معنى لعدم النفاذ إلا
هذا. ويشترط للزوم الإجارة خلوها من أي خيار. واشترطه جائز في الإجارة عند
كل من الخفية والمالكية والحابلية وقول للشافعية في الإجارة على معين. أما

(١) الموسوعة الفقهية، الجزء الأول، كلمة إجارة، الفقرة ١٦.

(٢) الإقناع لمحمد الشربيني الخطيب، تحقيق، مكتب البحوث والدراسات، (بيروت: دار الفكر، ١٤١٥ هـ).
٣٤٩/٤.

(٣) الموسوعة الفقهية، الجزء الأول، كلمة إجارة، الفقرة ٢١.

الإجارة في الذمة فقد منع الشافعية خيار الشرط فيها، كما منعه في قول عندهم في الإجارة على معين^(١).

* يشترط لصحة الإجارة أن تكون معلومة علماً ينفي الجهالة المفضية للنزاع. وهذا الشرط يجب تحققه في الأجرة أيضاً، لأن الجهالة في كل منهما تفضي إلى النزاع، وهذا موضع اتفاق^(٢).

* معلومية المنفعة: تتعين المنفعة في الإجارة ببيان المحل^(٣). وقد أدى اشتراط بيان محل المنفعة إلى تقسيم الإجارة إلى إجارة أعيان تستوفي المنفعة من عين معينة بذاتها بحيث إذا هلكت انفسخت الإجارة كاستئجار الدور للسكنى، وإلى إجارة موصوفة في الذمة تستوفي المنفعة مما يحدد بالوصف، فإذا هلكت بعد التعيين قدم المؤجر غيرها.

وعند الحنابلة وفي رأي عند الشافعية اشتراط رؤية العين المؤجرة قبل الإجارة، وإلا فللمستأجر خيار الرؤية. غير أن الحنابلة يقصرون اشتراطه على بعض الإيجارات، كرؤية الصبي في إجارة الظئر، وفي إجارة الأرض للزراعة، بينما الشافعية يعممون ذلك^(٤).

* يعتبر جمهور الفقهاء العرف في تعيين ما تقع عليه الإجارة من منفعة، فكيفية الاستعمال تصرف إلى العرف والعادة^(٥).

* يشترط في المنفعة للزوم العقد، ألا يطرأ عذر يمنع الانتفاع بها، كما يرى الحنفية، لأن الإجارة وإن كان الأصل فيها أنها عقد لازم اتفاقاً، ولا يجوز فسخها بالإرادة المنفردة، إلا أنهم قالوا: إنها شرعت للانتفاع، فاستمرارها مقيد ببقاء المنفعة، فإذا تعذر الانتفاع كان العقد غير لازم. وقد نص المالكية أيضاً على أن الإجارة تفسخ بتعذر ما يستوفى فيه المنفعة، وإن لم تعين حال العقد، كدار وحانوت

(١) الموسوعة الفقهية، الجزء الأول، كلمة إجارة، الفقرة ٢٢.

(٢) الموسوعة الفقهية، الجزء الأول، كلمة إجارة، الفقرة ٣١.

(٣) الموسوعة الفقهية، الجزء الأول، كلمة إجارة، الفقرة ٣٢.

(٤) الموسوعة الفقهية، الجزء الأول، كلمة إجارة، الفقرة ٣٣.

(٥) الموسوعة الفقهية، الجزء الأول، كلمة إجارة، الفقرة ٣٤.

وحمام وسفينة ونحوها. وكذا في الدابة إن عينت. وقالوا: إن التعذر أعم من التلف. ويتجه الشافعية في قول عندهم إلى اعتبار العذر مقتضياً الفسخ، إذ قالوا بانفساخ العقد بتعذر استيفاء المعقود عليه، كمن استأجر رجلاً ليقلع له ضرساً، فسكن الوجع^(١).

* إجارة المشاع:

إذا كانت العين المتعاقد على منفعتها مشاعاً، وأراد أحد الشريكين إجارة منفعة حصته، فإجارتها للشريك جائزة بالاتفاق. أما إجارتها لغير الشريك فإن الجمهور (الصاحبين من الحنفية والشافعية والمالكية وفي قول لأحمد) يجيزونها أيضاً: لأن الإجارة أحد نوعي البيع، فتجوز إجارة المشاع كما يجوز بيعه، والمشاع مقدور الانتفاع بالمهاياة، ولهذا جاز بيعه. جاء في المغني: واختار أبو حفص العكبري جواز إجارة المشاع لغير الشريك. وقد أوماً إليه أحمد، لأنه عقد في ملكه، يجوز مع شريكه، فجاز مع غيره كالبيع، ولأنه يجوز إذا فعله الشريكان معاً فجاز لأحدهما فعله في نصيبه مفرداً كالبيع. وعند أبي حنيفة وزفر وهو وجه في مذهب أحمد لا تجوز: لأن استيفاء المنفعة في الجزء الشائع لا يتصور إلا بتسليم الباقي، وذلك غير متعاقد عليه، فلا يتصور تسليمه شرعاً. والاستيفاء بالمهاياة لا يمكن على الوجه الذي يقتضيه العقد، إذ التهاؤ بالزمن انتفاع بالكل بعض المدة، والتهاؤ بالمكان انتفاع يكون بطريق البدل عما في يد صاحبه، وهذا ليس مقتضى العقد^(٢).

* الأجرة:

الأجرة هي ما يلتزم به المستأجر عوضاً عن المنفعة التي يملكها. وكل ما يصلح أن يكون ثمناً في البيع يصلح أن يكون أجرة في الإجارة، وقال الجمهور: إنه يشترط في الأجرة ما يشترط في الثمن. ويجب العلم بالأجر لقول النبي صلى الله عليه وسلم: «من استأجر أجيراً فليعلمه أجره»، وإن كان الأجر مما يثبت ديناً في الذمة كالدراهم والدنانير والمكيلات والموزونات والمعدودات المتقاربة فلا بد من بيان

(١) الموسوعة الفقهية، الجزء الأول، كلمة إجارة، الفقرة ٣٨.

(٢) الموسوعة الفقهية، الجزء الأول، كلمة إجارة، الفقرة ٣٩.

جنسه ونوعه وصفته وقدره. ولو كان في الأجر جهالة مفضية للنزاع فسد العقد، فإن استوفيت المنفعة وجب أجر المثل، وهو ما يقدره أهل الخبرة^(١).

وجوز الجمهور أن تكون الأجرة منفعة من جنس المعقود عليه. يقول الشيرازي: ويجوز إجارة المنافع من جنسها ومن غير جنسها، لأن المنافع في الإجارة كالأعيان في البيع. ثم الأعيان يجوز بيع بعضها ببعض فكذاك المنافع. ويقول ابن رشد: أجاز مالك إجارة دار بسكنى دار أخرى. ويقول البهوتي ما خلاصته: يجوز إجارة دار بسكنى دار أخرى أو بتزويج امرأة، لقصة شعيب عليه السلام، لأنه جعل النكاح عوض الأجرة، ومنع ذلك الحنفية، إلا أن تكون الأجرة منفعة من جنس آخر، كإجارة السكنى بالخدمة^(٢).

* إيجار المستأجر لغير المؤجر بزيادة:

ذهب المالكية والشافعية إلى جواز ذلك مطلقاً، أي سواء أكانت الأجرة الثانية مساوية أم زائدة أم ناقصة، لأن الإجارة بيع كما تقدم، فله أن يبيعها بمثل الثمن، أو بزيادة أو بنقص كالبيع، ووافقهم أحمد في أصح الأقوال عنده. وذهب الحنفية إلى جواز الإجارة الثانية إن لم تكن الأجرة فيها من جنس الأجرة الأولى، للمعنى السابق، أما إن اتحد جنس الأجرتين فإن الزيادة لا تطيب للمستأجر. وعليه أن يتصدق، وصحت الإجارة الثانية لأن الفضل فيه شبهة. أما إن أحدث زيادة في العين المستأجرة فتطيب الزيادة: لأنها في مقابلة الزيادة المستحدثة. وذهب الحنابلة في قول ثان لهم إلى أنه إن أحدث المستأجر الأول زيادة في العين جاز له الزيادة في الأجر دون اشتراط اتحاد جنس الأجر أو اختلافه، وسواء أذن له المؤجر أو لم يأذن وللإمام أحمد قول ثالث أنه إن أذن المؤجر بالزيادة جاز، وإلا فلا. فجمهور الفقهاء يميزونه بعد القبض على التفصيل السابق^(٣).

أما قبل القبض فيجوز عند المالكية مطلقاً عقاراً كان أو منقولاً، بمساو أو بزيادة أو بنقصان، وهو غير المشهور عند الشافعية وأحد الوجهين عند الحنابلة، لأن

(١) الموسوعة الفقهية، الجزء الأول، كلمة إجارة، الفقرة ٤٠.

(٢) الموسوعة الفقهية، الجزء الأول، كلمة إجارة، الفقرة ٤١.

(٣) الموسوعة الفقهية، الجزء الأول، كلمة إجارة، الفقرة ٤٩م.

المعقود عليه هو المنافع، وهي لا تصير مقبوضة بقبض العين فلا يؤثر فيها القبض. وفي المشهور عند الشافعية ووجه آخر عند الحنابلة: لا يجوز، كما لا يجوز بيع المبيع قبل قبضه. وذهب أبو حنيفة وأبو يوسف إلى جواز ذلك في العقار دون المنقول. وذهب محمد إلى عدم الجواز مطلقاً. وهذا الخلاف مبني على اختلافهم في جواز بيع العقار قبل قبضه. وقيل: إنه لا خلاف بينهم في عدم جواز ذلك في الإجارة^(١). وأما إجارة العين المستأجرة للمؤجر فالمالكية والشافعية يميزونها مطلقاً، عقاراً أو منقولاً، قبل القبض أو بعده، وهو أحد وجهين للحنابلة، والوجه الثاني لهم أنه لا يجوز قبل القبض، بناءً على عدم جواز بيع ما لم يقبض. ومنع الحنفية إيجارها للمؤجر مطلقاً، عقاراً كان أو منقولاً قبل القبض أو بعده، ولو بعد مستأجر آخر. وهل إذا أجرها ثانياً للمؤجر الأول تبطل الإجارة الأولى؟ رأيان: الصحيح لا تبطل والثاني تبطل، وذلك لأن إيجارها للمؤجر تناقض، لأن المستأجر مطالب بالأجرة للمؤجر، فيصبح دائناً ومديناً من جهة واحدة، وهذا تناقض^(٢).

* التزامات المستأجر:

أ- دفع الأجرة (وحق المؤجر في حبس المعقود عليه):
الأجرة تلزم المستأجر، فإن كانت معجلة حق للمؤجر حبس ما وقع عليه العقد حتى يستوفي الأجرة عند الحنفية والمالكية وفي قول للشافعية، لأن عمله ملكه، فجاز له حبسه، لأن المنافع في الإجارة كالمبيع في البيع ولا يحق له ذلك في القول الآخر عند الشافعية، وهو مذهب الحنابلة، لأنه لم يرهن العين عنده. ولكل صانع لعمله أثر في العين، كالقصار والصابغ، أن يحبس العين لاستيفاء الأجر عند من أجاز له الحبس، وكل صانع ليس لعمله أثر في العين كالحمال، فليس له أن يحبسها عندهم، لأن المعقود عليه نفس العمل، وهو غير قائم في العين، فلا يتصور حبسه، خلافاً للمالكية حيث أثبتوا له حق الحبس.

ب- استعمال العين حسب الشرط أو العرف والمحافظة عليها^(٣):

(١) الموسوعة الفقهية، الجزء الأول، كلمة إجارة، الفقرة ٥٠.

(٢) الموسوعة الفقهية، الجزء الأول، كلمة إجارة، الفقرة ٥١.

(٣) الموسوعة الفقهية، الجزء الأول، كلمة إجارة، الفقرة ٥٦.

يتفق الفقهاء على أن المستأجر يلزمه أن يتبع في استعمال العين ما أعدت له، مع التقيد بما شرط في العقد، أو بما هو متعارف، إذا لم يوجد شرط، وله أن يستوفي المنفعة العقود عليها، أو ما دونها من ناحية استهلاك العين والانتفاع بها وليس له أن ينتفع منها بأكثر مما هو متفق عليه فإذا استأجر الدار ليتخذها سكناً فلا يحق له أن يتخذها مدرسة أو مصنعاً، وإن استأجر الدابة لركوبه الخاص فليس له أن يتخذها لغير ذلك. وعلى المستأجر إصلاح ما تلف من العين بسبب استعماله. ولا خلاف في أن العين المستأجرة أمانة في يد المستأجر، فلو هلكت دون اعتداء منه أو مخالفة المأذون فيه، إلى ما هو أشد، أو دون تقصير في الصيانة والحفظ، فلا ضمان عليه، لأن قبض الإجارة قبض مأذون فيه، فلا يكون مضموناً^(١).

صور لأنواع من الإجارة أجازها الفقهاء في الأزمنة السابقة:

* الإجارة الطويلة:

كانت «تفعل ببخارى، صورتها: أنهم يؤجرون الدار والأرض سنين مدة معلومة متوالية غير ثلاثة أيام في آخر كل سنة على أن كلاً منهما بالخيار في ثلاثة أيام من آخر كل سنة ويجعلون لكل سنة أجرة قليلة ويجعلون بقية الأجرة للسنة الأخيرة، الصحيح أن هذا العقد جائز، لأن هذا ليس بشرط الخيار في الإجارة بل استثناء ثلاثة أيام»^(٢).

* عقد الإجارين:

أجازه فقهاء الحنفية للضرورة في الأوقاف و «المراد به: أن يتفق متولي الوقف مع شخص على أن يدفع مبلغاً من المال يكفي لعمارة عقار الوقف المبني المتوهن عند عجز الوقف عن التعمير، على أن يكون لدافع المال حق القرار الدائم في هذا العقار بأجر سنوي ضئيل، وهذا الحق يورث عن صاحبه ويبيع. وقد ظهر هذا العقد إلى الوجود في عهد الدولة العثمانية بعد سنة ١٠٢٠ هـ، على إثر الحرائق التي شملت كثيراً من عقارات الأوقاف في القسطنطينية، فعمجزت غلاتها عن تجديدها، وتشوه منظر البلدة، فابتكرت هذه المعاهدة تشجيعاً على استئجار هذه

(١) الموسوعة الفقهية، الجزء الأول، كلمة إجارة، الفقرة ٥٧.

(٢) البحر الرائق، ٨/٢٠.

العقارات لتعميرها اقتباساً من طريقة التحكير في الأراضي. وهذا العقد إجارة مديدة بإذن القاضي على عقار الوقف المتوهن بأجرة معجلة تقارب قيمته تؤخذ لتعميره، وأجرة مؤجلة ضئيلة سنوية يتجدد العقد عليها، ويتم دفعها سنوياً، وذلك كمنخرج من عدم جواز بيع الوقف ولا إجارته مدة طويلة، ومن هنا سمي بالإجارتين^(١).

* البيع (باختصار):

البيع في الاصطلاح الفقهي هو تملك البائع مالاً للمشتري بمال يكون ثمناً للمبيع وعبر عنه الفقهاء بأنه «تمليك عين مالية أو منفعة مباحة على التأيد بعوض مالي»^(٢).

* بيع الكالئ بالكالئ:

«الكالئ» في اللغة معناه المؤخر، وقد جاء في الحديث (أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الكالئ بالكالئ)^(٣). والمراد به عند الفقهاء بيع النسبئة بالنسبئة أو الدين المؤخر بالدين المؤخر. وصوره عند الفقهاء خمس:

(١) معجم المصطلحات الاقتصادية في لغة الفقهاء، ص ٣٣. ولا يمكننا الاستناد على هذه المعاملة لتكييف عقد «التايم شير»، ذلكم لأن أحد البنود المنصوص عليها في سائر عقود «التايم شير» قد أوجبت على الطرف الأول توفير مكان بديل مماثل أو أعلى درجة في حالة عدم وفائه بالتفق عليه، وهذه العادة هي الجارية في هذه المعاملات، فغالباً ما يتم اللجوء إلى البديل، حتى من غير حاجة، كما تفيد روايات المتعاملين به، كما أن إجازة عقد الإجارتين كانت للضرورة، وهي تقدر بقدرها، وكانت في الأوقاف التي دونت لها أحكام خاصة.

(٢) التوقيف على مهمات التعاريف، للشيخ محمد عبد الرؤوف المناوي، (ت: ١٠٣١هـ)، تحقيق: د. محمد رضوان الداية، الطبعة الأولى، (سوريا: دار الفكر: لبنان: دار الفكر المعاصر، ١٤١٠ هـ)، ص ١٥٣: معجم المصطلحات الاقتصادية في لغة الفقهاء، ص ٩٦..

(٣) أخرجه الدارقطني في كتاب البيوع، [ج ٣ ص ٧١، ٧٢ حديث ٢٦٩، ٢٧٠. وانظر في هامشه: التعليق المغني، للعظيم أبادي]. والحاكم في المستدرک، وقال: هذا حديث صحيح على شرط مسلم، ولم يخرجاه [ج ٢، ص ٥٧]، وقره الحافظ الذهبي عليه في تلخيصه. وأخرجه البيهقي في البيوع، باب ما جاء في النهي عن بيع الدين بالدين. [ج ٥ ص ٢٩٠]. وأثبت البيهقي فيه، والحافظ ابن حجر في تلخيص الحبير أن الحاكم والدارقطني وهما، فإن راويه موسى بن عبيدة الربذي، لا موسى ابن

الأولى: بيع دين مؤخر لم يكن ثابتاً في الذمة بدين مؤخر كذلك، كأن يشتري المرء شيئاً موصوفاً في الذمة إلى أجل بثمن موصوف في الذمة مؤجل ويسمى المالكية هذه الصورة: ابتداء الدين بالدين. [وهو تأخير رأس مال السلم، وهذه المرتبة أخف مراتب؛ لأنهم أجازوا التأخير فيه بالشرط ثلاثة أيام على المشهور]^(١).

والثانية: بيع دين مؤخر سابق التقرر في الذمة للمدين بما يصير ديناً مؤجلاً من غير جنسه. فيكون مشتري الدين هو نفس المدين وبائعه هو الدائن. ويسمى المالكية هذه الصورة فسخ الدين في الدين.

والثالثة: بيع دين مؤخر سابق التقرر في الذمة للمدين نفسه إلى أجل آخر بزيادة عليه. وهي الصورة المشهورة في الجاهلية: تقضي أم تربي؟ فإن لم يقضه آخر عنه الدين مقابل زيادة في المال.

والرابعة: بيع دين مؤخر سابق التقرر في الذمة لغير المدين بثمن موصوف في الذمة مؤجل. ويسمى المالكية هذه الصورة: بيع الدين بالدين. يقول الشيخ خليل: ولا بد في حقيقة بيع الدين أن تتقدم عمارة الذمتين، أو إحداهما، كمن له دين على رجل، وللثالث دين على رابع، فباع كل واحد ما يملك من الدين بدين صاحبه، وكذلك لو كان لرجل دين على رجل فباعه من ثالث بدين، وعلى هذا فلا بد في

عقبة، «قال الإمام أحمد: لا تحمل عندي الرواية عنه، ولا اعرف هذا الحديث عن غيره، وقال أيضاً: ليس في هذا حديث يصح، لكن إجماع الناس على أنه لا يجوز بيع دين بدين. وقال الشافعي: أهل الحديث يوهنون هذا الحديث». [لتلخيص الحبير ج ٣ ص ٢٦]. قال في نيل الأوطار: «وهو لا يصح عند الجميع». [ج ٥ ص ٢٠٥]. «وقال ابن عرفة: تلقي الأئمة هذا الحديث بالقبول يعني عن طلب الإسناد فيه، كما قالوا في (لا وصية لوارث)». [التاج والإكليل ج ٦ ص ٢٣٢. وانظر: تحريج محقق الجامع لمسائل المدونة، القسم الأول من كتاب البيوع، ج ١ ص ١٣٣. هامش كتاب: التوضيح شرح مختصر ابن الحاجب، لخليل بن إسحاق الجندي، (من أول البيوع إلى نهاية الرهن)، تحقيق: عبد القاهر محمد قمر، (رسالة دكتوراة مقدمة لجامعة أم القرى، إشراف الدكتور فرج زهران. ١٤٢٤ هـ)، ٣٦٠/٢.

(١) التوضيح للشيخ خليل، ٣٦١/٢.

حقيقة بيع الدين بالدين من ثلاثة أشخاص، بخلاف فسخ الدين في الدين، فإنه لا زيادة فيه على اثنين^(١).

والخامسة: بيع دين مؤخر سابق التقرر في الذمة بدين مماثل - من جنسه أو من غير جنسه - لشخص آخر على نفس المدين. كما لو كان له دين على إنسان، والآخر مثله على ذلك الإنسان، فباع أحدهما ما له عليه بما لصاحبه عليه، سواء اتفق الجنس أم اختلف^(٢).

* خيار التعيين:

وهو في الاصطلاح الفقهي: حق العاقد في تعيين أحد الأشياء التي وقع العقد على أحدها شائعاً خلال مدة معينة. وصورته: أن يقول البائع للمشتري: بعتك أحد هذه الأثواب الثلاثة، ولك الخيار في أيها شئت. ونحو ذلك من العبارات، سواء وقع التصريح بذلك من قبل البائع أو المشتري. ويطلق بعض فقهاء الحنفية على هذا الخيار «خيار التمييز». ويسمى المالكية العقد المشتمل عليه «بيع الاختيار»^(٣). والفرق بين خيار التعيين والجهالة في المبيع هو تعيين المدة. فلو باع أحد ثلاثة أثواب ولم يعين مدة للخيار كان البيع فاسداً.

* المهايأة:

المهايأة في اللغة من الهيئة، وهي: الحالة الظاهرة للمتهم للشيء، والتهايؤ تفاعل من (هيا)، وهو أن يتواضع قوم على أمر فيتراضوا به. وحقيقته أن كلا منهم يرضى بحالة واحدة يختارها بالتناوب مع الآخر. يقال: هاباً فلان فلاناً^(٤). والمهايأة لغة. ويقال أيضاً: تهانأوا من المهانأة: لأن كل واحد هنا صاحبه بما دفعه له للانتفاع

(١) التوضيح للشيخ خليل: ٣٦٢/٢.

(٢) معجم المصطلحات الاقتصادية في لغة الفقهاء، ص ٢٨٣، ٢٨٤. وينظر: التوضيح للشيخ خليل: ٣٦٢، ٣٦١/٢.

(٣) معجم المصطلحات الاقتصادية في لغة الفقهاء، ص ١٥٧. وينظر: حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، للشيخ محمد عرفه الدسوقي، (مصر: مطبعة دار إحياء الكتب العربية، تصوير: دار الفكر، بيروت)، ١٠٦/٣.

(٤) المغرب في ترتيب المغرب، ج ٢ ص ٣٩٢، لسان العرب، باب الهاء، (هيا)، ١٧١/١٥.

به^(١). كما يقال بالباء: تهابوا: لأن كل واحد وهب لصاحبه الاستمتاع بحقه في ذلك الشيء مدة معلومة. وجملة الصور ثمانية: مهاياة، ومهابأة، وتهايؤ، وتهانؤ، وتهانني، وتهابؤ، وتهايي^(٢).

وهي عند الفقهاء: قسمة المنافع على التعاقب والتناوب. وهي نوعان: زمانية ومكانية. فالمهاياة الزمانية: كما لو تهايأة اثنان على سكنى الدار المشتركة بالتناوب هذا سنة، والآخر سنة أخرى، والمهاياة المكانية: كما لو تهايأ اثنان في الدار المشتركة على أن يسكن أحدهما في طرفها والآخر في الطرف الآخر^(٣). والتهايؤ كما يكون في عين واحدة للشركاء يكون في أعيان متعددة يشتركون فيها، كدارين لاثنين يتهايآن فيها زمانياً^(٤).

وذهب الحنفية إلى أن المهاياة إنما تكون بعد الخصومة في المستقبل^(٥). وفي كتاب «مطالب أولي النهى» أن المهاياة تلزم الشركاء في قول بدون الخصومة إلى القاضي

(١) أقرب المسالك على الشرح الصغير، ٤١٩/٣ .

(٢) بلغة السالك لأقرب المسالك ٤١٩/٣ .

(٣) معجم المصطلحات الاقتصادية في لغة الفقهاء، ص ٣٣٠، ٣٣١.

(٤) قال الإمام ابن عرفة الورع في حدوده عنه: «اختصاص كل شريك بمشترك فيه عن شريكه فيه زمناً معيناً من متحد أو متعدد يجوز في نفس منفعة لا في غلته». شرح حدود ابن عرفة (الهداية الكافية الشافية لبيان حقائق الإمام ابن عرفة الورع الوافية)، لأبي عبد الله محمد الأنصاري الرصاع، (ت: ٨٩٤هـ). تحقيق: د. محمد أبو الأجنان، والطاهر العموري، الطبعة الأولى، (لبنان: دار الغرب الإسلامي، ١٩٩٣م). ١٤٩٥/٢.

(٥) حاشية ابن عابدين ٣٥٥/٤، وفي منته الدر المختار، وعلى هذا تنص المادة (١٠٨٣) من مجلة الأحكام العدائية: «إنما تعتبر وتجري المهاياة بعد الخصومة، فعليه إذا سكن أحد صاحبي الدار المشتركة في جميع الدار مدة مستقلاً بدون أن يدفع أجره عن حصه الآخر فلا يسوغ لشريكه أن يقول له إما أن تدفع لي أجره حصتي عن تلك المدة وإما أن أسكن بقدر ما سكنت إلا أن له، إن شاء، تقسيم الدار إن كانت قابلة للقسمة وإن شاء طلب المهاياة على أن تكون معتبرة من بعد ذلك أي من تاريخ المخاصمة ولكن إذا غاب أحد الشريكين فسكن الحاضر في الدار المشتركة مدة، فللغائب عند حضوره أن يسكن فيها بقدر تلك المدة.

إذا تهاياوا بأنفسهم^(١).

ويرى جمهور الفقهاء من الحنفية والشافعية والحنابلة أن المهايأة غير لازمة، وأنها عقد جائز، لكن المالكية يرون أنها تكون كذلك إذا كانت غير معينة المدة، كدارين يأخذ كل واحد منهما سكنى دار من غير تعيين مدة، أما إذا كانت في زمن معين فإنها تكون لازمة كالإجارة. وعلى قول الجمهور يجوز لكل منهما الرجوع عنها، ولا تبطل بموت أحدهما^(٢).

والعين التي وقع فيها التهايو تخرج منفعتها عن الشيوخ والاشترك وإن كانت العين شائعة، ويترتب على ذلك عدم صحة إخضاع منفعتها لأحكام الشركة في الفقه.

واختلف الفقهاء في يد المتهايين على محل المهايأة هل هي يد ضمان أو يد أمانة؟ فذهب الحنفية والشافعية إلى أن يد كل واحد من المتهايين يد أمانة. ولذا لا ضمان عليه إذا انهدم المنزل من سكنى من شرطت له، أو احترق من نار أوقدها فيه. وذهب الحنابلة إلى أن المهايأة كالعارية. لذا فتكون اليد فيها يد ضمان^(٣).

المبحث الثالث

الدراسة الفقهية لعقود «التايم شير»

* أهم صور عقود «التايم شير» وخصائصها العامة:

ذكرت في الفصل الأول أن هذه المعاملة لها أنواع وصور وأشكال كثيرة، وكلما حصل المرء على نسخ عقود أكثر كلما رأى أنواعاً وتفرعات أكثر. وبعد اطلاعي على بعض العقود الجارية في هذه المعاملة وما كتب عنها توصلت إلى عدة صور رئيسية، تندرج ضمنها معظم أنواع وصور «التايم شير»، وهي متداخلة بعضها ببعض، وفيما يلي تفصيل لها.

(١) مطالب أولي النهي، مصطفى السيوطي الرحباني، (ت ١٢٤٣ هـ)، (دمشق: المكتب الإسلامي،

١٩٦١م). ٥٥٧/٦.

(٢) الموسوعة الفقهية، مهايأة، ١٤٨/٣٩.

(٣) الموسوعة الفقهية، مهايأة، ١٥٠/٣٩.

الصورة الأولى: بيع حصص مشاعة^(١) من عقار^(٢) لاثني عشر مشترياً، (ملكية مشتركة بينهم)، ويسمى «فراكشنل أونرشيب، Fractional Ownership»، يتأبون في الانتفاع به، كل واحد منهم شهراً، ويعهدون بإدارتها وصيانتها بإرادتهم لإحدى الشركات مقابل مبلغ يشتركون في دفعه في حدود النفقات الفعلية^(٣).

وهذه الصورة عقد بيع رسمي موثق (Deeded) (Fee Simple)، يتم تسجيله رسمياً بأسماء المالكين، أو باسم شخصية اعتبارية يجتمعون على تكوينها ضمن شراكة. وتتفق هذه المعاملة مع «المهاياة الزمانية» في الملكية المشاعة في فقهاء الإسلامي، وهي التي تم التعريف بها في فتوى ندوة البركة العاشرة للاقتصاد الإسلامي، رقم (٢/١٠)، وعنوانها «بيع حصة مشاعة من عقار مع استخدام المنفعة بالمهاياة»، ونصها: «يجوز بيع حصة مشاعة من عقار، والاتفاق بين المالكين على استخدام المنفعة بطريقة المهاياة (قسمة المنافع زمنياً أو مكانياً) سواء اتفق على المهاياة بين المالكين مباشرة أو من خلال الجهة الموكل إليها إدارة العقار المشاع»^(٤).

(١) المشاع أو الحصة المشاعة: المشاع والشائع في اللغة: هو الشيء المشترك غير المقسوم (القاموس المحيط، باب العين، فصل الشين، ص١٩٤٩) أو: هو ما يحتوي على حصص شائعة. والملك المشاع في مصطلح الفقهاء هو الملك المتعلق بجزء نسي غير معين من مجموع الشيء مهما كان ذلك الجزء كبيراً أو صغيراً. وذلك كما يملك إنسان نصف دار أو ربع بستان أو عشر سيارة ونحو ذلك. وهذا ما يسمونه «الحصة الشائعة» في الشيء المشترك. (معجم المصطلحات الاقتصادية في لغة الفقهاء، ص٣٠٧، ٣٠٨). وتميز الحصص الشائعة في الأعيان والمنافع المشتركة وتفرز لصالح مالكيها بطرق، فإن كانت الحصة في عين يمكن تقسيمها بين مالكيها فتقسم، وإن كانت الحصة في منفعة أو في عين لا يمكن تقسيمها بين مالكيها فيلجأ إلى المهاياة. [الموسوعة الفقهية (الكويتية)، مهاياة، ٣٩/١٤٧]. وقد نص الفقهاء على أن محل المهاياة هو المنافع وليست الأعيان. [معجم المصطلحات الاقتصادية في لغة الفقهاء، ص٢٤٩، ٢٥٠].

(٢) وصار يشمل كل ما فيه خدمة وعين وتستخدم هذه الصورة في بيع الطائرات الخاصة أيضاً.

(٣) ينظر في الشبكة العالمية صفحة: (<http://Ghotw.com/newsletterstory-1.htm>)

(٤) فتاوى ندوات البركة، من ١٤٠٣ إلى (١٤١هـ جمع وتنسيق: د/ عبد الستار أبو غدة، و.أ. عز الدين خوجة، ط الخامسة). (الندوات الثلاث عشرة، ١٤١٧هـ ١٩٩٨م) ص١٧٢.

الحكم الفقهي: هذه المعاملة تدخل ضمن المهايأة، سواء كانت قيمة الحصص الزمنية متساوية أو مختلفة، وينبغي أن تكون المهايأة في هذه الحالة لازمة، لأن المشتري قدم الزم نفسه بدءاً بها.

وفي حالة شراء حصة شهر رمضان بمائة ألف ريال، وحصة شهر محرم بمخمسين ألف ريال فإن الحصص لا تكون متساوية في القيمة، ولما كانت المهايأة من العقود الجائزة غير اللازمة، وحدث بسبب ما الرجوع عن المهايأة، فتوزع الحصص على قيمة العين بحسب قيم شراء الحصص.

الصورة الثانية: بيع منفعة وحدة سكنية لأسبوع محدد من السنة من غير ذكر لموعد انتهاء العقد^(١).

أحكامها الفقهية: هذه الصورة لا تجوز، لأنها بيع منفعة الدار، فهي إجارة، ومن شروط الإجارة أن تكون معلومة المدة، وهذه غير معلومة المدة.

الصورة الثالثة: تأجير وحدة سكنية لأسبوع محدد في سنوات معلومة، تصل إلى ٥٠ سنة^(٢).

أحكامها الفقهية: هذه الصورة جائزة، فهي إجارة دورية لسنوات طويلة. الصورة الرابعة: بيع حق استعمال (تأجير) واحدة من الوحدات السكنية التابعة للمؤجر (غير معينة) لمدة أسبوع محدد، في شهر محدد (Fixed Time)، أو لمدة أسبوع غير محدد في موسم غير محدد من السنة (وقت عائم، Floating Time)^(٣) على مدى سنوات معلومة^(٤).

(١) ينظر: عقد مشروع منتج نعمة هايتس، بمدينة شرم الشيخ، جمهورية مصر العربية. [عقود البيع والتأجير بنظام المشاركة بالوقت «للباحث زيد المشتري، ملحق العقود، العقد الأول (١/١)]. وعقد مشروع مينا هاوس كلوب السياحي، ببلبنان. [عقود البيع والتأجير بنظام المشاركة بالوقت «للباحث زيد المشتري، ملحق العقود، العقد الأول (١/٢)].

(٢) الموسوعة الفقهية، الجزء الأول، كلمة إجارة، الفقرة ٢١.

(٣) الموسوعة الفقهية، الجزء الأول، كلمة إجارة، الفقرة ٢١.

(٤) الموسوعة الفقهية، الجزء الأول، كلمة إجارة، الفقرة ٢١.

أحكامها الفقهية: هذه الصورة لا تجوز لجهالة المبيع، ولا علاقة لهذه الصورة بخيار التعيين، لأنه لا توجد هنا مدة محددة للخيار، بل العقد واقع على مجهول.

الصورة الخامسة: شراء نقاط نقداً، أو مبادلة أي عقد «للتايم شير» إلى نقاط^(١) يجري العمل بها في شركات التبادل الدولية^(٢)، وقيمة كل نقطة مبلغ معين - وكلما زاد عدد النقاط التي يجمعها المشتري يصبح له حق في الانتفاع بوحدة سكنية أرقى وأكبر في مكان أفضل وفي وقت أفضل وهكذا. مثال ذلك: ١٠٠ نقطة قيمتها مليون ريال، تمكن مشتريها من السكن في سويت فندقي لمدة أسبوع في وقت «أحمر» كل سنة. و ٥٠٠ نقطة قيمتها نصف مليون ريال تمكن مالكها من السكن في غرفة فندقية لمدة أسبوع في وقت «أزرق» كل سنة. و ٥ نقاط قيمتها خمسين ألف ريال تمكن مالكها من السكن في غرفة فندقية لمدة أسبوع في وقت «أبيض»، وهكذا.

أحكامها الفقهية: شراء النقاط بفضي إلى جهالة الثمن وجهالة المبيع، فلا يكون هناك بيان للمبيع، ولا يكون هناك استقرار لثمن هذه النقاط، وذلك لأن ٢٠ نقطة مثلاً تؤهل مشتريها في عام ٢٠٠٧ لغرفة حمراء في أسبوع أحمر، وفي عام ٢٠١٢ لا تؤهله إلا لغرفة بيضاء مثلاً. لكن لو كان العقد نقداً (بدون نقاط) على غرفة حمراء في أسبوع أحمر فيلزم على الطرف الأول توفير ذلك كل سنة.

هذه هي الصورة الرئيسية المستخلصة من العقود وما يجري عليه العمل في هذا المجال، وأحكامها الشرعية.

* أهم القضايا والشروط المشتركة المرافقة لعقود «التايم شير»:

ترافق عقود «التايم شير» المعمول بها في الواقع العملي جملة من القضايا

(١) الموسوعة الفقهية، الجزء الأول، كلمة إجارة، الفقرة ٢١.

(٢) تعمل هذه الشركات عمل المصارف والبنوك في مجال «التايم شير»، يتم عن طريقها مصارفة أسابيع لأشخاص بأسابيع لغيرهم في أماكن أخرى، مقابل عمولة وسمسة. كما يمكن صرفها إلى نقاط تعمل عمل النقود في التبادل بتذاكر سفر جوية وبحرية أو استئجار سيارات. من أشهر تلك الشركات وأكبرها (آر سي آي)، و (آي آي)،

Resort Condominiums International (RCI). Interval International (II).

إضافة شركات أخرى كثيرة. [ينظر صفحة الشبكة العالمية. <http://www.thetimesharebeat.com/whatis2.htm>]

والشروط، بحيث لا تنفك عنها إلا نادراً، وقد ترد بعضها بجزء من أجزائها^(١)، وهي ما يلي:

(١) التقسيط في دفع القيمة: يختار المشتري بين دفع القيمة نقداً أو على أقساط. الحكم الفقهي: أغلب أنواع الإجارة الواردة في «التايم شير» هي إجارة موصوفة في الذمة ليست منجزة، بل هي مضافة إلى المستقبل، ففي حال أن تكون الإجارة على موصوف في الذمة أو البيع لغير معين - أي: سلماً - فإنه يكون ابتداء دين بدين، أي بيع كاليء بكاليء وقد ورد النهي عنه، وعلى هذا فيجب أن تقيّد عقود التايم شير بأن يكون العقد لبيع معين، أي ليس سلماً، وكذلك بأن تكون الإجارة على غير موصوف في الذمة.

(٢) يحق للطرف الثاني بيع الحصة أو الوحدة وتأجيرها عن طريقه أو عن طريق الطرف الأول، أو تبادلها مع مالكين آخرين لوحدة في أماكن أخرى بالانضمام لمنظمة تبادل دولية لوحدة المشاركة في الوقت «هينات سمسرة». وله الحق أيضاً في ذلك قبل اكتمال تعمير الوحدة المتفق عليها في السكن في أي متجع سياحي يتبع منظمة التبادل الدولية.

الحكم الفقهي: يظهر لي أن التبادل هنا لا إشكال فيه، لكن ينبغي التنبيه إلى الخروج من إجارة الموصوف في الذمة وبيع غير المعين كما مر سابقاً.

(٣) يلتزم الطرف الثاني سنوياً بدفع مصاريف أعمال الصيانة والإصلاحات والخدمات والحراسة وخلافها - المذكورة في الفقرة السابقة - إلى الطرف الأول، وهو الذي يحق له تحديد مبالغها سنوياً.

الحكم الفقهي: يجب أن تكون أجرة الصيانة في حدود النفقات التشغيلية الفعلية، وتدفع باتفاق من الطرفين وبرضاها، فإن انفراد الطرف الأول بتحديد ما يقضي

(١) ينظر: عقد مشروع متجع نعمة هايتس، بمدينة شرم الشيخ، جمهورية مصر العربية، وعقد مشروع مينا هاوس كلوب السياحي، بلبنان، وعقد مركز طيبة السكني والتجاري، [عقود البيع والتأجير بنظام المشاركة بالوقت] للباحث زيد الشثري، ملحق العقود: العقد الأول (١/١)، والعقد الأول (١/٢)، والعقد الأول (١/١)، والعقد الثاني (٢/٢)، وبعضها مرفق في الملاحق. إضافة إلى عدد من مواقع الشبكة العالمية المذكورة في هذا البحث.

إلى جهالة والتنازع فيها.

٤) عند تخلف الطرف الثاني عن سداد التزاماته السنوية يحق للطرف الثاني تأجير حصته لتغطية المبالغ المستحقة عليه، ويستحق الطرف الثاني باقي الأجرة، بعد استقطاع أجرة خدمات السمسرة.

الحكم الفقهي: على اعتبار أن تكون هذه الالتزامات أجوراً للصيانة يتفق على تقديرها بين الطرفين، يجوز له حبس العين لاستيفاء الأجر عند الحنفية والمالكية وفي قول عن الشافعية، لأن لعمله أثراً في العين فله أن يحبس العين لاستيفاء الأجر.

٥) عند عدم وفاء الطرف الأول بتوفير الوحدة المتفق عليها يوفر بدلاً مماثلاً أو أعلى بحسب توفر ذلك.

الحكم الفقهي: هذا الشرط جائز: فالإجارة واقعة في ذمة المؤجر، وإذا لم يمكنه توفير العين، فعليه توفير البديل.

٦) وجود خيار لعدة أسابيع يمكن فيه للطرف الثاني عن الرجوع في التعاقد.

الحكم الفقهي: لا تكون الإجارة نافذة إلا بعد انتهاء مدة الخيار، فشرط نفاذ الإجارة خلوها من الخيار. واشترط الخيار في الإجارة عند كل من الحنفية والمالكية والحنابلة وقول للشافعية في الإجارة على معين. أما الإجارة في الذمة فقد منع الشافعية خيار الشرط فيها، كما منعه في قول عندهم في الإجارة على معين.

٧) المبنى قد يكون موجوداً وقت العقد أو يكون تحت الإنشاء، أو ينشأ في المستقبل.

الحكم الفقهي: يجوز في الإجارة أن تكون المنفعة معينة أما الموصوفة في الذمة. فيرد فيها إشكال كما ذكرنا سابقاً.

٨) وجود شرط استمرار العقد بعد وفاة الطرف الثاني وانتقاله إلى ورثته.

الحكم الفقهي: لا ترد هنا مسألة انفساخ الإجارة بموت أحد العاقدين، فالمستأجر هنا قد استأجر لنفسه ولورثته من بعده. فهذا الشرط يجوز.

٩) يتم فيه تحديد عدد المستفيدين في الوحدة السكنية.

الحكم الفقهي: تحديد عدد المستفيدين في الوحدة السكنية يعتبر من الأمور المتعلقة ببيان طريقة الانتفاع والغرض، ويرجع فيها إلى العرف والعادة.

١٠) الطرف الأول قد يكون غير مالك للمبنى، فقد يكون مستأجراً له أو مستثمراً لأجل طويل.

الحكم الفقهي: أجاز المالكية والشافعية ذلك، ووافقهم الإمام أحمد في أصح الأقوال عنده، ويجوز عند الحنفية إن أحدث المؤجر الثاني زيادة، ومعلوم أن الوحدات السكنية المخصصة للتأجير شير تحول إلى فنادق.

١١) احتكار الطرف الأول بما يلي ودون الرجوع للطرف الثاني:

أ- إصدار اللوائح والنظم والتعليمات الخاصة باستعمال العين، بما يتوافق مع خدمات السياحة، وعلى الطرف الثاني الالتزام باتباعها.

ب- إجراء كافة الاستبدالات والتجديدات والإضافات التي يراها على العين.

ج- إجراء كافة أعمال الصيانة والإصلاحات والتحسينات على الخدمات الراقية التي يوفرها الطرف الأول، وتشمل التزويد بالكهرباء والمياه والوقود، وتغيير الفرش والملايات وغيرها.

الحكم الفقهي: يجوز ذلك، لأن هذه الأمور لازمة لإبقاء العين أو الوحدة صالحة للاستعمال.

١٢) لا يحق للطرف الثاني إجراء أية تعديلات أو تغييرات بالحصّة، أو إفرازها.

الحكم الفقهي: هذا الشرط يوافق مقتضى العقد، فيحق للمؤجر أن يشترطه.

١٣) يتنازل الطرف الثاني عن حق الشفعة^(١) بالنسبة لباقي الحصص.

الحكم الفقهي: لا يصح هذا التنازل، لأن الشفعة حق مجرد محض، لا يجوز إسقاطه إلا بعد وجوده.

١٤) في حالة عدول الطرف الثاني عن الشراء أو تعثر عن سداد باقي القيمة يتم خصم مبالغ تصل نسبتها إلى ٤٥٪ من إجمالي ثمن الوحدة، ويعاد المبلغ المتبقي بعد

(١) الشفعة: حق تملك العقار المبيع أو بعضه، ولو جبراً على المشتري، بما قام عليه من الثمن والمؤن. مأخوذة من الشفع. وهو الضم إلى الفرد: لأن الشفع يضم ما شفع فيه إلى نصيبه لمعجم المصطلحات الاقتصادية في لغة الفقهاء، ص ١٢٠٧]. وذكر الفقهاء أن هناك حقوقاً مجردة محضة لا تقبل الإسقاط، منها الحقوق التي لم تثبت بعد: كإسقاط الشريك حقه في الشفعة قبل البيع، [الفقه الإسلامي وأدله، ١/١٦، ٢١].

إعادة بيع الوحدة في بعض الحالات، وفي بعضها ليس له استرجاع أي مبلغ.
الأحكام الفقهية:

في حالات مثل إجارة المعين وبيعه يمكننا القول بأن الإجارة لما كانت لازمة فلا يحق لأحد العاقدين العدول عنها بدون رضا الآخر، لذا اشترط الطرف الأول بخضم مبالغ تصل إلى ٤٥٪، أو بعدم إعادة أي مبلغ لا إشكال فيه.

١٥) يحق للطرف الثاني الانتفاع بالمرافق الملحقة (الترفيهية والتجارية والاجتماعية والرياضية) المقامة على أرض المشروع. وتبقى هذه المرافق مملوكة للطرف الأول وهو المفوض بتقدير شروط استخدامها وتغييرها.

الحكم الفقهي: هذا الشرط يوافق مقتضى العقد، فيحق للمؤجر أن يشترطه.

التكييف الفقهي للعقد في هذه الصور:

يتبين من دراسة الصور السابقة أننا بصدد عقد تأجير دوري متكرر لسنوات معدودة.

الدراسة المقاصدية التجارية «للتايم شير»:

بعيداً عن الأحكام الفقهية التفصيلية إذا نظرنا إلى برامج «التايم شير» نظرة مقاصدية تجارية (لا مقاصد شرعية)، يتضح من البنود المشتركة التي تدور حولها عقود «التايم شير» بأنه تتميز بما يلي:

١) أنها موجهة وفقاً لمصالح الطرف الأول أكثر من رعايتها لمصالح الطرف الثاني، فالأول قد استبد بشروطها وبنودها، وأي التزام عليه يوجد له بديل، أما التزامات المشتري فجعلها التزامات مالية، وهو مهدد عند تأخره عن سداد بعض الأقساط بضياح ما دفعه سابقاً على أساس غير موزون بالاستفادة التي حصل عليها، ولا مجال له في أي تبديل أو مراجعة أو اختيار. وقد أشرت سابقاً بأن العادة جرت بأن الفنادق تلجأ كثيراً إلى توفير البديل، فالمشتري للغرفة رقم (٤٥) أو المستأجر لها لا يعطى في موعد استلامها نفس الغرفة، ولكن يعطى البديل.

٢) كما يظهر بوضوح أن العقد عقد إجارة دورية فقط، وهو غير ما يعلن ويشاع ويدون أنه عقد تملك زمني أو تمليك أو مشاركة أو مقاسمة أو بيع.

٣) واضح من هذا العقد أن قصد العاقدين هو السكن والإقامة، لا الشراء أو الاستئجار لوحدة بعينها وذاتها، فقد جرت العادة أن الطرف الثاني يرضى بالبديل ولا مانع لديه منه.

وهذه الأمور فيها دليل كاف على أن عقد «التايم شير» لا يخلو عن الصورية التي تصل إلى درجة التلاعب والتحايل بالتسميات أو التغييرات الشكلية.

المبحث الرابع

التكييف المبتكر البديل عن التكييف المعتاد

تبين في المبحث السابق أن «التايم شير» لا تسلم صورته المعمول بها من إشكالات ومخازير، ولكن لما كانت للناس حاجة للتعامل به كان لابد من طرح تكييف مبتكر بديل لتصحيح هذا العقد إذا أمكن، وفيما يلي محاولة لابتكار هذا التكييف. وبالله التوفيق، وقبل هذا لابد أن نفرق بين عقد الإجارة وبين عقد الإسكان والإقامة.

* الفرق بين عقد الإجارة وبين عقد الإسكان أو الإقامة:

السائد في «التايم شير» هو تكييف عقده بأنه إجارة العين وهو ما اختلف مع الجميع فيه، فهناك فرق لابد من إدراكه. والسبب في هذا التفريق هو أننا عندما نتعامل مع الفنادق الفخمة ذات نجوم خمسة، فهل نعقد عقد إجارة، أم نعقد عقد إسكان وإقامة؟ وإذا كنا نعقد عقد إسكان وإقامة، فما هو هذا العقد؟ يصعب تحديد ما إذا كان العقد إيجاراً أم إسكاناً؛ لأن ذلك يتوقف على أمرين، هما:

١) معرفة هل هناك علاقة أو تشبث^(١) أو تمسك بالعين المستأجرة، ففي الإجارة هناك علاقة وتمسك للمستأجر بالرفقة، أما في الإسكان أو الإقامة فلا علاقة له بالرفقة ولا تشبث أو تمسك له بها.

٢) معرفة من يملك التحكم أو السيطرة على منفعة المعقود عليه أثناء فترة العقد، فإذا كان مالك الفندق هو الذي يسيطر ويتحكم على الرفقة، فإن العقد يعتبر عقد

(١) شبث الشيء علقه وأخذه والتشبث بالشيء: التعلق به. والتشبث: التعلق بالشيء، ولزومه، وشدة الأخذ به. لسان العرب. باب الشين، (شبث).

إسكان، أما إذا انتقلت السيطرة والتحكم إلى الساكن فإننا بصدد إيجار غرفة. ويمكن تصور هذا الحال مع الحاج حينما يدفع مالاً لمتعهد حملة لأداء مناسك الحج فإنه يحصل في المقابل على سكن وإقامة، لذا فإنه يسكن في الغرفة التي يوفرها الفندق أو المتعهد حسب الدرجة المتفق عليها، ويمكن نقله إلى فندق آخر مماثل ولا يكون للحاج أي اختيار بين الفنادق أو بين الغرف، وكذا يكون حاله في خيام المشاعر المقدسة.

ولنضرب مثلاً آخر لتبدو الصورة أكثر وضوحاً فالذي يشتري تذكرة لمشاهدة مباراة كرة القدم، فهل هذا يمثل عقد إجارة للمقعد؟ أم أن المقصود الأساس هو مشاهدة المباراة؟ ففي حالة إلغاء المباراة، إذا كان العقد على إجارة المقعد في الساعات المحددة لا يحق له استعادة ثمن التذكرة، وإذا قلنا بأن هذا عقد مركب، فإنه يكون قد استوفى جزءاً مما تم الاتفاق عليه في العقد وهو وجود المقعد، ويترتب على هذا أن يكون للبائع الحق في أن يخصم جزءاً من الثمن لقاء حصول الطرف الثاني على جزء مما تم التعاقد عليه (تفرق الصفقة). أما إذا كان العقد على خدمة، وهي مشاهدة المباراة والجلوس المريح (خدمة أيضاً)، فإنه يحق له حينئذ استعادة ثمن التذكرة كاملة، أو الحصول على تذكرة بديلة لمشاهدة المباراة في حالة تأجيلها. وكذلك الحال في العقد مع فندق أو منتج سياحي - وقد سبق أن ذكرنا أن مجال عملهما خدمي - فالغاية الرئيسة هي الحصول على خدمة إسكان أو إقامة ذات الدرجة العالية من الفخامة والرفاهية، لذا يرضى العميل بالتزول في أي غرفة من غير رغبة في غرفة بعينها، فالفندق ينزله فيما يشاء، ويوفر كافة الخدمات التي يحتاجها لراحته في السكن، وليس للنزيل أي سيطرة أو تثبيت أو علقة بالغرفة التي نزل فيها، وإذا طرأ فيها ما يحصل به تشويش (إزعاج، أو تعطل في أية أجهزة فيها)، فالفندق يوفر له غرفة بديلة أو يقوم بإصلاح الخلل، إضافة إلى أن السكن الفندقية الفخم يتميز بأشياء عديدة مهمة تكون مقصودة أصلاً في العقد، وهي كثيرة ومعروفة، ولكن أكتفي بذكر أهمها، وهي:

(١) وجود حراسة مشددة على المبنى، وهذه الخاصية تزداد أهمية مع تنامي العمليات الإرهابية، وتفشي السرقات وعمليات الاختطاف وغيرها من قضايا

أمنية. ويعد توفير الحراسة من أهم الصناعات في عالم اليوم، الذي تقوم فيه أكثر الدول الغربية بتحذير رعاياها عند السفر إلى الشرق الأوسط من الاختلاط بالناس.

٢) توفر درجة عالية من الرفاهية والفخامة والهناء، يغبط الناظر في الحصول عليها، وقد أصبحت مقصودة بذاتها في زماننا هذا.

ومما يدل أن المقصود هو الإقامة والسكنى لا استئجار غرفة، أن مبنى الفندق الفخم نفسه، لو استأجرته شركة أخرى وحولته إلى فندق «ثلاث نجوم»، هل يرضى بالنزول فيه رواد فنادق الخمسة نجوم؟ والفندق الذي يعقد فيه الجمع مؤتمره، إذا تحول بعد ثلاث سنوات إلى فندق متواضع بإدارة شركة بسيطة الخدمات، هل سيقام فيه المؤتمر لو استضافت دولة ماليزيا المؤتمر مرة أخرى بعد خمس سنوات، مع أن الغرف والقاعات والمرافق ستبقى في نفس أحجامها ومعالمها وخدماتها الأساسية.

وفي المبحث الثالث أطلعنا على العقود الموقعة في «التايم شير» وعرفنا الواقع العملي الجاري بين العاقدين ومقاصدهما، لذا ينبغي أن لا ننساق كلياً إلى التوصيفات التجارية والتسويقية غير الحقيقية، فالعقد هي الدليل الفعلي على ماهية العقد.

إذا طرحنا المباني والألغاز فنجد محصلة عقد «التايم شير» هي أن الطرف الثاني يدفع مالاً مقابل حصوله على حق السكن أو الإقامة في فندق لمدة أسبوع في كل سنة، ويكون له الحق في تبديل حقه مع حق شخص آخر في مكان آخر، وذلك لمدة طويلة منتهية أحياناً أو غير منتهية، على أن يدفع الطرف الثاني المبلغ مرتين، مرة عند التعاقد، ويكون عادة مبلغاً كبيراً، ومرة أخرى سنوياً.

بناء على ما سبق يتبين لنا أن أغراض العاقدين في استئجار الوحدات الفندقية قد تغيرت، فلم يعد القصد هو استئجار غرفة بعينها، بل صار القصد هو الحصول على خدمة، وهي إقامة سكنية مرفهة عالية المستوى، ولما كانت العبرة في العقود بالمقاصد والمعاني لا بالألغاز والمباني، فإننا بحاجة لابتكار تكييف جديد وصيغة

جديدة تتحول إليها^(١)، وهو يتمثل في عقد الإسكان أو الإقامة، ويكفينا استنباط أحكامه مما ورد في عقد المقاولة^(٢)، لأنه إنما ينشأ ضمنها. والله أعلم.

* تطبيق عقد الإسكان أو الإقامة على عقود المشاركة في الوقت:

ما هو حق^(٣) الإسكان؟

الإسكان معناه السكنى، والسكنى في اللغة مصدر سكن الدار، وفي الدار: إذا أقام فيها. يقال: داري لك سكنى، أي: مسكنة، أو مسكوناً فيها.

واستخدم الفقهاء مصطلح السكنى بمعنى إغارة الدار لغرض السكنى، لذا عرفها العلامة المناوي اصطلاحاً، بقوله: «السكنى: أن يجعل له السكنون في دار

(١) «الراجح هو جواز إحداث عقود جديدة لا تخالف نصوص الشريعة ومبادئها وقواعدها العامة، كما يقول الخنابلة وبخاصة ابن تيمية وابن القيم، أو من طريق القياس والاستحسان والعرف والمصالح المرسلة وغيرها من أدلة التشريع كما يقول الحنفية والمالكية والشافعية». [الفقه الإسلامي وأدلته، ٢٤٣/٤].

(٢) عرف مجمع الفقه الإسلامي الدولي عقد المقاولة بأنه: «عقد يتعهد أحد طرفيه بمقتضاه بأن يصنع شيئاً أو يؤدي عملاً مقابل بدل يتعهد به الطرف الآخر، وهو عقد جائز سواء قدم المفاوض العمل والمادة، وهو المسمى عند الفقهاء بالاستصناع، أو قدم المفاوض العمل، وهو المسمى عند الفقهاء بالإجارة على العمل». [قرار ١٢٩ (٣/١٤)، وينظر النص في ملاحق هذا البحث].

(٣) الحق لغة ضد الباطل، ومن معانيه: الملك، والموجود الثابت، والأمر المقضي، وواحد الحقوق. [القاموس المحيط، باب القاف، فصل الحاء، ص ١١٢٩]. واصطلاحاً: «اختصاص يقرر به الشرع سلطة أو تكليفاً. (هذا تعريف الشيخ مصطفى الزرقاء، رحمه الله، ذكره في كتابه المدخل إلى نظرية الالتزام في الفقه: ف ٣، ص ١٠. ونقلته من: الفقه الإسلامي وأدلته، ١٩/٤). وهذا التعريف يشمل أنواعاً من الحقوق: الدينية كحق الله على عباده، والمدنية، كحق التملك، وغيرها من الحقوق. كما أشار التعريف إلى أن الحق لا يثبت إلا بإقرار الشرع واعترافه به؛ لأن الشرع هو مصدر الحقوق، وليس الحق في الشريعة حقاً طبيعياً، وإنما هو منحة إلهية منحها الخالق للأفراد وفقاً لمصلحة الجماعة، [الفقه الإسلامي وأدلته، ٩/٤، ١٠/٥٦].

بغير أجره^(١). يقول أحدهم لآخر: أسكنتك داري، فإنه يسكن مجاناً دون أجر. هذا ما اصطلاح عليه الفقهاء قديماً.

ومعلوم أنه تنشأ عن ملكية رقة الدار أو ملكية منفعتها حقوق، منها: حق السكنى، فهل يجوز بيع حق السكنى أو الإقامة؟

حق السكنى منفعة، والمنافع يجوز بيعها والتصرف فيها، وقد نص الفقهاء على جواز شراء حق السكنى من الموهوب له، ففي «التاج والإكليل»: «من أسكنته داراً حياته، فوهب هو سكنها لغيره، كان لك شراء السكنى من الموهوب، كما كان لك شراؤها من الذي وهبته، قال: ولا يجوز لمن أسكنته حياته أن يبيع سكنه من غيره: لأنه غرر، وله أن يهبه»^(٢).

كما اعتبر مجمع الفقه الإسلامي الدولي الحقوق المعنوية (الاسم التجاري، والتأليف والاختراع) حقوقاً خاصة لأصحابها، يعتد بها شرعاً، ولها في العرف المعاصر قيمة مالية معتبرة؛ لتمول الناس لها، ولا يجوز الاعتداء عليها، وذلك في قرار رقم ٤٣ (٥/٥) بشأن الحقوق المعنوية^(٣).

الهبة ليست من عقود المعاوضات، بل هي من عقود التبرعات، ولكن لما كان العرف جارياً على هبة الثواب فقد أجازها الفقهاء، «والمراد بهبة الثواب في

(١) التوقيف على مهمات التعريف، باب السين، فصل الكاف، ص ٤١١. هذا، ويرد مصطلح (السكنى) على السنة الفقهاء عند كلامهم على حق الزوجة على زوجها، متى تجب لها النفقة والسكنى ومتى تسقط عنها، كما يرد ذكر حق السكنى عندهم في الوقف والوصية، حيث يقولون: من استحق سكنى دار موصوفة، فله أن يسكنها مدة حياته بأهله وحشمه وخدمه، وله أن يسكنها غيره بغير عوض، وبعد موته ينتقل حق السكنى إلى ولده إن كان الواقف قد جعله له، وإلا فإلى المصرف الذي جعلها الواقف له». [معجم المصطلحات الاقتصادية في لغة الفقهاء، ص ١٩١، ١٩٢].

(٢) ٥٠٢/٤ وفي مختصر اختلاف العلماء: «قال أصحابنا: سقف السفلى لصاحب السفلى، ولصاحب العلو حق السكنى عليه، فإن انهدم لم يجبر صاحب السفلى على البناء، ولكن يقال لصاحب العلو: إن شئت فابن» [اختصار اختلاف العلماء، تصنيف: أبي جعفر الطحاوي، اختصار: أبي بكر الجصاص الرازي، دراسة وتحقيق: د. عبدالله نذير أحمد، ط: ١، (لبنان: دار البشائر الإسلامية، ١٤١٦هـ، ١٩٩٥م) ٣/١٤٠٢].

(٣) ينظر القرار في ملاحق هذا البحث.

الاصطلاح الفقهي: العطية التي يتبغى الواهب بها الثواب (العوض) من الموهوب له^(١). ولها عند الفقهاء ثلاثة أوجه:

أحدهما: أن يهب على ثواب يرجوه ولا يسميه ولا يشترطه.

والثاني: أن يهب على ثواب يشترطه ولا يسميه.

والثالث: أن يهب على ثواب يشترطه ويسميه^(٢).

وهذا يدل أن ما هو من باب التبرعات أصلاً يمكن تحويله إلى باب المعاوضات: لوجود عرف بذلك.

وبهذا نستنتج أن التصرف في حق السكنى أو الإقامة جائز، وعلى هذا فإنه يجوز بيع حق السكنى والإقامة وهو الأنسب والأوفق بالواقع الجاري وبمقصود المتابعين، وهو الأسلم من الناحية الشرعية والله أعلم.

* المصطلحات والتعريفات المقترحة:

بالتكييف المقترح «للتايم شير» يمكننا وضع بعض الاصطلاحات الفقهية والتعريف بها، وهي ما يلي:

(١) الإقامة الدورية طويلة الأجل: حق السكنى والإقامة الدوري في وحدة فندقية لأسبوع معين طوال سنوات العقد.

(٢) صك الإقامة الدورية طويلة الأجل: وثيقة (تذكرة) تثبت حق السكنى في وحدة فندقية لمدة معينة في وقت معين من السنة المعينة.

(٣) عقد الإقامة الدورية طويلة الأجل: عقد يتعهد بموجبه الطرف الأول بإسكان الطرف الثاني في وحدة فندقية معينة أو موصوفة زمنياً محدداً من كل سنة من سنوات العقد، مقابل مبلغ مالي يدفعه الطرف الثاني نقداً.

الخاتمة

أهم النتائج التي توصلت إليها في هذا البحث، بفضل من الله وتوفيقه، هي:

(١) «التايم شير» اسم جنس تندرج تحته أنواع وصور كثيرة، لها أسماء عديدة، منها: المشاركة في الوقت، والتملك الزمني وتقاسم الملكية، وتبادل العطلات، وغير

(١) معجم المصطلحات الاقتصادية في لغة الفقهاء، ص ٣٤٤.

ذلك، وقد كثرت الأنواع لكثرة هذه البرامج التي تطرحها الشركات، وهي تختلف فيما بينها اختلافاً بسيطاً.

٢) إذا طرحنا المباني والألغاز فنجد محصلة عقد «التايم شير» هي أن الطرف الثاني يحصل على حق السكن أو الإقامة في فندق لمدة أسبوع في كل سنة، ويكون له الحق في تبديل حقه مع حق شخص آخر في مكان آخر، وذلك لمدة طويلة منتهية أحياناً أو غير منتهية، ويدفع الثمن مرتين، مرة عند التعاقد، ويكون عادة مبلغاً كبيراً، ومرة أخرى سنوياً.

٣) التكييف الفقهي «التايم شير» هو أنه عقد تأجير دوري متكرر لسنوات معدودة.

٤) هذه المعاملة يجري العمل بها في الفنادق والوحدات السكنية الفخمة، التي تحمل طابعاً خدمياً، أكثر من حملها طابعاً عقارياً.

٥) تغيرت أغراض المتعاقدين في استئجار الوحدات الفندقية الفخمة فلم يعد القصد هو استئجار غرفة بعينها، بل صار القصد هو الحصول على خدمة، وهي إقامة سكنية مرفهة عالية المستوى. والخدمات العديدة المتوفرة في الفنادق صارت مقصودة في ذاتها.

٦) هناك علتان تفرقان بين عقد الإيجار وبين (عقد) الإسكان أو الإقامة هما: التثبيت (العلقة أو التمسك)، والتحكم (السيطرة).

٧) العقود المعمول بها في «التايم شير» هي عقود إذعان تقبل برمتها أو تترك.

٨) برنامج أو عقد «التايم شير» لا يخلو عن الصورية التي تصل إلى درجة التحايل والتلاعب بالتسميات أو التغييرات الشكلية.

٩) أرجعت الصور المعمول بها في «التايم شير» إلى خمس، وهي متداخلة فيما بينها ومرتبطة ببعضها ارتباطاً كبيراً، وتنتج صوراً كثيرة.

١٠) أهم صور «التايم شير» والأحكام الشرعية الواردة عليها هي:

أ- بيع حصص مشاعة من عقار يباع رسمياً صحيحاً، «فراكشنل أونرشيب»، «fractional ownership» المبني على المهابة جائزة شرعاً.

ب- بيع منفعة الوحدة السكنية لأسبوع محدد من السنة من غير ذكر لموعد انتهاء العقد يعتبر إجارة فاسدة.

ج- تأجير الوحدة السكنية لأسبوع محدد في سنوات معلومة جائز.

د- تأجير واحدة من الوحدات السكنية (غير معينة) التابعة للمؤجر لمدة أسبوع محدد، في شهر محدد (fixed time) ، أو لمدة أسبوع غير محدد في موسم غير محدد من السنة (وقت عائم، floating time) على مدى سنوات معلومة، لا يجوز لجهالة المبيع، ولا علاقة لهذه الصورة بخيار التعيين، لعدم وجود مدة محددة للخيار، بل العقد واقع على مبيع مجهول.

هـ- شراء نقاط نقداً، أو مبادلة أي عقد «التايم شير» إلى نقاط يجري العمل بها في شركات التبادل الدولية يفضي العمل بها إلى جهالة الثمن و جهالة المبيع، فلا يكون هناك بيان للمبيع، ولا يكون هناك استقرار لثمن هذه النقاط.

١١) القضايا والشروط المرافقة لعقود «التايم شير» وأحكامها الشرعية هي:

أ- التقسيط في دفع القيمة. حكمه: إن أغلب أنواع الإجارة الواردة في «التايم شير» هي إجارة غير منجزة، بل هي موصوفة في الذمة (أي: المبنى المتفق على تأجيره غير جاهز وتحت الإنشاء) ومضافة إلى المستقبل، وكذلك الحال في البيع فإنه يكون على غير معين فتعتبر المنفعة ديناً «سلم»، ويلزم في السلم قبض كامل رأس المال، ولا يجوز تأخيره، لأنه ابتداء دين بدين وهو لا يجوز. وعلى هذا فيجب أن تقيد عقود التايم شير بأن يكون العقد لبيع ما هو معين موجود، والإجارة كذلك على ما هو غير موصوف في الذمة أي يجب أن يكون المبنى المراد تأجيره جاهزاً وليس قبل إنشائه.

ب) تأجير الوحدات للغير مباشرة أو بواسطة، أو تبادلها مع آخرين بوحداتهم، أو استلام وحدات بديلة قبل اكتمال بناء الوحدات المتفق عليها.

حكمه: يظهر لي أن تبادل الوحدات لا إشكال فيه، والله أعلم.

ج- التزام الطرف الثاني سنوياً بدفع مصاريف أعمال الصيانة والإصلاحات والخدمات والحراسة وخلافها إلى الطرف الأول، وهو الذي يحق له تحديد مبالغها سنوياً، الحكم الفقهي: يجب أن تكون أجرة الصيانة في حدود النفقات التشغيلية

الفعلية، وتدفع باتفاق من الطرفين وبرضاهما، وإلا فإن انفراد الطرف الأول بتحديداتها يفضي إلى الجهالة والتنازع فيها.

د- عند تخلف الطرف الثاني عن سداد التزاماته السنوية يحق للطرف الأول تأجير حصته لتغطية المبالغ المستحقة عليه، ويستحق الطرف الثاني باقي الأجرة، بعد استقطاع أجرة خدمات السمسرة.

حكمه: على اعتبار أن تكون هذه الالتزامات أجوراً للصيانة يتفق على تقديرها بين الطرفين، يجوز له حبس العين لاستيفاء الأجر عند الحنفية والمالكية وفي قول عن الشافعية، لأن لعمله أثراً في العين فله أن يحبس العين لاستيفاء الأجر.

هـ- عند عدم وفاء الطرف الأول بتوفير الوحدة المتفق عليها يوفر البديل.

الحكم الفقهي: هذا جائز في غير الإجارة الموصوفة في الذمة لما ذكرناه سابقاً.

و- وجود خيار لعدة أسابيع يمكن فيه للطرف الثاني الرجوع في التعاقد.

حكمه: لا تكون الإجارة نافذة إلا بعد انتهاء مدة الخيار، فشرط نفاذ الإجارة خلوها من الخيار. واشترط الخيار في الإجارة جائز عند كل من الحنفية والمالكية والحنابلة وقول للشافعية في الإجارة على معين. أما الإجارة في الذمة فقد منع الشافعية خيار الشرط فيها، كما منعه في قول عندهم في الإجارة على معين.

ز- المبنى قد يكون موجوداً وقت العقد أو يكون تحت الإنشاء، أو ينشأ في المستقبل.

حكمه: يجوز في الإجارة أن تكون المنفعة معينة أما الموصوفة في الذمة فالإشكال قد ذكرناه سابقاً.

ح- عند عدم وفاء الطرف الأول بتوفير الوحدة المتفق عليها يوفر بديلاً مماثلاً أو أعلى بحسب توفر ذلك.

حكمه: هذا شرط جائز؛ فالإجارة واقعة في ذمة المؤجر، وإذا لم يمكنه توفير العين، فعليه توفير البديل.

ط- وجود شرط استمرار العقد بعد وفاة الطرف الثاني وانتقاله إلى ورثته.

حكمه: يجوز هذا الشرط: لأن العاقد استأجر لنفسه ولورثته من بعده.

ي- يتم فيه تحديد عدد المستفيدين في الوحدة السكنية.

حكمه: جائز، ففيه بيان لطريقة الانتفاع، وجوازه عرفاً.
ك- الطرف الأول قد يكون غير مالك للمبنى، فقد يكون مستأجراً أو مستثمراً
لأجل طویل.

حكمه: أجاز المالكية والشافعية ذلك، ووافقهم الإمام أحمد في أصح الأقوال
عنده، ويموز عند الحنفية إن أحدث المؤجر الثاني زيادة، ومعلوم أن الوحدات
السكنية المخصصة للتأيم شير تحول إلى فنادق.

ل- احتكار المؤجر لأموار منها إصدار اللوائح والنظم، وإجراء التجديدات
والإضافات، وإجراء كافة أعمال الصيانة والتحسينات وغيرها.

حكمه: هذه الأمور لازمة لإبقاء العين أو الوحدة صالحة للاستعمال فلا إشكال
فيها.

م- لا يحق للطرف الثاني إجراء أي تعديلات أو تغييرات بالحصة، أو إفرازها.
حكمه: هذا الشرط جائز، ويوافق مقتضى العقد، فيحق للمؤجر أن يشترط هذا
الشرط.

ن- يتنازل الطرف الثاني عن حق الشفعة بالنسبة لباقي الحصص.
حكمه: لا يصح هذا التنازل، لأن الشفعة حق مجرد محض، لا يجوز إسقاطه إلا
بعد وجوده.

س- في حالة عدول الطرف الثاني عن الشراء أو تعثر عن سداد باقي القيمة يتم
خصم مبالغ تصل نسبتها إلى ٤٥٪ من إجمالي ثمن الوحدة، ويعاد المبلغ المتبقي بعد
إعادة بيع الوحدة في بعض الحالات، وفي بعض الصور ليس له استرجاع أي مبلغ.
حكمه: في حالات مثل إجارة المعين وبيعه يمكننا القول بأن الإجارة لما كانت
لازمة فلا يحق لأحد العاقدين العدول عنها بدون رضا الآخر، لذا اشتراط الطرف
الأول بخصم مبالغ تصل إلى ٤٥٪، أو بعدم إعادة أي مبلغ لا إشكال فيه.

ع- يحق للطرف الثاني الانتفاع بالمرافق الملحقة (الترفيهية والتجارية
والاجتماعية والرياضية) المقامة على أرض المشروع، وتبقى هذه المرافق مملوكة
للطرف الأول، وهو المفروض بتقدير شروط استخدامها وتغييرها.
حكمه: هذا الشرط يوافق مقتضى العقد، فيحق للمؤجر أن يشترطه.

١٢) غرض المتعاقدين من «التايم شير» هو إجازة دورية فقط، وهو غير ما يعلن ويشاع ويدون أنه عقد تملك زمني أو تملك أو مشاركة أو مقاسمة أو بيع، وقصدهما هو سكن وإقامة.

١٣) الحاجة قائمة لاستحداث عقد الإسكان أو الإقامة.

١٤) إذا طرحنا المباني والألغاز فنجد محصلة عقد «التايم شير» هي أن الطرف الثاني يدفع مالا مقابل حصوله على حق السكن أو الإقامة في فندق لمدة أسبوع في كل سنة، ويكون له الحق في تبديل حقه مع حق شخص آخر في مكان آخر، وذلك لمدة طويلة منتهية أحيانا أو غير منتهية، على أن يدفع الطرف الثاني المبلغ مرتين، مرة عند التعاقد، ويكون عادة مبلغاً كبيراً، ومرة أخرى سنوياً.

١٥) تغيرت أغراض المتعاقدين في استئجار الوحدات الفندقية الفخمة فلم يعد القصد هو استئجار غرفة بعينها، بل صار القصد هو الحصول على خدمة، وهي إقامة سكنية مرفهة عالية المستوى، ولما كانت العبرة في العقود بالمقاصد والمعاني لا بالألغاز والمباني، فإننا بحاجة لابتكار تكييف جديد وصيغة جديدة نتحول إليها، وهو يتمثل في عقد الإسكان أو الإقامة، وكفينا استنباط أحكامه مما ورد في عقد المساواة، لأنه إنما ينشأ ضمنها.

١٦) حق السكنى منفعة، والمنافع يجوز بيعها والتصرف فيها.

١٧) تكييف عقد «التايم شير» على أنه عقد إسكان وإقامة هو الأنسب والأوفق بالواقع الجاري وبمقصود المتبايعين، وهو الأسلم من الناحية الشرعية

١٨) بالتكييف المقترح «للتايم شير» يمكننا وضع بعض الاصطلاحات الفقهية والتعريف بها، وهي ما يلي:

أ- الإقامة الدورية طويلة الأجل: حق السكنى والإقامة الدوري في وحدة فندقية لأسبوع معين طوال سنوات العقد.

ب- صك الإقامة الدورية طويلة الأجل، وثيقة (تذكرة) تثبت حق السكنى في وحدة فندقية معينة أو موصوفة زمنياً محدداً من كل سنة من سنوات العقد، مقابل مبلغ مالي يدفعه الطرف الثاني نقداً.

ومن هذه الخاتمة يمكن استنساخ مشروع للقرار فلا حاجة لتقديمه في هذا البحث مستقبلاً.

وختاماً فكل ما كان من صواب في هذا البحث فمن توفيق الله عز وجل وفضله، فله الحمد على عظيم نعمائه، وما كان من خطأ فمنى ومن زيغ الشيطان، واستغفر الله، وأتوب إليه.

والحمد لله رب العالمين، وصلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه أجمعين.

الملاحق

* قرار الجمع ٦٥ / (٧/٣) بشأن عقد الاستصناع:

إن مجلس مجمع الفقه الإسلامي الدولي المنعقد في دورة مؤتمره السادس بمجدة في المملكة العربية السعودية من ٧- ١٢ ذي القعدة ١٤١٢ الموافق ٩- ١٤ أيار (مايو) ١٩٩٢م، بعد اطلاعه على البحوث الواردة إلى المجمع بخصوص موضوع عقد الاستصناع، وبعد استماعه للمناقشات التي دارت حوله، ومراعاة دور كبير في تنشيط الصناعة، وفي فتح مجالات واسعة للتمويل والنهوض بالاقتصاد الإسلامي، قرر ما يلي أولاً: إن عقد الاستصناع - وهو عقد وارد على العمل والعين في الذمة - ملزم للطرفين إذا توافرت فيه الأركان والشروط.

ثانياً: يشترط في عقد الاستصناع ما يلي:

أ- بيان جنس المستصنع ونوعه وقدره وأوصافه المطلوبة.

ب- أن يحدد فيه الأجل.

ثالثاً: يجوز في عقد الاستصناع تأجيل الثمن كله، أو تقسيطه إلى أقساط معلومة لآجال محددة.

رابعاً: يجوز أن يتضمن عقد الاستصناع شرطاً جزائياً بمقتضى ما اتفق عليه العاقدان ما لم تكن هناك ظروف قاهرة. والله أعلم.

* قرار الجمع ١٢٩ (١٤/٣) بشأن عقد المقاولة والتعمير: حقيقته، تكييفه،

صوره:

إن مجلس مجمع الفقه الإسلامي الدولي المنبثق عن منظمة المؤتمر الإسلامي

المنعقد في دورته الرابعة عشرة بالدوحة (دولة قطر) من ٨ إلى ١٣ ذو القعدة ١٤٢٣ هـ، الموافق ١١ - ١٦ كانون الثاني (يناير) ٢٠٠٣م، بعد اطلاعه على البحوث الواردة إلى المجمع بخصوص موضوع عقد المقاولة والتعمير: حقيقته: تكييفه، صورته، وبعد استماعه إلى المناقشات التي دارت حوله، ومراعاة لأدلة الشرع وقواعده ومقاصده، ورعاية للمصالح العامة في العقود والتصرفات.

ونظراً لما لأهمية عقد المقاولة ودوره الكبير في تنشيط الصناعة، وفتح مجالات واسعة للتمويل والنهوض بالاقتصاد الإسلامي - قرر ما يلي:

(١) عقد المقاولة - عقد يتعهد أحد طرفيه بمقتضاه بأن يصنع شيئاً أو يؤدي عملاً مقابل بدل يتعهد به الطرف الآخر - وهو عقد جائز سواء قدم المفاوض العمل والمادة، وهو المسمى عند الفقهاء بالاستصناع، أو قدم المفاوض العمل وهو المسمى عند الفقهاء بالإجارة على العمل.

(٢) إذا قدم المفاوض المادة والعمل فينطبق على العقد قرار المجمع رقم ٦٥ (٧/٣) بشأن موضوع الاستصناع.

(٣) إذا قدم المفاوض العمل فقط فيجب أن يكون الأجر معلوماً.

(٤) يجوز الاتفاق على تحديد الثمن بالطرق الآتية:

(أ) الاتفاق على ثمن بمبلغ إجمالي على أساس وثائق العطاءات والمخططات والمواصفات المحددة بدقة.

(ب) الاتفاق على تحديد الثمن على أساس وحدة قياسية يحدد فيها ثمن الوحدة والكمية وطبقاً للرسومات والتصميمات المتفق عليها.

(ج) الاتفاق على تحديد الثمن على أساس سعر التكلفة الحقيقية، ونسبة ربح متوية، ويلزم في هذه الحال أن يقدم المفاوض بيانات وقوائم مالية دقيقة ومفصلة وبمواصفات محددة بالتكاليف يرفعها للجهة المحددة في العقد ويستحق حينئذ التكلفة بالإضافة للنسبة المتفق عليها.

(٥) يجوز أن يتضمن عقد المقاولة شرطاً جزئياً. بمقتضى ما اتفق عليه العاقدان ما لم يكن هناك ظروف قاهرة، ويطبق في هذه الحال قرار المجمع في الشرط الجزائي رقم ١٠٩ (١٢/٣).

- (٦) يجوز في عقد المقاولة تأجيل الثمن كله أو تقسيطه إلى أقساط لأجل معلومة أو حسب مراحل إنجاز العمل المتفق عليها.
- (٧) يجوز الاتفاق على التعديلات والإضافات.
- (٨) إذا أجرى المقاول تعديلات أو إضافات بإذن رب العمل دون الاتفاق على أجره، فللمقاول عوض مثله.
- (٩) إذا أجرى المقاول تعديلات أو إضافات دون اتفاق عليها فلا يستحق عوضاً زائداً على المسمى، ولا يستحق عوضاً عن التعديلات أو الإضافات.
- (١٠) يضمن المقاول إذا تعدى أو فرط أو خالف شروط العقد، كما يضمن العيوب والأخطاء التي يتسبب فيها، ولا يضمن ما كان بسبب من رب العمل، أو بقوة قاهرة.
- (١١) إذا شرط رب العمل على المقاول أن يقوم بالعمل بنفسه فلا يجوز له أن يتفق مع مقاول آخر من الباطن.
- (١٢) إذا لم يشرط رب العمل على المقاول أن يقوم بالعمل بنفسه جاز له أن يتفق مع مقاول من الباطن، ما لم يكن العمل بعينه مقصوداً أداءه من المقاول نفسه لوصف مميز فيه مما يختلف باختلاف الأجراء.
- (١٣) المقاول مسئول عن عمل مقاوليهِ من الباطن، وتظل مسؤولية المقاول الأصلي تجاه رب العمل قائمة وفق العقد.
- (١٤) لا يقبل في عقد المقاولة اشتراط نفي الضمان عن المقاول.
- (١٥) يجوز اشتراط الضمان لفترة محددة.
- (١٦) لا يقبل في عقد المقاولة اشتراط البراءة من العيوب طيلة فترة الضمان المنصوص عليها في العقد». والله تعالى أعلم.

* «قرار المجمع رقم ٤٣ (٥/٥) بشأن الحقوق المعنوية:

إن مجلس مجمع الفقه الإسلامي الدولي المنعقد في دورة مؤتمره الخامس بالكويت من ١ - ٦ جمادى الأولى ١٤٠٩ الموافق ١٠ - ١٥ كانون الأول ديسمبر ١٩٨٨م، بعد اطلاعه على البحوث المقدمة من الأعضاء والخبراء في موضوع الحقوق المعنوية، واستماعه للمناقشات التي دارت حوله، قرر ما يلي:

أولاً: الاسم التجاري، والعنوان التجاري، والعلامة التجارية، والتأليف والاختراع أو الابتكار، هي حقوق خاصة لأصحابها، أصبح لها في العرف المعاصر قيمة مالية معتبرة لتمول الناس لها. وهذه الحقوق يعتد بها شرعاً، فلا يجوز الاعتداء عليها.

ثانياً: يجوز التصرف في الاسم التجاري، أو العنوان التجاري أو العلامة التجارية ونقل أي منها بعوض مالي، إذ انتفى الغرر والتدليس والغش، باعتبار أن ذلك أصبح حقاً مالياً.

ثالثاً: حقوق التأليف والاختراع أو الابتكار مصونة شرعاً، ولأصحابها حق التصرف فيها، ولا يجوز الاعتداء عليها، والله أعلم::

* نماذج العقود:

عقد مشروع شراء حق ملكية بمنتجع إجازة (ميناء هاوس)، سجل تجاري رقم () إنه في يوم الموافق تم تحرير هذا العقد بين كل من:

١- فرقاء العقد:

أولاً: البائع: شركة منتجع ويمثلها قانوناً رئيس مجلس إدارة الشركة أو العضو المنتدب بها أو من يفوضه. ومقرها . . . (الفريق الأول - البائع)

ثانياً: المشتري: سواء كان فرد أو أفراد ويطلق عليه فيما يلي المشتري (يشمل هذا المصطلح الورثة من بعده أو من يخلفه) (الفريق الثاني) المشتري:

البلد: تاريخ الولادة رقم تحقيق الشخصية

الجنسية: العنوان:

رقم الهاتف: منزل: عمل:

٢- وصف لحقوق الملكية:

عدد الأشخاص/ الموسم/ رقم الأسبوع/ رقم الوحدة/ عدد غرف النوم/ تاريخ بدء الإشغال/ التبادل/ عدد الأفراد التبادل/ يوم التغيير/ رسم الصيانة السنوية تستحق بتاريخ/ عدد حصص المالك من الوحدة.

٣- شروط عقد الشراء للأسبوع:

سعر الشراء للأسبوع مقدم الشراء المبلغ المتبقي الأقساط

الأقساط من إلى // رقم:

التمهيد:

يملك الفريق الأول (البائع) قطعة أرض رقم ١٩٤٠ بمساحة ١١٣٥٥ متراً مربعاً. إن منتجع (. . . .) السياحي قد صمم ليشمل فندق ومجموعة من الفيلات والشقق ذات المستوى العالي من الفخامة والجودة ليتم بيعها إلى الآخرين، وهو جزء من أبنية أساسية ترفيهية واجتماعية وتجارية وتشمل الآتي: مطاعم، مراكز ترفيهية، مجموعة من الألعاب الرياضية بالإضافة إلى الخدمات، إن النماذج والتصميمات الخاصة قد تمت الموافقة عليه بموجب الترخيص رقم ٣٠٤ وترخيص وزارة السياحة رقم (١٣٨٣٠٠٠).

وأسس البائع منتجع « . . . » (ويطلق عليها فيما بعد بالمنتجع) ليتمكن الأشخاص والأفراد والأشخاص الاعتبارية من شراء أسابيع مستديمة ومتوارثة لوحدة كاملة التجهيز، وتبلغ فترة التملك سبعة أيام (ويطلق عليها فيما يلي - الأسبوع) وحقوق الملكية تعرف بوحدات أسبوع المنتجع (ويطلق عليه فيما يلي بوحدات الأسبوع ويتكون المنتجع من الأصول الثابتة الآتية:

الأرض، والوحدات أو المباني التي تحوي هذه الوحدات بما في ذلك المساحات الملحقة والشرفات والحدائق سواء كانت مسيجة أو مفتوحة بالإضافة إلى حمامات السباحة والوسائل الترفيهية والرياضية والأجزاء العامة التي يستخدمها أصحاب المنتجع جميع أساسات المباني «الحوائط الفاصلة المداخل، الأفنية التراسات درجات السلم والمعاش خارج الوحدات، كافة أنواع الأنابيب والأسلاك الكهربائية اللازمة لخدمات الوحدات وجميع المرافق الخاصة بالمنتجع بالإضافة إلى ذلك الجزء من الأرض المؤدي إلى الوحدات وطرق المشاة الممتدة من الطريق العام إلى الوصول فضلا عن مواقف السيارات بمعدل واحد لكل وحدة وتمثل أصول الشركة في حصص شائعة حيث أن كل وحدة أسبوع يخصص لها مجموعة معينة من هذه الحصص للمشتري كما هو موضح في الفقرة عالية (وصف حقوق الملكية) وهذه الحصص عبارة عن حلقات متصلة لا تتجزأ ممثلة في ملكية إجازات المشتري ملكية دائمة متوارثة.

يجق للفريق الأول تملك وبيع الأقسام والعقارات والحصص لغايات عملها كما لها الحق في تملك وبيع حصص في المنتج للمشترين بصفة دائمة كما تقوم هذه الشركة بإدارة المنتج وحمايته من أي إعاقة أو انتهاك للحقوق التي ينفرد بها. ويخول للمشترى الحق في استخدام الوسائل الترفيهية والرياضية المختلفة (ويطلق عليها فيما يلي اسم المرافق الملحقة).

تعد هذه المرافق الملحقة جزءاً من أصول المنتج وأن شروط استخدام الملاك لهذه المرافق الملحقة متروكة لتقدير إدارة الشركة المالكة بحيث يجوز تغييرها من آن لآخر. يقر فريقاً هذا العقد بأهليتهما للتعاقد ويوافقان على ما يلي:

العقد:

بموجب هذا العقد يوافق الفريقان على أن يبيع الفريق الأول للفريق الثاني الذي قبل الشراء بالسعر والشروط الواردة بهذا العقد وبيان (شروط الشراء لأسبوع) حصة من أقسام العقار رقم ٠٠٠٠ قدرها ٤٦ سهم (فقط ستة وأربعون سهم) من الوحدة أو القسم فيلا أو شقة أو شقة فندقية مع حق الانتفاع بأسبوع واحد والمحددة ببيان وصف حقوق الملكية وحق الانتفاع بوحدة الأسبوع) والرسومات المرفقة للوحدة وقد اتفق الفريقان المتعاقدان على تحديد تاريخ لحقوق الانتفاع طبقاً لتقويم ملحق وقد تسلم واعتمد الفريق الثاني (المشترى) نسخة هذا التقويم. شروط العقد.

المادة الأولى: تشكل المقدمة جزءاً لا يتجزأ من هذا العقد وتعتبر عن رغبات الفريقين المتعاقدين.

المادة الثانية: أهلية استخدام حق الملكية.

يقر المشتري ويوافق على أن الحد الأقصى لعدد أفراد الوحدة التي سوف يمتلك أسبوعه فيها هو ذلك «العدد المحدد في الفقرة عاليه تحت عنوان (وصف حقوق الملكية) ويقر المشتري بأن ليس له الحق في تملك وحدته/ أسبوعياً حتى يتم سداد ثمن الشراء بالكامل وفي مواعيد، وعند ذلك يلتزم البائع تسليم المشتري مستنداً يفيد تمام تملكه أسبوعه وعند تسديد ثمن الشراء بنظام التقسيط كما ورد في الفقرة

عاليه تحت عنوان (شروط الشراء) و (جدول دفع الأقساط) التالي ذكره يحق للمشتري الانتفاع الكامل لأسبوعه.

المادة الثالثة: التنازل على حق الشفعة:

يقر الفريق الثاني بأنه قد تنازل نهائياً لا رجوع فيه عن حق الشفعة المقرر قانوناً بالنسبة لباقي الحصص الشائعة كما يقر بأن هذا التنازل يتعد أثره إلى كل خلف له ولا يجوز للفريق الثاني أي تعديلات بالوحدة التي ينتفع بها ولا يجوز له طلب قسمتها للحصول على حصة مفرزة لعدم قابليتها للتجزئة بحسب الغرض التي أنشئت من أجله.

المادة الرابعة: الدفع وفسخ عقد الشراء:

- عدم قابلية العقد للإلغاء.

يعد عقد الشراء هذا ملزماً قانوناً للفريقين وغير قابل للإلغاء وفي حالة عدم دفع المشتري ثمن الشراء طبقاً للشروط هذا العقد يعتبر لاغياً من تلقاء نفسه ولا صلاحية له دون حاجة للتنبه أو الإنذار واتخاذ أي إجراء قانوني وتحتسب أي مبالغ مدفوعة بموجب عقد الشراء المعني لصالح البائع وذلك كتعويض عن الأضرار الناجمة عن إلغاء العقد.

٢- الدفع على أقساط:

إذا اتبع المشتري نظام القسط في تسديد ثمن الشراء وتأخر في سداد أي قسط من الأقساط لمدة شهرين على التوالي من تاريخ الاستحقاق تعد اتفاقية السداد بنظام القسط لاغية تلقائياً ويصبح مبلغ الرصيد المتبقي مستحق الدفع في الحال وفي حالة عدم سداد مبلغ الرصيد المتبقي خلال أربعة عشر (١٤) يوماً من تاريخ إلغاء القسط يعتبر العقد لاغياً من تلقاء نفسه ولا صلاحية له دون حاجة إلى التنبه أو الإنذار أو اتخاذ إجراء قانوني وتستبقى أي مبالغ مدفوعة بموجب عقد الشراء لدى البائع إلى أن يتم بيع الأسبوع المشتري وفقاً للشروط المذكورة كما سوف يرد بالفقرة ٣ التالية:

إيماء إلى فقرة الإلغاء المذكورة في البند ٢ عالية سيقوم الفريق الأول بعرض وحدة أسبوع للبيع وبعد استلامه كامل المبلغ من المشتري الجديد سيخصم

مصارييف التسوييق ويقيم البائع بتسديد الرصيد المتبقي من المبلغ إلى الفريق الثاني.
٤- طريقة الدفع المعتمدة:

يتم الدفع بموجب شيكات أو تحويلات بنكية باسم الشركة في حالة دفع مقدمة الشراء أو دفع كامل الثمن نقداً، الأقساط يتم سدادها بموجب شيكات بنكية باسم الشركة أو تحويلات بنكية برقم حساب الشركة في لبنان.

اسم الشركة:

بنك الشركة:

٥- يقدم الفريق الأول (البائع) وكيله المعين إيصالاً (قبض) عن الشيكات باليد للفريق الثاني (المشتري) ولا تعتمد هذه الإيصالات إلا بعد تحصيل قيمتها من حساب الطرف الأول (البائع).

٦- تعتمد البنوك التالية لإصدار الشيكات والتحويلات البنكية لشركة البريق الأول في لبنان (جميع البنوك التي لها فروع ومراسلين في لبنان بحيث يتم التحويل إليها مباشرة وليس عن طريق نيويورك) وأي بنوك خلاف ذلك يتحمل الفريق الثاني (المشتري) مصروفات تحصيل الشيكات والتحويلات البنكية.

يعد البائع مسئولاً عن الصيانة الشاملة للمنتج كذلك المرافق والتي ستضمن:

١- صيانة المشروع والقيام بأعمال الإصلاح والإحلال والتجميل للمنتج والوحدات والأجهزة والأثاث بما في ذلك الأرضيات والمناظر الطبيعية.

٢- القيام بتنظيف الوحدات وإمدادها بالمناشف وملايات الأسرة النظيفة مرتين أسبوعياً وتزويد الوحدات بالكهرباء / المياه/ الوقود.

٣- توفير الخدمات الترفيهية والأنشطة الرياضية المذكورة آنفاً (التي تتضمن المرافق الملحقة).

٤- توفير تغطية تأمينية شاملة ضد الحريق وتأمين ضد المسؤولية المدنية العاجلة تجاه الغير لكافة أصول المنتج، يقوم البائع بتجديد رسم الصيانة السنوية عن كل وحدة أسبوع كما هو محدد تحت عنوان (وصف حقوق الملكية) ويحدد البائع مبلغ رسم الصيانة سنوياً على أساس التكاليف المتوقعة للفترة المعينة كما يخصص مبلغ من المال كرصيد احتياطي حسب رؤية البائع وذلك لتغطية بنود نفقات عملية

التجديد والإحلال والتحديث في المستقبل ولن تتعدى نسبة الزيادة في رسم الصيانة السنوي معدل التضخم السنوي في لبنان وذلك عن فترة حالية تمتد إلى اثني عشرة شهراً.

وإذا تخلف أحد الملاك عن تسديد رسوم الصيانة وقت استحقاقها يحق للإدارة تعليق حقوقه ونحو الإدارة سلفاً وحكماً في تأجير الوحدة/ الأسبوع وذلك لتغطية المبالغ المستحقة عليه ويسدد للمشتري - ما يتبقى بعد ذلك.

٥- ينحول (البائع عمليتي الإدارة والصيانة والتأجير ويستطيع التعاقد بإدارته المنفردة مع أي جهة أو أفراد مؤهلين للقيام ببعض أو كل مسؤولياته وواجباته بما فيها تحصيل مصاريف الصيانة السنوية وفي هذه الحالة تقع المسؤولية كاملة عليه.

المادة السادسة: ضمان حسن التنفيذ:

في حالة ما إذا كانت الوحدات غير جاهزة للإشغال في أول تاريخ الإشغال ورد بالتفصيل بالجزء السابق تحت عنوان (وصف حقوق الملكية) أو في تاريخ إشغال لاحق يتعين على البائع إمداده بوحدة ماثلة أو أعلى مستوى وذلك لاستخدامها كما ورد في بند (وصف حقوق الملكية). وإذا ما كانت الوحدة غير جاهزة للاستخدام بواسطة المشتري في تاريخ كذا أو أربعة وعشرون شهراً من تاريخ التعاقد أيهما أبعد يقر البائع بموافقة على أن يرد للمشتري كامل القيمة التي دفعت وفقاً لهذا التعاقد بالإضافة إلى الفائدة القانونية.

المادة السابعة: تبادل ملكية الإجازات

يقوم البائع بإلحاق المشتري بعضوية المنظمة العالمية لتبادل الإجازات RCL والتي ينتمي إليها المنتجع كما يقوم البائع بتسديد قيمة اشتراك عضوية المشتري لمدة سنتين حيث يصبح للمشتري الحق في مبادلة وحدة/ أسبوعه بوحدة أخرى لها نفس الحد الأقصى لعدد الأفراد كما هو محدد تفصيلاً ببند (وصف حقوق الملكية).

المادة الثامنة:

تقوم منظمة بواسطة إدارة المنتجع مقابل رسوم تأجير لمصلحتها وإذا ما تم تأجير الوحدة/ الأسبوع بواسطة المشتري فإنه يتحمل كامل المسؤولية بالنسبة لسلوك المتفرجين فيما ينتج من أضرار تصيب الأشخاص أو ممتلكات المنتجع وذلك فيما

عدا الحوادث الطبيعية والإهلاكات العادية وإذا ما تم تأجير الوحدة/ الأسبوع الخاص بالمشتري بواسطة إدارة المنتجع فإن كافة المسئولية عن سلوك المنتفعين تقع على عاتق الإدارة.

المادة التاسعة: إعادة بيع الوحدات:

عند الانتهاء من إنشاء المنتجع وبيع جميع وحداته/ أسابيعه يقوم المنتجع بتوفير خدمة اختيارية لإعادة بيع الوحدات الأسابيع وذلك للمشتري الذي يرغب في إعادة بيع ملكية إجازته مقابل عشرة بالمائة عمولة على سعر الشراء الذي تم سداده بواسطة البائع للمشتري وللمشتري الحق أن يقوم بنفسه بإعادة بيع ملكيته لوحدة إجازته/ أسبوع دون تقاضي أي أتعاب بواسطة البائع.

المادة العاشرة: التسجيل

يتم نقل ملكية الوحدات كاملة التجهيز بالإضافة إلى الأرض وجميع الأصول الملحقة والتي تم سردها في البند التمهيدي وعند ذلك يحق للمشتري القيام بتسجيل هذا التعاقد مقابل قيامه بدفع كافة الرسوم والمصروفات التي تتطلبها إجراءات التسجيل.

المادة الحادية عشرة: السلطة القانونية:

تعد المحاكم اللبنانية بجميع درجاتها هي المرجع الوحيد في المنازعات القضائية لعقد الشراء هذا كما تعد النسخة العربية هي النسخة الرسمية تنظر محاكم قطر بكافة مستوياتها أية منازعات قد تنجم عن العقد الحاضر وكيفية تطبيقه وكل ما يتعلق به ويتفرع عنه.

المادة الثانية عشرة: المراسلات والإشعارات:

بموجب هذا العقد يقر الفرقان المتعاقدان أن عناوين كل منهما المذكورة في بداية العقد هي العناوين التي تفد عليها كافة المراسلات والإشعارات إلا إذا أخطر فريق منهم الفريق الآخر بعنوان جديد وواضح وصالح للتبليغ فيه.

المادة الثالثة عشرة:

يصدر العقد من أربع نسخ يحصل المنتفع على نسخة بينما يحتفظ البائع بباقي

النسخ (ثلاث نسخ)

البائع

الإسم:

التوقيع:

المشتري

الاسم:

التوقيع:

ثبت المصادر والمراجع

- * أقرب المسالك على الشرح الصغير، لسيدي أحمد الدردير، مطبوع مع شرحه بلغة السالك للصاوي.
- * الإقناع لمحمد الشربيني الخطيب، تحقيق، مكتب البحوث والدراسات، (بيروت، دار الفكر، ١٤١٥هـ).
- * البحر الرائق شرح كنز الدقائق، لزين الدين بن إبراهيم بن محمد بن بكر، الشهير بابن نجيم، (ت: ٩٧٠هـ)، (القاهرة المطبعة العلمية، ١٣١١هـ).
- * بلغة السالك لأقرب المسالك على الشرح الصغير للدردير، للشيخ أحمد الصاوي، الطبعة الأولى، ضبط وتصحيح، محمد عبد السلام شاهين، (لبنان، دار الكتب العلمية، ١٤١٥هـ - ١٩٩٥).
- * التوضيح شرح مختصر ابن الحاجب للشيخ خليل بن إسحاق الجندي، (من أول البيوع إلى نهاية الرهن)، تحقيق عبد الفاهر محمد أحمد قمر، (رسالة دكتوراة مقدمة لجامعة أم القرى، إشراف الدكتور فرج زهران الدمرداش، ١٤٢٤هـ).
- * التوقيف على مهمات التعاريف، للشيخ محمد عبد الرؤوف المناوي، (ت: ١٠٣١هـ)، تحقيق، د. محمد رضوان الداية، الطبعة الأولى، (سوريا: دار الفكر، لبنان، دار الفكر المعاصر، ١٤١٠هـ).
- * حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، للشيخ محمد عرفه الدسوقي، (مصر: مطبعة دار إحياء الكتب العربية، تصوير، دار الفكر، بيروت).
- * روضة الطالبين، ليحيى بن شرف النووي، ط٢، (بيروت، المكتب الإسلامي، ١٤٠٥هـ).
- * الفقه الإسلامي وأدلته، للدكتور وهبة الزحيلي، ط٣، (سوريا، دار الفكر، ١٤٠٩هـ - ١٩٨٩م).
- * القاموس المحيظ والقابوس الوسيط في جميع لغات العرب التي ذهبت شمايط، لمجد الدين محمد بن يعقوب الفيروزبادي، (ت: ٨١٧هـ)، تحقيق: مكتب الناشر، الطبعة الثانية، (بيروت: مؤسسة الرسالة، ١٤٠٧هـ).
- * لسان العرب، لابن منظور، (٧١١هـ)، الطبعة الثالثة، (لبنان: دار إحياء التراث العربي، ومؤسسة التاريخ العربي، ١٤١٣هـ - ١٩٩٣م).

* مختصر اختلاف العلماء، تصنيف: أبي جعفر الطحاوي، اختصار: أبي بكر الجصاص الرازي، دراسة وتحقيق: د. عبد الله نذير أحمد، ط: ١، (لبنان: دار البشائر الإسلامية، ١٤١٦هـ، ١٩٩٥م)./.

* مطالب أولي النهي، مصطفى السيوطي الرحيباني، (ت ١٢٤٣هـ)، (دمشق: المكتب الإسلامي، ١٩٦١م).

* معجم المصطلحات الاقتصادية في لغة الفقهاء. للدكتور نزيه حماد، ط، ٣، (الدار العالمية للكتاب الإسلامي، والمعهد العالمي للفكر الإسلامي، ١٤١٥هـ).

* المغرب في ترتيب المغرب، لأبي الفتح ناصر الدين المرزبي، (ت: ٦١٠ هـ)، تحقيق محمود فاخوري، وعبد الحميد مختار، الطبعة الأولى، (حلب، مكتبة أسامة بن زيد، ١٣٩٩هـ).

* الموسوعة الفقهية، ط ١، (دولة الكويت، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، ١٤٢٠هـ، ٢٠٠٠م).

* شرح حدود ابن عرفة (المداية الكافية الشافية لبيان حقائق الإمام ابن عرفة الورغمي الوافية)، لأبي عبد الله محمد الأنصاري الرصاع، (ت: ٨٩٤هـ)، تحقيق: د. محمد أبو الأجفان، والظاهر العموري، ط ١، (لبنان: دار الغرب الإسلامي، ١٩٩٣م).

صفحات الشبكة العالمية:

<http://aqareh.com/vb/showthread.php?t=87DD>

<http://www.alarabiya.net/Articles/2004/11/02/7659.htm>

<http://www.alaswaq.net/articles/2006/09/12/3030.html>

<http://www.alltimeshare.com/rcipoints.html>

<http://www.arado.org.eg/AradoActivitiesDetails.asp?type=M&id=10412>

<http://www.ftc.gov/bcp/online/pubs/homes/resales.shtml>

http://www.ghotw.com/newsletter/story_1.htm

<http://www.kantakji.org/fiqh/Files/Companies/3001.doc>

http://www.ote-info.com/index.php?option=com_content&task=view&id=43&Itemid=32

<http://www.thetimesharebeat.com/whatis.htm>

<http://www.thetimesharebeat.com/whatis2.htm>

<http://www.thetimesharebeat.com/whatis3a.htm>

<http://www.thetimesharebeat.com/whatis4.htm>

فهرس المحتويات

الصفحة	الموضوع
٤٥	المقدمة
٤٧	المبحث الأول: توصيف عقد «التايم شير»
٤٧	المقصود بعقد «التايم شير»
٤٩	بيئة نشوء «التايم شير»
٤٩	طبيعة «التايم شير»
٥٠	أنواع البيوع والإجازات العقارية التي تستند عليها عقود «التايم شير» في الدول الغربية.
٥٢	كيفية ورود المعاملة إلى الدول العربية
٥٣	مميزات «التايم شير» (إيجابيات وسلبيات).
٥٥	بعض الجهود الرسمية المبذولة من قبل الدول والمنظمات العربية.
٥٥	الدراسات السابقة:
٥٦	المبحث الثاني: مقدمات ممهدة في موضوعات فقهية متصلة «بالتايم شير».
٥٦	الإجارة والتملك الزمني.
٥٧	حكم التملك الزمني الدوري، وتصكيكه.
٥٧	أحكام عامة في الإجارة (طرق تأجير الدور، التنجيز في الإجارة. الإجارة الثابتة في الذمة، إجارة العين، شرط صحة إجارة الذمة، شروط الصيغة،

	وجود الخيار، بيان المحل، معلومية المنفعة، أثر الأعدار المانعة من الانتفاع، إجارة المشاع، أحكام الأجرة، إيجار المستأجر لغير المؤجر بزيادة، التزامات المستأجر، صور لأنواع نادرة من الإجارة التي أجازها الفقهاء سابقاً، منها: الإجارة الطويلة، عقد الإجاريتين:
٦٤	البيع (باختصار)
٦٤	بيع الكالئ بالكالئ
٦٦	خيار التعيين.
٦٦	المهياة
٦٨	المبحث الثالث: الدراسة الفقهية لعقود «التايم شير».
٦٨	أهم صور عقود المشاركة في الوقت وخصائصها العامة.
٧١	أهم القضايا والشروط المشتركة المرافقة لعقود «التايم شير».
٧٥	التكييف الفقهي للعقد في هذه الصور.
٧٥	الدراسة المقاصدية التجارية «التايم شير»
٧٦	المبحث الرابع: التكييف المتكرر البديل عن التكييف المعتاد.
٧٦	الفرق بين عقد الإجارة وبين عقد الإسكان أو الإقامة.
٧٩	تطبيق عقد الإسكان أو الإقامة على عقود المشاركة في الوقت.
٨٠	أهم خصائص عقد المقاول، وتوافقها مع

	عقود التايم شير.
٨٠	المحظورات الشرعية الواردة على «التايم شير» ومقارنتها ضمن كل من عقدي البيع والإيجار وعقد الإسكان:
٨٠	المصطلحات والتعريفات المقترحة
٨١	الخاتمة
٨٦	الملاحق
٨٧	قرار المجمع ٦٥ (٧/٣) بشأن عقد الاستصناع.
٨٧	«قرار المجمع ١٢٩ (١٤/٣) بشأن عقد المقاوله والتعمير: حقيقته، تكييفه، صورته:
٨٩	«قرار المجمع رقم ٤٣ (٥/٥) بشأن الحقوق المعنوية.
٩٠	نماذج العقود: عقد مشروع شراء حق ملكية بمنتجع إجازة (ميناء هاوس)
٩٩	ثبت المصادر والمراجع:



عقد التملك الزمني
(TIMESHARE)
دراسة قانونية فقهية مقابلة

إعداد

الأستاذ الدكتور عبد الوهاب إبراهيم أبو سليمان
عضو مجمع الفقه الإسلامي الدولي



بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

عقد التملك الزمني

المقدمة:

الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على أشرف المرسلين سيدنا محمد المبعوث رحمة للعالمين، وعلى آله وصحبه أجمعين وبعد

فإن العصر الحديث أصبح مخاضاً لكثير من المعاملات الحديثة المتنوعة التي لم يسبق بها عهد؛ نظراً لنشاط الحركة الاقتصادية على المستوى المحلي والعالمي، أصبح هذا الجانب هو المحرك الأساس للدول في جميع الاتجاهات ونواحي الحياة المدنية، والثقافية، والعسكرية، والشريعة الإسلامية بقواعدها، ونظرياتها العامة، ومقاصدها المحكمة لا تضيق بما يجيد على الساحة الإنسانية في أي اتجاه من الاتجاهات؛ ولما أن قواعدها المالية، ومقاصدها الاقتصادية من الاتساع والمرونة فإن لديها متسعاً من الحلول لكل ما يجد من معاملات مالية بإحدى طريقتين: إما بطريق الاجتهاد، وإما بطريق التخريج والقياس لما هو قائم منها.

لا جرم أن يكون (لعقد التملك الزمني) بصوره الحديثة حل فقهي شرعي حسب موافقته للقواعد والمقاصد الشرعية من عدمها.

هذا ما يتصدى له البحث في ضوء ما سبق بأسلوب تحليلي في سبيل التوصل إلى الحكم الشرعي، فمن ثم تم تقسيم البحث إلى الآتي:

القسم الأول

عقد التملك الزمني تاريخياً وواقعاً عملياً

يشتمل على المباحث التالية:

المبحث الأول: البداية التاريخية والتطور.

المبحث الثاني: تعريف عقد التملك الزمني في القانون، أنواعه، ومجال تطبيقاته المعاصرة.

المبحث الثالث: توصيف عقد التملك الزمني من الناحية العملية في العقار، وطرق إنجازة.

المبحث الرابع: خصائص عقد التملك الزمني وفوائده في العقار بخاصة.
القسم الثاني
الدراسة الشرعية
تشتمل على المباحث التالية:
المبحث الأول: مسلمات فقهية يخضع لها البحث.
المبحث الثاني: تعريف عقد التملك الزمني - مجالاته - تكييفه الشرعي.
المبحث الثالث: كيفية عقد الإجارة على منافع الأعيان.
المبحث الرابع: خصائص عقد التملك الزمني في الميزان الفقهي.
الخيار - المهياة في المصطلح الفقهي.
المبحث الخامس: ورود عقود على عقد التملك الزمني.
المبحث السادس: الجامع وفيه مسائل:
حكم العقد لدى موت أحد المتعاقدين - الصيانة.
الخاتمة: تتضمن أهم النتائج وبعض التوصيات.
مصادر البحث: العربية - الأجنبية.
والله ولي التوفيق، وصلى الله على سيدنا محمد وعلى آله وصحبه أجمعين.

حرر في مكة المكرمة

١١ جمادى الأولى عام ١٤٢٨هـ

كتبه

عبد الوهاب إبراهيم أبو سليمان

القسم الأول عقد التملك الزمني (timeshare) تاريخياً وواقعاً عملياً المبحث الأول

البداية التاريخية والتطور

يعتقد أن هذا العقد بدأ وسط عام ١٩٦٠م في أوروبا بجبال الألب الفرنسية في مصيف للتزلج يعرف باسم (superdevouluy) .

بدأت قصة هذا النوع من العقود بقدم الوافدين إلى هذا الموقع من ممارسي رياضة التزلج الذين يحتاجون إلى مكان دائم فيه في فصل التزلج.

فكر مالك المصيف أنه يمكن استثمار هذا المصيف بجذب عدد أكبر من السياح لو أنه أقر لعدد من المالكين حق تملك استعمال الغرف في منتجه لفترة زمنية محدودة، فمن ثم حول أوتيله الصغير إلى هذا النوع من التملك، بدلاً من بيعه لثري واحد بمبلغ مرتفع باهظ يكون له كامل الحق في جميع الغرف، وقد كانت فكرة ناجحة، وكانت إبداعاً بصناعة جديدة في عالم السياحة^(١)

تطورت الفكرة بانتقالها إلى شمال أمريكا عام ١٩٦٩م عند أول صفقة (leasehold timeshare) في الولايات المتحدة الأمريكية في ولاية هوائي، وأول وثيقة في هذا العقد في (lake tahoe) عام ١٩٧٣م، ثم بدأت العمارات الضخمة ذات الوحدات السكنية المتعددة بالتملك الفردي، والتملك الجماعي لكامل العقار، أطلق على هذا النوع من الوحدات السكنية في اللغة الإنجليزية (condominium)^(٢) .

وفي منتصف ١٩٧٠م بدأت هذه المشاريع في أمريكا وجزر البحر الكاريبي في التوسع والانتشار، وجد أصحاب العقارات أن مشاريعهم يسيطر عليها فكرة (التملك الزمني)، أو المشاركة في الوقت (timeshare) .

في عام ١٩٧٥م كان الموجود منها في أمريكا خمسة وأربعين مكاناً، تتم العقود

Kavin, kim, everything. Family guid to timeshares, USA, Massachusetts adams (١)
media, pl

Webster, s11, p234. (٢)

فيها حسب هذا العقد، وصل عدد المشتركين عشرة آلاف شخص.
 في الوقت الحاضر يوجد أكثر من خمسة آلاف وأربعمائة مكاناً، عدد المشتركين حوالي ستة ملايين إلى سبعة ملايين مالكو على مستوى العالم حسب هذا العقد.
 وفي فرنسا «نشا نظام المشاركة في الوقت بشكل عملي في ٢٠ إبريل عام ١٩٦٧م بواسطة شركة مارسيليا التي قدمت في سوق السياحة عرضاً متميزاً كان شعاره (لا تستأجر الغرفة، ولكن اشتر الفندق) فهو أقل ثمناً، ومنذ ذلك الوقت تعددت الأسماء التجارية لتسويق هذا النظام، واختلفت الصيغ التعاقدية المحددة للطبيعة القانونية للتعاقد، ولحقوق المستفيدين من النظام في فرنسا»^(١).
 أصبح التملك الزمني (timeshare) صناعة رائجة يصل رأس مالها تسعة بليون وأربعمائة ألف دولاراً أمريكياً تنتشر هذه المشاريع حسب هذا العقد بسرعة في البلاد الأوروبية والأمريكية السياحية بشكل كبير.
 يوجد الآن فوق مائة دولة في العالم يوجد فيها هذا النوع من التملكات^(٢).

المبحث الثاني

تعريف عقد التملك الزمني، أنواعه ومجال تطبيقاته المعاصرة

تعريف عقد التملك الزمني (المشاركة في الوقت) وأنواعه في القانون:
 يعرف هذا النوع من العقود بأنه: (تملك المنافع لقضاء فترة زمنية محدودة أسبوعاً، أو شهراً في العام لشقة موصوفة في الذمة في بلد معين، أو بلدان عديدة معينة).
 يسمى هذا العقد في اللغة الإنجليزية أسماء متعددة:

١. المشاركة في الوقت: (time share) ، أو :

٢. تملك زمن سكن الإجازة (vacation ownership) ، يقدم هذا العقد لأرباب الإجازات مسبقاً فرصة حق الانتفاع بالعين المؤجرة مدة معلومة الحدود زماناً، لأماكن إجازاتهم. مجهزة بكافة التجهيزات المطلوبة. تحول صاحبه ملكية العقار المتفق عليه في تلك الفترة، ويسمى أيضاً:

(١) جميعي، حسن عبد الباسط (مصر: النسر الذهبي للطباعة) ص ٤.

(٢) Strauss, Michael, timeshare codominuims for the beginner, second edition. 2001 published by virualbookworm. Com publishing inc, p. 9.

٣. التملك متعدد المالكين (multiple – ownership) ^(١).

حيث يملك الانتفاع من العين عدد من المالكين للمنفعة في جدول زمني منظم دون تداخل، أو تضارب.

٤. مشاركة الإجازة: (Vacation – Share).

حيث يشترك في الانتفاع بالعين المؤجرة خلال الإجازة عدد من المتعاقدين يتعاقبون على الاستفادة من العين بأسلوب وجدول زمني منظم. «يعني هذا العقد في عموم أقسامه توزيع الأصول إلى وحدات زمنية لصالح عدد من المتنعين.

بالنسبة للعقار يتمثل هذا العقار في الشقق حيث تقسم إلى اثنين وخمسين أسبوعاً، كل أسبوع يمثل وحدة زمنية مقدمة للبيع».

لهذا فإن توزيع الشقق على هذه الصورة هو في الحقيقة اشتراك عدد من العملاء المتنعين بالعين لا تختلف عنها بالنسبة لتأجير غرف الأوتيلات التي تتوزع غرفها إلى ٣٦٥ وحدة زمنية (ليلة)، الفرق الوحيد بين الحالتين هو أنه في الحالة الأولى يصبح صاحب الشقة مالكاً، وليس الأمر كذلك بالنسبة لنزيل الأوتيل.

يعبر عنه أيضاً أنه: عقد الإجازة الطويل (lease contract):

عبارة عن إجازة الأصول لمدة زمنية طويلة، جرى تعريفه بأنه: «عقد ينحول استعمال العقارات، والأدوات، أو أي عين من الأعيان للانتفاع بها مدة معينة مقابل عوض مالي في صورة عقد إجازة» lease contract granting use of real estate, equipment, or other fixed assets for payment. ^(٢)usually in the form of rent»

أنواع عقد التملك الزمني:

«يتم طرح الوحدات التي تدار بنظام اقتسام الوقت (التملك الزمني) للاستغلال إما عن طريق الإيجار طويل المدة، أو البيع مع تجزئة الملكية بحيث يحتفظ المستغل

(١) Strauss, Michael, Timeshare Condominiums for the Beginner. Second Edition. 2001, published by Virtualbook Worm.com Publishing INC, P. 9.
(٢) Downes, Jordan Elliot, Dictionary of Finance and Investment Terms.

بملكية الرقبة ويبيع للمنتفع حق الانتفاع لمدة محددة سنوياً في وحدة مؤسسة، ومجهزة للاستخدام اليومي»^(١) يتمثل هذا العقد تفصيلاً في الأنواع التالية: النوع الأول: التملك الدائم: (added interest)، أو: (deeded property) أو (in perpetuity)

وهو غير محدود بزمان حصر، أو نهاية، وصاحب هذا العقد مالك ملكاً تاماً للعين المعقود عليها بلا حصر، أو حد زمني من السنين، صاحب حق ثابت يستطيع أن يبيع العقار، أو العين التي هي محل العقد، ويؤجرها لمدة طويل من السنين إذا لم يستعملها، بل يستطيع أن يوصي بها لورثته يتصرف فيها تصرف المالك في أملاكهم وهو بهذا يكون عقد بيع . .

معظم عقود التملك الزمني في الوقت الحاضر هي من هذا النوع.»^(٢)

هذا ما ينطبق عليه الجزء الأول من التعريف المقدم من المجمع في النص التالي: «اشترك عدد من الناس في الاستفادة من حصص شائعة يمتلكونها في أصول

المباني»

النوع الثاني: الإجارة (lease) .

عقد الانتفاع المحدود (the leased interest)

هذا النوع من العقود ينتهي حق الانتفاع به بانتهاء مدة العقد، ثم تعود لأصحابها مثل إيجار الشقق؛ لهذا ينبغي لمن يقدم على هذا العقد (Lease Term) أن يعرف مسبقاً مدة النهاية وشروط العقد قبل توقيعه وإبرامه.

معظم المالكين في عقد التملك الزمني إما مالكون دائمون: (Added Interest) ، أو: مستأجرون لعدد معين من السنين ((a leased interest)

«يوجد في الوقت الحاضر عدة أنواع من برامج هذا العقد (Timeshare) يستطيع الراغب لإيجازه أن يتخير واحداً منها مما يتناسب مع طريقة حياته.

عقد التملك الزمني (Timeshare) مماثل جداً لتملك الشقق فيما عدا الآتي:

(١) جيمي، حسن عبد الباسط، التعامل على الوحدات العقارية بنظام المشاركة في الوقت، ص ٥٥.

(٢) Strauss, Michael, Timeshare Conditions for the Beginner, P10-13:

Kavin, Kim, Everything Family Guide to Timeshare P31.

العقد الأول (التملك الزمني) حقوقه محدودة بوقت محدد خلال العام، في حين تملك الشقق يمكن أن يكون تملكاً كاملاً (Deed)، أو إجازة لمدة طويلة (leased)^(١).

هذا النوع من العقود هو الذي تنطبق عليه الجملة الثانية في ورقة المجموع: «أو اشتراك عدد من الناس في الاستفادة من منافع العين، وقضاء فترات محدودة مثل المواسم الدينية دون الإقامة الدائمة مثل المواقع الدينية والسياحية». قد يتم هذا العقد بأسلوب جديد غير تقليدي، ذلك هو الاشتراك في ناد متخصص، يعتمد عقد المشاركة في الوقت على نقاط يمتلكها المشترك تتحول الحصول على تملك مخصص لكل مجموعة من النقاط، هذه هي الصيغة الثالثة للتملك الزمني إن صح التعبير.

النوع الثالث: نظام النقاط، أو عضوية النادي (Vacation Club or Points based) عبارة عن شراء أعضاء النادي نقاطاً لكل نقطة سعر معين يمثل كل عدد منها تحويل صاحبها رحلة محدودة، أو استعمالاً معيناً، أو حق ملكية دائمة، أو مؤقتة لما يمتلكه النادي . .

تستعمل النقاط كما لو كانت نقوداً للحصول على شقق مختلفة الأحجام بحسب تعدادها، والتسهيلات المتوافرة فيها، في المواسم المختلفة لأيام معدودة في مصايف يشترك فيها عدد من المصطافين.

عدد النقاط المتحصل عليها هي المعيار الأساس في إعطاء المشترك نوعية التسهيلات، والمساحة، وعدد الغرف، وعدد الأيام، أو الأسابيع التي يريد قضاء إجازته فيها، وغير ذلك من الأغراض والتسهيلات التي تقدمها أمثال هذه العقود.

يضمن هذا النظام مرونة كافية في استخدام أماكن صيفية عديدة^(٢). قد يكون للنادي (A Vacation Club) شروط خاصة للتملك الدائم للعقار.

النوع الرابع: الملكية البسيطة: (Fee – Simple Ownership) :

(١) أنظر: Strauss, Michael, Timeshare Condominiums for Beginner, P13.

(٢) أنظر: Strauss, Michael, Timeshare Condominiums for Beginner, P14.

وهي عبارة عن تملك المتعاقد فترة زمنية معينة كأسبوع، أو أسابيع مثلاً غير مؤقتة بنهاية محددة.

معنى هذا أن المستخدم يملك أسبوعاً، أو أسابيع مثل ما لو كان ممتلكاً جزءاً من عقار له حق التصرف الكامل فيه بالبيع، والتأجير، أو منحها لشخص آخر. النوع الخامس: حق الاستخدام فقط (Right - to - Use) .

هذا القسم مماثل جداً لعقد الإجارة الطويل الأمد (Lease) . يمنح هذا العقد صاحبه عدداً محدداً من السنين، يكون تعدادها بشكل عام من ١٥ عاماً إلى خمسين عاماً، وله الحق في نقل ملكيته والتصرف فيه بالإجارة، والهبة، أو تحويل الأسابيع إلى طرف ثالث.

هذا بالنسبة للقانون الأمريكي^(١).

أما بالنسبة لبعض القوانين الأخرى كالقانون المدني المصري «فإن صاحب حق الاستعمال لا يجوز له أن يتنازل عن هذا الحق إلا إذا وجد شرط بذلك في العقد الذي يترتب الحق بموجبه، أو بموجب اتفاق لاحق، أو في حالة وجود مبرر قوي يبرر ذلك...»^(٢).

ينتهي العقد بانتهاء الوقت المحدد حسب عدد السنين المنصوص عليها في العقد. ملكية العين في هذا العقد تظل باقية للمالكها الأصلي: (The Developer) .

تأتي تحت هذه الأقسام صيغ عديدة غالباً ما تكون لمن تكون له عضوية في نادي متخصص في هذا النوع من العقود^(٣).

مجال تطبيقاته المعاصرة:

لا يقتصر هذا العقد في الوقت الحاضر على العقار، بل يشمل كل عين لها حاجة جماهيرية ذات قيمة عالية.

(١) Strauss, Michael. Timeshare Condominiums for Beginner, P13.

(٢) جمعي، حسن عبد الباسط، التعامل على الوحدات العقارية بنظام المشاركة في الوقت، (مصر: النشر الذهبي للطباعة، عام ١٩٩٧م)، ص ٦٢.

(٣) انظر: Holden, Karen, Simplifying Timeshare, p13

في ضوء هذا العقد سواء كان محل العقد الأعيان الغالية الثمن كالقلاع القديمة، البواخر الكبيرة، اليخوت، أماكن المخيمات، والآلات الثقيلة^(١). أو الأعيان العادية التي يحتاجها أبناء الطبقة المتوسطة مما يصعب عليهم تملكها، ودفع قيمة شرائها للحصول عليها كاستخدام قاعات الاحتفالات ليلة، أو ليالي، واستئجار السيارات لفترة زمنية معينة، وأواني الدعوات، وتجهيزات الأفراح والمآتم وغير ذلك. تم استخدام هذا النوع من العقود التجارية في العصر الحديث لما اتسعت التجارات، وكثرت الأموال، وأصبح الجانب الاقتصادي تصرفاً في الأموال، واقتناء للأرباح أكبر اهتمام مالكي الأعيان، ومستثمري الأموال، فقام أصحابها بالمشاريع التي تخدم الجمهور، استثماراً لتلك الأموال، وإفساح المجال للطبقة المتوسطة من الاستفادة من أموالهم بقدر معقول في حدود قدراتهم المالية، إضافة إلى تنمية أموال الآخرين من أصحاب رؤوس الأموال.

أصبح هذا النوع أحد العقود العالمية الذائعة، الواسعة الانتشار يزداد الإقبال عليه، والاكتماب فيه عاماً بعد عام، يذكر أنه الأكثر انتشاراً في العالم، إذ يوجد ما يزيد على مائة دولة في العالم تتعامل بهذا العقد، يكتب فيه ما يزيد على سبعة ملايين شخصاً.

التملك الزمني في العقار هو الأكثر رواجاً ونمواً في صناعة السياحة^(٢) أصبحت الأوتيلات الكبيرة تقوم بإيجاد مشاريع بناء ضخمة بقصد جذب الجماهير للاكتماب في هذا العقد، مثل سلسلة هيلتون، وشيرتون وغيرهما من الأوتيلات العالمية.

في عام ١٩٨٥م تضاعف عدد الأماكن إلى نسبة ١٨٧، وعدد أصحاب العقود تضاعف إلى ما يزيد نسبتة على خمسمائة، وقد تضاعف النشاط التجاري خلال الخمسة عشر عاماً الماضية إلى نسبة ٩٠٠ عما كان عليه سابقاً.

تتجه هذه العقود محلاً وموضوعاً في الغالب الأعم إلى الأماكن التي يتردد عليها الناس فترات قصيرة تمتد من أسبوع إلى شهر من الزمان، إما لقصد العبادة، أو

Holden, Karen, Simplifying Timeshare. Bloomington in Authohouse (١)
Milton Keynes. UK. p18.

Holden, Karen, Simplifying Timeshare. p xiv. 133,29,33,36...(٢)

السياحة الترفيهية، حسب خصائص الأمكنة التي تباع فيها الشقة المتفق عليها التي تحقق رغبة المشتري.

قد يتم هذا العقد لأغراض عديدة كاستئجار طبيب عيادة مجهزة بكافة الأجهزة والخدمات الطبية التي يحتاجها في مستشفى مشهور ساعات معينة في أيام معدودة، بدلاً من استئجار شقة كاملة يؤثنها بما تحتاجه العيادة من خدمات وأجهزة طبية قد تكلفه أضعاف التعاقد بعقد التملك الزمني، وكذلك بالنسبة لاستئجار مكاتب لأعمال موسمية لزم من محدود.

المبحث الثالث

توصيف عقد التملك الزمني من الناحية العملية في العقار

وطرق إلجازه

لهذا العقد أركان تتمثل في الآتي:

أولاً: البائع: (المؤسس: the developer)

يملك فرد من الأفراد، أو شركة من الشركات العالمية بنائية، أو بنايات عديدة ضخمة في عدد من دول العالم، مما تكون عادة مقصداً للسياحة، وقضاء الإجازة السنوية، تعلن عن بيع شققها، وأجنتها يبعاً وتملكاً مطلقاً، أو تأجيرها بمواصفات معينة، ومساحات معدودة، وغرف ومرافق معدودة لمدة شهر معين في السنة لعدد من السنين: عشرين سنة، أو ثلاثين سنة في عدد من البلدان التي يكثر الإقبال عليها من أجل هدف ديني، أو سياحي ترفيهي، أو تجاري، أو غير ذلك مثلاً:

في مكة المكرمة، المدينة المنورة، مصر، لبنان، دبي، وغيرها يبعاً كاملاً، أو تأجيرها لفترة معينة في السنة لعدد من السنين.

وكذلك بالنسبة للبلدان السياحية الترفيهية مثل: أورلندو، هونولولو في الولايات المتحدة الأمريكية، لندن، طوكيو، سنغافورة.

ثانياً: الطرف الثاني (المستفيد).

هو في هذا العقد إما مشتر يملك العين بدون حدود زمنية، وإما مشتر لمنافع العين في حدود زمنية.

ثالثاً: الثمن مقدراً إن يكن يبعاً، أو أجرة إن يكن إجازة:

مقدرة نقداً، أو أقساطاً، أو دفع نسبة من كامل الثمن سواء كانا حالين، أو مؤجلين.

رابعاً: العين: موجودة، أو موصوفة في الذمة.

يتخير المتعاقد مع تلك الشركة شقته، أو سكنه بالمواصفات التي تعاقدها عليها ليكون له الخيار في قضاء تلك المدة في بلد من تلك البلاد التي يعينها العقد، فقد ينوع إقامته بينها كل عام، وفي الوقت المحدد يجد المشتري السكن الذي تعاقده عليه مهيناً، إذا رغب قضاء إجازته فيه، وإذا لم يرغب النزول في سكنه المتفق عليه في عام من الأعوام فله الحق في إجارته لغيره، تقوم إدارة المشروع بتأجيره نيابة عنه، ودفع القيمة له بعد حسم حقوقها.

فيما يخص الفترة الزمنية التي يشتريها المستأجر يوجد منها نوعان:

النوع الأول: وقت محدد بأسبوع معين، أو شهر معين في السنة يلتزمه الطرفان (fixed).

النوع الثاني: تحديد المدة الزمنية المتفق عليها، ولكن من دون تحديد وقتها من السنة، أولها، أو آخرها، أو تحديد الموسم المطلوب فيه (floating weeks).

طرق إنجاز عقد التملك الزمني:

تختلف أساليب إنجاز هذا العقد في بلد عنه في بلد آخر:

في الولايات المتحدة الأمريكية:

يكون بواحد من الطرق الثلاث الآتية:

١. التعاقد مع صاحب الملك مباشرة (the developer).

٢. التعاقد مع شركة متخصصة يقوم نشاطها الاقتصادي على أساس هذا النمط من العقود.

٣. تسجيل عضوية في نادي متخصص في ممارسة هذا النشاط التجاري، (license).

في بريطانيا:

يتولى التعامل على الحصص الزمنية المخصصة لقضاء العطلات ناد متخصص يعرف باسم النادي الأمين (Club Trust):

«يقوم المستثمر الرئيس ببناء العقارات ومرافق المشروع السياحي المخصص لفضاء العطلات، وبعد إتمام أعمال البناء، والإنشاءات يتم نقل الملكية بشكل مؤقت، ومن خلال عقد خاص (اتفاق الثقة) إلى شركة من الأمناء تقوم بجيازة الملكية ...

يقوم المستثمر الرئيس بتمكين شركتين من الشركات التي تكون غالباً ضمن مجموعة أعماله بتأسيس ناد ينضم إليه أصحاب الحقوق في الحصص الزمنية التي يتم بيعها، أما الشركتان المؤسستان للنادي فتكون إحدهما شركة متخصصة في التسويق تلتزم بتسويق الحصص الزمنية التي تتعلق بها حقوق الإقامة، وتكون الشركة الأخرى شركة إدارة تلتزم بإدارة الموقع السياحي وفقاً للعقد المبرم معها، والمرتبب بعقد الثقة.

يقوم الأمين وبصفة المالك (عن طرق الجيازة وفقاً للقانون الإنجليزي) بنقل كافة حقوق الإقامة إلى شركة التسويق باعتبارها عضواً مؤسساً في النادي، وهو ما يخولها تسويق حقوق الإقامة، وبمجرد إتمام الخطوات السابقة تقوم شركة التسويق بوضع حقوق الإقامة تحت تصرف المستفيدين الذين يصبحون أعضاء في النادي، ويمنحون شهادة بعضوية النادي يوقعها الأعضاء المؤسسون تخولهم الحصول على حق الإقامة من خلال هذه العضوية، وبمجرد الانضمام لعضوية النادي يصبح الأعضاء أصحاب حقوق في الإقامة في حدود الحصص الزمنية المدرجة بالشهادة، كما يمكنهم التنازل عن هذه الحقوق، أو تأجيرها، أو المبادلة عليها من خلال بورصات التبادل ...»^(١).

في فرنسا:

يتم من خلال إنشاء الشركات بحيث يتم توزيع الاستفادة الزمنية بالوحدات على الشركات من خلال اختصاص الشركاء بحصة زمنية في استعمال الوحدة العقارية المملوكة للشركة مقدرة في حدود كل شريك في الشركة، يقول الأستاذ الدكتور حسن عبد الباسط جيمي:

(١) جيمي، حسن عبد الباسط، التعامل على الوحدات العقارية بنظم المشاركة في الوقت، ص ٩.

«بالرجوع إلى النظام الفرنسي ... لم يتناول اقتسام الوقت إلا من خلال إفراغه في شكل شركة، ولكنه لم يغلق الباب أمام الصيغ المختلفة الأخرى التي يمكن من خلالها تنفيذ نظام الوقت، شريطة ألا يتم العمل بها من خلال إنشاء شركات تخالف النموذج الذي فرضه التشريع..

يتم الاستكتاب في مثل هذا العقد عن طريق شركات يتم تكوينها بهدف تخصيص العقارات تخصيصاً جزئياً، أو كلياً لاستخدامات السكنى بصفة رئيسة من خلال تمكين الشركاء من الاستمتاع، والإقامة في هذه الوحدات من خلال حصص زمنية دورية في مقابل حصص مساهمتهم، دون أن يكون سبيل ذلك نقل حقوق الملكية، أو أي حق من الحقوق العينية الأخرى»^(١)

المبحث الرابع

خصائص عقد التملك الزمني وفوائده (في العقار بمخاضة)

خص العقار بالتمثيل حيث هو الأبرز تعاملاً في الوقت الحاضر لما هو مشاهد من نشاط الحركة العمرانية، وصناعة السياحة، وما يقال هنا من خصائص وفوائد للعقار يقال بالنسبة للأعيان الأخرى كالسيارات، والمعدات الثقيلة، والأدوات التي يحتاجها الوسط العام كوسائل النقل المختلفة.

لهذا العقد (التملك الزمني) خصائص وفوائد عديدة إذا تم وفق القواعد الشرعية خصوصاً وقد أصبح صناعة كاملة لها رواجها ونشواتها، ودورياتها، وأدبياتها في بلاد الغرب بحيث يحقق الفائدة والمتعة الكاملة لأصحاب هذا العقد أثناء تمتعهم بالإقامة في الأماكن التي تم التعاقد عليها، وقد بدأ هذا النوع من العقود والمعاملات بشق طريقه إلى الأسواق الإسلامية بشكل سريع نشط لما تحققه من فوائد لأطراف العقد متمثلة في الآتي:

١. يمثل أحد أهم المصادر الاستثمارية في صناعة السياحة^(٢).
٢. فهو يمكن البائع من استثمار أمواله استثماراً كاملاً، وجني المكاسب والأرباح

(١) التعامل على الوحدات العقارية بنظام المشاركة في الوقت، ص ١٣.
(٢) Holden, Karen, Simplifying Timeshare, P13, 175.

بطريقة مشروعة بتقديم الأدوات، الرائجة المطلوبة للراغبين فيها حسب اختلاف الفصول الزمنية، والمناسبات الدينية، والاجتماعية، والإجازات.

٣. يحقق تمتع الطرف الثاني (المستأجر) بما يحتاجه في حدود ميزانيته في المستوى الذي يطمح إليه، بل إنه يقدم مستوى رفيعاً من الخدمات للطبقة المتوسطة، لا يستطيعون توفيرها لو لم يوجد مثل هذا النوع من العقود.

٤. بالنسبة للعقار يضمن استقرار تكلفة سكن الإجازة على مدى مدة زمن العقد، دون شعور بالزيادات السنوية في الإيجارات، وبهذا يمكن المشتري من التغلب على التضخم المالي في صناعة السياحة الذي يبلغ سنوياً بمقدار ١٢%.

٥. يحقق كافة الرغبات السياحية في مختلف الأماكن حول العالم.

٦. تؤكد المشتري من مستوى السكن خلال إبرام هذا العقد^(١).

٧. إعطاء حق للبائع: حيث يحول المستفيد (العائد) مدة خيار يفكر فيها في مدى صلاحية العقد بالنسبة له، تختلف مدة الخيار من بلد إلى آخر يحق له أثناءها استرداد ما دفعه حين يصل إلى نتيجة يرى أنه ليس من مصلحته إبرام العقد. وقد جاء النص على هذا أن يعطي المتعاقد (مشترياً، أو مستأجراً) فترة خيار يستطيع خلالها أن يعمل فكره، ويستشير من يثق فيه لاتخاذ قراره النهائي حول صلاحية العقد من عدمها بالنسبة له.

تختلف مدة الخيار في القوانين من دولة إلى أخرى، غالباً ما تمتد من ثلاثة أيام إلى أسبوعين، ولا بد أن ينص على هذا في العقد، وهي الفترة التي يحق للمشتري، أو المستأجر أن يستعيد الثمن خلال تلك الفترة لو ارتأى عدم إنجاز العقد وصلاحيته بالنسبة له^(٢).

Holden, Karen, Simplifying Timeshare, P27. (١)

Holden, Karen, Simplifying Timeshare, P40. (٢)

١. يحقق التبادل بين أصحاب هذا العقد في اختيار المكان وتغييره محلياً في مكان الإقامة، أو دولياً في البلاد الأخرى، ولهذا شركات متخصصة، ومعايير محددة سيأتي الكلام عنها بالتفصيل في مبحث (المهاياة)^(١).

«فمن المعتاد والمألوف حالياً انضمام المستفيد- اقتسام الوقت، أو صاحب الحق في الإقامة- لبورصات التبادل المحلية، أو الدولية من أجل مبادلة حصته الزمنية المقررة على الوحدة العقارية المتعلقة في مشروع عقاري معين مع وحدة في مشروع اقتسام وقت آخر داخل، أو خارج البلاد»^(٢).

القسم الثاني

الدراسة الشرعية

المبحث الأول

مسلمات فقهية يخضع لها البحث

تبدأ الدراسة الشرعية ل (عقد التملك الزمني) بعرض بعض المسلمات في الفقه الإسلامي التي تسير فهمه، وسلامة تكييفه:

أولاً: عقد البيع: تملك العين تملكاً مؤبداً:

عقد الإجارة: تملك منفعة العين لفترة محدودة طالت أو قصرت، فيهما عقدان

متقابلان:

جاء هذا صراحة في التعريف الشرعي لكلا العقدين: البيع: «مبادلة عين مالية، أو منفعة مباحة مطلقاً بأحدهما، أو بمال في الذمة للتملك على التأيد»^(٣).

الإجارة: «عقد على منفعة مباحة معلومة مدة معلومة من عين معينة، أو موصوفة في الذمة، أو على عمل معلوم بعوض معلوم، والعوض في مقابلتها»^(٤).

ثانياً: «الإيجارات صنف من البيوع:

(١) انظر: Holden, Karen, Simplifying Timeshare, P75 – 82.

(٢) جميعي، حسن عبد الباسط، التعامل على الوحدات العقارية بنظام المشاركة في الوقت، ص ٤٨.

(٣) البهوتي، منصور بن إدریس، شرح منتهى الإرادات، (المدينة المنورة: المكتبة السلفية لصاحبها محمد عبد المحسن الكتبي)، ج ٢، ص ١٤٠.

(٤) البهوتي، شرح المنتهى، ج ٢، ص ٣٥٠.

«البيع كلها إنما هي تمليك من كل واحد منهما لصاحبه، يملك بها المستأجر المنفعة التي في العبد، والبيت، والدابة إلى المدة التي اشترط، حتى يكون أحق بالمنفعة التي ملك من مالهما، ويملك بها مالك الدابة والبيت العوض الذي أخذه عنها، وهذا البيع نفسه»^(١).

ثالثاً: ضرورة اعتبار المقاصد الشرعية في المعاملات المالية:

يقول العلامة شهاب الدين القرافي: «لا يعتبر الشرع من المقاصد إلا ما تعلق به غرض صحيح محصل لمصلحة، أو دارئ لمفسدة»^(٢)، ومن المقاصد المالية المتحققة في عقد (التملك الزمني):

* تنمية الأموال: هذا النوع من العقود يحقق لأصحاب الأموال استثمار أموالهم بطرق مشروعة.

* الاستمتاع بالطيبات: يتحقق لعموم الطبقات في المجتمع الاستمتاع بكل الأدوات، والوسائل المنقولة وغير المنقولة في حدود ما يملكون بكل ما يحقق لهم المتعة الشرعية البريئة مما لا يستطيع تملكها إلا الأثرياء الكبار كل هذا في حدود قدراتهم المالية، دون تجاوز لها.

هذان المقصدان الشرعيان معتبران منصوص عليهما صراحة في خصائص هذا العقد التي قد تم النص عليها سابقاً. فمن ثم لا غبار على مشروعيتها.

* إذا تضمن العقد مخالفة شرعية من غرر، أو جهالة، أو ربا فهو باطل: ذلك «أنه لا يعتبر من المقاصد إلا ما تعلق به غرض صحيح محصل لمصلحة، أو دارئ لمفسدة»^(٣)

رابعاً: المقصد الشرعي من عقد الإجارة:

«التعاون، ودفع الحاجات، وقد نبه الله على ذلك بقوله ﴿وَرَفَعْنَا بَعْضَهُمْ فَوْقَ بَعْضٍ

(١) أبو سليمان، عبد الوهاب إبراهيم، فقه المعاملات المالية الحديثة مع مقدمات مبادئ وقرارات، ص ٢٣٤ الطبعة الثانية، (الدمام: دار ابن الجوزي، عام ١٤٢٧هـ) ص ٢٩٠.

(٢) الذخيرة، ج ٥، ص ٤٧٨.

(٣) أنظر خصائص عقد التملك الزمني وفوائده فيما يخص العقار) من هذا البحث، ص ١٢.

دَرَجَتِي لَسْتَ خَذَ بَعْضُهُمْ بَعْضًا سُخْرِيًّا وَرَحِمْتُ رَبِّكَ حَيْرٌ مِمَّا يَجْمَعُونَ ﴿١﴾.

خامساً: اعتبار العرف في العقود إذا لم يوجد نص من كتاب أو سنة:

«الرجوع إلى العرف في أمور الإجارة؛ ذلك أنه أحد القواعد الخمس التي يبنى عليها الفقه»^(١).

أفرد الإمام البخاري رحمه الله تعالى في صحيحه باباً عن العرف، ووضح صراحة أهميته بالنسبة للعقود، وخص الإجارة بالذكر بين جملة ما ذكره فقال: باب من أجرى أمر الأمصار على ما يتعارفون بينهم في البيوع والإجارة، والمكيال، والوزن، وستنهم على نياتهم، ومذاهبهم المشهورة، وقال شريح للغزاليين: ستكم بينكم، ثم ذكر الأحاديث الدالة على هذا الاستنباط الفقهي^(٢).

سادساً: تجدد العرف، يقول العلامة ابن القيم رحمه الله تعالى:

«مهما تجدد العرف فاعتبره، ومهما سقط فالغنه، ولا تجمد على المنقول في الكتب طول عمرك، بل إذا جاءك رجل من غير إقليمك يستفتيك فلا تجره على عرف بلدك، وسله عن عرف بلده فأجره عليه، وأفته به دون عرف بلدك والمذكور في كتبك، قالوا فهذا هو الحق الواضح، والجمود على المنقولات أبداً ضلال في الدين، وجهل بمقاصد علماء المسلمين، والسلف الماضين»^(٣).

المبحث الثاني

تعريف عقد التملك الزمني، مجالاته، تكييفه الشرعي

تبين فيما سبق عرضه أن موضوع هذا النوع من العقود كافة الأعيان المنقولة وغير المنقولة من أدوات، وآلات، وعقارات، وكل ما يحتاجه الفرد يكون للزمن

(١) الذخيرة، ج ٥، ص ٤٧٨؛ مواهب الجليل لشرح مختصر أبي الفياء سيدي، ط ١، ضبطه: زكريا عميرات، مكة المكرمة: مكتبة دار الباز، عام ١٤١٦/١٩٩٥) ج ٧/ ص ٤٩٤؛ سورة الزخرف الآية ٣٢.

(٢) ابن حجر، أحمد بن علي العسقلاني، فتح الباري بشرح صحيح الإمام البخاري، رقم كنه وأبوابه وأحاديثه محمد فؤاد عبد الباقي، وأشرف عليه محب الدين الخطيب، (مصر: المطبعة السلفية ومكنتها)، ج ٤، ص ٤٠٦.

(٣) أبو سليمان، عبد الوهاب إبراهيم، فقه المعاملات الحديثة مع مقدمات مبهديات وقرارات.

(٤) إعلام الموقعين عن رب العالمين، الطبعة الأولى، تحقيق محمد محي الدين عبد الحميد، (مصر: المكتبة التجارية الكبرى، عام ١٣٧٤/١٩٥٥)، ج ١، ص ٨٩.

مدخل فيه تحديدًا، وكما هو معروف أن القوام الأساس في التعريف أن يكون جامعاً مانعاً مؤجراً قدر الإمكان، والذي يبدو أن التعريف الجامع المانع لعقد التملك الزمني هو: (عقد على عين، أو منفعة تأييداً، أو تأقيتاً). هذا التعريف جمع بين أنواع عقود التملك الزمني، البيع المؤبد، والإجارة الموقوتة.

مجالاته: جميع العروض التجارية:

فيما يخص الأراضي: جاء في مجلة الأحكام العدلية المادة (٤٥٤) ما يلي: «يلزم في استئجار الأراضي بيان كونها لأي شيء استؤجرت، مع تعيين المدة فإن كانت للزرع يلزم بيان ما يزرع فيها، أو يجبر المستأجر بأن يزرع ما شاء على التعميم»^(١).

بالنسبة لعروض التجارة ما جاء في المادة (٥٣٤) من مجلة الأحكام العدلية: «يجوز إجازة الألبسة، والأسلحة، والخيام، وأمثالها من المنقولات إلى مدة معلومة، في مقابل بدل معلوم».

وبالنسبة لإجارة الدواب، وما ماثله من أدوات النقل: السيارات، الطائرات، القطارات ما جاء في المجلة العدلية في المادة (٤٥٣): «يلزم عند استئجار الدابة تعيين المنفعة إن كانت للركوب، أو للحمل، أو لإركاب من شاء على التعميم مع بيان المسافة، أو مدة الإجارة، فالعلم بالمنفعة في استئجار الدواب يتحقق بأمرين:

١. بيان ما سيستأجر له.

٢. بيان المدة، أو المسافة»^(٢)

تكييف عقد التملك الزمني شرعاً:

سبق في المبحث الرابع (أنواع عقد التملك الزمني) أنه صيغ متنوعة؛ لهذا فإنه حسب التفصيل السابق لا يمكن إعطاء حكم واحد لكل الأقسام، لهذا ينبغي دراسة كل نوع على حدة، وحسب توقيعه العملي، السؤال المهم الذي يسبق كل شيء في هذا السياق هو:

(١) حيدر علي، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، ج ١، ص ٤٢٨.

(٢) حيدر علي، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، ج ١، ص ٥٢٧.

هل عقد التملك الزمني تملك دائم للعين، أو أنه عقد على منافع الأعيان ينتهي بانتهاء عدد من السنين^(١)

الجواب: إنه متنوع تنوع عقد التملك الزمني نفسه، ولهذا يكون الحكم في كل نوع بحسبه:

الجزئية الأولى في الجواب أنه: إن يكن العقد تملكاً للعين تملكاً مؤبداً بلا حدود زمنية، فهو عقد بيع، وهذا متحقق في النوع الأول من أنواع هذا العقد:

حق التملك الدائم (A Deed Interest) :

صاحبه يتملك العين بلا حدود زمنية، له الحق الكامل في البيع، والإجارة، والهبة، والوصية بها، وانتقالها إرثاً، مثلها مثل الأعيان الأخرى.

معظم عقود التملك الزمني من هذا النوع في الوقت الحاضر.

هذا يتفق تماماً مع تعريف البيع في المصطلح الشرعي في كافة المذاهب الإسلامية:

* يتبين هذا من الجملة التي وردت في ورقة المجمع في النص التالي:

(الاستفادة من حصص شائعة يملكونها في أصول المباني) هي مفتاح البحث

بادئ ذي بدء لمعرفة نوعية العقد.

* جملة (يملكونها في أصول المباني) تشير إلى تملك العين فإن يكن على سبيل التأييد فهو عقد بيع: إذ البيع هو الوسيلة لتملك الأعيان شرعاً، وهو ما تشير إليه

تعريفات عقد البيع، وما يستفاد صراحة من عرض أركانه، وخصائصه من مصادر

الفقه الإسلامي، فمن ثم يتم توقيع هذا النوع من العقود بصفاته وخصائصه على

عقد البيع الشرعي ليعرف مدى انتمائه له.

عقد البيع في الفقه الإسلامي:

جرى تعريف عقد البيع في المذاهب الإسلامية المختلفة بتعريفات متعددة، مختلفة

لفظاً، ولكنها متفقة معنى، وهي كالآتي:

الحنفية: «عقد البيع: (مبادلة المال المتقوم بالمال المتقوم تملكاً وتملكاً)».

(١) انظر: Schreier, Lisa Ann, Timshare Vacations for Dummies, P36.

جاء في تحليل هذا التعريف: «فإن وجد تملك المال بالمنافع فهو إجارة، أو نكاح، وإن وجد مجاناً فهو هبة»^(١).

يقول العلامة أكمل الدين محمد البابر تي موضحاً مكونات هذا العقد، وحقيقة تصويره الشرعي: «وركنه الإيجاب والقبول، أو ما دل على ذلك، وشرطه من جهة العاقدين: العقل، والتمييز.

ومن جهة المحل كونه مالاً متقوماً، مقدور التسليم، وحكمه: إفادة الملك، وهو القدرة على التصرف في المحل شرعاً»^(٢).

المالكية:

يعرف المالكية البيع تعريفاً أخص بأنه: «عقد معاوضة على غير منافع، ولا متعة لذة ذو مكايسة، أحد عوضه غير ذهب ولا فضة معين غير العين فيه»^(٣)

جاء في بيان هذا التعريف قولهم: «فلما كانت الأملاك تنتقل بعوض، وبغيره سموا الأول بيعاً، فحقيقته نقل الملك بعوض، لكن المعاوضة إن كانت على الرقاب خصوصاً بتسمية البيع، وإن كانت على المنافع خصوصاً بتسمية الإجارة، إلا أن تكون منافع فروج فخصوها بتسميتها نكاحاً.

(وعقد معاوضة) أي عقد محتو على عوض من الجانبين، (على غير منافع) أي على ذوات غير منافع وغير تمتع أي انتفاع بلذة»^(٤).

(١) الشلي، شهاب الدين أحمد، حاشية تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق، الطبعة الثانية، بهامش تبيين الحقائق، (بيروت: دار المعرفة للطباعة والنشر) ج ٤، ص ٢.

(٢) شرح العناية على الهداية، بهامش شرح فتح القدير للكمال بن الهمام، الطبعة الأولى، (مصر: شركة مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده، عام ١٣٨٩ / ١٩٧٠) ج ٦، ص ٢٤٧.

(٣) ابن عرفة، أبو عبد الله محمد، الحدود مع شرحه لأبي عبد الله محمد الأنصاري المشهور بالرصاص، الطبعة الأولى، تحقيق محمد أبو الأجفان، والطاهر المعموري، (بيروت: دار الغرب الإسلامي، عام ١٩٩٣م)، ج ١، ص ٣٢٦.

(٤) الرصاص، عبد الله محمد الأنصاري، شرح حدود ابن عرفة، الموسوم: الهداية الكافية الشافية لبيان حقائق الإمام ابن عرفة الوافية، الطبعة الأولى، تحقيق محمد أبو الأجفان، والطاهر المعموري، (بيروت: دار الغرب الإسلامي، عام ١٩٩٣م)، ص ٣٢٦.

(ولا متعة لذة) فتخرج الإجارة، والكراء، والنكاح، وتدخل هبة الشواب،
والصرف، والمراطة، والسلم.

(ذو مكايسة) أي صاحب مغالبة ومشاححة ...

(أحد عوضه غير ذهب ولا فضة) خرج بهذا القيد الصرف، والمراطة.

المراد بـ (العين) رأس المال نقداً كان، أو عوضاً.

والحاصل: أن العين لا يجب أن تكون معينة في البيع والسلم، وأما غير العين

فيجب أن يكون معيناً في البيع، وغير معين في السلم»^(١)

الشافعية:

«عقد معاوضة مالية تفيد ملك عين، أو منفعة على التأيد، لا على وجه

القرض»^(٢).

الملاحظ هنا أنه جرى لدى الشافعية اعتبار العقد على (المنفعة) بيعاً. كما هو

واضح من التعريف.

الحنابلة:

«مبادلة عين مالية، أو مبادلة منفعة مباحة مطلقاً بأحدهما، أو بمال في الذمة

للتملك على التأيد غير رباً وقرض»^(٣).

مجموع التعريفات تفيد صراحة أن من الخصائص المميزة لعقد البيع التملك

المؤبد الذي يبيح للمشتري مطلق التصرف في العين المباحة سواء كان محل العقد

عيناً، والمقابل (الثلث) منفعة.

(١) الدسوقي، محمد عرفة، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، (بيروت: دار الفكر للطباعة والنشر

والتوزيع)، ج٣، ص٢.

(٢) القليوبي، شهاب الدين أحمد بن أحمد، حاشية على شرح المحلى للمنهاج (بيروت: دار الفكر

للطباعة والنشر والتوزيع)، ج٢، ص١٥٢؛ المغربي، الرشيد، حاشية على نهاية المحتاج إلى شرح

المنهاج، (مصر: شركة مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده)، ج٣، ص٣٧٢.

(٣) البهوتي، منصور بن يونس، شرح منتهى الإرادات، (المدينة المنورة: المكتبة السلفية)، ج٢،

ص١٣٩.

هذا هو المفهوم الشرعي العام لعقد البيع في الفقه الإسلامي، يتفق في هذا تعريفه في القانون الحديث بأنه: «عقد يلتزم به البائع أن ينقل للمشتري ملكية شيء، أو حقاً مالياً آخر في مقابل ثمن نقدي»^(١).

جاء في درر الحكام على مجلة الأحكام العدلية شرحاً للمادة (١٠٧): «البيع الصحيح يفيد الملكية حتى قبل القبض، راجع المادة (٢٦٢ و ٢٦٣) أي بمجرد حصول هذا البيع يصبح المشتري مالكاً للمبيع، كما أن البائع يصبح مالكاً الثمن، ولو لم يحصل القبض»^(٢).

جاء في المادة (١٦١) من مجلة الأحكام الشرعية على مذهب الإمام أحمد ابن حنبل: «البيع عقد مبادلة مال ولو في الذمة أو منفعة مباحة بمثل أحدهما على التأييد غير ربا وقرض»^(٣).

إذا اعتبر هذا النوع من عقد التملك الزمني بيعاً فإنه يترتب عليه آثار البيع حقوقاً، وتصرفاً، وإراثاً، وغير ذلك.

الجزئية الثانية في الجواب:

إن يكن التملك محصوراً في زمن معين في العقد كأسبوع، أو شهر مطلقاً بدون حدود نهاية زمنية، أو محدود النهاية كخمسة أعوام مثلاً، أو أطول كخمسين عاماً مثلاً فهو إجارة؛ ذلك أن العقد تضمن:

أولاً تملك المنافع دون العين.

ثانياً: تقيدها بفترة زمنية حصراً لمدة الانتفاع كأسبوع، أو شهر، بنهاية محدودة أو غير محدودة دليل أنه عقد إجارة، يتمثل هذا في:

(١) السنهوري، عبد الرزاق، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، الطبعة الثالثة، إضافة حواشي عبد الباسط جيمي، ومصطفى محمد الفقي، (بيروت: منشورات الحلبي الحقوقية، عام ١٣٩٨م)، ج ٤، ص ٢٠.

(٢) علي حيدر، تعريب المحامي فهمي الحسيني، (بيروت وبغداد: منشورات مكتبة النهضة)، ج ١، ص ٩٣.

(٣) القاري أحمد عبد الله، الطبعة الثالثة، تحقيق عبد الوهاب إبراهيم أبو سليمان، ومحمد إبراهيم علي، (جدة ك تهامة، عام ١٤٢٦هـ)، ص ١٠٧.

النوع الثاني في ورقة مجمع الفقه الإسلامي:

«أو منافع المباني وقضاء فترات محددة مثل المواسم الدينية دون الإقامة الدائمة، مثل المواقع الدينية والسياحية» (Timeshare)
محل العقد هنا هي (المنافع)، ولفترات محددة، بمعنى أن أحد الطرفين يعقد على الانتفاع بعين محددة الأوصاف، والمساحة إن كانت عقاراً لمدة زمنية محددة.
وبعبارة أخرى: إن يكن العقد من قبيل:

١. التملك المؤقت (Fee – Simple Ownership):

«معناه أن المستخدم يملك أسبوعاً، أو أسابيع مثل ما لو أنه يكون ممتلكاً جزءاً من عقار له حق التصرف الكامل فيه بالبيع، والتأجير، أو منحها لشخص آخر، إنه محدود فقط بالوقت»^(١)، وبرغم ما يخول القانون لهذا المستفيد من التصرف كما ورد في هذا النص فإن هذا النوع في الفقه الإسلامي من قبيل الإجارة.
أو بالأحرى:

٢. الإجارة الطويلة الأجل: (Lease Contract)

تملك أصول المباني زمناً محدداً لقضاء فترة محدودة على مدى محدود من السنين لاستخدامها شهراً، أو أكثر أو أقل، وليس القصد الإقامة الدائمة وإنما بقصد فترة الإجارة السنوية بقصد السياحة، أو قضاء وقت المواسم الدينية فيها.
يمثل هذا من واقعنا المعاصر بما يتم الاتفاق عليه من قبل شركات عالمية عديدة، أو أفراد مليونيين في تملك مبنى، أو مباني ذات قيمة عالية، ومستقبل استثماري كبير، لمدة طويلة تقدر بعشرات السنين، خمس وعشرين عاماً مثلاً، كل شركة، أو فرد يملك حصة شائعة في المشروع، يمثل لهذا بوقف الملك عبد العزيز بمكة المكرمة حيث يشترك في إقامته عدد من الشركات الكبيرة بمخصص شائعة معينة لكل منها؛ بغرض الاستثمار لمدة خمس وعشرين عاماً، ثم تعود ملكيتها لصالح رئاسة الحرم المكي الشريف.

(١) انظر: Strauss, Michael, Timeshare Condominiums for the Beginner.p10

العقد الحالي فيه (تملك) لكنه (زميني) مؤقت بزمن محدود للملكية العين تعود لصاحبها بعد انتهاء الفترة المحددة طالبت أم قصرت: حينئذ لا تسمى بالمفهوم الشرعي بيعاً؛ ولهذا فإن هذا العقد من (التملك الزميني) يفتقد عنصراً مهماً في عقد البيع، هو التملك المؤبد للعين، محل العقد.

دليل هذا أيضاً من القوانين الأجنبية التي تسميه (عقد الإجارة الطويل): (Lease Contract) يتبين حقيقة هذا العقد في القوانين الأجنبية باعتباره نوعاً من أنواع عقد الإجارة فقد جرى تعريفه بأنه: «هو العقد الذي يخول استعمال العقارات، والأدوات، أو أي عين من الأعيان لمدة معينة مقابل: عوض مالي»: Lease contract granting use of real estate, equipment or other fixed assets for payment.usually in the form of rent⁽¹⁾

من خلال ما تقدم عرضه يتبين أن الجمل الآتية في ورقة المجمع تحدد ماهية وحقيقة العقد المعروض:

(الاستفادة من حصص شائعة)، وليس التملك.

(اشتراك عدد من الناس في الاستفادة من حصص شائعة يمتلكونها في أصول المباني لفترات محددة) القيد الأخير في الجملة يمنع أن يكون هذا العقد ضمن منظومة عقد البيع شرعاً، ولا قانوناً: لأن فترة التملك محدودة بزمن، وليست مؤبدة.

استبعاد أن يكون هذا العقد عقد بيع يقود إلى أن يكون (عقد إجارة) خصوصاً وقد عرف فقهاً أن الإجارة هي بيع للمنتفعة وقد وردت فعلاً في ورقة المجمع بعض الكلمات التي تفيد حقيقة الإجارة:

فمن ثم يستعرض البحث تعريفات الإجارة في الفقه الإسلامي لمعرفة مدى مطابقة هذا العقد عليه من عدمها:

Downes, Jordan Elliot, Dictionary of Finance and Investment Terms (1)

Goodmane .John .p317.

الإجارة في الفقه الإسلامي:

المذهب الحنفي: «عقد على المنافع بعوض»^(١)
المذهب المالكي: «عقد وارد على المنافع لأجل»، وبعبارة أدق «تمليك منافع شيء
مباحة مدة معلومة بعوض»^(٢).
الشافعية: «عقد على منفعة معلومة مقصودة قابلة للبدل، والإباحة بعوض
معلوم وضعاً»^(٣).

المذهب الحنبلي: «عقد على منفعة معلومة مقصودة قابلة للبدل، والإباحة
بعوض معلوم، أو موصوفة في الذمة، أو عمل بعوض معلوم»^(٤).
يستخلص من هذه التعريفات خصائص عقد الإجارة:

أولاً: أن موضوع عقد الإجارة منفعة العين المستأجرة وليس العين نفسها، فالعقد
هنا وارد على المنفعة فحسب، وهي المقصودة بعقد الإجارة بالأصالة، سواء كانت
منفعة آدمي، أو حيوان، أو عين من الأعيان، فهي المعقود عليها، والغاية من عقد
الإجارة.

ثانياً: المنفعة على اختلاف أنواعها ليست لها كينونة مستقلة عن الذات والأعيان
المستفاد منها، فمن ثم ارتبطت المنفعة أحكاماً، بإباحة، وتحريماً بالعين الأصل في
العقد...»^(٥)

ثالثاً: مدة العقد في (التملك الزمني) مؤقتة بوقت، بقطع النظر عن طول المدة أو
قصرها. «منافعها لقضاء فترات محدودة مثل المواسم الدينية دون الإقامة الدائمة
مثل المواقع الدينية والسياحية».

(١) المرغيناني، أبو الحسن علي، الهداية على شرح بداية المبتدى، الطبعة الأخيرة، (مصر: مكتبة ومطبعة البابي
الخلي)، ج ٣، ص ٢٣١.

(٢) عامر، محمد محمد، ملخص الحكام الشرعية على المعتمد من مذهب المالكية، الطبعة الثانية، (بنغازي: الطبعة
الأهلية، عام ١٣٩٢/١٩٧٢)، ص ٢١٣.

(٣) قليوبي، شهاب الدين أحمد، حاشية على منهاج الطالبين، (مصر: دار الفكر)، ج ٣، ص ٦٧.

(٤) البهوتي، منصور بن يونس، شرح منتهى الإرادات، (المدينة المنورة: المكتبة السلفية)، ج ٢، ص ٣٥٠.

(٥) أبو سليمان، عبد الوهاب إبراهيم، عقد الإجارة مصدر من مصادر التحويل الإسلامي دراسة فقهية مقارنة،
(جدة: البنك الإسلامي للتنمية، ١٤١٣/١٩٩٢)، ص ٢٦.

هذا النوع من العقود في عقد الإجارة وارد على منافع الأعيان، وهو أحد قسمي الإجارة المنصوص عليه فقهاً، يذكر الآتي من الشروط فيما يخص هذا العقد:
أولاً: معرفة العين المؤجرة للعاقدين برؤية، أو صفة كالمبيع لاختلاف الغرض باختلاف العين وصفاتها.

ثانياً: القدرة على تسليم العين المؤجرة.

ثالثاً: أن تكون مشتملة على المنفعة المعقود عليها، التي من أجلها أجري العقد.

رابعاً: ملكية المؤجر للثمن المعقود عليه بسبب من أسباب الملك.

أما الشروط الواجب توافرها في الأعيان الموصوفة في الذمة فهي:

أولاً: أن تكون مما ينضبط قدراً بوزن، أو كيل، أو عد، أو ذرع، وما كان عدداً يجب أن لا يكون مما يختلف حجماً؛ ذلك أن ما لا تنضبط صفاته بأحد المقاييس السابقة فتختلف آحاده اختلافاً كثيراً يفضي بلا شك إلى المنازعة والشقاق، ومن وسائل ضبط الصفات تحديد المساحة سطحاً، وبناءً.

ثانياً: تحديد قدره وكميته من كيل، أو وزن، أو عد، أو ذرع... وكل ما من شأنه ضبط المقادير مما يجد في عالم المساحة، والمكايل والموازين.

ثالثاً: توضيح الصفات التي يؤدي اختلافها إلى تفاوت الثمن، فيذكر ما يميزه عن نوعه، ويحدد درجة نوعيته.

رابعاً: تعيين وقت التسليم. وتحديد مكانه^(١).

البحث الثالث

كيفية عقد الإجارة على منافع الأعيان

ذكرت مجلة الأحكام العدلية العثمانية بتفصيل ووضوح كيفية إتمام العقد صحيحاً على منافع الأعيان، المادة (٤٥٢) المنفعة تكون معلومة ببيان مدة الإجارة في أمثال الدار، والحانوت، والظنر.

جاء في شرح هذه المادة: «تكون المنفعة معلومة في أمثال الدور، والحوانيت، والظنر، وغرف الحان، والنزل ببيان مدة الإجارة أي العلم بها، وبذلك تكون

(١) انظر: أبو سليمان، عبد الوهاب إبراهيم، فقه المعاملات الحديثة مع مقدمات مهادت وقرارات، الطبعة الثانية، (الرياض: مكتبة الرشد، عام ١٤٢٧هـ)، ٢٧٣.

الإجارة صحيحة، وسواء كانت تلك المدة طويلة بحيث لا يظهر أن الطرفين يمكن أن يبقيا إلى نهايتها في قيد الحياة، أو قصيرة، وإن تأخرت مدة الإيجار عن وقت العقد كالإجارة المضافة، أو لم تتأخر كالإجارة؛ لأن المدة إذا علمت تكون المنفعة معلومة، وبعد ذلك فليس تعيين ما يستأجر له وبيانه شرطاً: لأن استعمال ما يؤجر يعلم بالعرف والعادة.

وبالنسبة للأراضي: وردت عليها قيود أخرى، ذلك هو بيان ما استؤجرت له كما ورد في المادة ٤٥٤: (يلزم في استئجار الأراضي بيان كونها لأي شيء استؤجرت، مع تعيين المدة، فإذا كانت للزرع يلزم بيان ما يزرع فيها، أو يخبر المستأجر بأن يزرع ما شاء على التعميم).

أما بالنسبة لإجارة العروض فإن العلم بالمنفعة فيها يتم ببيان مدة الإجارة كما في المادة ٥٣٤ يجوز إجارة الألبسة، والأسلحة، والحياض، وأمثالها من المنقولات مدة معلومة في مقابل بدل معلوم.

وبالنسبة لإجارة الدواب فقد وردت المادة: ٤٥٣: (يلزم عند استئجار الدابة تعيين المنفعة إن كانت للركوب، أو للحمل، أو لإركاب من شاء على التعميم مع بيان المسافة، أو مدة الإجارة، فالعلم بالمنفعة في استئجار الحيوانات يتحقق بأمرين:

١. بيان ما يستأجر له.

٢. بيان المدة، أو المسافة.

٣. وإذا كان الاستئجار للحمل، فيجب تعيين الحمل، أو إطلاقه، أي يلزم عند استئجار الدابة بيان أنها مستأجرة للحمل، أو للركوب للعلم بالمنفعة، فإذا كانت للحمل فما الذي يراد تحميله، أو للركوب فمن ذا الذي يركبها، أي أنه يلزم عند الاستئجار ذكر هذه الجهات في عقد الإجارة، وتعيين المنفعة بكونها للركوب، أو الحمل، أو إركاب من شاء، أو تحميل ما أراد على التعميم مع بيان المسافة، أو مدة الإجارة، وبيان ذلك تكون المنفعة معلومة^(١).

(١) حيدر، علي، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، تعريب المحامي فهمي الحسيني، (بيروت - بغداد: مكتبة النهضة)، ج ١، ص ٤٢٨.

عقد (التملك الزمني)، أو (المشاركة في الوقت) يمثل أحد قسمي الإجارة الأساس، وهو العقد على مدة زمنية.

هذا واضح وصريح من تعريف الإجارة، وفي عرض تعريفات المذاهب الفقهية للإجارة ما يشير صراحة إلى مضمين هذا العقد وأخص صفاته (التملك الزمني) الذي يعبر عنه في اللغة الإنجليزية (Timeshare) ترجمته ب (المشاركة في المنفعة المؤقتة)، علماً بأن عقد الإجارة هو في حقيقته بيع للمنافع، وتمليك لها وليس للعين، وهو ما تم الكشف عنه سابقاً، من تعريفات المذاهب الفقهية.

إن ما نحن بصده في كلتا صورتين: الأول، والثاني من قبيل قسم الإجارة لفترة محدودة، ليس فيها تملك الأعيان تملكاً مؤبداً، أي أن كلا العقدین محدود بفترة معينة، وهذا أهم خصائص أحد أنواع عقد الإجارة، وهو العقد حسب المدة وليس العمل.

المبحث الرابع

خصائص عقد التملك الزمني في الميزان الفقهي

من أهم خصائص عقد التملك الزمني الفقهية باستثناء المقاصد الشرعية، والمصالح الشخصية التي يحظى بها المستفيد أمران: الخيار، والمهاياة، هذان يتم مناقشتها فقهاً:

أولاً: الخيار:

يعرف الخيار شرعاً بأنه طلب خير الأمرين من إمضاء، أو فسخ، حكى الإمام العيني، والكمال بن الهمام رحمهما الله تعالى إجماع العلماء والفقهاء على مشروعية خيار الشرط^(١)

من خصائص هذا العقد إعطاء المتعاقد فرصة الخيار بعد التفاوض على المكان، والزمان، والعروض فقد أصبح إعطاء المستفيد فرصة التفكير لنفسه واستشارة من حوله حول إتمام هذا العقد، أو عدمه لازماً من لوازم العقد فمن ثم جاء النص على هذا في التالي:

(١) أبو سليمان: عبد الوهاب، فقه المعاملات الحديثة، ص ١٥٥.

«يعطي المتعاقد (مشترياً، أو مستأجراً) فترة خيار يستطيع خلالها أن يعمل فكره، ويستشير لاتخاذ قراره النهائي حول صلاحية العقد من عدمها بالنسبة له. تختلف مدة الخيار في القوانين من دولة إلى أخرى، غالباً ما تمتد من ثلاثة أيام إلى أسبوعين، ولا بد أن ينص على هذا في العقد، وهي الفترة التي يحق للمشتري، أو المستأجر أن يستعيد الثمن خلال تلك الفترة لو ارتأى عدم إنجاز العقد وصلاحيته بالنسبة له»^(١)

الخيار في الشريعة الإسلامية أحد أبواب المعاملات الرئيسة التي تسمح للمتعاقدين أن يختاروا الأصلح لأموالهم، وأحوالهم، وهو ما يسمى ب (خيار التروي) «ويسمى الخيار الشرطي، والتروي النظر والتفكير في الأمر، والتبصر فيه... وهو الذي ينصرف إليه بيع الخيار عند الإطلاق في عرف الفقهاء، وهو كما قال ابن عرفة: بيع الخيار بيع وقف به على إمضاء يتوقع. أجازته الشارع ليدخل من له الخيار على بصيرة بالثمن، والمثمن، ولينفي الغبن عن نفسه» .

المذهب الحنفي: «وبصح شرط الخيار في الإجارة: لأنه عقد معاوضة لا يلزم فيه القبض في المجلس فجاز اشتراط الخيار كالبيع»^(٢).

بالرغم من اتفاق المذاهب على مشروعية خيار الشرط فقد جرى بينهم خلاف على تحديد المدة التي يجوز للمتعاقدين، أو أحدهما اشتراطها، فجاءت، متسعة مرنة في مذاهب، ضيقة محدودة في مذاهب أخرى:

ذهب الحنفية والشافعية إلى أن الحد الأقصى الذي يجوز اشتراطه هو ثلاثة أيام فقط تمسكاً بالنص الوارد في ذلك.

ويتسع الأمر عند المالكية والحنابلة، يقول العلامة أبو عبد الله الخطاب رحمه الله تعالى: «والنظر في خيار التروي في مدته، وفيه الطواريء، فالمدة تختلف باختلاف

(١) انظر: Strauss, Michael, Timeshare Condominiums for the Beginner.p40.

(٢) الميداني، عبد الغني الغنيمي الدمشقي، الباب في شرح الكتاب، (بيروت: المكتبة العلمية، عام

١٤٠٠/١٩٨٠)، ج٢، ص١٠٥.

أنواع المبيعات؛ فإن القصد ما تختبر فيه تلك السلعة، وذلك يختلف... قال في الجواهر: وكذا لا بد من تحديده في الجملة، لكن يختلف باختلاف السلعة»^(١) وعند الحنابلة في قول العلامة منصور بن إدريس البهوتي رحمه الله تعالى: «خيار الشرط: هو أن يشترط في العقد، أو بعده في زمن الخيارين خيار المجلس وخيار الشرط مدة معلومة فيصح الشرط ويثبت الخيار فيها أي المدة المعلومة، وإن طالت»^(٢).

ثانياً: المهاية:

تقديم:

إن من أبرز خصائص هذا العقد (التملك الزمني) المرونة التامة في استبدال محل العقد، وأنه يتيح للمتعاقد التبادل مع الآخرين في الوحدة التي يملكها في مختلف البلاد وذلك بالاشتراك في شركات متخصصة «يتم التبادل عن طريقها، الموجود في الوقت الحاضر شركتان عالميتان لهذا الغرض (Resort Condominiums (RCI) (International) ، وشركة: (Interval International) .

السؤال المطروح هنا هو: هل يمكن أن يكون هذا التبادل بين المستفيدين في عقد التملك الزمني) الذي تقوم به هاتان الشركتان، أو غيرهما مما يقوم بهذه الوظيفة أن يعد من قبيل (المهاية الشرعية) في الفقه الإسلامي ؟ .
في سبيل إسقاط هذا الحكم على التبادل في عقد التملك الزمني سلباً، أو إيجاباً ينبغي أولاً وقبل كل شيء معرفة المعنى الشرعي لهذا المصطلح الفقهي في الفقه الإسلامي:

المهاية في المصطلح الشرعي:

في المذهب الحنفي:

«هي لغة: مفاعلة من التهيئة، وهي الحالة الظاهرة للمتهيئ للشيء، والتهايؤ تفاعل منها، وهو أن يتواضعوا على أمر فيتراضون به، وحقيقته: أن كلاً منهم رضي بهيئة واحدة ويختارها.

(١) مواهب الجليل لشرح مختصر خليل، ج٦، ص٣٠٢.

(٢) كشاف القناع عن متن الإقناع، (الرياض: مكتبة النصر الحديثة)، ج٣، ص٢٠٢.

وقيل: مفاعلة من التهاؤ فكأنه يتهاؤ بالانتفاع به عند فراغ صاحبه، والفرق بين القسمة والتهاؤ أن الأول يجمع المنافع في زمان واحد، والثاني يجمع على التعاقب. وشرعاً: قسمة المنافع.

والقياس أن لا تجوز؛ لأنها مبادلة المنفعة بمنسها لكنها جازت استحساناً بالإجماع^(١) «ولكل واحد أن يستغل ما أصابه بالمهاياة شرط ذلك في العقد، أو لم يشترط لحدوث المنافع على ملكه»^(٢).

يقسم الحنفية المهاياة إلى نوعين: «نوع يرجع إلى المكان، ونوع يرجع إلى الزمان. أما النوع الأول: فهو أن يتهايتا في دار واحدة على أن يأخذ كل واحد منهما طائفة منها يسكنها، وأنه جائز: لأن المهايات قسمة فتعتبر بقسمة العين، وقسمة العين على هذا الوجه جائزة، فكذا قسمة المنافع...

وأما النوع الثاني: وهو المهايات بالزمان فهو أن يتهايتا في بيت صغير على أن يسكنه هذا يوماً، وهذا يوماً...، وهذا جائز لقوله تبارك وتعالى: ﴿قَالَ هَذِهِ نَاقَةٌ لِمَا شَرِبْتُمْ وَكَلَّمْتُمْ بِيَوْمٍ تَمَلُّوهُمُ الشَّعْرَاءُ: ١٥٥﴾، أخبر سبحانه وتعالى عن نبيه سيدنا صالح عليه الصلاة والسلام المهايات في الشرب ولم ينكره سبحانه وتعالى، والحكيم إذا حكى عن منكر غيره، فدل على جواز المهايات بالزمان بظاهر النص، وثبت جواز النوع الآخر من طريق الدلالة: لأنها أشبه بالمقاسمة من النوع الأول؛ ولأن جواز المهايات بالزمان لمكان حاجات الناس، وحاجتهم إلى المهايات بالمكان أشد؛ لأن الأعيان كلها في احتمال المهايات بالزمان شرع سواء من الأعيان ما لا يحتمل المهايات بالمكان كالعبد والبيت الصغير ونحوهما، فلما جازت تلك فلأن تجوز هذه أولى.

(١) داماد افندي، عبد الله بن محمد، مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر، (بيروت: دار إحياء التراث العربي)، ج ٢، ص ٤٩٦.

(٢) المرغيناني، برهان الدين علي بن أبي بكر، الهداية شرح البداية، مع نتائج الأفكار في كشف الرموز والأسرار، الطبعة الأولى، (مصر: شركة مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده، عام ١٣٨٩/١٩٧٠)، ج ٩، ص ٤٥٦.

فصل: وأما بيان محل المهايئات فنقول: إن محلها المنافع دون الأعيان؛ لأنها قسمة المنفعة، دون العين فكان محلها المنفعة دون العين...

وأما المهايئات بالزمان فلكل واحد منهما أن يسكن، أو يستخدم لما ذكرنا لكن لا بد من ذكر الوقت من اليوم، والشهر ونحو ذلك ...؛ لأن الحاجة إلى ذكر الوقت لتصير المنافع معلومة^(١).

المذهب المالكي:

«القسمة ثلاثة أنواع: الأول: قسمة منافع وهي تهايؤ في زمن معين... كخدمة عبد، وركوب دابة شهراً لا أكثر، وسكنى دار سنتين ... فلا بد من تعيين الزمن قطعاً؛ إذ به يعرف قدر الانتفاع، وإلا فسدت»^(٢).

قال العلامة الرجراجي رحمه الله تعالى: «وقسمة المهانأة تقال بالنون؛ لأن كل واحد منهما هنى صاحبه بما أراده، ويقال بالياء أيضاً؛ لأن، كل واحد منهما وهب لصاحبه الاستمتاع بحقه في ذلك الشيء مدة معلومة، ويقال بالياء تحتيه ثتان؛ لأن كل واحد منهما هياً لصاحبه ما طلب منه»^(٣).

وفي تعريف المهايأة يقول العلامة أبو عبد الله محمد الأنصاري الرصاع: «اختصاص كل شريك بمشترك فيه عن شريكه زمناً معيناً من متحد، أو متعدد يجوز في نفس منفعته، لا في غلته»^(٤).

(١) الكاساني الحنفي، علاء الدين أبو بكر بن مسعود. بدائع الصنائع، الطبعة الثانية، (بيروت: دار

الكتاب العربي، عام ١٣٤٩/١٩٧٤). ج ٧، ص ٣١.

(٢) الزرقاني، عبد الباقي، شرح الزرقاني على مختصر سيدي خليل، وبهامشه حاشية سيدي الشيخ

محمد البتاني، (بيروت دار الفكر، عام ١٣٩٨/١٩٧٨م) ج ٦، ص ١٩٣.

(٣) الخطاب، أبو عبد الله محمد بن محمد بن عبد الرحمن الرعي، مواهب الجليل لشرح مختصر خليل،

الطبعة الأولى، ضبط زكريا عميرات، (مكة المكرمة، مكتبة دار الباز، عام ١٤١٦/١٩٩٥)، ٧،

ص ٤٠٥.

(٤) الرصاع، أبو عبد الله محمد الأنصاري، شرح حدود ابن عرفة الموسوم (الهداية الكافية الشافية لبيان

حقائق الإمام ابن عرفة الوافية) الطبعة الأولى بتحقيق محمد أبو الأجناف، والطاهر المعموري، الطبعة

الأولى، (بيروت: دار الغرب الإسلامي، عام ١٩٩٣م)، ج ٢، ص ٤٩٥.

يقول العلامة شهاب الدين القرافي: «في الكتاب: تجوز سكنى دار بسكنى دار، وكل ما جاز إجارته جاز أجره، وقاله أحمد و (ش) قياساً للمنافع على الأعيان»^(١).

المذهب الشافعي:

المهاياة: قسمة المنافع على التعاقب والتناوب^(٢).

يقول الإمام النووي في كتابه روضة الطالبين وعمدة المفتين: «تقسم المنافع كما تقسم الأعيان، وطريق قسمتها المهاياة: مياومة، أو مشاهرة، أو مسانهة»^(٣).

جاء في مجلة الأحكام الشرعية على مذهب الإمام أحمد في المادة: (١٩٠٥) المنافع تقسم قسمة تراض فتصح المهاياة بالزمان والمكان بتراضي الشركاء، وفي الدار والعبد ونحوهما، ولا تقسم قسمة إجبار»^(٤).

قال العلامة شرف الدين موسى الحجاوي المقدسي: «إن تراضياً على قسم المنافع كدار منفعتها لهما: مثل دار وقف عليهما، أو مستأجرة، أو ملك لهما فاقسماها مهاياة بزمان: أن تجعل الدار في يد أحدهما شهراً، أو عاماً ونحوه وفي يد الآخر مثلها، أو بمكان سكنى هذا في بيت، والآخر في بيت ونحوه جاز؛ لأن المنافع كالأعيان ... فإذا تهاياً اختص كل واحد بنفقتة، وكسبه في مدته ...»^(٥)

«ولا إجبار في قسمة المنافع بأن ينتفع أحدهما بمكان، والآخر بآخر، أو كل واحد منهما ينتفع شهراً، أو نحوه؛ لأنها معاوضة فلا يجبر عليها الممتنع كالبيع ...»^(٦)

(١) الذخيرة، الطبعة الأولى، تحقيق محمد بوخيزة، (بيروت: دار الغرب الإسلامي، عام ١٩٩٤م)، ج ٥، ٣٩٠.

(٢) المناوي، محمد عبد الرؤوف، التوقيف على مهمات التعاريف، الطبعة الأولى، تحقيق محمد رضوان الداية (بيروت: دار الفكر المعاصر، عام ١٤١٠/١٩٩٠) ص ٦٨٦.

(٣) الطبعة الثالثة، إشراف زهير شاووش (بيروت: المكتب الإسلامي، عام ١٤١٢/١٩٩١)، ج ٨، ٢١٧.

(٤) أحمد بن عبد الله قاري، ص ٥٦٦.

(٥) الإقناع، الطبعة الأولى، تصحيح عبد اللطيف السبكي، (مصر: المطبعة المصرية الأزهرية) ج ٤، ص ٤١٢.

(٦) البهوتي، منصور بن يونس بن إدريس، شرح منتهى الإرادات، (المدينة المنورة: المكتبة السلفية لصاحبها محمد عبد المحسن الكتيبي)، ج ٣، ص ٥١١.

في ضوء هذه التعريفات للمهياة ينظر إلى اشتراطات شركات التبادل (vocational exchange) التي سبق ذكرها فإنها في سبيل تحقيق رغبات المستفيدين من هذا العقد تشترط دفع رسوم عضوية للراغبين في التبادل حسب الأمكنة التي يرغبون قضاء الإجازة السنوية كل عام في مكان آخر غير مكانهم السابق، تعتمد الشركتان عند التبدل المقاييس، والضوابط التالية:

١. تناسب مقدار الإجارة في الأصل مع المكان المرغوب التحول إليه.

وهذا مبني على الأسس التالية:

١. العرض والطلب: شدة الطلب على بعض الأمكنة، وفي أزمته بعيدة، فلو أن مكان الراغب في التبدل والزمان الذي يملكه من المرغوبة جداً ستكون فرصة التبدل عظيمة.

٢. أهمية المكان، أو البلد التي يملك فيها طالب التبدل، وشدة الرغبة فيه، هو كل شيء، عندئذ تكون فرصة التبدل لمكان مناسب مواتية جداً.

٣. المستوى النوعي للمكان من حيث البناء والتجهيزات، هل هو في مستوى الخمس نجوم، أو أدنى.

٤. حجم الوحدة السكنية، أو عدد الغرف، ينبغي أن يكون في الاعتبار أن الوحدات الواسعة التي يمكن أن تضم الحد الأعلى للأعداد الكبيرة ستكون لها الأولوية في التبادل.

٥. الوقت المخصص لصاحب العقد في أصل العقد له أهميته في الاستجابة لتحقيق رغبة التبدل.

هذه أهم النقاط لتحقيق رغبة التبدل من موقع إلى موقع آخر^(١).

لما أن هذا العقد يتضمن إمكانية التبادل بين العاقد والمهية المتخصصة في تبادل الأمكنة التي تمت على أساس (عقد التملك الزمني فهل يعد ما تقوم به هاتان الشركتان الآنفتا الذكر، أو غيرهما التي تقوم بمثل هذا العمل من قبيل المهياة الشرعية؟

(١) انظر: Holden, Karen, Simplifying Timeshare, P80-84.

المهاياة في الفقه الإسلامي كما سبق التعريف بها تكون وفق التالي:

١. محلها المنفعة بعين من الأعيان واحدة، أو متعددة وهذا متحقق في التبادل حسب عقد التملك الزمني.
 ٢. يحدد الانتفاع بين الشريكين، أو الشركاء بزمان أسبوع، شهر، سنة الخ حسبما يتم الاتفاق عليه بين الطرفين، أو الأطراف، هذا هو الأساس في عقد التملك الزمني، وبجسبه يكون الاستبدال بين الأطراف في هذا العقد.
 ٣. التراضي اختياراً بين الأطراف شرط أساس سواء في المهاياة وعقد التملك الزمني.
 ٤. اختصاص كل واحد بالنفقة في المدة التي انتفع بها من العين، وكما هو واجب في المهاياة فهو أحد مسؤوليات كل طرف في عقد التملك الزمني.
- هذا بالإضافة إلى بعض القيود الأخرى التي تتضمنها وثيقة عقد التبادل في التملك الزمني التي من شأنها تحقيق العدالة بين كل الأطراف، وتتفادى وجود أسباب النزاع والخصومة، وهذا مقصد شرعي يحرص عليه الفقه الإسلامي في جميع العقود.

المبحث الخامس

ورود عقود على عقد التملك الزمني

١. تصرف المالك في العين المؤجرة:
معلوم أن عقد التملك الزمني على عين واحدة سواء كانت عقاراً أو سيارة، أو غير ذلك، يتم لأعداد كبيرة من المتعاقدين، حسب جدول زمني مقرر لكل فرد؛ بحيث لا تتعارض حقوق الجميع، يستوفي كل فرد حق المنفعة في الزمن المقرر وفق جدول منظم، فإذا سلمت للمستأجر، وخلصت له العين في الفترة المحددة في العقد فإنه لا يضر عقد يرم على نفس العين المعقود عليها عقد تملك زمني كبيع، أو إجارة، أو رهن أو وقف، أو هبة، أو وصية مع المستأجر نفسه، أو مع طرف آخر غيره، ولا يكون لهذا تأثير على عقد الإجارة الزمنية، بل يمضي عقدها كما كان قبل طرء العقد، أو العقود الأخرى، وهو ما يتضح من النصوص الفقهية التالية:

مذهب الشافعية: جواز بيع العين المستأجرة، والتصرف فيها ما سلمت المنفعة للمستأجر حسب العقد «ويصح بيع العين المستأجرة حال الإجارة للمكثري قطعاً؛ لانقضاء الحائل، ولا تنفسخ الإجارة في الأصح لورودها على المنفعة، والملك على الرقبة بلا منافاة، فلو باعها لغيره، أو وهبها، أو أوصى بها، وقد قدرت الإجارة بزمان جاز في الأظهر، وإن لم يأذن المكثري لما مر من اختلاف الموردين، ويد المستأجر لا تعد حائلة في الرقبة؛ لأن يده عليها يد أمانة، ومن ثم لم يمنع المشتري من تسلمها لحظة لطيفة ليستقر في ملكه، ثم يرجع المستأجر، ويقتصر ذلك القدر السير للضرورة، ولا تنفسخ الإجارة قطعاً»^(١)

يوافق الخنابلة الشافعية في هذا جملة وتفصيلاً، جاء التصريح بهذا في عباراتهم: «ويصح بيع عين مؤجرة نصاً، سواء كانت الإجارة مدة لا تلي العقد، ثم يبعث قبلها، أو أثناء المدة؛ لأن الإجارة عقد على المنافع فلا تمنع البيع، ولا يفتقر إلى إجازة المستأجر، لأن العقود عليه في الإجارة غير العقود عليه في البيع، (ولمشتري لم يعلم) أن المبيع مؤجر (نسخ، أو إمضاء) للبيع (مجاناً)، ولا تنفسخ الإجارة ببيع، ولا هبة لعين مؤجرة ولو كان البيع، أو الهبة لمستأجر؛ لأنه ملك المنفعة بعقد الإجارة، ثم ملك العين بعقد البيع، أو الهبة فلم يتنافيا، كما لو ملك الثمرة بعقد، ثم ملك العين بعقد آخر، ولا تبطل الإجارة بوقف عين مؤجرة، ولا بانتقال الملك فيها بإرث، أو وصية، أو نكاح، أو خلع، أو طلاق ونحوه كجعالة؛ لورودها على ما يملكه المؤجر من العين المسلوقة النفع زمن الإجارة»^(٢)

مذهب الحنفية:

ينظر الحنفية إلى العقود التالية لعقد الإجارة في الحالات السابقة من زوايا وجوانب عديدة:

أولاً: العقد بين مالك العين والمقود معهم في العقود التالية الطارئة على عقد الإجارة، الصحيح من المذهب أنه عقد صحيح جائز.

ثانياً: مدى تأثير عقد الإجارة الأول بالعقود اللاحقة لا تأثير عليه إطلاقاً.

(١) الرملي، نهاية المحتاج، ج ٥، ص ٣٢٨.

(٢) البهوتي، شرح منتهى الإرادات، ج ٢، ص ٣٧٥.

ثالثاً: أهمية موقف المستأجر الأول من العقود اللاحقة إجازة لها، أو منعاً يظل العقد التالي موقوفاً حتى انقضاء مدته.

رابعاً: حق المعقود معهم في العقود اللاحقة في إجازة العقد، أو فسخه إذا علموا بارتباط العين بعقد سابق، إذا كان العقد اللاحق يتعارض مع حقوقهم، لهم حق الفسخ إن لم يميز المستأجر عقودهم التالية لعقده، وقد جاء النص على هذه الحالات كالتالي: «ولو باع المؤجر الدار المستأجرة بعدما أجزاها من غير عذر، ذكر في الأصل أن البيع لا يجوز، وذكر في بعض المواضع أن البيع موقوف، وذكر في بعضها أن البيع باطل، والصحيح أنه جائز في حق البائع والمشتري، موقوف في حق المستأجر، حتى إذا انقضت المدة يلزم المشتري البيع، وليس له أن يمتنع من الأخذ، وليس لبائع أن يأخذ المبيع من يد المستأجر من غير إجازة البيع، ومتى فسخ لا يعود جائزاً بعد انقضاء مدة، وهل يملك المستأجر فسخ هذا البيع؟

ذكر في ظاهر الرواية أنه لا يملك الفسخ حتى لو فسخ لا يفسخ حتى إذا مضت مدة الإجازة كان للمشتري أن يأخذ الدار»^(١)

مذهب المالكية:

جواز عقد البيع متزامناً مع عقد الإجازة، دون أن يكون لهذا تأثير على أحدهما بالفساد، سواء كانت الإجازة في نفس المبيع، أم في غيره لعدم وجود تعارض بين العاقدين، فقد روى ابن القاسم قول مالك رحمه الله تعالى (إن البيع والإجازة جائز في المبيع وغيره إلا أنه يشترط إذا كانت الإجازة في المبيع أن يكون مما يعرف وجه خروجه)^(٢)

٢- تصرف المستأجر في العين المستأجرة:

المالكية:

«قال في العمدة: وله (للمستأجر) استيفاء المنفعة بنفسه، أو بمثله خفة وحذقاً بالمسير، ثم قال: ومن اكرى داراً فله أن يسكنها، أو يسكنها، أو يؤجرها من

(١) الكاساني، بدائع الصنائع، ج ٤، ص ٢٠٧.

(٢) المواق. محمد بن يوسف، التاج والإكليل بهامش طبعة السلطان عبد الحفيظ، الطبعة الأولى (مصر: مطبعة السعادة، عام ١٣٢٩هـ)، ج ٥، ص ٣٩٦.

مؤجرها، أو أجنبي مثل الأجر، أو أقل، أو أكثر، انتهى وله نحوه في الإرشاد ... ثم إن محل استيفاء المنفعة لا يتعين، وإن عين، بل للمستأجر أن يستوفي المنفعة بنفسه، وبغيره، وله أن يؤجر مؤجره وغيره بمثل الإجارة، وبالأقل، والأكثر قال في شرحه: معناه إذا استأجر الرجل داراً ليسكنها، أو دابة ليركبها ونحو ذلك لم يتعين عليه أن يسكنها، أو يركبها هو بنفسه، ولو عين نفسه للسكنى، أو للركوب، بل له أن يسكنها، أو يركبها لمن شاء ممن هو في رفقته في السكنى، وفي خفته في الركوب، وحذقه في السير؛ وذلك لأنه قد ملك المنفعة بالعقد فله أن يملكها لمن شاء كسائر أملاكه؛ ولهذا يكون له إجازة ما استأجره ممن شاء بما شاء، هذا وقد قال في المدونة: وكره مالك لمكتري الدابة لركوبه كراءها لغيره، وإن كان أخف منه، أو مثله، وإن أكرها لم أفسخه، وعلى هذا اقتصر خليل في مختصره»^(١)

جاء في الموسوعة الفقهية الكويتية^(٢) بأن: «جمهور الفقهاء (الحنفية والمالكية، والشافعية، والأصح عند الحنابلة) على جواز إيجار المستأجر إلى غير المؤجر الشيء الذي استأجره وقبضه في مدة العقد، ما دامت العين لا تتأثر باختلاف المستعمل، وقد أجازته كثير من فقهاء السلف، سواء أكان بمثل الأجرة، أم بزيادة»^(٣)

٣- تأجير العين المستأجرة للمؤجر:

«المالكية والشافعية يميزونها مطلقاً، عقاراً، أو منقولاً، قبل القبض، أو بعده، وهو أحد وجهين عند الحنابلة، والوجه الثاني لهم أنه لا يجوز قبل القبض، بناء على عدم جواز بيع ما لم يقبض، ومنع الحنفية إيجارها للمؤجر مطلقاً عقاراً كان، أو منقولاً، قبل القبض، أو بعده، ولو بعد مستأجر آخر.

وهل إذا أجرها ثان للمؤجر الأول تبطل الإجارة الأولى؟ رأيان: الصحيح لا تبطل، والثاني تبطل، وذلك لأن إيجارها للمؤجر تناقض؛ لأن المستأجر مطالب

(١) الخطاب، مواهب الجليل شرح مختصر سيدي خليل، طبعة الملك عبد الحفيظ، ج ٥، ص ٤١٧.

(٢) لجا البحث إلى الاعتماد على نصوص الموسوعة الفقهية الكويتية في هذه الفقرات رغبة في الاختصار.

(٣) الطبعة الثانية، (الكويت: طبعة ذات السلاسل، عام ١٤٠٤/١٩٨٣) ج ١، ص ٢٦٧.

بالأجرة فيصح دائماً من جهة واحدة، وهذا تناقض^(١) هذا يقود إلى البحث في الموضوع التالي:

٤- شرعية إصدار صكوك على حقوق التملك الزمني (صكوك الإجارة):
إصدار حقوق التملك الزمني (صكوك إجارة) يبدو - والله أعلم - أنه لا مانع منها، بشرط أن لا يتضمن العقد غرراً، أو جهالة، أو تحايلاً على معاملة ربوية، مما هو ممنوع شرعاً في كل معاملة مالية، فإن هذا العقد فيه معنى (المالية)، وهذا متحقق في منفعة العين المؤجرة، والأجرة المقابلة لها^(٢).

في ضوء ما تقدم من الرأي القائل بجواز إجارة العين المستأجرة سواء في هذا لأجنبي، أو للمؤجر صاحب الملك نفسه، وبسعر مائثل، أو أقل، أو أكثر، فإنه يبدو - والله أعلم - أنه لا مانع من ذلك إذا خلا العقد من الأمور الثلاثة الآتفة الذكر. وقد تقدمت النصوص المفيدة لها في رقم (٢) و (٣) من هذا البحث.

المبحث السادس

الجامع

وفيه مسألتان.

الأولى: حكم العقد لدى موت أحد المتعاقدين:

من الأحوال التي تعترض أمثال هذا العقد؛ وفاة أحد المتعاقدين: المالك، أو المستأجر، أو كليهما، هذا ينشئ حالة فقهية حقوقية جديدة اختلفت فيها المذاهب الفقهية: «قال مالك والشافعي، وأحمد، وإسحاق، وأبو ثور: لا يفسخ، ويورث عقد الكراء، وقال أبو حنيفة والثوري، والليث يفسخ.

وعمدة من لم يقل بالفسخ: أنه عقد معاوضة فلم يفسخ بموت أحد المتعاقدين، أصله البيع^(٣).

(١) الموسوعة الفقهية الكويتية، ج ١، ص ٢٦٨.

(٢) أنظر: أبو سليمان، عبد الوهاب، فقه المعاملات الحديثة، ص ١٣٤.

(٣) ابن رشد، أبو الوليد أبو الوليد محمد بن أحمد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، الطبعة الأولى، تحقيق ماجد الحموي، (بيروت: دار ابن حزم، ودار الصميم بالرياض، عام ١٤١٦/١٩٩٥) ج ٤، ص ١٣٥٦.

يقرر الجمهور جواز فسخ الإجارة في حالة واحدة فقط ذلك عند تعذر الحصول على المنفعة بسبب في المعقود عليه، وقد وضعوا لهذا الضابط الفقهي التالي: «لا يفسخ عقد الإجارة إلا بما تنسخ به العقود اللازمة من وجود العيب بها، أو ذهاب محل استيفاء المنفعة»^(١)

مذهب الحنفية: «إذا مات أحد المتعاقدين، وقد عقد الإجارة لنفسه انفسخت الإجارة، وإن عقدها لغيره لم تنسخ»^(٢)

«وعمدة الحنفية: أن الموت نقلة لأصل الرقبة المكتراة من ملك إلى ملك، فوجب أن يبطل»^(٣)

التفصيل الذي ذهب إليه الحنفية قل أن يلتفت إليه العاقد، فهو حين يبرم العقد يبرمه لنفسه، ومثل العقد (التملك الزمني) مثل غيره من العقود ينتقل تلقائياً إلى الورثة، وانتقال الملك بالإرث إلى الورثة هو نقلة لأصل الرقبة المكتراة إلى ملك الورثة مباشرة بطريقة شرعية، وهو انتقال معترف به شرعاً و عرفاً، والقول ببطلان عقد سابق بسبب الموت، برغم انتقاله بطريق مشروع إلى الورثة، أو إلى جهة أخرى يؤدي إلى زعزعة حركة السوق المالية، وعدم الوثوق حتى بالعقود الصحيحة، لهذا فإنه يترجح قول الجمهور حيث يؤدي إلى استقرار الأمور المالية، والثقة التامة فيما يبرم من عقود وهذا منصوص عليه صراحة في المذاهب السابقة، ففي المذهب الحنبلي ورد النص كالتالي: «ولا تبطل الإجارة بوقف عين مؤجرة، ولا بانتقال الملك فيها بإرث، أو وصية»^(٤).

الثانية: الصيانة:

يقصد من الصيانة بشكل عام: «عمل كل ما من شأنه أن يضمن استمرار الأداء السليم للعين المؤجرة، واستيفاء كامل منفعتها المطلوبة للمستأجر خلال الفترة

(١) أبو سليمان، عبد الوهاب، فقه المعاملات الحديثة مع مقدمات ومهدات وزيادات، ص ٢٩٩.

(٢) الميداني، عبد الغني النعيمي، اللباب في شرح الكتاب، ج ٢، ص ١٠٥.

(٣) ابن رشد، بداية المجتهد، ج ٤، ص ١٣٥٦.

(٤) البهوتي، شرح منتهى الإرادات، ج ٢، ص ٣٧٥.

المتفق عليها بين المتعاقدين»^(١)

المعروف اليوم أن الصيانة أوسع معنى، وأبعد مدى؛ ولهذا تم تفصيلها على النحو التالي: «أن هناك ترميمات ضرورية تتصل بحفظ العين على الحالة التي كانت عليها، وترميمات ضرورية للإبقاء على انتفاع المستأجر بها انتفاعاً غير منقوص، وترميمات إيجاريه يقوم بها المستأجر الترميمات الضرورية لحفظ العين غير تلك التي تكون ضرورة للانتفاع بالعين، وإن كانت لاتساعها تشملها.

فالترميمات الضرورية لحفظ العين: ترميمات ضرورية مستعجلة لحفظ العين من الهلاك، فأصلاح الحائط إذا كان يهدد بالسقوط، وتقوية الأساسات إذا كانت واهية، وترميم الطوابق السفلية إذا غمرتها المياه فأوهنت من أساساتها، وترميم الأسقف إذا كانت موشكة على الانهيار، كل هذه ترميمات ضرورية لحفظ العين من الهلاك.

أما الترميمات الضرورية للانتفاع بالعين فهذه ترميمات لازمة حتى يتمكن المستأجر من الانتفاع بالعين انتفاعاً كاملاً، وإن لم تكن لازمة لحفظ العين من الهلاك، وهي في الوقت ذاته ليست من الترميمات البسيطة التي جرى العرف بمجعلها على المستأجر فتختلف بذلك عن الترميمات الإيجارية، مثل ذلك إصلاح السلم، أو المصعد، أو دورة المياه، كل هذه ضرورة للانتفاع بالعين، وتجاوز مجرد الترميمات التأجيرية، وهي في الوقت ذاته ليست ضرورية لحفظ العين من الهلاك؛ فإن العين تبقى قائمة سليمة ولو اختل السلم، أو المصعد، أو دورة المياه، واختلاف هذه الأشياء إنما يؤثر في الانتفاع بالعين، لا سلامتها، ولما كان المؤجر يلتزم بتعهد العين بالصيانة فإنه يترتب على ذلك أن يكون ملزماً بإجراء هذه الترميمات.

أما الترميمات الإيجارية فهي: ترميمات بسيطة، جرى العرف على أن يقوم بها المستأجر، مثل إصلاح البلاط، والنوافذ، والأبواب، والأواح الزجاج، والمفاتيح، والأقفال، وصنابير المياه، وأجهزة الكهرباء، والغاز، والتكييف، والأجراس

(١) أبو سليمان، عبد الوهاب إبراهيم، فقه المعاملات الحديثة، ص ٢٩٢.

الكهربائية، ودهان الحيطان إذا كان العرف يجعله من الترميمات الإيجارية، والمستأجر هو الذي يلتزم بالقيام بهذه الترميمات الإيجارية»^(١).

الترميمات الضرورية لسلامة العين مسؤولية المؤجر مالك العين:

أما الترميمات الضرورية للإبقاء على انتفاع المستأجر بها انتفاعاً غير منقوص، مثل إصلاح السلم، أو المصعد، أو دورة المياه، كل هذه ضرورية للانتفاع بالعين، وتجاوز مجرد الترميمات التأجيرية، وهي في الوقت ذاته ليست ضرورية لحفظ العين من الهلاك؛ فإن العين تبقى قائمة سليمة ولو اختل السلم، أو المصعد، أو دورة المياه، واختلال هذه الأشياء إنما يؤثر في الانتفاع بالعين، لا سلامتها. ضابط القول في هذين القسمين يرجع إلى العرف، وكذلك إلى ما يضعه المؤجر من شروط على المستأجر أثناء العقد.

كما أن تكاليف الصيانة في هذا العقد ليست فقط فيما يخص وحدة السكن الواحدة التي يشغلها المشتري، بل هي مسؤولية جماعية، تضامنية لكافة وحدات العقار الذي يستخدمونه^(٢).

الخاتمة

توصلت الدراسة والبحث فيما يتعلق بعقد التملك الزمني في الفقه الإسلامي إلى النتائج التالية:
أولاً: عقد التملك الزمني قديم التكوين والتوظيف، حديث التطوير، والتنوع في الاستعمال.

ثانياً: يعرف هذا العقد في القانون بأنه: «تملك المنافع لقضاء فترة زمنية محدودة أسبوعاً، أو شهراً في العام لشقة موصوفة في الذمة في بلد معين، أو بلدان عديدة معينة، يسمى في اللغة الإنجليزية بأسماء متعددة.

ثالثاً: عقد التملك الزمني في القانون، والواقع العملي أنواع عديدة:

١. التملك الدائم: (A deeded Property).

٢. الإجارة: (Lease).

(١) عطالله، بهام محمد، إيجار الأماكن (مصر: مطابع جريدة السفير، عام ١٩٨٥م)، ص ٣٧٠.

(٢) انظر: P13, (UK). Holden, Karen, Simplifying Timeshare, SC2007, (UK).

٣. نظام النقاط: (Point Based) .

٤. الملكية البسيطة: (Fee – Simple Ownership) .

٥ , حق الاستخدام (Right to Use) .

رابعاً: أساليب إنجاز هذا العقد في البلاد التي تمارس هذا النوع من العقود متنوعة:

في الولايات المتحدة الأمريكية: يتم مع صاحب الملك مباشرة، أو من خلال شركة متخصصة، أو عن طريق التسجيل في ناد متخصص، يقوم فيه العقد على أساس النقاط.

في بريطانيا: يتم عن طريق هيئة متخصصة في العطلات، تعرف باسم (النادي الأمين).

في فرنسا: يتم من خلال إنشاء شركة متخصصة في هذا النشاط.

خامساً: هذه الصيغ العملية المختلفة قصد منها الحرص، والحفاظة على حقوق المستفيدين، وهي في مضمونها تتفق مع مقاصد الشريعة الإسلامية في الحفاظة على الأموال.

سادساً: يمكن تعريف هذا العقد تعريفاً فقهياً جامعاً لأقسامه، مانعاً لما ليس منه بأنه: (عقد على عين، أو منفعة تأييداً، أو تأقيتاً).

فإن يكن تملك العين تملكاً مؤبداً فهو عقد بيع يترتب عليه آثار البيع في انتقال الملكية، وحرية التصرف في البيع، يدخل في هذا القسم من عقد التملك الزمني: (التملك الدائم: (A Ddeded Property) .

وإن يكن عقد انتفاع للعين، محدوداً بزمن طال، أو قصر فهو من قبيل: (عقد الإجارة الوارد على منافع الأعيان)، وهو متمثل في الأنواع التالية:

١. التملك المؤقت (Fee – Simple Ownership) .

٢. الإجارة الطويلة الأجل: (Lease Contract) .

سابعاً: صحة عقد التملك الزمني بأقسامه، وصيغه المعروفة، وأمثله العديدة مشروط بموافقة لقواعد الشريعة، في البيع إن كان عقد بيع، والإجارة إن كان عقد إجارة، وخلوه من: الجهالة، والغرر، والربا.

ثامناً: عقد التملك الزمني المبني على أسس شرعية صحيحة يحقق عدداً من المقاصد الشرعية، والمصالح الشخصية لكافة المتعاقدين: تنمية الأموال، التنمية الاجتماعية، الاستمتاع بالطيبات.

تاسعاً: اعتبار العرف المحلي والدولي في عقد التملك الزمني ما لم يعارض نصاً، أو قاعدة شرعية.

عاشراً: ضرورة اعتبار تجدد العرف، وعدم الجمود على المنقولات، فالجمود عليها أبداً ضلال في الدين، وجهل بمقاصد علماء المسلمين.

حادي عشر: مجالات عقد التملك الزمني: جميع العروض التجارية: المنقولة، وغير المنقولة.

ثاني عشر: من أهم خصائص عقد التملك الزمني إعطاء المتعاقد (المستفيد) الخيار، وهو مشروع في الفقه الإسلامي، ويسمى خيار التروي، وخيار الشرط، أجازته الشارع ليدخل من له الخيار على بصيرة بالثمن، والمثمن، ولينفي الغبن عن نفسه.

ثالث عشر: تختلف مدة الخيار باختلاف أنواع المبيعات: فإن القصد منه إعطاء المتعاقد (المستفيد) المدة الكافية التي يستطيع خلالها معرفة ما إذا كان من صالحه إتمام العقد، أم لا، وهذا يختلف باختلاف أنواعها.

رابع عشر: المهاية: قسمة المنافع على التعاقب، والتناوب تصح بالزمان، والمكان بتراضي الشركاء، وما تقوم به شركات الاستبدال من اشتراطات غالباً ما تصب في تحقيق مصالح ورغبات جميع الأطراف بطريقة سواء.

خامس عشر: تصرف المالك في العين المؤجرة ببيع أو إجارة، أو رهن، أو غير ذلك صحيح إذا لم يتعارض مع حقوق المتعاقدين على نفس العين.

سادس عشر: تصرف المستاجر في العين المؤجرة بالتأجير لمالك العين أو لغيره بمثل الثمن، أو بأقل، أو بأكثر صحيح بشرط ألا يكون تحايلاً للتوصل إلى ربا.

سابع عشر: مشروعية إصدار صكوك على حقوق التملك الزمني (صكوك الإجارة) بشرط خلوها من: الجهالة، والغرر، والربا؛ ذلك لأن هذا العقد فيه معنى المالية، وهذا متحقق في منفعة العين المؤجرة، والأجرة في مقابلها.

ثامن عشر: وفاة أحد العاقدين لا يعد من أسباب فسخ العقد، بل يظل مستمراً يرثه ورثته.

تاسع عشر: تكاليف صيانة المباني في عقد التملك الزمني تخضع للعرف العالمي، والمحلي، ولما يتم من شروط قبل العقد، أو أثناءه.

التوصيات

هذا النوع من العقود قد أرسيت قواعده وقوانينه في الغرب، وبدأ تطبيقه في البلاد الإسلامية بصورة سريعة واسعة، في ضوء هذا الانتشار، وظهور المشاريع الكبيرة نحو هذا العقد، وحتى لا يتع الناس ضحية المحتالين، واستغلال المتربصين كما حدث هذا في الغرب من قبل، ولا زال فإنه يوصى بالآتي:

١. إيجاد هيئة حكومية تقنن لهذا العقد لتقصد حماية المستهلكين من الابتزاز.
٢. إيجاد هيئة حكومية خاصة لحماية المتعاقدين من الاستغلال قبل العقد، وأثناءه: حفظاً لحقوق الأفراد المتعاقدين من الضياع، ومنعاً لتفرد الطامعين بهم. ينبغي أن لا يعزب عن البال أن هذا العقد ليس عقداً استثمارياً يدر ربحاً - هذا في الغالب - ولكنه يضمن حماية من التضخم للمتعاقدين فيه، وكذلك السلامة من ارتفاع أسعار الأوتيلات، إن إعادة بيعه ربما يكلف خسارة ٥٠٪ من قيمته، وربما أكثر^(١).

والله ولي التوفيق، والهادي إلى سواء السبيل وصلى الله وسلم وبارك على أشرف المرسلين، سيدنا محمد، وعلى آله، وصحبه أجمعين، والحمد لله رب العالمين.
حرر في مكة المكرمة ١٠/٥/١٤٢٨ هـ الموافق ٢٧/٥/٢٠٠٧ م.

كتبه

عبد الوهاب إبراهيم أبو سليمان
مكة المكرمة - المملكة العربية السعودية

مصادر
بمحت عقد التملك الزمني
(TIMESHARE)

المصادر العربية

* البابرقي، أكمل الدين محمد بن محمود.

- شرح العناية على الهداية، بهامش شرح فتح القدير للكمال بن الهمام، الطبعة الأولى، مصر: شركة مكتبة ومطبعة مصطفى البايي الحلبي وأولاده، عام ١٣٨٩ / ١٩٧٠.

* البهوتي، منصور بن يونس.

- شرح منتهى الإرادات، المدينة المنورة: المكتبة السلفية
- كشاف القناع عن متن الإقناع الرياض: مكتبة النصر الحديثة

* جميعي، حسن عبد الباسط.

- التعامل على الوحدات العقارية بنظام المشاركة في الوقت مصر: النسر الذهبي للطباعة، عام ١٩٩٧ م.

* ابن حجر، أحمد بن علي العسقلاني.

- فتح الباري بشرح صحيح الإمام البخاري، رقم كتبه وأبوابه وأحاديثه محمد فؤاد عبد الباقي، وأشرف عليه محب الدين الخطيب. مصر: المطبعة السلفية ومكتبتها.

* الخطاب، أبو عبد الله محمد بن محمد بن عبد الرحمن الرعيني المكي.

- مواهب الجليل لشرح مختصر أبي الضياء سيدي خليل، الطبعة الأولى، ضبطه زكريا عميرات. مكة المكرمة: مكتبة دار الباز، عام ١٤١٦ / ١٩٩٥.

* داماد أفندي، عبد الله بن محمد.

- مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر بيروت: دار إحياء التراث العربي

* الدسوقي، محمد عرفة.

- حاشية الدسوقي على الشرح الكبير. بيروت: دار الفكر للطباعة والنشر

والتوزيع.

- * ابن رشد، أبو الوليد محمد بن أحمد.
- بداية المجتهد ونهاية المقتصد، الطبعة الأولى تحقيق ماجد الحموي بيروت: دار ابن حزم، ودار الصميمي بالرياض، عام ١٤١٦/١٩٩٥
- * الرصاع، عبد الله محمد الأنصاري.
- شرح حدود ابن عرفة، الموسوم: الهداية الكافية الشافية لبيان حقائق الإمام ابن عرفة الوافية. الطبعة الأولى، تحقيق محمد أبو الأجفان، والطاهر المعموري. بيروت: دار الغرب الإسلامي، عام ١٩٩٣ م.
- * الرملي، شمس الدين محمد بن أبي العباس أحمد بن حمزة.
- نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج. مصر: شركة مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده.
- * الزرقاني، عبد الباقي.
- شرح الزرقاني على مختصر سيدي خليل، وبهامشه حاشية سيدي الشيخ محمد البتاني. بيروت دار الفكر، عام ١٣٩٨/١٩٧٨.
- * أبو سليمان، عبد الوهاب إبراهيم
- فقه المعاملات الحديثة مع مقدمات ممهّدات وقرارات الطبعة الثانية، عام ١٤٢٧ هـ الدمام: دار ابن الجوزي.
- * السنهوري، عبد الرزاق.
- الوسيط في شرح القانون المدني الجديد. الطبعة الثالثة، إضافة حواشي عبد الباسط جيعي، ومصطفى محمد الفقي، بيروت: منشورات الحلبي الحقوقية، عام ١٣٩٨ م.
- * الشلي، شهاب الدين أحمد.
- حاشية تبين الحقائق شرح كثر الدقائق. الطبعة الثانية، بهامش تبين الحقائق. بيروت: دار المعرفة للطباعة والنشر
- * عامر، محمد.
- ملخص الأحكام الشرعية على المعتمد من مذهب المالكية. الطبعة الثانية، بنغازي: المطبعة الأهلية، عام ١٣٩٢/١٩٧٢.

* ابن عرفة، أبو عبد الله محمد.

- الحدود مع شرحه لأبي عبد الله محمد الأنصاري المشهور بالرصاص، الطبعة الأولى، تحقيق محمد أبو الأجنان، والطاهر المعموري. بيروت: دار الغرب الإسلامي، عام ١٩٩٣ م.

* عطا الله، برهام محمد.

- إيجار الأماكن. مصر: مطابع جريدة السفير، عام ١٩٨٥ م.

* علي حيدر.

- تعريب المحامي فهمي الحسيني.

- درر الأحكام شرح مجلة الأحكام بيروت وبغداد: منشورات مكتبة النهضة.

* القاري أحمد عبد الله.

- مجلة الأحكام الشرعية على مذهب الإمام أحمد بن حنبل. الطبعة الثالثة. تحقيق عبد الوهاب إبراهيم أبو سليمان، ومحمد إبراهيم أحمد علي. جدة لك تهامة: عام ١٤٢٦ هـ.

* القرافي، شهاب الدين أحمد بن إدريس.

- الذخيرة. الطبعة الأولى، تحقيق محمد بوخبزة، بيروت: دار الغرب الإسلامي، عام ١٩٩٤ م.

* القليوبي، شهاب الدين أحمد بن أحمد.

- حاشية على شرح المحلي للمنهاج. بيروت: دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع.

* ابن القيم، شمس الدين أبو عبد الله محمد بن أبي بكر.

- إعلام الموقعين عن رب العالمين. الطبعة الأولى، تحقيق محمد محيي الدين عبد الحميد. مصر: المكتبة التجارية الكبرى، المكتبة التجارية الكبرى، عام ١٩٥٥/١٣٧٤

* الكاساني الحنفي، علاء الدين أبو بكر بن مسعود.

- بدائع الصنائع. الطبعة الثانية. بيروت: دار الكتاب العربي، عام ١٩٧٤/١٣٩٤.

* المغربي، الرشيد.

- حاشية على نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج. مصر: شركة مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده.

* المرغيناني، برهان الدين علي بن أبي بكر.

- الهداية شرح البداية، مع نتائج الأفكار في كشف الرموز والأسرار. الطبعة الأولى. مصر: شركة مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده، عام ١٣٨٩/١٩٧٠.

* المناوي، محمد عبد الرؤوف.

- التوقيف على مهمات التعاريف. الطبعة الأولى. تحقيق محمد رضوان الداية. بيروت: دار الفكر المعاصر، عام ١٤١٠/١٩٩٠.

* المواق، محمد بن يوسف.

- التاج والإكليل بهامش طبعة السلطان عبد الحفيظ. الطبعة الأولى. مصر: مطبعة السعادة، عام ١٣٢٩هـ.

* الميداني، عبد الغني الغنيمي الدمشقي.

- اللباب في شرح الكتاب. بيروت: المكتبة العلمية، عام ١٤٠٠/١٩٨٠ وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية. الكويت.

* الموسوعة الفقهية الكويتية.

- الطبعة الثانية. الكويت: طباعة ذات السلاسل، عام ١٤٠٤/١٩٨٣.

المصادر الأجنبية

Downes, John, Jordan Elliot Goomane, Dictionary of Finance and Investment, 5th Edition.

Webster, s11. New Collegiate Dictionary. New York Boston, Houghtom Mifflim Company, 1995.

Ssrauss, Michael, Timashare Condominiums for the Beginner, Second Edition. 2001. Published by Virualbookworm. com Publishing INC.

Kavin, Kim. Everything. Family Guide to Timeshares. USA, Massachusetts, Adams Media, 2006.

Holden, Karen. Simplifying Timeshare, Bloomington, In Authork/house.UK.

نظام الاشتراك في الوقت
«عقد التملك الزمني»
(TIME SHARING)
صورة وتكييفه الفقهي

إعداد الدكتور: محمد أكرم لال الدين
قسم الفقه وأصوله
الجامعة الإسلامية العالمية بماليزيا

بِسْمِ اللّٰهِ الرَّحْمٰنِ الرَّحِیْمِ

الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على المبعوث رحمة للعالمين سيدنا محمد وعلى آله وصحبه أجمعين.

وبعد: فإن نظام الاشتراك الوقت ^(١)، time sharing (التملك الزمني) يعتبر أحد العقود المهمة التي يتم التعامل بها على نطاق واسع وفي مجالات عديدة في الوقت الراهن، وقد شهد هذا النظام بشقيه البيع والإجارة، إقبالاً ملحوظاً وتزايد عدد الوحدات العقارية العاملة بموجبه تزايداً ملحوظاً، ولهذا دعت الحاجة إلى معرفة الحكم الشرعي لهذا النظام بصورة المختلفة، وفي هذا السياق يأتي هذا البحث.

وتتضمن خطة البحث ما يلي:

- * المبحث الأول: مفهوم عقد الاشتراك في الوقت ونشأته.
- * المبحث الثاني: صور عقد الاشتراك في الوقت.
- * المبحث الثالث: الفرق بين عقد البيع وعقد الإجارة في نظام الاشتراك في الوقت، وكيفية تطبيق هذا النظام.
- * المبحث الرابع: إيجابيات وسلبيات نظام الاشتراك في الوقت.
- * المبحث الخامس: التكيف الشرعي لنظام الاشتراك في الوقت.
- * المبحث السادس: المرونة في عقد الإجارة للأشياء من حيث الإضافة للمستقبل، وقسمة المنافع في حال الشروع.
- * المبحث السابع: تطبيق خيار التعيين في الإجارة لتنظيم تواريخ ومدد الانتفاع بين المشتركين في تملك المنفعة الشائعة.
- * المبحث الثامن: شرعية إصدار صكوك على حق التملك الزمني (صكوك الإجارة) وحكم نظام الاشتراك في الوقت بصورة مختلفة.

(١) تستخدم هذه الورقة مصطلح (نظام الاشتراك في الوقت) بدلاً من (التملك الزمني) لأن الأول هو الترجمة الدقيقة للمصطلح الإنجليزي: time sharing.

المبحث الأول

مفهوم عقد الاشتراك في الوقت ونشأته وتطوره

أ- مفهومه:

عقد الاشتراك في الوقت هو، عقد على شراء عين أو ملكية منفعة، لفترة محددة، أو مشاعة في وحدة معينة أو موصوفة، في عقار معين، قابل للمبادلة بعقار آخر أحياناً.

وقد كان الغالب في عقد التملك الزمني أن يتم تطبيقه في مشاريع الإيواء السياحي كالعقارات والوحدات السكنية والفنادق والمنتجعات، ولكن مفهومه اتسع في السنوات الأخيرة من القرن الماضي ليشمل كل ما تضمنه المنتجعات السياحية وأماكن قضاء العطل من أدوات ومعدات، بما في ذلك اليختان والسفن السياحية والمنازل المتنقلة وغيرها^(١).

وصور هذا العقد - بشكل مختصر - هي: أن الشقة السكنية أو وحدة الفندق تقسم إلى ٥٢ وحدة زمنية منفصلة، تمثل كل واحدة منها أسبوعاً، (في السنة ٥٢ أسبوعاً) يتم بيع ٥١ وحدة منها وتترك الوحدة الأخرى (أسبوع) للصيانة كل سنة. وتكون حصة كل مالك ١/٥١ من الوحدة التي يشترك فيها مالكون كثر، وتمثل كل حصة أسبوعاً من العطل^(٢)، ويحق للمشاركين في هذا البرنامج التصرف في حصصهم بقضاء عطلةهم فيها، أو بالبيع، أو بالإيجار، أو الهبة، أو التوريث.

ب- نشأته وتطوره:

ظهر مفهوم المشاركة في الوقت، بادئ ذي بدء، كطريقة مبتكرة لمنح السياح خيارات متنوعة لقضاء عطلةهم، بدلاً من حجز أسبوع أو اثنين في أحد المنتجعات السياحية كل سنة، توفر فكرة الاشتراك في الوقت للسياح فرصة لشراء أو تأجير فترة زمنية محددة في موسم معين في أحد المنتجعات، وقد جعلت هذه الفكرة أماكن قضاء العطل في متناول الكثيرين ممن ليس باستطاعتهم امتلاك أماكن خاصة بهم ملكاً كاملاً، إضافة إلى المرونة التي يتسم بها هذا العقد من حيث استخدام الحصة

(١) <http://www. Tug 2. net/advice time share- 101. htm>

(٢) <http://www. Thetimesharebeat. Cotn/whatis. htm>

الخاصة بكل مالك، إذ يحق للمالك استخدام حصته بنفسه، أو هبتها، أو تأجيرها، أو استبدالها بفترة زمنية أخرى في نفس المنتج، أو في منتجات أخرى في أماكن مختلفة بطريقة مباشرة، أو عن طريق وكالات مختصة.

وقد طبق هذا النظام لأول مرة في أوروبا، في ستينات القرن الماضي، فقد فتح الطيران التجاري إمكانات جديدة لقضاء العطل محدثاً بذلك نمواً كبيراً وتطوراً هائلاً في صناعة السفريات والسياحية وكانت شركة التطوير الفرنسية *societe des grands travaux de Marseille* إحدى أول شركتين تعرضان منتجات بناء على عقد المشاركة في الوقت وكان ذلك في الفترة ما بين ١٩٦٤ - ١٩٦٨ وكان أول منتج تطبق فيه الصيغة الجديدة هو منتج *super devoluy* حيث رفعت الشركة المطورة لهذا المنتج شعاراً لتسويق الفكرة الجديدة، هو: (لا حاجة إلى تأجير الغرف فشاء الفندق أرخص) وحققت الصيغة الجديدة نتائج مرضية.

- أما الشركة الثانية فهي شركة: (hapimag) السويسرية التي أسست بتاريخ ١٩٦٣/٩/٢٣م والتي كانت تمتلك منتجاً سياحياً بإيطاليا وإسبانيا وسويسرا.
- أما في الولايات المتحدة فقد بدأ العمل بهذا النظام سنة ١٩٦٩م وكانت ولاية كاليفورنيا أول ولاية تتبنى هذا النظام، وهناك أطلق عليه اسم (timeshare) أي المشاركة في الوقت.

وقد أدت أزمة النفط التي شهدتها الولايات المتحدة في تلك الفترة. من جهة، ورغبة الكثير من الأمريكيين في تقليص نفقات السفر والسياحة، من جهة أخرى، إلى إقبال كبير على هذا النظام واتساع نطاقه.

وقد شهد نظام المشاركة في الوقت تطوراً مستمراً منذ ذلك الوقت وحتى اليوم خاصة مع ازدياد عدد السياح والمسافرين وتضاعف عدد المنتجعات وأماكن قضاء العطل في أنحاء العالم، حيث تبين إحصائيات سنة ٢٠٠٦ أنه يوجد بالولايات المتحدة وحدها ١٦٠٤ من المنتجعات التي تتعامل بهذا النظام، وتضم هذه المنتجعات مجتمعة ١٥٤٤٣٣ وحدة، إضافة إلى ٥٤٠٠ منتجع آخر موزعة على ١٠٠ بلد آخر في العالم^(١).

http:// www. Etimeshareresales. Com/html/deeded- timeshare- vs - (١)
right - to -use .html

المبحث الثاني صور عقد الاشتراك في الوقت

أدى تعدد الشركات وتنوع أساليبها إلى تعدد صور هذا العقد وتنوع أساليب تطبيقه، وعمد كثير من الشركات المطورة له إلى انتهاء أساليب الخداع والتضليل لجذب أكبر عدد من الزبناء، مما أساء إلى سمعة هذا النظام وولد مخاوف لدى الكثيرين تجاهه.

وقد سبق من خلال التعريف، بيان أن عقد المشاركة في الوقت عقد على شراء عين أو ملكية منفعة، أي أنه إما أن يكون عقد بيع أو عقد إجارة، وسنين فيما يلي أهم صور كل واحد من هذين العقدتين، كما هي مطبقة ضمن هذا النظام.

١- صور عقد البيع: (ويطلق عليها في هذا النظام: الملكية مدى الحياة) وأهم صورته:

أ- أن تكون الحصة المبيعة معلومة ومحددة زماناً ومكاناً، كأن يكون الزمان مثلاً هو الأسبوع ٢٦ من السنة التي تضمن ٥٢ أسبوعاً، والمكان هو الوحدة ١٢٠، فتكون العين الواحدة مملوكة ملكاً مشاعاً بين عدد من الشركاء، يملك كل واحد منهم حصة محددة من عقار معين وفي زمن معين.

وتتفاوت الحصص في الأسعار تبعاً لتفاوتها في الأهمية فبعض الأسابيع تكون أغلى من البعض الآخر، حسب المواسم التي تنقسم إلى ثلاثة أقسام في عرف أصحاب الوحدات العقارية التي تعمل وفق هذا النظام، بناء على كثرة الطلب:

- الفترة الحمراء: وهي التي يبلغ الطلب فيها أعلى مستوياته.
 - الفترة البيضاء: وهي التي يكون الطلب فيها متوسطاً.
 - الفترة الزرقاء: وهي التي يبلغ الطلب فيها أدنى مستوياته^(١).
- وتستخدم بعض المنتجعات الألوان: الأحمر والأصفر والأزرق على التوالي للفترات نفسها.

- ويحق للمالك في هذه الصورة من صور البيع أن يستخدم حصته المحددة وأن يؤجرها أو يهبها أو يستبدلها بحصة أخرى في نفس المنتجع، أو في منتجع آخر.

(١) [http://www . etimeshareresales com/html/deede- timeshare- vs-right-to- \(١\)
html](http://www.etimeshareresales.com/html/deede-timeshare-vs-right-to.html)

ب- أن تكون الحصة المباعة معلومة المدة، ولكنها غير محددة التاريخ، فيكون المالك عارفاً بعدد الأسابيع التي يملك، والفترة الزمنية التي يحق له أن يختار منها حصته، دون أن يكون هناك تحديد لفترة زمنية بعينها، فمثلاً قد تكون حصة المالك أسبوعاً مشاعاً في فصل الصيف، وله الحق أن يطالب بأي أسبوع خلال فصل الصيف، من الأسبوع ٢٢ إلى الأسبوع ٣٦، دون تحديد أسبوع بعينه، وفي هذه الصورة عادة لا يتم شراء وحدة بعينها ولكن يتم شراء حجم معين، فبدلاً من تحديد وحدة معينة، يتم تحديد مواصفات الوحدة كعدد الغرف والحجم ومواصفات الأثاث، وغير ذلك.

- ويتعين على المالك في هذه الصورة الاتصال مسبقاً بالمنتجع وحجز أسبوع معين خلال الفترة الزمنية التي تقع فيها حصته الشائعة، كما في المثال السابق. وهذه الصورة هي المفضلة لمن لا يرغب في أن تكون حصته محددة في أسبوع بعينه كل سنة، إذ تحوله فرصة أوسع لاختيار الوقت المناسب ضمن إطار زمني محدد، ولكن بما أنه يحق لكل واحد من الشركاء الحجز في أي وقت يريده خلال الفترة المحددة، فإن التأخر في الحجز قد يترتب عليه أن تكون الفترة المفضلة لدى المالك قد حجزت من قبل مالك آخر، ولا يبقى أمامه إلا القبول بفترة أخرى لم تكن هي التي يريد، ولهذا يتعين على المالك في هذه الصورة أن يحجز حصته الشائعة قبل اليوم الذي يريد أن يبدأ فيه، بتسعة أشهر على الأقل، وستين على الأكثر.

ج- أن تكون الحصة المباعة غير محددة الزمان ولا المكان، وعادة ما يكون البائع في هذا القسم شركة لها مجموعة من المنتجعات في أنحاء متفرقة من العالم، فلو أن أحد مطوري^(١) المنتجعات - على سبيل المثال - يملك منتجعاً في بريطانيا وآخر في إيطاليا، وثالثاً في فرنسا، فإن المشتري وفق هذه الصيغة يشتري حصة زمنية في وحدة من الوحدات وفق مواصفات معينة، دون تحديد المكان أو الزمان، ولكن عندما يريد استخدام حصته فإن الجهة المسؤولة عن المنتجع تخبره عن الزمان والمكان المتوفرين^(٢)، وهذه الطريقة هي التي تتعامل بها نوادي العطل التي يعمل كثير منها

[http://www . TheTimesharebeat . com/whatis 4. htm](http://www.TheTimesharebeat.com/whatis4.htm) (١)

[http://www timeshares- timeshares.com/timeshare-info.html](http://www.timeshares-timeshares.com/timeshare-info.html) (٢)

وفق نظام النقاط الذي يخول المتعاملين به مرونة كبيرة فيما يتعلق باختيار مكان وزمان الحصة التي يريدون، ويقوم المتعاملون بهذا النظام بشراء نقاط تمثل وحدات بأحجام معينة وفترات معينة، ويستخدمون هذه النقاط كقنود للحجز في وحدات مختلفة الأحجام في المنتجعات التي تتعامل بهذا النظام، حسب رغبتهم، وفي المواسم التي يفضلون، ويختلف عدد النقاط التي يستحق صاحبها الحصول على الإقامة في المنتجعات، حسب درجة المنتجع، ونوع الإقامة ومدتها، والموسم الذي يريد الزبون، ويختلف نظام العمل بالنقاط من شركة إلى أخرى.

ومثال ذلك أن يشتري حصة هي أسبوع عيد الميلاد من كل سنة وفي وحدة يتم تحديد حجمها وموقعها، ثم يتم تحويل تلك الحصة إلى عدد معين من النقاط يتم الاتفاق عليه مسبقاً ويستطيع صاحب هذه النقاط أن يشتري بها حصصاً شائعة طوال السنة داخل المنتجعات التابعة لتلك الشركة^(١).

د- أن تكون الحصة المبيعة معلومة المدة، ويتم وضع جدول يتم فيه تحديد وقت حصة كل مالك، على أن تخضع الحصة لنظام دوري بحيث لا يتكرر استخدام المالك لحصته في الوقت نفسه كل سنة، فلو استخدم مالك الأسبوع الخامس والعشرين، فإنه في السنة الأخرى يستخدم الأسبوع السادس والعشرين، وهكذا، ويعطي هذا النظام فرصاً متكافئة لكافة الشركاء للاستفادة من فترات العطل الأكثر شعبية.

٢- صور عقد الإجارة:

يخول عقد الإجارة في نظام الاشتراك في الوقت المؤجر ملكية منافع شقة أو عقار لفترة زمنية محددة، ويتميز عقد الإجارة في هذا النظام بأن الإجارة تكون لفترة طويلة تتراوح من ٢٠ إلى ٩٠ سنة^(٢)، وأن الأجرة فيه تكون قليلة.

وتكمن أهمية هذا العقد في كون كثير من الدول لا تسمح قوانينها للأجنبي بملكية العقارات، أو تشدد في السماح له بذلك، فيكون عقد الإجارة هو السبيل

(١) <http://www.thetimesharebeat.com/whatis> 4 htm

(٢) <http://www.Etimeshareresales.Com/html/deeded-timeshare-vs-right-to-http://www>

الوحيد إلى تطوير منتجات تقوم على نظام التملك الزمني، في هذه الدول، ومع ما تكتسبه هذه الميزة من أهمية، إلا أنه يؤخذ على هذا النظام أنه غالباً ما تتولى إدارته شركات خاصة غير تابعة للمالك أو المطور، وهو ما يترتب عليه ضياع حقوق المؤجرين غالباً، عند اختفاء هذه الشركات لسبب ما.

- ومن الشروط التي يتضمنها عقد الإجارة في هذا النظام اشترط صيانة العين على المستأجر وهذا أمر غير جائز باتفاق، لأن ذلك يؤدي إلى جهالة الأجرة فتفسد الإجارة بهذا الاشتراط^(١)

وصور عقد الإجارة في هذا النظام هي:

أ- أن تكون الحصة المؤجرة معلومة المدة، محددة الزمان والمكان، كأن يؤجر أسبوعين في بداية الشهر الخامس من كل سنة في الشقة رقم ٢٠ من الوحدة رقم ٣ لمدة ٣٠ سنة.

ب- أن تكون الحصة المؤجرة معلومة المدة، محددة المكان، لكنها مشاعة، ضمن فترة زمنية محددة، وذلك كأن يؤجر أسبوعاً، في شقة محددة بمنتجع بعينه، على أن يكون هذا الأسبوع في الفترة ما بين شهر ٤ إلى شهر ٧، لكن دون تحديد أسبوع بعينه، بل يبقى الأمر مفتوحاً على أي أسبوع يختاره المستأجر خلال هذه الفترة.

ج- أن تكون الحصة المؤجرة معلومة القدر وفي وحدة معينة، دون تحديد تاريخ معين، بل يبقى له أن يختار في أي وقت طوال العام، في أي موسم شاء.

د- أن تكون الحصة المؤجرة محددة الزمان، لكنها غير محددة المكان.

المبحث الثالث

الفرق بين عقد البيع وعقد الإجارة في نظام الاشتراك في الوقت،

وكيفية تطبيق هذا النظام

أ- الفرق بين عقد البيع وعقد الإجارة في نظام الاشتراك في الوقت:

بعد بيان صور كل من عقدي البيع والإجارة في نظام الاشتراك في الوقت،

(١) أبو غدة، عبد الستار، الإجارة، ص ٧٥.

نتناول في هذه الفقرة بعض الفروق الجوهرية بين هذين العقدين، كما يطبقهما هذا النظام.

١- في عقد البيع يتسلم المالك وثيقة تنص على ملكيته لحصته المحددة زماناً ومكاناً، وهذه الوثيقة تكون مسجلة لدى وكالة الحكومة المحلية المعنية بذلك، ويحق للمالك التصرف في حصته ببيعها أو هبتها أو غير ذلك من الحقوق التي يخولها عقد البيع للمشتري

- أما في عقد الإجارة فإن المستأجر له حق الانتفاع بالعين خلال المدة المحددة التي ينص عليها العقد، وله أن يهب حقه في الانتفاع أو يبيعه لطرف ثالث، لكن عند انتهاء المدة تعود العين إلى المالك الحقيقي في كل الأحوال.

٢- في عقد البيع تنتقل ملكية العقار من المطور إلى المالكين، فكل ما زادت الحصص المبيعة، كل ما قلت حصة المطور إلى أن يكون المنتجع مملوكاً بالكامل لأصحاب الحصص الشائعة، وفي هذه الحالة إذا أفلس المطور فإن ذلك لا يكون له تأثير على المالكين، لأن العقار قد خرج عن ملكه.

- أما في عقد الإجارة فإن المطور يحتفظ بحقه في بيع العقار، بما في ذلك نظام الاشتراك في الوقت، لطرف ثالث، ويحق له أيضاً أن يجري بعض التعديلات على طبيعة البرنامج كزيادة الأجرة السنوية، ولا يحق للمستأجرين معارضة أي قرار من هذا القبيل يتخذه المالك أو المسير، وفي حالة إغلاق المنتجع أو توقف المسير عن العمل فإن المستأجرين تضيع حقوقهم دون أي تعويض.

٣- في عقد البيع تتولى هيئة خاصة مكونة من مالكي الحصص المسؤولية الكاملة عن إدارة المنتجع وفق مقتضيات وثائق البرنامج، بما في ذلك دفع رسوم سنوية من قبل المالكين الذين يعتبرون أعضاء في هذه الهيئة بشكل تلقائي، ويحق لكل صاحب حصة التصويت على القرارات التي يتطلب اتخاذها تصويتاً، كانتخاب مجلس إدارة يشرف على الهيئة، ويتولى هذا المجلس تعيين شركة تشرف على تسيير المنتجع وإدارته.

- أما في عقد الإجارة فإن إدارة المنتجع تكون من اختصاص المطور أو المسير، وليس للمستأجرين دخل فيها.

ومن خلال هذه الفروق يتبين أن عقد الإجارة في إطار هذا النظام قد تضيع معه حقوق المؤجرين في حال إفلاس المالك أو المطور، وقد يروحون ضحية أي قرار يتخذه المالك أو المطور ولا يتجدد مصالحهم، ما دامت القوانين المنظمة لهذا العقد لا تخولهم التدخل في الأمور الإدارية، كما أن إطلاق يد المطور أو المسير في زيادة الأجرة السنوية متى ما أراد ذلك قد يفتح الباب أمام ابتزاز المؤجرين ورفع الأسعار عليهم، دون أن يكون لهم الحق في الاعتراض أو الرفض.

ب- كيفية تطبيق نظام الاشتراك في الوقت:

يبدو مفهوم نظام الاشتراك في الوقت سهلاً من الناحية النظرية، ولكن عملية تحويل هذا النظام من مفهوم إلى حقيقة، عملية لا تخلو من التعقيد، وسنبين فيما يلي أهم المراحل التي يمر بهذا النظام ليتحول من فكرة إلى منتج، وذلك من خلال الوقوف على العناصر الفاعلة التي تشكل مجموعها هذا النظام:

١- مطوروا المنتجعات

وهؤلاء هم الذين يقومون ببناء المنتجعات التي تطبق نظام الاشتراك في الوقت، ويحددون خصائصها والطريقة التي ستم بها إدارتها في المستقبل، وعندما تصح المنتجعات جاهزة للبيع يقوم المطورون بوضع الآليات اللازمة لحماية حقوق المالكين، وفقاً للإطار القانوني للبلد الذي يوجد فيه المنتجع.

٢- التسويق والبيع:

يعتبر نظام الاشتراك في الوقت منتجاً معقداً وعالي القيمة نسبياً، مقارنة مع نظام قضاء العطل التقليدي، ولهذا تسارع الشركات المطورة بعد اكتمال مشاريع الاشتراك في الوقت إلى القيام بحملات مكثفة للبيع والتسويق تنفق عليها مبالغ طائلة، بهدف بيع الوحدات التي تم تطويرها وإقناع الزبون بإعطاء الوقت الكافي لفهم هذا النظام والاطلاع على الفرص التي يتيحها، وقد تتولى الشركة المطورة عملية التسويق بنفسها، وقد تعهد بذلك إلى شركة أخرى متخصصة في البيع والتسويق، وتعتمد الشركات المسوقة إلى استخدام الحوافز المالية لجلب المستهدفين لحضور حملات الإشهار التي تنظمها، وتوجه انتقادات شديدة لحملات الترويج،

حيث تتهم بأنها تنهج أسلوباً يقوم على الإلحاح الشديد مع تقديم عروض خيالية تكون مصحوبة بالخداع والغش أحياناً، مما أساء إلى سمعة هذه الصناعة.

٣- الإدارة والصيانة:

بعد انتهاء المطور من المنتج المعد لتطبيق نظام المشاركة في الوقت، فإن إدارته إما أن تكون بيد المطور، وإما أن تتولاها جمعية المالكين، أو تكلف بها شركة مختصة في الإدارة وفي كل الحالات يدفع المشاركون رسوماً سنوية لتغطية تكاليف الصيانة والتنظيف والماء والكهرباء والتأمين والضرائب، إضافة إلى تكاليف التسهيلات المشتركة، كملاعب التنس والمسابع وغير ذلك من التسهيلات الأخرى المتوفرة في المنتج، ويتعين على المنظمات الإدارية العمل بقرب مع شركات التبادل لضمان الاستغلال الأمثل لطاقة المنتج وإعطاء الأعضاء أكبر قدر ممكن من المرونة عندما يريدون قضاء عطلةهم سواء في منتجعاتهم أو في منتجعات أماكن أخرى مختلفة من العالم^(١).

٤- نظام التبادل:

يعتبر نظام التبادل أهم عوامل جذب الزبون إلى نظام الاشتراك في الوقت، حيث يستطيع من خلاله أصحاب الحصص مقايضة حصصهم بمخصص أخرى في أوقات مختلفة، وأماكن أخرى يفضلونها، وتتم هذه المقايضة، إما بطريقة مباشرة بين المشتركين فيما بينهم، وإما عن طريق شركات تسمى شركات التبادل تعمل كوسيط بين المالكين لتسهيل عملية المقايضة والتبادل، وأهم شركات التبادل شركتنا:

١. Resort Condominiums International (RCI)

٢. Interval International

وأغلب المنتجعات السياحية التي تعمل وفق نظام الاشتراك في الوقت مرتبطة بإحدى هاتين الشركتين، وكل أصحاب حصص منتج ما يصبحون تلقائياً أعضاء في شركة التبادل التي يرتبط بها ذلك المنتج، وتعمل هذه الشركات كبنوك لخصص نظام الاشتراك في الوقت بحيث إذا فضل أي من المالكين عدم استخدام حصته، فإنه يودعها عند هذه الشركات ويمكنه فيما بعد أن يستعير عنها بحصة أخرى ماثلة -

[http://www.ote-content&task=section&id=3&itemid=31\(١\)](http://www.ote-content&task=section&id=3&itemid=31(١))

في وقت آخر، أو في مكان آخر تكون مودعة من قبل زبون آخر لدى الشركة، كما توفر هذه الشركات لأعضائها خدمات حجز تذاكر الطيران وتأجير السيارات وغير ذلك من الخدمات^(١).

المبحث الرابع

إيجائيات وسليات نظام الاشتراك في الوقت

كأي نظام آخر، يحتوي نظام الاشتراك في الوقت بنوعيه: البيع والإيجار، على بعض الصفات الإيجابية التي تخدم مصالح المتعاملين بهذا النظام وترغبهم فيه على حساب النظام التقليدي لقضاء العطل، وفي المقابل هناك بعض المنغصات وجوانب النقص التي يحتوي عليها هذا النظام، وسنبين فيما يلي أهم إيجائيات وسليات هذا النظام.

أ- الإيجائيات:

- ١- يحق للمالك التصرف في حصته بالهبة أو البيع أو الإيجار، أو غير ذلك من مقتضيات عقد البيع وعقد الإجارة.
 - ٢- أنه أكثر اقتصاداً من النظام التقليدي لقضاء العطل، فبدلاً من شراء وحدة سكنية وتحمل تكاليفها طوال السنة، لقضاء عطلة قد لا تتجاوز عدة أسابيع فإن نظام الاشتراك في الوقت يعطي المتعاملين به مرونة أكثر، بحيث يدفعون مقابل الفترة التي سيقضونها فحسب، دون أن يكون عليها تحمل نفقات مكان من أماكن قضاء العطل طوال السنة في الوقت الذي لا تتجاوز فيه العطلة بضعة أسابيع، في أغلب الأحوال.
 - ٣- يؤمن لصاحبه مكاناً لقضاء عطلته، لأن حصته مضمونة له في وقتها.
 - ٤- مناسب للعائلات الكبيرة، لأن الوحدات التي يوفرها تتسع لعدد من الأفراد.
 - ٥- يحق للمالك أن يقايض حصته بمحصة أخرى، من خلال نظام التبادل الموجود في أغلب المنتجعات التي تطبق نظام الاشتراك في الوقت.
- ب- السليات:

(١) info.com/index.php?option=com-content&task=section&id=3&itemid=31

١- يشتكي الزبناء من ارتفاع الرسوم في الوحدات العقارية العاملة بموجب نظام الاشتراك في الوقت، إلى حد يصعب معه على المالك الاحتفاظ بحصته نتيجة العبء المادي جراء هذه الرسوم، فهناك رسوم الصيانة، ورسوم مالكي الوحدات، ورسوم مبادلة الحصص والضرائب، وهناك رسوم أخرى لا يتم إطلاع الزبناء عليها قبل شراء حصصهم، من قبل المطور أو المسير.

٢- ارتبط نظام الاشتراك في الوقت في الأذهان بعمليات الغش والاحتيال التي تحدث أحياناً في إطار التعامل بهذا النظام، حيث يدفع الزبناء أموالهم دون الحصول على خدمات ويحدث هذا في أحيان كثيرة.

٣- أنه يصعب في الواقع مبادلة حصة العميل بحصة أخرى، في الفترة التي يرغب فيها لاحتمال وجود عملاء كثيرين يريدون تلك الفترة نفسها، كما أنه لا يمكن للعميل أن يحدد في آخر لحظة أين يريد أن يقضي حصته ضمن هذا النظام، لأن الترتيبات يجب أن تتم قبل الوقت المقرر لقضاء العطلة بفترة طويلة.

٤- أنه قد لا يتاح للعميل بيع حصته إذا احتاج إلى ذلك، كما أن بعض المنتجعات تشترط على المالكين أن يكون لها الحق في الاعتراض على بيع العميل حصته لغيره، وهذا الشرط غير جائز شرعاً، لكونه ينافي مقصود العقد ومقتضاه، لأن من مقاصد ومقتضيات عقد البيع أن تكون تصرفات المشتري نافذة في المبيع، فيصح العقد ويبطل الشرط، وهذا هو المختار في الشروط الفاسدة.

٥- أن المستأجرين وفق هذا النظام قد تذهب حقوقهم أدراج الرياح، إذا أفلس المطور أو المسير أو قرر أحدهما بيع العقار إلى طرف آخر.

٦- يحق للمطور أو المسير رفع الأجرة السنوية على المستأجرين، متى ما أراد ذلك.

المبحث الخامس

التكليف الشرعي لنظام الاشتراك في الوقت (التملك الزمني)

إذا نظرنا إلى صور عقد التملك الزمني السابقة نجد أنها كلها تعود إلى عقد البيع وعقد الإجارة، وفيما يلي نحاول تكليف هذه الصور، تكييفاً فقهاً، مع بيان حكم كل واحدة منها في الفقه الإسلامي.

أ- تكييف صور عقد البيع:

١- تكييف الصورة الأولى:

وهي التي يشترك فيها عدد من الأشخاص في ملكية وحدة عقارية معينة، مع بيان حصة كل شريك وتحديد الفترة الزمنية التي يملكها.

فهذه الصورة ليس فيها ما يخالف شروط البيع في الفقه الإسلامي، فهي شركة ملك، إذ هي عبارة عن اشتراك عدد من الأشخاص في ملكية عين واحدة، مع بيان حصة كل واحد منهم، وليس هناك مانع شرعي من ذلك، وعليه تكون هذه الصورة من صور عقد البيع في هذا النظام جائزة، لعدم اقترانها بما يخل بشروط البيع^(١).

٢- تكييف الصورة الثانية:

وهي التي تكون حصة المشتري فيها معلومة من حيث عدد الأسابيع التي يملكها، ولكنها غير معلومة التاريخ، فهو يملك فترة زمنية محددة، وله أن يختار فترته تلك ضمن إطار زمني محدد، ولكن دون أن يتم النص على تاريخ معين، فيكون العقد عبارة عن بيع فترة زمنية مشاعة غير محددة، وقد نص الفقهاء جواز بيع المشاع، إذا كان من جملة معلومة، يقول الإمام النووي في المجموع: (يجوز بيع الجزء الشائع من كل جملة معلومة من دار أو أرض أو عبد أو صبرة أو ثمرة أو غيرها، لعدم الغرر)^(٢).

وجاء في فتوى اللجنة الدائمة للبحوث والإفتاء في المملكة العربية السعودية، رقم ١١١٥ - ١٤/١١/١٣٩٥هـ، بخصوص بيع الحصة المشاع تملكها في قطعة أرض معروفة الحدود والمساحة والموقع: (لا بأس بتداول الحصة المشاع تملكها في عقار معروف الحدود والمساحة والموقع، إذا كانت نسبتها إليه معلومة، كأن تكون رבעه أو ثمنه أو ربع عشره أو نحو ذلك، لا بأس بتداولها بيعاً وشراءً وهبة وإرثاً

(١) المرجع نفسه، ص ٥٧.

(٢) النووي، يحيى بن شرف الدين، المجموع شرح المهذب ج ٩، ص ٣٤٧، مطبعة المنيرية، د. ط. د. ت

ورهنأ وغير ذلك من التصرفات الشرعية فيما يملكه المرء، لانتفاء المانع الشرعي^(١).

وبهذا يتبين جواز هذه الصورة ما دام المكان محددأ ومعروفأ، والغرر منتفياً أو يسيراً، لأنه وإن لم يكن هناك تاريخ محدد لبداية الفترة الزمنية لحصة المالك في هذه الصورة بشكل دقيق، فإن شيوعها يكون ضمن إطار زمني محدد ومبين في العقد، من أسبوع كذا، إلى أسبوع كذا، على سبيل المثال، فيكون الغرر يسيراً، وينتفي هذا الغرر اليسير إذا تم تحديد الفترة الزمنية والاتفاق عليها بين المالكين فيما بينهم، بعد إبرام العقد مع المطور أو المسير.

٣- تكييف الصورة الثالثة:

وهي التي تكون فيها الحصة الزمنية محددة، من حيث عدد الأسابيع ومواصفات وحجم الشقق، دون أن يكون ذلك محددأ بمكان أو زمان معين، وإنما عندما يريد المشتري استخدام حصته ويبلغ المسير بذلك فإنه يعطى أي مكان شاغر يتفق مع مواصفات حصته، في إحدى الأماكن التابعة للشركة المطورة أو المسيرة التي عادة ما تكون مالكة أو مسيرة لعدد من العقارات التي تتعامل وفق هذا النظام في أماكن مختلفة من العالم وهو ما يعني أن المالك قد يقضي فترته في مكان مختلف كل سنة، وفق ما هو متوفر لدى المطور أو المسير، عندما يريد المالك استخدام قدرته.

ولا يخفى ما في هذه الصورة من جهالة، إذ جمعت بين جهالة الزمان والمكان، فالمشتري لا يشتري حصة معلومة الزمان والمكان، وإنما تبقى حصته متوقفة على وجود مكان شاغر لدى البائع الذي قد يعطيه مكاناً مختلفاً كل سنة، حسب ما هو متوفر لديه، وفي ذلك إخلال بالشروط التي يجب أن تتوفر في العقود عليه، إذ لا بد أن يكون معلوماً للمشتري^(٢).

وغالبا ما تعتمد الشركات ببيع حصص تزيد مددها عن حجم المنافع زماناً ومكاناً، مما يجعل استخدام كل مالك حصته في سنة واحدة أمراً مستحيلاً، لأن عدد

(١) مجلة مجمع البحوث الإسلامية، العدد: ٧، ج٧، ص١٢٥، الإصدار: من رجب - شوال ١٤٠٩ هـ.

(٢) أبو غدة، عبد الستار. أوفوا بالعقود، ص١١، مرجع سابق.

الحصص أكثر من عدد أيام السنة، وهذا ما يزيد من الغرر الموجود في هذه المعاملة، ومن هنا فإن الباحث يميل إلى منع هذه الصورة، لوجود هذا الغرر.

٤- تكييف الصورة الرابعة:

- وهي التي تكون الحصة المبيعة فيها معلومة المدة، والمكان معلوماً، أما الزمان فيتم تحديده وفق نظام دوري، بحيث لا يتكرر استخدام المالك لحصته في الوقت نفسه كل سنة، بهدف تمكين كل مالك على حدة من الاستفادة من حصته في فترات العطل الأكثر شعبية بشكل دوري.

ويرى الباحث أن هذه الصورة لا يوجد ما يمنع منها شرعاً، لخلوها من الغرر، لأن النظام الدوري الذي يتم استخدامه فيها ليس فيه جهالة، إذ بإمكان أي مالك أن يحدد تاريخ بدء فترته، من خلال عملية حسابية بسيطة.

ت- تكييف صور عقد الإجارة:

يتميز عقد الإجارة في نظام الاشتراك في الوقت بأن الإجارة فيه تكون لفترة طويلة تتراوح بين ٢٠ و ٩٠ سنة، وليس هناك مانع شرعي من أن تكون الإجارة لهذه المدة الطويلة، إذا كانت العين المؤجرة تبقى عادة إلى مثل تلك المدة، يقول ابن قدامة في المغني: (ولا تتقدر أكثر مدة الإجارة، بل تجوز إجارة العين المدة التي تبقى فيها وإن كثرت وهذا قول كافة أهل العلم. إلا أن أصحاب الشافعي اختلفوا في مذهبه فمنهم من قال: له قولان: أحدهما كقول سائر أهل العلم. وهو الصحيح. الثاني لا يجوز أكثر من سنة لأن الحاجة لا تدعو إلى أكثر منها. ومنهم من قال: له قول ثالث أنها لا تجوز أكثر من ثلاثين سنة، لأن الغالب أن الأعيان لا تبقى أكثر منها وتتغير الأسعار والأجر)^(١).

وبناء عليه فإن الراجح هو جواز الإجارة الطويلة في هذه الحالة لأن الجهالة منتفية، ولأن الحاجة تدعو إليها^(٢).

(١) ابن قدامة: عبد الله بن أحمد، المغني، ج ٥، ص ٢٥٣، دار إحياء التراث العربي، ط ١، ١٤٠٥ هـ.

(٢) انظر: الكاساني، أبو بكر بن مسعود، بدائع الصنائع، ج ٤، ص ١٨١، دار الكتب العلمية، ط ٢، ١٤٠٦ هـ.

١- تكييف الصورة الأولى من صور عقد الإجارة:

وهي التي تكون فيها الفترة المؤجرة معلومة الزمان والمكان، في كل سنة، لعدد من السنوات محدد يتم الاتفاق عليه في العقد، وهذه الصورة لا غبار على جوازها لاتفاقها مع شروط عقد الإجارة في الفقه الإسلامي.

٢- تكييف الصورة الثانية:

وهي التي تكون فيها الفترة المؤجرة معلومة المدة، محددة المكان، لكنها مشاعة، ضمن فترة زمنية محددة، وذلك كأن يؤجر أسبوعاً، في شقة محددة بمتجع بعينه، على أن يكون هذا الأسبوع في الفترة ما بين شهر ٤ إلى شهر ٧، لكن دون تحديد أسبوع بعينه، بل يبقى الأمر مفتوحاً على أي أسبوع يختاره المستأجر خلال هذه الفترة، وعليه أن يبلغ الإدارة مسبقاً بموعده بدء استخدام حصته، لكي يتم الترتيب لذلك، فهذه الصورة إذا هي عبارة عن تأجير المالك حصصاً شائعة لأكثر من واحد على أن يتم انتفاع المؤجرين في فترات مختلفة عن طريق التخلية أو المهاية، وهذا جائز عند جماهير العلماء من الحنفية^(١) والمالكية^(٢) والشافعية^(٣) ووجه عند الحنابلة^(٤).

٣- تكييف الصورة الثالثة:

وهي التي تكون فيها فترة الإجارة معلومة القدر وفي وحدة معينة، لكن دون تحديد تاريخ معين للبدء، بل يبقى للمؤجر الخيار في تحديد متى يستخدم فترته، في أي موسم شاء طوال السنة.

وهذه الصورة فيها جهالة كبيرة لعدم تحديد فترة استخدام الحصص وتركها مفتوحة على جميع أشهر العام، مع العلم أن أسعار الإيجار تختلف باختلاف المواسم تبعاً لاختلاف شعبية هذه المواسم بين أصحاب العطل والسياح، فيكون في عدم تحديد تاريخ الفترة بهذا الشكل غرر كبير، وعليه فإن الباحث يميل إلى منع هذه الصورة -

(١) المرجع نفسه، ص ١٨٢.

(٢) الخطاب، محمد عبد الرحمن، مواهب الجليل، ج ٥، ص ٤٤٠، دار الفطر، ط ٣، ١٤١٢ هـ.

(٣) الشيرازي، أبو إسحاق، المجموع ج ١، ص ٣٩٥.

(٤) ابن قدامة عبد الله بن أحمد، المغني، ج ٥، ص ٢٥٣ وما بعدها، مرجع سابق.

مع أن الأصل في تأجير المشاح الجواز - نتيجة لهذه الجهالة التي قد تقضي إلى حصول الغبن في حق المستأجر لاختلاف قدر الأجرة بحسب أهمية الموسم، كما أنها قد تؤدي إلى نزاع بين المؤجر والمستأجر، خاصة إذا أخذنا في الحسبان كثرة أساليب الغش والاحتيال التي يمارسها أغلب المطورين والمسيرين في العقارات التي تعمل وفق هذا النظام.

٤- تكييف الصورة الرابعة:

وهي التي تكون فيها الفترة محددة الزمان، غير محددة المكان، وهذه الصورة فيها غرر قد يفضي إلى النزاع، لعدم تحديد المكان، وهذا يخالف ما يشترط في الإجارة من تعيين محلها.

ولهذا يميل الباحث إلى القول بعدم جواز هذه الصورة.

- بقي أن نبين في هذا الإطار أن هناك أموراً لا بد من التنبه لها وإعادة النظر فيها، ومن ذلك ضمان عدم ضياع حقوق المستأجرين في حالة ما إذا قرر المطور بيع العقار لطرف آخر.

- قد اتفق الفقهاء على جواز بيع العين المؤجرة لأجنبي قبل انقضاء مدة عقد الإجارة إذا أذن المستأجر بذلك، وذهب الجمهور إلى أن عقد الإجارة لا ينتهي أو لا يفسخ نتيجة لهذا البيع، وذهب الحنفية إلى انفساخ أو انتهاء عقد الإجارة في باقي المدة، إذا بيعت العين المؤجرة، إذا كان البيع بموافقة المستأجر.

- أما إذا حصل البيع بغير إذن المستأجر فالجمهور على جواز ذلك أيضاً، وخالف في ذلك الشافعية، في مقابل الأظهر عندهم، والحنفية في رواية في المذهب، والصحيح المختار عند الحنفية جواز ذلك، لكن البيع يكون موقوفاً على سقوط حق المستأجر في منفعة العين المؤجرة، إما بانتهاء المدة، وإما بإجازة عقد البيع.

ولا حق لمشتري العين المؤجرة في فسخ الإجارة قبل انتهائها إذا كان على علم بها، أما إذا كان جاهلاً بها فإن الإجارة تكون بمثابة عيب في المبيع، يثبت له بموجبه حق خيار الفسخ^(١).

(١) عبد القادر عبد الرحمن محمد، الوسيط في عقد الإجارة في الفقه الإسلامي، ص ٤٥٥ - ٤٦٢، دار النهضة العربية بالقاهرة، ١٤١٣هـ.

وأيضاً فإن تمكين المطور أو المسير من رفع الأجرة السنوية على المؤجرين، متى ما أراد ذلك يفتح الباب أمام المطورين والمسيرين لابتزاز الزبناء، ورفع الأسعار وفق أهوائهم ورغباتهم فلا بد من ضبط قدر الأجرة عند العقد والالتزام بذلك، فالأجرة يشترط فيها ما يشترط في الثمن من العلم بقدرها وتحديدده، وإلا بطل العقد إذا كانت الجهالة مفضية إلى النزاع^(١).

ومع هذا فإنه نظراً لطول مدة الإجارة في نظام الاشتراك في الوقت، ونظراً لتغير أسعار الأجرة، فإنه يمكن أن يتم الاتفاق على تحديد الأجرة عن الفترة الأولى واعتماده أجرة المثل عن بقية الفترات، بشرط أن تكون أجرة المثل منضبطة، أو مربوطة بمعيار معين، بحيث لا يكون هناك مجال للنزاع^(٢).

المبحث السادس

المرونة في عقد الإجارة للأشياء من حيث الإضافة للمستقبل،

وقسمة المنافع في حال الشبوع

يتناول هذا المبحث إحدى أهم مميزات عقد الإجارة، وهي قابليته للإضافة إلى المستقبل، إضافة إلى تقسيم المنافع بين الشركاء، في حال الشبوع

أ- المرونة في عقد الإجارة للأشياء من حيث الإضافة للمستقبل:

يعتبر جمهور فقهاء الشريعة الإسلامية الإجارة نوعاً من أنواع البيع، لكونها تفيد التمليك لكل واحد من المتعاقدين - المؤجر والمستأجر - فهي عندهم بيع لمنافع الأشياء، وقد خصها الشرع باسم يميزها عن البيع العادي كبيع الذوات والأعيان، وعن بقية أنواع البيوع الأخرى كالسلم والصرف وغيرها^(٣).

والإجارة أوسع من البيع العادي^(٤)، ومما يميزها عنه أنه يجوز إضافتها إلى المستقبل، عند جمهور العلماء، ولا يلزم أن تكون منجزة، ولكن الحنفية يعتبرون

(١) أبو غدة، عبد الستار. أوفوا بالعقود، ص ٣٣، ط ١، ١٤١٧ هـ.

(٢) أبو غدة عبد الستار. الإجارة، ص ٣٩، مرجع سابق.

(٣) عبد القادر عبد الرحمن محمد، الوسيط في عقد الإجارة في الفقه الإسلامي، ص ١٠، مرجع سابق.

(٤) الكاساني، أبو بكر بن مسعود، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج ٤، ص ١٨٥، مرجع سابق.

عقد الإجارة في هذه الحالة عقداً غير لازم، فاللازم عندهم هو الإجارة المنجزة فقط.

أما الشافعية فلهم تفصيل في المسألة، فعندهم إذا كان عقد الإجارة وارداً على منفعة عين معينة، فيشترط في هذه الحالة التنجيز، أي أن تلي المدة المحددة في العقد هذا العقد مباشرة ولا يجوز إضافة العقد إلى المستقبل.

أما إذا كان عقد الإجارة وارداً على منفعة في الذمة. فلا يشترط لصحة الإجارة أن يكون العقد منجزاً، وإنما يجوز أن يكون مضافاً إلى أجل محدد في المستقبل^(١).

ب- قسمة المنافع في حال الشيوع (المهاياة بنوعها المكانية والزمنية)

المهاياة هي: أن يتفق الشركاء على تقسيم منفعة الملك المشاع بينهم بحسب الزمان أو المكان مع بقاء هذا الملك مشاعاً بينهم، كأن يتفق اثنان أو أكثر على أن يسكن كل واحد منهم الدار المشاعة بينهم، لمدة شهر، مثلاً.

فالمهاياة إذا، هي نوع من أنواع قسمة منافع الأعيان يتم تطبيقه عندما لا يكون الملك المشاع قابلاً للقسمة قسمة إفران، كأن يرتب على ذلك عدم تحقق الفائدة أو ضياع الغرض المقصود، أو نحو ذلك مما لا تصح معه قسمة الإفران التي يفرز ويميز فيها نصيب كل شريك.

وكما يجوز استخدام المهاياة لاقتسام منافع العين المملوكة ملكاً مشاعاً، فإنه يجوز ذلك أيضاً في عقد الإجارة، حيث يجوز أن يستخدم المستأجرون منافع العين المستأجرة المشاعة عن طريق المهاياة فيتم الاتفاق بينهم على تحديد فترة زمنية لانتفاع كل واحد منهم بهذه العين^(٢)، فإن كانت العين المستأجرة، داراً، سكنها كل واحد منهم فترة معينة، وإن كانت سيارة أو دابة أو آلة، ركبها أو استعملها كل

(١) عبد القادر، عبد الرحمن محمد الوسيط - فيعقد الإجارة في الفقه الإسلامي، ص ١٥٦ - ١٦١، وكتاب الإجارة لعبد الستار أبي غدة، ص ١٩، مرجع سابق.

(٢) أبو غدة، عبد الستار، أوفوا بالعقود، ص ٥٨، وعبد القادر، عبد الرحمن محمد. الوسيط في عقد الإجارة في الفقه الإسلامي، ٢٩٢ - ٢٩٣، مراجع سابقة.

واحد من الشركاء المستأجرين لفترة معينة، على أن يتم الاتفاق بينهم على تنظيم ذلك بحيث لا تكون هنالك جهالة مفضية إلى النزاع تحمل بالعقد.

المبحث السابع

تطبيق خيار التعيين في الإجارة لتنظيم تواريخ ومدد الانتفاع بين المشتركين في تملك المنفعة الشائعة

- يتناول هذا المبحث: تعريف خيار التعيين، وشروطه، وإمكانية تطبيقه في عقد الإجارة، لضبط تواريخ، ومدد الانتفاع في إجارة المشاع.

- تعريف خيار التعيين:

هو حق العاقد في تعيين واحد من الأشياء التي وقع عليها العقد في مدة محددة، كان يشتري أحد ثوبين أو ثلاثة غير معين على أن يأخذ أيهما شاء على أنه بالخيار ثلاثة أيام^(١)، وخيار التعيين أثبتته الحنفية استحساناً، لحاجة المشتري إلى دفع الغبن واختيار الأوفق، لأن المشتري قد لا يكون متأكداً من النوع الذي يحتاج إليه من أنواع متشابهة فيتيح له خيار التعيين الفرصة للنظر فيما يصلح له، واستدل الأحناف لمشروعية خيار التعيين بالقياس على خيار الشرط، لأنه في معنى ما ورد فيه الشرع، وهو خيار الشرط، فجاز إلحاقه به.

واختلف الأحناف هل يلزم لجواز البيع مع خيار تعيين اشترط خيار الشرط أم أنه يمكن اشترط خيار التعيين وحده^(٢).

- شروط قيام خيار التعيين:

١- أن يذكر شرط التعيين في صيغة العقد، ويكون ذلك في الإيجاب والقبول وبعبارة صريحة في خيار التعيين، وإلا كان العقد فاسداً للجهالة.

(١) ابن عابدين، محمد أمين بن عمر رد المختار على الدر المختار، ج٤، ص٥٨٦ دار الكتب العلمية، د. ط-١٤١٢هـ.

(٢) ابن الممام، كمال الدين بن عبد الواحد، فتح القدير، ج٦، ص٣٢٥-٣٣٠، دار الفكر، د. ط، د. ت.

٢- أن يكون موضع الخيار من القيميات، لا من المثليات، لأنه لا معنى لاشتراطه في المثليات لتساوي أفرادها.

٣- أن تكون مدة الخيار معلومة، وحددها الإمام أبو حنيفة بثلاثة أيام، وهي مطلقة عند الصاحبين بشرط أن تكون معلومة.

٤- أن لا يزيد أفراد خيار التعيين على ثلاثة، فلا يجوز أن تكون الأشياء التي يختار من بينها أكثر من ثلاثة.^(١)

تطبيق خيار التعيين لضبط تواريخ ومدد الانتفاع في إجارة المشاع

وقد أجاز الحنفية خيار التعيين في الإجارة استحساناً قياساً على جوازه عندهم في البيع كأن يغير المؤجر المستأجر في إجارة إحدى عينين أو ثلاثة، لا أكثر، كما هو في البيع - كما تقدم - وذلك كأن يقول أجرتك إحدى هاتين الدارين بخمسة دراهم لأي منهما اخترت، أو هذه بعشرة والأخرى بشمانية، كما أجازوا التخيير فيها بين مسافتين مختلفتين بأجرين، أو بين عمليتين كذلك، وليس هناك خلاف بين الأحناف في عدم اشتراط الخيار معه في العقد، وعدم اشتراط التوقيت، بخلاف البيع، لأن باب الإجارة أوسع.^(٢)

- أما عن تطبيق خيار التعيين في عقد الإجارة في نظام التملك الزمني لتحديد مدد وتواريخ الانتفاع في إجارة المشاع. فإن قصر أفراد هذا الخيار على ثلاثة أشياء يجد من خيارات الزبون، إذ سيكون عليه أن يختار واحداً من ثلاثة تواريخ لقضاء حصته، بينما نجد أن المهैयाة أكثر مرونة وأنسب للمستأجرين، لأن الخيارات فيها ليست محدودة بعدد معين، بل يكون لكل واحد الخيار في أن يختار ما يناسبه ويتماشى مع ظروفه.

وعلى هذا تكون المهैयाة أنسب وأكثر مرونة.

(١) ابن عابدين، محمد أمين بن عمر رد المختار على الدر المختار، ج٤، ص٥٨٦، مرجع سابق.

والموسوعة الفقهية الكويتية، ج٣، ص٥٣-٥٤.

(٢) الموسوعة الفقهية، المجلس الأعلى للشؤون الإسلامية بمصر: <http://www.Islamic-council.Com/feqhux/2/51K.asp>

المبحث الثامن

شرعية إصدار صكوك على عقد الاشتراك في الوقت (صكوك الإجارة) وحكم نظام الاشتراك في الوقت بصوره المختلفة.

يتناول هذا المبحث الحكم الشرعي في إصدار صكوك على عقد الاشتراك في الوقت، إضافة على حكم الاشتراك في الوقت بصوره المختلفة المتقدمة الذكر.

أ- شرعية إصدار صكوك على حق التملك الزمني

عرف مجمع الفقه الإسلامي سندات (صكوك) الإجارة بأنها: «سندات ذات قيمة متساوية، تمثل حصصاً شائعة، في ملكية أعيان أو منافع ذات دخل» والهدف من إصدار هذه الصكوك هو تحويل المنافع والأعيان في عقد الإجارة إلى أوراق مالية قابلة للتداول في السوق الثانوية، وقد أصدر مجمع الفقه الإسلامي القرار رقم ٤ في الدورة الرابعة عشرة بخصوص صكوك الإجارة، حيث أجاز المجمع إصدار صكوك إجارة تمثل ملكية الأعيان المؤجرة للمستفيدين من منافعها، كما أجاز القرار أيضاً إصدار صكوك إجارة تمثل منافع الأعيان القابلة للتأجير، مع التزام الضوابط الشرعية اللازمة في إصدار مثل هذه الصكوك والتعامل بها في السوق الثانوية^(١).

وعلى هذا الأساس فليس هناك مانع من إصدار صكوك على حق التملك الزمني، مع مراعاة الضوابط الشرعية في ذلك، وعدم زيادة الصكوك التي يتم إصدارها عن حجم المنافع، كما تنهجه بعض الشركات التي تتعامل بنظام الاشتراك في الوقت.

حكم نظام الاشتراك في الوقت بصوره المختلفة:

رأينا من خلال ما سبق، أن صور نظام الاشتراك في الوقت لا تخرج في الغالب عن عقد الإجارة، وعقد البيع في الفقه الإسلامي، وعليه يكون حكم عقد الاشتراك، في الوقت الجواز من حيث العموم، وإن كانت هناك بعض الصور والشروط التي تخالف الشرع، كما تم بيانه في هذه البحث.

(١) موقع مجمع الفقه الإسلامي على الإنترنت: <http://www.Fiqhacademy.Org.sa>

وقد صدرت في شأن نظام الاشتراك في الوقت فتوى جماعية عن الحلقة الفقهية الرابعة للبركة، ومما جاء في هذه الفتوى:

«لا مانع من شراء حق التملك الزمني وذلك بالتعاقد على تملك منفعة العقار لفترة زمنية معلومة القدر غير معينة التاريخ، مع ضبط مواصفات المباني، كما لا مانع من توارد عقود شراء حقوق تملك زمني عديدة لا تزيد مددها عن حجم المنافع مكاناً وزماناً في عقد البيع الأول، وفي حال تأجيرها يكون استيفاء المستأجرين للمنافع من حيث تحديد تاريخ الانتفاع حسب الضوابط التي يضعها المؤجر أو مدير العقارات بما يتيح الانتفاع لجميع المستأجرين بالمقادير للفترات الزمنية المتعاقد عليها معهم.»^(١)

خلاصة

في نهاية هذه الورقة يمكن أن نستخلص منها ما يلي:

١- أن نظام الاشتراك في الوقت بقسميه البيع والإجارة، يرجع في الغالب إلى عقد البيع وعقد الإجارة في الفقه الإسلامي، وعليه يكون حكمه الجواز، من حيث المبدأ.

٢- هناك بعض الشروط التي يتضمنها نظام الاشتراك في الوقت بقسميه، لا بد من مراجعتها لمخالفتها لمقتضى العقد أو مقصوده، من وجه نظر الشرع.

٣- يجوز إصدار صكوك على حقوق التملك الزمني، مع مراعاة الضوابط الشرعية في ذلك، وعدم زيادة الصكوك المصدرة عن حجم المنافع الموجودة.

نسأل الله تعالى التوفيق والسداد وأن ينفع بهذه الورقة.

إنه تعالى ولي ذلك والقادر عليه.

وآخر دعوانا أن الحمد لله رب العالمين.

(١) أبو غدة، عبد الستار، الإجارة، ص ١٧٩، مرجع سابق.

المراجع

- * ابن الهمام، كمال الدين بن عبد الواحد. فتح القدير، دار الفكر، د. ط، د. ت.
- * ابن عابدين، محمد أمين بن عمر رد المحتار على الدر المختار، دار الكتب العلمية، د. ط، ١٤١٢هـ.
- * ابن قدامة، عبد الله بن أحمد، المغني، ج ٥، ص ٢٥٣، دار إحياء التراث العربي، ط ١، ١٤٠٥هـ.
- * أبو غدة، عبد الستار، أوفوا بالعقود، ط ١، ١٤١٧هـ.
- * الخطاب، محمد عبد الرحمن، مواهب الجليل، دار الفطر، ط ٣، ١٤١٢هـ.
- * الكاساني، أبو بكر بن مسعود. بدائع الصنائع، دار الكتب العلمية، ط ٢، ١٤٠٦هـ.
- الشيرازي، أبو إسحاق، المجموع، د. ت.
- * الموسوعة الفقهية، المجلس الأعلى للشؤون الإسلامية بمصر: <http://www.Islamic-council.Com/feqhux/2/51.asp>
- * النووي، يحيى بن شرف الدين، المجموع شرح المهذب. مطبعة المنيرية، د. ط: د. ت
- * عبد القادر، عبد الرحمن محمد. الوسيط في عقد الإجارة في الفقه الإسلامي، دار النهضة العربية بالقاهرة، ١٤١٣هـ.
- * مجلة مجمع البحوث الإسلامية، العدد: ٧، الإصدار: من رجب - شوال ١٤٠٩هـ.
- * موقع مجمع الفقه الإسلامي على الإنترنت: <http://www.fiqhacademy.org.sa>
- * <http://www.etimeshareresales.Com/html/deeded+timeshare+vs+right+to+html>
- * <http://www.etimeshareresales.Com/html/deeded+timeshare+vs+right+to+.html>
- http://www.thetimesharebeat.Com/whatis.Htm *
- http://www.thetimesharebeat.Com/whatis4.htm *
- .thetimesharebeat.Com/whatis4.htm http://www *
- .timeshares-timeshares.Com/timeshare-info.http://www *
- htm!
- http://www.tug2.net/advice/timeshare-101.htm*

عقد المشاركة الزمني
(التايم شير)

إعداد

الدكتور محمد علي القرى بن عيد
جامعة الملك عبد العزيز - جدة

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

عقد المشاركة الزمنية

«التايم شير»

الحمد لله وحده، والصلاة والسلام على سيدنا محمد وعلى آله وصحبه وسلم،
أما بعد:

١- المسألة محل النظر:

ظهر في قطاع السياحة منذ الستينيات من القرن الميلادي المنصرم صيغة تسمى: «التملك الزمني»، وقد جاء بهذه الصيغة خبراء التسويق لترويج المشاريع السياحية. الغرض الظاهر منها هو تمكين ذوي الدخول المتدنية من الاستمتاع والوصول إلى وحدات سكنية ومنتجعات سياحية ذات مستوى عالٍ ما كان لهم التمكن من تحمل تبعاتها المالية بالطرق المعتادة. والصيغة التي يروج لها في عقد التملك الزمني أو المشاركة بالوقت التي ترد في الإعلانات وبرامج الترويج إنه: «تملك منافع وحدة سكنية لمدة متكررة تبلغ أسبوعاً واحداً أو مضاعفاته في منتجع سياحي محدد». وقد نجحت هذه الصيغة في تحقيق غرض الترويج حتى بلغ عدد المشتركين في برامج التايم شير في عام ١٩٩٩م أكثر من أربعة ملايين شخص موزعين على نحو ١٩٠ بلداً في العالم وزادت إيرادات المنظمين عن ستة بلايين دولار أمريكي بمعدل نمو يزيد عن ١٥٪ سنوياً^(١). إلا أن أهم مؤشرات نجاح التايم شير في تحقيق أهداف المروجين له هو ما أظهرته دراسة قامت بها الجمعية الأمريكية لتطوير المنتجعات السياحية ARDA والتي دلت على أن المشترك في برنامج التملك الزمني يكرر قضاء الإجازة في المنتجع الذي اشترك فيه بمعدل ٥,٥ مرات كل عشر سنوات، بينما المعدل لمن لا يشترك في برنامج تملك زمني لا يزيد عن ٢,٧ كل عشر سنوات مما يدل على نجاح برنامج تايم شير في الترويج السياحي وجذب الزوار إلى المنتجعات، وهذا هو الهدف الأصلي لصيغة التايم شير.

(١) المعلومات من الجمعية الأمريكية لتطوير المنتجعات السياحية ARDA .

٢- ملاحظة على الاسم:

أما باللغة الإنجليزية فقد اشتهر هذا المنتج بعبارة: «تايم شير» (Timeshare)، ثم جاءت الترجمة العربية مختلفة بحسب فهم المترجم أو اعتماداً على الجوانب التي يريد أن يبرزها في العبارة. فقد رأينا الجملة السابقة تترجم إلى عبارة المشاركة الزمنية، والمشاركة بالوقت، وعقد التملك الزمني. والجميع له معنى واحد. ولما كانت صيغة التملك الزمني هي منتج تسويقي وترويجي في المقام الأول كان للعبارة أهمية بالغة.

وقد أظهرت بعض الدراسات حرص الموسيقين أن يتضمن الاسم والوصف ما يوحي بأن هذا العقد يحقق «التملك» وأنه يشول إلى «ملكية»، أو يحمل في طياته «هذه الملكية» ... الخ. لما لذلك من تأثير نفسي على المتلقي، فإذا قيل له أن لدينا برنامجاً يمكنك من تملك شقة في باريس مثلاً فلا ريب أن في ذلك قوة إغراء عظيمة. كان التايم شير من الظواهر التسويقية التي لفتت اهتمام المتخصصين إذ إنها اعتمدت ليس على الاستجابة للطلب السوقي بل على «خلق الطلب» عن طريق الحملات التسويقية المباشرة التي تستخدم أدوات الضغط النفسي «لتوريث» الزبائن بالتوقيع على عقود التايم شير عن طريق الهدايا والسحب على الجوائز، ودعوات العشاء في المطاعم الفاخرة ... الخ، ومن أدوات الإقناع التي طالما انتقدت من قبل المتخصصين استخدام عبارات الغرض منها دغدغة عواطف الناس الذين يتوقون إلى تملك العقار (كما هو الحال بخاصة في الولايات المتحدة الأمريكية) من هذه العبارات كلمة «بيع» فيقال للعميل إننا «نبيع» عليك وحدة سكنية، وإنك «تتملك» زمنياً، وهكذا والحال أن العقد لا يعدو أن يكون إجازة طويلة الأجل بينما أن الأصل في أكثر الأحوال مملوك لجهة ثالثة.

٣- العلاقات التعاقدية بين أطراف عقد التملك الزمني:

عقد التملك الزمني اليوم هو في غالب أحواله عقد إجازة، إلا أنه لم يصل إلى ذلك إلا بعد أن مر بعدة مراحل انتهى بعدها بالإجازة فتدرج من الصيغة الأولى إلى الصيغة الثانية.

يمكن القول إن عقد التملك الزمني قد مر بعدة مراحل إذ بدأ بالشركة ثم انتهى بالإجارة.

الصيغة الأولى:

صيغة الشركة وقد وجدت هذه الطريقة في بدايات ظهور التايم شير في الولايات المتحدة، وفيها يملك المشتري حصة مشاعة من مجمع سكني سياحي، يتكون من وحدات متماثلة يقسم إلى وحدات ملكية أشبه بأسهم الشركة، وترتب على ملكية كل وحدة ما يقابلها من المنافع مقاساً بعدد الأيام، يوثق هذا التملك بالطرق المعتادة، ويسجل لدى الجهات الرسمية، ويصح بالفعل شريكاً في الملكية.

والشركات التي تنظم مثل هذه المشاريع وتروج لها غرضها، أن تتولى صيانة المنتجع، والعناية به، وتوفير الخدمات السياحية المعتادة له وفي نفس الوقت تنظيم عملية المهياة بين الملاك، لأن عدد الوحدات السكنية أقل بكثير من عدد الملاك. كما تقوم بتأجير وحدات من لا يرغب الاستفادة من وحدته من الملاك تأجيرها إلى أطراف أخرى والتسويق لذلك ... الخ. وتقوم الشركة بذلك كله مقابل أجره سنوية يدفعها كل مشترك، إضافة إلى نصيب من الدخل المتولد من استغلال الوحدات. وهذه الصيغة لا تكاد توجد اليوم في مجال المشاريع العقارية، وإنما لا زالت مطبقة في مجالات الطائرات واليخوت والخيول ونحو ذلك.

ويمكن للمشارك أن يبيع حصته وتقوم شركات متخصصة بتنظيم عمليات البيع كما يفعل في أسواق الأسهم. ويتحدد ثمن الوحدة في السوق بناء على العرض والطلب، ويتأثر بأثمان العقارات والمتغيرات الأخرى.

الصيغة الثانية:

وضمن هذه الصيغة يكون المشترك في برنامج التايم شير مستأجراً في عقد إجارة مدتها أسبوع أو مضاعفاته تتكرر كل سنة لمدة طويلة قد تصل إلى ٩٩ عاماً. وتضم هذه الصيغة طريقتين: الأولى: أن يكون المنتجع مملوكاً لهيئة عهدة مالية trust وينص صك إنشاء هيئة العهد المالية: أن الغرض منها المحافظة على مصالح المشتركين في البرنامج ما دامت عقود الإجارة قائمة ثم إذا انتهت جميعاً انتقلت ملكية الأصل إلى جمعية خيرية أو إلى جهة موصى بها. وتكون المدة المحددة لهيئة

العهددة المالية في الغالب ٩٩ عاماً، وفي هذا حفظ لحقوق المشاركين إذ أن الـ Trust باقي ما بقي المشروع. ومع أن هذا المشروع مسجل باسم هذه الشخصية الاعتبارية إلا أن للمشاركين ما يسمى في القوانين الغربية الملكية النفعية Equitable Ownership والتي تمكنهم في حال وجود إهمال أو تضييع لحقوقهم من الحصول على أمر قضائي يسمح لهم بالتصرف مباشرة بالملك. أما الطريقة الثانية وهي الغالبة في الوقت الحاضر، وهي أن يكون المنتج مملوكاً لجهات خاصة ومسجل باسم شركة متخصصة في المنتجعات السياحية، ويكون عقد التايم شير ليس إلا عقد إجارة مع الجهة المالكة تحدد فيه مدته التي تكون في الغالب ٢٣٠ سنة أو نحو ذلك. وفي أحيان لا تكون الشركة المتخصصة في المنتجعات السياحية مالكة للمشروع، وإنما هي مستأجرة إجارة طويلة الأجل لكامل المشروع، ثم تسوقه على أساس التايم شير.

٤- طريقة تحديد محل التعاقد:

إذا قام التايم شير على أساس الشركة، فإن محل التعاقد هو حصة مشاعة في الأصل المولد للمنافع. لكن هذه الصيغة لم تعد هي أساس المشاريع السياحية حيث أصبحت الإجارة، ومعلوم أن محل التعاقد في عقد الإجارة هو منافع الأصل، كأن يكون شقة أو غرفة أو نحو ذلك. إلا أن تحديد تلك المنافع في برامج التايم شير له طرق متعددة.

١- الطريقة الأولى:

وتسمى طريقة الأسبوع الثابت (Fixed Week) وهي أبسط الطرق، وفيها يعطى المشترك أسبوعاً واحداً محدداً في السنة لغرفة أو وحدة سكنية من حجم محدد في منتجع معين على سبيل الإجارة، والغالب أن المنتجع معين أما الوحدة فهي موصوفة ضمن ذلك المنتجع. فإذا حل ذلك التاريخ في كل سنة استحق أسبوعه الموعود في الوحدة الموصوفة. وله ضمن إجراءات التايم شير أن يتمتع بسكنى الوحدة خلال ذلك الأسبوع، أو يتنازل عن ذلك لطرف آخر، أو يقوم بتأجيرها من الباطن مباشرة، أو عن طريق السماسرة، كما أن له أن يشترك في برنامج مقايضة ليحصل (مقابل أجرة للشركة التي تدير هذا البرنامج) من خلاله على أسبوع آخر

أو (أقل أو أكثر) في مكان آخر. ولكن يبقى أن ما خصص له من أسبوع حق له يتكرر في نفس المكان كل عام. وتبلغ نسبة العمل بهذه الطريقة من مجمل التايم شير نحو ٣٣٪.

٢- الطريقة الثانية:

وتسمى الأسبوع العائم (Floating Week) ويقصد بالعائم أي غير محدد التاريخ خلال العام. وهو إما أن يكون «عائماً» بصفة موسمية، وفي هذا يحدد للمشارك أسبوع واحد في موسم مثل أن يقال: أسبوع واحد خلال فصل الصيف، أو فصل الشتاء، أو يكون عائماً طوال العام، وله عندئذ اختيار أسبوعه في أي موسم شاء... الخ. ويجب على المشترك في كل الأحوال أن يقوم بحجز الأسبوع المرغوب قبل وقت كافٍ تحدده أحكام وشروط البرنامج، ويكون غالباً قبل عدة أشهر من الوقت المطلوب، وفي أكثر الأحيان يجب أن يدفع رسماً في كل عملية حجز. وتبلغ نسبة استخدام طريقة الأسبوع العائم الموسمي في برامج التايم شير نحو ٢٤٪ أما السنوي فتبلغ نحو ٢٦٪.

٣- الطريقة الثالثة:

وتسمى طريقة النقاط، يتم التعاقد ابتداءً على وحدة في منتج محدد بتاريخ معين، ثم تجري ترجمة هذه الوحدة إلى نقاط، فيحصل المشترك على عدد من النقاط بحسب حجم تلك الوحدة وتصنيف المنتج والموسم المختار. هذه النقاط يجري التعامل بها فيما بعد كما لو كانت رصيداً في الحساب. فيستطيع المشترك أن يصرفها في ذلك المنتج أو ما يقابل نقاطه في منتجات أخرى، وهذه النقاط تستخدم كما لو كانت نقوداً إذ يمكنه أن يدخرها لعدة سنوات كما يمكنه صرف نقاط أسبوع في منتج ليحصل على يوم واحد مثلاً في منتج أفضل منه أو ليحصل على أسبوعين في منتج أقل جودة من منتج الأول، بل إن استخدام هذه النقاط كما لو كانت نقوداً قد توسع حتى صار يمكنه صرفها في أمور أخرى مثل: استئجار سيارة، أو شراء تذكرة طائرة، أو السكن في الفنادق... الخ. وتتم هذه العمليات بواسطة شركات متخصصة لعمليات الوساطة وتبلغ هذه الطريقة نحو ١٧٪ من مجمل عمليات التايم شير.

٥- مجالات استخدام عقد المشاركة الزمنية:

١- المنتجعات السياحية:

أكثر ما يكون استخدام عقد التملك الزمني في المنتجعات السياحية مثل: الشقق المفروشة، أو الشاليهات، والغرف في الفنادق، والفلل، والاستراحات ... الخ. وهذا أول وأكبر استخدام لهذه الطريقة. ولا يقتصر استخدام التايم شير في المشاريع العقارية على السياحة إذ يستخدم في مكة المكرمة مثلاً للمباني المجاورة للحرم الشريف، ويستخدم من قبل الشركات لسكن المسؤولين عند سفرهم لإنجاز الأعمال ... الخ. وتنتشر برامج التايم شير في أكثر دول العالم في الوقت الحاضر.

٢- الطائرات واليخوت:

تعد الطائرات بشكل خاص نشاطاً جديداً ونامياً لعقد المشاركات الزمنية. وفيه يشترك مجموعة من الأشخاص الطبيعيين أو الاعتباريين في ملكية طائرة، ويوكل إلى شركة متخصصة في «التايم شير» أمر إدارة هذه المشاركة. هذا يعني توقيع مجموعة الملاك على عقد شركة محلها تلك الطائرة، ثم تقوم الشركة بعد تسجيلها بتوقيع عقد إدارة وصيانة الطائرة أو الطائرات مع تلك الشركة، وفي نفس الوقت يجري تحديد ما يقابل كل سهم من الملكية ما يقابله من المنافع، فيقسم الوقت إلى وحدات يملك كل شريك عدداً منها موافقاً لحصته في ملكية الشركة. ويحق لكل شريك استخدام الطائرة بقدر حصته، ويحصل التبادل بين الشركاء في الحصص الفائضة عن حاجة أحدهم. وفي بعض الأحيان تقوم الشركة أيضاً بتأجير الطائرة إلى آخرين إذا كان ثم وقت زائد عن حاجات الملاك. وهي بهذا تبيع حصة شريك من المنافع إلى طرف ثالث، ولا يلزم أن يكون التايم شير في الطائرات على أساس الاشتراك في الملكية، فهو في بعض البرامج يكون على أساس الإجارة الطويلة فحسب فتقوم شركة باستئجار الطائرة لعدد من السنوات، ثم تعيد تأجيرها إلى مجموعة من المستفيدين بالصفة السابق ذكرها، وتتولى إدارة عملية توزيع المنافع والصيانة ... الخ. وفي كل الأحوال يشترك الجميع في تحمل مصاريف الصيانة والتأمين وما إلى ذلك.

ويجري على اليخوت أيضاً ما ذكر بالنسبة للطائرات، والفارق الأساس هو أن

اليخوت ذات استخدام ترفيهي في الغالب، بينما أن مستخدمي الطائرات أكثرهم من الشركات لأغراض أعمالها.

٣- الخيول:

وفي ألمانيا تستخدم طريقة تايم شير في ملكية الخيول حيث قدمت بعض الاسطبلات هذه الفرصة لمحبي الخيول الذين ليس لديهم الوقت أو المال الكافي لامتلاكها والعناية بها، فما عليهم ضمن هذا البرنامج إلا الاشتراك مع الإسطبل وآخرين في ملكية الحصان الذي يتولى الاسطبل العناية به، ويخصص لكل واحد منهم وقت محدد لركوبه (مرتين في الأسبوع مثلاً)^(١).

بعد أن عرضنا طريقة عمل التايم شير واستخداماته وصيغ عقوده، نريد قبل التوصل إلى النظر في حكمه أن نتطرق إلى الأحكام ذات العلاقة.

عقد الإجارة:

الإجارة في اللغة: اسم للأجرة، عرفها الفقهاء بأنها: عقد على تملك منفعة بعوض. وهي مشروعة في الكتاب والسنة وإجماع الفقهاء، من ذلك ما جاء في الكتاب الحكيم على لسان شعيب: ﴿إِنِّي أُرِيدُ أَنْ أَكْمَلَكَ إِحْدَى ابْنَتَيْ عَلٍّ أَنْ تَأْجِرَ بِي﴾، وفي قوله تعالى ﴿فَإِنْ أَضَعْنَ كَثْرَتَهُنَّ أُجْرَهُنَّ﴾ (الآية). وفي السنة فيما رواه أبو سعيد الخدري أن رسول الله ﷺ قال: «من استأجر أجيراً فليعلمه أجره». وما ورد في الحديث القدسي: «ثلاثة أنا خصمهم يوم القيامة، وعد منهم» رجل استأجر أجيراً ولم يعطه أجره». وما ورد في البخاري عن عائشة: «استأجر رسول الله ﷺ وأبو بكر رجلاً من بني الدليل هادياً خريئاً...».

وأورد ابن المنذر إجماع العلماء على جواز الإجارة في الجملة^(٢).

وفي المغني: «... وأجمع أهل العلم في كل عصر، وكل مصر على جواز الإجارة»^(٣). ثم قال: «والإجارة نوع من البيع لأنها تملك»^(٤).

(١) - الشرق الأوسط ٢٤/٤/١٤٢٨ هـ الموافق ١١ مايو ٢٠٠٧ م ص ١٦.

(٢) الإجماع، ابن المنذر.

(٣) المغني، لابن قدامة، (ج ٨ ص ٦).

(٤) المغني (ج ٨ ص ٧).

والأصل أن الإجارة عقد على منفعة تتولد من عين فلا يتضمن العقد استهلاك العين المولدة للمنافع، وقد نص الفقهاء أن الإجارة لا تتعقد إلا على نفع يستوفي مع بقاء العين، ومع ذلك فقد نص الفقهاء أيضاً على جواز إجارة الشمعة والظنر مع أن فيهما إتلاف للعين.

ولعقد الإجارة أركان هي في قول أكثر الفقهاء، العاقدان: وهما المؤجر والمستأجر، والصيغة وهي الإيجاب والقبول الدال على الرضا، والركن الرابع هو المعقود عليه وهو المنفعة والأجرة.

المحل المتعاقد عليه في الإجارة:

يقصد بالمحل في عقود المعاوضات مع وقع عليه التعاقد فهو المبيع في عقد البيع، وفي عقد الإجارة المحل المتعاقد عليه هو المنافع. قال في الروض المربع: «وهي عقد على منفعة معلومة من عين معينة أو موصوفة في الذمة معلومة...»^(١). وفي المنتقى شرح الموطأ: «يجوز إجارة كل ما يعرف بعينه مما يصح بدل منافعه، كالدور والعييد والدواب والثياب وأما ما لا يعرف بعينه، كالمكيل والموزون، فلا تصح إجارته وإجارته قرضه والأجرة ساقطة على مستأجره»^(٢).

والمنفعة عرفها ابن عرفة في حدوده بأنها: «ما لا تمكن الإشارة إليه حساً دون إضافة...»^(٣). فلا يتصور الإشارة إلى منافع السكنى إلا بنسبتها إلى المسكن.

وفي حاشية العدوي على شرح الكفاية قال في وصف المنفعة: «المنفعة شرطها أن تكون مباحة، ... وأن تكون داخلة تحت التصويم، ... وأن تكون غير متضمنة استيفاء عين قصداً، ... وأن تكون مقدوراً على تسليمها، ... وأن تكون غير حرام، ... وأن تكون معلومة...».

وتتبع المنفعة ببيان صفة الأصل المولد لها، فإن كانت إجارة أعيان، فإن المنفعة تستوفي من عين معينة، فإذا هلكت انفسخت الإجارة، أما إذا كانت إجارة

(١) الروض المربع (ج ٢ ص ٢٣١).

(٢) المنتقى شرح الموطأ (ج ٣ ص ٤٧١).

(٣) منح الجليل (ج ١٦ ص ١٥٨).

موصوفة في الذمة، فإن هلاك العين يلزم بعد التعيين المؤجر أن يقدم غيرها، لأن الأصل المولد للمنفعة غير معين، وإنما هو موصوف في الذمة. كما تتعين المنفعة ببيان المدة إذا كانت المنفعة معروفة بذاتها، فإذا عرفت المدة عرف قدر المنفعة مثل سكنى البيت.

أما إجارة العين لعمل معلوم كإجارة دابة للركوب عليها إلى موضع معين، فإنها تتعين بالوصول إلى الموضع وليس باعتبار المدة. كما تتعين المنفعة بتعين العمل كما في الأجير المشترك أما في الأجير غير المشترك فيكفي بيان المدة.

والأجرة هي ما يلتزم به المستأجر عوضاً عن المنفعة التي يملكها، وكل ما يصلح أن يكون ثمناً في البيع يصلح أن يكون أجرة في الإجارة. وهل يملك المستأجر المنافع المعقود عليها بالعقد؟ اختلفوا فقال أبو حنيفة: «تحدث المنافع على ملك المؤجر ولا يملكها المستأجر بالعقد، لأنها معدومة عند العقد، فلا تكون مملوكة كالثمرة والولد. وقال غيره: «المنفعة المستقبلية يتصرف بها مالك العين كما يتصرف بالعين فلما أجراها صار المستأجر مالئاً للتصرف فيها كما كان يملكه المؤجر»^(١).

٦- المهياة:

هي المناوبة (المجموع ج ٦ ص ٤٧٨)، قال في كتاب التعريفات: (ج ١ ص ٧٨) المهياة: قسمة المنافع على التعاقب والتناوب وقال في درر الحكام في شرح مجلة الأحكام (ج ٢ ص ٤٤٤): «المهياة من باب المفاعلة وهي لغة: اتفاق أشخاص على أمر ما شرعاً، فإذا كان دار مشتركة بين اثنين مناصفة مثلاً يعطي القرار إما رضاً أو قضاء بأن يسكن كل من الاثنين الدار سنة أو ستة أشهر أو أكثر أو أقل وأن يكون لكل منهما إيجارها مثل تلك المدة ويقال لذلك مهياة زمن».

وفي المغرب (ج ٥ ص ٤٧١): «المهياة بالهمزة في الدار ونحوها مقاسمة المنافع وهي أن يتراضى الشريكان أن يتنفع هذا بهذا النصف المقروز وذلك بذلك النصف، أو هذا بلكه في كذا من الزمان وذلك بلكه في كذا من الزمان بقدر مدة الأول، وقد

(١) المغني (ج ٨ ص ١٦).

تهايا أي فعلاً ذلك وهايا فلان فلاناً وأصلاً من قوله هيأته فتهيأ أعد أعدته واستعد وهاء يهئ إذا تهيئ ..».

وفي المنتقى شرح الموطأ (ج ٤ ص ٤٥): «... القسمة في الأصل على ثلاثة أوجه: قسمة مهايأة وهي أن يتهايا الشريكان فيأخذ هذا داراً يسكنها، وهذا أرضاً يزرعها، فيجوز ذلك بالتراضي وليست بواجبة يجبر عليها من أباه، لأن قسمة المنافع ليست بقسمة بيع، وقسمة الرقاب قسمة بيع».

أثر العرف على عقد الإجارة:

العرف والعادة معتبران عند جمهور الفقهاء في تعيين ما تقع عليه الإجارة، وفي كيفية استيفاء المنفعة من الأصل المؤجر. وفي أحكام العقد بصورة عامة. فإذا انعقدت الإجارة دون تحديد شروط متفق عليها بين الطرفين انصرف كل حكم من أحكامها إلى ما تعارف واعتاد عليه الناس.

وقال في شرح المنتهى: «الإجارة تقتضي الانتفاع المعتاد .. فإذا أطلق الانتفاع حل على المعتاد»^(١).

وقال العلامة عبد الرحمن بن سعدي في هذه المسألة: «الصحيح» الرجوع إلى العرف فيما على المؤجر والمستأجر والعرف أصل كبير يرجع إليه في كثير من الشروط والحقوق التي لم تتقدر شرعاً ولا لفظاً»^(٢).

وفي درر الحكام: «ويتبع عرف البلدة فيما لم يعين وقت ابتداء العمل وانتهائه»^(٣). وقال ابن تيمية في الفتاوى: «وإن ما عدّه الناس بيعاً فهو بيع وما عدوه إجارة فهو إجارة، وما عدوه هبة فهو هبة، وما عدوه وقفاً فهو وقف...»^(٤)، وفي مجلة الأحكام العدلية^(٥): «يصح استئجار الدار والحانوت بدون بيان كونه لأي شيء، وأما كيفية استعماله فتصرف إلى العرف والعادة».

(١) شرح المنتهى، (ج ٢ ص ٣٥٨).

(٢) المختارات المجلية، ص ٥٥.

(٣) درر الحكام، (ج ١ ص ٥٧٠).

(٤) الفتاوى، (ج ٢٠ ص ٢٣٠).

(٥) مجلة الأحكام العدلية، المادة ٥٢٧.

حكم برامج التايم شير:

من العرض السابق يتضح لنا أن عقد المشاركة الزمنية المسمى تايم شير لا يخرج من كونه عقد شركة، أو عقد إجارة. فإذا انعقد على أساس الشركة فهو في أغلب أحواله جار على أحكام الشركة عند جمهور العلماء. والجديد فيه أن الحصص يجري تداولها كالأسهم، وأن الإدارة في الشركة منوطة بشخصية اعتبارية تنهض بها مقابل أجر، وكل ذلك جائز لا بأس به، وهو أمر معتاد في الشركات. وما قد يكتنف مثل هذه الترتيبات من شروط مخالفة من الناحية الشرعية، فهو ليس جزءاً أساسياً في طريقة عمل التايم شير بل يمكن إسقاطه أو الاستغناء عنه. دون التأثير على عمل هذه الشركة.

إذا كان التايم شير على سبيل الإجارة سواء كان المؤجر مالكا للأصل أو مستأجراً له إجارة طويلة، فكل ذلك جار على أحكام عقد الإجارة المشهورة عند جمهور الفقهاء، والجديد فيه أنه إجارة متكررة لأسبوع محدد لأعوام متكررة وهذا لا بأس به وهو عمل الناس منذ القديم، فقد كان القادمون إلى أماكن الأسواق والحرمين ونحوها يرتبون استئجار أماكن محددة للموسم فقط لسنوات متكررة وهو غير مخالف لمعنى الإجارة وأحكامها، أما ما يتعلق بالمقايضة بين أسبوع في منتجع وأقل أو أكثر منه فهو إن بدأ وكأنه بيع منافع بمنافع، إلا أن حقيقته غير ذلك إذ أن الأسبوع الأول يجري تقويمه على صفة نقاط، ثم بعد رصدها في حساب المشترك يمكن له أن يتصرف بها في شراء منافع في منتجع آخر.

وقد توسع الناس في استخدام هذه النقاط كما لو كانت نقوداً إذ يمكن بها شراء تذاكر السفر واستئجار السيارات ... الخ. فأصبحت وسيطاً للتبادل، وإن كان في استخدامات محدودة. وقد استخدم الناس في القديم سلماً معينة وسيطاً للتبادل مع وجود النقود مثل الخبز والجلود ... الخ، فلما تعارف الناس عليها صار لها حكم النقود. وكذلك الحال في هذه النقاط في مدخره في حسابات كالنقود، ويمكن استخدامها في الشراء كما هو الحال في النقود وإن كانت محصورة باستخدامات معينة.

ولا يخفى أن برامج التملك الزمني (مع التحفظ على الاسم) تحقق مصالح جمة

عقد التملك الزمني

إعداد

نور الدين شريعتمدار جزائري
طهران - الجمهورية الإسلامية الإيرانية

1944
1945
1946
1947
1948
1949
1950
1951
1952
1953
1954
1955
1956
1957
1958
1959
1960
1961
1962
1963
1964
1965
1966
1967
1968
1969
1970
1971
1972
1973
1974
1975
1976
1977
1978
1979
1980
1981
1982
1983
1984
1985
1986
1987
1988
1989
1990
1991
1992
1993
1994
1995
1996
1997
1998
1999
2000
2001
2002
2003
2004
2005
2006
2007
2008
2009
2010
2011
2012
2013
2014
2015
2016
2017
2018
2019
2020
2021
2022
2023
2024
2025

وتقتضي دراسة هذا الموضوع تناول ما يلي:

١- التملك الزمني في نشأته:

ذكر بعض الكتاب في تحقيقه في موضوع التملك الزمني أنه نشأ من صناعة الحاسوب حيث اشترك جماعة في استخدام جهاز واحد من كمبيوتر ثم حدث في عام ١٩٦٠ لأول مرة إبداع لفكرة جديدة في المؤسسات التجارية والاقتصادية من البنايات والعمارات وغيرها حتى أصبح في الآونة الأخيرة عقداً شائكاً في أكثر البلاد في العالم وسبباً للمتلاك في أصول أو منافع المباني وقضاء فترات محدودة في المناطق المختلفة من السياحة والزيارة والنزهة^(١).

وجدير بالذكر أن التعاون في استخدام المنافع والمصادر الاستخدامية ليس أمراً حادثاً في هذا العصر، والدليل على ذلك وجود الشركات التجارية، وامتلاك مصدر تجاري لجماعة من الملاك بنحو الإشاعة من سابق الزمان، ولكن هناك فرق جوهري بين التملك الزمني والتملك على نحو الإشاعة، حيث إن التصرف في المشاع واستخدامه يناط بالإذن من جميع الملاك وليس لكل واحد منهم التصرف بالاستقلال، ولكن في التملك الزمني يتصرف المالك في زمان تملكه بالاستقلال، وبلا حاجة إلى الإذن من واحد وسيأتي توضيح ذلك.

وليعلم أيضاً أن التملك الزمني بحقيقته وماهيته كان موجوداً في إيران من قديم الأيام، ولم يكن أمراً حادثاً في هذا البلد، وهذه الحقيقة هي تملك المياه الزراعية المسماة بالقناة حيث استمر التملك في هذه المياه على نحو التملك الزمني.

والقناة عبارة عن المياه الجارية المعدة للزراعة من الآبار التي حفرت تحت الأرض من أعلى الجبل أو الأرض المرتفعة^(٢).

والتملك في هذه القناة يقع على العين لا المنفعة، وقد نص قانون مديرية تسجيل العقود أن التملك في هذه المياه واقع على العين^(٣) فإذا تملك إنسان حصة خاصة من هذه المياه تكون من الأعيان المملوكة له، وتكون الحصص المملوكة على حسب

(١) الإنترنت.

(٢) حميد رشدي، قانون توزيع عادلانه آب در آينه حقوق إيران ج ١ ص ٢٥٢ شماره ٢٠٩.

(٣) المصدر المتقدم ص ٢٥٤.

الزمان يوماً في الأسبوع أو يومين في الشهر، وهكذا؛ ويكون طلب تسجيل الحصة المملوكة من إدارة تسجيل العقود كطلب تسجيل سائر الممتلكات من العقار والأراضي مستقلاً لا في ضمن وجودها في المجموع^(١).

وكيف كان يوجد في الأعراف الإيرانية منذ زمن بعيد قسم من التملك الزمني المعاصر، فيتملك عدد من الزراع المياه الزراعية الجارية على الأرض بالزمان، ويكون الماء في ذلك الزمان ملكه يتصرف فيه كيف شار بلا حاجة إلى الأذن من الآخرين، كما هو الشأن في الملكية المشاعة.

٢. تعريف التملك الزمني:

التملك الزمني هو اشتراك عدد من الناس في الاستفادة من حصص شائعة يمتلكونها، في أصول أو منافع المباني، وقضاء فترات محدودة مثل: المواسم الدينية دون الإقامة الدائمة^(٢)، فالمراد منه تملك العين أو المنفعة بتتبع في العين في زمان خاص، وحيث إن الإنسان في ذاته طالب للتملك، والتملك في العين لا في المنفعة، فيكون مقبلاً على التملك الزمني أكثر من إقباله على الإجارة أو التملك على نحو الإشاعة، فيتملك عدد من الناس عمارة للإقامة أو الزهرة أو غير ذلك من الأغراض العقلانية، فيكون كل واحد منهم قادراً على الاستثمار والاستغلال والانتفاع بها في زمان خاص ومدة محدودة، ويتصرف فيها كتصرف المالك الدائم ليس لأحد منعه عن ذلك.

وهذا هو التملك الزمني الحادث في عصرنا الذي هو الموضوع لتحقيقنا ودراستنا.

٣. تكييف التملك الزمني وخصائصه:

إن للتملك الزمني خصائص تفرق عن التملك الدائم ومنشأ هذه الخصائص التحفظ على حقوق الملاك في التملك الزمني، لأن اجتماع تملكات عديدة في عين واحدة أوجب تقييداً في آثار هذا التملك.

منها عدم إتلاف العين إلا مع التراضي.

حيث إن حق الاستعمال وحق الاستغلال في العين لجميع الملاك في التملك

(١) آئين نامه مادة ثبت أملاك مادة ٣.

(٢) الموضوع الثامن من الموضوعات الفقهية المقترحة للدراسة والتحقيق من مؤتمر جدة.

الزميني متوقف على بقاء العين، فليس لأحدهم إتلافها لأن الإتلاف تضييع لحق الآخرين نعم إذا رضي الجميع بالإتلاف فلهم ذلك.

ومنها عدم التصرف المضر بالغير.

فإذا كان التصرف في الموقع مضرراً لغيره أو موجباً لسقوط حقه، فليس لأحد من الملاك التصرف المضر، ويكون تصرفه فيه مقيداً بعدم الإضرار بالغير.

ومنها التحفظ على بقاء العين للاستثمار الأحسن.

فيلزم على الملاك التحفظ على بقاء الموقع للاستفادة والاستثمار منه بنحو أحسن حفظاً لحق الاستثمار وعليهم نصب مدير بصير لإدارة الموقع. والمدير يمكن أن يكون أحدهم، ويمكن أن يكون شخصاً آخر، فالتملك الزميني يحتاج إلى ناظر عام قادر على صيانة الموقع وإدارته، وعرضه على الملاك في زمان استحقاتهم، مع أن التملك الزميني لا يحتاج إلى ذلك.

ومنها دفع الكلفة لصيانة الموقع.

إذا كانت صيانة الموقع متوقفة على كلفة، فاللازم على جميع الملاك دفعها والالتزام بها. لأن التحفظ على الموقع واجب على الجميع، وما يتوقف عليه التحفظ يكون واجباً عليهم، وليس لأحدهم التخلف عن ذلك. لأن المستفيد من الموقع ليس هو وحده، بل لجميع الملاك حق الاستعمال، وحق الاستثمار في عمود الزمان، فالتحفظ على حقوق الآخرين يلزم كل واحد منهم بدفع المصارف التي يحتاجها الموقع في صيانه وبقائه.

بل يكون الالتزام بدفع الكلفة من قبيل الالتزام بالشرط في ضمن العقد، وإن كان الشرط غير مذكور بلفظه بل العقد التمليكي مبني عليه لعلم كل واحد منهم بلزوم بقاء العين، ولزوم دفع الكلفة في ذلك. فيقدم كل منهم علماً بذلك، فيكون كالشرط في ضمن العقد وقد يكون الشرط مذكوراً بلفظه في العقد، والبائع يشترط في العقد على المشتري دفع الكلفة في التمليك الزميني.

وخلاصة القول في خصائص التملك الزميني أن الإنسان إذا كان غير قادر على تملك مكان خاص للترهه والاستمتاع والانتفاع بالإقامة فيه، وكان قلقاً من عجزه عن تحصيل مثل ذلك المكان فإنه يقدر على الوصول لغرضه بالحصول بنحو

التملك الزمني عليه. كما أنه يقدر على تبديل ممتلكه بتملك زمني آخر وله إيجاره أو إجراء أية عملية اقتصادية عليه، والتملك الزمني ثروة دائمة أقدم عليها العقلاء في أنحاء العالم. ولا يختص بهدف خاص، بل يعم جميع المجالات الاقتصادية والاستثمارية، بل يعم جميع الأهداف العقلانية في جميع المجالات من الحياة.

٤. علاقة التملك الزمني بالإجارة أو البيع:

التملك الزمني يقع على قسمين الأول تملك العين، فيتملك المشتري في هذا القسم حصة من العين ويترتب عليه ما تقدم من الالتزام بدفع الكلفة في حفظها وصيانتها وغير ذلك من خصائص التملك الزمني.

والثاني تملك المنفعة لا العين، فيتملك حق الاستفادة من العين بقدر ما دفع من مال في الشهر أو الأسبوع، وليس عليه شيء من الكلفة كما في القسم الأول وعلى ذلك فالقسم الأول بيع ويترتب عليه آثار البيع، والقسم الثاني ملحق بالإيجار، ويترتب عليه آثار الإجارة.

٥. مجالات التملك الزمني وتطبيقاته المعاصرة:

التملك الزمني يجري في جميع مجالات الحياة التي يجري فيها البيع أو الإجارة، لأن هذا العقد، إما ملحق بالبيع، أو ملحق بالإجارة، لكن الواقع منها في عصرنا مناطق للتنزه على سواحل البحار والأنهار الكبيرة، وشقق مهيأة للإقامة في مختلف أنحاء العالم.

ثم إن العقد فيه قد يقع على التملك الدائم للعين في الزمان الخاص، فللمالك الاستفادة من العين دائماً في الزمان المختص به، وله إجراء أنواع العقود الشرعية على حصته المملوكة له بالبيع أو الإجارة أو الهبة، أو غير ذلك، وقد يقع على التملك في برهة من الزمان كخمسين عاماً مثلاً فيتملك المشتري الموقع في هذا الزمان لا غير. كما أن زمان التملك يمكن تعيينه في مقطع خاص كالأسبوع الأول من كل شهر مثلاً، كما يمكن أن يكون متغيراً ومتناوباً كأسبوع في شهر من العام.

٦. المرونة في عقد الإجارة للأشياء من حيث الإضافة للمستقبل ونحوها من

الخصائص التي تتميز بها عن البيع:

البيع مبادلة بين مالين وتمليك للثمن والمثمن بمجرد العقد، فيدخل كل منهما في ملك الآخر، وتدخل المنافع أيضاً بتبع العين، وليس لأحدهما منع الآخر عن حق

الاستعمال، وحق الاستثمار في المنافع إلا أن تكون العين مسلوية المنافع حين العقد كما في العين المستأجرة إذا وقع عليها عقد البيع مع علم المشتري بذلك فإنه تنتقل إليه العين بلا منفعة إلى أن ينتهي زمان الإجارة، ثم تنتقل المنفعة إلى المشتري، وأما في عقد الإجارة فالمبادلة بين الأجرة والمنفعة، وحيث إن المؤجر مالك للمنفعة فله إجراء عقد الإجارة كيف شاء من تقييد الانتفاع بقيد من الزمان أو المكان أو غير ذلك من القيود، فالمرونة في عقد الإجارة بالنسبة إلى البيع من حيث إن نقل المنافع في الإجارة دون العين والمنافع تحت إرادة المؤجر واختياره فله نقل المنافع بعقد الإجارة على نحو الثبوت في عمود الزمان أو في مقطع خاص منه أو على نحو التغيير والتناوب والتبديل في الأزمنة المختلفة أو الأمكنة المختلفة من غير تحديد من العرف أو الشرع في ذلك أو المنع عنه.

قال الإمام الحميني: لا يشترط اتصال مدة الإجارة بالعقد، فلو أجر داره في شهر مستقبل معين صح سواء كانت مستأجرة في سابقته أم لا، ولو أطلق تنصرف إلى الاتصال بالعقد لو لم تكن مستأجرة، فلو قال أجرتك داري شهراً اقتضى الإطلاق اتصاله بزمان العقد^(١).

ومن خصائص الإجارة التي ترتبط بالتملك الزمني صحة كون المستأجر شخصين للانتفاع بالعين المستأجرة على التناوب. قال المحقق الحلبي: ويجوز أن يستأجر اثنان جملاً أو غيره للعقبة، ويرجع في التناوب إلى العادة^(٢) وقال الشهيد الثاني: والمراد بالعقبة النوبة فهما يتعاقبان على الراحلة إذا ركب هذا تارة وهذا أخرى، فإن كان هناك عادة مضبوطة إما بالزمان أو المسافة حمل الإطلاق عليها، وإلا وجب التعيين. ولو اتفقا في المنضبط على خلافها وضبطاه صح، ويعتبر تعيين مبدأ الركوب ومن يركب منهما أولاً^(٣).

وقال الإمام الحميني: يجوز أن يستأجر اثنان مثلاً داراً على نحو الاشتراك ويسكنها معاً بالتراضي، أو يقتسماها بحسب المساكن بالتعديل والقرعة، كتقسيم

(١) تحرير الوسيلة ج ١ ص ٥١٣.

(٢) شرائع الإسلام ج ٢ ص ٢١٨.

(٣) مسالك الإيفهام ج ٥ ص ٢٠٢.

الشريكين الدار المشتركة، أو يقتسما منفعتها بالمهاياة، بأن يسكنها أحدهما ستة أشهر مثلاً، ثم الآخر، كما إذا استأجرا معاً دابة للركوب على التناوب، فإن تقسيم منفعتها الركوبية لا يكون إلا بالمهاياة، بأن يركبها أحدهما يوماً والآخر يوماً مثلاً، أو يركبها أحدهما فرسخاً والآخر فرسخاً^(١).

وحيث إن التملك الزمني قد يكون بتملك المنفعة بين شريكين، فيمكن أن يتفقا على الانتفاع بالتناوب، فيصح تقسيم المنفعة بينهما بأن يختص أحدهما بالتصرف في زمان ويختص الآخر به في زمان آخر، ويتفقان على ذلك من الأول أو بعد انقضاء مدة من الإجارة كما أنه لا فرق في صحة الاتفاق بينهما كونه موافقاً للعرف والعادة أو كونه خلافها.

٧. قسمة المنافع في حال الشيوخ (المهاياة بنوعها المكائبة والزمانية):

القسمة من العقود الشرعية وحيث إن المنافع مما يقبل التملك، فإذا كانت المنفعة مملوكة لاثنتين أو أكثر، وكانت مشاعة من حيث الزمان والمكان فلهم قسمة المنافع وإفرازها من حيث الزمان والمكان مع التراضي أو بالقرعة بعد تعديل السهام، فالقسمة في المنفعة المشاعة تفرز حصة كل من المالكين من حيث الزمان أو المكان قال المحقق الحلبي في تعريف القسمة: وهي تمييز الحق من غيره وليست بيعاً سواء كان فيها رد أو لم يكن، ولا تصح إلا باتفاق الشركاء، وتكون بتعديل السهام والقرعة، أما لو أراد أحد الشركاء التمييز فالقسمة جائزة لكن لا يجبر الممتنع عنها^(٢) ويظهر من التعريف أن القسمة تجري في المنافع ولا تختص بالأعيان، لأن الحق الوارد في التعريف يشمل كليهما، كما تجوز قسمة المنافع بالمهاياة قال الإمام الحنفي: لو طلب بعض الشركاء المهاياة في الانتفاع بالعين المشتركة إما بحسب الزمان بأن يسكن هذا في شهر وذاك في شهر مثلاً وإما بحسب الأجزاء بأن يسكن هذا في الفوقاني وذاك في التحتاني مثلاً لم يلزم على شريكه القبول ولم يجبر إذا امتنع، نعم يصح مع التراضي لكن ليس بلازم، فيجوز لكل منهما الرجوع. هذا في شركة الأعيان.

(١) تحرير الوسيلة ج ١ ص ٥٧٩.

(٢) شرائع الإسلام ج ٢ ص ١٥٤.

وأما في شركة المنافع فينحصر إفرازها بالمهاياة لكنها فيها أيضاً غير لازمة، نعم لو حكم المحاكم الشرعي بها في مورد لأجل حسم النزاع يجبر الممتنع وتلزم^(١). وقال السنهوري: والقسمة الاتفاقية عقد كسائر العقود أطرافه الشركاء المشتاعون، ومحل المال الشايع، ومن ثم تسري على هذه القسمة أحكام العقود، فلا بد من تراضي الشركاء، وتوافر الأهلية وخلو الإرادة من العيوب، واستيفاء المحل لشروطه، ووجوب سبب مشروع^(٢).

وقال: وأما قسمة المنافع المعبر عنها بالمهاياة المكانية أو الزمانية كثيراً ما يتفق الشركاء في الشيوخ تخلصاً من مشاكل إدارة المال الشايع وما يحيط بهذه الإدارة من صعوبات على قسمة المهاياة لمدة معينة فيقسمون المال بينهم قسمة منفعة لا قسمة ملك، ويختص كل منهم بجزء مفرز من المال يعادل حصته في المال الشايع، وبذلك يتهاياً لكل منهم أن يجوز مالأ مفرزاً يستقل بإدارته واستقلاله والانتفاع به، فله أن يسكن الدار وأن يؤجرها، وأن يزرع الأرض على ذمته، أو أن يؤجرها بالنقد أو بطريق المزارعة، وبوجه عام له أن يستغل ما اختص به مفرزاً من المال الشايع، وأن ينتفع به بنفسه، أو بواسطة غيره، ولا يحاسبه أحد من الشركاء على إدارته لنصيبه ولا على الغلة والثمار التي حصل عليها في مقابل أنه هو أيضاً لا يحاسب أحداً من الشركاء على ما اختص به هذا الشريك، وهذه هي المهاياة المكانية^(٣) وقد تكون المهاياة مهاياة زمانية بأن يتفق الشركاء على أن يتناوبوا الانتفاع بجميع المال المشترك كل منهم لمدة تتناسب مع حصته، فلو كانت هناك أرض زراعية أو دار أو سيارة شايعة بين شريكين لأحدهما الثلثان وللآخر الثلث فإنه يجوز أن يتفقا على أن يختص الأول بالأرض الزراعية أو بالدار كلها يستغلها وحده لمدة سنتين، ثم يختص بها الآخر لمدة سنة وهكذا، أو أن يختص الأول بالسيارة لمدة شهرين والآخر لمدة شهر واحد وهكذا^(٤).

(١) تحرير الوسيلة ج ١ ص ٦٣٢.

(٢) الوسيط ج ٨ ص ٨٩٢.

(٣) المصدر السابق ص ٨١٦.

(٤) المصدر نفسه ص ٨٢٠.

اتضح مما نقلناه صحة قسمة المنافع في المال الشايح المشترك، بأن يستقل كل واحد من الشركاء بالتصرف في مجموع المال المشترك من دون حاجة إلى الإذن من الآخر في زمان تملكه، وتخرج بذلك الإشاعة إلى الإفراز في زمان خاص ومدة محدودة.

٨. تطبيق خيار التعمين في الإجارة لتنظيم تواريخ ومدد الانتفاع بين المشتركين في مصاديق التملك الشايحة:

تقدمت صحة القسمة في المنافع وإن حق الإفراز في المنفعة الشائعة من حقوق تملكها، فمن تملك منفعة شائعة في مال مشترك فله إفراز حصته بالزمان أو بالمكان، ويكون له اختيار التعمين في التاريخ ومدة الانتفاع، لأن خصوصيات الانتفاع من آثار تملك المنفعة، فإذا كانت المنفعة شائعة بين مشتركين في التملك كان لهما خيار تعيين مدة الانتفاع وتعيين تاريخه، ويخرج التملك بذلك عن الشايح إلى الإفراز والاستقلال، فيكون كل منهما مالاً لجميع المنفعة على الاستقلال، لكن في الزمان المعين المختص به مضافاً إلى جريان الخيارات في الإجارة، إلا خيار المجلس، وخيار الحيوان، وخيار التأخير حيث إنها تختص بالبيع، ولا تجري في غيره، وأما غيرها من أقسام الخيار فيجري في الإجارة كخيار الشرط، وخيار تخلف الشرط قال المحقق الحلبي: ولو شرط الخيار لأحدهما أو لهما جاز سواء كانت معينة كأن يستأجر هذا العبد أو هذه الدار، أو في الذمة كأن يستأجره لبيني له حائطاً^(١). وقال الإمام الخميني: والظاهر أنه يجري فيها جميع الخيارات إلا خيار المجلس، وخيار الحيوان، وخيار التأخير، فيجري فيها خيار الشرط، وتختلف الشرط والعيب والغبن والرؤية وغيرها^(٢).

فيجوز جعل خيار الشرط في عقد الإجارة، بأن يشترط المستأجر على المؤجر أو على شريك له في الإجارة بأن يستأجر معاً عيناً، فيشترط أحدهما على الآخر اختيار تعيين مدة الانتفاع، وغير ذلك من خصوصيات الانتفاع بالعين.

٩. كيفية التصرف من مالك حق التملك الزمني بهذا الحق بيعاً أو تأجيراً أو نحوه:

قال السنهوري عناصر حق المالكية الاستعمال والاستغلال والتصرف، فمن له

(١) شرائع الإسلام ج ٢ ص ٢١٠.

(٢) تحرير الوسيلة ج ١ ص ٥٧٣.

حق الملكية على شيء، كان له حق استعماله، وحق استغلاله، وحق التصرف فيه، وبذلك يستجمع كل السلطات التي يعطيها القانون للشخص على الشيء، فلا يكون الحق في الشيء حق ملكية إذا منع صاحبه من التصرف في الشيء منعاً أبدياً، وإنما يجوز أن يمنع من التصرف فيه لمدة معينة^(١).

فحق التصرف من الحقوق الثابتة للملكية في القانون الوضعي كما هو كذلك في الفقه الإسلامي المستفاد من الكتاب والسنة ويأتي بيان ذلك في بيان الحكم الشرعي للتملك الزمني، ولا فرق في الملكية في ذلك بين التملك الدائم، وبين التملك الزمني، لأن الملكية إذا حصلت في مورد يترتب عليها جميع آثارها القانونية والفقهية بلا تفاوت بين مورد ومورد.

والتملك الزمني ملكية ثابتة في موقعها فيترتب عليها عناصر حق الملكية من حق الاستعمال، وحق الاستغلال، وحق التصرف، والمالك في التملك الزمني يستطيع أن يستعمل الشيء استعمالاً شخصياً، فإذا كان منزلاً كان له أن يسكنه، أو سيارة له أن يركبها، أو حديقة فيأكل ثمرها. وله كل التصرفات المادية والقانونية إلى الحد الذي فرضه القانون له من عدم كون التصرف ضاراً بالجار ضرراً غير مألوف، كما أن له عدم استعمال ملكه كما يشاء، فلا يسكن المنزل ويتركه خالياً دون أن يؤجره، وأن لا يركب سيارته، كما له إيجاره للغير ومالك الأرض الزراعية له أن يوجرها لمن يزرعها ويقبض الأجر كما أن له أن ينقل ملكية الشيء الذي يملكه إلى غيره بالبيع أو الهبة أو الشركة أو القرض أو غير ذلك من التصرفات الناقلة للملكية. ونقل الملكية على هذا الوجه هو أوسع ضروب التصرف الذي يستطيع المالك أن يقوم بها، فلا فرق بين ما يملك بعقد التملك الزمني، وبين ما يملك بالعقد الدائم في التصرفات المادية والقانونية والاستعمال والاستغلال والاستثمار، وغير ذلك مما يترتب على حق الملكية، ولكن آثار عقد التملك الزمني على قسمين: قسم يشترك مع التملك الدائم، وقسم يختص بالتملك الزمني، فإن حق الاستعمال، وحق الاستغلال، وحق التصرف من عناصر الملكية، ولا فرق في الملكية بين الدائم والموقت، فالمالك فيهما له كل ذلك على ما تقدم بيانه، كما لا فرق في التملك

(١) الوسيط ج ٨ ص ٤٩٦.

الزميني بين تملك العين وبين تملك المنفعة، فإن هذه الحقوق يجري فيها كل على حدة القانوني والشرعي، فالمالك للمنفعة المشاعة بعد إفراز حصته بالمهاياة له حق التصرف والانتفاع بلا حاجة إلى الإذن من شريكه كما تقدم تفصيل ذلك في المهاياة، وإفراز الحصة المشاعة من المنفعة. والمهاياة الزمانية هي: أن يتفق الشركاء على أن يتناوبوا الانتفاع بجميع المال المشترك كل منهم بما يتناسب مع حصته، فلو كانت هناك أرض زراعية أو دار أو سيارة شائعة بين شريكين لأحدهما الثلثان وللآخر الثلث، فإنه يجوز أن يتفقا على أن يختص الأول بالأرض الزراعية أو بالدار كل يستغلها وحده لمدة سنتين، ثم يختص بها الآخر لمدة سنة وهكذا^(١).

وقد تقدم نقل كلمات الفقهاء في ذلك، وأن القسمة في الأعيان المشتركة والمهاياة في المنافع من العقود الشرعية النافذة، فللمالك في التملك الزميني كل ذلك، سواء كان مالكا للعين أو المنفعة.

كما أن حق عدم الاستعمال حق مشترك بين المالكين، ولا فرق في ذلك بين الملك الدائم والمؤقت، كما أن حق الاستثمار بمعنى الانتفاع من ثمرات المال ومنافعه المتصلة والمنفصلة حق مشترك بينهما، ولا فرق بين أقسام الثمرة الطبيعية التي تحصل في الطبيعة بلا تدخل إنسان والثمرة الصناعية التي تحصل بالصناعة من الإنسان وتدخله في حصولها، والثمرة الحقوقية كالمنفعة في العين المستأجرة^(٢) فإن حق الاستثمار ثابت في الجميع، للمالك في التملك الدائم، والتملك الزميني. فإن من تملك بستاناً دائماً أو في زمان خاص له الانتفاع بما ينبت فيه طبيعياً من غير تدخل مالكة في حصولها، وله الانتفاع بالثمرات الحاصلة من الأشجار بعد سقيها وإجراء عملية تحصيلها، وله أن يؤجرها ويتنفع بأجرتها، وأما الآثار الخاصة للتملك الزميني فقد تقدم بيانها تحت عنوان تكييف التملك الزميني وخصائصه.

١٠. إدارة المواقع التي فيها حقوق التملك الزميني والتقييد بالاشتراطات التي يتطلبها تنظيم وصيانة المواقع:

إدارة الموقع الذي فيه حق التملك الزميني يتطلب لفت النظر إلى أمور:

(١) الوسيط ج ٨ ص ٨٢٠.

(٢) توفيق حسن فرج، الحقوق العينية الأصلية ص ٨٤ و ٨٧.

الأول: أن التملك هل يقع على العين أو على المنفعة، لأن لكل واحد منهما آثاراً يختص بها كما تقدم.

الثاني: أن الهدف في العقد لا ينقضي سريعاً بل الهدف فيه طويل الأمد، وتحتاج صيانة الموقع إلى الكلفة وحسن التدبير حتى يبقى الانتفاع والاستمتاع به في طول الزمان.

الثالث: تمكن المالك من الانتفاع به مباشرة بالتصرف فيه واستعماله أو بالواسطة من تأجيله وتعويضه وتبديله إلى غير ذلك من وجوه التصرفات التي يرغب فيها الناس ويبدل بإزائها المال، فلو كان الموقع قليل المنفعة وغير مرغوب فيه تلحقه الخسارة ولا يترتب عليه الأثر المطلوب منه.

الرابع: الالتفات إلى أن الكلفة في التعمير والصيانة تتزايد في كل عام والالتزام بدفعها ضروري لئلا يؤدي عدم دفع الكلفة إلى التخريب والزوال.

الخامس: تعيين المادة وتحصيل شروط صحة العقد، لئلا يقع فاسداً فيذهب ماله هدرًا.

١١. شرعية إصدار صكوك على حق التملك الزمني (صكوك الإجارة):

نقل العين أو نقل المنفعة من عناصر حق الملكية على ما تقدم فالمالك في التملك الزمني له ذلك بمقتضى ملكيته، ولا فرق في النقل بين كونه بالعقد اللفظي أو القولي أو الفعلي أو بالكتابة أو بإصدار صكوك جامعة لشروط صحة العقد، وما يتوقف عليه البيع أو الإجارة، ولم يكن في إصدار الصك ما يمنع عنه شرعاً من جهالة وغرر وعدم ملك أو كونه غير متمول، أو غير ذلك من موانع الصحة، فالصك الناقل للمنفعة الذي يكون إجارة لابد من كونه جامعاً لشروط الإجارة من تعيين العين المستأجرة، وتعيين المنفعة ومدتها، وتعيين الأجرة، وغير ذلك مما يتوقف عليه عقد الإجارة، فلا مانع من إصدار صكوك الإجارة في نقل منفعة ما تملك بعقد التملك الزمني مع الشرائط، كما يصح إصدار صكوك الإجارة في إجارة ما استؤجر إذا كان جامعاً لشروط الإجارة ثانياً فإن ما استؤجر أولاً قد يجوز إجارته ثانياً وقد لا يجوز إلا بالإذن من المالك الأول.

قال المحقق المحلي: وللمستأجر أن يؤجر إلا أن يشترط عليه استيفاء المنفعة بنفسه، ولو شرط ذلك فسلم العين المستأجرة إلى غيره ضمنها^(١). وقال الإمام الخميني: لو استأجر عيناً ولم يشترط عليه استيفاء منفعتها بالمباشرة يجوز أن يؤجرها بأقل مما استأجر وبالمساوي وبالأكثر هذا في غير البيت والدار والدكان والأجير، وأما فيها فلا تجوز إجارتها بأكثر منه إلا إذا أحدث فيها حدثاً من تعميم أو تبييض أو نحو ذلك^(٢).

١٢. حكم الشرع في التملك الزمني بصوره المختلفة في العقارات وغيرها:
تبيين حكم الشرع في التملك الزمني يقتضي تحقيق أمور: الأول تحقيق مفهوم الملك لغة واصطلاحاً.

أما لغة فقد عرفه ابن منظور بأنه: احتواء الشيء والقدرة على الاستبداد به^(٣). وفي معجم مقاييس اللغة: أصل صحيح يدل على قوة في الشيء. ملكت الشيء قوته^(٤).

وفي المنجد ملك الشيء احتواه قادراً على التصرف والاستبداد به^(٥). فأهل اللغة عرفوه بآثاره لا بحقيقتها وماهيتها، ويمكن أن يعرف بالواجدية وكون الشيء موجوداً عند الإنسان، ولكن هذا التعريف أيضاً أعم من حقيقة الملك لأن وجود الشيء عند أحد لا دلالة فيه على كونه ملكاً له، ومع أن مفهوم الملك واضح فإنه لا يمكن تعريفه بحقيقته وذاته وبالتعريف المنطقي فتكفي الإشارة إلى مفهومه بكل ما يدل عليه.

وأما في الاصطلاح: فقد عرفه العلماء أيضاً بآثاره لا بحقيقته قال الشيخ الأنصاري: أن الملك نسبة بين المالك والمملوك^(٦) أو سلطنة فعلية^(٧) والسيد اليزدي

(١) شرائع الإسلام ج ٢ ص ٢١٤.

(٢) تحرير الوسيلة ج ١ ص ٥٧٩.

(٣) لسان العرب ج ١٠ ص ٤٩٢ مادة ملك.

(٤) معجم مقاييس اللغة ج ٥ ص ٣٥١.

(٥) المنجد ص ٧٧٤ مادة ملك.

(٦) المكاسب ص ٧٩.

(٧) المكاسب ص ٢٦٨.

بأنه السلطنة^(١) والشيخ النائيني بأنه من مقولة الجده^(٢) والمحقق الخراساني بأنه نوع إضافة^(٣) والأصفهاني بأنه الواجدية^(٤) وعرفه وهبة الزحيلي بأنه الاختصاص بالشيء يمنع الغير منه ويمكن صاحبه من التصرف فيه ابتداءً إلا لمانع شرعي^(٥) والسنهوري بأن حق ملكية الشيء: هو حق الاستثمار باستعماله وباستغلاله بالتصرف فيه على وجه دائم^(٦). لكن قيد التصرف فيه بعد ذلك بالوظيفة الاجتماعية وبما في القانون من الحدود وقال: ما دام ملتزماً حدود القانون أن يستعمله، وأن ينتفع به وأن يتصرف فيه دون أي تدخل من جانب الغير بشرط أن يكون ذلك متفقاً مع ما لحق الملكية من وظيفة اجتماعية^(٧).

ثم إن الكلام لما كان في مفهوم الملكية فلا بد من الإشارة إلى أقسام المفاهيم حتى يتضح المقصود من المفهوم في مفهوم الملكية والمفاهيم على أربعة أقسام:

١. المفاهيم الخارجية التي لها وجود خارجي وحقيقة خارجية حسية كما في مفاهيم الوجودات الخارجية في أطرافنا.

٢. المفاهيم الذهنية التي لها وجود وليس لها وجود خارجي كمفهوم الإنسان الكلي.

٣. المفاهيم الانتزاعية التي لا وجود لها خارجاً ولا ذهنياً، بل هي أمور انتزاعية تنزع من الوجودات الخارجية فوجودها إنما هو بوجود منشأ انتزاعها كالفوقية والتحتية.

٤. المفاهيم الاعتبارية التي وجودها اعتباري من معتبر، كمفهوم الملكية المبحوث عنها في المقام، وما ذكرنا ظهر أن المفهوم في الملكية اعتباري، كما أن حقيقة الملكية أيضاً أمر اعتبار معتبر ولا وجود لها خارجاً ولا ذهنياً ووجودها اعتباري، والمعتبر

(١) حاشية المكاسب ص ٥٧.

(٢) تقارير النائيني ص ٥٧.

(٣) كفاية الأصول ج ٢ ص ٣٠٧.

(٤) حاشية المكاسب ج ١ ص ٧.

(٥) الفقه الإسلامي وأدلته ج ٤ ص ٥٦، وج ٥ ص ٤٨٩.

(٦) الوسيط ج ٨ ص ٤٩٣.

(٧) الوسيط ج ٨ ص ٤٩٣.

لهذا الوجود قد يكون العرف والعقلاء، وقد يكون الشرع وأحسن شيء قيل في تعريفها هو: الواجدية وإن كان هذا تعريفاً بأعم لكن لا مناص منه لعدم إمكان تعريفها الحقيقي.

ثم إن الواجدية تحتاج إلى متعلق في صدقها حتى يصح أن يقال: أنه واجد أي واجد لشيء فالحاجة إلى المتعلق جعلها من المفاهيم ذات الإضافة كما صرح به المحقق التراقي^(١) فلا تحصل الملكية لأحد إلا إذا كان شيء مملوك له والحق أيضاً من أقسام الملك لا أن الملك من أقسام الحق، فإن مفهوم الواجدية كما يصدق على ملك الأعيان كذلك يصدق على الحقوق وقد عرف الشيخ حق الفسخ من أقسام الملك وقال في تعريفه: بأنه ملك فسخ العقد^(٢) فأطلق الملك على حق الفسخ.

الثاني: أقسام الملكية

الملكية على أقسام:

١. الملكية الحقيقية: وهي مختصة بذات الباري تعالى فالله تعالى مالك ذاتاً بالملكية الحقيقية، كما قال ﴿وَلِلَّهِ مَا فِي السَّمَاوَاتِ وَمَا فِي الْأَرْضِ﴾ النجم: ٣١، ﴿الَّذِي أَعْطَى كُلَّ شَيْءٍ خَلْقَهُ ثُمَّ هَدَى﴾ طه: ٥٠.

٢. الملكية الذاتية وهي حيثية وجودية ناشئة عن وجود شيء تكون جميع التصرفات فيه مختصة بمالكها كما في ملكية الإنسان بالنسبة إلى أفعاله وأعماله.

٣. الملكية المقولية وهي المبحوث عنها في الفلسفة وهي من الأعراض وتسمى (جدة) وعرفوها بأنها: هيئة حاصلة من إحاطة شيء لشيء كالتقمص الحاصل لجسم الإنسان من إحاطة القميص له.

٤. الملكية الاعتبارية وهي الناشئة عن اعتبار معتبر من عرف أو شرع كالعلقة الحاصلة بين الإنسان وأمواله^(٣).

والملكية المبحوث عنها هي القسم الرابع، فالمفهوم في الملكية أمر اعتباري، والحقيقة فيها أمر اعتباري، وتكون السعة والضيق والإطلاق والتقييد

(١) عوائد الأيام ص ١١٣.

(٢) المكاسب ص ٢١٤.

(٣) مصباح الفقاهة ج ٢ ص ٢٠.

والخصوصيات فيها كلها أمور اعتبارية في الملكية ومن مفهومها، فللمعتبر الذي يعتبر الملكية ويعطيها الوجود الاعتباري اعتبارها مطلقة ومرسلة، أو اعتبارها مقيدة ومحددة، وله اعتبارها دائماً واعتبارها مؤقتاً ومقيداً بزمان، وهذا هو الحجر الأساسي في بناء التملك الزمني وصحة اعتبار الملكية في زمان محدود.

الثالث: عناصر حق الملكية:

اختلفوا في عناصر حق الملكية في أنها ثلاثة أو أقل من ذلك، فإن السهوري بعد ما ذكرها ثلاثة: من حق الاستعمال، والاستغلال، والتصرف قال: ولما كان الاستعمال والاستغلال يقربان أحدهما الآخر، فكلاهما استعمال للشيء، فإذا استعمل المالك الشيء بشخصه سمي هذا استعمالاً، وإما إذا استعمله بواسطة غيره في مقابل الأجر يتقاضاه من الغير سمي هذا استغلالاً^(١).

وهذه العناصر مأخوذة من الحديث المعروف: الناس مسلطون على أموالهم^(٢)، في الفقه الإسلامي ويأتي تحقيق ذلك.

الرابع: أوصاف الملكية

قال السهوري يقال عادة: إن حق الملكية له خصائص ثلاث فهو حق جامع، وهو حق مانع، وهو حق دائم، وكان يقال قديماً: أن الملكية حق مطلق، وقد رأينا أن الملكية على العكس من ذلك مقيدة إذ يجب على المالك أن يلتزم حدود القانون، وأن يقوم بما للملكية من وظيفة اجتماعية^(٣)، ثم فسر الأول بالانتفاع بالشيء بالملكية واستغلاله والتصرف فيه، والمالك له أن يصنع بملكه ما يشاء، إلا ما منع منه القانون فالأصل في الملكية الإباحة، والتحریم هو الاستثناء، وفسر الثاني بأنها: حق مقصور على المالك دون غيره، فلا يجوز لأحد أن يشاركه في ملكه، أو أن يتدخل في شؤون ملكيته، ويترتب على أن الملكية حق مانع أن الشيء الواحد لا يمكن أن يكون مملوكاً لشخصين في وقت واحد، وفسر الثالث بأن الملكية حق دائم قال: فإنما نقصد أنها حق دائم بالنسبة إلى الشيء المملوك لا بالنسبة إلى شخص

(١) الوسيط ج ٨ ص ٤٩٦.

(٢) عوالي اللثالي ج ١ ص ٢٢٢ الرقم ٩٩.

(٣) الوسيط ج ٨ ص ٥٢٨.

المالك، ذلك أن الملكية تبقى ما دام الشيء المملوك باقياً، ولا تزول إلا بزوال هذا الشيء أي بهلاكه، فهي إذن حق دائم بالنسبة إلى الشيء المملوك فما دام هذا الشيء باقياً لم يهلك فهي دائمة لا تزول^(١).

وقيل في معنى الدوام أنه عبارة عن بقاء الملك ولو لم يستعمل المالك مملوكه ولم يستخدمه في شيء^(٢) وقيل أنه عبارة عن بقاء الملك لمالكه في طول الزمان ولا ينتقل إلى الغير بلا سبب ملك^(٣) ولكن هذه الأوصاف لم تبق على إطلاقها وإرسالها كما يأتي.

الخامس: التقييدات الواردة على الملكية

بعد ظهور المجتمعات البشرية وحركة الحقوق من شكلها الفردي إلى شكلها الاجتماعي، وبعد تعديل أصالة الفردية وأصالة الحاكمية، والإرادة للفرد، وردت تقييدات على عناصر الملكية وأوصافها ولم تبق على إطلاقها وإرسالها. قال السنهوري: كان يقال قديماً أن الملكية حق مطلق، وقد رأينا أن الملكية على العكس من ذلك حق مقيد إذ يجب على المالك أن يلتزم حدود القانون، وأن يقوم للملكية من وظيفة اجتماعية^(٤). وقال: لما كان حق الملكية كما قدمنا حقاً غير مطلق، فإن القيود التي ترد عليه من شأنها أن تؤكد هذا المعنى، وقد تعددت هذه القيود، وتنوعت، وتكثرت بخاصة في العهود الأخيرة^(٥) وأما التقييدات الواردة على الملكية فهي:

الف: التقييد في التصرف في المملوك لرعاية التصرف للمالك المجاور في ملكه.

فإذا كان التصرف في الملك موجباً لمنع الآخرين من التصرف في ملكهم، فهذا التصرف ممنوع إلى أن يصير التصرف للآخرين ممكناً^(٦).

(١) المصدر السابق ص ٥٢٩.

(٢) محمد جعفر جعفري لن كرودي حقوق وأموال ص ٥٣٦.

(٣) الوسيط ج ٨ ص ٥٣٩.

(٤) الوسيط ج ٨ ص ٥٢٩.

(٥) المصدر السابق.

(٦) ناصر كاتوزيان دروه مقدماتي حقوق مدني ص ١٢٨.

ب: المنع من فتح الباب إلى الجدار المجاور المملوك له.
فإن المالك للدار ليس له أن يفتح باباً من داره إلى الدار المجاور، ولو كان الباب من الجدار ملكاً له، فإن هذا التصرف من جداره المملوك له ممنوع في القانون.

ج: المنع من التصرف في الشقة المملوكة.

ورد في القانون من المادة ١٢٥ من القانون المدني أن التصرف في الشقة المملوكة الواقعة في العمارة ذات شقق ممنوع إلا مع موافقة سائر الملاك للشقق أو موافقة أكثرهم، ولو كان التصرف في الشقة المملوكة له لا في شقة الآخرين^(١).

د. التقييد من جهة الإشاعة.

الإشاعة في الملك تحصل من الشركة في الملكية، فإذا كان الشيء مملوكاً لأكثر من واحد فالملكية لهم مشاعة أي منتشرة في جميع أجزاء الشيء المملوك، وكان جزء منه ملك مشترك بينهم على مقدار سهامهم من الملك، فإن كان المالك اثنين فالاشتراك في النصف وهكذا، ولكن الإشاعة في الملك توجب تقييداً في أوصاف الملكية، فليس لأحدهم التصرف في المشاع إلا مع إذن الشركاء فإذا كان الملك جداراً فليس لأحدهم فتح نافذة أو شبك أو بناء شيء عليه أو وضع شيء عليه إلا بإذن الآخرين، كما أنه إذا أجر أحد الشريكين نصيبه من الملك المشاع فليس له تسليم العين المستأجرة إلا بإذن شريكه.

وقال السنهوري: فيما إذا باع أحد الشركاء حصته الشائعة أما باقي الشركاء فإنهم يعتبرون من الغير في التصرف الذي يصدر من الشريك في المال الشائع، وذلك بالنسبة إلى حصصهم الشائعة في هذا المال^(٢).

هـ: التقييد في سطح الأرض علواً وعمقاً.

الأصل في من يملك أرضاً أن يكون مالكاً لما فوقها ولما تحتها، وقد أكدت هذا المعنى المادة ٩٢٢/١ من القانون المدني إذ تقول: كل ما على الأرض أو تحتها من بناء أو غراس أو منشآت أخرى يعتبر من عمل صاحب الأرض أقامه على نفقته ويكون مملوكاً له^(٣).

(١) المادة ١٣٣ من القانون المدني.

(٢) الوسيط ج ٨ ص ٨٧٩.

(٣) الوسيط ج ٨ ص ٥٧٠.

ولكن يجوز أن تكون ملكية سطح الأرض منفصلة عن ملكية ما فوقها أو ما تحتها، وأن تكون ملكية الأرض تشمل ما فوقها وما تحتها إلى الحد المفيد في التمتع بها علواً وعمقاً.

وليس للمالك أن يعارض فيما يقام من عمل على مسافة من العلو أو العمق بحيث لا تكون له أية مصلحة في منعه، ومن ذلك اضطرار مصلحة التلفون إلى إيصال أسلاكها فوق سطح الأرض، أو شركة المياه إلى إيصال أنابيبها تحت السطح على مسافة من العلو أو العمق لا تضر بصاحب الأرض، فليس للمالك أن يمنع هذه الأعمال قال السنهوري: لا يجوز للمالك أن يمنع مرور الأسلاك الكهربائية أو التلغرافية أو التلغرافية فوق أرضه إذا كان مرور هذه الأسلاك لا يحدث له ضرراً، وقد نصت المادة الأولى من القانون رقم ٩٣ لسنة ١٩٣٩ الخاص بإنشاء الخطوط الكهربائية وحمايتها^(١).

ولا يجوز للمالك أن يمنع تحليق الطائرات في أثناء طيرانها فوق أرضه، فهي تحلق على مسافة من العلو بحيث لا تحدث ضرراً وصوت أزيزها وهي طائرة في الجو لا يعتبر ضرراً كافياً لطلب منعها، وإلا تعطلت الملاحة الجوية^(٢).

وليس له أن يعارض فيما يقام من عمل على مسافة من العمل بحيث لا تكون له أية مصلحة في منعه، فإذا اضطرت مصلحة المياه إلى إيصال أنابيبها تحت السطح على مسافة من العمق لا تضر بصاحب الأرض فليس للمالك أن يمنع هذه الأعمال^(٣).

و: التقييد من قبل الاتفاقيات:

الاتفاقيات الصادرة من الأفراد والحكومات نافذة مشروعة ما لم يمنع منها الشرع أو القانون الوضعي المقبول لدى الشرع، وعليه فللمالك تقييد تصرفاته وتصرفات غيره من ملكه ما لم يكن مخالفاً للمشروع، كما إذا اشترط في عقد البيع عدم كون المشتري مالكاً للبيع فلا ينفذ هذا الشرط.

(١) الوسيط ج ٨ ص ٥٧٣.

(٢) الوسيط ج ٨ ص ٥٧٤.

(٣) الوسيط ج ٨ ص ٥٧٦.

وأما إذا كان الشرط غير مخالف للمشروع فينفذ، ومن ذلك عقد الإجارة فإنه من العقود النافذة للمنفعة إلى المستأجرة، فليس للمالك بعد إجارة ملكه التصرف فيه لأن الإجارة حجته عن التصرف.

ومن ذلك منع المالك من التصرف في أرضه لاستخراج المعادن منها، فإن المعادن حسب القانون في المعادن قسمت على ثلاثة أقسام، وللمالك التصرف في قسم منها، وليس له التصرف في جميعها، ولو كانت في أرضه المملوكة له^(١).

إلى غير ذلك من العقود الشرعية والاتفاقيات المانعة من تصرف المالك في ملكها، وكذلك الشروط الواقعة في ضمن العقود التي توجب تقييداً لتصرف من انتقل إليه الملك بالعقد الواقع فيه الشرط.

والحاصل من جميع ما تقدم أن حق الملكية لم يبق على إطلاقه بل وردت عليه تقييدات كثيرة.

قال السنهوري في ذلك: فهناك قيود قانونية كثيرة تحد من سلطات المالك على الشيء، بل تبيح تدخل الغير في ملكه من ذلك ما يقرره القانون على الجيران من حقوق الشرب والمجرى والمسيل والمرور وما يفرضه على الجار في أن لا يجاوز مضار الجوار المألوفة ومن مراعاة مسافة معينة في فتح مظل على جاره ومن ذلك جواز نزع الملكية جبراً على صاحبها للمنفعة العامة بعد أن يدفع للمالك مقدماً تعويض عادل ومن ذلك ما هو مقرر من أن للملكية وظيفة اجتماعية يفرض على المالك القيام بها. ومن ذلك حق الشفعة وحق الاسترداد ففيهما يجبر المالك على بيع ملكه لشخص معين دون المشتري الأصلي ومن ذلك التسعير الجبري وفيه يجبر المالك على بيع سلعته بثمان لا يجاوز حداً معيناً^(٢) إلى غير ذلك من التقييدات التي ذكرها.

السادس: أقسام الملكية

قسموا الملكية إلى أقسام من جهات عديدة منها تقسيمها من جهة التنوع في المالك كالمالكية في الحكومة ومالكية المسلمين الأرض مفتوحة عنوة ومالكية المجتمع للشوارع والطرق ومالكية الفرقة كالفقير في الزكاة ومالكية الجهة كالمالكية في

(١) محمد جعفر لن كارودي حقوق وأموال ص ٣٥٨.

(٢) الوسيط ج ٨ ص ٥٣٢.

المساجد والمدارس والمالكية الفردية ومنها تقسيمها من جهة التنوع في المملوك كالمالكية للعين والمالكية للمنفعة ومنها تقسيمها من جهة التنوع من الأسباب المملكة كالمالكية من سبب العمل والمالكية من سبب العقد والمالكية من سبب الحاجة ومنها تقسيمها من جهة الزمان كالمالكية الدائمة والمالكية المؤقتة والمقصود في البحث والدراسة هنا هو التقسيم الأخير بالنسبة إلى المالكية في العين والمالكية في المنفعة.

ولكن يبقى سؤال وهو أخذ الزمان قيداً في الملكية مع أن الدوام وصف من أوصافها على ما تقدم والإجابة على هذا السؤال يظهر مما تقدم من كون الملكية من الأمور الاعتبارية التي سعتها وضيقتها باعتبار معتبرها بأنها لم تنب على إطلاقها وإرسالها بل وردت عليها تقييدات كثيرة قد تقدمت الإشارة إلى بعضها وبصحة اشتراط التوقيت في الملكية عند انتقالها إلى الغير كما إذا اشترط البائع في عقد البيع على المشتري أن لا يبيع إلى مدة معينة أو اشترط إيجار بعضه كذلك يمكن تقييد التملك بالزمان الخاص فبيع الدار بشرط أن يكون مالكاً في شهر من العام فالتملك في العقود المملكة إذا كان مطلقاً يفيد الدوام وإذا كان مقيداً يكون محدوداً بذلك القيد والمصحح لهذا التقييد عدم أخذ الدوام في الملكية لا في ذاتها ولا في أوصافها الذاتية حتى يكون التقييد بزمان خاص منافياً للعقد مطلقاً له فالأركان في الملكية الزمانية ثلاثة:

الأول: التملك.

الثاني: الزمان المعين^(١).

الثالث: الحصة المملوكة من العين.

والتملك الزمني قد يتعلق بالعين، وقد يتعلق بالمنفعة بتبع العين، ويتحقق الأول بسبب حصول أحد العقود المملوكة للعين كسواء دار مثلاً في زمان مخصوص، والثاني بما إذا كانت دار مملوكة مشتركة بين اثنين وحصل بينهما اتفاق على سكنى أحدهما في زمان، وسكنى الآخر في زمان آخر، ويأتي تحقيق ذلك في المباحث

(١) الوسيط ج ٨ ص ٥٣٢.

التالية ويصح تقسيم المالكية إلى دائم ومؤقت كما صح تقسيمها إلى الأقسام المتقدمة.

كما أنه يشترط في عقد التملك الزمني كل ما يشترط في العقود بلا فرق بينها، وما هو السبب في تحقق الأثر في العقد المطلق، هو السبب في تحقق الأثر في العقد المقيد بالزمان، ولا فرق بين العقدين في الصحة والأثر عرفاً وشرعاً، والعقد في التملك الزمني كالعقد في غيره وإن اختلف الفقهاء في السبب المؤثر في العقد هل السبب هو اللفظ الموضوع له عرفاً فيحصل الأثر المطلوب من العقد باللفظ الموضوع لذلك العقد عرفاً كما اختاره المحقق النائي^(١) أو أن للعقد مراتب من الوجود، وجود اعتباري قائم بالنفس، ووجود لفظي إنما يحتاج إليه لإظهار ذلك الوجود الاعتباري فالإرادة القائمة بالنفس هي السبب المؤثر لإيجاد مضمون العقد كما اختاره المحقق الخوئي^(٢) أو أن السبب إنما هو حكم العرف، والعقد مقدمة له فتمام السبب هو حكم العرف بعد قصد العاقد إيجاد مضمون العقد وإبرازه باللفظ كما اختاره آخر^(٣).

وكيف كان فما هو السبب المؤثر في العقود، هو السبب المؤثر في عقد التملك الزمني.

السابع: المباني الفقهية لتصحيح التملك الزمني

يمكن الاستدلال لتصحيح عقد التملك الزمني بوجوه، الأول الحديث المعروف المقبول عند الفقهاء: الناس مسلطون على أموالهم^(٤)، دل هذا الحديث على سلطنة الناس في أموالهم، فلهم التصرف فيها وإن الشارع أقر كل التصرفات من المالك في ماله إلا ما منع عنه بدليل كالربا والإتلاف بلا غرض، وغير ذلك من التصرفات المنوعة شرعاً فالإطلاق في نفوذ التصرفات حاكم إلا التصرف المنوع، فإن الإطلاق يقيد به فالمستفاد من الحديث حاكمية الإرادة للإنسان في التصرف في ماله،

(١) محمد تقي آملي المكاسب والبيع تقريرات النائي ص ٢٧٨.

(٢) السيد أبو القاسم الخوئي مصباح الفقاهة ج ٢ ص ٥١.

(٣) حسين قشقاني شيوه تفسير قرار دادهاي خصوصي بخش ٢ ص ٦٨.

(٤) عوالي اللثالي ج ١ ص ٢٢٢ الحديث ٩٩.

وأن التصرف نافذ কিما أرادہ المالك فالعقد الصادر من الإنسان الناشئ عن إرادته يقع কিما أراد العاقد فإن أراد الإطلاق والدوام في التملك تكون الملكية المتقلة بالعقد مطلقة ودائمة وإن أراد التقييد فيه تكون الملكية مقيدة، ولا فرق في القيود بين الزمان وغيره، فالتمليك في زمان خاص من المالك تصرف في ملكه حسب إرادته، فيكون نافذاً شرعاً حسب دلالة الحديث على نفوذ كل تصرف صدر من المالك في ماله، وقد استفاد فقهاؤنا الإطلاق من الحديث، وحكموا بنفوذ تصرفات المالك في ماله ما لم يمنع عنه دليل قاطع وتوجيه ذلك على ما ذكره بعضهم أن في إطلاق دلالة الحديث وجوه ثلاثة ذهب إلى كل منها ذاهب، الأول: تشريع السلطنة للمالك في أنحاء تصرفاته كماً وكيفاً، فإذا شك في جواز بيع ماله في مورد أمكن دفع الشك بهذا الحديث، وكيفية إنشائه تصرف في المال مشروع بمقتضى جعل السلطنة، ويستفاد عمومه لجميع التصرفات من حذف المتعلقة وهو التصرف إذ السلطنة التشريعية على الأموال كناية عن السلطنة على التصرف فيها، فيدل الحديث على إمضاء جميع الأسباب المتداولة عند العرف ومال إلى هذا الوجه صاحب البلغة، وصاحب العروة، وهو ظاهر صاحب الجواهر في بحث المعاطاة. الثاني: أن الحديث في مقام تشريع أنحاء التصرفات كماً لا كيفاً فللمالك السلطنة على بيع ماله، وإجارته، وهبته، ولكن لو شك في اعتبار صفة خاصة فيها أو حصولها بالتعاطي لم يكن الحديث متكفلاً لرفع هذا الشك لعدم كونه في مقام تشريع الأسباب وتنفيذها وهذا الوجه مختار الشيخ الأنصاري في بحث المعاطاة. الثالث: أن الحديث في مقام بيان سلطنة المالك بما هو مالك على التصرفات المشروعة في أمواله في مقابل الحجر، فليس الحديث في مقام تشريع السلطنة لا كماً ولا كيفاً حتى يتمسك به لرفع الشك في أصل جواز تصرف خاص في المال، ولا في كيفية وقوعه، بل لا بد من إحراز مشروعية التصرفات وأسبابها بوجه آخر. وهذا الوجه مختار المحقق الخراساني في حاشيته على المكاسب وأظهر الوجوه هو الوجه الأول، وذلك لأن حذف المتعلقة يدل على العموم كما تقدم، والسلطنة في الحديث تشريعية لا تكوينية، كما أن المراد منها السلطنة الوضعية لا التكليفية لعدم السلطنة على التكيلف الشرعي، وأن الأصل في الكلام التأسيس في التأكيد. فإذا تحققت

هذه الأمور كان المستفاد من الحديث الإطلاق كما وكيفاً إذ لا قرينة، على إرادة تصرف خاص من متعلق السلطنة وحذفه يفيد العموم، وحمله على خصوص الأنواع دون أسبابها بلا قرينة بل الحذف والتأسيس قرينتان على العموم إذ لو حمل على خصوص الأنواع لزم كون الحديث مؤكداً لا مؤسساً، وإطلاق السلطنة يشمل جميع أئمتها حتى إخراج المال عن ملكه كإبقائه إذ لا فرق في نظر العقلاء في السلطنة على المال بين الإبقاء والإخراج^(١). وذكر المحقق الأصفهاني في توجيه الإطلاق في الحديث أن إطلاق الحديث لا يكون بلحاظ الكم خاصة، بل إطلاقه بلحاظ الكيف أقوى منه بلحاظ الكم، وذلك لأن السلطنة على البيع مثلاً باعتبار تخصصها بمعلقها تكون حصة من طبيعي السلطنة، ولما كان البيع المتحقق بالمعاطاة حصة من طبيعي البيع قطعاً، كانت السلطنة على هذه الحصة حصة من طبيعي السلطنة، فإذا كان الشارع في مقام الترخيص التكليفي والوضعي لذی المال وهو المتحقق لحقيقة السلطنة، فلا محالة تكون الأسباب ملحوظة، إما ابتداء بنفسها أو يتبع لحاظ المسببات المفروضة حصصاً، وبهذا الاعتبار لها نفوذ ومضي، ولا نفوذ ولا مضي إلا بملاحظة الأسباب ولو من حيث القيدية المحصنة للملك والمحصنة للسلطنة^(٢).

وعلى ذلك فيصح التمسك بإطلاق الحديث فيما إذا شك في نفوذ تصرف خاص للمالك كما إذا شك في صحة تمليك ماله مقيداً بزمان خاص، فيرفع الشك بإطلاق الحديث، ويحكم بصحة هذا التصرف ونفوذ هذا العقد، فالتمليك الزماني سواء وقع بعقد البيع أو الهبة المعوضة أو غيرها من العقود الشرعية صحيح نافذ بمقتضى الإطلاق في الحديث، ويمكن إيقاعه بعقد الصلح أيضاً فإنه من العقود الشرعية وإن اختلف في كونه عقداً بنفسه أو مندرجاً تحت عقد من العقود الشرعية^(٣) وكيف كان فيغتفر في الصلح ما لا يفتنر في غيره من العقود ويكون أوسع من غيره ويصح الصلح فيما لا يصح بغيره من العقود.

(١) سيد محمد جعفر مروج هدى الطالب ج ١ ص ٤٠١.

(٢) الشيخ محمد حسين الأصفهاني حاشية المكاسب ج ١ ص ٢٦.

(٣) فتح القدير ج ٧ ص ٤٧ مشارق الإسلام ص ١٤٧.

بل يمكن التملك المؤقت بعقد البيع أيضاً لأن البيع النقل والانتقال كما عن بعض^(١)، والمبادلة بين الثمن والمثمن كما عن آخر^(٢) وغير ذلك مما ذكروا في تعريف البيع، فإن قيد الدوام لم يؤخذ في مفهوم المبادلة، ولا في مفهوم النقل، ولا في مفهوم الملكية، فالتقييد بالزمان لا ينافي ذلك كله، فلا منع عرفاً ولا شرعاً من كون الملكية المنتقلة بالبيع مقيدة بالزمان، فالمفهوم في النقل والانتقال والمبادلة لم يؤخذ فيه قيد الدوام، والدوام مستفاد من إطلاق عقد البيع لا أن نفس العقد وذاته مقيد بالدوام حتى ينافيه التقييد بالزمان، فلا منع في تقييد إطلاق البيع لا من ناحية مفهوم الملكية، ولا من ناحية مفهوم البيع، ولا من ناحية عقد البيع. وبهذا يصح عقد التملك الزمني بإيقاعه مبيعاً كما صح إيقاعه صلحاً أو هبة معوضة أو غير ذلك من العقود الشرعية.

الوجه الثاني: العقد العرفي

ويمكن تصحيح التملك الزمني بوجه آخر وهو أن التملك الزمني قد استقر عليه بناء العقلاء وتلقاه العرف بالقبول فهو عقد صحيح عند العرف والعقلاء، ويكون من العقود العرفية وقد أمر الله تعالى في الكتاب العزيز بالوفاء بالعقود العرفية فقال تعالى: ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ المائدة: ١.

فالوفاء بكل عقد عرفي واجب شرعاً، والتملك الزمني عقد من العقود العرفية فيجب الوفاء به، ولا دليل على اختصاص هذه الآية بالعقود المتعارفة في عصر النزول حتى يكون الخطاب فيها على نحو القضية الخارجية، بل الظاهر منها أنها على نحو القضية الحقيقية، لأن الخطاب الوارد من الشرع ظاهر في التشريع والتقنين، وبيان الحكم الشرعي لا الإخبار بما هو موجود في الخارج حتى تكون الآية في مقام الإخبار المنافي لشأن الشارع في تشريعه.

فيكون الظاهر من الآية وجوب الوفاء أي الالتزام بمضمون كل عقد عرفي إلا أن يمنع عنه دليل قاطع كما في العقد الربوي مثلاً الممنوع شرعاً.

(١) الشيخ الطوسي البسيط ج ٢ ص ٧٦ والمحقق الخلي شرائع الإسلام ج ٢ ص ١٣.

(٢) الشيخ محمد حسن النجفي جواهر الكلام ج ٢٢ ص ٢٠٨ والشيخ الأنصاري المكاسب ص ٧٩.

الوجه الثالث: قوله تعالى: ﴿يَتَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ﴾ النساء: ٢٩. نهى الله تعالى عن أكل المال بالباطل واستثنى منه التجارة عن التراضي، فالتجارة عن تراض غير ممنوعة، وتكون صحيحة نافذة بحكم الاستثناء، والتملك الزمني تجارة عرفية صادرة عن تراضي الطرفين فيها، وقد استقر على صحتها ونفوذها العرف والعقلاء، فتكون صحيحة ونافذة بحكم الآية المباركة.

الوجه الرابع: الحديث المشهور: «والمسلمون عند شروطهم»^(١) حيث إن الاستفادة منه لزوم الوفاء بالشرط وإن المسلم يجب عليه الالتزام والعمل بالشرط الذي وقع عليه العقد ولا ريب في أن التملك مقيد بزمان خاص شرط فيجب الوفاء به بمقتضى الحديث.

الوجه الخامس: أصالة اللزوم بمعنى أن الأصل في كل عقد اللزوم ووجوب الوفاء إلا أن يمنع عنه دليل واضح، فكل عقد صدر من أهله ووقع في محله عرفاً يجب الوفاء به شرعاً، وتوجيه هذا الأصل كما قرره الشيخ الأنصاري بأن الملك إذا حصل فلا يزول للشك في زواله بمجرد رجوع مالكة الأصلي، وأن انقسام الملك إلى المتزلزل والمستقر ليس باعتبار اختلاف في حقيقته، وإنما هو باعتبار حكم الشارع عليه في بعض المقامات بالزوال برجوع المالك الأصلي ومنشأ هذا الاختلاف اختلاف حقيقة السبب المملك لا اختلاف حقيقة الملك، فجواز الرجوع وعدمه من الأحكام الشرعية للسبب لا من الخصوصيات المأخوذة في السبب^(٢).

واستدل الشيخ على اللزوم في العقود باستصحاب الملك المتحقق بالعقد وكفاية كون الشك في أن اللزوم من خصوصيات الملك أو من لوازم السبب المملك، وبالجملة فلا أشكال في أصالة اللزوم في كل عقد شك في لزومه شرعاً وكذا لو شك في أن الواقع في الخارج هو العقد اللازم أو الجائز كالصلح من دون عوض والهبة^(٣).

(١) وسائل الشيعة ج ١٣ ص ٩٠.

(٢) المكاسب للشيخ الأنصاري ج ٣ ص ٥٢ ط مجمع الفكر الإسلامي.

(٣) المصدر السابق ص ٥٣.

ثم استدل بالحديث المشهور: «الناس مسلطون على أموالهم»^(١)، و«لا يحل مال امرء إلا عن طيب نفسه»^(٢) وقوله تعالى: ﴿لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونُوا بِحُكْمٍ﴾^(٣) والحديث في خيار المجلس: «البيعان بالخيار ما لم يفترقا»^(٤)، وقوله تعالى ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾^(٥)، والحديث: «المؤمنون عند شروطهم»^(٦). استدل بذلك كله على اللزوم في العقد وإن الأصل في كل عقد لزوم الوفاء بمضمونه، وعقد التملك الزمني عقد من العقود، وهذا الأصل يحكم باللزوم وفيه وجوب الوفاء بمضمونه.

الوجه السادس أصالة الصحة

أصالة الصحة من الأصول الجارية في المعاملات والعبادات وقد استقر عليها العرف والعقلاء، وأمضاها الشارع ومعناها أن كل عقد صدر من أهله وشك في صحته وبطلانه فالأصل على صحته، وذكر السيد اليزدي أن الدليل على هذا الأصل هو الإجماع والسيرة واختلال النظام لولاه^(٧)، وقد تسالم الفقهاء على هذا الأصل في العقود، ولكن اختلفوا في اختصاصه بالعقود المتعارفة في عصر الشارع أو عمومها لكل عقد عرفي في كل عصر، واختار الأول صاحب الجواهر^(٨)، واختار الثاني جماعة من الفقهاء منهم السيد اليزدي بدعوى أن الصحة في العقود لا تحتاج إلى البيان والذي يحتاج إليه البيان إنما هو الفساد فإن كان العقد فاسداً لزم على الشارع البيان، فعدم البيان في عقد دليل على صحة ذلك العقد، لأن العقود عرفية ومبناها حاجات الناس في معاشهم، وليس الشارع مبدعاً للعقود، بل المبدع لها إنما

(١) عوالي اللثالي ج ٣ ص ٢٠٨ الحديث ٤٩.

(٢) المصدر السابق ج ٢ ص ١١٣ الحديث ٣٠٩.

(٣) النساء/ ٢٩.

(٤) وسائل الشيعة ج ١٢ ص ٢٤٥ الباب ١ من أبواب الخيار الحديث ١ و ٢.

(٥) المائدة/ ١.

(٦) وسائل الشيعة ج ١٥ ص ٣٠ الباب ٢ من أبواب المهور الحديث ٤.

(٧) العروة الوثقى ج ٢ ص ١٨٠.

(٨) جواهر الكلام ج ٢٣ ص ٢١٣.

هو العرف والعقلاء حسب حاجاتهم إليها فكل عقد أبدعه العرف قضاء لحاجته وبني على صحته يكون صحيحاً شرعاً إلا إذا ظهر فساده بدليل واضح فيكون باطلاً^(١) وحيث إن التملك الزمني من العقود العرفية لمسيس الحاجة إليه، فيكون صحيحاً بمقتضى أصالة الصحة في العقود، وقال بعض: إن الحاجات الاجتماعية والاقتصادية أوجبت صحة العقود العرفية للحفاظ على المنافع العامة للمجتمع^(٢).

واستدل الشيخ الأنصاري بعموم أدلة البيع وأدلة العقود على هذا الأصل وأن مقتضى الإطلاق والعموم في هذه الأدلة صحة كل عقد من أهله^(٣) وقال المراغي لا ريب أن المعاملات إنما هي أمور ضرورية للتعيش، وليس من مخترعات الشرع بل لا ريب في أن المكلفين يحتاجون إلى نقل الأعيان بعوض أو بدونه، وكذلك المنافع بعوض أو بدونه ويحتاجون إلى الشركة والاسترباح والإجارة والعارية والوكالة والشركة المضاربة والنكاح والزراعة والمساقاة والجماعة، وغير ذلك من العقود، ولا يخفى على كل من له دراية أن هذه كلها من الأمور المتداولة بين الناس على اختلاف الأنواع، والأشخاص بل قد تداول بينهم ما ليس داخلًا تحت هذه العقود المعنونة في الفقه فإنهم يستعملونها على حسب حاجاتهم وبعضها يمكن تحريمها بحيث يدخل تحت أحد المذكورات، وبعضها مما لا يمكن، فيعلم من ذلك تداول هذه الأمور في زمن الشارع. أيضاً فلو كان المشكوك فيه حراماً وفاسداً لم يقرر الشارع لهم على ذلك مع أن ظاهر اتصال هذا التداول إلى زمن الشارع كون الشارع قد قرره على ذلك، وتقريره دال على صحته وإمضاء الشارع له وهو مبنى ترتب الأثر^(٤).

ثم إنه استدل على أصالة الصحة مضافاً إلى ذلك بعموم الحديث المتقدم «الناس مسلطون على أمواتهم»^(٥) بدعوى صحة جميع التصرفات الصادرة من المالك في

(١) العروة الوثقى ج ٢ ص ٣١٣.

(٢) قواعد عمومي قرار دادها ص ٣٥٨.

(٣) المكاسب للشيخ الأنصاري ج ٣ ص ٣٥٠. ط مجمع الفكر الإسلامي.

(٤) العناوين ج ٢ ص ٧.

(٥) عوالي الثاني ج ١ ص ٢٢٢ الحديث ٩٩.

ماله، وتقرير الشارع للصحة بمقتضى العموم في هذا الحديث.

واستدل أيضاً بعموم قوله تعالى: ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾^(١) بدعوى أن الإيجاب والقبول الواقعين بين المكلفين داخل في العقود، فتعم الآية كل عقد وظاهر الأمر وجوب الوفاء بكل عقد، وكل ما وجب الوفاء به من المكلفين فهو صحيح^(٢)، وإذا ثبت أصل الصحة في كل عقد فالعقد في التملك الزماني صحيح بمقتضى هذا الأصل. وقد تبين من الوجوه المتقدمة نفوذ عقد التملك الزماني وصحته وعدم المنع منه عقلاً وشرعاً.

ثم إن القائل بالصحة غير محتاج إلى الاستدلال، والذي يحتاج إليه إنما هو القائل بالفساد، وذلك لأن القائل بالفساد لا بد عليه من إثبات كون الدوام من مقتضيات الملكية وذاتياتها حتى ينافيه التقييد بالزمان والتوقيت به، وأما القائل بالصحة فلا يلزم عليه إثبات شيء حتى يحتاج إلى الاستدلال، ومن المعلوم أن أصالة العدم في جنب القول بالصحة، كما أن أصل اللزوم في العقود، وأصل الصحة في العقود أيضاً في جنبه هذا مضافاً إلى ما تقدم من عدم أخذ الدوام في مفهوم الملكية، ولا في ذاتها وطبيعتها وعلى هذا الأساس أجاب صاحب الجواهر عما اعترض على رجوع الموقوف إلى الواقف أو إلى ورثته بعد موته حين انقراض الموقوف عليهم في الوقف على من ينقرض غالباً والاعتراض هو أن رجوع الموقوف إلى الواقف يستلزم عدم الدوام في الملكية في الوقف، وإذا خرج شيء عن ملك أحد فرجوعه إلى ملكه ثانية يحتاج إلى سبب مملك، والجواب عن الاعتراض هو أن دعوى الدوام في الملكية واضحة الفساد إذ السبب المملك في الوقف على من ينقرض عليه اقتضى الملكية المؤقتة والمقيدة لا غيرها، فلا مانع عن رجوع العين الموقوفة إلى الوقف بعد انقراض الموقوف عليهم كما في رجوع البيع إلى البايع بعد الفسخ أو الإقالة فإن الرجوع إليه ليس بسبب مملك جديد^(٣) ولو كان الدوام في ذات الملكية لزم عدم رجوع المبيع إلى البائع بعد الفسخ والإقالة، لعدم تحقق سبب مملك، فإن

(١) المائدة/١.

(٢) العناوين ج ٢ ص ١٠.

(٣) جواهر الكلام ج ٢٨ ص ٥٥. ٥٨.

الفسخ أو الإقالة ليسا من أسباب المملكة، بل سببان لإزالة العقد السابق، ورفع أثره فيرجع المبيع إلى البائع بعدما كان ملكاً للمشتري.

ويظهر من ذلك أن الدوام ليس من طبع التملك، بل التملك بالنسبة إلى الدوام والتوقيت مطلق ومرسل، ويمكن تقييده بالدوام كما يمكن تقييده بالزمان، فإن قيد بالأول يكون دائماً، وإن قيد بالثاني يكون مقيداً، وإن لم يقيد بشيء فلا اقتضاء فيه من حيث الدوام والتوقيت، إلا أن إطلاق العقد يحمل على الدوام فالإطلاق أمر زائد على ذات الملكية فيكون كالدليل الخارج.

أضف إليه أن الملكية من الأمور الاعتبارية التي تقدم بيانها، فهي ربط اعتباري بين المالك وماله والحدوث والبقاء فيها، وكذا سائر خصوصياتها من الدوام والتوقيت كلها أمور اعتبارية، والمعتبر لها العرف والعقلاء، أو الشرع فللمعتبر اعتبارها كيف أراد وتكون الملكية في سعتها وضيقتها، وخصوصياتها تابعة لاعتبار المعتبر، فإذا اعتبر العرف الملكية مقيداً بالزمان ومقيداً به فله ذلك ويكون الوجود الاعتباري للملكية هو ما اعتبره العرف والاعتبارات العرفية إذا لم يمنع عنها الشارع تكون نافذة، بل مضمضة شرعاً لأن عدم المنع من الشرع بالنسبة إلى الاعتبار العرفي في صحته ونفوذه قال السيد البجنوردي: إن الملكية أمر اعتباري قابل للتوقيت والتأييد وهي تابعة لاعتبار الشارع أو العقلاء^(١).

وأول دليل على إمكان شيء وقوعه، وقد وقع التقييد في الملكية في الفقه، وفي القانون الوضعي كثيراً، وقد تقدم بيان بعضها تحت عنوان التقييدات العارضة للملكية حيث تسلمها الفقهاء بالقبول، فالملكية المقيدة بالزمان أيضاً أمر عرفي ولم يمنع عنها الشرع، فتكون نافذة وصحيحة.

الاستدلال على فساد عقد التملك الزمني

استدل على فساد العقد التملك الزمني بأن الدوام مأخوذ في مفهوم الملكية، فلا يصح تقييد التملك بالزمان وتوقيته بمدة قال السنهوري: إن التوقيت وصف لاحق لجميع الحقوق الشخصية والعينية، ومن الحقوق القابلة للتوقيت حق المنفعة، ويمكن تقييد هذا الحق بالزمان، والحق العيني الذي لا يصح تقييده بالزمان إنما هو حق

(١) السيد حسن البجنوردي القواعد الفقهية ج ٤ ص ٣٤٢.

الملكية لأن طبيعة الملكية تقتضي الدوام^(١) وقال أيضاً: لو فرض تقييد التملك بمدة كسنة مثلاً فالمالك في هذه المدة لا بد وأن يكون مالكا لجميع عناصر الملكية، ومنها الإتلاف فهل للمالك في هذه المدة إتلاف العين المملوكة أم ليس له ذلك، فإن كان له ذلك فليس بعد الإتلاف من المملوك عين ولا أثر حتى تنتقل الملكية إلى غيره فيصير بعده مالكا له وإن لم يكن له إتلاف العين فليس للمالك جميع عناصر الملكية، وليس المالك مبسوط اليد في التصرف في ملكه فيلزم من التوقيت في الملكية أحد المحذورين، إما عدم بقاء العين حتى تنتقل إلى غيره حسب التقييد والتوقيت، وإما منع المالك من التصرف في ماله فلا يصح تقييد الملكية بالزمان^(٢).
ويجاب عن الأول بما تقدم من عدم أخذ الدوام في ذات الملكية وطبعتها بل الملكية من حيث الدوام والتوقيت مطلقة، والدوام والتوقيت قيدان خارجان عن ذاتها قابلان للحقوق بها، فيمكن تقييد الملكية بوقت خاص، كما يمكن تقييدها بالدوام، وهذا هو معنى الإطلاق في عقد التمليك، فالعقد التمليكي مطلق من حيث الدوام والتقييد.

كما يمكن رد الاستدلال الثاني بأن الإتلاف غير التصرف المشروع في المال والمنع عن الإتلاف لا يلازم حجب المالك عن التصرف في ماله، فلا محذور في منع المالك عن إتلاف ماله وبقاء حق التصرف له، كما أن المالك ممنوع عن إتلاف ماله الدائم بلا غرض عقلائي، فليس له إحراق داره وما فيها من الأموال الثمينة سفهاً بدعوى أنه مالك وأن المال ملكه فله إتلافه متى شاء وكيف شاء فكما أن المنع عن الإتلاف في الملك الدائم لا يوجب حجب المالك عن التصرف في ماله كذلك منع المالك في الملك المؤقت لا يوجب حجب المالك عن التصرف في ماله، فكما أن المالك في الملك الدائم المشاع المشترك بين اثنين ليس له إتلاف المال المشاع بينهما مع أن الملكية في حقه تامة ودائمة.

كما أن المالك إذا أجر ملكه في مدة ليس له إتلاف ملكه في تلك المدة بدعوى أن المال ملكه فالمالك محجور عن إتلاف ماله، ولا يستلزم ذلك خلافاً في مالكيته فكما

(١) نظرية العقد ج ٣ ص ٩٦.

(٢) المصدر السابق ص ٥٤٠.

يمكن منع المالك عن التصرف في ملكه في مدة الإجارة، ولا يلزم ذلك زوال الملكية فكذا يمكن تقييد الملكية بالزمان، ومنع المالك عن الإتلاف في ذلك الزمان ولا يلزم ذلك خلافاً في الملكية ولا زوالها، وقد تقدم صحة تقييد الملكية في موارد استقر عليها العرف والشرع مضافاً إلى أن الدليل أخص من المدعي إذ إتلاف العين في بعض الموارد ممكن، والملكية مطلقة دائمة كما في المياه المتملكة بالزمان المتقدم وصفها في أول البحث المسماة بالقناة فإن المالك للماء في الزمان المخصوص له إتلاف ماله بإرسال الماء في أرض باثرة لا زرع فيها، فالملكية تامة والمالك قادر على إتلاف ماله ولا يلزم منه محذور.

كما أن الإتلاف قد يكون ممنوعاً والملكية مؤقتة مقيدة كما إذا تملك اثنان أرضاً زراعياً ثم اتفقا على أن تكون الأرض لأحدهما ستة أشهر من العام وللآخر بعده ستة أشهر فيتصرف الأول في الأرض ويزرعها في زمانه المخصوص به ثم يتصرف فيها الآخر كذلك بعد ذلك، وليس لهما إتلاف الأرض لعدم إمكان الإتلاف وعدم تحققه فيها فالملكية مؤقتة والإتلاف غير ممكن فلا يصح أن يقال أن الإتلاف مستلزم للمحذور فلا محذور في اجتماع الملكية المؤقتة وحق التصرف بل حق الإتلاف إذا كان غير ممنوع عقلاً وشرعاً.

قد تبين مما تقدم كله صحة عقد التملك الزمني ولا فرق فيها بين تملك العين بهذا العقد كما إذا اشترى شيئاً وتملكه في زمان خاص فيكون ملكاً له في ذلك الزمان، وبين تملك المنفعة بتبع العين كما إذا كان شيئاً مملوكاً لاثنين فيكون الملك بينهما مشاعاً لا يجوز لأحدهما التصرف فيه إلا بإذن الآخر فانفصلاً وانقسمت ذلك الشيء المملوك بينهما بالزمان مهياًة بأن تكون المنفعة لأحدهما في مدة ثم لآخر بعد ذلك في مدة، فيصح من كل منهما التصرف في مجموع الملك مستقلاً وبلا حاجة إلى الإذن من الآخر، فهذا النوع من التملك الزمني المسمى في الفقه بالمهياًة أيضاً صحيح وقد تقدم تفصيل ذلك كله.

والحمد لله رب العالمين.

العرض والمناقشة والقرار

Handwritten text, possibly a signature or name, appearing as a dark, illegible scribble.

أولاً: العرض

الرئيس

بسم الله الرحمن الرحيم، الحمد لله رب العالمين، وصلى الله وبارك على خير خلقه نبينا محمد سيد الأولين والآخرين والمبعوث رحمة للعالمين، وعلى آله الطيبين الطاهرين وعلى أصحابه أجمعين، والتابعين ومن اتبعهم بإحسان إلى يوم الدين. على بركة الله وبعونه وتوفيقه تبدأ الجلسة الثامنة وموضوعها: (عقد التملك الزمني)، وعارض بمجوثها هو الأستاذ الدكتور عبد الستار أبو غدة، ومقرر هذه الجلسة هو الدكتور أكرم لال الدين.

أدعو سعادة الدكتور عبد الستار ليقدم عرضاً عن هذه البحوث.

الدكتور عبد الستار أبو غدة:

بسم الله الرحمن الرحيم، الحمد لله، والصلاة والسلام على سيدنا محمد، وآله وصحبه.

التملك الزمني هو عبارة عن بيع المنفعة أو بيع الأصل الذي يدر منفعة، ولكنه من نوع خاص يختلف عن الإجارة التي يكون فيها استئجار المنافع محدد الزمن بداية ونهاية المدة المعينة، في حين أن التملك الزمني يكون قائماً على أساس استئجار المنافع على أن يحدد الزمن لابتدائها، أما الزمن الذي تستخدم فيه فيكون متروكاً للاختيار أو اللوائح التي تنظم ذلك الأسلوب.

كثيراً ما يحتاج الإنسان إلى المنفعة بصورة دائمة، وهذا يحتاج إلى أن يدخل في عقد إجارة عادي، ولكنه أحياناً يحتاج إلى المنفعة في ظروف محددة لمدة أسبوع أو أسبوعين، وهذا ما يحصل في مناطق السياحة أو الاستحمام أو الاستشفاء في المصحات، وأحياناً يحصل أيضاً في المناسك حينما يذهب الإنسان لقضاء العمرة أو المجاورة في مكة أو المدينة فيحتاج فترة قصيرة، ولكن هذه الفترة القصيرة لا يتم تبين بدئها وانتهائها، وإنما يتم تعيين مدتها وطولها فقط. من هنا جاء استخدام عقد التملك الزمني، وأصبح بديلاً عن الاستئجار المرتبط بزمن معين، وبهذا الأسلوب يشارك جمع غفير من الناس في استئجار تلك الأماكن السياحية أو العبادية، ويختص كل منهم بوحدة زمنية غير معينة الموقع عند التعاقد، لكن يوضع جدول منضبط للأولوية في الاستخدام بحيث تحقق مصالح الجميع قدر الإمكان.

في الأبحاث الستة نبذة عن تطور نظام التملك الزمني أو المشاركة الزمنية، وهذا الأسلوب يحمل عدة أسماء، فيسمى المشاركة الزمنية والمشاركة في الوقت ونظام اقتسام الوقت، وحصص المشاع، كما يأتي في بعض الدعايات والإعلانات التي ظهرت أخيراً.

وقد اختيرت هذه التسمية (التملك الزمني) لأنها جاءت في بعض الندوات الفقهية وفي المعيار الشرعي للإجارة.

هذه النبذة التاريخية اهتمت بها الأبحاث الستة، وباختصار: إن هذا الأسلوب بدأ في سويسرا بطريقة النقاط، وليس بالأسابيع ثم تطور وانتقل إلى فرنسا، وبدأ يستخدم فيه مبدأ الأسابيع (أسابيع الاستخدام)، ثم دخل البلاد العربية حيث دخل إلى مصر، وأخيراً دخل إلى الخليج في دبي وقبلها في مكة المكرمة، فهذا بالنسبة للنبذة التاريخية، لا أطيل بها فهي موجودة في الأبحاث الستة.

هناك تعريف لهذا العقد - عقد التملك الزمني - وهو: أنه عبارة عن اتفاق بين مجموعة من الناس، هذا الاتفاق يحصل بالتراكم لا يأتي دفعة واحدة وإنما بالتسجيل لدى شركات التملك الزمني، يأتي شخص ثم أشخاص فتصبح بينهم شراكة تراكمية، وتنشأ بينهم مشاركة في الحصول على المنافع، والتي هي وحدات الإقامة في مواطن السياحة أو أماكن المناسك، ويتيح ذلك الاتفاق تقاسم الوحدات الزمنية فيما بينهم، فهو أداة لإنشاء ملكية مكان مشترك على الشيوع لاقتسام الوقت، أو حق انتفاع مشترك على الشيوع أيضاً لاقتسام الوقت.

إذن هناك نوعان وأسلوبان: أحدهما يقوم على الملكية التامة، بأن يملك هؤلاء المشتركون في هذا النظام حصصاً شائعة في الأعيان، وهناك نظام آخر يقوم على الإجارة بأن يملكوا حصصاً مشاعة في المنافع. والأسلوبان مطبقان في الواقع.

تصنف المواقع المنتفع بها إلى فئات من حيث المساحة والمستوى والتأثير والموقع الزمني ومدة التملك، وتعطى لهذه درجات متفاوتة.

المبدأ الذي يقوم عليه نظام التملك الزمني هو الجمع بين البعد الزمني والبعد المكاني في إشغال الوحدات الخاصة بالمشروعات السياحية، فيتم تقسيم المشروع إلى وحدات مكانية وتقسّم كل وحدة مكانية من هذه الوحدات إلى وحدات زمنية،

عادة أسابيع، ويمكن تقسيم مدة إشغال كل وحدة خلال السنة إلى خمسين وحدة زمنية باستثناء أسبوعين مخصصان للصيانة. إذن هذا النظام يقوم على شراء ملكية أو حق انتفاع.

ويحق لمن يحصل على هذا النظام أو هذا التملك الزمني أن يستخدمه بنفسه أو أن يؤجره لغيره أو أن يهديه ويعيره، ويحق له أيضاً الاستبدال بالموقع الذي حصل عليه من خلال شركات تنظم هذا الاستبدال.

قبل أن نتكلم بالتفصيل عن هذا الموضوع فنياً وشرعياً وقانونياً، أريد أن أنوه إلى أن هذا الموضوع قد عرض في إحدى ندوات البركة، وصدر بشأنه قرار أو فتوى، كما عرض أيضاً على اللجنة الدائمة للبحوث والإفتاء في المملكة العربية السعودية، أما ندوة البركة فبينت الحكم الإجمالي للنوعين، الذي يقوم على تملك حصص شائعة في الأعيان، أو حصص شائعة في منافع الأعيان، ونص هذه الفتوى موجود، ولكن أريد أن أقرأه لأنه يلخص لنا الحكم الإجمالي، والتكييف الشرعي:

«بيع حق التملك الزمني، لا مانع شرعاً من شراء حق التملك الزمني. وذلك بالتعاقد على تملك منفعة العقار لفترة زمنية معلومة المقدار معينة التاريخ مع ضبط مواصفات المباني، كما لا مانع من توارد عقود شراء حقوق تملك زمن عديدة لا تزيد مددها عن حجم المنافع، مكاناً وزماناً، في عقد البيع الأول، وفي حال تأجيرها يكون استيفاء المستأجرين للمنافع من حيث تحديد تاريخ الانتفاع حسب الضوابط التي يضعها المؤجر أو مدير العقارات بما يتيح الانتفاع لجميع المستأجرين بالمقادير للفترات الزمنية المتعاقد عليها معهم، وهذا بمثابة احتفاظ المؤجر بحق خيار التعيين طبقاً للضوابط المشروعة المعلنة للمشتري وللمستأجرين، والعين المؤجرة إما أن تكون مملوكة للمؤجر فتكون إجارة على عين معينة، وإما ألا تكون مملوكة للمؤجر عند التعاقد - وهذا ما يحصل بالنسبة للمكاتب السياحية والسماصرة الذين يسوقون هذا النظام، فقد يعقدون العقد عليه ثم يحصلون على هذه المنفعة أو العين ويسلمونها - ولكنه سيحصل عليها عند ابتداء المدة فتكون إجارة موصوفة في الذمة. وفي الحالتين لا بد من ضبط المواصفات لنفي الجهالة المؤدية للنزاع، ولا مانع أيضاً من إعادة تأجير تلك المنفعة للغير على أن يكون استيفاء المنفعة في حدود

عقد الإجارة الأولى، ولا مانع من أن يكون ذلك التأجير بأكثر من الأجرة المحددة في عقد الإجارة مع مالك العين».

هذا بالنسبة للتملك الزمني على المنافع، أما التملك الزمني على الأعيان فقد جاءت فيه فقرة أخرى في هذه الفتوى، وهي: «يجوز بيع حصة مشاعة من عقار والاتفاق بين المالكين على استخدام المنفعة بطريقة المهايأة - وهي قسمة المنافع زمانياً أو مكانياً - سواء اتفق على المهايأة بين المالكين مباشرة أو من خلال الجهة الموكل إليها إدارة العقار المشاع».

وجاء أيضاً إقرار هذه الصيغة في المعيار الشرعي للإجارة حيث نص البندر ٤ - (٢-٢): «يجوز أن تتوارد عقود الإجارة لعدة أشخاص على منفعة معينة لعين واحدة ومدة محددة دون تعيين زمن لشخص معين، بل يحق لكل منهم استيفاء المنفعة في الزمن الذي يتم تخصيصه له عند الاستخدام تبعاً للعرف»، وهذه الحالة من صور المهايأة الزمنية في استيفاء المنفعة تسمى TIME SHARING .

أما ما صدر عن اللجنة الدائمة للبحوث والإفتاء، فنصه: «لا بأس بتداول الحصة المشاع تملكها في عقار معروف الحدود والمساحة والموقع إذا كانت نسبتها إليه معلومة، كان تكون ربعه أو ثمنه أو ربع عشره ونحو ذلك، لا بأس بتداولها بيعاً وشراءً وهبة وإرثاً ورهنأ وغير ذلك من التصرفات الشرعية فيما يملكه المرء لانتفاء المانع الشرعي»، وهذه الفتوى أوردها الدكتور محمد أكرم.

هذه الصيغة تحتك بكثير من المقررات الشرعية فهي تتصل بعقد البيع، وتتصل بخيار التعيين وتتصل بالإجارة المضافة للمستقبل والإجارة من الباطن، والتنازل عن الإيجار، وكذلك المقايضة في عملية الاستبدال.

ولهذا نجد أن الأبحاث الستة قد اختلفت اهتمامها بهذه الصيغ الشرعية فمثلاً الدكتور عبد الوهاب أبو سليمان اهتم بعقد البيع وعقد الإجارة وتعرض للنوعين، نوع الملكية التامة حصة شائعة في العين أو الملكية الناقصة بتملك حصة شائعة في المنافع، واهتم الدكتور عبد القاهر قمر بصور الإجارة كلها وتعرض إلى ما يشبه هذه الصيغة من المقاوله والاستصناع، وإن كان في هذا الشبه شيء من البعد سيناقش ويجاب عليه من قبله، كما اهتم الشيخ شريعت مداري بتأصيل هذه

الصيغة على أساس العقد العرفي وأصالة الصحة، وأورد من قال بفساده، ورد على تلك الاستدلالات المتعددة.

واهتم أيضاً بحث الدكتور أكرم بالمهاياة التي لا بد منها في هذه الصيغة لأنه يمكن أن ينتفع الجميع في وقت واحد وإنما يكون هناك توزيع لهذه الحصص واقتسام للوقت، ومنها جاءت كلمة التملك الزمني.

أشرت أيضاً في بحثي إلى ما يتعلق بالإجارة؛ لأن الإجارة هي الصيغة الغالبة، كما أنني اهتمت أيضاً ببيان خيار التعيين الذي أشارت إليه الفتوى في ندوة البركة؛ لأنه لا بد من تطبيق هذا الخيار، وإن كان الشيخ شريعت مداري استبعد تطبيقه في عقد الإجارة؛ لأنه يجد نصاً في كتب الفقه الجعفري على ذلك التطبيق.

خيار التعيين كما هو معلوم عبارة عن شراء واحد من عدة أشياء على أن يكون للمشتري الخيار في تعيين ما يريده من هذه الأشياء ولا بد أن يشتري هذا الواحد، وهو يختلف عن خيار الشرط، وذلك يسمى بيع الاختيار، وأثبتته الحنفية والمالكية وبعض الحنابلة، أما الشافعية فقد نفوه، وقالوا: إن فيه جهالة عين المبيع ونصوا على بطلانه، ولكن الحنفية قالوا: إن ما فيه من جهالة لا تفضي إلى المنازعة لاستقلال المشتري بالتعيين، فلم يبق له منازع فيما يختار، ولا بد من ذكر شرط التعيين وأن يكون محل الخيار محددًا، وأن تكون مدة الخيار معلومة، وبالنسبة للعقد المختار فقد قصرته نصوص الحنفية على ثلاثة أشياء، ولكن بعض الفقهاء المعاصرين مثل الشيخ أحمد إبراهيم بيك - رحمه الله، وهو من كبار الفقهاء المعاصرين في بداية عهد النهضة - أشار بأن تنوع الأشياء واختلاف الصناعات يقتضي ألا ينحصر هذا بثلاثة؛ لأنهم قالوا: قبل ذلك إما إن يكون جيداً أو وسطاً أو رديئاً، ولكن الأنواع الآن تتعدد ويمكن اشتراط هذا الخيار - خيار التعيين - للبائع أو للمشتري.

نعود إلى الطريقتين اللتين تستخدمان في تطبيق هذا النظام:

طريقة التمليك الزمني على أساس الملكية الكاملة بأن يتملك هؤلاء المشتركون في هذا النظام حصصاً مشاعة في أعيان ملكية تامة دائمة، ويكون لهذه الملكية إدارة مشتركة وهي ما يسمى إدارة الأملاك المشتركة، وهنا أيضاً لا بد من تطبيق المهاياة؛

لأنه لا يملك حصّة في عين معينة طوال الزمن، وإنما يكون انتفاعه لفترات بالاشتراك مع الآخرين، ولذلك لا بد من تطبيق مبدأ المهايأة الزمنية.

وهناك جوانب فنية اهتمت بها الأبحاث الستة، وبعض الأبحاث أطالت فيها، وأيضاً هناك جوانب قانونية لهذا التطبيق حيث إنه اهتم به القانون المدني المصري، وبين كثيراً من الأحكام التي أوردتها في مجي.

هناك أيضاً أشكال لحق الانتفاع في وحدة الإقامة، في وحدة الإقامة فإما أن يكون إيجاراً ثابتاً لموعد إجازة يختص بها أو يحددها الممتلك الزمني، أو أن يكون بالتصريح بالاجازة، يعني له إجازة لفترة أسبوعين ولكنه لا يحدد موعدها بشكل دوري وإنما يختار في كل سنة موعداً قد يختلف عن الآخر، وهناك عضوية النوادي التي تنظم هذا الأمر وفي جميع الأحوال لا بد من وجود إدارة تنظم اقتسام الوقت، وتكون عادة شركات عالمية مهتمة بهذا الأمر، وتقسّم المواسم السياحية إلى أقسام فهناك الموسم العالي: الأحمر والأبيض والأزرق، والذي يحصل على الموسم الأحمر يستطيع أن يستخدم في أي وقت، أما الذي يحصل على الأبيض فيستطيع أن يستخدم في فترات زمنية متدنية من حيث الموقع وكذلك الأزرق.

حق الشريك في العين المملوكة على الشيوع المؤجرة من شريكه، القانون نظم هذه الأمور وبين الأجرة وبين أن هناك ملحقات لهذه الأجرة، هذه الملحقات هي الضرائب والرسوم - رسم النظافة والصيانة والترميم وغيرها - وهي بنص القانون: «إذا دخل في عقد تملك زمني فإنه يلزم بها ولو لم ينص عليها لأنها تابعة والتابع لا يفرد بالحكم».

أشرت في ورقتي وأشار بعض الإخوان أيضاً في أبحاثهم إلى أن هذه الصيغة لا تطبق فقط بشكل مباشر مع شركات التملك الزمني، وإنما يمكن أن تتم عن طريق المؤسسات المالية الإسلامية، بأن تكون هذه المؤسسات المالية الإسلامية وسيطاً بأن تحصل على هذا التملك الزمني وتدفع مقابله، سواء كان ثمناً في حالة البيع أو أجرة في حالة الإجارة تدفع بصورة حالة ثم تباع هذه العين أو هذا الحق - حق الانتفاع - إلى من يريد أن يستخدمه بأجرة أو بضمن مؤجل.

كذلك تمّ إدخال كثير من هذه المنافع أو حصص المشاع في صناديق الاستثمار، وصناديق الاستثمار إذا كانت تحتوي على أصول من أعيان ومنافع فإنها قابلة للتداول بخلاف الصناديق التي تضم ديوناً محضّة.

كذلك صدرت هناك بعض الصكوك من بعض المؤسسات المالية التي تمثل حقوق التملك الزمني وينطبق عليها نفس الأمر.

أخيراً أريد أن أشير إلى أن هذا الأمر طبق في مجال العبادة أو ما يسمى «السياحة الدينية»، وهي صكوك الانتفاع في المناطق المجاورة للحرم، فصدر هناك في المملكة العربية السعودية «نظام المشاركة في المنفعة» القائم على أساس المشاركة الزمنية، وذلك على مجموعة مشروعات سكنية مجاورة للحرمين الشريفين في مكة المكرمة والمدينة المنورة، كما تمت الموافقة على السماح لغير المواطنين من المسلمين بالاستفادة من هذا النظام، وبالتالي تملك عقارات لأول مرة بجوار الحرمين، وصدر هذا القرار بتاريخ ٣/٧/٢٠٠٤م بناء على توصية رفعتها لجنة تطوير مكة المكرمة والمدينة المنورة إلى وزارة التجارة ووزارة الشؤون البلدية والقروية، ويعتمد نظام المشاركة بالمنفعة الثلاثم مع الشريعة على أساس بيع العين السكنية لفترة زمنية محددة تبدأ من أسبوع ومضاعفاته بسعر ثابت لمدة عشرين عاماً، ويُتيح هذا النظام حرية التصرف الكامل في الوحدة السكنية خلال الفترة الزمنية أو بالانتفاع أو البيع أو التأجير أو الهبة أو التورث للغير. ويستهدف تحديد مشاريع جارية لإقامة كذا من الوحدات إلى آخره.

وأيضاً هناك صكوك الانتفاع في برج زمزم. وأول ما عُرض هذا الأمر كما ذكرت كان في ندوة البركة قبل اثني عشر عاماً، ثم أخذت غرفة التجارة في جدة هذه الفتوى وطبقتها، وكانت مستنداً لإصدار هذا القانون وهذا من باب تعاون الفنين والشرعيين. هناك مشاكل فنية وعقبات في نظام التمليك الزمني وهناك مزايا، وكل شيء فيه خير وشر وإنما العبرة للغلبة فمن المشاكل مشاكل التصميم والإنشاء، مشاكل التمويل. مشاكل الصيانة، مشاكل الضرائب، صعوبة إعادة البيع.

أخيراً هناك ما يسمى نظام التبادل، فهناك شركتان عالميتان: شركة RCI، وشركة II، هاتان الشركتان تعتبران بمثابة بنك للحصص المشاعة في التملك الزمني، فالذي

يملك حصصاً يستطيع أن يودع هذه الحصص في ذلك البنك ويستطيع أن يسحب منها، فإذا كان مستغنياً في إحدى السنوات عن الانتفاع يسلم لهذه الشركة هذه الحصص ويمكنها من أن تعطيها للغير بأجرة أكثر أو أقل ويستفيد صاحب الحصص، وحينما يحتاج يستطيع أن يسحب من هاتين الشركتين بنظام التبادل ما كان سبق له إيداعه، وهذا من باب المقايضة، والمقايضة كما تعلمون هي بيع عين بعين أو بيع منفعة بمنفعة، وهي صيغة مقبولة شرعاً.

والموضوع كما قلت ذو جوانب متعددة فهناك جوانب فنية وتاريخية وجوانب قانونية وجوانب شرعية، وقد اهتمت البحوث كلها بهذه الجوانب كما أشرت. كذلك أريد أن أقول: إن الدكتور محمد علي القرني أضاف إلى تطبيقات هذه الصيغة أنها تطبق في الطائرات الخاصة فقد يحتاج الإنسان إلى استخدام طائرة خاصة في وقت محدد ولا يريد الإنسان أن يمتلك هذه الطائرة طوال الأبد فيمكن أن يمتلك حصة مشاعة في هذه الطائرة مع آخرين ويستخدمها في أوقات المهام التي يريد أن يقوم بها، وكذلك في اليخوت البحرية، وكذلك في الخيول. هذا طبعاً من قبيل الإضافات التي وجدتها في هذه الأبحاث، وأرجو ألا أكون قد غمطتها حقها، والله أعلم، والسلام عليكم ورحمة الله وبركاته.

ثانياً: المناقشة

الدكتور عبد القاهر قمر:

بسم الله الرحمن الرحيم، الحمد لله رب العالمين، والصلاة والسلام على سيد المرسلين نبينا محمد، وعلى آله وصحبه أجمعين. وبعد؛

أصحاب المعالي والفضيلة العلماء الأكارم، الإخوة والأخوات؛

السلام عليكم ورحمة الله وبركاته .

أولاً أشكر صاحب الفضيلة العارض لهذه الجلسة على هذا العرض الوافي الشامل.

والحقيقة إن هذه المعاملة التي يبحثها مجلسكم الموقر في هذه الجلسة تتسم بالدقة والتشعب، وهي مرشحة لأن يكون الاعتماد عليها في المستقبل واسعاً وشاملاً وخصوصاً في العقارات والمنقولات المرتبطة بمخدمات معينة، وهي ما زالت تتطور في مجالين اثنين في تطور أشكال عقودها وفي انتشارها وتوسعها.

أؤكد على ما أشرت إليه في البحث من أن هذه المعاملة ينبغي أن تدرس من خلال العقود الموقعة بين الطرفين، دون الاكتفاء بالرجوع إلى ما يكتب عنها في المنشورات أو الكتب، وينبغي الحكم على صورها العديدة كل صورة على حدة مع مراعاة النظر فيما يوافق كل صورة من شروط واستثناءات وتغييرات موعودة.

عقد البيع في هذه المعاملة يُعمل به في صور نادرة جداً، وهي ما تسمى في الغرب بفر اكشنل أونرتب، وهي المعروفة بالمهاياة الزمانية في فقهننا الإسلامي. وغير هذه الصورة من صور أخرى كلها تدخل في - نظري - في الإجارة .

كيّمت هذه المعاملة بأنها عقد تأجير دوري متكرر لسنوات عديدة .

أود التنبيه إلى أن كثيراً من الشركات تسوق هذه المعاملة قبل بناء المنشآت السكنية، ولها ارتباط مباشر ببيع الموصوف في الذمة، فتدخل ضمن بيوع السلم التي لا يجوز فيها تأخير رأس المال، ولما كان أغلب ما يُباع في هذه المعاملة منشآت لم تبين بعد؛ لذا فقد أوغلت في بحثي في التركيز على هذه النقطة، وكان علي أن أركز أيضاً على أحكام المنشآت القائمة، وسوف يلاحظ القارئ بأنني قد كررت في الحكم على بعض الصور بأن فيها بيع دين بدين لهذا الغرض.

أميل إلى أن هذه المعاملة ليست مشاركة بين المستأجرين، بل إنها إيجار محدد بزمان معين لكل مستأجر على حدة فلا يوجد أي ارتباط بين المستأجرين ولا جامع بينهم، والأجرة تختلف بالمواسم اختلافاً كبيراً، كما أن شرط التنازل عن حق الشفعة هو تعبير عن قصد المسوّقين في فك أي ارتباط بين مجموع المستأجرين. وغالب ظني بأن الشركات المسوقة تحتفظ بالأسابيع الخاصة بأوقات الذروة ولا تؤجرها لأحد.

إذا طرحنا المباني والألفاظ نجد أنّ حقيقة ما يحدث في عقد التايم شير هو أن الطرف الثاني يدفع مالمّ مقابل حصوله على حق السكن أو الإقامة في فندق لمدة أسبوع في كل سنة وذلك لمدة طويلة منتهية أحياناً أو غير منتهية، على أن يدفع الطرف الثاني المبلغ مرتين، مرة عند التعاقد، ويكون عادة مبلغاً كبيراً، ومرة أخرى سنوياً، ويكون له الحق في تبديل حقه السكني مع حق شخص آخر في مكان آخر.

وأخيراً أتساءل: اليس بإمكاننا من خلال هذا المجمع المبارك أن نواصل في تطوير صياغة العقود وتفصيلها، كما تم تطوير عقد الاستصناع في هذا المجمع إلى عقد المقاول؟

إننا الآن بحاجة إلى صياغة عقد النقل أيضاً الذي يسمى عند المالكية بالكراء المضمون، وإلى عقد الحراسة وعقد الإسكان، وغيرها من عقود المعاملات الجارية في حياتنا اليومية، وقد اقترحت أن العقد الأنسب للتايم شير الذي يجري العمل به في الفنادق والمنتجعات السياحية هو عقد الإسكان أو الإقامة، وذلك لأنه أنسب وأقل إشكالاً في أمور عديدة منها: صحة الاكتفاء بتوصيف محل السكنى دون التعيين، وصحة تقسيط الثمن والرسوم السنوية وغير ذلك.

ختاماً أشيد ببحوث أصحاب الفضيلة التي أثرت الموضوع كثيراً، وأسأل البارئ عز وجل أن ينفعنا بها جميعها. وشكراً لكم.

الدكتور أحمد عبد العليم عبد اللطيف:

بسم الله الرحمن الرحيم، والصلاة والسلام على المبعوث رحمة للعالمين سيدنا محمد، وعلى آله وصحبه والتابعين.

وبعد؛ بالنسبة لهذا العقد أرى أنه يفرق فيه بين أمرين:

الأمر الأول: إذا ورد على العين فهو عقد بيع وتترتب عليه أحكام البيع إذا توافرت فيه شروط صحة البيع من معلومية المبيع والتمن.

وبالنسبة لمسألة المهايأة في حالة التعاقد بطريق البيع يفرق بين حالتين:

الأولى: إذا كان العاقد قد دخل في العقد على الانتفاع في زمن معين عند العقد فلا تتأني المهايأة؛ لأن المهايأة تكون في حالة ليس مشاعاً.

الثانية: إذا كان العاقد قد دخل في العقد دون تحديد لزمن الانتفاع وكان الانتفاع مشاعاً ففي هذه الحالة يكون له طلب المهايأة.

أما المهايأة ففي حالة الإحالة فلا محل لها أصلاً في هذه العقد؛ لأن العاقد قد دخل في العقد على الانتفاع في مدة معينة فلا تتأني المهايأة أصلاً.

أما بالنسبة لمسألة المبادلة في حالة تملك العين فيُفرق أيضاً بين الحالتين:

الأولى: إذا كانت المبادلة واردة على العين يعني مبادلة عين بعين فلا بد من القدرة على التسليم وإلا فسد العقد لأنه يكون قد باع مالا يقدر على تسليمه.

الثانية: أن تكون المبادلة واردة على المنفعة في حالة تملك العين، وفي هذه الحالة لا بد أن يكون العاقد حائزاً في تلك المدة للعين محل المنفعة وإلا فسد العقد.

الأمر الثاني: إذا كان العقد وارداً على الانتفاع أخذ أحكام الإجارة وتترتب عليه الأحكام الخاصة بالإجارة إذا توافرت الشروط ومن أهمها معلومية العين محل المنفعة ومعلومية الأجرة ومدة الانتفاع.

أما ما يحدث في هذا العقد من زيادة غير معلومة للأجرة في كل عام تحت اسم المصاريف الإدارية في حالة الإجارة فأرى أنه يؤدي إلى فساد العقد؛ لأن الأجرة في هذه الحالة تكون مجهولة وجهالة الأجرة تفسد العقد، والشرط الفاسد يلتحق بأصل العقد - في مذهب الحنفية - فتصير الأجرة كأنها مجهولة عند العقد.

أما بالنسبة لمسألة النقاط فأرى أنها ضرب من التحايل للحصول على المال فلا يجوز استعمالها في بلادنا لما فيها من الجهالة والغرر.

أيضاً ورد في بعض البحوث الحديث عن حق الشفعة وأنه لا يجوز إسقاطه قبل ثبوته. والحقيقة أنني أرى أن حق الشفعة لا مجال لذكره في مثل هذا العقد لأن

الحكمة من شرعية الشفعة هي دفع الضرر الدخيل على الدوام، وهذا غير موجود في هذا العقد.

وأخيراً أتساءل: هل نحن بحاجة إلى مثل هذا العقد بطريق الإجارة وخاصة الإجارة التي تزداد فيها الأجرة كل عام والتي يعترتها الجهالة؟ وبما أن مذهب الحنفية لا يميز القياس للحاجة العامة التي تنزل الضرورة فهل نحن بحاجة إلى مثل هذا العقد؟ أرى أننا لسنا بحاجة إلى مثل هذا العقد وخاصة إذا كان العقد يعتريه الغرر وتعترية الجهالة، يعني إذا كانت هناك جهالة وغرر فأرى أنه لا داعي للتوسع في مثل هذا العقد لأنه لا حاجة عامة تدعو إلى مثل هذا العقد، ولا حاجة عامة تنزل منزلة الضرورة لتدعو إلى مثل هذا العقد، اللهم إلا إذا كانت الحكومات هي التي تتولى إصدار مثل هذه العقود، أما عن طريق الأشخاص والشركات الأجنبية التي تستغل الناس فأرى أنه يلحق الضرر بالناس ولا حاجة لهم في هذا.

أخيراً بعض البحوث اعتمدت في تأصيل الأحكام فيها على الأمور القانونية أو النصوص القانونية، وهذا لا يفيدنا في مثل هذه المسائل، نحن نريد تأصيلاً شرعياً وليس قانونياً.

وأكتفي بهذا القدر، وشكراً جزيلاً.

الدكتور علي السالوس:

بسم الله الرحمن الرحيم، الحمد لله، والصلاة والسلام على سيدنا رسول الله. شكراً لله للجميع.

الحقيقة أرجو أن تراجع العقود أيضاً كما ذكر بعض الإخوة؛ لأن في هذه العقود مخالفات شرعية في بعض الحالات وبالذات عندما تقوم بهذه الإجارة أو البيع شركات تكون دائمة ومستمرة وفيها تسليم العين، وفي هذه الحالة لا نجد لهذا التطبيق لأنه في الغالب هو لمدة معينة منتهية وليس بصفة دائمة، وعقد البيع عقد ناقل للملكية بصفة دائمة، وليس بصفة محدودة، ولا نقول البيع لمدة عشر سنين أو عشرين سنة، البيع يكون دائماً ناقلاً للملكية يمكن أن يطبق عقد الإجارة، ولكن لا بد من أن ننظر إلى خصائص عقد الإجارة بحيث يكون المؤجر هو المالك، والمؤجر المالك هو الضامن وعليه التأمين والصيانة وكل هذا، ويكون المستأجر فقط عليه ما

يتصل بالتشغيل - نفقات التشغيل فقط - فهل هذا مطبق في هذه العقود؟ هذا العقد الجديد الذي انتشر في العالم نرجو من هذا المجمع الموقر أن يترئس في أخذ القرار، قبل أن يدرسه من جميع الجوانب، لأن القرار عندما يصدر من هذا المجمع يكون له أثره في العالم الإسلامي فلا بد أن يدرسه من جميع الجوانب وأن تعرض عقود مطبقة فعلاً ويدرسها المجمع بدقة وبتأن ويتأكد من خلوها من المحاذير الشرعية التي أشار إليها بعض الإخوة الباحثين.

جزاكم الله خيراً، والسلام عليكم ورحمة الله وبركاته.

القاضي محمد تقي العثماني:

بسم الله الرحمن الرحيم، الحمد لله رب العالمين، والصلاة والسلام على رسوله الكريم، وعلى آله وأصحابه أجمعين.

أما بعد؛ في الواقع إنني أشكر السادة الباحثين الذين تناولوا هذا الموضوع بدقة. وأخص بالذكر بحث فضيلة الدكتور عبد الستار أبو غدة - حفظه الله تعالى - فإنه كعادته - حفظه الله تعالى - أصل هذا الموضوع تأصيلاً فقهيًا دقيقاً، والواقع إن هذا الموضوع قد نوقش في عدة ندوات ومجالس وكما أشار فضيلته صدر بذلك قرارات، وقد جاء في المعيار الشرعي للمجلس الشرعي للمؤسسات المالية الإسلامية.

الواقع أنه لا إشكال عندي في أصل إباحة هذا العقد فإنه إذا كان تمليكا فإنه يبيع حصة مشاعة مع المهياة الزمنية، وأما إذا كان لمدة محدودة فإنه تطبق عليه أحكام الإجارة، أما ما يثار حوله من إشكالات (الغرر والجهالة) لا يفسدان العقد في جميع الحالات وإنما يكون الغرر أو الجهالة مفسدة للعقد إذا أفضيا إلى النزاع، والمعهود في مثل هذه العقود أن الغرر والجهالة لا يفضيان إلى النزاع ولذا فإنه لا يفسد العقد، ولكن كما تفضل الدكتور علي السالوس - حفظه الله - يجب أن نراعي أنه حينما نطبق عقد الإجارة فلنطبقه بجميع شروطه وأركانه ومنها أن الصيانة الجوهرية هي دائما على المؤجر، فإذا كانت الصيانة دورية فيمكن، أن يتحمل المستأجر الصيانة الدورية، والتشغيلية، أما الصيانة الجوهرية فلا بد أن يتحملها المؤجر.

وحيثما نصدر قرار في موضوع إباحة هذا العقد فإننا لا بد أن نلتزم بجميع هذه الشروط ونذكر إباحتها حسب هذه الشروط.
هذه نقطة.

النقطة الثانية: والتي أريد أن أذكرها في هذا الموضوع هي أنه قد جاء في بحث من البحوث أنه يمكن تمويل هذا العقد عن طريق المراجعة. ولي في ذلك وقفة طويلة، وذلك أن المراجعة للآخر بالشراء - صيغة المراجعة للأمر بالشراء - إنما أجزائها وأجزائها المجمع على مفضل، وفي الوقت نفسه - كما أذكر - قد أوصى المجمع ألا يكون هناك إكثار من استخدام هذه الصيغة، والآن كأن صيغة المراجعة للأمر بالشراء جلست عليها المصارف الإسلامية بدون أن تتعدى إلى غيرها من الصيغ الإسلامية.

وثانياً: فإنه إذا وقعت المراجعة في البضاعات العادية فإن هناك فارقاً جوهرياً بين المراجعة وبين التمويل الربوي، وذلك بأن المراجعة في البضاعة ينقل خطر البضاعة على الممول أو على البائع، أما هنا في الاشتراك الزمني أو في التملك الزمني فليس هنالك خطر يتحمله الممول، فلذلك هو يشبه تماماً التمويل الربوي فلذلك أرجو ألا تستخدم هذه الصيغة لتمويل عقود التملك الزمني.
هذا ما عندي والله سبحانه أعلم، ولكم الشكر.

الدكتور شوقي دنيا:

بسم الله الرحمن الرحيم.

في الحقيقة هذه المعاملة برغم ما قيل إنها طرحت من قبل، لكنني أرى أنها جديدة الطرح العلمي الجمعي الدقيق. واعترف أمامكم بأنني عندما قرأت بحث الأخ الأستاذ الدكتور عبد الوهاب أبو سليمان تفهمت إلى حد كبير أبعاد وجوانب الموضوع، سواء من الناحية التصويرية القانونية، أو من الناحية الشرعية الفقهية. البحث واضح ومسلل وميسر لمن ليست لديه فكرة طيبة عن هذا الموضوع، لكنني عندما قرأت بقية الأبحاث تشابه الأمر علي، واختلطت المسائل ودخلنا في دوامة من الجزئيات والتفريعات الملبسة الغامضة، يعني شيء يحتاج - كما قال بعض المداخلين - إلى مزيد من التروي ومزيد من التصوير.

أما فيما يتعلق بتصوير المسألة تصويراً واضحاً - وهذا شيء مهم وضروري - أنا أرجو من رئاسة الجمع أن يتولى الدكتور عبد الوهاب بحكم أنه قدم بحثاً وجزى الله العارض كل خير وقد أدى ما عليه وزيادة، لكن أنا اعتقد أن الصورة ما زالت غامضة في الكثير من جوانب هذه المعاملة، ولذلك أقترح أن يتولى الدكتور عبد الوهاب عرض الموضوع بشكل مبسط وواضح أمامنا جميعاً حتى تتضح الصورة.

ثانياً: أنا من الناحية الاقتصادية - رغم أن الصورة غير واضحة في ذهني - أرى أن هذه المعاملة معاملة جديدة ومفيدة ونافعة، وأنا - كرجل اقتصادي - أنظر للمعاملات من ناحية مدى جدواها الاقتصادية، هل هذه المعاملة تسد فراغاً في المجال الاقتصادي على مستوى الأطراف المتعاملة وعلى مستوى المجتمع؟ هل تعالج قضية استثمار الأموال؟ هل تحقق لمن يريد أن يستفيد الاستفادة بالأسلوب الأمثل وبالكلفة الدنيا؟ هل تحقق للمجتمع عدالة في التوزيع والجميع يستفيد منها؟ هل تحول بين المجتمع وبين التضخم؟ لقد لمحت في بعض الأبحاث فكرة علاقة هذه المعاملة بالتضخم، وكيف وأنها تحد منها على الأقل بالنسبة للمستفيد، أنا استأجرت شيئاً للمستقبل بمبلغ محدد الآن وبالتالي حمت نفسي من أي ارتفاعات في الإجارة في المستقبل أو في الثمن البيع (ثمن الحصة)، ونحن نعلم أن الأسعار تعلق كثيراً.

القضية التي أثارني هنا في المداخلة قضية الأخ المداخل الكريم الذي يقول: إن هذه معاملة لا حاجة إليها، يعني هل كل شيء يطرح في عصرنا الحاضر يقال لا حاجة لنا به لأن هناك البيع وهناك.. هي صورة من صور البيع وهي صورة من صور الإجارة، ولا أدري كيف يقال: إن الإجارة وردت على خلاف القياس؟ الإجارة التي هي نصف المعاملات الإسلامية وردت بالنص في القرآن ووردت بالنص في الحديث، كيف يقال وردت.. أنا لست فقيها لكن عندما أسمع مثل هذا الكلام يقشعر بدني، كيف يقال: إنها وردت على خلاف القياس؟ الإجارة ترد على خلاف القياس وهي قد شرعت لتحقيق حكم وغايات، كما قال العز بن عبد السلام وغيره: لن يستطيع البيع أو أي عقد آخر أن يحققها. أرجو أن نترتب بعض الشيء في اتخاذ القرار أولاً، وثانياً في تصوير المسألة تصويراً أوضح وأوسع، وثالثاً

في الرؤية المتسعة لفقها الحضاري الذي يتسع لكل الصور المستجدة ويشبع الكل وذلك حتى لا يقال: إن فقها في واد واقتصادنا في واد آخر، وأنه فقه يعوق الاستثمار ويعوق عدالة التوزيع ويعوق التنمية.

طالما أن ليس هناك شيء واضح وصريح محرم، مثل الربا وغيره فينبغي أن نأخذ هذه الأشياء بسعة صدر، والله أعلم.

الدكتور العياشي فداد:

بسم الله الرحمن الرحيم.

شكرا معالي الرئيس، والشكر موصول أيضا لجميع الباحثين الذين أمتعنوا بهذه البحوث الطيبة.

أولاً: ملاحظة عامة في بداية الأمر أؤيد الباحثين الذين قاموا بدراسة عقود التملك الزمني المطبقة في الواقع حتى نستطيع أن نستخلص منها الضوابط. الأمر الثاني: كنت أود أيضا أن تعنى البحوث بقضية هامة، وقد أشار بعض البحوث إلى ذلك، وهو موضوع التملك الزمني من خلال إصدار صكوك المنافع مع الإشارة التي جاءت في ثنايا بعض البحوث، فاعتقد أن الأمر يحتاج إلى دراسة أوسع، لأن هذه الصكوك تقوم أساسا على الإجارة الموصوفة في الذمة، أو على بيع موصوف في الذمة أيضا، وتداول الصكوك في هذه الحالة يثير إشكالات متعددة، فكان ينبغي أن نقف عند هذه الإشكالات.

بالنسبة للبحوث هناك ملاحظات عديدة رغم تقديري الكبير للمجهود المبذول فيها وإن كنت لم أطلع على جميع البحوث ولكنني أقف عند بعض النقاط السريعة. بعض البحوث أشارت إلى أن التملك الزمني على أساس الملكية الناقصة أي حق الانتفاع، هذه القضية أي التملك الزمني على أساس الملكية الناقصة، أو ما يسمى بحق الانتفاع أعتقد أن هذه القضية مورد خلاف دائم في مناقشاتنا، هل هو حق انتفاع أو حق منفعة؟ على المعيار الذي نص عليه القرافي في الفروق بينهما (بين حق المنفعة وحق الانتفاع) يكون هذا الحق حق انتفاع وليس حق منفعة، إذ حق الانتفاع كما عرفه هو حق شخصي بالمتنفع ولا يجوز له التصرف فيه، ومثل له

بحق الموقوف عليه في سكنى دار، فسكنى الدار حق شخصي للموقوف عليه لا يجوز أن يحولها لغيره، وهذا خلاف حق المنفعة التي يجوز التصرف فيها. ولعل التقسيم الوارد هو ما سار عليه القانونيون.

كذلك أؤيد الشيخ تقي في موضوع دور المؤسسات المالية في تطبيق التملك الزمني، حيث أشارت بعض البحوث إلى أنه يمكن أن يقوم البنك بشراء الوحدات السكنية بضمن حال وبيعها لعملائه مراجعة بضمن مؤجل، أو يستأجرها ويعيد تأجيرها.

وفي الحقيقة الاعتراض ليس هو الذي ذهب إليه الشيخ تقي ولكن أضيف إليه شيئاً آخرأ هو أنه ينبغي تقييد هذا الأمر بأن يكون العقد لبيع معين أي ليس سلماً، وكذلك بأن تكون الإجارة على غير موصوف في الذمة وإلا كان في الحالين بيعاً للدين وهو ما أشارت إليه بعض البحوث.

أيضاً بعض البحوث ذكرت عديداً من صور التملك الزمني وأشارت إلى عدم جوازها، ولعل ذلك يرجع إلى عدم تحكيمها لمبدأ خيار التعيين الذي استفاض فيه الدكتور عبد الستار أبو غدة.

كذلك بعض الأبحاث في حكم التملك الزمني وتصكيكه أشارت إلى أن المنفعة تعتبر في صك التملك الزمني ديناً في الذمة، وذكرت أنه لا يجوز فيها تأخير الأجرة ولا تأجيلها إذا كانت ديناً في الذمة، وقد ذهب بعض أهل العلم إلى التفرقة بين أن يكون عقد الإجارة بلفظ السلم فلا يجوز تأجيل أو تأخير الثمن أو بلفظ الإجارة فيجوز، وهو ما ذهب إليه المعيار الشرعي ورجحه في معيار الإجارة. وهناك ملاحظات لعلها تفصيلية، وأكتفي بهذا القدر وشكراً.

الدكتور محمد عبد الحلیم:

الحقيقة هناك نقطتان، وبما أنني من المتأخرين في التعقيب فقد سبق وأن غطى بعض المتداخلين ما كنت أود قوله ولكنني من ناحية التكييف الفقهي أيا كان تسمية العقد ملكية أو خلافه فهو عقد إجارة طويلة الأجل وله في الفقه الإسلامي نظائر وإن تكن غير متفق عليها مثل عقد الإجاريتين وعقد الحكر.

الشيء الآخر إن هذا العقد رغم حداثة إنشائه إلا أنه تطور كما قرأنا في البحوث، وأنا أرى أن البحوث مكتملة لبعضها، فأبي تقصير في جانب غطاء الجانب الآخر، وهذا العقد قد تطور في هذه السنوات القليلة كثيراً جداً، وكون العقد يستمر بالإجارة إلى حوالي تسعاً وتسعين سنة وكذا الملكية ولمدة طويلة الأجل ويلعب عليها المستثمرون الذين ينشئون هذه الأشياء لأن التطورات والتغيرات في مجال الاقتصاد كثيرة، وبالتالي أرى أن المجمع حينما يصدر قراراً يصدر على تكييف معين قائم لأنه قد يتغير بعد أسبوع أو أسبوعين هذا الشكل، ومهم جداً أنه لو صدر قرار حتى في المعروض علينا - أي الصور المعروفة وبعض البحوث وضحتها تماماً - يمكن أن يقتصر القرار على ما هو قائم فعلاً، ولا نقول عقد التايم شير جائزة على الإطلاق إنما الصور الآتية هي جائزة، وأنا أرى أنها جائزة طبعاً لما لها من فوائد اقتصادية وإن كان كالعادة الفقراء يمتنعون في هذا العقد وسوف تكون الأموال دولاً بين الأغنياء فقط. وشكراً جزيلاً.

الشيخ محمد علي التسخيري:

بسم الله الرحمن الرحيم.

شكراً سيدي الرئيس، وشكراً لكل الباحثين وللأستاذة العارضة على ما بذلوه من جهد.

أنا أعتقد أن مختلف ما ذكر من الصور لهذا العقد يمكن أن يُصحح على أساس بيع الحصة الشائعة في الأعيان والمنافع، ومسألة الإجارة الموصوفة في الذمة، وما يطرح من بيع صاع من صبره، وخيار التعيين للبايع، والمهاياة، وحتى التملك لزم من معين، وواضح الفرق بين بيع العين مؤقتاً وبيع المنفعة من حيث رجوع التلف، كل هذه الأمور يمكن تصحيح هذا العقد على أساس منها، ولا أرى الغرر المتصور هنا والتردد المتصور مانعاً من صحة هذا العقد، وأيضاً لا مانع حتى من التصكيك في مثل هذا العقد لأنه عقد واقعي مستوف لشروط العقد والغرر عندما أقول لا مانع منه هنا لأنه منضبط من جهته ولأنه لا يؤدي للتنازع من جهة أخرى، ويمكن القول باعتبار ذلك أصلاً من الأصول المقررة في أصول الفقه أن عمومات صحة العقد تشمل هذه الموارد، والتخصيصات الواردة عليها من أدلة منع الغرر إنما نستطيع أن

تخرج الغرر المقطوع به، أما الغرر المشتبه فيه في أنه يمنع أو لا يمنع فلا يمكنه أن يبطل هذه العمومات، ويمكن التمسك بالعموم في الموارد التي يشك في شمول الخاص لها، طبعاً أقول الصورية أو تعميم الذمتين أو الربا أحياناً، هذه أمور خارجة عن حقيقة العقد، ولا يعني تصحيح العقد تصحيحها. وشكراً.

الدكتور أحمد السيابي:

بسم الله الرحمن الرحيم

شكراً معالي الرئيس والشكر للباحثين الكرام وللدكتور العارض جزاه الله خيراً. التملك الزمني في الحقيقة يشتمل على نوعين:

النوع الأول: تملك زمني على أساس الانتفاع في السنة، أما المدة فهي غير محددة وهذا غالباً يتم بصورة البيع، وحدث هذا في بعض الأعيان المباعة في جمهورية مصر العربية، من فترة عرضت فيلا منسوبة إلى المشير عبد الحليم أبو غزالة على أساس الانتفاع في كل سنة بمدة معينة، ولكنه بيع ليس محمداً بسنين عديدة وإنما بيع هكذا على أساس الحصاة المشاعة المشتركة.

النوع الثاني: هو المنتهي بالسنين المحددة على أساس الانتفاع في كل سنة بمدة معينة ثم تنتهي بسنين، وهذا ما تفعله شركة مكة العقارية في بعض المباني المجاورة للحرم الشريف.

وطالما أن البيع والإجارة إذا انتفت عنهما الجهالة فيصبح العقد صحيحاً والإجارة على قول البعض بأن الغرر لا يؤثر فيها. البيع يؤثر في الجهالة والغرر، أما الإجارة فعلى قول لا يؤثر فيها الغرر، وإنما تؤثر فيها الجهالة فقط.

لذلك على المجمع الموقر ألا يتهيب من العقود الجديدة والمستحدثة نتيجة تطور الحياة وتقارب أجزاء العالم وتقارب شعوب العالم وحاجة الناس إلى السفر وتطور الاقتصاد، كل هذا لا بد من أن ينشئ معاملات جديدة وعقود مستحدثة، فعلى المجمع الكريم ألا يتهيب من كل ما هو جديد ومن كل ما هو مستحدث.

وردت في بعض البحوث بيع التملك على الأساس التراكمي، والتراكم من حيث اللغة هو ما يتكون من أفراد عديدين دفعة واحدة.

وأظن إن التعبير بالمتوالي أو المتتالي لعله تعبير أسلم من التعبير بالتراكمي؛ لأن هذه البيوع المشتركة تتم بالتوالي على مسافات زمنية قد تكون قريبة وربما بعيدة ولا تتم دفعة واحدة.

فالتعبير بالبيع المتوالي أو المتتالي لعله أسلم أو أفصح في نظري من الوصف بأنه تراكمي.

والله أعلم، والسلام عليكم ورحمة الله وبركاته.

الدكتور علي عمي الدين القرعة داغي:

بسم الله الرحمن الرحيم

شكراً للباحثين وللأستاذ العارض حيث استفدنا من هذه البحوث، ولكن من خلال ما قرأته من بحوث أضمت صوتي إلى صوت أخي فضيلة الدكتور شوقي دنيا على أن الدكتور عبد الوهاب وكذلك الدكتور محمد لال قد أضافا إضافة جديدة حيث بين الدكتور عبد الوهاب خمسة أنواع من هذا النوع، أحدها التملك الدائم، وأربعة منها يدخل في عقود الإجارة.

وينبغي ألا يكون حكماً وتكييفاً واحداً لأن أحد هذه الأنواع يؤدي تماماً إلى بيع دائم ويطبق عليه جميع أحكام البيع من انتقال الملكية وكذلك من ناحية الإرث والوصية والهبة، يعني كل أحكام الملك التام تطبق على هذا البيع إذا تم، وهو النوع الأول الذي يدخل في الملكية الدائمة، فهذا النوع حقيقة يعني ملكية ويكيف على أساس البيع.

أما بقية الأنواع سواء كان على أساس الحصة وسواء كان هذا النوع يدخل في الإجارة أو نظام النقص أو الملكية البسيطة أو حق الاستخدام الأسبوعي أو الأسبوعين أو الشهر كل هذه الأنواع الأربعة تدخل في عقد الإجارة. وطبعاً أثبتت هذه البحوث أن محل العقد محدد ومعين ومعلوم، وأنه كما قال فضيلة الشيخ تقي العثماني أن الغرر والجهالة مبناها يحمل من الجهالة والغرر أكثر من البيع، كما يقال خاصة في مذهب مالك. وكذلك مثلاً لو قال: إن خطت لي ثوب هذا اليوم لك درهم وإن خطته غدا فلك نصف درهم مثلاً، هذا يجوز في الإجارة بينما لا يجوز في البيع.

فأظن أننا وصلنا إلى أن المجال في توسع المعلوماتية أو الغرر والجهالة أكبر بكثير في الإجارة بالنسبة للأعيان.

وهذا العقد في الحقيقة ليس عقداً جديداً بل هو عقد شائع ومعروف مطبق في البنوك الإسلامية والمؤسسات الإسلامية حتى إنه مطبق في مكة المكرمة، ومعظم هذه الأبراج الآن خاصة برج زمزم يطبق عليه هذا النظام.

ولذلك ليس هناك خوف في كون هذه العقود مجهولة، وكما قال فضيلة الدكتور عبد الستار أيضاً هذه صور بها فتاوى سابقة من ندوة البركة وكذلك من اللجنة الدائمة للبحوث، فمن المفروض ألا تتأخر كثيراً في مثل هذه الأمور ولكن بالتأكيد تدرس، وهي في الحقيقة إذا كان بيعاً فهو بيع حصة شائعة على أساس المهايأة، وإن كان بالنسبة لبقية الأنواع فهي تدخل ضمن الإجارة، وحينئذ أيضاً تطبق عليه أحكام الإجارة.

هذا ما أردت بيانه ونسأل الله التوفيق، والسلام عليكم ورحمة الله وبركاته.

الشيخ محمد المختار السلامي:

بسم الله الرحمن الرحيم، اللهم صل وسلم وبارك على سيدنا محمد، وعلى آله وصحبه، السلام عليكم ورحمة الله وبركاته.

شكراً سيادة الرئيس مع تجديد التهاني بالتراسة لكم ولنا في آن واحد. وفي هذه الجلسات التي استمرت هذه الأيام المباركة ما شاركت أصلاً لأن الصوت كان لا يبلغني ولم استوعب كل ما يذكر فيها، أما اليوم فالحمد لله هو اليوم الأول الذي استطعت فيه أن أستمع إلى السادة المشاركين.

أستفتح كلمتي في الموضوع بالشكر والتقدير للسادة الباحثين، والعرض كان مستوفياً مينا لما يجري في الواقع وهو ليس بالأمر الهين، وأقدر أكمل التقدير ما قام به الباحثون من جهود ليقدموا لنا هذا العقد كما يجري في الواقع ثم محاولة تطبيق الأحكام الشرعية على هذا الواقع.

هذا العقد كما قدم لنا هو عقد معاوضة، وعقد المعاوضة يشمل معاوضة على نقل الملكية ومعاوضة على نقل المنافع.

فما كان معاوضة في عقد الملكية فهو بيع، ويلحق به هبة الثواب، وما كان على المنافع فهو إجارة، والبيع أنواع، ومنها ندخل إلى هذا العقد، إذا كان بيعاً أي أن التملك انتقل من المالك الأصلي الذي أنشأ هذا المشروع إلى الذي اشتراه في مدة معينة من الزمن، فهو بيع لشيء مشترك اشتراكاً زمنياً لا اشتراكاً في أعيان مختلفة؛ إذ الأصل حسب ما أعلم أن تباع الشقة أو تباع الغرفة أو تباع الفيلا المعينة لمدة أسبوع، ويتفجع بها صاحبها في هذا الأسبوع مدة حياته وتورث عنه، وتباع، ويشتريها غيره.

وإذا كان الأمر على هذا النحو فلماذا كان البيع مرتبطاً بعمر المنشأة لا بعمر الإنسان في زمن معين فالحقيقة أنني لم أجد في ذلك إشكالا إلا ما أثير من قضية الشفعة، وهنا المشترك مع الشخص إنما هو المشترك معه في بقية السنة، أما في الأسبوع الأول من شهر محرم فهو له، وليس معه شريك.

فلا بد أن نفهم معنى الشركة الحقيقية، لأن الشركة التي أبيع من أجلها حق الشفعة إنما هي رفع الضرر عن الشريك، وعادة أن الشريك يعلم شريكه عند دخوله في عقد التملك، أما هنا فإن الشريك لا يعلم شريكه الذي يسبقه والذي يأتي بعده، ولذلك لا تكون الشركة هنا واضحة ولا يتبعها في نظري حق الشفعة. فإذا انتقلنا من هذه الناحية إلى الناحية الأخرى وهي بيع المنفعة، وهذه هي التي فيها إشكالات كبيرة. من الإشكالات - لا أريد أن أكرر ما تفضل به السادة العلماء، ولكن أريد أن أضيف:-

أولاً: إنه قد اشترطت الصيانة أنها تكون على الذي قام بالعقد لمدة أسبوع أو أسبوعين أو شهر من السنة، ووردت كلمة الصيانة هكذا عامة وغامضة ولا بد من تحليلها. الصيانة تشتمل أمور:

١- الصيانة العادية (اليومية).

٢- الصيانة الأساسية.

٣- التجهيزات وما يشابهها.

ففي هذه الفنادق وفي هذه الفلل التي تكرر تقوم الشركة التي أقامتها بالصيانة، أي بتحديد التآثيث وتجديد حتى القطع الجمالية في نفس الشقة كلما وقع بها عطب

أو تقادمت في الزمن.

فإذا يتحمل هذا الذي تملك المنفعة تجديد كل هذه الأمور لتبقى في النهاية عندما تسلم سليمة في المستوى الذي يريده صاحب المشروع. فهل يجوز مثل هذا الاشتراط أو لا؟.

أقول: في العقود لا أنظر إلى الألفاظ. ولكن إذا كان قصد المستأجر أو المشتري أنه يهب الحق الذي بذله مقابل أموال للقائم على الصيانة أن يهب ذلك في نهاية أمده إلى صاحب المشروع فلا إشكال في ذلك. فتكون هناك هبة مضمرة أو مصرح بها هبة كل ما دفع فيه ثمنه إلى صاحب المشروع لكن الصيانة الأساسية التي تبقى بها العين يجوز أن يتحملها هذا الذي اشترى المنفعة بمعنى المستأجر؟ هذه نقطة لا بد من بحثها ومن الصعب أن نقول بجواز ذلك.

أكتفى بهذا. والسلام عليكم ورحمة الله وبركاته.

الدكتور عبد الوهاب أبو سليمان:

بسم الله الرحمن الرحيم، الحمد لله رب العالمين، وصلى الله على سيدنا محمد، وعلى آله وصحبه أجمعين.

الموضوع يذكرني تماماً بما خضنا في دورات عديدة للمجمع في موضوع البطاقات، تحدث فيه من درسه وتحدث فيه من لم يعرفه. والآن يعيد التاريخ عندنا في البلاد الإسلامية والعربية يعيد نفسه. وعند غيرنا يجدد نفسه.

هذا العقد أسس بشكل متين عبر سنوات طويلة في بلاد الغرب ووضعت له القواعد والقوانين المحكمة التي تمنع الاحتيال، ولذلك توجد هيئة حكومية في كل البلاد سواء في أمريكا أو في بريطانيا أو في أوروبا، وهي تشرف على كافة العقود وتضع الأنظمة والقوانين لحماية المستفيد من أصحاب رؤوس الأموال، ففي فرنسا مثلاً لا يمكن أن يتم هذا العقد إلا من خلال هيئة، وفي بريطانيا من خلال شركة مؤمنة ذات اعتماد في البنوك، لحفظ حقوق أولئك المستفيدين، وفي أمريكا كذلك، وقد تعرضت لهذا كل التعرض. ولكن لما جاء هذا العقد إلى بلادنا في الشرق أسأنا استعماله، وكثر المحتالون، ولم تضع الحكومات، أو بعض الحكومات - لا أعمم - القيود التي تحمي المستفيد، ولذلك بدأنا نقول خيار تعيين، وبدأنا نقول جهالة،

غرر، وهذا بالنسبة للعقود في تلك البلاد لا وجود له أبداً، وهناك - بعد حماية هذا المستهلك وهذه الهيئة - توجد أيضا هيئات أخرى تراقب إجراءات هذه العقود. صحيح إن هذا العقد قديم عندنا، ولكننا لم نطوره، وهو بوضعه هذا وأجده بتجاربه وواقعه دون استفادة منا. وهذا النوع بسيط جدا لدينا.

فالقول بأن أساس وتعامل هذا العقد قائم من قبل شركات أجنبية صحيح، ولكن ضبطها وتقنينها له وحمايتها للمستهلك من المستغلين أمر واقع وقائم ولا يتخلله أي جهالة أو غرر. ولكن لما جاء هذا العقد إلى بلداننا على غفلة من الحكومات وعلى غفلة من الناس كثر المحتالون وجمعوا الأموال وهربوا بها دون أن يكون هناك ردع أو منع، ولنا تجارب في المملكة العربية السعودية فيها. ومع ذلك تصدر القوانين العامة ولكن لا يصدر ما يحمي ذلك المستفيد. فإذا لا نلوم أن جاءنا هذا العقد من جهات أجنبية.

الموضوع واضح جدا وكل واحد منا يمارسه إذا أخذت طفلي إلى مدينة الألعاب استأجرت له عربة، هذه العربة أصبح يملك ذلك الزمن فيها، وكذلك إذا استأجرت سيارة فإني أملك ذلك الزمن فيها، وإذا استأجرت أدوات في منزلي.. الخ فالمشاركة الزمنية ليست خاصة بموضوع العقارات، وهذا واضح، وذكرت ذلك أيضا في البحث.

نحن نمارس هذا العقد في أبسط أمور الحياة وتقييد العقد وخيار التعيين أنا لا أرى في ذلك خيار تعيين لأن لك هذه الشقة موصوفة بهذه الصفات.

من جملة محاسن هذا العقد عند الغربيين أنهم يجعلون للمستفيد فترة من الخيار من ثلاثة أيام إلى أسبوعين ليتروى وليرى هل له مصلحة في ذلك العقد أم لا. هذا ليس موجودا لدينا، ولا يوجد هنا خيار تعيين، هنا شيء معين. هذه الشقة بهذه الصفات وبهذه المساحة، فأين مجال خيار التعيين؟ لا مجال لذلك.

أيضا الصور واضحة جدا ولكن تحتاج إلى من يقرأ، والذي لاحظته أن بعض المعلقين لم يقرأ شيئا وإنما قال بعض البحوث قال كذا وكذا. والآن تجربتنا في المجمع تجربة كبيرة نستطيع أن نقول هذا قرأ وهذا لم يقرأ، وهذا درس وهذا لم يدرس. وشكراً جزيلاً لكم.

الدكتور عبد السلام العبادي:

بسم الله الرحمن الرحيم.

في الواقع هذا العقد أو هذا النوع من العقود يكتنفه منهجان في التعامل معه: إما محاولة تخريبه على عقود قائمة في فقهننا، وبمجد الله تمكن الباحثون والدارسون لهذا الموضوع من تخريج كل تفصيلاته على عقود قائمة في فقهننا الإسلامي، سواء قلنا بيع في بعض صورته، أو إجارة في صور أخرى، أو إدخال تفاصيل المهابة وخيار التعيين وغيرها، وإما أن نقول إنها معاملة جديدة وعندنا قاعدة شرعية كبرى في هذا، وهي أن أي معاملة جديدة تستحدث فالباب مفتوح لها، ما دام أنها لم تخالف أمراً من أمور الشريعة، لم تحل حراماً أو تحرم حلالاً، وبالتالي إلى أي المنهجين ذهبنا فإن هذا العقد لا غبار عليه، لكن العقود التفصيلية يطلب فيها بأن تدرس، وأن يكون هنالك رأي شرعي فيها، هذا أمر حق؛ لأن هذه العقود في كثير من الأحوال تدخلها تفصيلات أخرى تتعلق بالدفع وتسليم العين محل العقد، قد يكون فيها شيء مخالف للشريعة، فلذلك ينبغي أن يطلب من الشركات التي تصدى لهذا الأمر الحصول على موافقات شرعية على كامل العقود لمختلف هذه الصيغ، ولا ضير من أن ينص الجمع في قراره بخصوص هذه المعاملة على ذلك، وبالتالي يحصل المقصود وهو أن هذه المعاملة تصبح مقبولة من الناحية الشرعية، وهي تشرى الاقتصاد وتحل كثيراً من المشكلات وتلي كثيراً من الحاجات، ولا ضير في كل معاملة تستحدث في هذا الإطار.

وكما أشار أخي الدكتور أبو سليمان أننا إذا لم نطور هذا العقد وطوره غيرنا رغم أن أصوله موجودة لدينا فهذا أمر يحمدهم، والحكمة ضالة المؤمن أينما وجدها أخذها، ونستفيد منها شريطة ألا نخالف ما هو مقرر في شريعتنا من قواعد ضابطة للتعامل، هذا ويمكن للجنة الصياغة أن تتحرى فيه وأن تضع من الشروط ما يضمن سلامة هذا التعامل من الناحية الشرعية وخاصة موضوع دراسة العقود تفصيلاً.

بالنسبة لإدخال المراجعة في مثل هذا النوع من العقود يجب أن ننبه أن شرطه شرط عقد المراجعة، وأن يكون هنالك دخول في ملك الممول وتحمله للمخاطرة، فإذا كان

في التطبيق ما يجعله فقط مجرد ممول، فهذا لا يجوز كما هو معلوم في شروط عقد المراجعة.

الدكتور أحمد عبد العليم عبد اللطيف:

بسم الله الرحمن الرحيم

أنا أود أن أوضح شيئاً وهو أن بعض المتدخلين فهمني خطأ بأنني أعمم الحكم في الاعتراض على جواز هذا العقد. أنا قصرت الاعتراض على حالة ما إذا كان هناك غرر وجهالة في صورة الإجارة، لماذا نتحمل الغرر والجهالة؟ لأن الإنفاق على تحمل الغرر لا يجوز شرعاً.

بالنسبة لمسألة ورود الإجارة على خلاف القياس، هذا ليس كلامي، وإنما هو كلام أئمة الحنفية، ودليلهم في ذلك قول النبي ﷺ: «لا تبع ما ليس عندك» والإجارة نوع من البيع، والمنفعة عند العقد ليست موجودة، فهو في الحقيقة يبيع ما ليس موجوداً، ولكن حاجة الناس الداعية إلى ذلك ولوقوع الناس في حرج إذا منع ولم يبيع، مثل السلم، أبيع هذا العقد على خلاف الأصل. الأصل ألا يبيع الإنسان ما ليس عنده، والمنفعة عند العقد ليست موجودة. فهذا ليس كلاماً خيالياً تقشعر منه الأبدان، كما قال بعض المتدخلين.

لو اعتبرنا موضوع الرواج الاقتصادي علة للأحكام لترتب على ذلك أننا نبيع جميع المحرمات التي حرمها شريعة الإسلام. وشكراً جزيلاً.

الدكتور علي السالوس:

بسم الله الرحمن الرحيم:

الإشادة بما هو في الغرب أرجو أن نتوقف قليلاً أمامه.

هل الغرب عندما طبق هذا طبق عقوداً استوفت الأحكام الشرعية الإسلامية أم أنه طبقه بطريقته هو؟ فإذا هنا لا بد أن نتوقف عند هذا الأمر، وأؤكد ما قلته من قبل وهو أنه قبل أن نصور قراراً علينا أن نطلع على العقود المطبقة فعلاً لنحكم عليها، وتأجير سيارة ليس مثل هذا، تأجير سيارة لمدة معينة، وتنتهي لكن هذا يتكرر في كل سنة مدة أسبوع. وشكراً.

الدكتور عبد الستار أبو غدة:

بسم الله الرحمن الرحيم

أحببت أن أجيب على بعض الإيرادات.

أولاً: ما يتعلق بالعقود، لا بد فعلاً من الاطلاع على العقود، ولكن هذه مرحلة ثانية بعد إقرار المبدأ، وهذه مهمة المؤسسات المالية التي لديها هيئات رقابة شرعية، أما المجمع فلم يجز عهده بأن يدرس عقوداً واتفاقيات، وإنما يمكن كما قال الدكتور عبد السلام أن يشترك عند إقرار هذا المبدأ بأن هذه موافقة على المبدأ إجمالاً، وأما العقود فيجب أن تكون مراعيها فيها الضوابط الشرعية.

ثانياً: بالنسبة للإجارة الموصوفة في الذمة، هذه ليست كالبيع، البيع هو عبارة عن تسليم عن حاضرة يملكها إنسان، أما الإجارة فهي ترتبط بالزمن، والزمن كما يقول الفقهاء يحدث شيئاً فشيئاً، ولذلك اعتبروا تسليم العين التي هي بداية الزمن كأنه تسليم لباقي الزمن. والفقهاء قالوا هناك إجارة معينة حيث لا بد أن يملك العين المؤجرة وإلا في الذمة فهي إجارة صحيحة وقد أجازها الحنابلة والشافعية، وهناك رأيان في هذين المذهبين: هل يشترط فيها شرط السلم بأن تكون الأجرة معجلة أم لا يشترط لأنها تتعلق بالزمن كما قلت؟ والمعيار الشرعي وكثير من الفتاوى أخذت بهذا الرأي وهو عدم اشتراط تعجيل الأجرة، فليست يباعا لدين ولا المال ولا يبيع ما لا يملك.

ثالثاً: الشيخ أحمد السيابي يقول: هناك بيع تراكمي. أنا ما قلت: بيع تراكمي، أنا قلت: شركة تراكمية، ومعنى التراكم أنه ينزل شيئاً فشيئاً، ولا يوجد مرة واحدة، وهذا هو ما نطبقه في الشركات.

الشركات المساهمة يدخل المساهمون فيها تبعاً، فلا يجتمعون في مكان واحد، ويعقدون عقد الشركة، بل هناك جهة تتلقى هذه الطلبات بالاشتراك وتتخذ الشركة بصورة تراكمية فيما بينهم.

رابعاً: بالنسبة لوجود خيار التعيين، خيار التعيين إنما هو في صورة الإجارة، أما صورة الملك (البيع) ليس هناك هذا الخيار، لأنه - كما قال الدكتور عبد الوهاب - هناك شقة معينة محددة، أما في الإجارة فقد شرطوا فيها أن تكون المدة معلومة وأن

يكون بداية المدة ونهايتها معلومين، وحتى إذا لم يجدد تبدأ من العقد، لكن هنا ليس هناك تعيين لموقع معلوم فلا بد أن يكون هناك ما يزيل هذا الغرر وهو إعطاء خيار التعيين لأحد الطرفين إما للمؤجر أو للمستأجر حتى يعين هذه المدة، وخيار التعيين معترف به.

فضيلة الشيخ السلامي - جزاه الله خيراً - أجاب عن كثير من الأمور منها مسألة الشفعة، وكذلك المراجعة لم ترد في بحثي، ولا أدري في أي الأبحاث وردت، كذلك فضيلة الشيخ السلامي بين لنا أمراً وهو أنه كثيراً ما يضيف المستأجر إلى العين المؤجرة الأشياء وقد يمنعه المؤجر من ذلك ولكن ينص بأنه إذا أضاف المستأجر بعض الأشياء فيعتبر متنازلاً عنها على سبيل الهبة، وهذا شيء فيه مخرج وفيه حل.

بالنسبة للصيانة، الصيانة أمران: إذا كانت الطريقة التي فيها ملكية تامة بالبيع فالصيانة على المالك، أما إذا كانت الصيغة إجارة فلا بد أن يطبق المبدأ الشرعي من أن الصيانة الأساسية على المؤجر لأنها نظير الحصول على الأجرة ولا بد أن يقدم منفعة صالحة وقائمة ومستمرة.

وشكراً لكم. والسلام عليكم ورحمة الله وبركاته.

الرئيس:

شكراً والشكر للجميع وأعلن لجنة الصياغة لهذا الموضوع الثامن (عقد التملك الزمعي):

- الدكتور عبد الستار أبو غدة.

- الدكتور أكرم لال الدين.

- الدكتور عبد القاهر قمر.

- الدكتور عبد الوهاب أبو سليمان.

- الدكتور محمد تقي العثماني.

وبهذا تنتهي المناقشات في هذا الموضوع، وصلى الله على نبينا محمد، وعلى آله

وصحبه وسلم.

ثالثاً: القرار

الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على سيدنا محمد خاتم النبيين وعلى آله
وصحبه أجمعين

قرار رقم ١٧٠ (١٨/٨)

بشأن

عقد التملك الزمني TIME SHARING

إن مجلس مجمع الفقه الإسلامي الدولي المنبثق على منظمة المؤتمر الإسلامي
المتعقد في دورته الثامنة عشرة في بوتراجايا (ماليزيا) من ٢٤ إلى ٢٩ جمادى الآخرة
١٤٢٨هـ الموافق ٩-١٤ تموز (يوليو) ٢٠٠٧م.

بعد إطلاع على البحوث الواردة إلى المجمع بخصوص موضوع عقد التملك
الزمني TIME SHARING، وبعد استماعه إلى المناقشات التي دارت حوله.
قرر ما يلي:

أولاً: تعريف التملك الزمني المشترك:

هو عقد تملك حصص شائعة، إما على سبيل الشراء لعين معلومة على الشيوع،
أو على سبيل الاستئجار لمنافع عين معلومة لمدد متعاقبة، أو لاستئجار لمنافع عين
معلومة لفترة ما بحيث يتم الانتفاع بالعين المملوكة أو المنفعة المستأجرة بالمهاياة
الزمانية، أو المهاياة الزمانية، أو المهاياة المكانية، مع تطبيق خيار التعيين في بعض
الحالات لاختصاص كل منهم بفترة زمنية محددة.

ثانياً: أنواع التملك الزمني المشترك:

ينقسم التملك الزمني المشترك إلى:

(أ) تملك تام (للعين والمنفعة) بشراء حصة شائعة بعقد البيع للانتفاع المشترك في
مدد متعاقبة.

(ب) تملك ناقص (للمنفعة فقط) باستئجار حصة شائعة من المنفعة بعقد الإجارة
لانتفاع المشترك في مدد متعاقبة.

ثالثاً: الحكم الشرعي لمبدأ (التملك الزمني المشترك):

(أ) يجوز شرعاً شراء حصة مشاعة في عين واستئجار حصة مشاعة في منفعة
محددة لمدة مع الاتفاق بين الملاك للعين أو المنفعة على استخدامهما بطريقة المهاياة

(قسمة المنافع) زمنياً أو مكانياً سواء اتفق على المهاباة بين الملاك مباشرة أو من خلال الجهة الموكول إليها إدارة الملكية المشتركة، ولا بأس بتداول الحصص المشاعة بيعاً وشراء وهبة وإراثاً ورهنأ وغير ذلك من التصرفات الشرعية فيما يملكه المتصرف لانتفاء المانع الشرعي.

(ب) يُشترط لتطبيق المبدأ المشار إليه استيفاء المتطلبات الشرعية للعقد، يباعا كان أو إجارة.

(ج) يجب في حالة الإجارة أن يلتزم المؤجر بتكاليف الصيانة الأساسية التي يتوقف عليها الانتفاع، أما الصيانة التشغيلية والدورية فيجوز اشتراطها على المستأجر، وإذا قام بها المؤجر فلا يتحمل المستأجر إلا تكلفة المثل أو ما يتفق عليه الطرفان.

(د) أما في حالة البيع فتحملها المالك باعتبارها من أعباء الملكية، وذلك بنسبة حصته الزمانية والمكانية في الملكية المشتركة.

(ذ) لا مانع من التبادل للحصص في التملك الزمني المشترك بين مالكي العين أو المنفعة على الشيوع سواء ثم التبادل مباشرة بين الملاك، أن عن طريق الشركات المتخصصة بالتبادل.

والله أعلم

الموضوع التاسع
حقوق الارتفاق وتطبيقاته في الأملاك
المشتركة

البحوث المقدمة

١. حق الارتفاق: إعداد الدكتور إبراهيم أحمد عثمان
 ٢. حقوق الارتفاق: إعداد الدكتور أحمد بن عبد العزيز الحداد
 ٣. حقوق الارتفاق: إعداد الدكتور محمد رواس قلعجي
 ٤. حقوق الارتفاق: إعداد الشيخ مرتضى الترابي
- * ملاحظة:
- تم ترتيب البحوث حسب الترتيب الهجائي لأسماء السادة الباحثين.

حق الارتفاق

إعداد

الدكتور إبراهيم أحمد عثمان
قاضي المحكمة العليا بالسودان
عضو مجمع الفقه الإسلامي السوداني

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

مقدمة

الحمد لله الذي بحمده يتم التوفيق والفلاح. وبشكره يكمل كل عمل بالسداد والنجاح، والصلاة والسلام على إمام المتقين وقائد الغر المحجلين سيدنا محمد عليه أفضل الصلاة وأتم التسليم.

وبعد، فإن الأمر الذي لا يخفى على ناظر أن الدين الإسلامي هو دين الحق والعدل والسلام. ومن وحي دعوته استمدت أسس المساواة والوئام. ومن خلال تعاليمه أقيم العدل في الأرض ونشر بين جوانبها وفجاجها. وليس أدل على ذلك من أن بين أسمائه تعالى اسم العدل.

لهذا كانت العدالة من أظهر سمات المجتمع المسلم. وكان تحقيقها وإقامتها من أبرز غايات الشرع ومقاصده. فقضت الأوامر والنصوص الشرعية بالتمسك بها وتطبيقها في كل بقعة وزمان. يقول الله تعالى: ﴿وَإِذَا حَكَمْتُمْ بَيْنَ النَّاسِ أَنْ تَحْكُمُوا بِالْعَدْلِ﴾ النساء: ٥٨. ويقول: ﴿إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُ بِالْعَدْلِ وَالْإِحْسَانِ﴾ النحل: ٩٠.

ولعله من الواضح أن جوهر كل عدالة وموضوعها هو الحق، وهو أساسها الذي تنبني عليه، ومحورها الذي تدور حوله. فباحقاق الحق تتحقق العدالة في الأرض ويثبت وجودها، وبغير ذلك لا يكون لها وجود؛ إذ لا عدالة والحقوق ممنوعة عن أهلها. والحق والعدالة معنيان مرتبطان ببعضهما ارتباطاً دائماً. ولهذا نجد أن كثيراً من النصوص الشرعية ترد فيها كلمتا (حق) و(عدل) في آن واحد، أو يرد فيها الحق بمعنى العدل. فمن الأول قوله تعالى: ﴿يَأْتِيهَا الذِّبَابُ﴾، أمثراً إذا تدأينتم يدين إلى أجل مسمى فآتت صوبه وليكتب بينكم كاتباً بالعدل ولا يأب كاتب أن يكتب كما علمه الله فليكتب وليملل الذي عليو الحق﴾ البقرة: ٢٨٢، إذ وردت كلمتا (حق) و(عدل) في مكان واحد. ومن الثاني قوله تعالى: ﴿يَدَاوُدُ إِنَّا جَعَلْنَاكَ خَلِيفَةً فِي الْأَرْضِ فَاحْكُم بَيْنَ النَّاسِ بِالْحَقِّ﴾ ص: ٢٦.

وقد عُني الشرع الإسلامي بإيصال كل حق إلى أهله، كما عُني بحمايته وصونه أيضاً.

ولهذا كان اهتمام الفقهاء بالحقوق وعنايتهم بتفصيلها وتصنيفها وتقسيمها مظهرين بذلك مكانتها واعتبار الشرع لها، وحرصه على مراعاتها وحفظها. ومن الحقوق المشروعة في الفقه الإسلامي والتي عُني الفقهاء بدراسة أسبابها وبيان أنواعها وأبرز تطبيقاتها وما يتعلق بها حقوق يكون ثبوتها للعقار لا للأشخاص. وهي ما اصطلح على تسميتها بـ (حقوق الارتفاق). ورغم أنها من المسائل الفقهية العملية التي تمارس في حياتنا اليومية وتنشأ بسببها المشاكل أو المخالفات بالتعدي على حقوق الارتفاق الثابتة لأرض على غيرها. فإنها لم تنل حظاً كبيراً من الدراسة أسوة بغيرها من الموضوعات الفقهية الأخرى التي حظيت بالدراسات المستفيضة. ولم تحظ بدراسة مستقلة. فما يتعلق بحقوق الارتفاق إنما هي منشورة بين طيات كتب هؤلاء الفقهاء. وأحسن المجمع عندما اختار هذا الموضوع للدراسة في هذه الدورة وللبحث في الصيغ المعاصرة لحقوق الارتفاق.

الدكتور إبراهيم أحمد عثمان
قاضي المحكمة العليا
عضو مجمع الفقه الإسلامي السوداني
الخبير بالمجمع

المبحث الأول مفهوم حق الارتفاق وأنواعه المطلب الأول مفهوم حق الارتفاق

* الارتفاق في الاصطلاح:

الارتفاق عند الفقهاء مأخوذ من معناه اللغوي، وهو معنى الانتفاع والفائدة. وقد ورد أن كلمة ارتفاق ومتعلقاتها في استعمال الفقهاء في مواضع عديدة في إرادة معنى الانتفاع. ومن ذلك قول ابن قدامة^(١): (وما كان من الشوارع والطرق والرحاب بين العمران فليس لأحد إحياؤه سواء كان واسعاً أو ضيقاً، وسواء ضيق على الناس، أو لم يضيق؛ لأن ذلك يشترك فيه المسلمون، وتتعلق به مصلحتهم فأشبهه مساجدهم. ويجوز الارتفاق بالعهود في الواسع من ذلك للبيع والشراء)^(٢). ومن ذلك ما جاء على لسان الفقيه الشيرازي^(٣) مشيراً إلى حكم إخراج الجناح ونحوه إلى الطريق العام: (فمن أصحابنا من قال: يجوز؛ لأنه ارتفاق بما لم يتعين عليه ملك أحد من غير إضرار فجاز كالمشي في الطريق. ومنهم من قال: يجوز؛ لأن الهواء تابع للقرار، فلما ملك الارتفاق بالطريق من غير إضرار، ملك الارتفاق بالهواء من غير إضرار)^(٤).

* حق الارتفاق عند الفقهاء:

لم أصادف خلال بحثي في مؤلفات فقهاء المذاهب الفقهية ما يشير إلى هذه التسمية (حق الارتفاق). كانت مستعملة عندهم في إرادة مثل هذه الحقوق التابعة للأرض والتي هي ما نعيه بهذه التسمية كحقوق الشرب والمرور ونحوهما من الحقوق التي تثبت للأرض.

(١) أبو محمد، عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة المقدسي الحنبلي، المتوفى سنة ٦٢٠هـ.

(٢) المغني ج ٥، ص ٥٢٥.

(٣) أبو اسحق، إبراهيم بن علي بن يوسف الفيروز أبادي الشيرازي الشافعي، توفي سنة ٤٧٦هـ.

(٤) المهذب، ج ١، ص ٣٤١.

والراجح أنه اصطلاح متأخر أورده وجرى على إطلاقه بعض الفقهاء المتأخرين. ثم شاع من بعدهم استعماله وإطلاقه على مثل هذه الحقوق بين العلماء والدارسين^(١). وأرادوا هذه الحقوق التي تثبت لمصلحة عقار على عقار آخر غير مملوك لنفس مالك الأول الثابت له الحق. فحق الشرب مثلاً يثبت لعقار على آخر. ويحق به للعقار الأول أن يسقى من الآخر الذي عليه الحق بصرف النظر عن مالكي العقارين^(٢). وحق السبيل أيضاً.

وقد عرّف الشيخ محمد قدري باشا - وهو فقيه حنفي متأخر - عرّف حق الارتفاق بأنه حق مقرر على عقار لمنفعة عقار لشخص آخر^(٣).

ويبدو أنه أول من أشاع تسمية (حق الارتفاق) وتعريف هذا الحق بمثل هذا التعريف الذي ذكره. يقول الشيخ الحفيف معلقاً على تعريف الشيخ محمد ابن قدري باشا المذكور: (وهذا تعريف لم يسبقه به حنفي - فيما أعلم - وأظن أنه قد أخذه عن رجال القانون، ثم قلده فيه كثير ممن كتب بعده في الفقه الإسلامي^(٤)).

وعرّف الأستاذ بدر الدين أبو العينين حق الارتفاق بأنه حق مقرر لعقار على عقار مملوك لآخر^(٥).

ويلاحظ في التعريفين المذكورين أن حق الارتفاق فيهما ثابت لعقار على عقار آخر مملوك لشخص آخر، مع أن الواقع أنه قد يكون ثابتاً على عقار ليس له مالك أصلاً، كحق المرور الذي يثبت أحياناً على ممر عام غير مملوك والذي يعد من حقوق الارتفاق.

وفي تقديري فإن هذا التعريف غير جامع. وعندني أن حق الارتفاق هو حق ثابت لعقار على عقار آخر مع عدم ملكية العقارين لمالك واحد، إن كانا مملوكين، كما يدخل فيه تلك التي تثبت لعقار على عقار غير مملوك. وكذا يدخل فيه ما

(١) مرشد الحيران، ص ١٠.

(٢) مختصر أحكام المعاملات الشرعية، ص ١٤.

(٣) مرشد الحيران، ص ١٠.

(٤) مختصر أحكام المعاملات الشرعية، ص ١٥.

(٥) الشريعة الإسلامية - تاريخها وبعض نظرياتها العامة. ص ٣١٣.

يكون ثابتاً لعقار غير مملوك كحق الشرب من نهر عام.
وذكر الشيخ الخفيف ما يوافق ما ذهب عند بيانه لبعض أحكامه العامة: (وهو حق لا ينظر فيه إلى مالكي العقارين. بل يثبت لأحدهما على الآخر مع كونهما مملوكين لشخصين أو مملوك لأحدهما دون الآخر أو غير مملوكين).

المطلب الثاني

أنواع حقوق الارتفاق

المقصود بأنواع حقوق الارتفاق أشكال الارتفاق المختلفة التي عدّها الفقهاء من حقوق الارتفاق المعتبرة شرعاً، لانطباق خصائص هذا الحق وميزاته وعناصره اللازمة عليها. ويلاحظ في مؤلفات فقهاء المذاهب أن هناك حقوق: حق الشرب، حق الإجراء، حق المسيل، حق المرور، حق الجوار، حق التعلّي.

ومع أن الفقهاء كما ذكرت يقتصرون في عدّهم لحقوق الارتفاق على هذه الستة، فإن بعض المؤلفين ذكر أن فقهاء المالكية يثبتون حقوقاً للارتفاق سواها. وأن لملك العقار عندهم أن ينشئ عليه حق ارتفاق إذا شاء على وجه التبرع، كالتزامه بعدم البناء عليه أو عدم رفع بنائه فوق ارتفاع معين ونحو ذلك^(١). كذلك ذكر بعضهم أن مذهب الإمام أحمد بن حنبل هو عدم حصرها في هذه الأنواع^(٢).

وعلى كل فإن الاقتصار على هذه الأنواع الستة دون غيرها لا يؤخذ منه بالضرورة عدم إثباتهم لغيرها من حقوق الارتفاق مادام أنه لا يوجد عندهم ما ينص على ذلك. وفي تقديري أن اقتصارهم المذكور مرده إلى أن هذه الأنواع الستة من حقوق الارتفاق هي ما كان معروفاً عندهم في زمانهم دون سواها. وأقول: إن في الاقتصار تضييق لأنه قد تجدد بمرور الزمان وتطور أساليب الحياة أشكال جديدة للارتفاق لم تكن مألوفة من قبل، فينبغي أن يؤخذ بها، وأن تثبت شرعيتها مادام ينطبق عليها تعريف حق الارتفاق، وتتوفر فيها خصائصها.

(١) تاريخ التشريع الإسلامي، ص ٢٧٥ - المدخل الفقهي العام، ص ٥٠٠.

(٢) المدخل الفقهي العام، ص ٥٠٤.

الفرع الأول

حق الشرب

الشرب في اصطلاح الفقهاء يوافق معناه اللغوي. وقد عرفه السرخسي بقوله: (اعلم بأن الشرب هو النصيب من الماء للأراضي كانت أو لغيرها)^(١). وعرفه ابن عابدين بقوله: (وشرعاً نوبة الانتفاع بالماء، أي وقته وزمانه. وهو معنى لغوي أيضاً)^(٢).

والمعنى الذي ذكره السرخسي أظهر في حالة اقتسام الماء إلى كميات محدودة بحسب الاستحقاق، باقتسامه بالوسائل المعتادة كفتح المجاري والقنوات. فيكون معنى الشرب هنا النصيب والحظ من الماء الذي يستحق للأرض. والمعنى الذي ذكره ابن عابدين يظهر في حالة اقتسام الماء بنظام التناوب الزمني. ويكون ذلك بالاتفاق على أن يعين لكل مستحق وقت معلوم لشربه يقدر بحسب الاستحقاق وتفاوته.

والفقهاء يطلقون في العادة الشرب في إرادة ما يشمل سقي الأرض والزرع دون الذي يقتصر على شرب الإنسان نفسه وحيوانه، والذي يطلقون عليه اسم (الشفة)^(٣).

* أقسام المياه:

يتوقف استحقاق الشرب وثبوته على نوع الماء الذي يجري فيه ذلك الاستحقاق، وانضوائه إلى أي من الأقسام المتعددة للمياه. وذلك أن المياه فيها ما هو عام مشترك بين الناس كافة لا يملكه فرد ولا أفراد من دونهم. ومنها ما يكون خاصاً لشخص أو لأشخاص ولا يكون لغيرهم فيه وجه حق.

المياه العامة:

وهي مياه البحار والأنهار والمجاري العامة ونحوها من المياه غير المملوكة.

(١) المبسوط، ج ٢٣، ص ١٦١.

(٢) حاشية ابن عابدين، ج ٦، ص ٤٣٨.

(٣) تبين الحقائق شرح كنز الدقائق، ج ٦، ص ٣٩ - المبسوط، ج ٢٣، ص ١٦١.

والانتفاع بهذه المياه جائز لكل شخص كان دون تمييز؛ لأن الماء في الأصل مباح غير مملوك. إلا أنه قد يملك بطريق الاستيلاء عليه وإحرازه. وفي الحديث الشريف يقول الرسول صلى الله عليه وسلم: (المسلمون شركاء في ثلاثة؛ في الماء والكلأ والنار)^(١).

والشراكة التي يعنيها الرسول صلى الله عليه وسلم في هذا الحديث هي شركة الإباحة.

والانتفاع بالمياه العامة مشروط بعدم الإضرار بالغير، ولو كان ذلك لغير المسلم، وقد تعرض الفقهاء إلى مسألة التزاحم على المشرب، وكيفية ترتيب الاستحقاق. ولا سبيل إلى التفصيل فيه.

وإذا احتاج النهر إلى التطهير والتنظيف من الأوساخ وإزالة الطين مما يعطل الجريان أو الحماية من الفيضانات فإن نفقات ذلك تؤخذ من بيت المال^(٢). أما إذا لم يكن في بيت المال ما يكفي لإنفاقه في النظافة المذكورة فمن حق الإمام أن يلزم الناس بالمساهمة بأموالهم بالطريقة والأسلوب المناسب كان يكلف الأغنياء منهم بدفع النفقات^(٣).

وفي تقديري فإن ذلك مقبول فإن الخزانة العامة هي التي تقوم بالمصالح العامة من مواردها التي يدفعها المواطنون.

مياه الأنهار والمجاري الخاصة:

ويراد بها المياه التي يكون مجراها مملوكاً، كالنهر الذي يجري في ملك شخص ما. وهذا النوع من المياه ليس فيه حق للعامة إلا شربهم لأنفسهم وشرب حيواناتهم مما يفضل بعد أخذ أصحابها حاجتهم منها، وهو من حق الشفة^(٤). ونفقات النظافة تقع على أصحابه.

(١) المنتقى من أخبار المصطفى، ج ٢، ص ١٧٥.

(٢) المبسوط، ج ٢٣، ص ١٧٥.

(٣) حاشية ابن عابدين، ج ٦، ص ٤٤١.

(٤) حق الشفة هو حق الناس كافة في الشرب لأنفسهم وشرب حيواناتهم.

المياه المملوكة بالإحراز:

ويراد به الماء الذي يكون موضوعاً في موضع أمين يدل على نية تملكه كوضعه في إناء ونحوه. ويقول ابن قدامه: (فأما المصانع المتخذة لمياه الأمطار تجمع فيها ونحوها من البرك وغيرها فالأولى أنه يملك ماؤها ويصح بيعه إذا كان معلوماً لأنه مباح حصله بشيء معد له فملكه، كالصيد يحصل في شبكته)^(١).

الفرع الثاني

حق الإجراء

حق الإجراء حق ثابت لعقار على عقار آخر يخول به لمالك الأول إجراء مائه إليه على الثاني^(٢).

وحق الإجراء هو أكثر حقوق الارتفاق صلة وارتباطاً بحق الشرب. لأن الماء الذي يستحق شرباً لأرض يحتاج في العادة إلى مجرى أو نحوه يجري فيه إلى تلك الأرض، والذي قد يكون ماراً بأرض أخرى مجاورة وهي الأرض التي يقع عليها حق الارتفاق.

ويلاحظ أن الفقهاء يقتصرون في العادة حين يتحدثون عن حق الإجراء على ما يتعلق بإجراء المياه دون غيرها من الوسائل الأخرى في الانتفاع بها. ومن ذلك حاجة بعض العقارات لإجراء الوقود والزيوت إليها، والتي تجري عبر أنابيب أو نحوها بغرض تشغيل المصانع والمعامل ونحوها. وقد تكون هذه الأنابيب ونحوها مارة بأرض للغير ثابت عليها حق الإجراء. ومن ذلك أيضاً إرسال السوائل القذرة إلى المزارع والحدائق بغرض إخصاب تربة أرضها. إلى غير ذلك مما يظهر. ويستحدث مع تطور الحياة وتقدم أساليبها. وقياساً ما يستجد يأخذ حكم حق الإجراء مع مراعاة عدم الإضرار. وقد يتعارف الناس على دفع مقابل في المسائل المستجدة ولا حرج في ذلك مادام بالتراضي.

والشخص الذي يثبت الإجراء إلى أرضه يجوز له أن يمر بنفسه في بطن المجرى أو حافته حتى يتمكن من مراقبة الجريان وإصلاح المجرى ونحو ذلك من ضرورات

(١) المغني، ج ٤، ص ٨٠.

(٢) المعاملات في الشريعة الإسلامية، ص ٤٦.

الإجراء ومتطلباته. ويرى الإمام السرخسي: أنه لا يجوز له أن يمر في الأرض التي يجري فيها مجراه دون استئذان صاحبها، إذ لا حق له في المرور في أرض غيره دون إذنه^(١).

وما ذكرناه من المرور على حافة المجرى فهو محل خلاف بين الفقهاء بالإجازة والمنع إلا بإذن.

وذهب الصاحبان إلى أن قدر حافة المجرى بقدر عرض المجرى. وقيل: نصف عرض المجرى^(٢).

الفرع الثالث

حق المسيل

وهو حق إسالة الماء الفائض عن الحاجة أو غير صالح من الأرض المرتفعة إلى الأرض المرتفق بها، أو مروراً بها إلى مصرف عام^(٣).

وقد يكون المسيل مجرى على الأرض أو أنابيب أو نحوها. كما أنه قد يجري داخل الأرض أو فوق أسطح المنازل أو غير ذلك^(٤). ومع التطور فإن الإسالة تتم الآن بواسطة أنابيب إلى المصرف العام.

وكما ذكرنا عند الحديث عن الإجراء حول قصر الأمر على الماء فإن الفقهاء قصروا الإسالة كذلك على الماء الفائض أو غير الصالح، ولكن في هذا العصر قد تكون في غير الماء كالسوائل الأخرى كإسالة نفايات المصانع والمعامل من الزيوت التالفة ونحوها. والحكم واحد في الماء والسوائل الأخرى؛ إذ المقصود بالإسالة التخلص من الفائض بغض النظر عن النوع ماءً كان أو أي سائل آخر.

* نظافة المسيل وصيانته:

إذا احتاج المسيل إلى النظافة أو الصيانة، إذا كان المسيل مشتركاً بين جماعة من الناس، فإنهم يشتركون جميعاً في نظافته وصيانته؛ إذ يتفقون به جميعاً. غير أن توزيع

(١) المبسوط، ج ٢٣، ص ١٩٢.

(٢) المرجع السابق، ص ١٩٢.

(٣) حاشية ابن عابدين، ج ٥، ص ٨٠.

(٤) الفقه الإسلامي - مدخل لدراسته، ص ٢٨١.

واجبات ونفقات هذه الصيانة والنظافة تختلف في هذه الحالة عنها في حالة مجاري الشرب، فالذي في آخر المسيل يكون أقل مشاركة من غيره. والذي في أوله يكون أكثرهم مشاركة. والسبب في ذلك أن الذي في آخر المسيل لا ينتفع بما سبق أرضه منه فلا يلزم بالمشاركة فيه. ويكتفي بمشاركته فيما يقابل أرضه فيه وما بعد أرضه. أما الذي في أول المسيل فإنه ينتفع بجميعة في إسالة مائة وأوساخه، ولهذا فإنه يشترك في نظافة جميع المسيل^(١).

الفرع الرابع

حق المرور

وهو ما يثبت لأرض من حق في المرور إليها على أرض أخرى مجاورة. وقد يكون الثابت بحق المرور للشخص المار مروره راجلاً، كما قد يكون ركباً دابته أو سيارته أو نحوها. كذلك فقد يتضمن حق المرور مرور الدواب أو الماشية. وينبغي لمن ثبت له الحق ألا يتعدى حدود استحقاقه المشروع. كما ينبغي عليه أن يراعي عدم الإضرار في مروره بصاحب الأرض الثابت عليها الحق.

وحق المرور قد يثبت على عقار شائع غير مملوك، وذلك كما في حالة المرور على الشوارع والطرق العامة غير المملوكة.

وحق المرور حكمه يختلف باختلاف أقسام الطريق، وقد قسم الفقهاء الطرق إلى أقسام هي:

أولاً: طريق عام غير مملوك:

وهو الطريق العام الذي لا يكون مملوكاً لأحد من الناس، ولا لأحد فيه يد على الخصوص، فهو عام شائع بينهم كافة، يجوز للكافة الانتفاع به بشتى أنواع الانتفاع المشروع. كالمرور إلى أراضيهم ودورهم، وفتح وما يشاؤون من الأبواب والنوافذ^(٢). ويجوز للكافة الوقوف أو الجلوس أو نحو ذلك. ويشترط في ذلك ألا يتسبب الواقف أو الجالس بوقوفه أو جلوسه في الإضرار بالمارة أو التضيق عليهم.

(١) حاشية ابن عابدين، ج ٦، ص ٤٤٢.

(٢) شرح الخطاب، ج ٥، ص ١٧٢.

ويجوز أن يكون ذلك بغرض الراحة أو الانتظار أو نحوه^(١).
 وذهب بعض فقهاء المالكية إلى تقييد الوقوف والجلوس في الطريق العام بأن لا يكون بغرض البيع أو الشراء ولا بقصد التحدث وألا تطول المدة^(٢).
 ومع احترامي لهؤلاء الفقهاء لا أرى سبباً لهذا التضييق، فلا ينبغي تقييد الوقوف والجلوس في الطريق العام بغرض البيع أو الشراء. وأرى أنه يجوز ولو بغرض الراحة أو التحدث. أي: دون شروط مادام الواقف أو الجالس راعى حرمان الطريق وآدابه، وتحرى عدم الإضرار بالمارة أو التضييق عليهم.
 وحاجة الناس في هذا العصر اقتضت استعمال الطريق العام للبيع والشراء بفتح آفاق عمل للعاطلين وتسهيل مهمة المشتري في الحصول على احتياجاته. والسلطات الحكومية تتولى تنظيم هذا الاستعمال للطريق العام.
 كذلك يجوز للمالك أن يشرع من داره بعضاً من أجزاء بنائه أو أدواته إلى الطريق العام إذا لم يكن مؤدياً إلى الإضرار بالمارة. ومن ذلك مثلاً تركيب مواسير المياه ونحوها على سطح داره ومدّها إلى فضاء الطريق بغرض تصريف مياه الأمطار. وامتداد البناء من داره إلى فضاء الطريق للتوسع. فكل ذلك جائز ما لم يكن ضاراً بالمارة. وفي ذلك قول الباجي: (وأما إخراج (العساكر)^(٣) والأجنحة على الحيطان إلى طريق المسلمين، فقد روى ابن القاسم عن مالك: لا بأس بذلك. قال ابن القاسم: واشترى مالك داراً لها عسكر، فقال: إلا أن يكون جناحاً بأسفل الجدار حيث يضر بأهل الطريق فإنه يمنع)^(٤).
 ويقول الشيرازي^(٥): (وإن أخرج جناحاً إلى الطريق لم يخلُ إما أن يكون الطريق نافذاً أو غير نافذ. فإن كان الطريق نافذاً نظرت، فإن كان الجناح لا يضر بالمارة جاز ولم يعترض عليه. وعللوا ذلك بأنه ارتفاق بما لم يتعين عليه ملك.

(١) حاشية البجيرمي، ج ٣، ص ١٩٥.

(٢) حاشية الدسوقي ج ٣، ص ٣٦٨.

(٣) يبدو أن كلمة عساكر اصطلحت عندهم في إرادة بعض الأدوات التي تشرع إلى الطريق.

(٤) المهذب، ج ١، ص ٣٤١.

(٥) المرجع السابق، ص ٣٤١.

ومن ذهب إلى عدم الجواز استدلت بما فعله أمير المؤمنين عمر بن الخطاب من قلع ميزاب للعباس كان يمتد على الطريق. وقد أعاده عندما قال العباس: تفصله وقد نصبه رسول الله صلى الله عليه وسلم بيده. فقال: والله لا نصبته إلا على ظهري. واغنى حتى صعد على ظهره فنصبه. وما فعله رسول الله ﷺ فلغيره فعله ما لم يقم الدليل على اختصاصه به^(١).

الفرع الخامس

حق الجوار

وهو حق ثابت لأرض على أرض أخرى مجاورة لها يترتب عليه تقييد صاحب كل منهما في تصرفاته وأفعاله التي يقوم بها في ملكه. فيمنع من كل تصرف يضر مجاره. وبهذا فهو حق سلمي في أكثر أحواله.

الحق الذي ينشأ بسبب الجوار، والذي يُمنع به المالك من التصرف حين يكون مضراً بمجاره، قد لا ينطبق عليه التعريف الذي سبق إيرادَه لحق الارتفاق في الفقه. فقد مر أن حق الارتفاق يثبت لعقار على عقار آخر.

غير أن الملاحظ أن الحق الثابت بالجوار قد لا يكون ثابتاً لعقار أو ثابتاً على عقار في بعض حالاته، إلا أنه ألحقَ مع ذلك عند بعض الفقهاء بحقوق الارتفاق من قبل تلك الحالات^(٢)، واعتبر منها نظراً لتعلقه وارتباطه الواضح بالعقار. فمنع المالك من الدق العنيف المزعج نظراً لجاره هو حق ثابت لمصلحة الجار نفسه، وليس لمصلحة أرضه. وكذا منع المالك من فتح النوافذ ونحوها التي يتمكن بها من الإشراف على ساحة دار جاره ورؤية نسائه يثبت على شخص المالك لمصلحة جاره وليس على ملكه. ومع هذا فقد ألحقَ ذلك بحق الارتفاق واعتبر منه.

وقد ذهب الفقيه الشافعي الزركشي إلى أن حقوق الجوار الثابتة لشخص الجار لا تلحق بحقوق الارتفاق^(٣).

(١) المغني، ج ٤، ص ٥٠١.

(٢) مرشد الحيران، ص ١٣.

(٣) نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، ج ٥، ص ٣٣٤.

وإثبات الفقهاء لحق الجوار يشير إلى مبدأ عام يقرره الفقهاء هو رفع الضرر. ولكن بعض الفقهاء ذهبوا إلى جواز تصرف المالك في ملكه ولو أضر بجاره. ومن هؤلاء متقدمو الحنفية^(١) والإمام ابن حزم^(٢)، والإمام أحمد في رواية عنه^(٣). والذي عليه جمهور الفقهاء تقييده مراعاة لحق جاره في عدم تعريضه للضرر والإيذاء.

وقد استند القائلون بمنح التقييد على قاعدة حرية التصرف في الملك، وهي قاعدة شرعية ثابتة، إذ إن مقتضى الملكية جواز التصرف في الملك بكامل الحرية والاختيار. واحتج الذين ذهبوا إلى منع المالك من التصرف في ملكه حين يكون ضاراً بجاره، بأن الضرر الذي يلحق بالجار بسبب ذلك التصرف قد يكون شديداً يصعب تحمله والسكوت عليه. ورفع الضرر مبدأ شرعي ثابت يدل قوله صلى الله عليه وسلم: (لا ضرر ولا ضرار).

الفرع السادس

حق التعلّي

حق التعلّي أو حق العلو هو حق الجزء الأعلى من البناء الذي يتكون من بناءين أو من أبنية متعددة مترادفة فوق بعضها، في أن يعلو ويستقر على البناء الأسفل منه، والمملوك لغيره^(٤). فإذا كان شخص يمتلك بناء يتكون من طوابق متعددة، فباع الأعلى لآخر فإنه يثبت للمشتري بهذا الحق في علو بنائه الذي اشتراه، واستقراره على البناء الأسفل. وهو حق ثابت لهذا البناء نفسه وليس لصاحبه المشتري. ولهذا فإن باعه المشتري لشخص ثالث فإن حقه في التعلّي والاستقرار على البناء الأسفل يظل ثابتاً له، لا ينتهي أو يتأثر بتغير مالكة أو موته. وكذا يظل حق التعلّي ثابتاً للبناء الأعلى ولو انهار لأي سبب كان، سواء انهار وحده أو انهار نتيجة لانتهيار

(١) المبسوط ج ١٥، ص ٢١.

(٢) المحلى، ج ٨، ص ٢٨٠.

(٣) المغني ج ٤، ص ٥٧٢.

(٤) المعاملات الشرعية الإسلامية، ج ١، ص ٤٨.

السفل. ويحق لصاحبه في هذه الحالة إعادة بنائه فوق البناء الأسفل إن أراد، لأن حقه في تعلي بنائه ثابت ويعاد بناء الأسفل إن أراد، لأن حقه في تعلي بنائه ثابت ويعاد بناء الأسفل إن كان قد انهار لبيني فوqe^(١).

وهناك حقوق أخرى تثبت لكل من صاحب العلو وصاحب السفل على بعضهما، وهي عبارة عن حق كل منهما في منع الآخر من أن يتصرف في ملكه تصرفاً يضر ببناء الآخر.

وذلك كحق صاحب العلو في منع الآخر من أن يتصرف في سفله بما يضعف علوه ويهدده بالسقوط. كالإكثار من فتح النوافذ والفتحات التي تفتح الجدران، وتؤدي إلى وهنها وتهدها بالسقوط، ومن ثم سقوط العلو تبعاً لها. وكحق صاحب السفل في منع الآخر من أن يزيد في بنائه بما لا يتحملة سفله ويؤدي من ثم إلى تهديده بالسقوط. ونحو ذلك من الحقوق الأخرى التي تثبت لكل منهما على الآخر^(٢).

وروي عن الإمام أبي حنيفة أنه يشترط في تصرف كل من صاحب العلو وصاحب السفل في ملكه استئذان الآخر، ولو لم يكن تصرفه يؤدي إلى الإضرار بالآخر^(٣).

ومع احترامنا للإمام أبي حنيفة فإن اشتراط الاستئذان في كل تصرف كان ولو لم يضر، فيه تضيق مما فيه سعة، وحد من حرية كل من صاحب العلو، وصاحب السفل في التصرف في ملكه وفيه مع فساد الزمان مشقة وخرج.

المبحث الثاني

أسباب ثبوت حق الارتفاع

المراد بأسباب ثبوت حق الارتفاق الأسباب التي تجعل منه حقاً ثابتاً مشروعاً بحيث يغدو في مقدور صاحب العقار الذي يكون ثابتاً له المطالبة به كحق ثابت شرعاً. وبالجملة فإنه يراد من أسباب ثبوته تلك الأسباب التي تقرره على عقار

(١) حاشية ابن عابدين، ج ٥، ص ٥٢.

(٢) المبسوط، ج ١٧، ص ٩١.

(٣) المرجع السابق، ص ٩١.

آخر، بكل ما يترتب على ذلك من مزايا ومنافع للعقار الثابت له، وما يقتضيه من واجبات والتزامات على العقار الآخر الثابت عليه.

وهذه الأسباب يمكن تقسيمها في الفقه الإسلامي إلى أسباب منشئة للحق ابتداء، وأسباب تصبغ عليه صفة المشروعية والثبوت عند تعذر الوقوف على السبب المنشئ له.

* الأسباب المنشئة:

١. الشركة العامة:

يقصد بالشركة العامة اشتراك الناس عامة في الانتفاع بمرفق عام دون اختصاص بعضهم عن سائرهم. ومن صور ذلك اشتراك الناس جميعاً في الانتفاع بمياه البحار والأنهار العامة، إذ إن هذه المرافق المشتركة ليست مملوكة لأحد أو جماعة منهم، ولهذا فلا يختص أحد بالانتفاع بها دون سائرهم؛ لأنها خلقت لانتفاع الناس كافة.

وينشأ حق الارتفاق في نظر الفقهاء بسبب هذه الشركة العامة نظراً لثبوت انتفاع الناس جميعاً بالمنافع العامة كالبحار والأنهار العامة. والطرق العامة ونحو ذلك لأنفسهم ولألاكهم، فيجوز لكل صاحب أرض أن يستعمل الطريق العام للوصول إلى أرضه أو في المرور منها إلى أرض أخرى، ويكون ثابتاً لها بذلك حقها في مرور صاحبها إليها أو منها على ذلك الطريق^(١).

ولهذا فإنه إذا بنى رجل في الطريق العام بناء، فيجوز عند الفقهاء لكل شخص كان أن يعترض وأن يطالب بهدم بنائه حفاظاً على حقه المشروع في ذلك الطريق وهو حقه في التطرق عليه. إذ الحق فيه ثابت للناس جميعاً^(٢). ولكن في زماننا هذا وحتى لا يأخذ الناس حقوقهم بأيديهم فإن القانون يحدد كيفية التعامل في مثل هذه المجالات واللجوء إلى السلطات المختصة لإزالته.

واشترط الفقهاء لجواز الانتفاع بالمنافع العامة من الأنهار والطرق وغيرها ألا يكون الانتفاع ضاراً بالغير وإلا منع في الحال^(٣). وقد قصد من اشتراط عدم

(١) تحفة المحتاج بشرح المنهاج، ج ٥، ص ١٩٨.

(٢) شرح الخطاب، ج ٥، ص ١٥٢ - شرح فتح القدير، ج ٨، ص ٣٣٠.

(٣) تبيين الحقائق شرح كنز الحقائق، ج ٦، ص ٣٩ - غاية المنتهى، ج ٢، ص ٢٨٢.

الإضرار لجواز الانتفاع مراعاة حقوق الغير. وهذا لأن هذه المنافع المشتركة ينتفع بها الناس جميعاً والذين من بينهم ذلك الغير الذي منع الانتفاع لحقه، والذي له حق ما، وأيضاً في تلك المنافع المشتركة من حيث جواز انتفاعه بها.

٢. المعاوضة المالية:

يثبت حق الارتفاق عند بعض الفقهاء بسبب المعاوضة المالية. وذلك حين يكون الحق محلاً لعقد البيع أو نحوه، فيجوز عند المالكية أن يشتري الشخص حقاً لأرضه في الشرب من أرض أخرى مجاورة متى كان شرباً معلوماً. يقول الفقيه المالكي سحنون^(١) راوياً عن ابن القاسم^(٢) «إجازة الإمام مالك لبيع حق الشرب المعلوم. قلت: رأيت إن اشتريت شرب يوم أو يومين بغير أصله، إلا أنني اشتريت الشرب يوماً أو يومين والأصل لرب الماء. قال: قال مالك: ذلك جائز»^(٣).

ويجوز أيضاً عند المالكية استئجار حق الشرب المعلوم. يقول سحنون أيضاً راوياً عن ابن القاسم «قلت: رأيت إن اشتريت منك شرب يوم في كل شهر في هذه السنة من قناتك هذه بأرضي هذه تزرعها سنتك هذه؟ قال: لا بأس بهذا»^(٤).

كذلك يجوز عند فقهاء الشافعية بيع حق العلو واستجاره. ويدل على ذلك قول فقيهم الأنصاري^(٥): «فإن باعه حق البناء والعلو بأن قال له: بعتهك حق البناء أو العلو للبناء عليه بثمن معلوم أستحقه، أي حق البناء عليه.

أما مذهب الحنفية فلا يجوز فيه أن يكون فيه حق الارتفاع محلاً في عقد معاوضة مالية، إذ الحق عندهم لا يعد مالاً أو للجهالة أو للغرر، فلا يجوز بيعه أو استجاره أو نحوه ذلك من اتخاذ محلاً في عقد معاوضة مالية»^(٦).

(١) سحنون بن سعيد التوخي.

(٢) عبد الرحمن بن القاسم، من فقهاء المالكية.

(٣) المدونة الكبرى، ج ١٥، ص ١٩٢.

(٤) المرجع السابق، ص ١٩٣.

(٥) أبو يحيى، زكريا الأنصاري.

(٦) المبسوط، ج ٢٣، ص ١٧٠، ١٨٠، ١٨٤ - فتح القدير، ج ٨، ص ١٥٠.

وإنما الجائز عند الحنفية دخول حق الارتفاق تبعاً لأرض هي المقصودة بالعقد باشتراط انتقاله معها في عقد البيع مثلاً. فيكون بيعه تبعاً لها، وليس مستقلاً بذاته^(١).

٣. اشتراط حق الارتفاق في عقد معاوضة:

قد يقترن بالعقد شرط من الشروط التي يشترطها العاقدان، ومتى كان هذا الشرط صحيحاً مشروعاً، فإنه يلزم الوفاء به من جانب المشروط عليه كالتزامه بالوفاء بالعقد نفسه. فالشروط التي تقترن بالعقد هي جزء لا يتجزأ منه. ولهذا فإن الإخلال بها يعد إخلالاً بالعقد^(٢).

ومن هذه الشروط التي يجوز اشتراطها في العقد حقوق الارتفاق بأنواعها. فيجوز أن يشترط ثبوت حق ارتفاق في العقد، ويلزم الوفاء به وتحقيقه مادام أن الشرط صحيح مشروع. ومن ذلك أن يكون لشخص أرضان فيبيع إحداها للآخر. ثم يشترط عليه في البيع أن يضمن له حقه في المرور إلى أرضه التي استبقاها على الأرض التي باعها. على أساس أنه حق ثابت له. فإذا قبل المشتري البيع بهذا الشرط، فإن حق المرور المذكور يكون ثابتاً على أرضه لأرض البائع.

٤. التبرع بحق الارتفاق:

أجاز بعض الفقهاء أن ينشأ حق الارتفاق بسبب التبرع به، فيجوز عند المالكية أن يتبرع الشخص لغيره بحق الارتفاق لمصلحة عقار المتبرع له على عقاره، سواء كان تبرعه لمدة مؤقتة تنتهي في وقت معلوم، أو كان مؤبداً.

وفقهاء الحنفية لا يجوز عندهم التبرع بحق الارتفاق؛ إذ لا يعدون الحق مالاً^(٣).

٥. ثبوت حق الارتفاق بسبب الضرورة:

يثبت حق الارتفاق أيضاً عند بعض الفقهاء بسبب الاضطرار إليه، كأن كانت مصالح الشخص تتهدد بسبب عدم تمكنه من الارتفاق. فقد لا يتمكن مالك الأرض من الوصول إلى أرضه إلا بمروره عبر أرض أخرى مجاورة مملوكة لغيره، أو

(١) حاشية ابن عابدين. ٨٠/٥.

(٢) فتاوى ابن تيمية، ج ٣، ص ٣٣٢. وما بعدها - وانظر: المبسوط، ج ١٣، ص ١٤ وما بعدها.

(٣) المبسوط ١٨٣/٢٣ - ابن عابدين، ج ٥، ص ٥١.

لا يتمكن من سقيها إلا بإجراء مائه إليها على تلك الأرض المجاورة. ومن ثم فهو مضطر إلى الارتفاق بأرض غيره، وإلا تهددت مصالحه وتعدر عليه الانتفاع بأرضه. ولهذا فإنه يثبت له مشروعية الارتفاق بأرض غيره في مثل هذه الحالة عند أولئك الفقهاء تمكيناً له من الانتفاع بأرضه والمحافظة على مصالحه فيها، ولو لم يأذن له ذلك الغير نظراً لهذه الحاجة والضرورة القصوى.

وقد استند بعض هؤلاء الفقهاء الذين ذهبوا إلى ثبوت حق الارتفاق بسبب الضرورة إلى ما رواه الإمام مالك عن عمرو بن يحيى المازني عن أبيه أن الضحاك بن خليفة ساق قناة له من العريض^(١). وكان بين هذه القناة وبين أرضه التي يريد ريبها بذلك الماء أرض لمحمد بن سلمة. فأراد أن يجري ماءه عبر أرض محمد المذكورة فمنعه الآخر فاحتج الضحاك بقوله: لم تمنعني وهو لك منفعة، تشرب منها أولاً وآخرأ ولا يضرك؟ فأبى محمد أن يسمح له مع ذلك فشكاه الضحاك إلى الإمام عمر بن الخطاب فسأله عمر: لم تمنع أخاك ما ينفعه وهو لك نافع تسقي به أولاً وآخرأ وهو لا يضرك؟ قال محمد: لا والله، فقال عمر: والله لميرن ولو على بطنك. وأمر الضحاك أن يفعل ذلك^(٢).

وذهب أيضاً إلى الأخذ بظاهر الحديث المذكور بعضُ الفقهاء المعاصرين. يقول الشيخ علي الخفيف معلقاً على أمر الإمام عمر بن الخطاب للضحاك بإجراء مائه فوق أرض محمد: (وذلك نتيجة كما يظهر لثبوت حق ارتفاق على أرض محمد ابن سلمة لأرض الضحاك بحكم الشرع)^(٣).

على أن الشيخ الخفيف يستفيد من الحديث المذكور في الاستدلال على ثبوت حق الارتفاق بسبب حكم شرعي صادر بشأنه، وليس بسبب الضرورة كما هو ظاهر مما ذكره. غير أن الواضح أن ذلك الحكم الشرعي الذي ورد يستند دون شك إلى حصول الضرورة وتحققها.

(١) موضع بقرب المدينة. (انظر المنتقى شرح الموطأ ج٦، ص ٤٦).

(٢) موطأ الإمام مالك، ج٢، ص ١٢٢.

(٣) الملكية في الشريعة الإسلامية، ج١، ص ١٤٣.

ورغم أنني لم أصادف لفقهاء الحنفية ما ينص على إثباتهم لحق الارتفاق بسبب الضرورة إلا أن فقيههم السرخسي أورد ما يشير إلى هذا الاحتمال ويدعمه. ويقول السرخسي في حكم مرور الناس على أرض مملوكة لغيرهم حين يكون مرورهم ضرورياً متعيناً على تلك الأرض خاصة، كمرورهم إلى مورد الماء، ولو أراد المسلمون أن يمرؤا في تلك الأرض ليسقوا من ذلك الماء فمنعهم منه، فإن لم يكن لهم طريق غيره لم يكن له أن يمنعه، وإن كان يملك رقبتها. ولكنهم يمرؤن في أرضه ومشروعه بغير إذن للحاجة والضرورة. فالماء سبب حياة العالم. قال تعالى:

﴿وَجَعَلْنَا مِنَ الْمَاءِ كُلَّ شَيْءٍ حَيٍّ﴾ الأنبياء: ٣٠. فإذا لم يجدوا طريقاً آخر كان هذا الطريق متعيناً لوصولهم منه إلى حاجتهم. فليس له أن يمنعه من ذلك^(١). وفي رأيي أنه ينبغي أن يثبت حق الارتفاق بسبب الضرورة. وهو ما يتفق مع المنطق السليم ومع روح الشرع وغاياته، وهي دفع الضرر عن الناس وحفظ مصالحهم من الهلاك والضياع، ولو أدى ذلك على إلحاق الضرر بالغير مادام أنه ضرر يسير يمكن تحمله. والقاعدة الشرعية أن الضرر الأشد يدفع بضرر أخف^(٢). فالذي لا يتمكن من المرور إلى أرضه إلا عبر أرض أخرى لآخر، ينبغي أن يثبت له هذا المرور؛ إذ بدونه لا يتمكن من الوصول إلى أرضه ومن ثم يتعذر عليه الانتفاع بها وهو ضرر بالغ به ينبغي أن يرفع عنه.

على أنني أرى أنه من الضروري أن يقترن تحقق الضرورة بحكم شرعي صادر من جانب الإمام أو من يقوم مقامه لتأكد بذلك مشروعية الحق وصحة ثبوته. وهذا لأن حصول الضرورة وتحقيقها أمر تقديري يختلف فيه الناس، ويتأثر الفصل فيه بالأطعام والأغراض. ولهذا فلا بد عندي من توثيق الحق الثابت بالضرورة بواسطة حكم الإمام أو من يقوم مقامه. كذلك فإنني أرى أن الحق في الارتفاق يثبت في هذه الحالة ثبوتاً موقوتاً مرهوناً ببقاء تلك الضرورة. تنتهي بانتهائها.

(١) المبسوط، ج ٢٣، ص ١٩١.

(٢) انظر: الأشباه والنظائر، ص ٩٦.

٦. إحياء الموات:

الموات من الأرض الذي عناه الفقهاء بجواز الإحياء هو ما لا يكون مملوكاً لأحد. مع انقطاع الانتفاع به لأي سبب كان، كانقطاع الماء عنه أو غلبته عليه أو نحو ذلك مما يحول دون تعمير الأرض واستثمارها^(١).

وقد سمي هذا النوع من الأرض بهذه التسمية تشبيهاً له بالحيوان الميت بجماع بطلان الانتفاع في الاثنين. وقد ورد في القرآن الكريم وصف مثل هذه الأرض المهجورة الانتفاع بالميتة. يقول تعالى: ﴿فَإَنْظُرْ إِلَيَّ مَآثِرِ رَحْمَتِ اللَّهِ كَيْفَ يُحْيِي الْأَرْضَ بَعْدَ مَوْتِهَا﴾ الروم: ٥٠، أما ما لا يمكن الاستغناء عنه من الأرض كارض الملح ونحوها، فلا يعتبر مواتاً لأنه ينتفع به، لهذا لا يجوز إحياءه^(٢).

كيفية الأحياء:

يتم إحياء الموات عند الفقهاء بشروع الشخص الحي في تعمير الأرض الموات وبما يدل على نيته لإحيائها والاختصاص بها. وذلك كأن يقوم بتنظيفها وحرثها وشق قنوات المياه إليها ونحو ذلك مما يدل على نية الإحياء وقصد^(٣). وقد جعل الإمام الشافعي والشيعة الإمامية^(٤) العرف الذي يجري في كل زمان ومكان في إحياء الأرض هو المعول عليه في إثبات وقوع الإحياء. ولهذا فقد اكتفوا في تعريفهم للإحياء بقولهم: إنه ما تعارف الناس عليه أنه إحياء. هذا وقد استنبط بعض المؤلفين المعاصرين^(٥) أن الإحياء يعد سبباً من أسباب ثبوت حق الارتفاق عند الفقهاء. واستدل بما ذهب إليه بعضهم، وهو أن الأرض الحية التي تحاط بجوانبها الأربعة بإحياء غيرها يثبت لصاحبها حق المرور إليها على جميع الأراضي التي تحيط بها إن كانت تلك الأراضي قد أحييت في وقت واحد، وعلى التي أحييت أخيراً إن

(١) فتح القدير، ج ٨، ص ١٣٦.

(٢) حاشية ابن عابدين ج ٦ ص ٤٣٢ - المغني ج ٥ ص ٥٢٠.

(٣) حاشية ابن عابدين المرجع السابق ص ٤٣١ - المدونة الكبرى ج ١٥ ص ١٩٥.

(٤) المختصر النافع ص ٢٦١.

(٥) تاريخ التشريع الإسلامي، ص ٢٧٤ - المدخل للفقهاء الإسلاميين، ص ٤٩٩.

كان الإحياء في أوقات مختلفة^(١). وعلى هذا فإنه إذا أحيا شخص أرضاً مواتاً ثم قام بإجراء الماء إليها عبر أرض موات تحيط بها أو بإسألته منها على تلك الأرض أو نحوه، فليس للذي يقوم بإصلاح تلك الأرض الأخيرة من بعد منعه من ذلك.

٧. الجوار:

ويراد به الجوار القائم بين ساكنين عن طريق الملاصقة الجانبية بين ملكيهما أو القرب بينهما^(٢). ومما لا شك فيه أن الشريعة الإسلامية أولت مسألة الجوار اهتماماً واضحاً. فقد حرص الشارع كل الحرص على رعاية جانب الجار والعناية بشأته وحمايته من الضرر والأذى.

وهذا كله بهدف صيانة العلاقات والمعاملات القائمة بين الجيران، وتوثيقاً لروابط المودة والألفة بينهم. ومن ثم يخلق ذلك المجتمع المترابط والمستقر. وقد وردت كثير من النصوص الشرعية في شأن الدعوة إلى مراعاة حق الجار.

٨. شراء العلو:

ويقصد بالعلو البناء الأعلى الذي يكون مستقراً على بناء أسفل منه هو ما يسمى بالسفل. وذلك كالبناء الأعلى في منزل يتكون من بنائين أعلى وأسفل^(٣). فإذا اشترى شخص علو منزل من آخر، فإنه يترتب على ذلك حقوق تثبت لكل من صاحب الأعلى وصاحب الأسفل على بعضهما، أهمها وأظهرها: حق العلو في التعلي والاستقرار على السفلى. وهو حق دائم لا ينتهي بزوال العلو بنحو انهياره، ولو انهار السفلى أيضاً فإذا انهار العلو لأي سبب كان فإن حقه في التعلي والاستقرار على السفلى يظل قائماً. وكذا يظل ذلك الحق باقياً له إذا انهار السفلى، فيعاد بناؤه بعد بناء السفلى الذي انهار. ويثبت بشراء العلو حق صاحب العلو في منع الآخر من التصرف في ملكه بما يسبب ضرراً بالعلو وحق صاحب السفلى في منع الآخر أيضاً من التصرف في ملكه بما يؤدي إلى إلحاق الضرر بالسفل. فيمنع

(١) فتح القدير، ج ٨، ص ١٣٧ - حاشية ابن عابدين، ج ٦، ص ٤٣٣.

(٢) مختصر أحكام المعاملات الشرعية، ص ٢٢.

(٣) انظر: المبسوط، ١٧/٩١ - ابن عابدين ج ٥، ص ٥٢ - المغني والشرح الكبير، ج ٥، ص ٤٤.

صاحب السفلى مثلاً من فتح النوافذ ونحوها من الفتحات التي تضعف حائط سفله وتهدد بسقوطه، إذ يؤدي ذلك إلى سقوط العلو تبعاً لسقوط حائطه. ويمنع صاحب العلو من الزيادة في بنائه بما لا يحتمله السفلى ويعرضه للسقوط ونحوه^(١).

ولعله مما يتبادر إلى الذهن هنا أيضاً أن هذه الحقوق التي تثبت بشراء العلو ليست في واقع الأمر حقوقاً للارتفاق بالمقارنة مع التعريف السابق الذي استعرضناه في حق الارتفاق في الفقه وذلك أن هذه الحقوق المذكورة هي حقوق ثابتة لبناء أو ثابتة على بناء هو العلو.

* الأسباب المثبتة:

التقادم:

التقادم هو انقضاء زمن معين على حق باقٍ في ذمة شخص أو على عين في يده لآخر، دون أن يطالب صاحب ذلك الحق أو العين بحقه طيلة المدة التي انقضت مع قدرته وتمكنه من المطالبة وعدم وجود مانع يمنعه منها^(٢).

والتقادم في الفقه الإسلامي يعد سبباً من أسباب حق الارتفاق، وذلك حين يكون الارتفاق مزاولاً لفترة طويلة متصلة دون أن يبدي الشخص أو الأشخاص الذين يزاول ذلك الارتفاق على أرضهم معارضتهم لهم أو يظهرون عدم رضاهم لمزاولته. ووجهة نظر الفقه في اعتبار التقادم سبباً شرعياً لثبوت حق الارتفاق أنه مادام العهد قد تقادم على مزاولة الارتفاق بهذه الصورة المعلنة والمتواصلة دون أن يعترض عليه من جانب الذين يزاول على أرضهم، فإن هذا برهان ظاهر على أن الحق فيه كان قد نشأ بسبب صحيح مشروع، وإلا لو كان منشؤه بسبب غير صحيح لاقتربت مزاولته منذ البداية بمعارضة من يزاول ضدهم وممانعتهم. ومن هنا فإن الفقه يفسر ذلك السكوت والرضا من جانب من يزاول ضدهم بأنه اقتناع منهم أو ممن سبقهم من الملاك بمشروعية الحق المزاول، وإن أصبح سبب نشوئه وشرعيته غير معروف في الوقت الحاضر^(٣).

(١) المبسوط، ج ١٧، ص ٩١-٩٢.

(٢) الفقه الإسلامي في توبه الجديد، ج ١، ص ٢٥٦.

(٣) انظر: الملكية في الشريعة الإسلامية، ج ١، ص ١٤٤.

* مدة التقادم المعتبرة:

اختلف الفقهاء في تحديد مدة التقادم التي يتأكد بها ثبوت حق الارتفاق ومشروعيته. فذهب فقهاء الحنفية إلى أن حد القديم هو ما لا يحفظ قبله. وهو ما يظهر مما نقله ابن الهمام^(١) عن الفتاوى الصغرى في الضرر الذي يحدثه الجار لجاره «بيتان لكل منهما سقف واحد. فإذا أراد أحدهما أن يرفع البناء ويجعله ذا سقفين. قال في الفتاوى الصغرى: إن كانا في القديم سقف واحد للأخر أن يمنعه. وإن كانا بسقفين فليس له منعه. قال: وحدّ القديم أن لا تحفظ الأقران وراء هذا الوقت كيف كان»^(٢).

وهو نفسه ما ذكره الفقيه محمد علاء الدين^(٣) في باب الحيطان «وحدّ القديم لا يحفظ أقرانه وراء هذا الوقت كيف كان. فيجعل أقصى الوقت الذي يحفظه الأقران حد القديم»^(٤).

المبحث الثالث

حق الارتفاق الجوي والبحري

المطلب الأول

حق الارتفاق الجوي

* داخل الدولة:

إن إنشاء المطار يرتب حقوقا خاصة تقتضيها سلامة الملاحة الجوية وضمّان حسن أداء الأجهزة والمنشآت الموجودة في المطار وتسمي هذه الحقوق الخاصة، بحقوق الارتفاق الجوية الخاصة، وتستدعي هذه الحقوق (بأن يحاط المطار بسياج من مناطق الأمان حتى تتمكن الطائرات من التحليق على ارتفاع منخفض والدوران حول المطار وهو الأمر الذي تستلزمه عمليات الهبوط والإقلاع، ويكون ذلك عن

(١) كمال الدين محمد بن عبد الواحد المعروف بابن الهمام من فقهاء الحنفية توفي سنة ٨٦١هـ.

(٢) فتح القدير ج ٨ ص ٥٠٦.

(٣) محمد علاء الدين بن محمد أمين بن عمر عابدين.

(٤) حاشية ابن عابدين ج ٨ ص ٥٤.

طريق إيجاد منطقة خالية من العوائق والموانع سواء كانت طبيعية أو من صنع الإنسان.

وهذه المناطق هي ما تعرفه التشريعات بالارتفاقات الجوية والتي أخذت بها أيضا اتفاقية شيكاغو، ولو أن هذه الحقوق تمثل قيда على حقوق الملكية الفردية على سطح الأرض، لكنه يهون من أجل تأمين وسلامة مرفق النقل الجوي وأن هذه الاتفاقية قسمت هذا السياج الأمني للمطار إلى ثلاثة مناطق على النحو التالي:

المنطقة الأولى:

وهي الملاصقة للمطار مباشرة، وتسمى بمنطقة الأمان حيث يمنع إقامة أي بناء أو غرس أو أي عتبة مهما كان نوعها.

المنطقة الثانية:

وهي التي تحظر إقامة أي بناء فيها أو أي عائق أو تغيير في طبيعة القاسم، إلا بموجب ترخيص من سلطات الطيران المدني.

المنطقة الثالثة:

وتسمى بمنطقة ارتفاق أنوار الملاحة الجوية أو اتصالها اللاسلكية، فلا يجوز وضع أنوار تبهر النظر فتحجب إشارات وأنوار المطار.

ولسلطات الطيران المدني إزالة أو تعديل جهاز ضوئي قد يحدث التباسا مع الأجهزة الضوئية المساعدة للملاحة الجوية، كما لها فرض القيود اللازمة على المنشآت التي يتصاعد منها دخان أو أي مادة من شأنها أن تؤثر على الرؤية في جوار المطارات أو على تأمين سلامة الملاحة الجوية.

ولها أن توجه كل من يملك أو يستعمل تجهيزات كهربائية أو منشآت مدنية ثابتة أو متحركة، من شأنها أن تحدث تداخلا يعرقل عمل الأجهزة اللاسلكية أو أجهزة المساعدة للملاحة الجوية أن يتقيد بالتدابير التي تعينها له سلطات الطيران المدني لإزالة هذا التداخل.

حق الارتفاق الجوي قيد على الملكية العقارية: كان نقاشا حادا حول حق المالك في ملكية عقاره، خلال السنين الأوائل، التي أعقبت ولادة الطيران، فادعى البعض أن مالك العقار يملك ما فوقه من فضاء وما تحته من عمق.

وتنص مواد القانون المدني في كثير من الدول على الآتي: (تشتمل ملكية العقار ملكية ما فوقه وما هو تحته).

وإن مثل هذا الحق الذي ادعاه مالك العقار، كان يهدف إلى منع أي ملاحظة جوية من دون الحصول على موافقته. فافتضى إيجاد حل من خلال قواعد القانون الجوي التي تتضمن حرية استخدام الفضاء الجوي للملاحظة الجوية، فقدمت عدة نظريات من أجل تضييق نطاق هذه المواد. فقيل إن المشرع عندما وضع هذه المادة كانت الملاحظة الجوية، غائبة عن ذهنه لأنها لم تكن موجودة حين ذاك. ومن أجل احترام هذه المادة التشريعية، يجب تغير حق الملكية بموجبها، بأنه لا يمكن أن تكون الملكية حقيقية إلا بتحقيق إمكان حيازتها، ولا يوجد حق ملكية غير محدد وبدون نهاية، لأن مثل هذا الحق هو تصور قانوني غير صحيح.

ثم ظهرت نظرية التعسف في استعمال الحق، وقد أخذت بها محكمة (كومبين) في قضية تتلخص وقائعها بأنه سنة ١٩٠٩ اشترى السيد (كوكيرل) أرضاً مجاورة لأرض السيد (كليمون بايارد) الذي كانت لديه بالونات ومن أجل طيرانها، فإنها كانت تحتاج إلى مساحة واسعة من الأرض بحيث كانت تحلق بمستوى منخفض فوق أرض جاره الفرنسي الآخر، ومن أجل أن يمنع هذا الجار مرور بالون جاره عبر أرضه، أقام جداراً خشبياً عالياً ارتفاعه ١٦م، فاضطر جاره إلى رفع دعوى لإلزامه بإزالة هذا الجدار وقضت المحكمة لصالح المدعي معللة حكمها بأن المدعي عليه تعسف في استعمال حقه في الملكية، ويشير الأستاذ (بلانيول) بهذا الصدد بأنه لا يوجد حق ملكية عندما يكون هدفه مجرد الإضرار بالغير، ففي هذه الحالة يكون المالك قد تجاوز حقه، ويمكن القول أيضاً بأن حق الملكية صار له وجهان شخصي واجتماعي، فلا يمكن قبول أي حق ملكية، إذا كان من شأنه منع الملاحظة الجوية ويؤدي إلى الإضرار بمصلحة المجتمع. فحق الملكية يشمل ما فوق العقار إذا كان هذا الفوق يحقق مصلحة اقتصادية أو فائدة للمالك، وفيما عدا ذلك، فلا يوجد حق ملكية له، فحصل رأي، بوضع حد من العلو هو الذي يملكه المالك، فلا يجوز لطائرة أن تتجاوزه. ولكن من الناحية العملية، لوحظ أنه من الصعب تطبيق هذا الرأي، حيث أنه ما هو مقدار هذا العلو؟ هناك من حده بعلو برج (ايفل) الشهير

والقائم إلى هذا اليوم. أما في إنكلترا فإن القانون الإنكليزي يميل بهذا الشأن إلى القاضي المعروف عليه النزاع، وأما القانون الأمريكي، فإنه يعتد بمستويات الطيران بحيث تتحقق حماية المجتمع من أثار الطيران. ويشير الكتاب إلى أن هذه الحلول ليست مجدية، فإن الضوضاء الناتجة من جراء الطيران المنخفض، لا يمكن نكران حدوثها، ولو كان الطيران في ارتفاع أكثر وعليه فإن القواعد المنصوصة في القانون المدني هي المقبولة وبموجبه يبقى حق المالك على ما هو فوق ملكه وما هو تحته ولكن من دون الإضرار بالطيران وبالتالي فقد أوجد المشرع قواعد الارتفاق الجوية من أجل منع الملاك من وضع العراقيل أمام الملاحة الجوية^(١).

* بين الدول:

كصورة من صور حق التعلّي فإن الدول لها الحق في فضاءها الجوي. وقد نشأ خلاف قبل توقيع اتفاقية باريس عام ١٩١٩م الدولية لتنظيم الملاحة الجوية، حول إمكانية التوفيق بين حرية الطيران وسيادة الدول على فضاءها الجوي. ثم ظهرت بعد ذلك نظريتان تحاولان التوفيق بين تلك الفكرتين هما نظرية المناطق والنظرية الوظيفية.

نظرية المناطق

ينطلق أنصار هذه النظرية من ضرورة تقرير مبدأ سيادة الدولة على الفضاء الجوي الذي يعلو إقليمها. لكن يجب مع ذلك أن تعطي الدول الأخرى حق استعمال هذا الفضاء في بعض المناطق. ولذلك يقسم هذا الفقه الفضاء الجوي إلى منطقتين: الأولى: هي الفضاء الجوي الذي يعلو إقليم الدولة مباشرة إلى علو معين وتكون للدولة سيادة مطلقة على هذه المنطقة أسوة بالبحر الساحلي. أما المنطقة الثانية فهي التي تعلو المنطقة الأولى وتتقرر فيها حرية مطلقة لكافة الدول باستخدامها.

وقد انتقدت هذه النظرية على أساس أنها تخلق ازدواجاً في الأحكام القانونية التي يخضع لها الفضاء الجوي. كما يمكن أن يثور الخلاف بين الدول حول تحديد

(١) القانون الجوي للدكتور أكرم ياملكي، ص ٨٦. - والقانون الجوي للدكتور غنثار بريري والدكتور

عمر فؤاد عمر، ص ٣١.

علو المنطقة الأولى أسوة بما حدث ولا زال يحدث فيما يتعلق بتحديد امتداد البحر الإقليمي. خاصة أن التطور المطرد لتقنية الطيران يجعل الطائرات قادرة على تهديد أمن وسلامة الدولة من ارتفاعات شاهقة يصعب على الدولة أن تمد سيطرتها الفعلية إليها.

النظرية الوظيفية

على إثر رفض جانب لنظرية المناطق ذهب إلى أن الفضاء الجوي إنما يمثل وحدة واحدة غير قابلة للتجزئة. وبالتالي يجب أن يخضع لنظام قانوني واحد. وهذا النظام القانوني سواء تعلق الأمر بسيادة الدولة أو بحرية الاستخدام يجب أن يأخذ في اعتباره الاستخدامات الوظيفية للفضاء الجوي.

ومؤدى هذا أن النظام القانوني للبيئة الجوية لا بد من أن يكون في خدمة وظيفة (إسعاد الإنسان على الأرض لا إهلاكه). فيكون من حق الدولة أن تستند إلى سيادتها المطلقة على فضاءها الجوي إذا كان من شأن استخدام الدول الأخرى له التهديد بأمنها ومصالحها. أما إذا كان هذا الاستخدام يستهدف سعادة الإنسان من خلال أنشطة مشروعة لا بد من تقرير حرية الدول في استخدام الفضاء الجوي لدولة أخرى. وبالتالي تكون سيادة الدولة على فضاءها الجوي (سيادة وظيفية)، كذلك تكون حرية الاستخدام (حرية وظيفية) قوامها الدفاع المشروع عن أمن وسلامة الدولة والاستخدام من أجل سعادة البشرية.

نتائج مبدأ سيادة الدولة على فضاءها

بالرغم من الخلاف الحاد الذي نشب بين الولايات المتحدة الأمريكية والمملكة المتحدة أثناء مؤتمر شيكاغو الذي عقد عام ١٩٤٤م. إلا أن الاتفاقية التي وقعت في ختام أعمال المؤتمر أقرت مبدأ سيادة الدولة على فضاءها الجوي إذ قضت المادة الأولى منها على أن تعترف الدول المتعاقدة أن لكل دولة على الفضاء الجوي الذي يعلو إقليمها سيادة كاملة واستثنائية. ويقصد بإقليم الدولة في مفهوم الاتفاقية الدولية الأراضي والمياه الإقليمية الملاصقة لها والواقعة تحت سيادة الدولة أو سلطتها أو حمايتها أو المشمولة بانتدابها.

أما فيما يتعلق بالارتفاع الذي تنتهي إليه سيادة الدولة فلم تشأ الاتفاقية تحديده. ويذهب رأي إلى تفسير اصطلاح (الفضاء الجوي) الذي استخدمته المادة الأولى من الاتفاقية على أنه يعني الغلاف الهوائي الذي يشمل بالضرورة أقصى ارتفاع يمكن أن يصل إلى الطيران.

ورغم هذا الحق في السيادة فإن اتفاقية شيكاغو منحت حريات خمس للطيران في الفضاء الجوي للدول، وتمثل الحريات الخمس التي أقرتها الاتفاقية في الحق في الهبوط لأسباب تجارية والحق في التحليق والحق في إنزال ركاب أو بضائع قادمة من الدولة التي تحمل الطائرات جنسيتها والحق في أخذ أو إنزال الركاب أو البضائع من أية دولة أخرى ذاهبة إليها^(١).

المطلب الثاني حق الارتفاع البحري

* المياه الإقليمية:

وفقاً لأحكام اتفاقية المياه الدولية للبحار العالية والبحر الإقليمي والمتاخمة لسنه ١٩٥٨ و ١٩٦٠ والمعدلة سنة ١٩٨٢ م. فإن لكل دولة ساحلية السيادة على مياهها الإقليمية على امتداد اثني عشر ميلاً بحرياً من ساحلها وفق أحكام المادتين (٢) و (٣). ورغم ذلك فإن الاتفاقية تمنح سفن جميع الدول التمتع بحق المرور البريء خلال البحر الإقليمي والمرور يكون بريئاً مادام لا يضر بسلم الدولة الساحلية، أو بحسن نظامها أو بأمنها. وعلى السفن العابرة للمياه الإقليمية أن تراعي سلامة الملاحة وحماية وسائل تيسير الملاحة وخطوط الأنابيب وحفظ الموارد الحية للبحر. والحفاظ على البيئة ومنع خرق قوانين الدولة المعنية. وللدولة الحق في تحديد حق المرور البريء خلال ممرات بحرية محددة بغرض تنظيم دخول وخروج السفن. وتشدد الاتفاقية على ألا تعيق الدولة الساحلية المرور البريء للسفن الأجنبية بفرض شروط على هذه السفن يكون أثرها العملي إنكار حق المرور البريء على تلك السفن. أو التمييز قانوناً أو فعلاً ضد سفن دولة معينة.

(١) القانون الجوي الدولي - دكتور طالب حسن موسى، ص ٧٥.

وفقاً للاتفاقية لا يجوز للدولة الساحلية أن تفرض أي رسوم على السفن الأجنبية لمجرد مرورها خلال البحر الإقليمي. ولا يتم فرض رسوم من قبل الدولة الساحلية إلا مقابل خدمات محددة قدمت للسفن. وأن تجبى هذه الرسوم دون تمييز.

وفق أحكام هذه الاتفاقية يجوز للدولة الساحلية استغلال باطن الأرض عن طريق حفر الأنفاق أياً كان ارتفاع الماء فوق باطن الأرض^(١).

* المياه الدولية:

وفق قاعدة حق المرور في الطريق العام فإن أعالي البحار التي لا تشمل المياه الإقليمية مفتوحة لجميع الدول سواء كانت ساحلية أو غير ساحلية في ممارسة حرية الملاحة وحرية التحليق وحرية وضع الكابلات وخطوط الأنابيب المغمورة مع مراعاة بنود الاتفاقية الدولية والقيود الواردة بها. وحرية الصيد والبحث العلمي مع مراعاة ما جاء بالاتفاقية الدولية من قيود.

وتمارس هذه الحريات من قبل جميع الدول مع إيلاء المراعاة الواجبة لمصالح الدول الأخرى في ممارستها لحرية أعالي البحار.

وفقاً للاتفاقية لا يجوز لأية دولة أن تدعي إخضاع أي جزء من أعالي البحار إلى سيادتها. وهكذا فإن لكل دولة ساحلية أو غير ساحلية الحق في تسيير سفن ترفع علمها في أعالي البحار^(٢).

المبحث الرابع

أمناء حقوق الارتفاق المستحدثة وما يتعلق بها

أ. حق وقوف المركبات الخاصة:

وهو حق ينظر إليه من عدة وجوه: إذ إنه قد يعد من حقوق الأملاك وذلك كما هو الحال فيما استجد من الأسواق والمحال التجارية وحاجتها إلى الاختصاص بمواقف لمرتاديها كي يتمكنوا من ترك سياراتهم للقيام بأعمال التسوق، وفي هذه

(١) شرح اتفاقية الأمم المتحدة لقانون البحار. ص ٣٤-٣٥.

(٢) المادة ٢٦ - ٣٧ - ٣٨ من اتفاقية الأمم المتحدة لقانون البحار. والمرجع السابق.

الحالة فإنه لا بد وأن تكون تلك المواقف مملوكة أو مأذوناً فيها بوجه من الوجوه وعلى جهة الاختصاص بتلك الأسواق وقد جرت العادة بأن هذه المواقف في حال كونها متسعة لا يمنع من استعمالها من لا يرتاد تلك المجال المختصة بها، وإلا فإن أرباب الحق يعلنون عن منع استعمال هذه المواقف لغير المرادين لمحلهم. وقد يعد من حقوق المباحات وذلك كما في حال كون تلك المواقف مخصصة من الطريق العام، فلا مجال فيها سوى الاستحقاق بالسبق فقط كسائر المجال العامة، وهنا فإن حق استعمال الطريق العام لوقوف المركبات الخاصة يخضع لقوانين منظمة لا تخرج في مجملها عما يأتي بيانه:

١. حق وقوف المركبات الخاصة في الطرق العامة:

وهو خاضع لقوانين المرور التي تنظم مثل هذا الحق، وتبين المجال التي يصح الوقوف فيها، والتي يمنع فيها ذلك، وذلك بما يحقق قواعد الشريعة العامة في هذا الصدد والتي نصت على أنه لا ضرر ولا ضرار.

ومن ناحية أخرى فإن القوانين المنظمة راعت كذلك إبقاء صفة العموم على تلك المجال، وذلك يستدعي عدم اختصاص أحد بمحل لمدة تطول ويشتهب فيها بأنواع ملك المنفعة كالإجارة فضلاً عن ملك الأعيان، ومن ثم فإن المدة الزمنية للوقوف تحدد بمقد معين يتفق والحفاظ على عمومية المحل وعدم خروجه إلى جهة الاختصاص.

٢. حق فرض رسوم مالية على المركبات الخاصة المستعملة للمواقف العامة:

وهو حق للدولة باعتبارها شخصاً معنوياً يصح اعتباره مالكا لتلك المواقف، وبناء عليه يصح فرض رسوم مالية على المحتاجين لاستعمال تلك المواقف، وهنا فإنه لما كانت تلك المواقف مملوكة ملكاً عاماً؛ فإنه كان من يختص بها يحصل له من الانتفاع ما لم يحصل لغيره؛ فلا يكون السبق مضيعة لمصالح الغير بوصفهم ملاكاً؛ فكان عليه أن يدفع حصة مالية للغير نظير التخلية، وهو أحق من غيره ممن يرغب بشغل هذا المكان بعينه بالقيمة نظراً لأحقته فيه بالسبق، فيكون تجويز أخذ الأجرة مراعاة لسائر الشركاء، ويكون استحقاق شغل المكان بالسبق نظراً لمعنى الإباحة،

وعليه فلا يقبل تحويزه لحد نظرا لعدم الاستحقاق إلا بالسبق، وهذا بخلاف المواقف المملوكة للأسواق والمحال التجارية فيصح فيها ذلك نظرا لخصوص الملك حتى يحق منع من يشاء من استغلال تلك المواقف لرغبة المالك أو المأذون له في شغلها بنفسه أو بمن ينوب عنه.

وهنا حيث يجوز أخذ رسوم للوقوف وشغل المكان العام على جهة الاختصاص لفترة زمنية فإنه يجوز تفاوت الأجرة بحسب تفاوت فترة الوقوف كما هو معمول به غالبا في مثل تلك المواقف، وذلك لأن الأجرة تتفاوت بسبب التفاوت في زمن الاستغلال؛ فكلما زاد زمن الاستغلال زادت قيمة الأجرة بحسب ذلك.

ب. حق استغلال سائر المرافق العامة:

وذلك مثل وسائل المواصلات العامة والتي تتمثل في عالمنا اليوم في القطارات والطائرات والحافلات العامة، وما يجري مجراها من وسائل النقل الخاص المباحة للعامة وفق شروط خاصة تجبرها على الامتثال لكل طلب واقع من العامة دون تمييز سوى باستحقاق سبق، وإلا عرض المخالف للعقوبة.

ويلاحظ على حقوق استغلال تلك المرافق ما يلي:

١. أنها تخضع من حيث الاستغلال لمبدأ سبق في أحقية الاستغلال:

وذلك من حيث الإجمال، وقد يقع فيها تحويز ما لا يضر - من اليسير - للمصلحة العامة، وذلك كما في تحويز عدد محدود من مقاعد الطائرات مراعاة للظروف الطارئة كقتل مريض للعلاج في الخارج، وسفر شخصية عامة لقضاء مصلحة عامة ونحو ذلك، بحيث يكون الحق لمن سبق في حال عدم وجود مستحق لما حُوِّز له.

٢. يراعى في استغلالها القاعدة الفقهية «لا ضرر ولا ضرار»:

ومن ثم يجوز تعطيل تلك المرافق لبعض الوقت لإجراءات الصيانة وإصلاح ما قد يتلف أو يتضرر فيها، وفي نفس الوقت مراعاة عدم الإضرار بمصالح العامة، وهو ما يستوجب في بعض الأحوال تطبيق مبدأ التعويض للمتضرر، أو إيجاد البديل المناسب، وذلك في حالات تغيير مواعيد رحلات الطائرات مثلا حيث لا يفيد رد قيمة التذاكر للركاب المتضررين من تغيير موعد الرحلة أو إلغائها، وعليه يتم تسيير رحلة أخرى في وقت مناسب أو إبدال حجوزاتهم إلى رحلة أخرى في

توقيت مناسب، وذلك بخلاف حالات الإضرار التي يمتنع فيها مثلاً إقلاع الطائرات؛ فيتم توفير مجال مناسبة لاستضافة المتأخرين إلى حين موعد لاحق يسمح فيه بالإقلاع، وذلك كله تحدده لوائح تنظيمية متفق عليها دولياً في حال كون الرحلات خارجية، وهي تراعي أسباب التأخير وزمن التأخير، ولذا تختلف باختلافهما، وليس في تلك اللوائح ما يتعارض وقواعد الشريعة من حيث الجملة.

٣. يتعين فيها فعل ما هو أصلح:

وذلك شأن كل ما يرجع إلى العامة من الأمور؛ لأنه ينبغي أن تتعهد بفعل ما هو أصلح، وذلك لما في ترك فعل الأصلح من الخيانة لما فيه من تضييع ما هو أحظ للناس بغير وجه حق، وهو داخل في الغش الذي نهى الله تعالى عنه، ولذا فقد حذر الشرع تحذيراً بليغاً كل من تولى أمراً من أمور العامة وغشهم فيه، ومن ثم ما جاء في الحديث المتفق عليه من حديث أبي يعلى معقل بن يسار -رضي الله عنه- قال: سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم ((ما من عبد يسترعه الله رعية، يموت يوم يموت وهو غاش لرعيته إلا حرم الله عليه الجنة))، وفي رواية: ((فلم يحطها بنصحها لم يجد رائحة الجنة))، وفي رواية مسلم: ((ما من أمير يلي أمور المسلمين، ثم لا يجهد لهم وينصح إلا لم يدخل معهم الجنة))، وغير ذلك من الأحاديث الدالة على وجوب ارتكاب الأصلح في رعاية مصالح العامة للمعاني السابق ذكرها، وذلك يعني اختيار الأصلح في مواصفات تلك المرافق في حدود ما يتيسر للدولة بذله في تلك المرافق من أموال العامة، وهو الأمر الذي يتحقق من خلال المعتاد به من مناقصات في ضوء الشروط المطلوبة التي تسمح بها الموازنات المالية للدولة، والحرص على سلامة ذلك من أعمال الغش والخداع صيانة للعام.

جـ. حقوق استغلال المرافق الخاصة:

لما كانت المرافق الخاصة تشبه الأملاك الخاصة من جهة أن المرفق الخاص يقع في ملك الخاصة، ومن ثم ليس لغيرهم مشاركتهم في الانتفاع به إلا برضاهم، وذلك كشأن الطريق الغير النافذ، والذي يدخل منه إلى العقارات الشارعة أبوابها عليه، ومن ثم لم يكن للعامة حق استغلاله، وإن لم يضرروا بالمارة كما في الطريق النافذ الواسع؛ فهذا فارق بين الطريق الواسع النافذ والغير النافذ، ومع ذلك يبقى هناك

حق العامة يتعلق بالدخول إلى ذلك الطريق لمصلحة التعامل مع أهله ويتعلق بالمرافق الخاصة عدد من الأحكام المتعلقة بأهلها وبالعامّة يمكن تلخيصها فيما يلي:

١. ما يقع من سماح أهل تلك المرافق للبعض باستغلالها نظير عوض يعود على جميعهم بقدر حصصهم في تلك المرافق، وذلك كالسماح للباعة باتخاذ جزء من المكان في الطريق الغير النافذ للوقوف، وما يستتبعه من الإذن للعامّة بالدخول إليه لأغراض التعامل.

٢. ما يقع في المجمعات السكنية من الاشتراك في مرافق تتمثل في الملاعب المختلفة الأنشطة، وحمامات السباحة، ودور المناسبات، ونحو ذلك من المرافق التي تزود بها المجمعات السكنية في الوقت الحاضر.

ومثل هذه المرافق تخضع لمجموعة من اللوائح المنظمة لكيفية استغلالها، والتي تبين كذلك حق كل طرف مستحق لاستغلالها في القيام بذلك سواء بانفراده أو باجتماعه مع الآخرين، وتختلف هذه اللوائح تبعا لما يترأسى عليه ملاكها أو المأذون لهم في استعمالها، وهي مع ذلك تخضع بالنسبة لاعتبار أحكام الشريعة الإسلامية إلى قواعد وأحكام الإجارة التي تنظم مثل هذا الانتفاع، أو أحكام الانتفاع بالمرافق المشتركة في عدد أحوالها كذلك.

فأما التي تخضع لأحكام الإجارة؛ فيكون ذلك أيضا مراعى فيه أمران:

أحدهما: أولوية أهل المجمع بالإجارة لمرافقه عن غيرهم؛ فلا يقدم عليهم غيرهم في استغلال مرافقه، إن ضاق الأمر عن الاتساع لأهله وغيرهم.

ثانيهما: تغليب حكم الاستحقاق بالسبق بين أهل المجمع؛ فيكون المستحق للاستغلال الأسبق إلى طلبه.

وفي حال إمكانية استغلال المرفق لأكثر من مهمة؛ فإنه تعد جميع المهام على قدم المساواة ما لم يتم الاتفاق على تمييز تلك المهام بعضها على بعض بحيث يحظى بعض هذه المهام بأولوية في التقديم على غيره، ومثال ذلك دور المناسبات، وهي بطبيعة الحال تصلح للعديد من المهام المتفاوتة إلى حد التضاد كالاستعمال في العزاء، والاستعمال في الأفراح وسائر المناسبات، ومن ثم يقدم ما يتفق منها على تقديمه على غيره.

وبذلك فإن تقديم غيره عند الخلو من المزاومة يكون مرهونا بعدم حصول المزاومة وقت الحدث، وهو ما يظهر فيما يجري فيه الحجز للمناسبة مسبقا، بينما يجري الأمر في بعض المناسبات المستحقة للتقديم دون حجز مسبق قبل وقت الاستغلال، وإنما يتم استئجار وقت الاستغلال بالفعل ليكون بذلك كل عقد سابق ملغى ما لم يتم الشروع في تنفيذه بالفعل فيكون بذلك قد فات وقت إلغائه، ولزم تنفيذ العقد بنصومه.

وأما صيانة مثل هذه المرافق؛ فإنها تخضع لاعتبارين شرعيين:

أحدهما: توزيع نفقات الصيانة بقدر رؤوس المستحقين، وذلك كحصة القاسم يقسم بين الورثة على مذهبي الإمامين «مالك» و«الشافعي»^(١)، وذلك باعتبار عدد هؤلاء المستفيدين؛ فكان توزيع النفقات بقدر رؤوسهم، وقد يكون ذلك خيارا مفضلا في حال عدم وجود عوائد لتلك المرافق.

ثانيهما: أن توزع النفقات بقدر حصصهم، وذلك أن العائد الذي يعود عليهم من تلك المرافق بفرض استغلالها يتفاوت بقدر الحصص؛ فكان عبء نفقات صيانة تلك المرافق بقدر تلك الحصص مراعاة لحال الملاك؛ إذ إنه قد يكلف أحدهم حصة الصيانة ما يزيد على ما يجنيه من عوائدها لو قلنا بالتقسيم على قدر الرؤوس كما في الاعتبار السابق، وذلك الاعتبار كحصة القاسم الذي يقسم بين الورثة على مذهبي الإمامين أبي حنيفة^(٢) والشافعي.

الخاتمة

وفيها أهم نتائج البحث والتوصيات.

أما نتائج البحث فهي:

١. حقوق الارتفاق: كل ما ثبت لجهة ما على غيرها من الأمور المنتفع بها مما تقبل الشركة فيها.

(١) شرح الخرشبي ج ٦، ص ١٨٦ - المهذب، ج ٤، ص ٤٢٠.

(٢) الاختيار للموصلبي، ج ٢، ص ٧٤.

٢. الاصطلاح المتداول على السنة القانونيين من استخدامهم التعبير عن الحقوق المقررة لعقار على عقار آخر بأنها حقوق ارتفاق إنما هو اصطلاح حادث، الغرض منه تناول عدد من الحقوق التي اصطلح على ثبوتها لعقار على غيره.

٣. الفقهاء يطلقون في العادة الشرب في إرادة ما يشمل سقي الأرض والزرع دون الذي يقتصر على شرب الإنسان نفسه وحيوانه، والذي يطلقون عليه اسم (الشفة).

٤. الانتفاع بالمياه العامة غير المملوكة جائز لكل شخص كان دون تمييز، لأن الماء في الأصل مباح غير مملوك، إلا أنه قد يملك بطريق الاستيلاء عليه وإحرازه، وهذا ما يسمى بشركة (الإباحة)، وتطهير المياه العامة يكون من بين المال.

٥. مياه الأنهار الخاصة كالنهر الذي يجري في ملك شخص ما ليس فيه حق للعامة إلا شربهم لأنفسهم وشرب حيواناتهم مما يفضل بعد أخذ أصحابها حاجتهم منها، وهو حق الشفة، ونفقات النظافة تقع على أصحابها.

٦. حق الإجراء حق ثابت لعقار على عقار آخر يخول به للمالك الأول إجراء مائه إليه على الثاني.

٧. حق المسيل هو حق إسالة الماء الفائض عن الحاجة أو غير صالح من الأرض المرتفعة إلى الأرض المرتفق بها أو مروراً بها إلى مصرف عام.

٨. حق المرور هو ما يثبت لأرض من حق في المرور إليها على أرض أخرى مجاورة، وحق المرور قد يثبت على عقار شائع غير مملوك، وذلك كما في حالة المرور على الشوارع والطرق العامة غير المملوكة.

٩. حق الجوار هو حق ثابت لأرض على أرض أخرى مجاورة لها يترتب عليه تقييد صاحب كل منهما في تصرفاته وأفعاله التي يقوم بها في ملكه، فيمنع من كل تصرف يضر بجواره، وبهذا فهو حق سلمي في أكثر أحواله.

١٠. حق التعلي أو حق العلو: هو حق الجزء الأعلى من البناء الذي يتكون من بناءين أو من أبنية متعددة مترادفة فوق بعضها. في أن يعلو ويستقر على البناء الأسفل منه، والمملوك لغيره.

١١. أسباب حق الارتفاق في الفقه الإسلامي هي الشركة العامة، والمعاوضة المالية واشتراط حق الارتفاق في عقد معاوضة، والتبرع بحق الارتفاق، وثبوت حق الارتفاق بسبب الضرورة، وإحياء الموات، والجوار، وشراء العلو.

وأما التوصيات فهي:

١. كما أثبت الفقهاء بالأمس الأحكام المتناسبة لحقوق الارتفاق القائمة في عصرهم، فإننا اليوم في أمس الحاجة لاستكمال ما بدأوه، وتعمير ما شيده من أجل المسائل الزاخرة بأحكام الشريعة المتناسقة، وخاصة في مجال الحقوق التي تأخذ كل يوم في عصرنا هذا طابعا جديدا ينسجم بما تفرزه لنا الحياة العصرية من أنماط في المعاملات والعلاقات بين الناس لم تكن معهودة من قبل، حيث تنتقل تلك الأنماط الحياتية المختلفة إلينا محملة بعباءات وأعراف وشروط وقيود غير مألوفة في عالمنا، ويحتاج الأمر منا إلى النظر في تلك الأنماط وما حمل عليها من تلك العادات للتفريق فيها بين ما يقبل التجاوز والإقرار وما لا سبيل معه سوى الرد والإنكار، وما يمكن تطويعه ليصير سائغا مشروعا، وما يلزم نبذه لكونه فاحشا ممنوعا.

٢. يوصي الباحث بدراسة العقود الحديثة المتعلقة بحقوق الارتفاق دراسة فقهية لكل عقد بشكل منفصل تجمع فيها الفروع، وتفصل فيها الأحكام، وتبين فيها قواعد الاستدلال، مع بيان القوانين الحاكمة لها وموقف الشرع منها.

المراجع

كتب السنة:

١. موطأ الإمام مالك بن أنس (مطبعة الحلبي).
٢. صحيح البخاري لأبي عبد الله محمد بن إسماعيل بن إبراهيم البخاري، (مطبعة المنيرية).
٣. المنتقى من أخبار المصطفى، لمجد الدين أبي البركات عبد السلام ابن تيمية الحراني، (المطبعة الرحمانية بمصر).

كتب الفقه:

أ. المذهب الحنفي:

١. المبسوط، لأبي بكر محمد بن أبي سهل السرخسي، (مطبعة دار المعرفة - بيروت).
٢. تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق. لفخر الدين عثمان بن علي الزيلعي - (المطبعة الأميرية بمصر).
٣. شرح فتح القدير، لكamal الدين بن محمد المعروف بابن الهمام (مطبعة مصطفى محمد بمصر).
٤. حاشية رد المحتار على الدر المختار لمحمد أمين المشهور بابن عابدين، (مطبعة الحلبي).
٥. مرشد الحيران إلى معرفة أحوال الناس في المعاملات الشرعية، لمحمد قدرى باشا، (مطبعة المكتبة المصرية).

ب. مذهب المالكية:

١. المدونة الكبرى للإمام مالك بن أنس، (مطبعة السعادة بمصر).
٢. المنتقى شرح موطأ مالك، للبايجي (مطبعة السعادة بمصر).
٣. مواهب الجليل لشرح مختصر الخليل، للحطاب، (مطبعة السعادة بمصر).
٤. حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، (مطبعة دار إحياء الكتب العربية).

ج. مذهب الشافعية:

١. المذهب في فقه الإمام الشافعي، للشيرازي (مطبعة الحلبي).
٢. مغني المحتاج، لمحمد الشربيني، (مطبعة الحلبي).
٣. نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، لأبي الضياء، (مطبعة الحلبي).
٤. حاشية البجيرى، (مطبعة مصطفى محمد بمصر).

د. المذهب الحنبلي:

١. المغني لابن قدامة، (مطبعة دار المنار).
٢. مجموعة فتاوى شيخ الإسلام ابن تيمية (مطابع الرياض).

هـ. المذهب الظاهري:

١. المحلى لابن حزم، (مطبعة الإمام بمصر).

كتب فقهية حديثة:

١. الشريعة الإسلامية تاريخها وبعض نظرياتها العامة، للأستاذ بدران أبو العينين، (مطبعة النجاح - الإسكندرية).
٢. الفقه الإسلامي مدخل لدراسته، للدكتور يوسف موسى، (مطابع دار الكتاب العربي).

٣. المدخل الفقهي العام، للدكتور مصطفى أحمد الزرقا، (مطبعة الحياة).

٤. مختصر أحكام المعاملات الشرعية، للشيخ علي الخفيف، (مطبعة السنة المحمدية).

٥. الملكية في الشريعة الإسلامية، للشيخ علي الخفيف، (مطبعة السنة المحمدية).

٦. القانون الجوي للدكتور محمود مختار بريري والدكتور عمر فؤاد، (مطبعة دار النهضة العربية).

٧. القانون الجوي، للدكتور أكرم ياملكي، (مطبعة دار الثقافة).

٨. القانون الجوي الدولي، للدكتور طالب حسن موسى، (مطبعة دار الثقافة).

٩. القانون البحري، للدكتور كمال حمدي، (شركة الجلال للطباعة).

١٠. شرح اتفاقية الأمم المتحدة لقانون البحار، للدكتور كمال أحمد (تحت الطبع).

الفهرس

٢٨٥	مفهوم حق الارتفاق وأنواعه
٢٨٥	مفهوم حق الارتفاق
٢٨٧	أنواع حق الارتفاق
٢٨٨	حق الشرب
٢٩٠	حق الإجراء
٢٩١	حق المسيل
٢٩٢	حق المرور
٢٩٤	حق الجوار
٢٩٥	حق التعلّي
٢٩٦	أسباب ثبوت حق الارتفاق
٢٩٧	الأسباب المنشئة
٣٠٤	الأسباب المثبتة
٣٠٥	حق الارتفاق الجوي والبحري
٣٠٥	حق الارتفاق الجوي
٣١٠	حق الارتفاق البحري
٣١١	أنماط حقوق الارتفاق المستحدثة
٣١٢	حق وقوف المركبات الخاصة في الطرق العامة
٣١٣	حق استغلال سائر المرافق العامة
٣١٤	حقوق استغلال المرافق الخاصة
٣١٦	الخاتمة
٣١٩	المراجع
٣٢١	الفهرس



حقوق الارتفاق

إعداد

الدكتور أحمد بن عبد العزيز الحداد
كبير مفتين بدائرة الشؤون الإسلامية بدبي
عفا الله تعالى عنه



بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

الحمد لله ولي التوفيق، والشكر له على ما أولانا من النعم التي على حصرها لا نطيق، وأكرمنا بخير رسول منقذ من كل ضيق، رسم لنا معالم الطريق، وأتى برفع الحرج والضيق.

أحمده في كل حال وعلى كل حال، بأجل مقال، وأشكره بأحسن الفِعال من الأقوال والأفعال.

والصلاة والسلام على سيدنا محمد وخير صحب وآل، في البكور والأصال إلى يوم المآل.

وبعد: فإن حقوق الارتفاق من أهم الحقوق، التي تتنازعها النفوس الشحيحة، وتورث البغضاء المقيته.

فقد تؤدي إلى الضغينة والقطيعة، وتلك لعمر الله حائلة مشينة، لا تليق بحال المسلمين الذين يجب أن يكونوا متحابين، متراحمين وعلى الخيرات متعاونين. لذلك عني الإسلام باستقصاء هذه الحقوق عند التشاح، ليكون ذلك قاطعا للحاجة وحاملا على الإصلاح.

ونظرا لكثرة تشعب هذه الحقوق، وتبعاتها من الشقاق والعقوق، فقد كان يحثها عويصا، فتحتاج تدقيقا وتمحيصا، وغورا في الفهم والاستدلال، والاستنباط والإعلال.

وقد حاولت أن أجمع شتات هذا الموضوع، فأتيت بالمحمول والموضوع، ونسقت بحته ببيان الجائز والمنوع وذلك حسب الخطة المرسومة، والأوقات المتاحة والمراجع المعلومة.

وأرجو الله تعالى أن أكون قد وفقت في بحثه وطرحه، وأن ينفع به كما نفع بأصله، وبالله التوفيق وعليه التكلان، وصلى الله وسلم على سيدنا محمد سيد ولد عدنان، وعلى آله وصحبه ما اختلف الملوان وتعاقب النيران.

تعريف حقوق الارتفاق:

الحق لغة: ضد الباطل وهو مصدر: حق الشيء من بابي ضرب وفعل، إذا

وجب وثبت، ومنه قوله تعالى: (فحق علينا قول ربنا) وجمعه حقوق، ويقال لمرافق الدار: حقوقها^(١) قال الجرجاني: الحق في اللغة هو الثابت الذي لا يسوغ إنكاره^(٢) أما الارتفاق لغة فهو: الانتفاع، يقال: ارتفعت بالشيء أي انتفعت به مأخوذ من الرفق الذي هو ضد العنف، يقال: رفق به وترفق؛ إذا لان له في الخطاب^(٣) ومصدره الميمي مرفق كمرصد، ومنه قوله تعالى: (ويهيئ لكم من أمركم مرفقاً) الكهف ١٦. أي ما يرتفق به الإنسان.

وفي الاصطلاح هو: حق مقرر على عقار لمنفعة عقار آخر.

أو هو: تحصيل منافع تتعلق بالعقار^(٤)

ومن تعريف جزئي الكلمة يحصل لنا تعريف واحد لحقوق الارتفاق يمكن إحصاءه بأنه: ما يثبت للعقار من المنافع اللازمة له التي يتوقف عليها الانتفاع بالعقار، أو كماله.

ويدخل في هذا التعريف جميع أنواع الارتفاقات بمسمياتها القديمة والحديثة، وذلك مثل: الطريق، والموقف، والسقف، والجدار، والنادي، والحديقة، والمصعد، والمسبح، والتكييف والهاتف وأجهزة الاستقبال الفضائي.. ونحو ذلك.

فهذه المرافق من لوازم السكن التي لا يستغني عنها ساكن، سواء أكان مالكا للرقبة أم للمنفعة.

فالطريق سواء أكان طريق رجل أم سيارة، هي ضرورية للساكن حيث يتوصل بها إليه دخولاً وخروجاً.

والموقف لسيارته أمر لا يستغني عنه، فهو كالإسطبل للدواب.

والسقف الذي يستظل به إن كان تحت، أو ينبسط عليه إن كان فوق، هو ضرورة كذلك، حيث لا يتم السكن في البيت إلا بذلك.

(١) المصباح المنير مادة حق ١٥٦/١.

(٢) التعريفات ص: ٨٩.

(٣) المصباح المنير ٢٥١/١.

(٤) الموسوعة الفقهية الكويتية ٣/ ١٠ مادة ارتفاق.

والجدار الذي يفصله عن غيره، ويحتاج إلى أن يستند إليه جهاز تكييفه أو مسماراً لحوائجه هو كذلك من لوازم سكنه.

والمصعد للبيت المتعدد الأدوار هو كذلك كالطريق، قد تكون الحاجة إليه ضرورية لاسيما إن كان يسكن في الأدوار العالية.

والنادي والمسبح هما كذلك من حاجيات السكن، حيث يتم بهما تمام المنفعة. والحديقة كذلك يحتاج إليها إذا كانت في فناء الدار، فلا يمكن أن يحرم من الاستمتاع بها؛ فهي كما قيل كالرئة التي يتنفس بها الإنسان والحيوان. وأجهزة التبريد والتكييف أو التدفئة إذا كانت مركزية لا بد أن يكون شريكاً فيها بقدر حاجته إليها.

وكذلك خطوط الهاتف الثابت وتقوية البث الإذاعي والتلفزيوني، هي من حاجيات السكن.

فهذه وغيرها يشملها مسمى: حق الارتفاق الذي يجدر بحشه وبيانه وتفصيله، ليُعلم حكم الشرع فيه؛ ما يجب منه، وما يلزم فيه، وهل هو من لوازم الملكية الكاملة أو الناقصة، بحيث لا يحتاج لأن يفرد بعقد؟ أم لا بد من إفراده بعقد يلزم منه ثمن جديد لنيله أو حرمان منه لعدمه؟ وهذا ما سيتناوله البحث إن شاء الله تعالى:

ولا ريب أن هذه المسألة من أهم المسائل الاجتماعية، في المدينة والبادية على حد سواء، لما يترتب عليها من نزاع وخلاف، وهي من أعقد المسائل في الفقه الإسلامي، حتى قال عنها العلامة حسام الدين الشهيد^(١): وجدت مسائل دعوى الحيطان والطرق ومسيل الماء من أصعب المسائل مرأماً، وأعسرهما التثاماً^(٢): اهـ يقول ذلك ومسائل الارتفاق كانت معدودة محدودة، فكيف ومسائلها اليوم قد أضحت أكثر بكثير مما كانت عليه، وأصعب وأعقد مما عرفت به.

(١) هو عمر بن عبد العزيز بن مازه الحنفي، صاحب الفتاوى الصغرى، والكبرى، والجامع الصغير، والمبسوط شيخ العلامة السرخسي صاحب المحيط، وأبي بكر المرغيناني صاحب الهداية. استشهد عام ٥٣٦هـ انظر: الجواهر المضية في طبقات الحنفية ٢/٦٤٩-٦٥٠.

(٢) كتاب الحيطان للشيخ المرجي النقي ص: ٢٢.

غير أننا بعون الله تعالى وتوفيقه سنأتي على أهمها، ونجلي خفيها بمشيتته سبحانه وتعالى وتوفيقه، وقبل ذلك نبدأ بتأصيل هذه المسألة شرعاً ووضماً.

الأصل في حقوق الارتفاق:

يمكن أن تخرج حقوق الارتفاق على قواعد شرعية وأصول مرعية منها:

١. قاعدة: ما لا يتم الواجب إلا به فهو واجب^(١).

٢. قاعدة: الوسائل لها أحكام المقاصد^(٢).

٣. قاعدة: الحريم له حكم ما هو حريم له^(٣).

فاندراج أحكام الارتفاق في القاعدة الأولى واضح، حيث لا يتمكن صاحب الدار من الاستفادة والانتفاع بداره إلا بطريق يوصله إليه، وموقف يوقف سيارته فيه ونحو ذلك، فإذا توقفت منفعته على هذه المرافق كانت من لوازم الدار.

وتندرج في القاعدة الثانية كذلك؛ حيث إن الساكن لما كان لا يصل إلى سكنه، أو لا يحقق كمال الانتفاع بسكنه إلا بوسيلة توصله إليه، فإن هذه الوسيلة تأخذ حكم المقصد الذي يقصده فيضحى الارتفاق بالطريق أو المصعد أو الموقف أو التكييف أو نحو ذلك مقصوداً كالسكن نفسه.

وتندرج كذلك في القاعدة الثالثة اندراجاً واضحاً، فقد قال الإمام السيوطي رحمه الله تعالى: ويندرج في هذه القاعدة «الحريم له حكم ما هو حريم له» حريم المعمور فهو مملوك لمالك المعمور في الأصح، ولا يملك بالإحياء قطعاً. أي ليس لأحد أن يبيحه فيكون له، بل هو محيي بإحياء المعمور فمالك المعمور يستحق مرافقه^(٤).

وحريم المسجد حكمه حكم المسجد، ولا يجوز الجلوس فيه للبيع ولا للجنب،

(١) هذه قاعدة مشهورة ذكرها كثير من العلماء من فقهاء ومفسرين ومحدثين. انظر: مثلاً: المنشور في

قواعد الفقه للزركشي ١/٢٣٥، وروضة الناظر ص: ٤٥، والأحكام للآدمي ٤/٢٣١ وغيرها.

(٢) انظر: شرح منتهى الإرادات ١/٨٩.

(٣) الأشباه والنظائر للسيوطي ٢/٢٧٩.

(٤) كفاية الأختار لحصني ص: ١/٤٠٧ وقال: والصحيح أنه يملكه كما يملك عرصة الدار ببناء الدار.

ويجوز الاقتداء فيه بمن في المسجد والاعتكاف فيه^(١).
ومن خلال التأصيل الفقهي؛ نعلم أن الارتفاق في الدور ونحوها يعتبر حقاً من حقوق الساكنين، مالكين كانوا أو مستأجرين، حيث لا بد لهم منها، فكان من لوازم الملك أو السكنى.

أنواع الارتفاقات:

دأب فقهاء الحنفية رحمهم الله تعالى على تقسيم حقوق الارتفاق إلى سبعة أقسام

هي:

١. حق الشرب

٢. حق المجرى

٣. حق المرور

٤. حق الجوار

٥. حق الشفة

٦. حق المسيل

٧. حق التعلّي^(٢).

وأعادها الإمام الماوردي الشافعي رحمه الله تعالى إلى ثلاثة أنواع:

الأول: ما يختص فيه بالصحاري والفلوات.

الثاني: ما يختص فيه بأفنية الأملاك.

الثالث: ما يختص بالشوارع والطرق.

وذلك نظراً لتضييق مفهوم الارتفاق عنده، حيث قصره على ارتفاق الناس بمقاعد الأسواق، وأفنية الشوارع، وحریم الأمصار، ومنازل الأسفار^(٣).
إلا أن قصرها على هذه الأنواع لا ينفي ما عداها مما ذكره السادة الأحناف، بدليل أن هذه الأمور السبعة التي ذكرها السادة الأحناف هي من مفهوم الإرفاق عند الشافعية وغيرهم، لكنها تدخل في باب التزاحم في الحقوق، وتبحث في الصلح ونحوه من أبواب الفقه.

(١) الأشباه والنظائر للسيوطي ١/ ٢٨٠.

(٢) انظر: بدائع الصنائع ٥/ ١٦٤ وحاشية رد المحتار ٧/ ٢٧٢-٢٧٦.

(٣) الأحكام السلطانية ص: ١٦١، ونحوه في المغني لابن قدامة ٥/ ٣٣٦.

لذلك سأسلك مسلك السادة الأحناف في تقسيم هذه الحقوق...

فحق الشرب، بالكسر أي النصيب من الماء أو نوبة الانتفاع بالماء وسقيا الزرع والدواب^(١) ومثله حق المجرى، أي مجرى السيل والوادي، وذلك ليصل الماء من نهر أو سيل أو عين أو نبع إلى مزرعته؛ فهذا حق تقتضيه الحاجة، وقد قضى به النبي ﷺ للزبير رضي الله تعالى عنه، لما أراد الأنصاري أن يمنعه منه، فقال عليه الصلاة والسلام: «استق يا زبير ثم أرسل الماء..» ثم قال: «استق حتى يبلغ الجدر»^(٢). وقول عمر بن الخطاب رضي الله تعالى عنه لمن منع جاره من إرسال الماء في أرضه: (والله ليمرّن به ولو على بطنك)^(٣)

ومثله حق الشئفة، يعني الشرب، وهو ما يخص الإنسان والحيوان من الماء لشربه وهذا أمر مشاع لكل إنسان أو حيوان لحديث: «المسلمون شركاء في ثلاث: في الماء والكلأ والنار»^(٤) وجاء في رواية: ((وثمنه حرام))^(٥).

فيشرع للإنسان أن يأخذ ما يحتاجه لنفسه أو دابته ما فضل عن حق أخيه بضمن مثله إن لم يمنحه من عنده، ولا يحل له أن يمنعه، فإن منعه فله مقاتلته لأنه يحفظ بذلك مهجته وذلك واجب عليه كما هو معلوم من المقاصد الشرعية في حفظ الكليات الخمس الضرورية، وقد قال صلى الله عليه وسلم: ((أكبر الكبائر الشرك بالله وحقوق الوالدين ومنع فضول الماء بعد الجري ومنع طروق الفحل إلا بمحل))^(٦) وقال: ((لا يمنع فضل الماء ليمنع به الكلال))^(٧)

(١) التعريفات الفقهية للمجدي ص: ١٢١.

(٢) أخرجه مسلم في برقم ٢٣٥٧.

(٣) أخرجه مالك في الموطأ ٢/١٢٢ والبيهقي ٢ الكبرى ٦/١٥٧ من حديث يحيى بن سعيد الأنصاري مرسلًا. وابن عبد البر في الاستذكار ٧/١٩٢.

(٤) أخرجه أبو داود من حيث رجل من المهاجرين من أصحاب النبي صلى الله عليه وسلم برقم ٣٤٧٧. والبيهقي في الكبرى ٦/١٥٠ من حديثه رضي الله تعالى عنه، ومعلوم أن جهالة الصحابي لا تضر لمقتضى العدالة.

(٥) أخرجه ابن ماجه في الرهون برقم ٢٤٧٢ من حديث ابن عباس رضي الله تعالى عنهما.

(٦) أخرجه هناد في الزهد ٢/٤٨٢ عن ابن بريدة.

(٧) أخرجه البخاري في برقم ٢٢٢٦ ومسلم في برقم ١٥٦٦ من حديث أبي هريرة.

وقال: ((ثلاثة لا ينظر الله إليهم يوم القيامة ولا يزيهم ولم عذاب اليم: رجل على فضل ماء بطريق يمنع منه ابن السبيل...))^(١) زاد في رواية ((يقول الله: اليوم أمنعك فضلي كما منعت فضل ما لم تعمل يدالك))^(٢)

وحق المرور ثابت لصاحب البستان، أو الثمر في البستان، أو صاحب الدار أو ساكنه .. حيث لا يتوصل إلى استيفاء حقه إلا به، وقد ترجم البخاري في المساقاة من صحيحه عن هذا الحق بقوله: باب الرجل يكون له ممر أو شرب في حائط أو نخل^(٣).

ومعلوم أن فقه البخاري في تراجمه، وقد علق عليه الحافظ ابن حجر رحمه الله تعالى بقوله: هذا كله من كلام المصنف استنبطه من الأحاديث المذكورة في الباب^(٤) ثم نقل عن ابن المنير قوله: وجه دخول هذه الترجمة في الفقه؛ التنبيه على ما إمكان اجتماع الحقوق في العين الواحدة، هذا له الملك، وهذا له الانتفاع، قال: وهو مأخوذ من استحقاق البائع الثمرة دون الأصل فيكون له حق الاستطراق لاقتطافها في أرض مملوكة لغيره^(٥) ..

وهذا ما نصت عليه مجلة الأحكام العدلية في المادة رقم ١٢٢٥ ونصها: إذا كان لواحد حق المرور في عرصة آخر فليس لصاحب العرصة أن يمنعه من المرور والعبور.

وجاء في شرحها: أن من ثبت له حق المرور بالرجل فله المرور بالرجل والحافر، ونقل عن (جامع الفصولين) قوله: إن من شرى شجرة وقطعها، واستأجر أرضاً بجانب الشجرة ولهذه الأرض المستأجرة طريق في بستان رجل؛ فلمشتري الشجرة

(١) أخرجه البخاري في الإيمان والنذور، باب اليمين بعد العصر برقم ٢٥٢٧.

(٢) أخرجه البخاري في المساقاة، باب من رأى أن صاحب الحوض والقربة أحق بمائة برقم ٢٢٤٠.

(٣) صحيح البخاري ١١٢/٣.

(٤) وهو حديث ابن عمر رضي تعالى عنهما قال: سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول: من ابتاع نخلاً بعد أن تؤبر فثمرتها للبائع إلا أن يشترط المبتاع .. وحديث زيد بن ثابت رضي الله تعالى عنه أنه صلى الله عليه وسلم رخص أن تباع العرايا بخرصها ثمراً، وحديث أبي هريرة ورافع بن خديج رضي الله تعالى عنهما في العرايا وغيرها.

(٥) فتح الباري ٥/٥٠، ونحوه في عمدة القاري للعيني ١٢/٢٢٢.

أن يمر في هذا الطريق بمخشبه ودوابه للحاجة إلى الطريق^(١) وحق الجوار، وهو الناشئ عن تلاصق الحدود وتجاورها، وهو حق ثابت يجعل لكل من الجارين الحق في الارتفاق بعقار جاره بشرط عدم الضرر البين بالآخر^(٢).

وقد عنيت الشريعة الإسلامية بهذا الحق عناية كبيرة، حيث عظم الله تعالى من شأن الجار، وجعله قرين الوالدين في الإحسان والرعاية، كما قال سبحانه:

﴿وَأَعْبُدُوا اللَّهَ وَلَا تُشْرِكُوا بِهِ، سَبِيحًا وَيَا أُولِي الْإِيمَانِ احْسَنَّا إِلَىٰ ذِي الْقُرْبَىٰ وَالْيَتَامَىٰ وَالْمَسْكِينِ وَالْجَارِ ذِي الْقُرْبَىٰ وَالْجَارِ الْجُنُبِ وَالصَّاحِبِ بِالْجَنبِ﴾ [النساء ٣٦] أي: وأن تحسنوا إلى الجار قريباً كان أو غير قريب، لأن الجار مدعاة للنصرة والحماية.

ونظراً لما قد يكون بينهم من الاحتكاك المفضي إلى الخلاف؛ فقد أوجب الله تعالى أن يحل محله الإحسان والفضل، لا استقصاء الحقوق والعدل، وهذا ما بينته السنة المطهرة في أحاديث كثيرة، منها قوله صلى الله عليه وسلم: ((ما زال جبريل يوصيني بالجار حتى ظننت أنه سيورثه))^(٣)

ومنها قوله عليه الصلاة والسلام: ((والله لا يؤمن، والله لا يؤمن، والله لا يؤمن، قيل: ومن يا رسول الله؟ قال: الذي لا يأمن جاره بوائقه))^(٤)

ومنها قوله عليه الصلاة والسلام: ((لا يمنع جار جاره أن يفرز خشبة في جداره)) ثم يقول أبو هريرة رضي الله تعالى عنه: ما لي أراكم عنها -أي هذه السنة- معرضين؟! ثم قال: والله لأرmeen بها بين أظهركم^(٥) أي أحلكم مسئوليتها إن لم تطبقوها.

(١) شرح المجلة ١/ ٦٧٢.

(٢) انظر الفقه الإسلامي وأدلته للدكتور وهبة الزحيلي ٥/ ٦١٠.

(٣) أخرجه البخاري في الأدب، باب الوصاة بالجار برقم ٦٠١٤ من حديث عائشة رضي الله تعالى عنها.

(٤) أخرجه البخاري في الأدب، باب إثم من لا يأمن جاره بوائقه برقم ٦٠١٦ من حديث أبي شريح يرفعه إلى النبي صلى الله عليه وسلم.

(٥) أخرجه البخاري في المظالم، باب لا يمنع جاره أن يفرز خشبة في جداره برقم ٢٣٣١.

وكانه رضي الله تعالى عنه يرى أن هذا حق لازم للجار؛ أن يرتفق بمجدار غيره، إذا لم يضره، فقد قال الخطابي: معناه إن لم تقبلوا هذا الحكم وتعملوا به راضين لأجعلها - أي الخشبة - على رقابكم كارهين، وأراد بذلك المبالغة، وبهذا التأويل جزم إمام الحرمين تبعاً لغيره كما ذكره الحافظ في الفتح^(١)

قلت: وهذا ما ذهب إليه جمهور العلماء، إلا أنهم اختلفوا هل ذلك على سبيل الوجوب أم الندب؟ فقد قال الإمام النووي رحمه الله تعالى: واختلف العلماء في معنى الحديث، هل هو على الندب إلى تمكين الجار من وضع الخشب على جدار جاره، أم على الإيجاب؟ وفيه قولان للشافعي وأصحاب مالك، أصحهما في المذهبين الندب، وبه قال أبو حنيفة والكوفيون، والثاني الإيجاب، وبه قال أحمد وأبو ثور وأصحاب الحديث وهو ظاهر الحديث^(٢) اهـ

والقول بالوجوب أخذت به مجلة الأحكام العدلية فقد جاء في مادتها ١٢١٠ ما نصه: أما إذا أراد أحدهما بناء بيت في عرصته فله أن يضع رؤوس جذوعه على الحائط وليس لشريكه منعه، بل يقال له: ضع أنت مثل ذلك إن شئت^(٣).. اهـ
وحق التعلّي: وهو حق القرار الدائم، أو الاستناد لصاحب الطبقة العليا على الطبقة السفلى والانتفاع بسقوفها، مثل الملكية المشتركة للطوابق الحديثة^(٤).

فهذا من أهم الحقوق لاسيما في المدينة الحديثة التي اتخذت من الأبراج والعمائر ذوات الطوابق المتعددة؛ سمة من أهم سماتها، حيث أصبحت هذه البنايات الضخمة تضم مئات الشقق والوحدات السكنية بعضها فوق بعض، وجوار بعض، وتباع على المخطط بفوارق الأسعار بين دور وآخر، وكل شقة لها حكم في هذا الحق؛ لأنها فوق أخرى، وتحت أخرى، فالسقف الذي هي عليه مشترك بينها وبين من هي تحته، فإنه ساتر لصاحب السفلى، وأرضه لصاحب العلو، فله الانتفاع به

(١) ١٣٢/٥ (١)

(٢) شرح مسلم ٥١/١١.

(٣) مجلة الأحكام العدلية ١/٦٦٤.

(٤) الفقه الإسلامي وأدلته ٥٨٦٠٨.

بحسب العادة، كما هو لصاحب السفل^(١) لأن كلاً منهما معني بالانتفاع به من غير إضرار بالآخر، ومن أحدث فيه ضرراً بتقصير منه أو تعدد كان مسئولاً عن إعادته. فإن لم يكن تعدياً من أحدهما، وأراد أحدهما إعادة بنائه دون الآخر، فقد اختلف العلماء في إلزام الممتنع بذلك..

فذهب السادة الحنفية والشافعية وإحدى الروایتين في مذهب أحمد إلى أنه لا يجبر الممتنع، لتضرره بإعادة البناء، لأنه المالك حقيقة للسقف، والمالك لا يجبر على بناء ما يملك، إذ الضرر لا يزال بالضرر، ولعموم حديث: لا يحل مال امرئ مسلم إلا بطيب من نفسه^(٢)

وذهب السادة المالكية وهو القول القديم للشافعي، والرواية الثانية عند أحمد أنه يجبر على ذلك، لیتسنى لصاحب العلو بناء علوه عليه، إذ لو لم يجبر لضاع حق صاحب العلو^(٣) قال في الشرح الكبير: يجبر صاحبه -أي السقف- على بنائه مع اختصاصه بملكه، لأن الظاهر أن صاحب العلو ملكه مستحقاً لإبقائه على حيطان السفل دائماً، فلزم السفل تمكينه مما يستحقه^(٤).

ولعل هذا من قبيل الاستحسان فقط لحفظ حقوق الجيران، وإلا فقد اتفق العلماء على أن العلو حق لمن ملك السفل لا ينازعه في ذلك منازع. فقد نص العلامة القرافي على ذلك في فروقه^(٥) في مسألة الفرق بين قاعدة الأهوية وبين قاعدة ما تحت الأبنية؛ حيث نص على أنه لا فرق بين الأمرين؛ مستدلاً على ذلك بأن من ملك موضعاً له أن يبني فيه ويرفع فيه البناء ما شاء ما لم يضر بغيره، وأن له أن يحفر فيه ما يشاء ويعمق ما شاء ما لم يضر بغيره. ثم نقل

(١) منهاج الطالبين للإمام النووي بتحقيق الباحث ١٣٧/٢.

(٢) أخرجه أحمد في المسند ٧٢/٥ والبيهقي في الكبرى ١٠٠/٦ من حديث أبي حرة الرقاش عن عمه رضي الله تعالى عنه.

(٣) حقوق الارتفاق في الجوار الملاصق لعبد الله الموس بحث في المجلة الأحمدية العدد ١٩ ص: ١٠٥ - ١٠٦.

(٤) الشرح الكبير ٤٨/٥.

(٥) ٤٠/٣.

الاتفاق على أن الأهوية تابعة لحكم الأبنية، قال: فهواء الوقف وقف، وهواء الطلق طلق، وهواء الموات موات، وهواء المملوك مملوك، وهواء المسجد له حكم المسجد، فلا يقربه الجنب والحائض، ثم قال: ومن ثم لم يختلفوا في ملك ما فوق البناء من الهواء اختلافهم في ملك ما تحته من تخوم الأرض، بل قد نص أصحابنا على بيع الهواء لمن ينتفع به وأنه يمنع بيع هواء المسجد والأوقاف إلى عنان السماء.

نشوء حقوق الارتفاق في الأملاك العامة والخاصة:

تنشأ حقوق الارتفاق من ضروريات الحياة وحاجياتها للانتفاع بالمرافق العامة أو الخاصة، وذلك أخذاً بمبدأ الشريعة العام في إباحة ما ينفع الناس في الأرض، مما لا يشكل ضرراً بالغير، لأن الله تعالى خلقها لهم كما قال سبحانه: ﴿وَالْأَرْضَ وَصَعَمَهَا لِلْأَنْبَاءِ﴾، وقال: ﴿هُوَ الَّذِي خَلَقَ لَكُمْ مَّا فِي الْأَرْضِ جَمِيعًا﴾ أي لتتفعوا بها إحياء وسكنى وغير ذلك، ولذلك قال صلى الله عليه وسلم: ((من أحيأ أرضاً ميتة فهي له، وليس لعرق ظالم حق))^(١) وقال: ((من أحاط حائطاً على أرض فهي له))^(٢) ليؤصل ذلك المعنى الذي دلت عليه الآية الكريمة، ولذلك قال عروة راوي الحديث: «أشهد أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قضى: أن الأرض أرض الله، والعباد عباد الله، فمن أحيأ مواتاً فهو أحق به، جاءنا بهذا عن رسول الله صلى الله عليه وسلم الذين جاؤوا بالصلاة عنه»^(٣).

إشارة إلى تشريعه صلى الله عليه وسلم لذلك، وأنه كما شرع لأمته أمر الصلاة التي هي عماد الدين، وهي حق الله تعالى، فكذلك شرع حقوق العباد التي تتزاحم فيها الحقوق، وتتشاح فيها النفوس.

(١) أخرجه مالك في الموطأ، باب القضاء في عمارة الموت ١٢١/٢ وأبو داود في الخراج والفيء، باب

إحياء الموات برقم ٣٠٣٧ والترمذي في الأحكام، برقم ١٣٧٨ من حديث عروة.

(٢) أخرجه أبو داود في الباب السابق برقم ٣٠٧٧ من حديث سمرة.

(٣) هذه إحدى روايات أبي داود برقم ٣٠٧٦.

ولذلك أولى علماء الإسلام هذه المسألة مزيد عنايتهم فبينوا أسبابها وأحكامها العامة والخاصة بتفصيل دقيق.

وقد ذكروا من أسباب نشوء هذه الحقوق ما يلي:

١. إذن الشارع، وذلك في الأموال العامة التي تكتسب بطريقة الحياة والاستخراج من الأماكن العامة والاستحقاق للانتفاع من المرافق العامة، أو المباحات وذلك بالإحياء أو غيره.

٢. إذن المالك بالنسبة للأموال الخاصة.

٣. اقتضاء التصرف بثبوت الارتفاق كما في الإجارة والوقف.

٤. استصحاب الحال دون معرفة سبب نشوئه، وذلك بمضي المدة عليه وتوارثه من غير تحجر أو حيازة، كالطرق العامة والحدائق ونحو ذلك^(١).

ويمكن أن تنشأ حقوق ارتفاق أخرى غير ما ذكر، حسبما يجري به العرف وتقتضيه حاجة الناس.

فإن حدثت حقوق ارتفاق أخرى كان لها من الأحكام الشرعية ما يضبطها، ويحقق مقاصدها بين العباد، في ضوء الفقه الإسلامي المستنبط من الأدلة الشرعية، والقواعد الكلية والمقاصد المرعية.

حدود حق الارتفاق وضوابطه:

حقوق الارتفاق لها حدود مختلفة باختلاف أنواع الإرفاقات.

فالقرية لها حقوق إرفاق يخصصها بحسب ما تحتاج إليه من محتطب، ومرعى، وملعب، ونادي، ومصلى العيد، ومرتكض الخيل، ومناخ الإبل، ومطرح الرماد، ونحو ذلك.

والبئر ما يتصل بها من الأرض لثلاثي مجدها ما يضر بها، لا باطناً من حفر بئر ينشف ماؤها أو يذوبه، أو بغيره بطرح نجاسة يصل إليها وسخها، ولا ظاهراً كالبناء والغراس، مما يؤثر على موقف النازح والحوض والدولاب ومجتمع الماء ومتعدد الدواب، وقد قدره بعضهم بأربعين ذراعاً من كل جانب، وقد ورد من حديث أبي

(١) الموسوعة الفقهية الكويتية ١١/٣.

هريرة رضي الله تعالى عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: «في حريم البشر أربعون ذراعاً حواليتها كلها لأعطان الإبل والغنم وابن السبيل أو شارب، ولا يمنع فضل ماء ليمنع به الكلاء»^(١).

وقال مالك فيما سمعه عنه أشهب: لا يكون حريم الآبار إلا في الفلوات التي لا تملك،^(٢) يعني أما في البنيان أو في ملك الإنسان فإنه لا حريم لها. لأنها حينئذ في أرض محيأة وليست في موات.

الدار حريمها مطروح رماد وتراب وكناسة وثلج، ومصعب ميزاب، ما لم تكن محفوفة بدور كما في المدن والقرى المزدهمة، فإنه لا حريم لها يخصها، لكن لكل واحد منهم الانتفاع بالطرق والأزقة بحسب العادة ما لم يضر بالآخرين^(٣)، وإلا منع منه إذ: «لا ضرر ولا ضرار» كما ورد في الحديث^(٤)، وفي رواية: «لا ضرر ولا ضرار، من أضر أضر الله به ومن شاق شاق الله عليه»^(٥).

ضوابط حقوق الارتفاق:

إذا ثبت أن الارتفاق حق لمن كان له الانتفاع بتلك المنافع؛ من شرب أو مجرى الماء أو المرور في الطريق أو التعلّي أو نحو ذلك..

فما حدود ذلك الحق؟ هل له أن يتصرف فيه تصرف الملاك بيعاً وشراءً؟ وهل له أن يتوسع في ذلك بالبناء وفتح الأبواب ونحوها؟ وهل له أن يبيع الهواء؟ وهل له أن يجبر شريكه على البناء؟

لأن هذه الأمور مما تدخل في مفهوم الحق، فهل هو حق تملك؟ أم هو حق إباحة وانتفاع فحسب؟

(١) أخرجه أحمد في المسند ٢/٤٩٤.

(٢) فصول الأحكام لأبي الوليد الباجي ص ١٨٨.

(٣) أخرجه أحمد في المسند ٢/٤٩٤.

(٤) فصول الأحكام لأبي الوليد الباجي ص ١٨٨.

(٥) أخرجه ابن عبد البر في الاستذكار ٧/١٩٠ من حديث أبي سعيد الخدري رضي الله تعالى عنه،

وأخرج أبو داود في القضاء برقم ٣٦٣٥ والبيهقي في الكبرى ١٠/١٢٢ من حديث أبي صرمة

صاحب النبي صلى الله عليه وسلم نحو ذلك.

الذي ذهب إليه جمهور الفقهاء أنه حق إباحة وانتفاع، لا حق تملك لتشتري وتباع، فمن كان له حق في ذلك كان قاصراً عليه ما دام يملك العين التي استحق من أجلها الارتفاق، فإذا باع الأصل سقط حقه في الارتفاق، ولم يكن له حق في أن يبيع الارتفاق منفرداً. وقد توارت نقول الفقهاء على ذلك.

ففي مسألة الشارع؛ نقل السيوطي في الحاوي^(١) عن كثير من فقهاء الشافعية، المتقدمين منهم والمتأخرين، أن الإمام إذا أقطع أحداً موضعاً من الشارع كان المقطع أولى به من غيره للارتفاق خاصة دون التملك والبناء...

ونقل عن البغوي قوله: القطائع قسمان:

أحدهما: ما يملك وهو ما مضى من إحياء الموات

والثاني: إقطاع إرفاق لا تملك فيه كمقاعد الأسواق والطرق الواسعة، ويجوز للسلطان إقطاعه لكنه لا يملكه، بل يكون أولى به، ويمنع أن يبني دكة؛ لأنه يضيق الطريق ويضر بالضرير والبصير بالليل... اهـ

وفرق السادة الحنفية بين الطريق الخاص والطريق العام، فأجازوا بيع الطريق الخاص إلا أنه لا يملكه حتى يشتري الدار، وذلك لأنه وسيلة وليس غاية، فإذا لم تتحقق الغاية، فلا معنى للوسيلة، فجاز بيعه تبعاً لا استقلالاً، وقسموا الطرق ثلاثة أقسام:

طريق إلى الطريق الأعظم، وطريق إلى سكة غير نافذة، وطريق خاص في ملك إنسان، فالأخير لا يدخل في البيع بلا ذكره أو ذكر الحقوق أو المرافق، يعني لأنه يمكن إفراده ببيع كما تقدم..

أما الأولان فيدخلان بلا ذكر. يعني: لأنهما تابعان، ولا يفردان ببيع. وهذا ما نص عليه أبو حنيفة رحمه الله تعالى في سكة غير نافذة، فقال: ليس لأصحابها أن يبيعوها ولو اجتمعوا على ذلك، ولا أن يقسموها فيما بينهم، لأن الطريق الأعظم إذا كثر الناس فيه كان لهم أن يدخلوا هذه السكة حتى يخفف هذا الزحام.

وصرح به كذلك صاحب الخانية بقوله: ولا يجوز بيع مسيل الماء وهبته، ولا بيع الطريق بدون الأرض، وكذلك بيع الشرب^(١).

وصرحوا كذلك بعدم جواز بيع حق التعلّي، قالوا: لأنه يبيع الهواء، والهواء ليس بمال، لأن المال يمكن إحرازه وإمساكه، ولا هو حق متعلق بالمال، بل هو حق متعلق بهواء، وليس الهواء مال يباع، ولم يفصلوا في ذلك كما فصلوا في الطريق، إلا إذا كان العلو موجوداً فإنه يجوز لأنه يبيع شيئاً معلوماً^(٢).

وقد سئل أبو حنيفة رحمه الله تعالى عن الرجل يكون له البيت العلو فينهدم، فيقول له الرجل: يعني علوك، فباعه، لم يجوز، وإن كان العلو باقياً جاز، قال: لأن في الوجه الأول باع الهواء، وفي الوجه الثاني باع ما بقي من العلو وإن قل^(٣).

حقوق الارتفاق المستحدثة:

١. مواقف السيارات:

من أهم الإرفاقات في التخطيط العمراني المدني، مواقف السيارات، لما لهذه المواقف من أهمية لدى الساكنين، حيث لا غناء بهم عنها، ويقل ثمن وإيجار العمارة أو المبنى السكني، أو يكثر، نظراً لوجود المواقف من عدمها، لا سيما في المدن المزدحمة، أو التي يكثر فيها السطو على السيارات.

لذلك فقد نصت قوانين البلديات على وجوب توفر المواقف لكل عمارة أو بناء سكني أو تجاري، أي كان نوعه صغيراً أو كبيراً..

فقد جاء في المادة رقم ٢٤ من لائحة شروط ومواصفات البناء الصادرة عن بلدية دبي، وهي من أحدث القوانين وأشملها وأدقها - جاء فيها ما نصه:
أ. يجب توفير أماكن لوقوف السيارات (مكشوفة أو مغطاة) داخل حدود قطعة الأرض التي يقام عليها المبنى.

(١) رد المختار ٢٧٢/٧-٢٧٣ بتصرف.

(٢) انظر: البحر الرائق ٨٩/٦، ٣٠/٧، ورد المختار ٢٣٦/٧ والهداية شرح البداية ٤٦/٣.

(٣) كتاب الحيطان ص: ١٢٩.

ب. يجب أن يكون عدد وأبعاد ومواصفات وتصميم المواقف وفقاً للشروط والمواصفات القياسية المبينة في المادة رقم ٢٥ من هذه اللائحة. وجاء في المادة رقم ٢٥ تفصيل وشروط ما ورد في المادة السابقة، وذلك في الفقرات: د، هـ حيث جاء في الفقرة (د) ما نصه:
يجب تحديد أماكن وقوف السيارات وأرقامها طبقاً للمخططات المعتمدة من الإمارة المختصة .. وفي الفقرة (هـ) جاء فيها ما نصه:
يكون الحد الأدنى لعدد مواقف السيارات الواجب توافرها في المباني على النحو التالي:

١. المباني السكنية:

الفلل السكنية - موقف واحد لكل فيلا سكنية أو بيت عربي.
الشقق السكنية - موقف واحد لكل شقة مساحتها ١٦٠٠ قدم مربع أو أقل،
موقفين لكل شقة مساحتها أكثر من ١٦٠٠ قدم مربع.
موقف واحد لكل ستوديو ٢، ١ موقف لكل شقة في المناطق ذات النظم التخطيطي الخاص.

٢. المكاتب. موقف واحد لكل:

٧٥٠ قدم مربع من المساحة الكلية للمكاتب

٣. الاستعمال التجاري:

موقف واحد لكل ٧٥٠ قدم مربع من المساحة الكلية للاستخدامات التجارية (محلات، معارض، ... إلخ)

٤. في المباني المستغلة بالكامل:

كمراكز تجارية أو ما في حكمها من تجارة التجزئة، وتزيد مساحتها عن ١٠٠٠٠ قدم مربع يجب توفير مواقف سيارات أمامها بنسبة لا تقل عن ٣٠٪ من عدد المواقف المطلوبة. ويمكن الاستعاضة عن ذلك بتخصيص الطابق الأرضي بالكامل كمواقف للسيارات.

٥. الفنادق:

- موقف واحد لكل ٥ غرف فندقية.

- موقف واحد لكل ٥٠٠ قدم مربع من مساحات المطعم.
- موقف واحد لكل ٢٠٠ قدم مربع من مساحة الصالات والقاعات.
- موقف واحد لكل جناحين فندقيين.
- موقف واحد لكل ٥٠٠ قدم مربع من مكاتب الفنادق والمحلات.
- موقف واحد لكل شقة فندقية.
- موقف واحد لكل غرفة فندقية إذا اشتملت الغرفة على مطبخ أو غرف تحضير.

٦. المدارس والمباني التعليمية:

- موقف واحد لكل فصل دراسي.
 - موقف واحد لكل ٥٠٠ قدم مربع من المساحات الإدارية.
 - موقف حافلة واحد لكل ثلاث فصول دراسية.
- وتستثنى من ذلك المدارس القديمة القائمة قبل عام ١٩٩٠ والمتوفر لها مواقف خارجية عامة في حالة التعديلات والإضافات وبعد إجراء الدراسات الخاصة وموافقة الإدارة المختصة.

٧. المساجد:

- حسب الشروط الخاصة بالمساجد.

٨. السكن الجماعي:

- حسب الشروط التخطيطية.

٩. دور العرض (السينما) والمسارح:

- موقف واحد لكل ثلاث مقاعد.

١٠. صالات الأفراح والحفلات:

- حسب الشروط التخطيطية.

وهكذا نصت اللائحة على إنشاء مواقف للسيارات لكل المنشآت حتى لمحطات البنترول بنسب متناسبة مع السكن أو الارتياح، ولو بإنشاء مواقف متعددة الأدوار بجانب الأبراج أو المراكز التجارية، إن لم تكف الأدوار الأرضية (السرداب تحت الأرض).

كما نصت اللائحة في مادتها (٢٤) فقرة (ج) على أنه لا يجوز القيام بإجراء أية تعديلات في عدد وأبعاد ومواصفات وتصميم مواقف السيارات التي تم اعتمادها في رخصة أعمال البناء إلا بعد الحصول على موافقة الإدارة المختصة...

فترى أن اللائحة نصت على وجوب توفر هذه المواقف، لتكون من مكونات السكن. ومعنى ذلك أنها تدخل في السكن تبعاً، ملكاً وإيجاراً، وإن لم ينص على ذلك صراحة، لكنها لما كانت من لوازم السكن دل ذلك على أنها لا تفرد بعقد بيع أو إجارة، بل تكون مستحقة الارتفاق بمجرد العقد فليس لأحد أن يمنع مالك الرقبة أو المنفعة من الانتفاع بهذه المواقف؛ لأنه استحقها تبعاً للملك الحاصل له على الرقبة أو المنفعة.

وهذا ما اقتضته النصوص السابقة في عدم بيع الطريق، وذلك لأنها تابع للدار كمرفق من مرافقه فلا تفرد ببيع.

وهذا لا ينفي أن يكون ثمن الدار أو أجرته مختلفاً ومتفاوتاً بحسب وجود هذه المواقف وعدمها، إلا أنها لا تفرد بشمن.

وكما أنها من لوازم السكن فإنه لا يحل شغل هذه المرافق بشيء من العمارة، لأن ذلك يؤدي إلى تضييقها على الساكنين، وهذا ما تقدم نقله وتقريره عن الفقهاء بال منع.

وقد نصت لائحة شروط ومواصفات البناء لبلدية دبي في المادة (٥) فقرة (أ) على أنه لا يصرح بإقامة أي مبنى على أي قطعة أرض إلا إذا كان مطابقاً للخريطة الملحقة بنظام تصنيف وتقنين استعمالات الأراضي الصادرة عن إدارة التخطيط والمساحة في البلدية..

ونصت في المادة رقم (١١) فقرة: (ط) أنه لا يصرح ببناء أية إنشاءات في الارتدادات المطلوبة لأي مبنى، ونصت الفقرة: (ي) أنه لا يصرح بأية بروزات جمالية أو مستغلة في الارتدادات..

كما نصت اللائحة في المادة رقم ١٨ على أن المرافق التي تكون تحت الأرض (السرداب) أنه لا يجوز استعمالها أو استغلالها لغايات السكن أو المكاتب أو الاستعمالات التجارية، بل يقتصر استعماله، أي السرداب فقط للأغراض التالية:

١. مواقف السيارات والخدمات الخاصة بالمبنى (غرفة كهرباء، هاتف مضخات وما في حكمها).

٢. الخدمات الخاصة بالسكان (غرفة الغسيل تجفيف الملابس حمام السباحة، النادي الصحي، الخدمات الملحقه بهما وألعاب الأطفال والألعاب الرياضية). وهذا بمعنى ما تقرر مما تقدم نقله من استحقاق الساكن لهذه المرافق من غير تملك، ولا تحجر أو انتفاع يؤدي بالضرر على الآخرين.

وهذا ما بينه الإمام السيوطي رحمه الله تعالى في رسالة خاصة سماها: (البارع في إقطاع الشارع) حيث بين ودلل على أن الإمام إذا أقطع أحداً موضعاً من الشارع كان المقطع أولى به من غيره للارتفاق خاصة، دون التملك والبناء^(١). وهذا في معنى ما قررتة اللائحة من عدم جواز إحداث أي شيء في هذه المرافق غير ما أعدت له من مواقف ونحوها.

المرافق الترفيهية:

المرافق الترفيهية من حدائق وألعاب الأطفال وأحواض السباحة .. التابعة للفلل أو البنايات أو الأبراج .. لا يختلف حكمها عن المواقف، من حيث الارتفاق بها تبعاً لحق السكن ملكاً أو إجارة، حيث إنها أعدت مكملات لحاجات الساكنين، فلكل ساكن حق في الارتفاق بها في غير مزاحمة لغيره، ولا ضياع لحقه، فلا ضرر ولا ضرار، لأن هذه المرافق هي في معنى الطرق والمواقف ونحوها، حيث لا غناء للساكنين عنها، وقد جرت القوانين البلدية في الحواضر والمدن على وجوب مراعاتها عند الإنشاء لخدمة الساكنين، لأنها كما قال بعضهم في شأن الحدائق: كالرئة للإنسان، فمن لا رئة له لا يستطيع التنفس فكذلك المدينة التي لا حدائق لها..

ونظراً لأن هذه المرافق تحتاج إلى صيانة دورية فإنه قد يفرض على الساكنين رسوم شهرية أو سنوية أو عند استخدامها، من أجل صيانتها، ويتعين أن تكون لقصد الصيانة لا الربح، لأنها مستحقة لكل ساكن يملك المنفعة أو العين، ومن

(١) الحاوي للسيوطي ١٢٧/١ - ١٣٣.

يملك المنفعة لا يبذل ثمنها لغيره .. فإن ذلك يدخل في مفهوم: «ربح ما لم يضمن» المنهي عنه^(١).

قاعات المناسبات:

ولا تبعد قاعات المناسبات المعدة في المجمعات السكنية في الحكم عن المرافق الترفيهية فإنها نحوها في الحاجة للاستخدام أحياناً، وتحتاج إلى تعهد وإصلاح، وتوفير خدمات تكييف وكهرباء وأجهزة صوتية وتوثيقية وغير ذلك، وهذه لا ينفرد ببذرها المؤجر غالباً، فلا بأس من جعل رسم رمزي يحقق بقاء هذه المنفعة، ولكن بقدرها، لا على أساس الربح والتوفير..

فإن لم تكن تابعة للسكن ولا أعدت له، فلها شأن آخر عندئذ، يحكمها عقود الإيجار المستقل المبني على التراضي.

أجهزة التكييف:

أجهزة التكييف على نوعين:

* تكييف مركزي يحكمه نظام موحد ويُغذي البناية كلها أو ذوراً منها، ويكون غالباً تبعاً للعمارة، لا يتغير أو ينتقل بانتقال السكان وتغيرهم.

* تكييف عادي يركب في كل غرفة على جدران الغرف والصالات والمطابخ ونحوها، أو صحراوي ذو مكينة في سطح المنزل أو خارجه، ويغذي الداخل من خلال جهاز تحكم في الهواء .. ويكون غالباً مملوكاً لكل ساكن، وليس تبعاً للعمارة..

فالأول: يلحق بحقوق الارتفاع المستحقة لكل من يملك العين أو المنفعة، لأنه أعد لخدمة السكن والساكنين، ولا ريب بأن ثمن البناء أو أجره السكن يزيد بوجوده، ويقبل بعده، وتكون صيانته على من يملك الدار أو البيت أو العمارة أو البرج، وهي داخلة ضمن قيمة الإيجار.

(١) فيما أخرجه الترمذي في البيوع وصححه برقم ١٢٣٤ من حديث عبد الله بن عمرو رضي الله تعالى عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: لا يجلس سلف وبيع، ولا شرطان في بيع ولا ربح ما لم يُضمن أخرجه أحمد والبيهقي والحاكم والدرامي وغيرهم من حديثه.

فقد ذهب الجمهور من الفقهاء أن على المؤجر عمارة الدار وإصلاح كل ما ينحل بالسكن وفعل ما يحقق كمال الانتفاع بالدار ككسح الثلج وإصلاح ما وهي من جذرانه^(١) فإن أبى حق للمستأجر فسخ العقد^(٢). مع أن عقد الإجارة من العقود اللازمة، إلا أنه لما لم يكن للإجارة معنى مع تعذر الانتفاع بها، فقد جاز له الفسخ لذلك، ولا ريب أن التكييف المركزي من أهم ما يحقق المنفعة في الدار أو الدكان ونحوهما، بل هو أولى وأهم في البلاد الحارة التي تحتاج إلى تكييف، وكما لا يجوز اشتراط صيانة العين على المستأجر لأنه يؤدي إلى جهالة الأجرة فتفسد الإجارة بهذا الاشتراط بانفاق المذاهب^(٣)..

فكذلك لا يجوز أن تكون صيانة التكييف على المستأجر لأنه من أهم منافع الدار.

نعم أجاز السادة المالكية اشتراط المرمة على المكتري من الكراء المستحق عليه، لكن عن مدة سابقة، أو من الكراء المشترط تعجيله، فيكون بذلك معلوماً غير مجهول، فإذا كان ذلك سيسحب من الأجرة المعلومة فلا بأس، ويكون المستأجر عندئذ وكيلًا في الإصلاح، لا إن لم يجب، بأن شرط عليه ربهًا بذلك من عنده، بحيث لا يحسب من الأجرة فإن ذلك لا يجوز ويفسخ به العقد للجهالة^(٤).

هذا كله في التكييف المركزي الذي يكون كجزء من العمارة، وما قيل في الصيانة يقال مثله في أجهزة الكهرباء والماء ونحوهما.

أما التكييف العادي فله حالتان في الإيجار:

الأولى: أن يكون قد شرط على المؤجر توفيره شرطاً أو عرف ذلك عادة كالفنادق والشقق المفروشة التي يكون الإيجار فيها مؤقتاً بأيام أو ليالي أو أسابيع

(١) للإمام النووي ٢/٢٥٩.

(٢) الموسوعة الفقهية الكويتية ٣/٢٨٦.

(٣) الموسوعة الفقهية ١/٢٨٦.

(٤) للإمام النووي ٢/٢٥٩.

معددة، بل حتى أشهر معدودة، فإنها تأخذ حكم التكييف المركزي بتفصيله السابق..

الثانية: أن يكون الإيجار سنوياً أو شهرياً مثلاً، ولم يشترط على المؤجر توفيره ففي هذه الحالة يكون على المستأجر، فإن شاء وفره لنفسه، وإن شاء، ترك، ولا يلزم المؤجر شيء من ذلك.. وهذا كله في الإجارة.

أما البيع: فإن التكييف المركزي يدخل في العين حيث إنه مما لا يمكن فصله عن العقار، بل فصله يؤدي إلى خرابه، فهو كالأبواب ونحوها التي يدخل في مسمى البيع فقد نص الفقهاء على دخول الأبواب المنصوبة وحلقها والإجائنات والرّف والسلم المسمرات، وكذا الأسفل من حجري الرحي والأعلى كذلك، ومفتاح وغلقت مثبت^(١)

وأما غير المركزي فإنه لا يدخل في العين إلا بشرط لأنه منقول كالرحي والأثاث وهذه لا تدخل في العين اتفاقاً إلا بشرط.

أعمال الصيانة والنظافة:

بحث هذه المسألة يقتصر على عقد بيع المنفعة (الإيجار) دون بيع العين، وهي فرع عمّن تجب عليه صيانة العين، وقد تقدم أنه لا يجوز اشتراط الصيانة على المستأجر، لأن ذلك يؤدي إلى جهالة الأجرة.

وعليه فإنه يلزم المؤجر عمارة الدار وإصلاح كل ما يخجل بالسكنى، فإن أبى حق للمستأجر فسخ العقد، إلا إذا كان استأجرها على حالها، كما ذهب إلى ذلك الجمهور من الحنفية والشافعية والحنابلة^(٢)

إلا أن السادة المالكية رأوا أنه لا يجبر المؤجر على الإصلاح للمكتري إذا حصل في الدار أو الحانوت أو الحمام أو البئر المكترة خلل مطلقاً، أي سواء كان ما احتيج للإصلاح يضر بالسكن أم لا، حدث بعد العقد أم لا، أمكن معه السكن أم لا،

(١) المنهاج للإمام النووي ٥٥/٢ بتحقيق الباحث.

(٢) الموسوعة الفقهية ٢٨٦/١.

وهو مذهب ابن القاسم في المدونة، أما غيره، وهو ابن حبيب فقال: يجبر الأجر على الإصلاح.

وقال ابن عبد السلام: وبه العمل.

وهذا الخلاف ليس عاماً في جميع الصور، بل خاص بالضرر اليسير كالهطل أما إن كان كثيراً فلا يلزمه الإصلاح إجماعاً كما قال ابن رشد^(١)

ولا ريب بأن مذهب الجمهور أسد وأصوب، لما في تحميل المستأجر الصيانة من الضر، حيث إنه استأجر لاستيفاء المنفعة، ولم يملك العين، فإذا كلف بإصلاح العين لأجل الاستيفاء كان قد كلف شططاً، فأى منفعة يستفيدا إذا كانت العين غير صالحة للانتفاع، ما دام أن استخدامه كان استخداماً عادياً لم يكن منه تفريط ولا تقصير، فإن فرط بسوء الاستخدام ضمن بلا خلاف.

وعليه فإن ما يجري من العقود الملزمة للمستأجر أن يعيد العين سالحة، كما أخذها فيه ضيم عليه، لأنه ما بذل ماله إلا لأجل الانتفاع، ومن مقتضيات الانتفاع تلف العين شيئاً فشيئاً، فكيف يكلف بإعادتها كما كانت، وإن كان العرف قد جرى بذلك، فهو عرف فاسد، لأنه يتناقض مع مقتضى العقد من حق الانتفاع من غير ضمان إلا بتعد أو تفريط.

هذا آخر ما يسر الله تعالى جمعه وتحريره، مع كثرة العلائق وضيق الوقت، والله أسأل أن ينفع به ويعمله خالصاً لوجهه إنه جواد كريم رءوف رحيم.

وصلى الله وسلم وبارك على سيدنا محمد وعلى آله وصحبه أجمعين والحمد لله رب العالمين.

وكتبه الفقير إلى عفو الله تعالى

الدكتور أحمد بن عبد العزيز الحداد

كبير مفتين بدائرة الشؤون الإسلامية والعمل الخيري بدبي

وكان الفراغ من تحريره في السادس من شهر محرم الحرام عام ١٤٢٨ هـ على

صاحبها أزمى السلام والتحية. الموافق ٢٥/يناير من عام ٢٠٠٧.

(١) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ٥٤/٤.



حق الارتفاق

إعداد

الأستاذ الدكتور محمد رواس قلعجي

خبير إدارة البحوث والموسوعات

وزارة الأوقاف - دولة الكويت

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

مقدمة:

الحمد لله، والصلاة والسلام على سيدنا محمد رسول الله، وعلى آله وصحبه
ومن والاه.

ويعد:

نظراً للتطور الحضاري الذي تعيشه الإنسانية اليوم، فإنه قد جَدَّتْ أمور لم يعرفها
الفقهاء السابقون، وقد اشتملت هذه الجدة على الوقائع، فأوجب ذلك إيجاد أحكام
مناسبة لهذه الوقائع الجديدة، كالتأمين، والإجارة المنتهية بالتملك، ونحو ذلك.
كما اشتملت على طرق التصنيف، حيث استُحدثت أبواب جديدة لهذه الوقائع
المستجدة، كالتأمين التعاوني لنوع مخصوص من أنواع التأمين، وعقدت أبواب
لفصول كانت متناثرة، فجمعوها في باب واحد، وسموا ذلك نظرية، كنظرية
الملكية، ونظرية الالتزام، ونظرية التعسف في استعمال الحق، ونظرية حقوق
الارتفاق، التي انتظمت فصولاً، منها: حق الشرب، وحق المرور، وحق التعلّي،
وحق الجوار، غيرها، وجعلوها من توابع الملكية، وحقوق الارتفاق هي موضوع
بحثنا هذا، فنسأل الله تعالى السداد والتوفيق.

مفهوم حق الارتفاق

سنبداً بتعريف معنى الحق في اللغة، وفي اصطلاح الفقهاء، ثم نتبعه بمعنى
الارتفاق في اللغة وفي الاصطلاح أيضاً.

١. تعريف الحق:

الحق لغة: فهو الموجود الثابت، أو هو الثابت الذي لا يسوغ إنكاره، وفي هذا
المعنى يقول الله تعالى: ﴿لِيُنذِرَ مَنْ كَانَ حَيًّا وَيَحِقَّ الْقَوْلُ عَلَى الْكَافِرِينَ﴾ يس: ٧٠، أي:

يثبت الحق. ويحق عليك أن تفعل كذا: يجب، ويحق لك أن تفعل كذا: يسوغ، وحق عليّ كذا: واجب^(١).

وأما الحق اصطلاحاً، فهو: الحكم المطابق للواقع، ويطلق على الأقوال والعقائد والأديان والمذاهب، ويقابله «الباطل»^(٢).

والحق حقان: حق الله تعالى، وحق العبد.

أما حق الله تعالى، فهو ما يتعلق به النفع العام للجميع من غير اختصاص بأحد، وينسب هذا النوع من الحقوق إلى الله تعالى لعظم خطرها وشمول نفعها، قال ابن القيم: حق الله هو ما لا مدخل للصلح فيه، كالحدود والزكوات.

وأما حق العبد، فهو ما تعلق به مصالح خاصة، وهو يقبل الإسقاط ويقبل المعاوضة.

٢. تعريف الارتفاق:

الارتفاق في اللغة: من «رفق»، ورفق به وله وعليه، رفقاً ومرفقاً: لأن له جانبه وحسن صنيعه. وارتفق به: انتفع واستعان^(٣)، والجماعة يترافقون فينزلون معاً ويرحلون معاً، ويرتفق بعضهم ببعض -أي: يستعين-^(٤).

وعرفته الموسوعة الفقهية بقولها «الارتفاق يستعمله الفقهاء فيما ثبت لإنسان بمقتضى الشرع من أجل صالحه»^(٥). وهو تعريف فيه نظر؛ لأن الارتفاق بمقتضى الشرع هو أحد أنواع الارتفاق، وله أنواع أخرى سنأتي على ذكرها إن شاء الله تعالى.

ولعل أحسن ما عرف به الارتفاق: أنه حق مقرر على عقار لمنفعة عقار آخر مملوك لشخص آخر.

٣. عناصر حق ارتفاق:

(١) المعجم الوسيط، والقاموس المحيط، والتعريفات للجرجاني، كلهم في (حقق).

(٢) دستور العلماء للقاضي عبد النبي بن عبد الرسول الأحمد نكري ٤٣/٢.

(٣) المعجم الوسيط، والقاموس المحيط، والتعريفات للجرجاني، كلهم في (حقق).

(٤) دستور العلماء للقاضي عبد النبي بن عبد الرسول الأحمد نكري ٤٣/٢.

(٥) الموسوعة الفقهية، مادة ارتفاق، ص ١٠ فقرة / ٤.

قلنا: إن حق الارتفاق حق يجد من منفعة عقار لفائدة عقار غيره يملكه شخص آخر، وعلى هذا فإن حق الارتفاق هو حق على عقار، وليس على شخص، وهو ينشأ لفائدة عقار وليس لفائدة شخص.

وعناصر حق الارتفاق ثلاثة هي:

أولها: عقار مرتفق، وهو العقار المستفيد.

وثانيهما: وعقار مرتفق به، وهو الذي تقرر عليه حق الارتفاق.

وثالثها: منفعة يقدمها العقار الذي تقرر عليه الحق للعقار الذي له الحق.

٤. التفریق بين حق الارتفاق وحق الانتفاع:

فحق الارتفاق إنما يكون مقررأ على العقار، بخلاف حق الانتفاع فإنه يكون مقررأ لشخص.

فحق المرور من أرض إلى أرض أخرى هو حق مقرر للأرض الثانية على الأولى، ولذا فإنه ينتفع به كل من يريد الوصول إلى الأرض الثانية على أنه حق مقرر للأرض الثانية على الأولى.

بخلاف حق الانتفاع فإنه خاص بشخص المنتفع، وينتهي بموته، وهو حق مقرر له على عقار، بخلاف حق الانتفاع فإنه حق قد يتعلق بالعقار كالأرض المعارة، وقد يتعلق بالمنقول كإعارة الكتاب.

وحق الارتفاق يثبت على سبيل الديمومة والبقاء، لا ينتهي بوقت، وحق الانتفاع حق متعلق بوقت، وينتهي بالموت أو بانتهاء الأجل.

«قال العلامة الشيخ علي الحنفي: «وقد تدق التفرقة عند إنشاء الحق، فيتردد النظر بين اعتباره حق ارتفاق، واعتباره التزاماً شخصياً، وعند ذلك يكون التزاماً صدر من صاحبه مراعى فيه قيامه شخصياً به، لا ينتقص به ملكه ويتقيد بشخصه، أو التزام أريد به الحد والانتقاص من عناصر ملكه ففي الحالة الأولى يكون التزاماً شخصياً، وفي الحالة الثانية يكون حق ارتفاق»^(١).

طبيعة حق الارتفاق

حق الارتفاق حق تابع عند الحنفية، وهو ليس بمال عندهم.

(١) الملكية في الشريعة الإسلامية، ص (١٤٠).

ويترتب على كونه ليس بمال -عند الحنفية- أنه لا يجوز تملكه مستقلاً عن الأرض ببيع ونحوه، ولكن يجوز بيعه مع الأرض، ويكون تبعاً لها؛ ولا يصح جعله مهراً في الزواج، لأنه يترتب عليه التملك، ويكون للمرأة في هذه الحالة مهر المثل؛ ولا يجوز جعله بدلاً في الخلع، لأن العوض في الخلع تملك؛ والارتفاق لا يمتثل التملك، لأنه ليس بمال، ولا يجوز الصلح عليه في دعوى تتعلق بالمال، كالدية الواجبة في قتل النفس وما دونها، لأن الصلح تملك، وهو في معنى البيع وبيعه لا يجوز.

ولا تجوز هبته ولا التصدق به منفرداً، لأن الهبة والصدقة تملك، والحقوق المجردة لا تحتل التملك ولا الاعتياض عند الحنفية^(١). ويصح بيع الأرض دون حق الارتفاق، وعندئذ لا يدخل حق الشرب في البيع، ويدخل إذا نص على دخوله، أو ذكر ما يدل على دخوله، كقوله: بعتك هذه الأرض بحقوقها ومرافقتها، أو بجميع حقوقها، لأن حقوقها ومرافقتها تبع لها، والتابع تابع^(٢).

ويرى جمهور الفقهاء أن حق الارتفاق حق قائم بذاته، والحقوق أموالٌ عندهم، وبناء على ذلك فإنه يجوز بيع حق الارتفاق دون العقار، ويجوز أن يكون هذا الحق بدلاً في الخلع ومهراً للزوجة، وهو ما نرجحه، لأن عدم الأخذ به يوقع في معاملات الناس إرباكاً شديداً.

خصائص حق الارتفاق

يختص حق الارتفاق بالخصائص التالية:

١. إنه حق عيني:

حق الارتفاق حق عيني، وليس بحق شخصي، فهو يترتب على عين وليس على شخص، كما تقدم، ولذلك قلنا في تعريفه أنه حق على عقار وليس على شخص، وينشأ لفائدة عقار آخر، وليس لفائدة شخص آخر.

٢. حق تابع:

فهو حق تابع للعقار المرتفق به وهو لا ينفصل عنه، وعلى هذا لو حجز العقار لطال الحجز حق الارتفاق أيضاً، لأنه تابع له، والتابع تابع.

(١) البحر الرائق شرح كنز الدقائق ٢٥٣/٥.

(٢) لفظ: الفتاوى الهندية ٣٩٣/٥.

٣. حق دائم:

يكون الحق باقياً ما دام الشيء المملوك باقياً، وما لم يوقت بأجل مخصوص، إن قلنا بجواز التوقيت في حقوق الارتفاق.

٤. حق غير قابل للتجزئة:

حق الارتفاق حق غير قابل للتجزئة، ولكن إن جزئ العقار المرتفق به صار الارتفاق على كل جزء من أجزاء العقار المرتفق به^(١).

ما يصلح أن يكون محلاً للارتفاق

لقد قلنا إن حق الارتفاق حق يحد من منفعة عقار لفائدة عقار غيره، والشيء الذي يحد حق الارتفاق من منفعته هو الشيء الذي يكون محلاً لحق الارتفاق، ولا بد أن يكون عقاراً، فلا يصلح المنقول أن يكون محلاً لحق الارتفاق.

ولما كان حق الارتفاق هو عن طريق القيام بأعمال مادية فالعقار الذي يصلح أن يكون محلاً لهذا الحق يجب أن يكون عقاراً بطبيعته، ومن ثم فإنه لا يصلح أن يكون محلاً لحق الارتفاق الحقوق العينية العقارية، كحق الانتفاع إذا كان واقعاً على عقار، وكحق الارتفاق ذاته، فلا يصلح هذا الحق أن يكون محلاً لحق ارتفاق آخر مرتب عليه، ولا يصلح أن يكون محلاً لحق الارتفاق: العقارات بالتخصيص، مستقلة عن العقار بطبيعته، إذ هي في حقيقتها منقول بطبيعته. فالذي يصلح أن يكون محلاً لحق الارتفاق هو: المنشآت والمباني إذا شيدت وأدجت في الأرض وصارت ثابتة مستقلة.

ويجوز أن يترتب الاتفاق على مال عام إذا كان لا يتعارض مع الاستعمال الذي خصص له هذا المال، كالسكك الحديدية، وخطوط الهاتف، ونحو ذلك.

نشوء حق الارتفاق:

ينشأ حق الارتفاق بطرق متعددة منها:

١. الشركة العامة:

إن مرافق البلد العامة، من طرق وجسور وحدائق عامة ومصارف مياه، كلها مرافق عامة يرتفق بها أهل البلد كلهم، ولكل باب مشروع على طريق، حق ارتفاق

(١) الوسيط ٩/١٢٨٣.

على هذه الطريق، ولكل شخص حق ارتفاق على جسر مقام على نهر باجتياز هذا الجسر، ولكل منزل يتصل بمصرف ماء أن يرتفق بتسييل ماء داره على ذلك المصرف.

ونلاحظ أن الشيء الجامع بين كل ما ذكرناه هو الانتفاع بالأموال المباحة (أي العامة).

٢. العقد:

والعقد قد يكون عقد معاوضة، وقد يكون عقد تبرع. أما عقد المعاوضة فهو كان يشترى شخصان أرضاً، ثم يقتسمانها ويشترط أحدهما على الآخر حق المرور أو تسييل الماء من أرضه إلى أرض شريكه. أو يحتاج جار إلى إسناد سقف من داره على جدار جاره، فقبل صاحب الجدار القائم على أن يأخذ مبلغاً معيناً من المال مقابل ذلك. وأما التبرع فهو أن يأذن له بإسناد سقف في داره على جداره بغير شيء سواء أكان مؤبداً، أو مؤقتاً بوقت، على أن ينتهي حق الارتفاق بانتهاء هذا الوقت.

٣. الاضطراب إلى الإرفاق:

وذلك حين توفر الحاجة الملحة، ولعل من أبرز ما ورد في ذلك حادثة الضحاك بن خليفة مع محمد بن مسلمة التي قضى فيها عمر بن الخطاب فقد ساق الضحاك بن خليفة خليجاً له من العريض^(١)، فأراد أن يمر به في أرض محمد بن مسلمة، فأبى محمد، فقال له الضحاك: لم تمنعني؟ وهو لك منفعة تشرب به أولاً وآخرأ ولا يضرك، فأبى محمد، فكلم فيه الضحاك عمر بن الخطاب، فدعا عمر محمد ابن مسلمة وأمره أن يخلي سبيله - أي سبيل الضحاك - فقال محمد: لا، فقال عمر: لم تمنع أخاك ما ينفعه وهو لك نافع؟ تسقي به أولاً وآخرأ وهو لا يضرك، فقال محمد: لا والله، فقال عمر: والله ليمرن به ولو على بطنك، وأمر عمر الضحاك

(١) النهر الكبير هو العريش، والنهر الصغير الذي يتفرع من النهر الكبير ليروي أرضاً أو نحوها (المعجم الوسيط، مادة: خليج).

أن يمر به، ففعل الضحاك^(١).

ومن ذلك: ما إذا اضطر هو أو دابته إلى طعام هو مع غيره وجب على ذلك الغير أن يبذله له إن كان مستغنياً عنه، وإن امتنع عن بذله للمضطر فللمضطر أن يقاتله عليه، لأنه بمنزلة المقاتل عن نفسه، فإن مات المضطر من الجوع ضمن المانع دية^(٢).

الإرفاق بنص الشارع:

ومن ذلك أيضاً أن عمر بن الخطاب اجتاز على دار العباس وقد نصب ميزاباً إلى الطريق فقلعه، فقال العباس: تقلعه وقد نصبه رسول الله صلى الله عليه وسلم بيده!

فقال: والله لا تنصبه إلا على ظهري وانحنى عمر حتى صعد العباس على ظهره فنصبه ثم نزل^(٣).

٥. استصحاب الحال الحاضرة:

وذلك إذا مضى زمن طويل على ارتفاع أرض على أرض بنحو مسيل أو استطراق، دون إبداء أي اعتراض من صاحب الأرض التي يقع الارتفاع عليها، حيث يبقى الارتفاع القديم على قدمه، حتى يقدم من وقع الارتفاع على أرضه دليلاً على نشوء الارتفاع بسبب يثبت له فيه لاحقاً.

٦. طبيعة التضاريس بين العقارين:

كأن يكون أحد العقارين أعلى من العقار الآخر، حيث تسيل المياه المجتمعة في العقار الأعلى لتأخذ طريقها في العقار الأدنى، ومن ذلك تمرير أنابيب مياه الصرف الصحي في الأبنية التي بنيت على النظام الطائفي من الطابق الأعلى إلى الطابق الأدنى، لتأخذ طريقها إلى المجرى العام.

(١) موسوعة فقه عمر بن الخطاب، نقلاً عن الموطأ ٧٤٦/٢ والمغني ٤٩٦/٤ وخراج يحيى بن آدم ١١٠ وسنن البيهقي ١٥٧/٦.

(٢) موسوعة فقه ابن تيمية، مادة: نفقة/٤، والمراجع التي أحالت إليها.

(٣) مسند أحمد ٢١٠/١ والمغني ٥٥١/٤ وكشاف القناع ٤٠٦/٣.

إن هذه الأمور الستة ونحوها مثلها تنشع حق ارتفاع لعقار ونحوه على عقار آخر غيره.

أقسام الارتفاع:

يقسم الارتفاع إلى ثلاثة أقسام:

الارتفاع المستمر:

وهو الذي يستعمل دون تدخل الإنسان، كالارتفاع بالمجرى وبالشرب، ونحو ذلك، إذ تستمر أهليته لتصرف الماء، وعكسه غير المستمر، وهو الذي لا يحتاج إلى التدخل الحالي لفعل الإنسان، كالارتفاع بالمرور وبقطع الأشجار، وإحراز المياه.

٢. الارتفاع الظاهر:

وهو الذي له علامة تدل على وجوده، كبناء لم يكتمل، والإرفاق غير الظاهر هو الذي ليست له علامة تدل عليه، كالارتفاع بعدم البنين، وعد قابلية النافذة للفتح.

٣. الارتفاع الإيجابي:

أما الإيجابي فهو كحق المرور، وأما السلبي فهو كعدم التعلية، كما تقدم في الفقرة السابقة وما سبقها.

أنواع الارتفاع:

اختلف الفقهاء في عدد أنواع حقوق الارتفاع،

فذهب الحنفية: إلى أن حقوق الارتفاع تنحصر في ستة أنواع هي:

حق الشرب، وحق التسييل، وحق المجرى، وحق المرور، أو الاستطراق -، وحق الجوار، وحق التعلية، ولا يجوز إنشاء حقوق ارتفاع غيرها، لأن في إنشائها تقييداً للملكية، والمملكة لا تقبل التقييد عندهم، وما ورد من تقييدها فهو استثناء لا يتوسع فيه.

ويرى الشيخ العلامة علي الخفيف أن حقوق الارتفاع ليست محصورة بعدد معين، بل هي كثيرة العدد، وهي تختلف باختلاف موضوعاتها وأسبابها، وما يراد منها.

فمنها: ما يتعلق باستعمالات الماء وصرفه، وسقي الأراضي والبساتين، كحق الشرب، وحق المجرى، وحق المسيل.

ومنها: ما يتعلق بتحسين المباني وتوفير الشمس والهواء لها كحق التعلي، وحق الجوار، وحق المرور، وغير ذلك.

ومنها: ارتفاق لشخص على ما هو مملوك ملكية خاصة، كارتفاق من عضه الجوع، أو أضناه العطش بطعام، أو شراب مع غيره بغير إذنه إن كان مالكة مستغنياً عنه. وارتفاق صاحب الغنم يسقي غنمه مما فضل عن حاجة صاحب ماء مستنبت في أرض مملوكه.

ومنها: ارتفاق لشخص أو أشخاص على حدائق عامة، وجبل للتزلج.

ومنها: ارتفاق عقار على عقار مملوك للغير بمرور صاحب الأرض الأولى في الأرض الثانية للوصول إلى أرضه.

وستتحدث فيما يلي عن بعض هذه الحقوق.

١. حق الشفة:

حق الشفة هو حق إنسان أو حيوان بالشرب من ماء مخصوص بمسكه بشفتيه، قال المطرزي في المغرب: «يقال هم أهل الشفة» أي الذين لهم حق الشرب بشفاههم وأن يسقوا دوابهم حتى يرووا^(١).

وحق الشفة لا يقدر بحصة مخصوصة، ولا زمن مخصوص، ولكنه يشرب منه حتى يحصل له الري ما دام في الماء سعة.

فإذا شح الماء على جمع من الناس تقاسموه بينهم بالسوية عملاً بقول رسول الله صلى الله عليه وسلم: (إن الأشعرين إذا أرملوا في الغزو وقل طعام عيالهم في المدينة جمعوا ما كان عندهم في ثوب واحد ثم اقتسموه بينهم في إناء واحد بالسوية، فهم مني وأنا منهم)^(٢).

٣. حق الشرب:

(١) المغرب، مادة: شفة.

(٢) رواه البخاري في الشرب باب الشركة في الطعام والعروض، ومسلم في فضائل الصحابة باب فضائل الأشعرين.

١. تعريف: الشُّرب في اللغة بكسر الشين الحصة من الماء، قال تعالى في ناقة صالح: ﴿قَالَ هَذِهِ نَاقَةُ لِمَا شَرِبْتُمْ وَلَكُمْ شِرْبٌ يَوْمَ مَمْلُومٍ﴾^(١).

أما الفقهاء فإنهم يطلقونه ويريدون به ما أرادته اللغويون، أي الحصة من الماء يسقى بها الزرع^(٢).

ويطلقونه ويريدون به مدة إيراد الماء، ولعلمهم يريدون بالزمن تقدير حصة الماء المقررة لأرض مخصوصة من نهر^(٣)، وفي المغرب للمطرزي: الشرب في الشريعة عبارة عن نوبة الانتفاع بالماء سقياً للمزارع أو الدواب^(٤)، قال تعالى في الآية السابقة: ﴿وَلَكُمْ شِرْبٌ يَوْمَ مَمْلُومٍ﴾.

وإذا كان حق الشفة يقدر بالكفاية، فإن حق الشرب يقدر بالحصة من الماء، أو بمدة ورود الماء، أو بالنوبة.

ب. أنواع المياه التي يرتفق بها بالشرب والسقي: المياه التي يرتفق بها بالشرب هي:

١. الماء المحرور: هو الماء المملوك لصاحبه بالإحراز بإناء ونحوه، ولصاحبه بيعه أو التبرع به، وقد نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن بيع الماء إلا ما حمل منه^(٥)، ويجوز للمضطر أن يشرب منه ويسقي دابته بالثمن، فإن منعه صاحبه عنه فله قتاله عليه^(٦).

(١) سورة الشعراء: ١٥٥.

(٢) معجم لغة الفقهاء مادة: شرب.

(٣) الملكية في الشريعة الإسلامية ص ١٤٤ للشيخ علي الخفيف.

(٤) المغرب، مادة: شرب.

(٥) الأموال، لأبي عبيد ص (٣٠٢).

(٦) موسوعة فقه ابن تيمية، مادة نفقة/ ٤.

٢. ماء الآبار والعيون التي يستخرجها المرء لنفسه، وهذا الماء ليس مملوكاً لصاحبه، ولكن لصاحبه حق الأفضلية في الارتفاق به، فإن زاد شيء منه عن حاجة صاحبه فلا يجوز أن يمنعه عن المحتاج إليه^(١).

وكري هذه الأنهار وإصلاحها فهو على أصحاب هذا النهر، فإن امتنعوا أجبرهم السلطان على ذلك، لأن فساده يرجع على العامة، وفيه تقليل الماء على أهل الشفة.

٣. ماء الأنهار الخاصة: وهي الجداول المملوكة لشخص أو أشخاص معينين وليس لصاحبه أن يمنح الناس من الشرب منه، ولكن له أن يمنعه من سقي زرعه وشجره منه.

وقد تعددت الأقوال في العدد الذين يملكون هذا النهر حتى يكون خاصاً، فقال بعضهم: أقل من عشرة، وقال آخرون: أقل من أربعين، وقال جماعة: أقل من مئة، وقال آخرون: أقل من ألف، قال في الفتاوى الهندية: وأصح ما قيل: أنه يفوض إلى رأي المجتهد، حتى يختار أي الأقاويل شاء.

وإذا أراد بعض الشركاء كري هذا النهر أو إصلاحه فامتنع الباقيون، قال أبو بكر بن سعيد البلخي: لا يجبرهم السلطان، وقال أبو بكر الإسكافي: يجبرون على ذلك، وذكر الخفاف في النفقات: أن القاضي يأمر الذين طلبوا الكري بالكري، فإذا فعلوا ذلك كان لهم منع الآخرين عن الانتفاع به حتى يدفعوا إليهم حصصهم من مؤنة الكري، وهو ما روي عن أبي يوسف أيضاً^(٢).

٤. ماء الأنهار العظيمة: وهي التي تجري في مجارٍ عامة غير مملوكة لأحد، كالنرات والنيل ونحوها، ولكل شخص أن ينتفع بماء هذه الأنهار بشره وسقي حيواناته وسقي أرضه ومزروعاته وأشجاره، وله أن يشق من مجاريها مجرى، وله أن ينصب عليها آلات لسقي أرضه ومزروعاته وأشجاره.

(١) مسائل الإمام أحمد وإسحاق، قسم العاملات ١/ ٢٥٥ و ٢٧٧ و ٣١٥ تحقيق صالح بن محمد الفهد الزيد، الطبعة الثانية طبع مكتبة العلوم والحكم، في المدينة المنورة.

(٢) انظر الفتاوى الهندية ٥/ ٣٨٩ وما بعدها، ٣٩٥.

وإصلاح مجرى هذا النوع وصيانته يكون على السلطان من بيت المال، فإن لم يكن في بيت المال مال يجبر السلطان الناس على كربه، ويخرجهم لأجله.

٣. حق المجرى:

نريد بحق المجرى حق صاحب الأرض البعيدة عن مجرى الماء بإجراء مياه هذه المجرى إلى أرضه ليسقيها به، وقد يتم ذلك باختراق المجرى الأصلي أرضاً تعترضه ثم يتابع طريقه إلى أرض أخرى ليسقيها، وقد يؤخذ من المجرى الأصلي مجرى متفرعاً منه يخترق أرضاً ليسقي أرضاً أخرى.

وليس لصاحب الأرض المعترضة أن يمنع صاحب الأرض البعيدة من تمرير الماء إلى أرضه ليسقيها طالما أن مرور الماء من أرضه ليس بضار له، فقد حَدَّثَ أن ساق الضحاك ابن خليفة خليجاً له من العريض فأراد أن يمر به في أرض محمد ابن مسلمة، فأبى محمد، فقال له الضحاك: لم تمنعني وهو لك منفعة تشرب به أولاً وآخرأ ولا يضرك! فأبى محمد، فكلم فيه الضحاكُ عمرَ، فدعا عمرُ محمدَ بنَ مسلمة وأمره أن يخلي سبيله -سبيل الضحاك- فقال محمد: لا، فقال عمر: لم تمنع أخاك ما ينفعه وهو لك نافع؟ تسقى به أولاً وآخرأ ولا يضرك، فقال محمد: لا والله، فقال عمر: والله ليمرنَ به ولو على بطنك، وأمر عمر الضحاك أن يمر به، ففعل الضحاك^(١). وليس لصاحب المجرى أن ينقل المجرى من مكان إلى غيره، إلا برضى أصحاب الحق فيه، لأن القديم يبقى على قدمه إلا أن يصير مضراً بهم أو بصاحب الأرض، لأن الضرر لا يكون قديماً، وعلى المتفعين بالمجرى أو بشيء منه ترميم المجرى وصيانته وإصلاحه إن احتاج المجرى إلى ذلك، ولا يجوز لأحد إبطال مرافق إلا برضى بقية المرتفقين به.

وإن أريد إحداث مجرى جديد، فإن كان في طريق عام فإنه لا يُنشأ إلا بإذن السلطان، وإن كان في أرض مملوكة لغير صاحب المجرى فإنه لا ينشأ إلا بإذنه ما لم يلحق إنشاؤه ضرراً بالمالك.

٤. حق المسيل:

(١) الموطن ٧٤٦/٢ والمغنى ٤٩٦/٤ خراج يحيى بن آدم ١١٠ وسنن البيهقي ١٥٧/٦.

نريد بحق المسيل: حق تصريف الماء غير الصالح والزائد عن الحاجة بتسييله إلى مكان يمكن أن ينتفع به، أو يدفع عنه ضرره.

والفرق بين المجرى والمسيل: أن المجرى جلب الماء الصالح والمسيل لإخراج الماء غير الصالح.

وإذا تعينت أرضٌ لتكون مستودعاً أو مصرفاً لمسيل، فقد صارت مرفقاً ويدفع لصاحبها ثمنها، وليس لصاحبها الممانعة إلا إذا ترتب على ذلك ضرر ظاهر يفوق ضرر احتباس الماء في مجاريه، فإن كان ضرره أكبر يحول المسيل إلى جهة أخرى حتى ولو كان حق الارتفاق به قديماً، لأن الضرر يُزال مطلقاً، ولأن الضرر لا يكون قديماً، ويجب على صاحب الحق فيه أن يحول دون ضرره لغيره، وليس يبطل هذا الحق بتغير حال العقار الذي يسيل فيه هذا الماء غير الصالح من أرض زراعة إلى منزل، لأنه حق لازم للعين كيف كان وضعها.

وإن احتاج إلى إصلاح فنفقات إصلاحه قد تقدم الحديث عنها عند كلامنا على أنواع المياه التي يرتفق بها بالشرب والسقي.

وليتمكن المرتفق الانتفاع بالمرفق الذي له حق الارتفاق به لا بد أن يعطى له حق دخول الأرض والمرور بها.

٥. حق التعلّي:

يكاد يكون حق التعلّي واضحاً في النظام الطائقي في البناء، حيث تتكون العمارة من طوابق يعلو بعضها بعضاً، ويرتفق سكان كل طابق بما يملكه أصحاب الطوابق الأخرى، وقد عرف الأستاذ الدكتور وهبة الزحيلي حق التعلّي بأنه حق القرار الدائم، أو الإسناد لصاحب الطبقة العليا على الطبقة السفلى، ويشتمل هذا الإرفاق فيما يشمل: السقوف، والمراقي، والدرج، وتصريف مياه الصرف الصحي، ونحو ذلك.

وبما أن الحق مختلف في مآلته، فالحنفية لا يرون الحق مالاً، ولذلك فإنهم لا يثبتون لصاحب العلو الارتفاق دون ملك، فصاحب الطابق العلوي يملك الارتفاق بسقف السفلى دون أن يثبتوا له ملكيته، ولم يوجبوا عليه صيانة ما تهدم منه.

وحق الارتفاق هذا حق باق أبداً، حتى لو تهدم البناء علوه وسفله فإنه يبقى هذا الحق قائماً، ويجري فيه التوارث.

وإذا كان السفل لرجل وعلوه لآخر، فسقطا أو سقط العلو وحده فباع صاحب العلو علوه لم يميز عند الحنفية؛ لأن المبيع حيثنذ ليس إلا حق التعلي، وحق التعلي ليس بمال، وإنما هو حق متعلق بالهواء، وليس الهواء مالاً يباع باتفاق الروايات عند الحنفية.

قال في رد المحتار: قال في الفتح: «إذا كان السفل لرجل وعلوه لآخر، فسقط العلو وحده، فباع صاحب العلو علوه، لم يميز، لأن المبيع حيثنذ ليس إلا حق التعلي، وحق التعلي ليس بمال، لأن المال عين يمكن إحرازها وإمسакها، وليس هو حق متعلق بالمال، بل هو متعلق بالهواء، وليس الهواء يباع، والحاصل أن بيع العلو صحيح قبل سقوطه لا بعده، لأن بيعه بعد سقوطه يبيع لحق التعلي وهو ليس بمال^(١)، وعلى هذا فإنه إن كان لرجل علو فباعه قبل سقوطه جاز بيعه، فإن سقط قبل القبض بطل البيع هلاك المبيع قبل القبض، وهو بعد سقوطه يبيع لحق التعلي، وهو ليس بمال^(٢)».

واختلف الحنفية فيما يحق من التصرف لكل واحد من صاحب العلو وصاحب السفل، فقال أبو حنيفة، وهو القياس عنده: يمنع صاحب العلو من أن يدق وتداً في أسفله أو ينقب كوة بلا رضى الآخر.

وقال الصحابان أبو يوسف ومحمد: لكل واحد منهما فعل ما لا يضر بالآخر، ولو انهدم السفل بلا صنع صاحبه لم يجبر صاحبه على البناء لعدم التعدي^(٣).

ويرى المالكية: أن السقف بين الطابقين هو لصاحب السفل، وعليه صيانتة بإصلاح ما تهدم منه، ولصاحب العلو حق الارتفاق بالطابق الأسفل، بما لا يضر بالعلو، كالجلوس عليه، ووضع حاجاته عليه، ونحو ذلك.

(١) رد المحتار ٥٢/٥.

(٢) الموسوعة الفقهية (ر: تعلي/٢).

(٣) رد المحتار ٥٤٣/٥، وفتح القدير ٤٤٣/٧ وجمع الأنهر ١٧٥/٢.

وقال الشافعية: السقف المشترك بين صاحب العلو والسفل هو كالجدار بين مالكين، لا اشتراكهما في الانتفاع به، فإنه سائر لصاحب السفل وأرضه لصاحب العلو، فلصاحب العلو الإسناد عليه والانتفاع به -أي: بالسقف- الانتفاع الذي جرت به العادة، وفي جواز صاحب العلو الوتد فيما يليه وجهان. أحدهما: نعم، كالأسفل، وهو الظاهر، والثاني: لا لندور حاجته، بخلاف التعليق^(١).

وإذا انهدم الجدار المشترك بين اثنين فليس لأحدهما إجبار الآخر على عمارته، لأن الإجبار على عمارته ضرر بالمجبر، والضرر لا يزال بمثله. ولا يثبت نتيجة لبيع حق التعليق بدون بناء قائم على بناء آخر لأن بيع حق التعليق استقلالاً غير تابع لبناء مستقل صحيح عند الحنفية كبيعته على بناء مزعم إقامته لم يوجد بعد إذ لا يعد حق التعليق عندهم مالاً وتمليكاً فيما يرون ليس إلا تمليكا للهواء المستعلي على البناء وتمليك الهواء باطل لعدم استقرار وعدم ماليته. وذهب المالكية والحنابلة إلى جواز تمليك حق التعليق استقلالاً كما يجوز تمليكه تبعاً لتمليك البناء المستعلي على بناء آخر، فإذا ملك استقلالاً فإنه يتحدد حيثشذ محدود ما سيعلوه من البناء الموجود إن كان هناك بناء يراد استعلاؤه، أو محدود ما سيعلوه من البناء الموجود إن كان هناك بناء يراد استعلاؤه، أو محدود ما سيقام من البناء الذي سيكون سفلأ له بعد وصفه وبيانه وبيان العلو ووصفه بياناً لا يؤدي إلى النزاع عادة، وقد تقدم أن حق التعليق حق دائم لا يسقط بانهدام كل من العلو أو السفل، ولا بهدم أحدهما ويجري فيه التوارث فينتقل بالوراثة إلى ورثة مالكه. وإذا انهدم العلو كان لصاحبه، ولورثته من بعده تجديده، وليس لصاحب السفل أن يجبرهم على إعادته على الصحيح؛ لأنه لا منفعة له معتبرة في ذلك، وإذا انهدم السفل فانهدم بانهدامه العلو، فعلى صاحب السفل إعادته، فإذا أعاده علاه صاحب العلو بينائه. ويجبر على إعادته عند الحنابلة ليتمكن صاحب العلو من انتفاعه.

(١) اسنى المطالب ٢/٢٢١.

ويرى الحنفية أن السفل إذا انهدم فجدده صاحبه علاه الآخر بالبناء عليه دون أن يكون له حق الرجوع على صاحب السفل بقيمة ما انهدم من علوه، أو نقص إذا كان انهدام السفل من غير تعد من صاحبه، أما إذا كان قد انهدم بتعد منه فإنه يضمن لصاحب العلو قيمة ما سقط من بنائه.

وفي الجملة، فإن لانهدام وسقوط السفل حالتان:

الحالة الأولى:

أن يتهدم السفل بغير تعد من صاحبه، كأن يسقط بزلزال أو لوهن تسبب عن بلاه، وعند ذلك لا يجبر صاحبه على إعادته، إذ لا يجبر إنسان على عمارة ملكه، ولم يكن منه تعد على حق صاحب العلو حتى يجبر على إحيائه خلافاً للحنابلة إذ رأوا إجباره على ذلك.

فإذا لم يعده صاحب السفل كان لصاحب العلو أن يعيد ما سقط من السفل بإذن صاحبه أو بإذن القاضي إذا ما أباه عليه صاحب السفل، فإذا أذن بإعادته من أحدهما فأعاده رجع على صاحب السفل بكل ما أنفق في إعادته، لأنه بالإذن صار وكيلاً عنه في الإنفاق على إعادته، أما إذا كان الإذن من صاحب السفل فالأمر ظاهر إذ ليس الإذن إلا توكيلاً، وأما إن كان من القاضي؟، فلأن القاضي قد قام مقام صاحب السفل في إصدار هذا الإذن بما له من ولاية عامة في رفع المظالم، وقد كان امتناع صاحب السفل من الإعادة ومن الإذن بها ظلماً يجب رفعه، وإن أعاده صاحب العلو من غير استئذان بعد أن امتنع صاحب السفل من إعادته فقد اختلف الفقهاء في ذلك:

فذهب الحنفية إلى أنه يعد متبرعاً ما لم يمنعه من الاستئذان عذر، وعلى ذلك يكون ما يجدده من السفل ملكاً لصاحب السفل، ولا يرجع عليه بشيء مما أنفق عليه، إذ كان في إمكانه أن يستأذن ولم يفعل، وإذا صار ما أعاده صاحب العلو ملكاً لصاحب السفل على وجه التبرع له به لم يجز لصاحب العلو أن يمنعه من الانتفاع به، إذ لا يمنع مالك من أن ينتفع بمكله.

وأما إذا منعه من الاستئذان عذر من الأعذار فلا يعد في هذه الحال متبرعاً، لاضطراره حينئذ إلى إحياء حقه والانتفاع به بإعادة السفل، ويكون السفل حينئذ

ملكاً لصاحب العلو يستقيه في يده، كرهن عنده، وله أن يستغله حتى يدفع إليه صاحب السفل ما يعوضه ويصير السفل بذلك ملكاً له، وقد اختلف النظر عندئذ فيما يطالب به صاحب السفل عوضاً عن إعادته، أيطالب بقيمته أم يتفق على إعادته من نفقات؟

ذهب بعض الحنفية إلى أنه إنما يطالب بقيمته وتعتبر قيمته وقت تسليمه إلى صاحب السفل، لأنه وقت التملك، وذهب بعضهم الآخر إلى أنه إنما يطالب بما أنفق على إعادته من نفقات، لأنه يعتبر عند العذر كالمأذون شرعاً في إعادته، لأنه قد بناه تحت عامل اضطراره، وذلك كاف في اعتباره حكماً بمنزلة الوكيل عن صاحب السفل في الإعادة، وليس في ذلك إضرار بأحدهما، فصاحب العلو يتمكن من الوصول إلى حقه بلا عنت، وصاحب السفل يملك السفل، بما أنفق عليه، كما في بدائع الصنائع.

وهذا الرأي يقتضي أن يكون السفل في هذه الحال ملكاً لصاحب السفل، وإنما يستقيه صاحب العلو في يده وثيقة إلى أن يؤدي إليه ما أنفق.

وفي الخاتمة إذا سقط البنيان من غير هدم، قال أبو حنيفة: لا يجبر صاحب السفل على بناء السفل، إذ لا يجبر إنسان على عمارة ملكه وإقامته، ويقال لصاحب العلو ابن السفل أنت، فإذا بناه لم يكن متبرعاً في بناء السفل، ويكون السفل في يده حتى يؤدي إليه قيمة السفل^(١)، ومعنى ذلك فيما يظهر أن صاحب السفل لا يجبر على الإعادة، كما لا يجبر على الإذن لصاحبه بالإعادة، لأن عدم جبره على الإعادة يستلزم عدم جبره على الإذن بها، وعندئذ إذا أعاد صاحب العلو بناء السفل من غير إذن فقد أعاده تحت اضطراره إلى إحياء حقه فلا يكون متبرعاً به، ولكن هل يكون ملكاً لصاحب العلو أو ملكاً لصاحب السفل؟ الظاهر من إلزامهم صاحب السفل بأداء قيمته لا بأداء ما أنفق عليه من المال أنهم يرونه ملكاً لصاحب العلو، ومن ثم كان لصاحب السفل أن يملكه بقيمته، إذ لا محل للإلزامه بما يتفق، وقد يكون من ذلك ما هو نتيجة مغالاة وتساهل من صاحب العلو عند الإعادة فلا يلزم به صاحب السفل، وقد علمت فيما سبق أن من فقهاء الحنفية من ذهب إلى أن

(١) انظر الفتاوى الخاتمة على هامش الفتاوى الهندية ٣/ ١٠٥.

صاحب العلو، إذا أعاد السفلى في هذه الحال بدون إذن ولم يمنعه مانع من الاستئذان عد متبرعاً. ومعنى ذلك أن اضطرابه إلى إعادة حقه لا يمنع من اعتباره متبرعاً، وهذا ما قد يدل على أن المنقول عن أبي حنيفة مقيد بصدور الإذن لصاحب العلو بالبناء، غير أن ذلك يستتبع إلزام صاحب السفلى بما أنفق على الإعادة لا بالقيمة.

فلعل في المذهب رأيين في إعادة السفلى بغير إذن عند انعدام العذر: رأي يرى أن ذلك يعد من قبيل التبرع ما دام أن الإذن كان مستطاعاً ولم يحاول صاحب العلو الحصول عليه.

ورأي آخر يرى أنه لا يعد في هذه الحال متبرعاً، لاضطراره إلى إحياء حقه، ولكن هل اضطرابه إلى إحياء حقه يمنعه من أن يحصل على الإذن بالإعادة. وإذا ما أعاد صاحب العلو السفلى فصار ملكاً له على ما تقدم بيانه فإنه يكون لصاحب السفلى أن يملكه باعتباره تابعاً لأرضه، ويملكه حينئذ جبراً عن صاحب العلو بقيمته على ما بينا، وقد اختلف الرأي حينئذ في القيمة التي تجب عليه. فذهب بعضهم إلى أنه يملكه بقيمته وقت بنائه، لأنه يستحق تملكه على صاحب العلو من هذا الوقت.

وذهب آخرون إلى أنه يملكه وقت الرجوع عليه به، لأنه وقت التملك، وهذا هو الأصح المختار للفتوى. وإذا أراد صاحب العلو أن يملك الأرض من صاحب السفلى في هذه الحالة بدون رضاه لم يكن له ذلك، لأن الأرض أصل، ولا يكون الأصل تابعاً لفرعه وهو البناء.

الحالة الثانية:

أن ينهدم السفلى بتعد من صاحبه، وفي هذه الحال يجبر صاحب السفلى على إعادته، لتعديده، ويضمن لصاحب العلو قيمة ما سقط، فإن أعاده صاحب العلو في هذه الحال بلا إذن اعتبر متبرعاً لإقدامه على فعل يستطيع أن يلزم ذا الشأن فيه بتنفيذه، وذلك بالرجوع إلى القضاء، بخلاف الحالة الأولى، وإنما يعد متبرعاً إذا لم يصدر منه ما يدل على أنه إنما بنى لنفسه، مثل: أن يُشهد على ذلك، فإن فعل كان البناء له وكان شأنه شأن مستحق السكنى إذا قام بعمارة الدار الموقوفة على سكناه

فيكون ما بينه ملكاً له، ولصاحب الأرض أن يملكه إذا أراد طبقاً للقواعد، وإذا ما كان السفل الذي أقامه صاحب العلو ملكاً لصاحب السفل كان لصاحب العلو أن يمنعه عن سفله حتى يؤدي إليه ما عليه، فإذا امتنع كان لصاحب العلو أن يستغله بإذن القاضي على أن يحتسب غلتها مما وجب له على صاحب السفل^(١). ويرى الحنفية أن ما يكون من سقف بين علو وسفل له يكون ملكاً لصاحب السفل، لأنه جزء منه ومتمم له، ولا يعد مسكناً إلا به، وإنما لصاحب العلو حق الانتفاع به والقرار عليه.

ولوجود الجوار بين صاحب السفل وصاحب العلو كان تصرف كل منهما بملكه وانتفاعه به مقيداً على ما تقدم في الجوار الجاني بما لا يضر بصاحبه، فلا يزيد صاحب العلو في بنائه بما هو يوهن بناء صاحب السفل ولا يفتح صاحب السفل في بنائه نوافذ تضعف من بنائه فتجعله غير قادر على تحمل بناء العلو.

أقسام التصرفات التي تصدر عن كل من صاحب العلو والسفل:

لقد قسم الفقهاء التصرفات التي تصدر من كل منهما ثلاثة أقسام:

الأول: التصرفات التي تضر أحدهما ضرراً محققاً، كأن يهدم صاحب السفل بعض جدره أو بعض عمدته أو يبني صاحب العلو بناء لا يقوى السفل على حمله، وهذا النوع ممنوع على كل منهما، فإذا فعله أحدهما كان ضامناً لما يترتب على فعله من تلف وكان لكل منهما منع الآخر منه.

الثاني: التصرفات التي لا يترتب عليها ضررٌ بأحدهما، كدق مسمار في جدار، وقيام أحدهما بمد أسلاك الكهرباء في بنائه، وهذا النوع جائز لكل منهما دون اعتراض عليه من الآخر.

الثالث: التصرفات التي يشك في نتائجها فلا يدري على وجه العلم أيحدث منها ضرراً أم لا، كأن يقوم صاحب السفل بفتح نافذة فيه، وهذا النوع يجوز لكل منهما مباشرة عند أبي يوسف ومحمد خلافاً لأبي حنيفة.

(١) راجع الخانية.

ويرجع الخلاف في ذلك إلى اختلافهم في الأساس الذي يُرجع إليه في الحكم على تصرف كل منهما.

فَعِنْدَهُمَا أَنْ الْأَصْل فِيهِ هُوَ الْإِبَاحَةُ، لِأَنَّ كِلَيْهِمَا يَتَصَرَّفُ فِي مَلِكِهِ فَلَا يَمْنَعُ مِنْ تَصَرُّفِهِ إِلَّا إِذَا وَجَدَ الْمَانِعَ مِنْهُ وَهُوَ الْإِضْرَارُ بِحَقِّ غَيْرِهِ عَلَى وَجْهِ التَّحْقِيقِ، وَلِذَا مَنَعَ مِمَّا يَضُرُّهُ وَلَمْ يَمْنَعُ مِنْ غَيْرِهِ، وَهُوَ مَا جَهِلَ أَثَرَهُ وَمَا عَلِمَ عَدَمَ ضَرَرِهِ.

وَعِنْدَهُ -أَي: عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ- أَنَّ الْأَصْلَ فِيهِ هُوَ الْمَنَعُ، لِأَنَّ كِلَيْهِمَا يَتَصَرَّفُ فِي مَلِكٍ تَعَلَّقَ بِهِ حَقُّ غَيْرِهِ فَلَا يَنْفَذُ تَصَرُّفَهُ إِلَّا إِذَا تَحَقَّقَ عَدَمُ الْإِضْرَارِ بِحَقِّهِ، وَلِذَا مَنَعَ مِمَّا يَضُرُّ وَمِمَّا جَهِلَ أَثَرَهُ وَلَمْ يَمْنَعُ مِمَّا عَلِمَ عَدَمَ ضَرَرِهِ.

وَبِنَاءِ عَلَى ذَلِكَ فَالتَّصَرُّفَاتُ الَّتِي يَشْكُ فِي نَتَائِجِهَا غَيْرَ جَائِزَةٍ عِنْدَهُ، لِعَدَمِ التَّحَقُّقِ مِنْ وَجُودِ الْمَسْوُوعِ، وَهُوَ عَدَمُ الضَّرَرِ بِالْغَيْرِ قَطْعاً^(١).

٦. حق المرور:

حق المرور هو حق يَمَكِّنُ الْإِنْسَانَ مِنْ اجْتِيَازِ مَلِكِ غَيْرِهِ لِلْوَصُولِ إِلَى مَلِكِهِ مِنْ أَرْضٍ أَوْ دَارٍ أَوْ نَحْوِهَا.

والطرق ثلاثة:

أ. طريق عام: وهو الطريق النافذ الذي سواء جعل السلطان حق المرور فيه والانتفاع به لكل أحد على ألا يضر ذلك بالناس أو لم يجعل، فلكل أحد حق الوقوف والجلوس والمشي، وتسيير المركبات فيه على نحو لا يضر بالغير^(٢)، ففي الحديث (اتقوا اللعانين، قالوا: وما اللعانان يا رسول الله؟)، قال: الذي يتخلى في طريق الناس أو في ظلهم^(٣).

وصيانة الطريق العام وإصلاحه على السلطان، وتصرف نفقة إصلاحه من بيت مال المسلمين^(٤).

(١) شرح البهجة ج ٢ ص ٣١٥.

(٢) رد المحتار ٥/ ٣٨٠ وأسنى المطالب ٢/ ٤٤٩.

(٣) أخرجه مسلم في الطهارة باب النهي عن التخلي في الطرق والظلال.

(٤) الموسوعة الفقهية الميسرة مادة: طريق/ ٣.

ولا يشترط في جواز الارتفاق بالطريق العام إذن السلطان، ولا يجوز للسلطان أن يأخذ العوض ممن يرتفق بالجلوس فيه للمعاملة كما لا يجوز له أن يبيع جزءاً منه^(١) كما يجوز له أن ينخص شخصاً ببيعة منه يجلس فيها للمعاملة ارتفاقاً لا تملكياً بشرط ألا يضر ذلك بالمسلمين، وبذلك يصير من أقطعه السلطان أولى بما أقطعه من غيره^(٢).

وذهب جمهور الفقهاء إلى أنه يجوز للناس الانتفاع بهواء الطريق العام بإخراج جناح أو سباط إذا لم يضر ذلك بالناس، لأن النبي صلى الله عليه وسلم نصب بيده الشريفة ميزاباً في دار عمه العباس إلى الطريق وكان شارعاً إلى مسجده^(٣)، فإن أضر بالناس هدمه السلطان، وإن قُتل به إنسان فهو مضمون، وإن أخذ مخرج الجناح والسباط ونحوهما جميع الاحتياطات في أن لا يؤذ بنصبها أحداً، فإن حدث غير المتوقع من صاعقة أو شدة ريح فهو ضامن وتجب فيه دية الخطأ.

وقال الحنفية: لكل أحد من أهل الخصومة من العامة منعه من إحداث ذلك ابتداء، ومطالبته بتقضه بعد البناء أضر بأحد أو لم يضر^(٤) هذا إذا لم يأذن به الإمام، فإن أذن فلا ضمان لأنه غير متعد في إخراجها مع أخذ الحيطة.

وقال المالكية: لا ضمان على المخرج، أذن بذلك السلطان أو لم يأذن^(٥). وقال الحنابلة: لا يجوز إخراج شيء مما ذكر، أذن الإمام أو لم يأذن، ضر المارة أو لم يضر، لأنه بناء في غير ملكه بغير إذن مالكه. وقال ابن عقيل من الحنابلة: يجوز ذلك بإذن الإمام أو نائبه، لأن السلطان نائب عن المسلمين^(٦).

(١) نهاية المحتاج ٣٤٣/٥.

(٢) مواهب الجليل ١٥٦/٥ وأسنى المطالب ٤٥٠/٢.

(٣) أخرجه الإمام أحمد في مسنده ٢١٠/١.

(٤) فتح القدير لابن الهمام ٢٤٠/٩.

(٥) رد المختار ٣٨٠/٥ وفتح القدير ٢٤٦/٩.

(٦) كشاف القناع ٤٠٦/٣ والمعني ٥٥١/٤.

وقد يكون حق المرور ملازماً لحقوق أخرى، كحق الشرب، وحق الشفة، وحق المجرى، وحق المسيل، وحق الجوار ونحوها.

ب. طريق خاص: ويطلق عليها الفقهاء «طريق غير نافذة»

الطريق غير النافذة ملك لأهله، فلا يجوز لغير أهله التصرف فيه إلا برضاهم وإن لم يضر أحداً لأنه ملكهم فأشبهه الدور، وأهله من لهم حق المرور فيه إلى ملكهم من دار أو بئر أو فرن، لا من لاصق جداره الدرب من غير نفوذ باب فيه، لأن هؤلاء هم المستحقون الارتفاق فيه^(١)

ويستحق كل واحد من أهل الطريق غير النافذ الارتفاق بما بين رأس الدرب وباب داره، لأن ذلك هو محل تردده، ومروره، وما عداه هو فيه كالأجنبي من الطريق، وفي قول للشافعي: لكل من أهل الدرب غير النافذ الارتفاق بكل الطريق، لأنهم ربما يحتاجون إلى التردد والانتفاع به كله، لإلقاء القمامات فيه عند الإدخال والإخراج.

أما البناء فيه وإخراج روشن، أو جناح، أو ساباط، فلا يجوز لأحد منهم، إلا برضى الباقيين، كسائر الأملاك المشتركة، لأنه بناء في هواء قوم معينين فلا يجوز بغير رضاهم.

ويقول الشافعية: يجوز لبعض أهل الدرب إخراج ما ذكر إلى الطريق المسدود بغير رضى الباقيين إن لم يضر؛ لأن لكل واحد منهم الانتفاع بقراره فيجوز الانتفاع بهوائه، وهو المشهور من قول عند المالكية.

٧. حق الجوار:

أ. تعريف:

نريد بحق الجوار الحق الذي يُمنَح لشخص يُجعل له به حق الارتفاق بمال غيره.

ب. حد الجوار:

ذهب الشافعية والحنابلة إلى أن حد الجوار أربعون داراً من كل جانب لحديث

(١) نهاية المحتاج ٣٩٨/٤ وما بعدها، وأسنى المطالب ٢٢١/٢، كشاف القناع ٤١٠/٣، رد المحتار

٣٨٢/٥، حاشية الدسوقي ٣٦٨/٣.

أبي هريرة (حق الجار أربعون داراً هكذا وهكذا وهكذا)^(١)
 وذهب المالكية إلى أن الجار هو الملاصق من جهة من الجهات، أو المقابل له
 بينهما شارع ضيق لا يفصلهما فاصل كبير كسوق أو نهر متسع، أو من يجمعهما
 مسجد قريب إلا أن يدل العرف على غير ذلك.
 وذهب أبو حنيفة وزفر إلى أن الجار هو الملاصق فقط، لأن الجار من المجاورة،
 وهي الملاصقة.

وذهب أبو يوسف ومحمد إلى أن الجار هو الملاصق وغيره، ممن يجمعهم المسجد
 لقوله - ﷺ - (لا صلاة لجار المسجد إلا في المسجد)^(٢) وهو استحسان، ويؤيده
 الحديث الشريف.

ج. الوصية بالجار:

لقد ورد كثير من النصوص الشرعية تحض على احترام الجار والوصية به منها
 قوله تعالى في سورة النساء: ٣٦: ﴿وَأَعْبُدُوا اللَّهَ وَلَا تُشْرِكُوا بِهِ سَيِّئًا وَيَأْتُوا الدِّينَ إِحْسَانًا وَيَذِ
 الْقُرْبَىٰ وَالْيَتَامَىٰ وَالْمَسْكِينِ وَالْجَارَ ذِي الْقُرْبَىٰ وَالْجَارَ الْجُنُبَ وَالصَّاحِبَ بِالْجُنُبِ﴾
 ويريد بالجار ذي القربى هو الذي بينك وبينه قرابة سواء كانت قرابة رحم، ويريد
 بالجار الجنب الجار الذي لا قرابة بينك وبينه، وفي الحديث (ما زال جبريل يوصيني
 بالجار حتى ظننت أنه سيورثه)^(٣).

د. ثبوته للمسلم والذمي:

إن حق الجوار يثبت بالجوار سواء كان الجار مسلماً أو ذمياً، وإذا جاور مسلم
 ذمياً وجب على المسلم الإحسان لجاره الذمي ليعرفه على محاسن الإسلام، لتكون
 هذه المعاملة الحسنة مدخلاً لإسلامه.

هـ. أنواع الجوار:

الجوار على نوعين:

(١) قلوبوي وعميرة ١٦٨/٣ والمغني ١٢٤/٦. والحديث ضعيف أخرجه أبو يعلى (ر: مجمع الزوائد
 ١٦٨/٨) طبع القدسي.

(٢) المغني ١٢٤/٦ والبحر الرائق ٥٠٥/٨.

(٣) أخرجه البخاري في الأدب باب الوصية بالجار، ومسلم بالبر والصلة باب الوصية بالجار.

جوار جانبي أفقي: وهو الذي يكون امتداده جانبياً أفقياً، وهو ناشئ عن ملاصقة الحدود.

وجوار عامودي رأسي: وهو الناشئ عن التعلّي، ولكل من الجوارين ضوابط وقيود تقيد المالك في تصرف بما لا يترتب عليه ضرر بجاره، إذ القاعدة الفقهية تقول: إن للمالك أن يتصرف في ملكه كيف شاء ما لم يضر ذلك بجاره. و. الجوار الأفقي:

والتزام المالك بهذه الضوابط في الجوار الجانبي محل خلاف بين الفقهاء. فالإمام أبو حنيفة والشافعي وهو رواية عن أحمد لا يرون وجوب تقيد المالك في ملكه من أجل مصلحة جاره، لأن الملك التام يقتضي أن يكون للمالك الخيار في انتفاعه بملكه وفي تصرفه فيه على الوجه الذي يريد ما دام خالصاً من تعلق حق غيره به، ولذا كان له أن يفتح فيه ما يرى من نوافذ، سواء أطلت على جاره أم لم تطل، يكشف بها على نسائه أم لا، وله أن يحول داره المعدّة للسكنى إلى مصنع أو متجر^(١).

وذهب المتأخرون من فقهاء الحنفية، ومنهم مشايخ بلخ والمالكية والحنابلة إلى وجوب تقيد الجار في تصرفه وانتفاعه بملكه بما لا يضر جاره ضرراً يبيّن غير معتاد لقوله -صلى الله عليه وسلم- (لا ضرر ولا ضرار)^(٢).

فلا يجوز له أن يحفر بئراً بجانب بئر جاره ليجذب ماءه إليه، ولا يجوز له فتح كوة تطل على جاره، ولا يرمي قمامة داره مقابل دار جاره، وإذا فتح دكان حداد أو شواء في سوق البزازين يكلف بإغلاقه، وإذا بنى صاحب أرض في أرضه بجوار مصنع قائم ينبثق منه الضجيج والدخان فليس له أن يطلب منع ضجيج المصنع عنه أو دخانه، لأن الأسبقية في التملك أو الاستعمال تعصم من المسؤولية، ويعتبر إقدامه على بناء أرضه تنازلاً منه عن حقه في دعوى رفع الضرر عنه، ومرد ذلك كله إلى الحديث المتقدم (لا ضرر ولا ضرار) والقاعدة العامة في ذلك هي أن يكون

(١) الفتاوى الحنافية ٤/٣٩٢/٥١٠.

(٢) أخرجه مالك في الموطأ مرسلأً باب الأفضية مرسلأً، القضاء في المرافق.

للمالك مطلق التصرف في ملكه، والانتفاع به في حدود المتعارف المألوف، وعلى من يتجاوز ذلك من الملاك أن يتحمل نتائج الأضرار المترتبة على ذلك.

ز. الجوار العمودي:

لقد ضاقت المدن بأهلها، فلجأ المهندسون والملاك إلى التوسع في البناء الطابقي بأن تكون العمارة مؤلفة من عدة طبقات، وقد يكون العلو لمالك والسفل لمالك غيره. والبناء الطابقي قد يجمع بين الجوار العمودي والجوار الأفقي، ففي الجوار العمودي تكون ملاصقة الجار من أعلاه أو من أسفله أو منهما جميعاً، وعندئذ يطبق فيه ما قلناه من حق التعلّي، وقد يكون في الطابق الواحد من العمارة ذات الطابق المتعددة عدة بيوت، وعندئذ يكون الجوار بينها جواراً أفقياً، أي: قد اجتمع في العمارة الواحدة نوعان من الجوار - العمودي، والأفقي - وحق التعلّي لا يثبت عند الحنفية إلا نتيجة لبيع علو قائم بناؤه على سفلى.

ح. أنواع المرافق من حيث حكم الارتفاق بها:

المرافق من حيث حكم الارتفاق بها على أنواع:

١. الارتفاق بالمباحات: ونعني بالمباحات كل ما وجد بإيجاد الله تعالى دون أن يكون لأحد دخل في إيجاده، كماء الأنهار العظيمة، وأشجار الغابات، والكلأ في البراري، والطيور في الهواء، والأسماك في البحار، وحرارة الشمس وضوئها، ونور القمر، والهواء، وغير ذلك، ويطلق الفقهاء على هذا النوع من المال (مال الله) و(المال المباح). والأصل في ذلك كله: قول الرسول ﷺ: (الناس شركاء في ثلاث، الماء، والكلأ، والنار)^(١)

ويقاس عليها كل المباحات، أعني: كل ما أوجده الله تعالى دون أن يكون لأحد دخل في إيجاده.

وحكم الارتفاق بهذا النوع من الأموال: الإباحة لجميع الناس، فهي غير مملوكة لأحد، ولكل أحد أن يرتفق بها دون إضرار بها، قال تعالى: ﴿هُوَ الَّذِي خَلَقَ لَكُمْ مَنَّا فِي الْأَرْضِ جَمِيعًا﴾. وليس لأحد أن يمنع غيره من الانتفاع بها دون مضرة، فإذا وقع

(١) أسنى المطالب ٢ / ٤٤٥.

فعله موقع الضرر فلكل إنسان أن يمنعه من إيقاع هذا الضرر، وعلى السلطان أن يحمي هذه المرافق ويقوم عليها ويمنع الإضرار بها، وينظم الانتفاع بها. فمن سبق إلى الارتفاق به فهو أحق به، ملكاً أو انتفاعاً.

وقد اختلف الفقهاء في وجوب إذن السلطان للارتفاق به، كإذنه بصيد السمك من البحر، وإذنه بإحياء الموات، فقال الحنفية والمالكية: لا بد من إذن السلطان، وقال الجمهور: لا يحتاج إلى إذن السلطان لإحياء الموات، والقول الأول هو الأحكم نظراً لتزاحم الناس عليه، ولا بد من الالتزام بتنظيم الدولة ليعم الخير الجميع، فإذا تزاحم الناس على مرفق من هذه المرافق يريد كلهم الانتفاع به فعليهم اقتسام منافع هذا المرفق، كما هو معروف في قواعد القسمة فإن لم يتفقوا على وجه في قسمتها قسمها السلطان بينهم.

فلكل أحد أن يقطع بعض أشجار الغابات ليستدفع بها كمصدر من مصادر الطاقة، ويرعى ماشيته كالأبراري، وبالهواء في تسيير السفن في البحار وفي إدارة الطواحين وغير ذلك.

وليس له أن يستعملها استعمالاً مضرأً بها أو بالناس. وإذا تزاحم الناس على مرفق يريدون كلهم الانتفاع، فعليهم اقتسام منافع هذا المرفق كما هو معروف في قواعد القسمة، فإن لم يتفقوا على اقتسامها فعلى السلطان أن يقسمه بينهم.

ب. الارتفاق بالملكية الجماعية: ونعني بالملكية الجماعية، كل عين تعلق بها نفع عام لفترة مخصوصة من الناس كالجسور، والطرق التي ينتفع بها جميع من مر عليها دون غيرهم، وشركات الكهرباء المغذية بالكهرباء لمدينة مخصوصة، وشبكة المياه التي توزع الماء في المدن والتي ينتفع بها أهل بلدة خاصة وساحات تجميع المزروعات في القرية، تمهيداً لتذريتها ووضعها في أكياس أو صناديق لبيعها في المدينة، والملاعب التي يلعب فيها صبيان القرية، والأنهار العامة، إذ لا ملك لأحد بمفرده على أعيانها، ولكن يحق له الانتفاع بها^(١)، قال الدكتور العلامة وهبة الزحيلي: وحكمه: أن لا ملك لأحد في هذه الأنهار -يريد الأنهار العامة- لا في المال ولا في المجرى، بل هو حق للجماعة كلها، فلكل واحد حق الانتفاع بها بالشفة والشرب وسقي

(١) أسنى المطالب ٢/٤٤٥.

زرعه وأشجاره، وشق الجداول منها، ونصب آلات لجر الماء منها إلى أرضه ليرويها. وليس للحاكم منع أحد من الانتفاع بكل الوجوه إذا لم يضر ذلك بالنهر أو بالغير أو بالجماعة كما هو الحكم المقرر بالانتفاع لا بالطرق ونحوها.

ج. الارتفاق بالملكية الفردية:

ونريد بالملكية الفردية - ويقال أيضاً: الملكية الخاصة: اختصاص شخص بشيء اختصاصاً يمكنه من التصرف فيه ومنع غيره منه، أعني اختصاص شخص بمرفق من المرافق لا يشاركه في ملكيته له أحد، وهو ما حازه صاحبه في آنية أعدت لذلك، كالحياض والصحاريج، ويعد هذا ملكاً لمحرزه شأنه شأن كل مباح يملك بإحرازه، وعلى ذلك فليس لأحد أن ينتفع بهذا الماء إلا بإذن مالكه، ولكن عند العطش وخوف الهلاك منه يجب بذله دفعاً للهلاك متى كان مالكه غير محتاج إليه لدفع الهلاك عن نفسه، ويقاتل مالكه عليه إذا منعه من غير حق، ولكن بغير سلاح حتى لا يؤدي ذلك إلى قتل إنسان حال دفاعه عن ماله، فإذا أخذه كان عليه ضمان قيمته.

د. تحول الملكية من وصف إلى وصف غيره:

إن ما ذكرناه من وصف للملكية، كالملكية الفردية، والملكية العامة ليس وصفاً لازماً للملكية أبداً، إذ قد تتحول الملكية الفردية إلى ملكية عامة، أو إلى ملكية جماعية.

أما تحول الملكية الفردية إلى ملكية عامة فهي كالأرض التي تركها أهلها ولم يعد في نيتهم العودة إليها، فإن لكل شخص أن يرتفق بها بجفر مجرى من أرضه الحيازة إليها.

أما تحولها إلى ملكية جماعية فإنه تكون بوقفها، لأنها بالوقف تصير ملكاً لجماعة مخصوصة وهم المنصوص عليهم.

والملكية العامة يمكن أن تتحول إلى ملكية فردية بالحيازة كما هو الحال في إحياء الموات، إذ الأرض في إحياء الموات هي ملك الله، ولا ملكية لأحد عليها، وتتحول بالإحياء إلى ملك محييا.

وتتحول بتحويل السلطان لها إلى ملكية جماعية يجعلها جسراً أو طريقاً عاماً، أو نهراً عاماً.

أحكام الإرفاق والارتفاق:

١. توقيت حق الارتفاق: الإرفاق والارتفاق حقوق يترتب عليها حق لمصلحة عقار على عقار آخر دون النظر إلى مالكي العقارين، وهو لا يختلف باختلاف المالكين أو تبدلها.

ويترتب على كونه حقاً لعقار على عقار آخر: أن من حق المالك وغير المالك ممارسة هذا الحق.

٢. توقيت حق الارتفاق: اختلف الفقهاء في جواز توقيت هذا الحق، فرأى الحنفية أنه حق دائم، ويرى المالكية أنه يجوز توقيته بمدة ينتهي بانتهائها.

٣. لؤومه: حق الارتفاق حق لازم بالنسبة لمالك العقار، المرتفق به، فلا يملك إنهاءه، فمن اشترى داراً يسيل منه ميزاب على سطحه، فليس له أن يطلب إزالة هذا الميزاب أو تحويل مائه، ولكنه ليس بلازم لمن صار إليه العقار، إذ يحق له التنازل عنه.

٤. إلزام السلطان به: على السلطان أن يلزم بحق الارتفاق من لا يلتزم به^(١).

انتهاء حق الارتفاق:

ينتهي حق الارتفاق بما يلي:

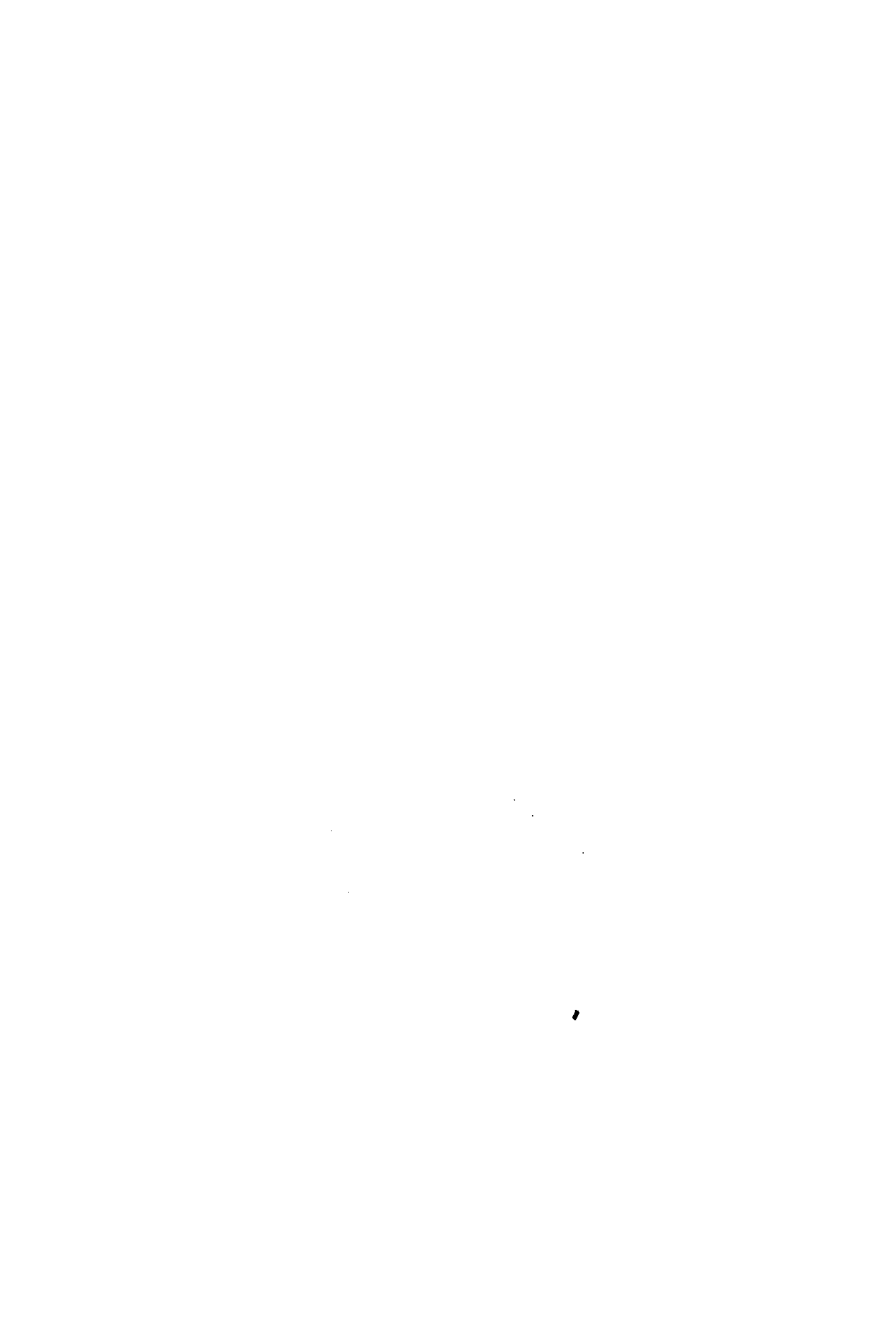
١. إذا كان حق الارتفاق مؤجلاً فإن حق الارتفاق ينتهي بحلول ذلك الأجل.
٢. هلاك العقار المرتفق به أو المرتفق هلاكاً مذهباً لعينه، فإن عاد بناء العقار المتهدم عاد حق الارتفاق.

٣. اجتماع العقارين، العقار المرتفق والمرتفق به في ذمة واحدة.

٤. التقادم بترك الارتفاق، فإذا ملك العقار عدة شركاء على الشيوع فإن انتفاع أحدهم بالارتفاق يقطع التقادم بالنسبة للباقيين.

(١) الملكية للشيخ علي الحنيف صفحة/١٣٨ وما بعدها.

٥. استحالة استعمال حق الارتفاق لتبديل الأحوال، فإن عاد العقار عاد حق الارتفاق معه لأنه تابع له، كما تقدم.
٦. انعدام الفائدة من الارتفاق.
٧. تحقق الشرط الفاسخ، كثبوت أن مانع حق الارتفاق قد كان غير المالك الأصلي حين المنع.
٨. تنازل صاحب حق الارتفاق عن حقه.
٩. تجزئة العقار المرتفق به لا يسقط حق الارتفاق عنه، ولكن الارتفاق يصير مستحقاً لكل جزء منها.



حق الارتفاق

إعداد

الشيخ مرتضى الترابي

الجمهورية الإسلامية الإيرانية

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على سيدنا محمد وآله الطيبين

مقدمة:

قد أصبح من الضروري مراجعة المسائل والعناوين المطروحة في الكتب الفقهية في ضوء التحول الأساسي الذي حدث في العلاقات الاجتماعية، للوقوف على التغييرات الحادثة في المسائل والاطلاع على الموضوعات المستجدة التي شكلتها تلك العلاقات المتطورة، ومن المسائل التي لا بد أن تبحث بهذا المنظار، الأنحاء المختلفة لحقوق الارتفاق، فقد طرحها الفقهاء العظام في كتبهم وبحثوا عن أحكامها، لكنها قد تطورت أشكالها بمرور الزمان، وأضيفت إليها تطبيقات جديدة لم تكن معهودة في القديم، فلا بد من إعادة النظر فيها مع ملاحظة هذه التغييرات.

حقوق الارتفاق، تعريفه، وأنواعه

الارتفاق في اللغة:

يقال: ارتفتقت بالشيء أي انتفعت به، ومرافق الدار مصاب الماء ونحوه^(١).

الارتفاق في الفقه:

جاء في بعض المصادر الفقهية «إنه حق مقرر على عقار بعينه لمنفعة عقار آخر مملوك لغير مالك عقار الأول»^(٢).

وعرفه بعض علماء القانون: «الارتفاق حق يحد من منفعة عقار لفائدة عقار غيره يملكه شخص آخر»^(٣).

وهو تسمية مستحدثة، وإنما جاء ذكر الحقوق المسماة بحقوق الارتفاق في الكتب الفقهية تحت العناوين الخاصة كحق الشرب وحق المسيل وحق المجرى وحق الممر وحق البناء من دون جمع ذلك تحت اسم يجمعها.

(١) الصحاح، الجوهري، مادة (رفق).

(٢) موسوعة الفقه الإسلامي، مادة (ارتفاق).

(٣) الوسيط، عبد الرزاق السنهوري، ج ٩ ص ١٢٧٩.

نعم قد تعرض الفقهاء لتعريف المرافق، قال صاحب الجواهر رحمه الله نقلاً عن الشهيد: «بأنها (المرافق) من جملة الحريم، وهو الموضع القريب من موضع معمور يتوقف انتفاع ذلك المعمور عليه ولا يد لغير مالك المعمور عليه ظاهراً»^(١). وعرفها بعض فقهاء الحنفية بأنها «ما يرتفق به ويختص بما هو من التوابع كالشرب والطريق ومسيل الماء»^(٢). «لكن الظاهر أن مرادهم من المرافق القسم الخاص من حقوق الارتفاق المتعلقة بالمنافع المشتركة كالطرق العامة، وكذلك بالأراضي الموات، وهي التي يسميها الفقه الوضعي بحقوق ارتفاق إدارية أو حقوق ذات طبيعة خاصة»^(٣).

خصائص حق الارتفاق:

ذكر علماء القانون خصائص لحق الارتفاق نتعرض إليها.

١. أنه حق عيني يترتب على عقار لفائدة عقار آخر^(٤).

أقول: لم يعهد تقسيم الحقوق إلى حقوق عينية وحقوق شخصية في الفقه الإسلامي، لكن الخصوصيات المذكورة لحقوق الارتفاق في الفقه ككونها من توابع العقار واقتضائها للدوام، تنطبق على الحق العيني في الفقه الوضعي لكونه حقاً ثابتاً في المال دون الحق الشخصي الذي هو في الأصل رابطة بين شخصين^(٥).

٢. إنه حق تابع، أي يتبع العقارين المرتفق والمرتفق به، ولا ينفصل عنهما فيما يجري على العقارين من تصرفات من بيع أو هبة أو رهن أو تصرف آخر^(٦).

أقول: عدم انفصال حق الارتفاق عن العقار المرتفق به معلوم؛ إذ إنه منفعة تابعة له ولا يتصور انفكاكه عنه، أما عدم انفكاكه عن العقار المرتفق فالظاهر عدم وجود مانع منه، لأنه يمكن فرض احتفاظ حق ارتفاق الشرب مثلاً مع خروج العقار المرتفق عن ملكه كان يبيع العقار المرتفق مع الاحتفاظ بحق شربه.

(١) جواهر الكلام، الشيخ الجواهري - ج ٣٨ - ص ٣٢-٣٦.

(٢) البحر الرائق ج ٦ ص ١٤٨.

(٣) الوسيط، ج ٩ ص ١٢٨٩.

(٤) نفس المصدر، ص ١٢٨٣.

(٥) يراجع مصادر الحق، السهوري، ج ١ ص ١٣.

(٦) الوسيط، ج ٩ ص ١٢٨٣.

٣. أنه حق دائم أي الأصل فيه الدوام، ولكنه ليس من جوهره الدوام كالملكية، فيمكن توقيته بأجل في الابتداء (أجل الواقف) والانتهاه (أجل الفاسخ)، كما يزول بعدم الاستعمال أو بتغير وضع الأشياء وفقد الارتفاق منفعتة للعقار المرتفق^(١).

أقول: لو صولح على حق من حقوق الارتفاق بدون ذكر المدة، يكون ظاهراً في الدوام؛ لكون الدوام من مقتضيات طبيعتها كما هو واضح^(٢) أما لو كان إنشاء الحق أو نقله على وجه التوقيت فإنه يكون موقتا.

أما زواله بعدم الاستعمال ونحوه، فإنما يصح إذا كانت الأرض المرتفق بها من الموات أو من المنافع المشتركة كالطرق العامة؛ أما حقوق الارتفاق الواقعة على الأملاك الخاصة، فلا تزول بعدم الاستعمال ما لم يُعرض صاحب الحق عن حقه.

٤. إنه حق غير قابل للتجزئة، فإذا جزئ العقار المرتفق، بقي الارتفاق مستحقاً لكل جزء منه، وإذا جزئ العقار المرتفق به، بقي الارتفاق واقعا على كل جزء منه^(٣).

٥. إن حقوق الارتفاق لازمة من جانب مالك العقار المقررة عليها، وجائزة من جانب مالك العقار المنتفع فيجوز له إسقاطه^(٤).

الفرق بين القيود القانونية الواردة على الملكية وحق الارتفاق

من النكات التي لا بد من التنبيه إليها: ما ذكره بعض علماء القانون من التمييز بين القيود القانونية وبين حقوق الارتفاق.

فإن حقوق الارتفاق غير القيود القانونية المتعلقة بتنظيم حق الملكية كقيود الجوار والمرور أو بمياه الشرب، والفرق بين هذه وتلك أن القيود القانونية تتطلب شروطاً

(١) نفس المصدر، ص ١٢٨٤.

(٢) ويدل على ذلك ما ذكره العلامة رحمه الله: «وتجوز المصالحة على البيوتة على سطح الجار، ثم لو باع مستحق البيوتة منزله، فليس للمشتري أن يبيت عليه، بخلاف ما لو باع مستحق إجراء الماء على سطح الغير مدة داره فإن المشتري يستحق الإجراء بقية المدة؛ لأن إجراء الماء من مرافق الدار دون البيوتة. يراجع تذكرة الفقهاء (ط.ق) العلامة الحلبي، ج ٢ ص ١٨٨-١٩٠.

(٣) نفس المصدر، ص ١٢٨٥.

(٤) موسوعة الفقه الإسلامي، مادة ارتفاق.

معينة متى توافرت فإن القانون نفسه هو الذي يرتب تكليفا على عقار لفائدة عقار آخر، ويزول بزوال تلك القيود، مثلا لصاحب الأرض المحبوسة عن الطريق العام التي لا منفذ لها إلا بالمرور من أرض الجار حق قانوني في المرور من أرض جاره. فإذا فرض انفكاك حبس أرضه بأن استحدث طريق عام مجنبها، فإن حق المرور القانوني يزول بزوال سببه، فهذا ليس بحق ارتفاق، بل هو قيد على ملكية الأرض المجاورة منوط بانحباس الأرض، وبعبارة أخرى: القيود القانونية تمثل النظام العام المألوف للملكية أما حقوق الارتفاق فهي خروج عن ذلك النظام العام، تتحقق نتيجة الاتفاق بين مالكي العقار المرتفق والمرتفق به أو الأسباب الأخرى لثبوتها ونقلها كالوصية والميراث^(١).

ولذلك فإن البائع لا يضمن عدم وجود تلك القيود وإن شرط المشتري عدم وجود حقوق ارتفاق حين شراء العقار، وهذا بخلاف حق الارتفاق، فإنه يضمن خلو العقار عنه لو شرط ذلك، نعم قد سمي بعض علماء القانون هذه القيود بحقوق ارتفاق قانونية أي: أن مصدرها القانون، وقد يعبر عنها بحقوق ارتفاق حقيقية.

كون حريم الأملاك من حقوق الارتفاق:

قد قررت الشريعة الإسلامية حريما للأملاك التي يتم إحيائها في أرض موات، كحريم القرية، وحريم الدار، وحريم المزرعة، وحريم النهر، وحريم البئر وغيرها، والمعيار الكلي في تعيين حريم كل شيء هو ما يتوقف الانتفاع من الشيء عادة عليه^(٢).

(١) الوسيط ج ٩ ص ١٣١٤.

(٢) قال الشهيد الثاني: ويشترط في التملك بالإحياء شروط: الأول: أن لا يكون عليها يد مسلم. فإن ذلك يمنع من مباشرة الإحياء لغير المتصرف. الثاني: أن لا يكون حريما لعامر. كالطريق. والشرب، وحريم البئر، والعين، والحائط. وحد الطريق لمن ابتكر ما يحتاج إليه في الأرض المباحة: خمس أذرع، وقيل: سبع أذرع، فالثاني يتباعد هذا المقدار. وحريم الشرب بمقدار مطرح تراه، والمجاز على حافته، ولو كان النهر في ملك الغير فادعى الحريم قضى به له مع يمينه، لأنه يدعي ما يشهد به

والظاهر: دخول حريم الأملاك في حقوق الارتفاق الإدارية؛ لأنها حقوق قد قررها الشرع المقدس لتلك الأملاك على الأراضي المجاورة، إذا كانت مواتا أو محيية لأجل المنافع العامة كالطريق العام، نعم يشترط في نشوء حق الارتفاق في المنافع العامة كالطريق ونحوه أن لا يتعارض مع ما خصص له من وجوه الاستعمال للمنفعة العامة.

فإذا ثبت هذا الحق في تلك الأراضي لم يصح التصرف فيها على نحو يوجب الإخلال بالمنفعة المرتفعة، فحق المرور لكل منزل أشرع بابه إلى الطريق العام وحق الشرب لكل أرض زراعية تتصل بمروي من هذا القبيل.

حقوق الارتفاق في الأملاك العامة:

اتضح مما ذكرناه في تعريف حق الارتفاق: أن المورد القطعي من حق الارتفاق ما ينشأ في الأملاك الخاصة والمشاركة بنحو الإشاعة لصالح عقار مملوك خاص أو مشترك كذلك بواسطة عقد معاوضة كالصلح ونحوه.

ويجوز ترتيب حق ارتفاق على المنافع العامة كالطرق وغيرها، إن كان هذا الحق لا يتعارض مع الاستعمال الذي خصص له المال العام كالمنافذ للأملاك المجاورة للطرق العامة إليها، مثل المظل والمسيل والنفاذ وحق الممر على الطريق العام للوصول إلى داره وهذا القسم يسمى حقوق ارتفاق إدارية.

قال المحقق الحلبي رحمه الله: «يجوز إخراج الرواشن والأجنحة إلى الطرق النافذة، إذا كانت عالية لا تضر بالمارة، ولو عارض فيها مسلم، على الأصح، ولو كانت

الظاهر، وفيه تردد. وحريم بئر المعطن: أربعون ذراعا، وبئر الناضح ستون. والعين: ألف ذراع في الأرض الرخوة. وفي الصلبة خمسمائة ذراع. وقيل: حد ذلك أن لا يضر الثاني بالأول، والأول أشهر. وحريم الحائط في المباح: مقدار مطرح ترابه، نظرا إلى إمساس الحاجة إليه لو استهدم. وقيل: للدار مقدار مطرح ترابها، ومصب مياهها، ومسلك الدخول والخروج. وكل ذلك إنما يثبت له حريم إذا ابتكر في الموات، أما ما يعمل في الأملاك المعمورة فلا. راجع: مسالك الأنعام - الشهيد الثاني - ج ١٢ - ص ٤٠٤-٤١٥.

مضرة، وجب إزالتها، ولو أظلم بها الطريق، قيل: لا يجب إزالتها، ويموز فتح الأبواب المستجدة فيها^(١).»

ويمكن عد الاشتراك في الكهرباء وماء البلد من حقوق الارتفاق الإدارية، فالاستفادة من الماء نظير حق الشرب، والاستفادة من الكهرباء نظير حق الاحتطاب، نعم في عد الاشتراك في الكهرباء من حقوق الارتفاق إشكال سوف نتعرض إليه في التطبيقات الحديثة لحق الارتفاق في مثل أجهزة التكييف في المجمعات السكنية.

ولو قلنا: إنه يجوز للحكومة لدواعي المصلحة العامة تحويل الملك العام مثلاً الذي ثبت عليه حقوق الارتفاق، وإنهاء تخصيصه للمنفعة العامة، مما تسبب بإلغاء الاستفادة منه للارتفاق، فهل يجب في هذه الحالة تعويض ضرر الأملأك المجاورة عن الضرر الذي أصابها من جراء ذلك أم لا؟ الظاهر: هو الوجوب، تمسكا بقاعدة لا ضرر ولا ضرار في الإسلام.

ولكن يظهر من بعض الفقهاء^(٢) أن هذا الحق مجرد الأولوية في الاستفادة منه، نظير سبق إلى مكان في المسجد - فلا يجوز للآخرين مزاحمته في ذلك - مع عدم كونه حقا ماليا موجبا للضمان وقابلا للنقل والانتقال، فليس بحق مالي حتى يجب تعويضه عند الممانعة منه، نعم لصاحب الحق، الأولوية في الاستفادة منه.

قال المحقق كاشف الغطاء رحمه الله: «وأما أن يكون (حق المرور وحق الشرب وحق المسيل) في أرض غير مملوكة كالطرق والشوارع العامة أو مرفوعة فلا بيع ولا معاملة عليها مطلقا، بل هي بالحكم أشبه منها بالحق، فلا تقبل النقل والانتقال، كما لا تقبل الإسقاط مجال من الأحوال، وبالجملة فإن الإنسان في الشوارع وأمثالها من المحلات العامة لا يملك المنفعة بل الانتفاع، كما أن الناس في الماء والنار والهواء شرعاً سواء، نعم في الطرق المرفوعة يمكن لأحد الشركاء مصالحة حقه لشريكه أو

(١) يراجع: شرائع الإسلام - المحقق الحلبي - ج ٢ - ص ٣٦٩.

(٢) يراجع جواهر الكلام ج ٣٨ ص ٧٨-٨٢.

اتفاقهم جميعا على مصالحته ونقله لأجنبي على أشكال أيضا، وتحقيق هذا موكول إلى عمله^(١).

التطبيقات المعروفة لحق الارتفاق:

من التطبيقات المعروفة قديما وحديثا لحقوق الارتفاق حق المرور وحق الشرب وحق المجرى وحق المسيل، بأن كان أحد العقارين ممرا للعقار الآخر، أو موردا للمياه التي تسقيه أو مجرى للمياه التي تأتيه للري أو مكانا تسيل منه مياه الصرف، فيكون هناك حقوق ارتفاق بالمرور أو بالشرب أو بالمجرى أو بالمسيل.

عدم المحصار حقوق الارتفاق في المذكورات:

نقل عن الحنفية انحصار حقوق الارتفاق في أربعة، وهي: حق الشرب وحق المرور وحق المسيل وحق المجرى.^(٢)

لكن الصحيح هو: عدم انحصارها فيها، وعلى ذلك يجوز أن يقرر لعقار على آخر حق ارتفاق غير ما ذكر. كحق الارتفاق برعي المواشي، أو الاحتطاب، أو إلقاء القمامة أو وضع عوارض من الخشب على الحائط الفاصل. بل تشمل الموارد التي لم تكن معمولا بها في السابق كحق ارتفاق بالرؤية الذي بموجبه يمنع مالك العقار المرتفق به من أن يبني في عقاره حتى يفسح للعقار المرتفق مجال الرؤية البعيدة التي يتمتع بها.

وكحق الارتفاق بعدم تعلية البناء الذي يجد من حق مالك العقار المرتفق به في البناء عليه كيف يشاء، كأن يمنع من تجاوز حد معين في الارتفاع أو مساحة رقعته. وكذلك حق الارتفاق بالتجميل الذي يترتب على العقارات الحاذية لطريق عام يراد تجميله وبموجبه يترك ملاك هذه العقارات مسافة معينة تفصل بين العقار والطريق العام ويبني فيه المالك حوضا يغرس فيه زهورا بقصد تجميل المنظر العام للطريق، فكما يقصد بحق الارتفاق فائدة العقار المرتفق، قد يقصد تزيين هذا العقار والزيادة في رونقه.

(١) تحرير المجلة، للعلامة كاشف النطاء ج ١ ص ٤٠٨.

(٢) راجع الموسوعة الفقهية لجمال عبد الناصر مادة ارتفاق.

وكحق الارتفاق باستخراج الأحجار والمعادن الثابتة لمنفعة عقار على عقار آخر.
بعض التطبيقات الحديثة:

وهناك مصاديق وتطبيقات جديدة، وجدت استجابة لمتطلبات العصر والحياة في
المدن الكبرى.

قال السنهوري في الوسيط: من الحالات التي يعتبر فيها الحق منشأة لفائدة عقار،
ومن ثم يكون هناك حق ارتفاق، أن يقسم المالك أرضه لبيعها قطعاً، بعد أن ينشئ
بينها شوارع وميادين يتعهد بإنارتها وصيانتها وكنسها، ويدرج في قائمة الشروط أن
يكون للمشتري لهذه القطع، الحق في استعمال هذه الشوارع والميادين للمرور،
على أن يدفع كل منهم مبلغاً سنوياً يتناسب مع اتساع قطعه وثمرتها، ففي هذه
الحالة يكون لمشتري القطعة حق ارتفاق بالمرور في الشوارع والميادين، وعليه أن
يدفع المبلغ الذي يخصه في مقابل صيانة هذه الشوارع والميادين وإنارتها وكنسها.

وكذلك إذا تعهد البائع في عقد بيع قطعة الأرض بأن لا يبيع القطع الأخرى
لمصانع أو لمن يتجرون بسلع معينة، حتى يتيسر بذلك إنشاء حي بورجوازي
للسكنى، ففي هذه الحالة يكون للمالك كل قطعة حق ارتفاق على القطع الأخرى
بأن لا تستعمل هذه القطع لإقامة مصانع أو للتجار بهذه السلع.

وإذا تعهد مالك منزل مجاور لمكان معد للعبادة بأن لا يقيم حفلات راقصة في
منزله أمكن اعتبار أن هناك حق ارتفاق لفائدة المكان المعد للعبادة على المنزل
المجاور^(١).

وقال أيضاً: ومن أمثلة ذلك الشروط التي تدرجها بعض شركات الأراضي في
بيع قطع الأرض كأن لا يبني على الأرض التي يشتريها سوى منزل واحد مخصص
للسكنى، وأن لا تتجاوز في الارتفاع بالمباني خمسة عشر متراً، وأن يبعد بالبناء عن
حافة الشارع مترين على الأقل، وعن أي حد من الحدود الفاصلة بينه وبين القطع
المجاورة ثلاثة أمتار على الأقل وأن لا يشغل من مسطح البناء الذي يقام على
الأرض أكثر من نصف مساحتها، وأن يراعي شروطاً معينة في بناء المطابخ ومخلات
الغسيل والمرحاض والمواسير المتصلة بها، وتقصد بها إنشاء أحياء سكنية على قدر

(١) الوسيط، ج ٩ ص ١٣٢٢.

من التنسيق والنظام بحيث يكون السكن فيه مرغوبا فيها، وهي حق ارتفاق عينية متبادلة بين جميع القطع المبيعة، فإن الشركة في بيع أول قطعة من هذه القطع اتفقت مع المشتري على ترتيب حقوق الارتفاق نفسها على هذه القطع الأخرى التي لم تبعها، ولا تزال مملوكة لها، ثم لما باعت القطعة الثانية وهي من ضمن القطع التي تقرر لها وعليها حقوق الارتفاق هذه. ويمكن القول أيضا إن الشركة قد اشترطت على كل مشتر باعته من الأرض لمصلحة جميع الذين سبقوه والذين سيتلونهم حقوق الارتفاق التي تضمنتها هذه الاشتراطات والقيود على نحو أصبحت كل قطعة محملة بحقوق ارتفاق من القطع الأخرى، وأصبح لها في الوقت ذاته نفس حقوق الارتفاق على كل قطعة من هذه القطع يكون حق لأصحاب القطع المجاورة أن يطالبوا أي مشتر آخر بهذا الحق. فهذه الشروط ليست التزامات شخصية بين البايع والمشتري فقط، كي لا يستطيع مشتر لقطعة من الأرض يطالب مشتريا آخر بالالتزام بهذه الشروط^(١).

أقول ومن أمثلة ذلك نشوء حقوق الارتفاق في المجمعات السكنية أو التجارية كأن ينشئ مالك المجمعات السكنية أو التجارية فيها مواقف السيارات، أجهزة التكييف، قاعات المناسبات والمرافق الترفيهية، ويدرج في قائمة الشروط للمشتريين الحق في استعمال هذه المرافق، فإن هذه المرافق تبقى بهذه الصياغة في ملك المالك الأول للمجمع ويكون للمشتريين حق الارتفاق فقط. ويمكن أن يملك المالك الأول للمجمع المرافق مع تملك الوحدات السكنية بنحو الشركة لملاك الوحدات. بل الظاهر في هذا القسم أي موقف السيارات وقاعات المناسبات وغيرها من المرافق السكنية في المجمعات السكنية هو تملكها بنحو مشاع من قبل صاحب الأرض لأصحاب القطعات والوحدات السكنية والتجارية، وفي هذه الحالة تكون حالها كحال الطرق غير النافذة في كونها مملوكة بالإشاعة لملاك البيوت المجاورة لها.

نكات حول التطبيقات المذكورة:

١. نشوء حق الارتفاق في مثل أجهزة التكييف، التي ليست بعقار ولا من التوابع الثابتة للعقار مشكل، لأن الأجهزة وإن احتاجت إلى مكان للاستقرار، لكنها قابلة

(١) يراجع الوسيط، ج ٩ ص ١٣٢٦-١٣٣٠.

لنقل إلى مكان آخر، فلا يعد من منفعة العقار، على أن المنفعة الناتجة منها تستند إلى مجموع الأجهزة والعمل الفني الذي يقوم به العاملون المختصون، والخدمة الفنية والأجهزة المتنقلة وغير المتنقلة لا تعد من المرافق، وإنما هي خدمة يقوم بها شخص حقيقي أو حقوقي مقابل أجره معينة.

٢. تقسيم المالك أرضه لبيعها قطعا بعد أن ينشئ بينها شوارع وميادين ويتعهد بإنارتها وصيانتها وكنسها، إنما يكون موجبا لحدوث حق الارتفاق بين مالك الأرض والمشتري، إذا لم يكن المالك ملزما بإنشاء تلك المرافق من الناحية القانونية وألا يدخل ذلك في القيود القانونية، وكذلك لم يكن إنشاء الشوارع ونحوها يجعلها من المنافع العامة فإنه حينئذ تكون حقوق الارتفاق فيها حقوق ارتفاق إدارية، وكذلك الحال بالنسبة إلى مواقف السيارات وقاعات المناسبات والمرافق السكنية للمجمعات السكنية والتجارية.

أسباب ثبوت حقوق الارتفاق والماء التصرف فيها:

أسباب كسب حق الارتفاق ابتداءً هي التصرف المشروع - كالوصية والعقد^(١) وانتقالا هي نفس الأسباب التي تنتقل بها ملكية العقار كالميراث والوصية والعقد.

(١) كان يصلح مالك العقار المرتفق به حق الارتفاق في عقاره لملك عقار المرتفق في مقابل ثمن من النقود، أو يصلح على أن يرتب كل من المالكين حق مرور على عقاره لفائدة العقار الآخر، وقد يكون التصرف القانوني بنحو الاحتفاظ (الاشتراط) بهذا الحق ببيع مالك العقار عقاره لشخص ويحتفظ في عقد البيع بحق ارتفاق يرتب على العقار المبيع لفائدة عقار آخر يملكه البائع. قد عد البعض التقادم من أسباب نشوء حق الارتفاق ولكن الصحيح عدم كونه من أسبابه بل هو علامة لا سبب كما ذهب إليه العلامة في التذكرة. قال المحقق صاحب الجواهر (رحمه الله): لو وجد بناء أو خشب أو مجرى مائه في ملك غيره أو سطحه ولم يعلم السبب احتمال تقديم قول مالك الأرض والحايط في عدم الاستحقاق، وقال بعض فقهاء المذاهب الأخرى: يقدم قول صاحب البناء والخشبة والمسيل لأن الظاهر أنه حق له فجرى اليد الثابتة ولو اختلفا في ذلك هل هو بحق أو عدوان، فالقول قول صاحب البناء والخشبة والمسيل؛ لأن الظاهر معه ولو زال الحايط أو السطح ثم عاد فله إعادته لأن الظاهر أن هذا الوضع بحق من صلح أو غيره وفيه نظر. ولو ملكا دارين متلاصقين مثلا، فليس لأحدهما مطالبة الآخر، برفع جذوعه عنه، ولا منعه من التحديد لو انهدم السقف إذا لم يعلما على

المفاوضة على حقوق الارتفاق:

لا شبهة أن حقوق الارتفاق بأنواعها قابلة للمعارضة بمال، وذلك لشمول إطلاقات العقود على معاوضتها، وقيام السيرة على ذلك في بعض أقسامها، وعدم وجود ما يصلح لكونه مانعا منها شرعا.

إنما الكلام في جريان بعض العقود كالبيع والإجارة فيها، بعد الاتفاق بين فقهائنا على جواز إنشائها ونقلها بعقد الصلح؛ لكونه عقدا مستقلا وليس فرعاً لعقد آخر، ولسعة دائرته وعدم تقيده بالشروط الخاصة.

جواز المصالحة على الحقوق:

اتفقت كلمات الأصحاب على جواز إنشاء حق الارتفاق ونقله بعقد الصلح، قال المحقق الحلبي رحمه الله:

«يصح الصلح على عين بعين أو منفعة، وعلى منفعة بعين أو منفعة.»^(١) وذيله صاحب الجواهر رحمه الله بقوله: للعمومات المقتضية لذلك، ولغيره من الصلح عن

أي وجه وضع، لجواز كونه بعوض. وعن الخلاف نفي الخلاف فيه، كما نص على ذلك كله في الدروس فقال: «نعم لو ادعى أحدهما الاستحقاق ونفاه الآخر جزما احتمل حلف المنكر، وعليه الفاضل، وظاهر الشيخ أن على مدعي العارية البينة، واليمين على الآخر» قلت: لكن في القواعد لو وجد بناءه أو خشبته أو مجرى مائه في ملك غيره، ولم يعلم سببه، فالأقرب تقديم قول صاحب الأرض والجدار في عدم الاستحقاق «ووافقه عليه في جامع المقاصد، لأصالة عدم الاستحقاق في ملك الغير، ولأن اليد تقتضي الاختصاص بالانتفاع، والوضع أعم من الاستحقاق، وغايته أن يكون بحق وهو أعم من العارية التي يجوز فيها الرجوع. وفيه أن الأصل في تصرف المسلم ويده أن يكون بملك واستحقاق حتى يعلم عدمه، فالتجته حينئذ فيما يفرضه في الدروس وجوب الإبقاء، أما لو فرض غير ذلك بأن تنازع أحدهما مع الآخر في الاستحقاق وعدمه، ولم يكن ثم استناد إلى يد ونحوه، فالتجته كون اليمين على منكر الاستحقاق، وما نقل عن الشيخ من كون البينة على مدعي العارية واليمين على الآخر يمكن تنزيله على ذي اليد ونحوه، كما أن ما في القواعد وجامع المقاصد: إن كان المراد به ما يفرضه أولا في الدروس ففيه ما عرفت، وإن كان المراد به ما ذكره بقوله «نعم» فهو متجه. وإن كان هو غير ظاهر من أول العبارة، ولكن الأمر سهل بعد وضوح الحال. والله العالم. جواهر الكلام - الشيخ الجواهري - ج ٢٦ - ص ٢٧٤-٢٧٥.

(١) جواهر الكلام - الشيخ الجواهري - ج ٢٦ - ص ٢٢٩-٢٣٠.

الحق إسقاطا أو نقلا كحق الخيار، وحق التحجير، وحق الشفعة بحق مثله، أو عين أو منفعة أو غير ذلك من صور الاختلاط.

وينبغي التنبيه إلى أن الصلح عندنا هو التسالم ولا يشترط فيه سبق نزاع بين المصلحين وعلى هذا يفيد فائدة البيع والإجارة ونحوها من العقود وبعبارة أخرى: حقيقة الصلح عبارة عن التراضي والتسالم والموافقة على أمر، سواء كان ذلك الأمر مالا من الأموال، عروضا كان ذلك المال أو كان من النقود على أقسامها، أو كان ذلك الأمر الذي اتفقا فيه وتسالما وتراضيا عليه من الحقوق، وسواء أنشأ ذلك التسالم بصيغة عقد الصلح أو بغير ذلك، وسواء كان مسبوقا بالخصومة أو ملحوقا بها أو كان متوقعا حصولها، ففي جميع هذه الموارد المذكورة يصدق إطلاق «الصلح» عليها إطلاقا حقيقيا، لا مجازيا أي لا دخل لهذه الأمور في تحقق الصلح وإطلاقه. والدليل على ذلك هو الحديث المروي عن النبي صلى الله عليه وآله: الصلح جائز بين المسلمين إلا صلحا أحل حراما أو حرم حلالا^(١) والأدلة الأخرى المذكورة في محلها^(٢)

إنشاء حقوق الارتفاق ونقلها بالبيع:

ذهب الحنفية إلى عدم جواز بيع الحقوق لأجل عدم كونها أموالا عندهم وجوزوا بيعها تبعا للأرض.^(٣) والأظهر عندنا جواز بيع حقوق الارتفاق بجعلها عروضا أو معوضا في البيع، بعض المحققين من فقهاءنا المعاصرين^(٤).

والكلام عليه يقع في جهتين:

الأولى: في جعلها معوضا.

(١) الفقيه، كتاب القضايا والأحكام، ب ١٦ ح ١.

(٢) يراجع القواعد الفقهية - السيد البجنوردي - ج ٥ - ص ١٠.

(٣) يراجع حاشية رد المختار، ابن عابدين، ج ٥ ص ١٦٩ و ١٩٩؛ البحر الرائق، ابن نجيم المصري، ج ٦ ص ١٣٤، المجلة مادة: ٢١٦.

(٤) يراجع تحرير المجلة، محمد الحسين كاشف الغطاء، ج ١، ص ٤٠٨. كتاب البيع، الإمام الخميني، ج ١

الثانية: في جعلها عوضا.

أما جعلها معوضا في البيع:

فقد يشكل عليه مضافا إلى الاشكالات التي سوف نذكرها في جعلها عوضا بما

يلي:

أولا:

باتفاق الفقهاء على لزوم كون المعوض عينا.

وقد ادعى ذلك بعض العلماء حيث قال: «لا إشكال ولا خلاف في اعتبار كون المبيع عينا فلا يعم المنافع، إلى قوله: ثم إن المراد من العين في المقام ليس خصوص العين الخارجية المملوكة فعلا، بل المراد منها ما يقابل المنفعة والحق...»^(١)

يلاحظ عليه:

أن وجود الاتفاق على ذلك ممنوع، بل ادعى الإجماع على صحة بيع بعض أقسام حقوق الارتفاق، قال ابن ادریس: «إذا كان لإنسان شرب في قناة، فاستغنى عنه، جاز أن يبيعه بذهب، أو فضة، أو حنطة، أو شعر، أو غير ذلك من الأعراض والسلع، وكذلك إن أخذ الماء من نهر عظيم في ساقية يعملها ولزم عليها مؤنة، ثم استغنى عن الماء جاز له بيعه، والمعنى في هذا وأمثاله أنه إن أريد نفس الملك فلا خلاف ولا مسألة، وإنما المقصود والمراد في ذلك منفعة الشرب، والساقية أياما معلومة فسماه بيعا، وإن كان إجارة، لا مانع يمنع من تسمية ذلك بيعا في هذا الموضوع، للإجماع عليه.»^(٢)

على أنه يمكن استناد المجمعين إلى بعض الوجوه الاعتبارية فلا يكون إجماعا تعديدا كاشفا عن قول المعصوم عليه السلام.

ثانيا:

(١) يراجع منية الطالب ج ١ ص ١٠١-١٠٢.

(٢) راجع: السرائر - ابن ادریس الحلبي - ج ٢ - ص ٣٧٢-٣٧٣ وراجع المهذب - القاضي ابن

البراج - ج ٢ - ص ٣٥-٤٢.

إن البيع متقوم لغة وعرفا بكون المعوض فيه من الأعيان^(١) فلا يصدق البيع على نقل المنفعة والحقوق.

ويلاحظ عليه:

أنه ليس للشرع في نحو البيع اصطلاح خاص، ولا هو من الأمور التوقيفية، فالمرجع في تشخيص معنى البيع هو العرف المضي بإطلاقات الوفاء بالعقود وحلية البيع ونحوه، ما لم يرد فيه ردع من الشرع، ومن المعلوم عرفية بيع الحقوق خصوصا الحقوق المسماة بالارتفاق، فلا دليل على اعتبار كون المعوض من الأعيان، ضرورة صدق مفهوم «البيع» - عرفا ولغة- على بيع الحقوق والأعمال ونحوهما، ومجرد عدم التعارف لا يوجب انصراف الأدلة أو عدم شمولها له، وما هو المعترف في المعاملات كون كيفية إيقاعها متعارفة لدى العقلاء، فلا يصح إيقاع البيع بلفظ الإجارة، وأما تعارف المتعلقة بغير معتبر، فإذا تعلق غرض صنف - بل شخص - بشيء، فبذل بإزائه المال واشتراه بالمال، صدق عليه عنوان «البيع» وإن لم يكن متعلق الغرض مالا متعارفا.

ويدل على صحة البيع في ما لا يكون المعوض عينا ما ورد من الأحاديث حول

بيع المنافع والحقوق:

ومنها: رواية بيع سكنى الدار

وهي ما رواه الشيخ قدس سره بإسناده عن الحسن بن محمد بن سماعة عن علي بن رثاب وعبد الله بن جبلة عن إسحاق بن عمار عن عبد صالح عليه السلام قال: سألته عن رجل في يده دار ليست له، ولم تزل في يده ويد آبائه من قبله، قد أعمله من مضي من آبائه أنها ليست لهم، ولا يدرون لمن هي، فيبيعها ويأخذ ثمنها؟ قال:

(١) قال العلامة الحلبي رحمه الله: «لا يجوز بيع حق الهواء ولا مسيل الماء ولا الاستطراق خلافا للشافعية في الأخيرين ولو صالحه على إجراء مائه على سطحه، جاز ولم يكن هذا الصلح فرع غيره عندنا خلافا للشافعية .. ولو باعه الإجراء لم يصح وقال في موضع آخر: وليس له أن يبيع حق البناء على ملكه خلافا لبعض الشافعية؛ لأن البيع إنما يتناول الأعيان، وحق البناء ليس منها.» تذكروا الفقهاء (ط.ق) - العلامة الحلبي - ج ٢ - ص ١٨٧.

ما أحب أن يبيع ما ليس له. قلت: فإنه ليس يعرف صاحبها ولا يدري لمن هي، ولا أظنه يجي لها رب أبدا. قال: ما أحب أن يبيع ما ليس له. قلت: فبييع سكنائها أو مكانها في يده فيقول: أبيعك سكنائي وتكون في يدك كما هي في يدي؟ قال: نعم يبيعه على هذا.

ومنها: رواية بيع المرعى وحق الشرب.

وهما ما رواه الكليني رحمه الله عن أحمد بن محمد بن أبي نصر، عن محمد ابن عبدالله قال: سألت الرضا عليه السلام عن الرجل تكون له الضيعة وتكون لها حدود، تبلغ حدودها عشرين ميلا وأقل وأكثر يأتيه الرجل فيقول له: أعطني من مراعي ضيعتك وأعطيك كذا وكذا درهما، فقال: إذا كانت الضيعة له فلا بأس^(١).

وعن أبي علي الأشعري، عن محمد بن عبد الجبار، عن صفوان، عن سعيد الأعرج، عن أبي عبد الله عليه السلام قال: سألته عن الرجل يكون له الشرب مع قوم في قناة فيها شركاء، فيستغني بعضهم عن شربه، أبيع شربه، قال: نعم إن شاء باعه بورق وإن شاء باعه بكيل حنطة^(٢).

ولا يحمل كلمة البيع فيها على أنها مسامحة في التعبير وأن المراد منه هو الإجارة أو المصالحة، لأنه خلاف الظاهر.

وأما جعل الحقوق عوضا في البيع

فقد يشكل عليه بوجوه:

منها:

أن الحق حكم شرعي غير قابل للمعاوضة لأن البيع لا بد فيه من التبديل، بأن يقوم أحد العوضين مقام الآخر، والحكم غير قابل للمبادلة، لأنه من أفعال الشارع لا الإنسان، نعم نقل الحق أو إسقاطه فعل من أفعال المكلف، فيصح جعله ثمنا بناء على اعتبار المالية له عرفا كفعل الخياطة، وإذن فيملك البائع على المشتري هذا

(١) الكافي - الشيخ الكليني - ج ٥ - ص ٢٧٦.

(٢) الكافي - الشيخ الكليني - ج ٥ - ص ٢٧٧.

الفعل، ويلزم عليه تسليمه إلى البائع بعد البيع، كما هو الحال في بقية الأفعال المجمولة ثمنا.

ويلاحظ عليه:

أن الحق اعتبار خاص في مقابل الحكم والمعروف كونه سلطنة ضعيفة اعتبارية، كما أن الملك سلطنة تامة، وعلى هذا يمكن المعاوضة عليه كالمالك. نعم من التزم بكون الحق هو الحكم ماهية وإن كان قابلا للإسقاط دون سائر الأحكام، يكون هذا الإشكال تاما، ويجب الالتزام حينئذ بعدم صحة جعل نفس الحقوق عوضا، نعم يمكن الوصول إلى نتيجة البيع بجعل فعل النقل ثمنا لا نفس الحق.

ومنها:

أن البيع هو: إنشاء تمليك عين بمال، أي: أنه يعتبر في باب البيع أن يكون كل من الثمن والمثمن داخلا في ملك مالك الآخر، ولا شبهة أن الحق لا يكون قابلا لذلك، فإنه مباين للملك سنخا، وإن كان من أنحاء السلطنة بالمعنى الأعم ومن المراتب الضعيفة للملك، ولكن كونه كذلك غير كاف لوقوعه عوضا، لأنه لا بد من حلول الثمن محل المثل في الملكية، فلا بد أن يكون كل منهما من سنخ الآخر.^(١)

ويمكن الإجابة عنه:

بأن الصحيح عدم كون البيع متقوما بالتمليك، بل هو مبادلة مال بمال، كما في كتب اللغة،^(٢) والمبادلة أعم من أن يكون بنحو التمليك أو نقل الحق أي جعل الطرف الآخر ذا حق.

ومنها:

أن البيع إنما يقع على المال، أي: أن المالية مأخوذة في عوضي المبايعة لغة وعرفا والحق ليس بمال فلا يصح جعله ثمنا، قال الشيخ الأنصاري رحمه الله:
«وأما الحقوق القابلة للانتقال - كحق التحجير ونحوه - فهي وإن قبلت النقل وقوبلت بالمال في الصلح، إلا أن في جواز وقوعها عوضا للبيع إشكالا، من أخذ المال في عوضي المبايعة لغة وعرفا، مع ظهور كلمات الفقهاء - عند التعرض

(١) منية الطالب - تقرير بحث النائي، للخوانساري - ج ١ ص ١٠٧-١١١.

(٢) يراجع: المصباح المنير مادة بيع.

لشروط العوضين ولما يصح أن يكون أجره في الإجارة - في حصر الثمن في المال^(١).

ويرد عليه:

أن المال هو ما له منفعة عقلائية، وله ندرة نسبية، وبعبارة أخرى ما يرغب فيه العقلاء ويبدلون بإزائه شيئاً، ومن البين أن حق الارتفاق له منفعة عقلائية وهو مورد لرغبة العقلاء وتنافسهم، فيكون مالا، وإذن فلا محذور في جواز المعاوضة عليه من هذه الناحية.

ومنها:

أن البيع عبارة عن منح البايع علاقته الاعتبارية بالمبيع للمشتري، ومنح المشتري علاقته الاعتبارية بالثمن للبايع، والفرص: أن الحق نفس الاعتبار والإضافة، لا أنه طرف له، فلا يصلح أن يكون مبيعاً، لأن المبيع إنما هو طرف الإضافة لأنفسها، وبكلمة أخرى: إن المراد من الملك هو نفس العلاقة الاعتبارية بين المال وصاحبه، ففي مقام البيع يمنح صاحبه علاقته الاعتبارية به للمشتري، في مقابل منح المشتري علاقته الاعتبارية بالثمن له، ومن الواضح أن هذه العلاقة لا تتصور بين الحق وصاحبه؛ نظراً إلى أن الحق هو نفس العلاقة والإضافة بين متعلقه وصاحبه، لا أنه طرف لها مثلاً من يقوم بعملية إحياء الأرض تحصل له علاقة اعتبارية بها على مستوى الحق، ومن الطبيعي أنه ليس لعلاقته بها علاقة اعتبارية أخرى، وهكذا، فالنتيجة في نهاية الشوط: أن الحق في حد نفسه لا يصلح أن يكون مبيعاً.

ويلاحظ عليه:

أن الحق له اعتباران اعتبار بالمعنى المصدرية واعتبار بالمعنى المفعولي والاسم المصدرية وما ذكر من كون الحق نفس الإضافة إنما هو بالنسبة إلى الاعتبار المصدرية للحق، أما الاعتبار المفعولي والاسم المصدرية للحق فهو طرف للإضافة وليس بنفس الإضافة والمجموع ثمناً أو مثمناً إنما هو الحق بالمعنى الاسم المصدرية.

طرق تحميل المصرفوات المترتبة على إقامة المنافع المشتركة

(١) كتاب المكاسب - الشيخ الأنصاري - ج ٣ - ص ٩.

المصروفات اللازمة لإقامة حق الارتفاق، والأعمال اللازمة لاستعماله، ونفقات الصيانة عليه في الأصل على مالك العقار المنتفع، لأن النفقة من ملزومات الاستفادة منه، فظاهر الحال عند الإطلاق يقتضى ذلك، إلا إذا كان هناك عقد أو شرط في ضمن عقد على خلاف ذلك، فيكون هو المتبع، نعم لو كان مالك العقار المرتفق به أيضا منتفعا من تلك المنفعة التي هي متعلق حق الارتفاق، كانت نفقة الصيانة وغيرها على الطرفين بنسبة ما يعود إليهما من الفائدة، وكذلك تقسم النفقات على ملاك العقارات المنتفعة إذا كان حقهم يقوم على عقار واحد مرتفق به.

هذا كله واضح، إنما الكلام إذا امتنع أحد الأطراف المستعملة لحق الارتفاق من أداء النفقة فهي يجبر على ذلك أم لا؟

الأصل هو عدم جواز إجبار المنتع على إقامة المنفعة المشتركة وتحمل المصروفات في الارتفاق وإن وافق عليه باقي الشركاء في الحق، وذلك لما ذكره الفقهاء في الأموال المشتركة من عدم جواز إجبار الشريك على الإنفاق إذا احتاج المال المشترك إليه.

قال الشيخ الطوسي رحمه الله: «إذا كان بين رجلين حائط مشترك وانهدم، وأراد أحدهما أن يبنيه، وطالب الآخر بالإنفاق معه، فإنه لا يجبر على ذلك، وكذلك إن كان بينهما نهر أو بئر، فطالب أحدهما بالنفقة، لا يجبر عليها، وكذلك إن كان بينهما دولا ب يحتاج إلى العمارة، وطالب شريكه بالنفقة، لا يجبر عليه، وكذلك إن كان السفل لواحد والعلو لآخر فانهدم، فلا يجبر صاحب السفل على إعادة الحيطان التي تكون عليها الغرفة.

وللشافعي في هذه المسائل قولان: أحدهما: مثل ما قلناه، وهو قوله في الجديد، وبه قال أبو حنيفة والآخر: قوله في القديم، يجبر عليه، وبه قال مالك، وقال في مسألة الغرفة أنه يجبر صاحب السفل على النفقة منفردا، ولا يلزم صاحب العلو شيئا، والثاني: لا يجبر عليه، دليلنا: أن الأصل براءة الذمة، فمن أوجب إجباره على النفقة فعليه الدلالة، وأيضا قول النبي صلى الله عليه وآله: «لا يحل مال امرئ

مسلم إلا بطيب نفس منه «فيجب أن لا يجبر شريكه على الإنفاق إلا بطيب نفس منه»^(١).

قال العلامة الحلبي رحمه الله «لو كان بين الشريكين نهر مشترك أو قناة أو دولا ب أو ناعورة أو بئر، فاحتاج شيء من ذلك في الانتفاع به إلى العمارة، لم يجبر أحد الشريكين الآخر على العمارة، كما قلنا في الجدار وهو الجديد للشافعي، وفي القديم أنه يجبر وبه قال أبو حنيفة، وفرق بين هذه وبين الجدار، فأوجب على الشريك في هذه العمارة والإصلاح وتنقية البئر، ولم يوجب بناء الجدار، لأن الشريك لا يتمكن من مقاسمته فيضرب به بخلاف الحايط، فإنه يمكنه قسمته مع شريكه وقسمة عرصته، وليس بجيد لأن في قسمة العرصه إضراراً بهما، وفي قسمة الحايط أكثر أضراراً والإنفاق أرفق فكانا سواء».

وقال أيضاً: «لو كان له حق إجراء الماء في ملك الغير أو على سطحه فانهدم ذلك الملك، لم يجب على مستحق الإجراء مشاركته في العمارة لأن العمارة، متعلقة بتلك الأعيان وهي مملوكة وليس لمستحق الإجراء فيها شركة، ولا يجب أيضاً على صاحب الملك العمارة لو طلبها صاحب الإجراء، ولو كان الانهدام بسبب الماء فكذلك على الأقوى، وليس على صاحب الإجراء عمارة أيضاً، لأنه ليس بملك، والانهدام حصل بسبب مستحق وهو أقوى وجهي الشافعية، ولو حصل تفريط من أحد الشريكين أو من أحد المستحقين في ذلك كله كان عليه الضمان»^(٢).

نعم إن كان هناك عقد لازم بينهم لتعيين كيفية تحمل وتقسيم النفقات أو كان ذلك شرطاً في عقد لازم، يجوز إجبار الممتنع على الإنفاق إلزاماً له بمقتضى العقد. أما فيما لم يكن هناك عقد مستقل لازم في ذلك، ولم يكن ذلك شرطاً في عقد بيع العقار المرتفق، فإن كان نفس حق الارتفاق ناشئاً من شرط في ضمن ذلك البيع مع عدم التعرض لكيفية تحمل النفقات، فإنه حينئذ أيضاً يمكن القول بأن تحمل تلك النفقات بمقدار فائدة تعود على صاحب الحق يعد شرطاً ضمناً ارتكازياً وإن لم

(١) الخلاف - الشيخ الطوسي - ج ٣ - ص ٢٩٨ - ٣٠٠.

(٢) تذكرة الفقهاء (ط. ق.) - العلامة الحلبي - ج ٢ - ص ١٨٦ - ١٨٨.

يصرح به في ضمن العقد، أما فيما لم يكن نشوء حق الارتفاق بالعقد، بل نشأ بالأسباب الأخرى فالإزامه حينئذ بأداء نفقات الصيانة وغيرها من الأعمال والمصروفات اللازمة للمرتفق به مشكل من الناحية الشرعية.

بل لا يجوز لسائر الشركاء التصرف المغير لهيئة محل حق الارتفاق وكيفية الاستفادة منه، إلا إذا أوجب امتناع أحد الشركاء عن ذلك ضررا على الآخرين، فإنه قد يقال حينئذ بجواز إجباره بالمراجعة إلى الحاكم الشرعي.

قال المحقق الكركي رحمه الله: «لو أراد أحد الشريكين الإضرار بصاحبه في الجدار والقناة والدولاب ونحوها، فامتنع من العمارة وغيرها من الوجوه التي يمتنع الانتفاع بدون جميعها، فليس ببعيد أن يرفع أمره إلى الحاكم ليخير الشريك بين عدة أمور: من بيع وإجارة وموافقة على العمارة وغير ذلك من الأمور الممكنة في ذلك، عملا بقوله: «لا ضرر ولا ضرار» ولأن في ترك جميع هذه الأمور إضاعة للمال، وقد نهي عنها، ولم أظفر بتصريح فينبغي أن يلمح»^(١).

قال صاحب الجواهر رحمه الله: «ويشهد له في الجملة ما في دعائم الإسلام قال: «روينا عن جعفر بن محمد صلوات الله عليه أنه سئل عن جدار الرجل وهو سترة فيما بينه وبين جاره، سقط وامتنع من بنيانه، قال: ليس يجبر على ذلك، إلا أن يكون وجب ذلك، لصاحب الدار الأخرى، أو شرط في أصل الملك، ولكن يقال لصاحب المنزل: استر على نفسك في حقتك إن شئت، قيل له: فإن كان الجدار لم يسقط، ولكنه هدمه أو أراد هدمه إضرارا بجاره لغير حاجة منه إلى هدمه، قال: لا يترك لأن رسول الله صلى الله عليه وآله قال: «لا ضرر ولا ضرار» وإن هدمه كلف أن يبنيه»^(٢).

لكن صدق الإضرار في مثل ذلك قليل جدا فلا بد من تمييزه عن الموارد التي لا تعد إضرارا، بل هو مجرد عدم إيصال النفع أو كان الإزامه مستلزما لفرض الضرر الآخر بها والضرر لا يدفع بالضرر.

هل يجوز للممتنع عن تحمل النفقات الاستفادة من حق الارتفاق:

(١) جامع المقاصد - المحقق الكركي ج ٥ ص ٤٢٥.

(٢) جواهر الكلام - الشيخ الجواهري - ج ٢٦ - ص ٢٦٦-٢٧١.

لاشك أنه يجوز للمنتع الاستفادة من أصل حقه في الارتفاق إذا لم يكن متوقفا على التصرف في العمارة والآلات التي أوجدها المنفقون في الحق المشترك، فلا بد له الاقتصار على الاستفادة من حقه بدون الاستفادة مما أحدثه الآخرون، وإن لم يمكن ذلك يجوز له حينئذ الاستفادة من حقه في الارتفاق، وإن أوجب ذلك التصرف فيما أحدثه الآخرون. نعم الأفضل في مثله هو الاحتياط بالمصالحة. والله العالم.

قال العلامة الحلبي: «ولو أنفق أحد الشريكين على البئر والنهر، لم يكن له منع الشريك من الزرع والانتفاع بالماء، وله منعه من الانتفاع بالدولاب والبكرة المحدثين ولو كان للمنتع على الجدار الذي إنهدم جذوع، فأراد إعادتها بعدما بناه الطالب بألة نفسه، كان على الباني تمكينه أو نقض ما أعاده ليبني معه الممتنع ويعيد جذوعه.

لو كان بينهما دولاب كان حكمهما حكم الحايط على ما ذكرناه ولو كان بينهما بئر أو نهر، فإن قلنا: ليس لأحدهما إجبار الآخر على الإنفاق كان لكل واحد منهما أن ينفق على ذلك فإن أنفق أحدهما عليه لم يكن له أن يمنع الآخر من نصيبه من الماء، لأن الماء ينبع من ملكهما المشترك بينهما وإنما أثر أحدهما نقل الطين عنه، وليس له ما فيه عين ملك بخلاف الحائط إذا بناه بغير آتته وإن قلنا يجبر الممتنع منهما، كما هو قول الشافعي، في القديم أجبره الحاكم، فإن امتنع وله مال ظاهر أنفق منه وإن لم يكن له إذن لشريكه ينفق عليه ويرجع بقدر نصيب شريكه عليه، فإن أنفق شريكه بغير إذن الحاكم كان متبرعا لا يرجع عليه قولاً واحداً، وليس له منعه من حقه من الماء على ما تقدم، وقد عرفت مذهبنا فيه وإن الشريك ليس له الإجبار على الإنفاق»^(١).

(١) تذكرة الفقهاء (ط.ق) - العلامة الحلبي - ج ٢ - ص ١٨٦-١٨٧.

العرض والمناقشة والقرار

أولاً: العرض

الرئيس:

بسم الله الرحمن الرحيم، الحمد لله رب العالمين، والصلاة والسلام على نبينا محمد، وعلى آله وصحبه وسلم.

أستاذكم في أن ندخل في الموضوع التاسع (حقوق الارتفاق وتطبيقاته المعاصرة في الأملاك المشتركة)، والعارض هو فضيلة الدكتور أحمد عبد العزيز الحداد، والمقرر هو فضيلة الدكتور أحمد إبراهيم عثمان.

فضيلة الدكتور أحمد عبد العزيز الحداد:

بسم الله الرحمن الرحيم

الحمد لله ولي التوفيق، والشكر له على نعمه السابغة على التحقيق، أكرمنا بخير رسول منقذ من كل ضيق، سيدنا محمد صلى الله عليه وسلم الذي رسم لنا معالم الطريق، وأوضح معالم الهداية فهو خير نبي وخير رفيق.

أحمد في كل حال وعلى كل حال، بأجل مقال، وأشكره بأحسن الأفعال من الأقوال والأفعال. والصلاة والسلام على سيدنا محمد المنقذ من الضلال وعلى صحبه والآل، في البكور والأصا إلى يوم المآل.

وبعد: فإن حقوق الارتفاق من أهم الحقوق، التي تتنازعها النفوس الشحيحة، وتورث البغضاء الخالقة المقيتة، وقد أحسن المجمع صنعا أن جعلها أحد محاوره المهمة في هذه الدورة المباركة إن شاء الله تعالى، وقد كتب في هذا الموضوع ثلثة من علمائنا الأفاضل، وهم الأستاذ الدكتور محمد رواس قلعجي، والدكتور إبراهيم محمد عثمان، والشيخ مرتضى الترابي، والدكتور أحمد بن عبد العزيز الحداد، وقد تشرفت بتكليفي من أمانة المجمع بعرض هذه الأبحاث، فسأعرضها باختصار غير مخل ولا تطويل ممل، جاعلا بحث العارض أصلا، فإذا انفرد أحد الأبحاث الأخرى بزيادات أشرت إليها، وعلى الله اعتمادي، وإليه تفويضي واستنادي.

تعريف حقوق الارتفاق:

الارتفاق لغة هو: الانتفاع، يقال: ارتفتقت بالشيء، أي: انتفعت به مأخوذ من الرفق الذي هو ضد العنف، يقال: رفق به وارتفق؛ إذا لان له في الخطاب.

ومصدره الميمي مرفق كمرصد. ومنه قوله تعالى: ﴿وَيَهَيِّجُ لِكُرْمِزٍ أَمْرِكُمْ مَرْفَقًا﴾ أي ما يرتفق به الإنسان.

وفي الاصطلاح هو: حق مقرر على عقار لمنفعة عقار آخر.

أو هو: تحصيل منافع تتعلق بالعقار.

أو هو: ما يثبت للعقار من المنافع اللازمة له التي يتوقف عليها الانتفاع بالعقار، أو كماله.

ويشمل هذا التعريف أنواع الارتفاقات القديمة والحديثة وذلك مثل الطريق، والموقف، والسقف، والجدار، والنادي، والحديقة، والمصعد، والمسبح، والتكييف والهاتف وأجهزة الاستقبال الفضائي .. ونحو ذلك.

فهذه المرافق من لوازم كل مسكن فلا يستغني عنها ساكن، سواء أكان مالكا للرقبة أم للمنفعة.

وقد لحظ الدكتور محمد رواس قلعجي الفرق بين حق الارتفاق والانتفاع، بأن الأول يتعلق بالعقار، والثاني بالشخص المنتفع، وأن الارتفاق دائم مادام العقار بخلاف الانتفاع.

ومن هنا رأى -كما رأى الشيخ الترابي- أن لحق الارتفاق خصائص من حيث كونه عينيا، وتابعا، ودائما، وغير قابل للتجزئة. كما قسم الدكتور رواس الارتفاق ثلاثة أقسام متقابلة: المستمر وغير المستمر، والظاهر وغيره، والإيجابي وعكسه. كما بين أنواع المرافق من حيث حكم الارتفاق بها من أنها: ارتفاق بالمباحات وهو الذي لا دخل للآدمي فيه، فهذا النوع مباح لكل أحد يسبق إليه، وارتفاق بالملكية الجماعية من طرق وجسور وكهرباء وماء وملاعب، فلكذلك لكل أحد حق الانتفاع بها، ومرافق خاصة مما يمكن اختصاصها بأحد دون غيره، وأنه يمكن أن تتحول من خاصة إلى عامة وعكسه. كما فرق الشيخ الترابي بين القيود القانونية الواردة على الملكية وحق الارتفاق عملاً بما جرى عليه القانونيون.

ولا ريب أن هذه المسألة تُعد من أهم المسائل الاجتماعية، في المدينة والبادية على حد سواء، لما يترتب عليها من نزاع وخلاف، وهي من أعقد المسائل في الفقه الإسلامي، حتى قال عنها العلامة حسام الدين الشهيد: وجدت مسائل دعوى الحيطان والطرق ومسيل الماء من أصعب المسائل مراماً، وأعسرها التأملاً.

يقول ذلك ومسائل الارتفاق كانت معدودة معدودة، فكيف ومسائلها اليوم وقد أضحت أكثر بكثير مما كانت عليه، وأصعب وأعقد مما عرفت به.

وتسهيلاً لاستنباط أحكامها كان من الأجدر أن يؤصل لها من القواعد المطردة ما يجمع شتاتها، ويمكن أن تكون القواعد التالية:

١. ما لا يتم الواجب إلا به فهو واجب.

٢. قاعدة: الوسائل لها أحكام المقاصد.

٣. قاعدة: الحريم له حكم ما هو حريم له.

فاندراج أحكام الارتفاق في القاعدة الأولى واضح، حيث لا يتمكن صاحب الدار من الاستفادة والانتفاع بداره إلا بطريق يوصله إليه، وموقف يوقف سيارته فيه، ونحو ذلك، فإذا توقفت منفعته على هذه المرافق كانت من لوازم الدار.

وتندرج في القاعدة الثانية كذلك؛ حيث إن المساكن لما كان لا يصل إلى سكنه، أو لا يحقق كمال الانتفاع بسكنه إلا بوسيلة توصله إليه، فإن هذه الوسيلة تأخذ حكم المقصد الذي يقصده، فيضحى الارتفاق بالطريق أو المصعد أو الموقف أو التكييف أو نحو ذلك مقصوداً كالسكن نفسه.

وتندرج كذلك في القاعدة الثالثة اندراجاً واضحاً، فقد قال الإمام السيوطي رحمه الله تعالى: ويندرج في هذه القاعدة «الحريم له حكم ما هو حريم له». حريم المعمار فهو مملوك لمالك المعمار في الأصح، ولا يملك بالإحياء قطعاً. أي: ليس لأحد أن يجيئه فيكون له، بل هو محيا بإحياء المعمار فمالك المعمار يستحق مرافقه.

وحريم المسجد حكمه حكم المسجد، ولا يجوز الجلوس فيه للبيع ولا للجنب، ويجوز الاقتداء فيه بمن في المسجد والاعتكاف فيه.

وكل هذه القواعد لها تاصيلها الشرعي الذي لا يخفى، ومع هذه القواعد الكلية فإن كل مسألة مما سيرد بحثها لها من الدلائل الثقلية والعقلية ما فيه الكفاية.

أنواع الارتفاقات:

دأب فقهاء الحنفية -رحمهم الله تعالى- على تقسيم حقوق الارتفاق إلى سبعة أقسام هي:

١. حق الشرب
٢. حق المجرى.
٣. حق المرور.
٤. حق الجوار.
٥. حق الشفة.
٦. حق المسيل.
٧. حق التعلّي.

وأعادها الإمام الماوردي الشافعي -رحمه الله تعالى- إلى ثلاثة أنواع:
الأول: ما يختص فيه بالصحاري والفلوات.
الثاني: ما يختص فيه بأفنية الأملاك.
الثالث: ما يختص بالشوارع والطرق.

وذلك نظراً لتضييق مفهوم الارتفاق عنده، حيث قصره على ارتفاق الناس بمقاعد الأسواق، وأفنية الشوارع، وحریم الأمصار، ومنازل الأسفار.

إلا أن قصرها على هذه الأنواع لا ينفي ما عداها مما ذكره السادة الأحناف، بدليل أن هذه الأمور السبعة التي ذكرها السادة الأحناف هي من مفهوم الإرفاق عند الشافعية وغيرهم، لكنها تدخل في باب التزامح في الحقوق، وتبحث في الصلح وإحياء الموات ونحوهما من أبواب الفقه.

فحق الشرب -بالكسر- أي: النصيب من الماء أو نوبة الانتفاع بالماء وسقيا الزرع والدواب ومثله حق المجرى، أي: مجرى السيل والوادي، وذلك ليصل الماء من نهر أو سيل أو عين أو نبع إلى مزرعته.

ومثله حق الشُّفة، يعني الشُّرب، وهو ما يخص الإنسان والحيوان من الماء لشربه، وهذا أمر مشاع لكل إنسان أو حيوان لحديث: «المسلمون شركاء في ثلاث: في الماء والكلاً والنار» وجاء في رواية: «وئمنه حرام».

وحق المرور ثابت لصاحب البستان، أو الثمر في البستان، أو صاحب الدار أو ساكنه .. حيث لا يتوصل إلى استيفاء حقه إلا به.

وحق الجوار، وهو الناشئ عن تلاصق الحدود وتجاورها، وهو حق ثابت يجعل لكل من الجارين الحق في الارتفاق بعقار جاره.

وحق التعلّي: وهو حق القرار الدائم، أو الاستناد لصاحب الطبقة العليا على الطبقة السفلى والانتفاع بسقوفها، مثل الملكية المشتركة للطوابق الحديثة. بشرط عدم الضرر البين بالآخر.

فهذه الحقوق حافظت عليها الشريعة الإسلامية لما فيها من صيانة وحماية لكل فرد.

وقد تكفل الفقه الإسلامي بحل هذه المشاكل بأحكامه العادلة، وذلك على النحو التالي:

فحق الشُّرب، ويسمى حق الإجراء: قضى به النبي ﷺ للزبير - رضي الله تعالى - عنه، لما أراد الأنصاري أن يمنعه منه فقال عليه الصلاة والسلام: «اسق يا زبير ثم أرسل الماء ..» ثم قال: «اسق حتى يبلغ الجدر».

وقول عمر بن الخطاب - رضي الله تعالى - عنه لمن منع جاره من إرسال الماء في أرضه: (والله ليمرّن به ولو على بطنك).

وقد اتفق العلماء على مقتضى ما دل عليه هذا الحديث، فإنه ظاهر الدلالة في استحقاق الأول لسبقه، فكان أحق بالانتفاع حتى يستوعب حقه إن أراد، لكن الأولى له أن يؤثر غيره ببعض حقه، كما ندب النبي صلى الله عليه وسلم الزبير في بادئ الأمر مادام أن هذا الأمر من حظوظ الدنيا، فقد أثنى الله تعالى على المؤثرين بقوله: ﴿ وَيُؤْتِرُونَ عَلَىٰ أَنفُسِهِمْ وَلَوْ كَانَ بِهِمْ خَصَاصَةٌ ۗ وَهُوَ مِنْهُجَ الْإِسْلَامِ فِي السَّمَاحَةِ وَالزَّهْدِ فِي الدُّنْيَا.

ويدخل في هذا النوع الماء الجري بواسطة أنابيب المياه وخراطيمها التي تمتد للبيوت والمزارع ونحوها، فإنها تأخذ حكم الشرب في الاستحقاق: الأول فالأول.

وذكر الدكتور رواس والدكتور إبراهيم محمد عثمان أنواع المياه التي يُرتفق بها بالشرب، وهي: الماء المحرز وأن لصاحبه حرية التصرف فيه إلا أن يضطر الغير إليه، وغير المحرز فليس له ذلك، ومياه الأنهار الخاصة فليس له أن يمنع من الشرب منها وله المنع من السقي، ومياه الأنهار العظيمة التي ليس عليها ملك لأحد.

وحق الشفة أمر مشاع لكل إنسان أو حيوان لحديث: «المسلمون شركاء في ثلاث: في الماء والكلا والنار» وجاء في رواية: «وثمنه حرام».

فيشرح للإنسان أن يأخذ ما يحتاجه لنفسه أو دابته ما شاء من الماء العام، أو ما فضل عن حق أخيه بثمان مثله من الماء المملوك أو المحرز إن لم يمنحه من عنده، ولا يحل له أن يمنعه، فإن منعه فله مقاتلته؛ لأنه يحفظ بذلك مهجته، وذلك واجب عليه، كما هو معلوم من المقاصد الشرعية في حفظ الكليات الخمس الضرورية، وقد قال صلى الله عليه وسلم: «أكبر الكبائر الشرك بالله، وعقوق الوالدين، ومنع فضول الماء بعد الجري، ومنع طروق الفحل إلا بجعل»، وقال: «لا يمنع فضل الماء ليمنع به الكلا».

وقال: «ثلاثة لا ينظر الله إليهم يوم القيامة ولا يزكهم ولهم عذاب اليم: رجل على فضل ماء بطريق يمنع منه ابن السبيل...». زاد في رواية: «يقول الله: اليوم أمنعك فضلي كما منعت فضل ما لم تعمل يداك».

فدلت هذه الأحاديث على استحقاق الناس كلهم للماء الذي هو مادة الحياة، كما قال الله تعالى: (وَجَعَلْنَا مِنَ الْمَاءِ كُلَّ شَيْءٍ حَيًّا) لأن الإنسان قد يستغني عن الطعام أياما وليالي، لكنه لا يستغني عن الشراب يوماً واحداً، ولأمر ما جعله الله تعالى ثلاثة أضعاف اليابسة، لافتقار كل الكائنات إليه، غير أن من يحوزه يكون مالكا له، ومع ذلك يتعين بذل ما فضل عن حاجته لنفسه أو دابته بعوض إن لم يجد بالعمى، فإنه لا يضار ببذله مجانا، احتراماً لخصوصية الملك، وقد قال صلى الله عليه وسلم: «لا يحل مال امرئ مسلم إلا عن طيب نفس منه، قالوا: وإن كان شيئا قليلا؟ قال: وإن كان قضيبا من أراك».

وحق المرور ثابت لصاحب البستان أو الثمر في البستان، أو صاحب الدار أو ساكنه، حيث لا يتوصل إلى استيفاء حقه إلا به، وقد ترجم البخاري في المساقاة من صحيحه عن هذا الحق بقوله: باب الرجل يكون له ممر أو شرب في حائط أو نخل. وهذا ما نصت عليه مجلة الأحكام العدلية في المادة رقم ١٢٢٥ إذ جاء فيها: إذا كان لواحد حق المرور في عرصة آخر فليس لصاحب العرصة أن يمنعه من المرور والعبور.

وجاء في شرحها: أن من ثبت له حق المرور بالرجل فله المرور بالرجل والحافر، ونقل عن (جامع الفصولين) قوله: إن من شرى شجرة وقطعها، واستأجر أرضاً بجانب الشجرة ولهذه الأرض المستأجرة طريق في بستان رجل، فلمشتري الشجرة أن يمر في هذا الطريق بخشبه ودوابه للحاجة إلى الطريق، كما سيأتي بيانه في بحث: ضوابط حقوق الارتفاق.

وحق الجار ثابت فكل من الجارين له الحق في الارتفاق بعقار جاره بشرط عدم الضرر البيّن بالآخر.

وقد عنيت الشريعة الإسلامية بهذا الحق عناية كبيرة، حيث عظم الله تعالى من شأن الجار، وجعله قرين الوالدين في الإحسان والرعاية، كما قال سبحانه: **واعبدوا الله ولا تشركوا به شيئاً وبالوالدين إحساناً وبذي القربى واليتامى والمساكين والجار ذي القربى والجار الجنب** [النساء ٣٦] أي: وأن تحسنوا إلى الجار قريباً كان أو غير قريب، لأن الجوار مدعاة للنصرة والحماية.

ومن لوازم الإحسان أن لا يمنعه الاستفادة من جداره مادام لا يضره ذلك، ولذلك قال ﷺ: «لا يمنع جار جاره أن يغرز خشبة في جداره». ثم يقول أبو هريرة -رضي الله تعالى- عنه: ما لي أراكم عنها -أي هذه السنّة- معرضين؟! ثم قال: والله لأرminن بها بين أظهركم. أي: أحملكم مسؤوليتها إن لم تطبقوها.

وهذا ما ذهب إليه جمهور العلماء، إلا أنهم اختلفوا هل ذلك على سبيل الوجوب أم الندب؟.

والقول بالوجوب أخذت به مجلة الأحكام العدلية فقد جاء في مادتها (١٢١٠) ما نصه: أما إذا أراد أحدهما بناء بيت في عرصته فله أن يضع رؤوس جذوعه على الحائط، وليس لشريكه منعه، بل يقال له: ضع أنت مثل ذلك إن شئت.

وحق العُلِّي من أهم الحقوق، لاسيما في المدينة الحديثة التي اتخذت من الأبراج والعمائر ذوات الطوابق المتعددة، سمة من أهم سماتها، حيث أصبحت هذه البنايات الضخمة تضم مئات الشقق والوحدات السكنية بعضها فوق بعض، وجوار بعض، وتباع على المخطط بفوارق الأسعار بين دور وآخر، وكل شقة لها حكم في هذا الحق؛ لأنها فوق أخرى، وتحت أخرى، فالسقف الذي هي عليه مشترك بينها وبين من هي تحته، فإنه سائر لصاحب السفلى، وأرضه لصاحب العلو، فله الانتفاع به بحسب العادة، كما هو لصاحب السفلى؛ لأن كلاً منهما لا تتم له المنفعة إلا بذلك، لهذا فإن كلاً منهما معني بالانتفاع به من غير إضرار بالآخر، ومن أحدث فيه ضرراً بتقصير منه أو تعدد كان مسؤولاً عن إعادته.

فإن لم يكن تعدياً من أحدهما، وأراد أحدهما إعادة بنائه دون الآخر، فقد اختلف العلماء في إلزام الممتنع بذلك..

فذهب السادة الحنفية والشافعية وفي إحدى الروايتين في مذهب أحمد إلى أنه لا يجبر الممتنع، لتضرره بإعادة البناء، لأنه المالك حقيقة للسقف، والمالك لا يجبر على بناء ما يملك، إذ الضرر لا يزال بالضرر، ولعموم حديث: «لا يحل مال امرئ مسلم إلا بطيب من نفسه».

وذهب السادة المالكية وهو القول القديم للشافعي، والرواية الثانية عند أحمد يجبر على ذلك، ليتسنى لصاحب العلو بناء علوه عليه، إذ لو لم يجبر لضاع حق صاحب العلو. قال في الشرح الكبير: يجبر صاحبه -أي السقف- على بنائه مع اختصاصه بملكه، لأن الظاهر أن صاحب العلو ملكه مستحقاً لإبقائه على حيطان السفلى دائماً، فلزم صاحب السفلى تمكينه مما يستحقه.

ولعل هذا من قبيل الاستحسان فقط لحفظ حقوق الجيران، وإلا فقد اتفق العلماء على أن العلو حق لمن ملك السفلى لا ينازعه في ذلك منازع.

فقد نص العلامة القرافي على ذلك في فروقه، في مسألة الفرق بين قاعدة الأهوية وبين قاعدة ما تحت الأبنية، أنه لا فرق بين الأمرين، مستدلاً على ذلك بأن من ملك موضعاً، له أن يبني فيه ويرفع فيه البناء ما شاء ما لم يضر بغيره، وأن له أن يحفر فيه ما يشاء ويعمق ما شاء ما لم يضر بغيره. ثم نقل الاتفاق على أن الأهوية تابعة لحكم الأبنية، قال: فهواء الوقف وقف، وهواء الطلق طلق، وهواء الموات موات، وهواء المملوك مملوك، وهواء المسجد له حكم المسجد، فلا يقربه الجنب والحائض، ثم قال: ومن ثم لم يختلفوا في ملك ما فوق البناء من الهواء اختلافهم في ملك ما تحته من تخوم الأرض، بل قد نص أصحابنا على بيع الهواء لمن يتتبع به وأنه يمنع بيع هواء المسجد والأوقاف إلى عنان السماء.

ومن أحكام هذا الحق مسألة بيع الهواء، وهي جارية الآن على أوسع نطاق في صور بيع الشقق من العماثر أو الأدوار ومنها على خارطة العمارة أو البرج (التصميم)، وهي مسألة خلافية بين العلماء.

فقد ذهب السادة الأحناف إلى منع ذلك من غير خلاف عندهم، حيث نصوا على أن بيع حق التعلي لا يجوز باتفاق الروايات -أي في المذهب- قالوا: لأنه ليس حقاً متعلقاً بما هو مال، بل بالهواء وإن كان على الأرض.

وقد سئل أبو حنيفة رحمه الله تعالى عن الرجل يكون له البيت العلو فينهدم، فيقول له الرجل: بعني علوك، فباعه، لم يجز، وإن كان العلو باقياً جاز، قال: لأن في الوجه الأول باع الهواء، وفي الوجه الثاني باع ما بقي من العلو وإن قل. وأيدهم في ذلك ابن حزم الظاهري.

ولا ريب أن هذا القول يصطدم مع واقع الحياة، حيث إن بيع الهواء أصبح عمود المدينة الحديثة في مجال الإنشاء.

ومستنده ما ذهب إليه الجمهور من الجواز، فقد نص المالكية على جوازه متى كان المبيع قدراً معيناً كعشرة أذرع مثلاً من محل هواء فوق محل متصل بأرض أو بناء، بأن كان لشخص أرض خالية من البناء أراد البناء بها، أو كان له بناء أراد البناء عليه، فيشتري شخص منه قدراً معيناً من الفراغ الذي يكون فوق البناء الذي أراد إحداثه.

ونص السادة الشافعية على جواز بيع حق البناء أو العلو للبناء عليه بثمن معلوم.

وأجازوه كذلك السادة الحنابلة ولو كان قبل بناء البيت الذي اشترى علوه إذا وصف العلو والسفل ليكونا معلومين ليبي المشتري أو يضع عليه بنيانا أو خشبا موصوفين، قالوا: لأن العلو ملك للبائع فكان له بيعه والاعتياض عنه كالقرار. فهذا هو القول العدل في المسألة التي لا مناص منها في عالم العمائر الشاهقة، والأبراج العالية فإنها تباع على المخطط غالبا ولا تنشأ في الغالب حتى تضمن الشركة المنشئة بيع وحداتها السكنية، وكل أرض لها ارتفاعات محددة سلفا تتناسب مع نمط المنطقة المخططة، ويتناسب الارتفاع مع الطوابق المقررة للعمارة بشكل متساو، بحيث يكون الحد الأقصى لارتفاع المباني مساويا لعدد الطوابق حسب نظام المنطقة، مضروبا في ١٣ قدما باعتبار أن معدل ارتفاع الطابق الواحد هو ١٣ قدما، وبناء عليه يكون التأسيس قادرا على تحمل هذه الطوابق المتكررة.

نشوء حقوق الارتفاع في الأملاك العامة والخاصة:

تنشأ حقوق الارتفاع من ضروريات الحياة وحاجياتها للارتفاع بالمرافق العامة أو الخاصة، وذلك أخذاً بمبدأ الشريعة العام في إباحة ما ينفع الناس في الأرض، مما لا يشكل ضرراً بالغير، لأن الله تعالى خلقها لهم كما قال سبحانه: ﴿ وَالْأَرْضَ وَصَعَهَا لِلْأَنْبَاءِ ﴾ وقال: ﴿ هُوَ الَّذِي خَلَقَ لَكُمْ فِي الْأَرْضِ جَمِيعًا ﴾ أي لتتنفعوا بها إحياء وسكنى وغير ذلك، ولذلك قال صلى الله عليه وسلم: «من أحيا أرضاً ميتة فهي له، وليس لعرق ظالم حق» وقال: «من أحاط حائطاً على أرض فهي له».

وقد ذكروا من أسباب نشوء هذه الحقوق ما يلي:

١. إذن الشارع، وذلك في الأموال العامة التي تكتسب بطريقة الحياة والاستخراج من الأماكن العامة والاستحقاق للارتفاع من المرافق العامة، أو المباحات وذلك بالإحياء أو غيره، أو ما أُلجأت إليه الضرورة في الأملاك الخاصة.
٢. إذن المالك بالنسبة للأموال الخاصة.
٣. اقتضاء التصرف بثبوت الارتفاع كما في الإجارة والوقف.

٤. استصحاب الحال دون معرفة سبب نشوئه، وذلك بمضي المدة عليه وتوارثه من غير تمجر أو حيازة، كالطرق العامة والحدائق ونحو ذلك. وزاد الدكتور رواس: الاستصحاب، وطبيعة التضاريس بين العقارين. كما زاد الدكتور إبراهيم محمد عثمان: المعاوضات المالية عند من أجاز بيع حقوق الارتفاق، وإحياء الموات وبيع العلو.

ويمكن أن تنشأ حقوق ارتفاق أخرى غير ما ذكر، حسب ما يجري به العرف وتقتضيه حاجة الناس.

فإن حدثت حقوق ارتفاق أخرى كان لها من الأحكام الشرعية ما يضبطها، ويحقق مقاصدها بين العباد، في ضوء الفقه الإسلامي المستنبط من الأدلة الشرعية، والقواعد الكلية والمقاصد المرعية.

وتعرض الدكتور إبراهيم في مبحث خاص لحق الارتفاق الجوي والبحري، وبين أن للمطارات حقوق ارتفاقات جوية تمنع بموجبه التطاول في الإنشاءات الخاصة حول المطارات لتسهيل عمليات الهبوط والإقلاع، مبينا تقسيم المناطق المحيطة بالمطارات ثلاثة أقسام كما تضمنته الاتفاقات الدولية في هذا الصدد. وبين كذلك أحقية الدول في فضائها الجوي ومنع غيرها من الارتفاق فيه إلا بإذن؛ لما في ذلك من احترام سيادة الدول على أجوائها ما لم تكن هناك حالات اضطرار. وبين كذلك حقوق الارتفاق البحري كما نصت على ذلك الاتفاقات الدولية.

حدود حق الارتفاق وضوابطه:

حقوق الارتفاق لها حدود مختلفة باختلاف أنواع الارتفاقات. فالقرية لها حقوق إرفاق يخصصها بحسب ما تحتاج إليه من محتطب، ومرعى، وملعب، ونادي، ومصلى العيد، ومرتكض الخيل، ومناخ الإبل، ومطرح الرماد، ونحو ذلك.

والمدينة تحتاج إلى مثل هذه المرافق بل هي أحوج من القرية، لزمحة السكان فيها، فلا بد أن يكون لها تصريف مياه الأمطار ومجاري الصرف الصحي، وملاعب ونوادي ومصليات العيد وحدائق ومساح وميادين السباق للحوافر والسيارات والدراجات وغير ذلك مما يعد ضروريا أو حاجيا للحياة المدنية، وكل مدينة تعنى

بفعل ذلك بحسب استطاعتها في أوساط المدن أو ضواحيها؛ توسعة على الناس وتوفيراً للأجواء اللائقة للإنسان والحيوان.

والبئر مرافقها ما يتصل بها من الأرض لثلا يحدث فيها ما يضر بها، لا باطناً من حفر بئر ينشف ماؤها أو يذهبه، أو بغيره بطرح نجاسة يصل إليها وسخها، ولا ظاهراً كالبناء والغراس، مما يؤثر على موقف النازح والحوض والدولاب ومجتمع الماء ومتردد الدواب، وقد قدره بعضهم بأربعين ذراعاً من كل جانب؛ لما ورد من حديث أبي هريرة رضي الله تعالى عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: «في حريم البئر أربعون ذراعاً حوالها كلها لأعطان الإبل والغنم وابن السبيل أو شارب، ولا يمنع فضل ماء ليمنع به الكلاب».

وقال مالك فيما سمعه عنه أشهب: لا يكون حريم الآبار إلا في الفلوات التي لا تملك، يعني أما في البنيان أو في ملك الإنسان فإنه لا حريم لها. لأنها حيثئذ في أرض محيية وليست في موات.

غير أن السادة المالكية قرروا أن من أراد أن يحفر بئراً في ملك نفسه ويخاف منه الإضرار بجاره لم يكن له ذلك، وقيل: إن كان له مندوحة عنه فليس له ذلك، وإن لم يكن له مندوحة عنه فله ذلك.

وذهب السادة الحنابلة لنحو ذلك، فقرروا أن من كانت له بئر فيها ماء، فحفر آخر بئراً في القرب منها لينسرق إليها ماء البئر الأولى فليس له ذلك، سواء كان الذي حفر البئر الثانية في ملكه، أو كانت في أرض موات فسبق أحدهما فحفر فيها بئراً تجتذب ماء الأولى لما في ذلك من إحداث الضرر بالجار وقد قال صلى الله عليه وسلم: «لا ضرر ولا ضرار»، لكن قالوا: إنه لو أمر حافر البئر بسدها ليعود الماء للبئر الأولى فلم يعد ماء الأولى كلف صاحب البئر الأولى، حفر البئر التي سدت من أجله من ماله؛ لأنه تسبب بسدها من غير حق وهذا لعمر الله عدل مع منعهم صاحب الأرض الانتفاع بأرضه.

أما السادة الشافعية فقد أعطوا الحق كله لصاحب الأرض ليتصرف في أرضه كما يشاء فيما جرت به العادة، وإن تضرر به جاره، قالوا: فلا يمنع من حفر بئر في ملكه ينقص ماء بئر جاره؛ لتصرفه في ملكه، فيتصرف في ملكه على العادة في التصرف

وإن تضرر به جاره، أو أفضى إلى إتلاف ماله، كأن سقط بسبب حفرة المعتاد جدار جاره، قالوا: لأن المنع من ذلك ضرر لا جابر له، ولا ضرر ولا ضرار، فإن تعدى في تصرفه بملكه ضمن.

وقد أراد الشافعية التوسط في إعطاء صاحب الحق التصرف بماله، لأن منعه من ذلك إلحاق الضرر به من غير وجه حق، مادام أنه يتصرف تصرفا عاديا، وإلا لأفضى ذلك إلى الحجر على الناس من التصرف بأموالهم خشية الضرر بالغير، هذا إذا كان يتصرف في ملكه، أما لو كان الحفر في موات فليس له ذلك، لأن الحفر في الموات ابتداء تملك، فلا يمكن منه إذا تضرر به الغير.

وقد نحوا في هذا نحو السادة الأحناف الذين صرحوا بأنه لو حفر الثاني بشرا في منتهى حريم البئر الأولى - وهو أربعون ذراعا كما تقدم - وتحول إلى الثانية فلا شيء عليه، قالوا: لأنه غير متعدد، والماء تحت الأرض لا يملك، فلا مخاصمة، كمن بنى حانوتا بجانب حانوت غيره فكسدت الحانوت الأولى بسببه، فإنه لا شيء عليه. ولعل ما ذهب إليه السادة الأحناف والشافعية هو الصواب؛ إعمالا لقاعدة: الضرر لا يزال بالضرر، فمحافظة على صاحب البئر القديمة لا يكون على حساب صاحب الأرض، فليس ذلك بأولى في النفع من هذا، وإذا تراحت الحقوق وجب العدل بين الجيران بما لا وكس فيه ولا شطط، وهو ما قرره السادة الشافعية والأحناف، من أنه ينتفع بأرضه على العادة بحيث لا يلحق الضرر بجاره.

الدار: وهي اسم للساحة التي أدير عليها الحدود، وتشتمل على بيوت واصطبل وصحن غير مسقف وعلو، فيجمع فيها بين الصحن للاسترواح ومنافع الأبنية للإسكان. حريمها: مطرح رماد وتراب وكناسة وثلج، ومصب ميزاب، ما لم تكن مخوفة بدور كما في المدن والقرى المزدهمة، فإنه لا حريم لها يخصصها، لكن لكل واحد منهم الانتفاع بالطرق والأزقة بحسب العادة ما لم يضر بالآخرين، وإلا منع منه إذ: «لا ضرر ولا ضرار».

وقد حددت قوانين البلديات في كل بلد ما يجب توفيره من مساحات ارتداد بين كل دار وأخرى، بما يطول ذكره؛ تحقيقا لمصلحة كل ساكن، وقطعا لدار الخصومة بين الناس نتيجة للشح وكثرة الاحتكاك.

الطريق: وهو من أعظم المرافق التي يحتاجها الناس، وهي نوعان: عام وخاص. والشريعة الإسلامية أولت الطرق عنايتها الفائقة لعظيم حاجة الناس إليها، فقد صح أنه ﷺ قال: «إياكم والجلوس في الطرقات، قالوا: يا رسول الله ما لنا بد من مجالسنا نتحدث فيها، قال: فإذا أبيتم إلا المجلس فأعطوا الطريق حقه، قالوا: وما حقه؟ قال: غض البصر، وكف الأذى، ورد السلام، والأمر بالمعروف، والنهي عن المنكر».

وإذا كان الشارع قد راعى آداب الطريق فأحكامه من باب أولى، وهي التي بينها الفقهاء، وأطالوا النفس في مجتها بدقة، وكان مما قرروه ما يلي:

مساحته، فقرروا أنها تختلف باختلاف نوع الطرق: خاصة أم عامة، رجل أم حافر أم سيارة، فإن كان الطريق خاصا بأهل حي، فلهم أن يتفاهموا بشأنه بما يحقق لهم النفع من غير ضيق، وقد ورد أنه ﷺ قضى إذا تشاجروا في الطريق الميتاء - أي السهلة التي يأتيها الناس من كل مكان - بسبعة أذرع وفي رواية لمسلم: إذا اختلفتم في الطريق جعل عرضه سبعة أذرع.

والحكمة في جعلها سبعة أذرع كما ذكر الحافظ ابن حجر لتسلكها الأحمال والأثقال دخولا وخروجاً ويسع ما لا بد لهم من طرحه عند الأبواب، ويلتحق بأهل البنيان من قعد للبيع في حافة الطريق، فإن كانت الطريق أزيد من سبعة أذرع لمن يمنع من القعود في الزائد، وأن كان أقل منع لثلاثين الطريق على غيره.

وهذا التحديد إنما هو باعتبار زمانهم وبموجب حالهم، أما زماننا وحالنا المدني ذو المراكب المتعددة من سيارات وشاحنات ونحوها فيحتاج إلى أوسع من ذلك بكثير، وقد تكلفت قوانين الطرق العالمية والمحلية بيان ذلك، وهي قوانين تنظيمية ملزمة.

٢. الانتفاع بالطريق، وقد اتفق الفقهاء على جواز الانتفاع بها في الجملة بما لا يضر بالآخرين، وذلك كالجلوس انتظاراً أو لمعاملة إذا كان واسعاً، ولو لم يأذن الإمام أو طال جلوسه عند السادة الحنفية والشافعية وقيد السادة المالكية بما إذا لم يطل الجلوس أو البيع.

وقد اتفقوا على أن للإمام أن يقطع بقعة من الطريق العام لمن يجلس فيه للمعاملة ارتفاقا لا تملিকা إن لم يضر المسلمين؛ لأن له نظرا واجتهادا في الضرر وغيره، ولا يملك المقطوع له البقعة إنما يكون أحق بالجلوس فيها ولا ينازعه غيره. وإذا جاز الانتفاع بذلك فيكون بغير مقابل؛ لأنه مخرج على إحياء الموات، كما نص عليه السادة الشافعية.

غير أن ذلك ليس لازما، بل لولي الأمر أن يقدر تعويضا لبيت المال ليعود نفعه للصالح العام، إذ لو لم يفعل ذلك لاستغل الناس كلهم الشوارع وجعلوها بسطات تجارية تضر بالتجار والمارة.

٣. الانتفاع بهواء الطريق، فقد ذهب الجمهور من الحنفية والمالكية والشافعية إلى جواز الانتفاع بهواء الطريق: لما ثبت أن النبي صلى الله عليه وسلم نصب بيده الشريفة ميزابا في دار عمه العباس -رضي الله تعالى عنه- إلى الطريق وكان شارعاً إلى المسجد، ولما كان زمان عمر -رضي الله تعالى عنه- اجتاز وهو يصب الماء فقلعه، فقال العباس: تقلعه وقد نصبه رسول الله - ﷺ - بيده؟! فقال عمر: والله لا نصبته إلا على ظهري، فانحنى حتى صعد على ظهره فنصبه.

فما فعله رسول الله ﷺ فلغيره فعله ما لم يقم دليل على اختصاصه به. غير أن السادة الختابة منعوا من ذلك، وقالوا: لأن هذا تصرف في هواء مشترك بينه وبين غيره بغير إذنه، فلم يجوز، كما لو كان الطريق غير نافذ، ولأنه يضر بالطريق وأهلها فلم يجوز كبناء دكة فيها أو جناح يضر بأهلها، ولا يخفى ما فيه من الضرر، فإن ماء يقع على المارة، وربما جرى فيه البول أو ماء نجس فينجسهم ويزلق الطريق ويجعل فيها الطين. وأجابوا عن الحديث بأنه قضية في عين لا تعم، ويحتمل أنه كان في درب غير نافذ أو تجددت الطريق بعد نصب، إلا أنهم قالوا مع ذلك: يحتمل أن يجوز ذلك؛ لأن الحاجة داعية إليه والعادة جارية به، مع ما فيه من الخير المذكور.

قلت: وهذا الاحتمال هو الأولى بالأخذ لما ذكر من حاجة الناس إليه وجريان العمل به، وبه أخذت قوانين البلدية.

٤. أما ما عدا هذه المنافع الخاصة التي تضر بالعامه؛ من إبراز دكة أو حائط أو نحو ذلك فليس له أن يفعله؛ لأنه قد تزدحم المارة فيعطّلون بذلك، لشغل المكان بهذه الإحداثيات، ولأنه إذا طالت المدة أشبه موضعه الأملاك وانقطع عنه أثر استحقاق الطروق.

هذا كله في الطريق العام، أما الطريق الخاص، وهو الزقاق الذي لا ينفذ، فإنه لا يجوز لغير أهله التصرف فيه إلا برضاهم، وإن لم يضر أحداً؛ لأنه ملكهم فأشبهه الدور. وأهله من لهم حق المرور فيه إلى ملكهم لا من لاصق جداره الدرب من غير نفوذ إليه.

ضوابط حقوق الارتفاق:

إذا ثبت أن الارتفاق حق لمن كان له الانتفاع بتلك المنافع؛ من شرب أو مجرى الماء أو المرور في الطريق أو التعلّي أو نحو ذلك فما حدود ذلك الحق؟ هل له أن يتصرف فيه تصرف الملاك بيعاً وشراءً؟ وهل له أن يتوسع في ذلك بالبناء وفتح الأبواب ونحوها؟ وهل له أن يبيع الهواء؟ وهل له أن يجبر شريكه على البناء؟ لأن هذه الأمور مما تدخل في مفهوم الحق، فهل هو حق تملك؟ أم هو حق إباحة وانتفاع فحسب؟.

الذي ذهب إليه جمهور الفقهاء أنه حق إباحة وانتفاع، لا حق تملك لتشتري وتباع، فمن كان له حق في ذلك كان قاصراً عليه ما دام يملك العين التي استحق من أجلها الارتفاق، فإذا باع الأصل سقط حقه في الارتفاق، ولم يكن له حق في أن يبيع الارتفاق منفرداً، وقد تواترت نقول الفقهاء على ذلك.

ففي مسألة الشارع، نقل السيوطي في الحاوي عن كثير من فقهاء الشافعية المتقدمين منهم والمتأخرين أن الإمام إذا أقطع أحداً موضعاً من الشارع كان المقطع أولى به من غيره للارتفاق خاصة دون التملك والبناء...

وفرق السادة الحنفية بين الطريق الخاص والطريق العام، فأجازوا بيع الطريق الخاص. إلا أنه لا يملكه حتى يشتري الدار، وذلك لأنه وسيلة وليس غاية، فإذا لم تتحقق الغاية، فلا معنى للوسيلة، فجاز بيعه تبعاً لا استقلالاً.

حقوق الارتفاق المستحدثة:

١. مواقف السيارات:

من أهم الارتفاقات في التخطيط العمراني المدني: مواقف السيارات، لما لهذه المواقف من أهمية لدى الساكنين، حيث لا غناء بهم عنها، ويقل ثمن وإيجار العمارة أو المبنى السكني، أو يكثر، نظراً لوجود المواقف من عدمها، لا سيما في المدن المزدحمة، أو التي يكثر فيها السطو على السيارات.

لذلك فقد نصت قوانين البلديات على وجوب توفر المواقف لكل عمارة أو بناء سكني أو تجاري، أياً كان نوعه صغيراً أو كبيراً.

وهذا بمعنى ما تقرر مما تقدم نقله من استحقاق الساكن لهذه المرافق من غير تملك، ولا تحجر أو انتفاع يؤدي بالضرر على الآخرين. ويجري فيها الخلاف المتقدم في أخذ العوض عليه.

المرافق الترفيهية:

المرافق الترفيهية من حدائق وألعاب الأطفال وأحواض السباحة التابعة للفلل أو البنايات أو الأبراج، لا يختلف حكمها عن المواقف، من حيث الارتفاق بها تبعاً لحق السكن ملكاً أو إجارة، حيث إنها أعدت مكملات لحاجات الساكنين، فلكل ساكن حق في الارتفاق بها من غير مزاحمة لغيره، ولا ضياع لحقه، فلا ضرر ولا ضرار، لأن هذه المرافق هي في معنى الطرق والمواقف ونحوها، حيث لا غناء للساكنين عنها، وقد جرت القوانين البلدية في الحواضر والمدن على وجوب مراعاتها عند الإنشاء لخدمة الساكنين، لأنها -كما قال بعضهم في شأن الحدائق- كالرئة للإنسان، فمن لا رئة له لا يستطيع التنفس فكذلك المدينة التي لا حدائق لها. ونظراً لأن هذه المرافق تحتاج إلى صيانة دورية فإنه قد يفرض على الساكنين رسوم شهرية أو سنوية أو عند استخدامها، من أجل صيانتها، ويتعين أن تكون لقصد الصيانة لا الربح، لأنها مستحقة لكل ساكن يملك المنفعة أو العين، ومن يملك المنفعة لا يبذل ثمنها لغيره.

قاعات المناسبات:

ولا تبعد قاعات المناسبات المعدة في المجمعات السكنية في الحكم على المرافق الترفيهية؛ فإنها نحوها في الحاجة للاستخدام أحياناً، وتحتاج إلى تعهد وإصلاح، وتوفير خدمات تكييف وكهرباء وأجهزة صوتية وتوثيقية وغير ذلك، وهذه لا ينفرد ببذرها المؤجر غالباً، فلا بأس من جعل رسم رمزي يحقق بقاء هذه المنفعة، ولكن بقدرها، لا على أساس الربح والتوفير.

فإن لم تكن تابعة للسكن ولا أعدت له، فلها شأن آخر عندئذ، يحكمها عقود الإيجار المستقل المبني على التراضي.

أجهزة التكييف:

أجهزة التكييف على نوعين: تكييف مركزي وتكييف عادي؛ فالأول: يلحق بحقوق الارتفاق المستحقة لكل من يملك العين أو المنفعة؛ لأنه أعد لخدمة السكن والساكين، ولا ريب بأن ثمن البناء أو أجرة السكن يزيد بوجوده، ويقبل بعده، وتكون صيانته على من يملك الدار أو البيت أو العمارة أو البرج، وهي داخلة ضمن قيمة الإيجار.

فقد ذهب الجمهور من الفقهاء أن على المؤجر عمارة الدار، وإصلاح كل ما يخل بالسكن، وفعل ما يحقق كمال الانتفاع بالدار، ككسح الثلج وإصلاح ما وهى من جدرانها، فإن أبى حق للمستأجر فسخ العقد. مع أن عقد الإجارة من العقود اللازمة، إلا أنه لما لم يكن للإجارة معنى مع تعذر الانتفاع بالرقبة المؤجرة، فقد جاز له الفسخ لذلك.

نعم أجاز السادة المالكية اشتراط الرئمة على المكتري من الكراء المستحق عليه، لكن عن مدة سابقة، أو من الكراء المشترط تعجيله، فيكون بذلك معلوماً غير مجهول، فإذا كان ذلك سيحسب من الأجرة المعلومة فلا بأس، ويكون المستأجر عندئذ وكيلًا في الإصلاح، لا إن لم يجب، بأن شرط عليه ربهما ذلك من عنده، بحيث لا يحسب من الأجرة فإن ذلك لا يجوز ويفسخ به العقد للجهالة.

هذا كله في التكييف المركزي الذي يكون كجزء من العمارة، وما قيل في الصيانة يقال مثله في أجهزة الكهرباء والماء ونحوهما.
أما التكييف العادي فله حالتان في الإيجار:

الأولى: أن يكون قد شرط على المؤجر توفيره أو قضى به العرف كالفنادق والشقق المفروشة التي يكون الإيجار فيها مؤقتاً بأيام أو ليالي أو أسابيع محددة، بل حتى أشهر معدودة، فإنها تأخذ حكم التكييف المركزي بتفصيله السابق..

الثانية: أن يكون الإيجار سنوياً أو شهرياً مثلاً، ولم يشترط على المؤجر توفيره، ففي هذه الحالة يكون على المستأجر، فإن شاء وفره لنفسه، وإن شاء، ترك، ولا يلزم المؤجر شيء من ذلك..

وهذا كله في الإجارة.

أما البيع: فإن التكييف المركزي يدخل في العين حيث إنه مما لا يمكن فصله عن العقار، بل فصله يؤدي إلى خرابه، فهو كالأبواب ونحوها التي تدخل في مسمى البيع اتفاقاً.

وأما غير المركزي فإنه لا يدخل في العين إلا بشرط؛ لأنه منقول كالرحى والأثاث وهذه لا تدخل في العين اتفاقاً إلا بشرط.

أعمال الصيانة والنظافة:

بمقتضى هذه المسألة يقتصر على عقد بيع المنفعة (الإيجار) دون بيع العين، وهي في عمن تجب عليه صيانة العين، وقد تقدم أنه لا يجوز اشتراط الصيانة على المستأجر، لأن ذلك يؤدي إلى جهالة الأجرة.

وعليه فإنه يلزم المؤجر عمارة الدار وإصلاح كل ما يخل بالسكنى، فإن أبي حنق للمستأجر فسخ العقد، إلا إذا كان استأجرها على حالها، كما ذهب إلى ذلك الجمهور من الحنفية والشافعية والحنابلة.

إلا أن السادة المالكية رأوا أنه لا يجبر المؤجر على الإصلاح للمكثري إذا حصل في الدار أو الحانوت أو الحمام أو البئر المكثرة خلل مطلقاً، أي سواء كان ما احتيج للإصلاح يضر بالسكن أم لا، حدث بعد العقد أم لا، أمكن معه السكن أم لا، وهو مذهب ابن القاسم في المدونة، أما غيره، وهو ابن حبيب فقال: يجبر الآجر على الإصلاح.

وهذا الخلاف ليس عاماً في جميع الصور، بل هو خاص بالضرر اليسير كالعطل. أما إن كان كثيراً فلا يلزمه الإصلاح إجماعاً، كما قال ابن رشد.

ولا ريب بأن مذهب الجمهور أسد وأصوب، لما في تحميل المستأجر الصيانة من الضير، حيث إنه استأجر لاستيفاء المنفعة، ولم يملك العين، فإذا كلف بإصلاح العين لأجل الاستيفاء كان قد كلف شططاً، فأي منفعة يستفيد بها إذا كانت العين غير صالحة للانتفاع، مادام أن استخدامه كان استخداماً عادياً لم يكن منه تفريط ولا تقصير، فإن فرط بسوء الاستخدام ضمن بل خلاف.

وعليه فإن ما يجري من العقود الملزمة للمستأجر أن يعيد العين صالحة كما أخذها، فيه ضيم عليه، لأنه ما بذل ماله إلا لأجل الانتفاع، ومن مقتضيات الانتفاع تلف العين شيئاً فشيئاً، فكيف يكلف بإعادتها كما كانت، وإن كان العرف قد جرى بذلك، فهو عرف فاسد، لأنه يتناقض مع مقتضى العقد من حق الانتفاع من غير ضمان إلا بتعد أو تفريط.

وقد بين الدكتور إبراهيم في بحثه الأخير عن الحقوق المستحدثة في المرافق العامة أنها تخضع لمبدأ السبق، ومراعاة عدم الضرر، وفعل الأصلح، أما المرافق الخاصة فبين أن لها أحكام - وقد تقدمت الإشارة إليها-.

وصلى الله وسلم وبارك على سيدنا محمد وعلى آله وصحبه أجمعين والحمد لله رب العالمين.

ثانياً: المناقشات

فضيلة الدكتور عادل قوته:

أعوذ بالله من الشيطان الرجيم، بسم الله الرحمن الرحيم، الحمدود بكل لسان وعلى كل حال والذي بإحسانه ونعمته تتم الصالحات هو الله عز وجل وحده لا شريك له، والمصلى والمسلم عليه دائماً وأبداً هو سيدنا محمد؟، والمرضي عنهم صحابته وآله.

أما بعد، فليس تكراراً مملأً حمد الله سبحانه وتعالى على تولي معالي أستاذنا وأخينا الكبير الشيخ صالح بن حميد، رئاسة مجلس هذا المجمع العتيد بل هذا مما يفرح به المؤمنون، والدعاء لله سبحانه وتعالى أن يجعل عملنا جميعاً صالحاً ومآلنا حميداً، وليس رجع صدى شكر الحكومة الماليزية على هذه الحفاوة وهذا الكرم وتقدير جهود الأخ الفاضل الأستاذ الدكتور قطب مصطفى سانو على جهوده ودأبه في ذلك كله، ثم شكر أصحاب البحوث القيمة على هذه البحوث.

بخصوص موضوع حقوق الارتفاق أظن أن مما يتفق عليه الناس أن ثمة نقلة حضارية وعمرانية وحياتية كبيرة تكاد لا تكون نسبة بينهما وبين أمثلة حقوق الارتفاق الفقهية، وإن كان ثمة حقوقاً دائمةً وأساساً مشتركة والذي يبدو لي أن مما يقرب الشقة إن بعدت علينا ضم الأصول الكلية التالية في تأجيل وتقرير حقوق الارتفاق.

أولاً: أصل المنافع الحل، وأصل المضار التحريم.

ثانياً: الموازنة بين المصالح والمفاسد ومراعاة قواعد الضرر.

ثالثاً: تحكيم العرف العام.

رابعاً: مراعاة العرف الخاص، وتحكيم أهل الخبرة بحسب كل حق ارتفاق.

خامساً: الانتفاع باللوائح والأنظمة والقوانين ذات العلاقة مثل أنظمة الشؤون البلدية والقروية، والقانون البحري، كما في بحث الأستاذ الدكتور إبراهيم، والقانون الجوي، والقوانين التفصيلية.

أخيراً، كم كنت أتمنى أن يكون أستاذنا الكبير الدكتور عبد السلام العبادي أحد الكتب الخيرة في هذا الموضوع؛ إذ هو جزء من موضوع رسالته الرائدة (الملكية في الشريعة الإسلامي) وأرجو الأ نعدم تعليقه على هذا الموضوع. وشكراً لكم.

فضيلة الدكتور على محي الدين القرة داغي:

بسم الله الرحمن الرحيم.

الشكر موصول للعارض الكريم على عرضه الطيب وللباحثين الكرام. لي ملاحظات على هذه البحوث وهي ملاحظات عامة، حيث إنها لم تدخل في مجال التطبيقات المعاصرة بالكل المطلوب وخاصة مجعنا الموقر متعود على مثل هذه القضايا. نعم أشار الدكتور أحمد الحداد إلى مسألة الشقق وهذه العمارات وما أشبه ذلك وموقف السيارات إلى آخره، لكنه لم يتكلم عن الأحكام التفصيلية لهذه الشقق وهذه العمارات وما أشبه ذلك، وكذلك لم يتطرق إلى مسألة الهدم أو الانهدام حينما يكون الهدم تعدياً، أو حينما يكون الانهدام طبيعياً، فما الذي يترتب على ذلك من آثار؟

هذه هي الأشياء التي نحتاج إليها. وحتى بالنسبة لحق المرور هناك قوانين منتظمة منضبطة تتعلق بتنظيم المرور وحق الشوارع وما أشبه ذلك.

حقيقة البحوث في معظمها لم تتناول هذه القضايا الجديدة، وهذه بالتأكيد لا تعتبر منقصةً لأن هؤلاء الإخوة الكرام ما قصرُوا في الجوانب الفقهية التأصيلية. ولكن يهمننا نحن في المجمع التطبيقات العملية أما القضايا الفقهية الموجودة فهي في الحقيقة نعتد عليها لبنني عليها القضايا الجديدة. هذه ملحوظة عامة على البحوث المقدمة في هذا المجال ما عدا ما أشار إليه فضيلة الدكتور أحمد الحداد على بعض التطبيقات ولكن دون أن يصل إلى نهايتها من حيث الأحكام والآثار والتفاصيل والقوانين المنظمة لهذه الشقق إلى آخره. حقيقة نحن بحاجة شديدة في المجمع إليها. هذا أمر.

الأمر الثاني: هناك ملاحظات موضوعية:

هل يدخل موقف السيارات داخل ملك الإنسان نفسه في حقوق الارتفاق؟ هذا لا يدخل لأن هذا مملوك الإنسان، وتعريف حق الارتفاق كما عرفه معظم الإخوة: حق عقار على عقار آخر ليس العقار الثاني مملوكاً لصاحب العقار الأول. أما كراج السيارات فهي مملوكة لصاحب الملك، وبالتالي إدخاله في هذه المسألة أيضاً يحتاج إلى نظر. حتى حق التعلّي بالصورة التي ذكرها في الشقق، هذا حق الملك فانا

أبيع حق الهواء عند المالكية والشافعية، وهذا حق ثابت وليس من حقوق الارتفاق. فحقوق الارتفاق هي أدنى مراحل الملكية. فلذلك تحتاج إلى نوع من التاصيل الفقهي لهذه الحقوق -الوقوف معها وقفات تأصيلية حتى تكون الصورة واضحة، ولعل لجنة الصياغة إن شاء الله- مع إخواني الباحثين تستطيع أن تبرز لنا هذه الجوانب التطبيقية، وهذا التمييز بين ما هو حق وبين ما هو ملك ثابت، سواء كان ملكاً تاماً أو ملكاً ناقصاً.

هذا ما أردت بيانه باختصار شديد، ونسأل الله التوفيق، والسلام عليكم ورحمة الله وبركاته.

فضيلة الدكتور محمد النجيمي:

بسم الله الرحمن الرحيم، الحمد لله رب العالمين، والصلاة والسلام على سيدنا محمد رسول الله وعلى آله وصحابه أجمعين.

أما بعد، فإنني أتفق مع أخي فضيلة الدكتور علي محي الدين في أن الأبحاث وخاصة بحث الدكتور محمد رؤاس قلعه جي لم يتناول التطبيقات المعاصرة مطلقاً، أما الدكتور أحمد الحداد فقد تناول هذا الموضوع إلا أننا نريد مزيداً من التوسع في ذلك، كذلك الدكتور إبراهيم عثمان أيضاً تناول هذا الموضوع في أكثر من عشر صفحات تقريباً لكن نريد مزيداً من التطبيقات، وليس فقط أننا نذكر هذه القوانين وهذه الأنظمة، بل نحلل ونبين. مثلاً النظام الذي صدر في دولة الإمارات العربية المتحدة وهو من أحدث الأنظمة في هذا الشأن، أو الذي صدر في الشقيقة السودان علينا أن ندرس هذه الأنظمة ونبين هل انطبقت عليها حقوق الارتفاق شرعاً؟ وإذا كانت لم تنطبق في بعض الأحيان نبين، يعني نريد دراسات تحليلية في هذا الجانب. كذلك الأستاذ الترابي تناول قليلاً من موضوع التطبيقات في ثنايا بحثه ولكن قليلاً جداً.

النقطة الأخرى هي نقطة تثار حالياً، عندنا مرافق قديمة في المزارع، وفي الأماكن القديمة، وعندنا الآن مرافق حديثة، فبعض الناس إذا -مثلاً- فتح طريق السيارات، الآن يأتون فيغلقون الطرق القديمة ويقولون إن هذا المرفق لا داعي له؛ لأن هذا يقوم مقامه، ولاشك أن هذا الموضوع محل بحث، ومحل خلاف، خاصة عندنا في

بعض مناطق المملكة العربية السعودية. وأعتقد أنه مهم في كثير من عالمنا الإسلامي الذين كانوا يستخدمون الرُّجل في المرافق، وحق الشرب وما إلى ذلك. هذه أمور تحتاج أيضاً إلى بحث.

الموضوع الآخر هو: إذا ترتبت على المرافق أضرار أو تجاوز، الآن العقار الذي أمامه مرافق كثيرة قيمته تقل، والمرافق أصبحت تمثل في بعض الأحيان نوعاً من الإزعاج لكثرة السيارات وكثرة المواقف، هذا أيضاً موضوع يحتاج إلى بيان. وبالله التوفيق والسلام عليكم ورحمة الله وبركاته.

الدكتور محمد عبد الحلِيم عمر:

بسم الله الرحمن الرحيم، والصلاة والسلام على رسول الله.

هو في الحقيقة حينما نقرأ البحوث أو الموضوع وعرضه في هذا المجمع لم أتينا ما الغرض من عرضه؟ هل مجرد تكرار لما هو موجود في كتب الفقه ومقرر أم لا؟ ولذلك اتفق مع الأخوين الكريمين اللذين سبقاني فيما يفترض بحثه في هذا المجال، ولدرجة أنني لم أقرأ في مقدمة أي بحث ما هو الهدف من البحث؟ هل الهدف ما جاء في الفقه حول حقوق الارتفاق أم تطبيقاتها المعاصرة؟ والمفروض والأفضل أن تكون تطبيقاتها المعاصرة. هذا أولاً.

ثانياً: التعريف الذي تكرر في جميع البحوث هو يقول: حق انتفاع لعقار مقرر على عقار آخر لمالك غير المالك الأول. ولكن وجدت أن من الحقوق التي عدوها هو حق الشفعة، أي الشرب بالفم، وهذا ليس بعقار على عقار، وإنما هو لشخص على عقار فلا ينطبق عليه هذا التعريف. وأيضاً الدكتور أحمد الحداد حور هذا التعريف ليتفق مع هذا، فقال: تحصيل منافع تتعلق بالعقار. وهو في الحقيقة تحصيل منفعة.

الشيء الآخر الذي أثير في البحوث هل هو حق مستقل أم حق تابع؟ الحق المستقل كما قال الحنفية هو الذي يمكن بيعه وكذا، وأظن أنه حق تابع وليس حقاً مستقلاً.

وبالتالي أرى حينما تصدر القرارات لا يقال: إن حق الارتفاق مشروع أو خلافه وإنما المهم التطبيقات المعاصرة، خاصة أن بعض الحقوق الستة التي ذكرت في كتب

الفقه قديماً كثيراً منها لم يعد موجوداً أو ذا أهمية في العصر الحاضر وحلت محله، كما أن الأمثلة التي جاءت على التطبيقات المعاصرة في بعض البحوث وأشملها بحث الدكتور أحمد الحداد، هي أيضاً تحتاج إلى: هل هي حقوق ارتفاق أم أنها تدخل في أشياء أخرى؟ شكراً.

فضيلة الدكتور عبد السلام العبادي:

بسم الله الرحمن الرحيم

شكراً معالي الرئيس وشكراً للأستاذ الدكتور عادل قوته.

حقيقة موضوع حقوق الارتفاق من الموضوعات التي بحثها فقهاؤنا بتفصيل وإطالة وقد غطوا كل مسائلها وورد في ثنايا كلامهم القواعد التي تحكم كثيراً من تفصيلات هذا الأمر. وبالتالي تصلح هذه الملاحظات وهذه القواعد معياراً دقيقاً لأي عملية تطوير تحدث في هذا المجال في العصر الحديث.

ليس الهدف في عمل مجتمعا أن نعيد ما قرره الفقهاء ونعرضه لأن دورنا هو أن ننظر في القضايا الحادثة والمشكلات المستجدة بنظر شرعي يعتمد ما قرره فقهاؤنا وما قرره نصوص الشريعة. فلذلك من المستغرب إثارة الموضوع هكذا حقوق الارتفاق بإطلاق، لا بد في الواقع من أن نذهب إلى قضايا محددة نريد فيها بياناً جديداً في قضايا حادثة ومستجدة. لعله إذا جرى التفكير في هذا الموضوع نخرج بكثير من القضايا التي تحتاج إلى نظر معاصر شرعي. مثلاً موضوع ما يجري الآن في خطوط الصرف الصحي، القانون المنظم لهذا الأمر يعطي الحق للشركة في أن ترتب ما يتعلق بحق المسيل - إذا صح التعبير من الناحية الفقهية - لعقار معين على عقار آخر بدون موافقة صاحب العقار، وهذا له تأصيل شرعي في القول المشهور عن عمر: (والله ليمرن به ولو على بطنك)، باعتبار أن هذا لا بد منه لمصلحة تحقيق انتظام الحياة في الأحياء السكنية وغيرها.

موضوع أعمدة الكهرباء خاصة أعمدة (كيبيلات) الضغط العالي. فهذه فيها قضية حق العلو بدون إذن أصحاب الأملاك. الآن أعمدة الضغط العالي تسبب ضرراً، هل يجوز لمالك العقار أن يطلب التعويض الذي لحق به نتيجة امتداد خطوط الضغط العالي؟ هذه قضية في الكثير من الدول أعطت لمالك العقار الحق

في ذلك، بعض الدول ترى أن هذا استنزافاً لموارد مؤسسات الكهرباء أو شركات الكهرباء وبالتالي أخذت بالرأي الذي يقول إن العلو له مدى، وهذا بحسب فقهاؤنا بالتفصيل في موضوع مدى حق الملكية من حيث العلو والسفل، هل العلو إلى عنان السماء يملكه؟ وهذا يثير قضايا كثيرة حتى بالنسبة للأعيان الموقوفة مثل المساجد، فهل هي وقف لعنان السماء؟ وبالتالي هل يجوز للغير أن يستخدم؟ سواء كان الغير الدولة أو أفراد آخرين، وما مدى هذا الاستخدام؟ وبالتالي هل يترتب على ذلك تعويض إذا كان هنالك ضرر أو غير ذلك؟.

فهذه قضايا حقيقية تحتاج إلى استقصاء وبحث مع تطور الحياة المعاصرة. أما بحث موضوع حقوق الارتفاق بإطالة ويقال لنا حق العلو وحق المسيل وحق المجرى وحق، هذا موجود ويمكن لأي واحد منا يعود إلى كتاب فقه يجد هذا الكلام بشكل تفصيلي. وقد كنت قد عرضت -كما أشار أخي الدكتور عادل قوته- لهذا بالتفصيل في كتاب (الملكية) في الجزء الأول تحت فصل (حقوق الارتفاق) لكن أيضاً هناك لم أدخل في التفاصيل، إنما ذهبت للقضايا التي فيها خلاف، مثل: موضوع هل حق الارتفاق مال أم لا؟ وبالتالي هل يجوز فيه البيع والتصرفات الأخرى أم لا يجوز؟ وبالتالي ينبنى عليه في عصرنا الحديث موضوع حقوق الارتفاق الجديدة، مثل: حق الارتفاق الذي يتصور عند الشركات التي تعمل الجسور والطرق السريعة وتأخذ مبالغ مالية من مستخدميها، هل لهذه الشركة الحق في أن تقف بعض أقسام من حق الارتفاق هذا إما للفقراء أو الذين لا يقدرون على الدفع ضمن شروط معينة؟ يعني لا بد في الواقع في مجتمعنا أن نظل على مستوى العمل الجمعي التمييز في التصدي للقضايا الحادثة وليس في عرض ما عرضه فقهاؤنا وأطالوا فيه الحديث وحسموا فيه القول، وإلا أصبحنا نكرر ما سبق، وهذا أظن ليس من رسالة هذا الجمع ولا من دوره. وشكراً، وجزاكم الله خيراً.

فضيلة الدكتور: أحمد عبد العزيز الحداد:

بسم الله الرحمن الرحيم

في الحقيقة الأبحاث قيدت بورقة المجمع. أولاً المجمع أرسل خطة عمل للباحثين في هذا الموضوع، وبالتالي غالب الأبحاث تقيدت بورقة عمل للمجمع فبحث الموضوع من حيثيات الورقة التي قدمت لهم، ومع ذلك فإن جميع التطبيقات المعاصرة التي تشملها ورقة المجمع تكلمت الأوراق عليها. فمثلاً مسألة الهدم إذا كان معتمداً أو غير متعمد تكلم عنه بحث العارض، وأشارت إليها في المقدمة، وتكلمنا عن الخلاف الفقهي فيه. وحق المرور كذلك، كلُّ تكلم عن هذا الحق وأفاض في ذلك. مواقف السيارات هل تدخل وهل كونها ملك للانتفاع.. أشارت ورقة العارض إلى أن مواقف السيارات حق لمن ملك العمارة أو ملك شقة من العمارة أو ملك الانتفاع بها، فإن كان قد ملك الرقبة فهو يملك الجزء من هذا الحق في الانتفاع بالموقف، وذلك بوقف سيارته لأن التصميم الهيكلي لهذه العمارة ينص على أن يكون لكل دور ولكل شقة موقف محدد وبالتالي تدخل تبعاً، وهذا ما نصت عليه ورقة العارض، الدكتور محمد النجيمي فيما أشار إليه من المرافق القديمة والحديثة، معروفٌ وهذا من المسلمات، ما دمنا أقررنا حق المرور وقلنا بأن هذا الحق لا يملك أحد أن يمنعه فما يستحدث من مرافق جديدة ومن طرق جديدة لا يلغي الطرق القديمة، وبالتالي ليس من حق أحد أن يلغي طريق الرجل إذا وجدت طريق السيارة لعل الناس يحتاجون إلى ذلك فهذا حق مكتسب لصاحب المزرعة ولصاحب البستان فلا يمكن أن يلغي ذلك. نعم قد يكون بقرار سياسي إداري هذا شيء آخر، لكن من حق أصحاب المزرعة أن ينتفعوا بطريق الرجل كما ينتفعون بطريق السيارة، والجديد لا يلغي القديم لأن الحق ثابت قديماً.

أما ما أشار إليه الدكتور محمد عبد الحليم عمر بأنه هل المراد سرد ما جاء في الفقه أم التطبيقات المعاصرة؟ نحن قلنا بأن التطبيقات المعاصرة روعيت بقدر الإمكان وبموجب الخطة المعروضة لدى الباحثين، فما من مسألة إلا وقد عرض للتطبيقات المعاصرة لها بشيء من التفصيل والإيجاز. وبموجب المتاح من القوانين التي توفرت للسادة الباحثين.

مسألة حق العلو وحق السفلى إلى أي مدى؟ أعتقد أن من قرر أحقية العلو وأن من ملك الأرض ملك علوها إلى عنان السماء هم السادة المالكية ونصوا على

ذلك، وغيرهم كذلك لم يستثنوا شيئاً من ذلك، لم أر استثناءً لمدى أحقية العلو ولا مدى أحقية السفلى. كل من تكلم على ذلك فيما رأيت لم أرهم يقيّدوا ذلك قد يأتي في الاجتهاد وتقيده بمدى محدد كما فعل - كما أشار الدكتور محمد إبراهيم عثمان - في مدى حقوق الجوار للمطارات، مدى امتلاك الإنسان لحقه في البنايات التي تكون بقرب المطارات، أشار إليها: وإن للقوانين المنظمة للمطارات أن تحدّد نوعية الارتفاع لأنه سيؤدي إلى ضرر للطائرات التي ستتهبط أو ستمر هذه مسائل تعرضنا إليها وتكلمنا فيها بحسب ما هو متاح وبحسب خطة الجمع، وبالله التوفيق.

فضيلة الدكتور عبد السلام العبادي:

بسم الله الرحمن الرحيم

تعقيب بسيط، في بحثي عن الملكية بينت عدداً من النصوص الفقهية التي تبين أن الفقهاء قد وعوا قضية إلى أي مدى في موضوع عنان السماء وأعماق الأرض، وأشاروا إلى أن ذلك يتعلق فقط بما يمكن الاستفادة منه والحاجة إليه، وإلا فإن ذلك سيؤدي إلى منع حق مرور الطائرات فوق أراضي الناس لأن هذه يملكونها إلى عنان السماء ولا بد من دخولها بأذن. وهذا دليل واضح على عمق نظر فقهاؤنا وتقديرهم لكل الأبعاد وملاحظتهم لأمر في غاية الأهمية، فقد عقدت فصلاً في الرسالة ونقلت عدداً كبيراً من الأقوال التي تبين أن ملكية العلو إلى عنان السماء مقيدة بما يمكن الاستفادة منه، والحاجة إليه، وكذلك فيما يتعلق بأعماق الأرض. فحقيقة يوجد هناك تقييد وتقييد مصلحي قائم على النظر الفقهي الدقيق، وبالتالي من المهم حقيقة أن نستحضر هذه النصوص ونحن نتحدث عن القضايا المعاصرة خاصة في قضية أعمدة الكهرباء - كما قلت - وفي موضوع الصرف الصحي وغيره، وشكراً لكم.

الرئيس:

شكراً، والشكر للجميع. انتهت المداخلات حول هذا الموضوع وكذلك التعقيبات. وأفادني معالي الأمين فيما يتعلق بما تبعته الأمانة من محاور للموضوع حيث أنها محاور استرشادية وليست إلزامية، كما أننا استمعنا إلى بعض أصحاب

البحوث الذين قالوا أنهم لم يلتزموا بالمحاور التي بعثت إليهم باعتبار أنهم رأوا أنها بالفعل للاستثناس، وأنهم رأوا أن ما توجهوا إليه يمثل أهمية ويمثل مقصد المجمع. على كل حال هذا الأمر قد يكون بالفعل جلياً من حيث إنه ليس على الباحثين الفضلاء وخبراء المجمع والمستكثبين أي حجر باعتبار أنهم متخصصون وذوو اختصاص بالفعل ويعرفون المراد وبخاصة التوجه نحو المستجدات ونحو النوازل ونحو ما يفيد الأمة في واقعها.

لجنة الصياغة لهذا الموضوع، (الموضوع التاسع)، حقوق الارتفاق وتطبيقاته المعاصرة في الأملاك المشتركة، وهم:

١. الدكتور أحمد عبد العزيز الحداد.
 ٢. الدكتور إبراهيم أحمد عثمان.
 ٣. الدكتور عادل قوته.
 ٤. الدكتور أحمد عبد العليم عبد اللطيف.
- وبهذا تنتهي هذه الجلسة، وصلى الله على نبينا محمد وعلى آله وصحبه وسلم.

ثالثاً: القرار

