

**الحقوق العينية للأسير في الفقه إلا
()
بحث تكميلي لنيل درجة الماجستير في الشريعة والقانون**

**: جابر امحمد شريحة
رقم القيد : 13781017**



**: / عون الرفيق
: / منير العابدين**

جمهورية إندونيسيا

وزارة الشؤون الدينية

جامعة مولانا مالك إبراهيم الإسلامية الحكومية - مالانق - أندونيسيا

كلية الدراسات العليا / قسم الشريعة والقانون

ستير

2015-2014:

جمهورية إندونيسيا
وزارة الشؤون الدينية
مالك إبراهيم الإسلامية الحكومية- مالانق - أندونيسيا



كلية الدراسات العليا / قسم الشريعة والقانون

تقرير المشرفين

بسم الله الرحمن الرحيم، الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على أشرف الأنبياء والمرسلين سيدنا محمد وعلى آله وصحبه أجمعين، بعد الاطلاع على :

: جابر محمد شريحة

رقم التسجيل: 13781017

:الحقوق العينية ل سير في الفقه الإ

: يو 2015

وافقه

الدكتور : منير العابدين

: عون الرفيق

رئيس القسم

:

جمهورية إندونيسيا

وزارة الشؤون الدينية

جامعة مولانا مالك إبراهيم الإسلامية الحكومية

كلية الدراسات العليا/ قسم القانون والشريعة

اعتماد لجنة المناقشة



بعد الإطلاع على التعديلات وإبداء ملاحظات لجنة المناقشة المتعلقة برسالة الماجستير التي تم مناقشتها بتاريخ 08/ مايو / 2015 م تحت عنوان :

(الحقوق العينية للأسير في الفقه الإ
الماجستير في القانون والشريعة.

المقدمة من الطالب / جابر امحمد مسعود شريحة رقم التسجيل: 13781017

قسم: القانون والشريعة.

نفيدكم بأن الطالب المذكور أعلاه قد قام بإجراء وإتمام التعديلات المطلوبة منه من طرف لجنة المناقشة وتقرر قبول هذا البحث شرطاً لنيل درجة الماجستير في القانون والشريعة.

يعتمد من قبل لجنة المناقشة السادة الأساتذة:

1. المشرف الأول (ومناقشاً): د/ عون الرفيق (19670928 200003 1 001) التوقيع:
2. المشرف الثاني (ومناقشاً) : د/ منير العابدين (197204202002121003) التوقيع:
3. المناقشالرئيسي: د/ سواندي (196104152000031001) التوقيع:
4. المناقشالثاني: د/ نور أسناوي (197112111999031003) التوقيع:

يعتمد: عميد كلية الدراسات العليا

أستاذ/ دكتور مهيمن

رقم التوظيف: 195612111983031005

بسم الله الرحمن الرحيم

(فَإِذَا لَقِيتُمُ الَّذِينَ كَفَرُوا فَضَرْبَ الرِّقَابِ حَتَّىٰ إِذَا أَثَخِنْتُمُوهُمْ
فَشُدُّوا الوثَاقَ فَإِمَّا مَنًّا بَعْدُ وَإِمَّا فِدَاءً حَتَّىٰ تَضَعَ الْحَرْبُ
أُوزَارَهَا ۚ ذَٰلِكَ وَلَوْ يَشَاءُ اللَّهُ لَانْتَصَرَ مِنْهُمْ وَلَكِنْ لِيَبْلُوَ
بَعْضَكُم بِبَعْضٍ ۗ وَالَّذِينَ قُتِلُوا فِي سَبِيلِ اللَّهِ فَلَنْ يُضِلَّ
أَعْمَالَهُمْ).

صدق الله العظيم

سورة محمد الآية (4)

هداء

إلى روح والدي الطاهرة... اسأل الله العلي القدير أن يسكنه فسيح جناته..

إلى التي لولاها ما وجدت ذاتي إلى التي أتمنى أن لا أخيب أملها بي
أستطيع مكافأتها مهما طال الزمن والدتي الحبيبة...

...

لشموع المضيئة وزهور الأمل ومصدر طاقتي المتجددة أولادي :

أحمد و تانس وأدم وزكريا وأفرين.

إلى من شاركني الجهد والتعب في سبيل المعرفة والحقيقة.

إلى كل من ساهم في إخراج هذا العمل إلى حيز الوجود.

إليكم جميعاً أهدى ثمرة جهدي وشكري وإحترامي .

شكر وتقدير

شكر وأجزله وأكمله الله رب العالمين علي عظيم فضله وجزيل أحسانه ، أن أتم
علي نعمته ووفقني لإتمام هذا العمل ، والصلاة والسلام على أشرف خلق
الله عليه وعلى آله وصحبه ومن والاه .

بكل فخر وإعزاز أقدم بجزيل الشكر والتقدير والامتنان للصرح العلمي الشامخ جامعة
مولانا مالك إبراهيم الإسلامية الحكومية بمالانق على إتاحة الفرصة لي لاستكمال دراسة
الماجستير في القانون والشريعة. وأشكر الأستاذين الفاضلين / والدكتور عون الرفيق،
: منير العابدين المشرفين على رسالتي لمتابعتهم وتوجيهاتهم السديدة حيث كان
لهما الفضل في إنجاز هذه الرسالة.

كما أقدم بجزيل الشكر والعرفان للسادة أعضاء لجنة المناقشة وهم: /
/ توتك حميدة لقبولهما مناقشة الرسالة، كما لا يفوتني أن أقدم بجزيل الشكر
للأستاذ الدكتور مهيمن رئيس قسم الدراسات العليا لما قدمه من دعم طيلة
فترة دراستنا بالجامعة، كما أقدم بالشكر الجزيل / رئيس قسم الشريعة
والقانون ولجميع أعضاء هيئة التدريس بالجامعة على ما أولوه من حسن رعاية وتوجيه
راستي لنيل درجة الماجستير.

□□□□□□□□ أدناه ، وبياناتي هي :-

□□□□□□□□ : جابر امحمد شريحة.

رقم التسجيل : 13781017.

أقر بأن هذه الرسالة التي حضرتها لنيل درجة ماجستير في القانون والشرعية بجامعة مؤلانا مالك إبراهيم الإسلامية الحكومية مالانج .

□□□□□□□□ :

الحقوق العينية لـ سير في الفقه الإ

حضرتها وكتبها بنفسى وما زورتها من إيسري أو تأليف غيرى ، وإذا ادعى أحد أنها من تأليفه وتبين أنها فعلا ليست لي فأنا أتحمل كامل المسؤولية على ذلك ، ولن تكون المسؤولية للمشرفين أو على كلية الدراسات العليا بجامعة مؤلانا مالك إبراهيم الإسلامية الحكومية بمنطقة مالانج ، وهذا وقد حرر هذا

□□□□□□□□ □□□□□□□□ □□□□□□□□ □□□□□□□□ .

□□□□□□ 2015

توقيع صاحب الإقرار :-

□□□□□□ :- جابر امحمد شريحة.

رقم القيد :- 13781017

سلامي راعي الأسير مراعاة عظيمة وحفظ له حقوقه المدنية (الحقوق العينية) بشكل كبير،
وضمن للأسير كل التصرفات التي يقوم بها في حقوقه العينية الأصلية والتبعية.

القانون المدني المصري حق الأسير في تصرفاته المدنية والتمتع بكامل الأهلية
المدنية، ولا يحق للدولة الأسرة أن تقيض هذه الحقوق التي من ضمنها الحقوق العينية الأصلية والتبعية.
فنوصي بإبراز دور الشريعة الإسلامية في المحافظة على حقوق الأسرى، والاستمرار بالبحث وإظهار
حقوق الأسرى الخاصة ونشرها، وتوصيل هذه البحوث إلى المسؤولين عن ملفات الأسرى.



Name :Jaber Emhemed Shariha,NIM:13781017,Master Program In Syariah and Law, Faculty of Postgraduate, UIN University- Malang.

Topic: The rights in rem of Prisoner of War in Islamic jurisprudence and Egyptian CivilLaw

Supervisore;Aunur Rofiq, Lc., M.Ag., Ph.D / NIP,196709282000031001, Co-supervisor; Dr. H. Munirul Abidin, M.Ag/ NIP. 19720420 200212 1 003.

ABSTRACT

The issue of prisoners is of topics of concern to rulers and officials at all levels and all segments of the general public, hence we shall show the rights of prisoners in the laws and international conventions, and the closeness of these conventions with Islamic jurisprudence, which protected the right of the prisoner in the best picture but when searching, reflection and review of the research presented in this subject, seems that part of the prisoners' rights has neglected in the study of, a non-political, and not linked to human rights, these rights are private rights, namely: (the financial rights of the prisoner), and financial rights of rights in rem (original and consequential).

1. What are the rights in rem of Prisoner of War Included by Islamic jurisprudence?
2. What the rights in rem are of Prisoner of War included by Egyptian civil law?
3. What the differences and the agreement between which included in Islamic jurisprudence and Egyptian civil law with regard to the rights in rem of Prisoner?

This study was using the analytical approach, historical comparative study concluded the findings and recommendations, among them the most important results that Islamic law was upfront all systems and international laws in taking into account the stated rights of prisoners.

The Islamic approach took into account the captive and keeping his civil rights (rights in rem) is a large part of the prisoner and all actions carried out by in-kind indigenous rights, and subordination. Also the Egyptian civil law took into account the right of the prisoner and kept in his actions on civil and enjoy the full civil capacity, is not entitled to captivity state that restricting these rights, including rights in rem and accessory. We recommend highlighting the role of Islamic law in preserving the rights of prisoners, and to continue research and show the special rights of prisoners and be published, and delivery of such research to those responsible for the files of prisoners.

Name :Jaber Emhemed Shariha,NIM:13781017,Tesis. Program Studi Hukum dan Syariah, Pascasarjana, Universitas Islam Negeri Maulana Malik Ibrahim Malang

Topic:Hak Kepemilikan oleh Tahanan Perang dalam Hukum Islam dan Hukum Sipil Mesir.

Supervisore;Aunur Rofiq, Lc., M.Ag., Ph.D / NIP,196709282000031001, Co-supervisor; Dr. H. Munirul Abidin, M.Ag/ NIP. 19720420 200212 1 003.

ABSTRAK

Topik mengenai tahanan adalah pokok bahasan yang telah menjadi perhatian bagi pemerintah dan masyarakat. Para tahanan mempunyai hak-hak yang dilindungi oleh Hukum dan Konvensi Internasional, yang mempunyai kesamaan dengan Hukum Islam. Dalam hukum, hak para tahanan telah diatur dengan baik. Namun studi ini mengungkapkan fakta adanya hak-hak para tahanan yang telah terabaikan, diluar Hak Politis dan Hak Asasi Manusia. Hak-hak itu tercangkum dalam Hak Pribadi, antara lain Hak Finansial dan Hak Kepemilikan oleh para tahanan.

Penelitian ini ditulis berdasarkan pendekatan analitis dengan rumusan masalah sebagai berikut: 1) Hak Kepemilikan apa yang dimiliki oleh Tahanan Perang berdasarkan Hukum Islam?; 2) Hak Kepemilikan apa yang dimiliki oleh Tahanan Perang berdasarkan Hukum Sipil Mesir?; 3)APakah persamaan dan perbedaan antara Hukum Islam dan Hukum Sipil Mesir yang mengatur tentang Hak Kepemilikan oleh tahanan Perang?.

Berdasarkan hasil yang didapatkan oleh studi komparatif, hasil penelitian yang paling penting adalah bahwa Hukum Islam telah mencakup semua aspek hak para tahanan yang terdapat pada semua sistem dan Hukum Internasional. Hukum Islam melindungi Hak Kepemilikan para tahanan perang dengan seksama. Hukum Sipil Mesir juga mencakup hak para tahanan yang berkaitan dengan hak kependudukan secara penuh, yang tidak membatasi hak para tahanan atas kepemilikan harta benda.

Saran yang diberikan oleh studi ini adalah menekankan peran Hukum Islam dalam menjaga hak-hak para tahanan, dengan mencari dan mempublikasikan Hak Kepemilikan para tahanan yang akan menjadi dokumen penting bagi para tahanan tersebut.

قائمة المحتويات:

رقم الصفحة	المحتوى
ii	- تقرير المشرفين
iii	-
v	- أية قرآنية.....
vi	- إهداء
vii	- شكر وتقدير.....
viii	-
ix	- ملخص البحث باللغة العربية.....
xi	- ملخص البحث باللغة الانجليزية.....
xii	- الاندونيسية.....
xiii	- قائمة المحتويات
xix	-
	:
1	-

5		-
6		-
6		-
7		-
19		-
20		-
	:	
21		-
21		-
21		-
21		-
23		-
24		-
24		-

26	- : التعامل مع الأسير
28	- :
33	- : الحفاظ على الأسرى وحمايتهم
36	- المبحث الثاني الحقوق العينية للأسير
36	- : التعرف بالحقوق العينية للأسير وأنواعها
36	- : تعريف الحقوق العينية
36	- : أنواع الحقوق العينية
36	- : الحقوق العينية
37	- : الحقوق العينية التبعية
	- :
37	- الحقوق العينية الأصلية في الفقه الإسلامي والقانون المصري
38	- :
38	- : حق الملكية في الفقه الإسلامي والقانون المدني المصري
41	- : حق الملكية في الفقه الإسلامي
42	- ثانياً: حق الملكية للأسير في القانون المدني المصري
42	- : الحقوق المتفرعة عن حق الملكية
42	- : حق الانتفاع في الفقه الإسلامي والقانون المدني المصري

44	1- حق الانتفاع في الفقه الإسلامي.....
45	2- حق الانتفاع في القانون المدني المصري.....
45	-ثانياً: حق الاستعمال وحقوق السكن في الفقه الإسلامي والقانون المصري.....
47	1- حق الاستعمال وحقوق السكن في الفقه الإسلامي.....
49	2- حق الاستعمال وحقوق السكن في القانون المدني المصري.....
49	- : حق الحكر في الفقه الإسلامي والقانون المدني المصري.....
50	1- حق الحكر في الفقه الإسلامي.....
52	2- حق الحكر في القانون المدني.....
52	- : حق الارتفاق في الفقه الإسلامي والقانون المدني المصري.....
53	1- حق الارتفاق في الفقه الإسلامي.....
55	2- حق الارتفاق في القانون المدني المصري.....
55	- : الحقوق العينية التبعية للاسير.....
55	- : حق الارتفاق في الفقه الإسلامي والقانون المدني المصري.....
60	- : حق الارتفاق في الفقه الإسلامي.....
64	-ثانياً: حق الارتفاق في القانون المدني المصري.....
64	- :
64	حق الاختصاص في الفقه الإسلامي والقانون المدني المصري.....

66	 - : حقالاختصاصفيالفقهاالإسلامي.....
69	ثانياً: حقالاختصاصفيالقانونالمدنيالمصري.....
69	- :
70	 حقالامتياز فيالفقهاالإسلاميوالقانونالمدني.....
73	
73	- : حقالامتياز فيالفقهاالإسلامي.....
86	ثانياً: حقالامتياز فيالقانونالمدنيالمصري.....
92	- : لقانونالدولياالانسانيوحمايةأسربالحرب.....
	- : الحمايةالمقررةفيالقانونالدولياالانساني.....
	- : تطبيققانونحقوقالانسانفيظروفالحرب.....
102	- :
102	
103	
108	
	
	

	- هيكل البحث.....
113	
113	عرض البيانات وتحليلها ومناقشتها
156	- تحليل البيانات.....
222	- : هي الحقوق العينية لأسير بالتضمنها الفقها لاسلامي :
	
235	- ثانياً: هي الحقوق العينية لأسير الواردة في القانون الدولي الوضعي (القانون المدني المصري).....
238	- : مقارنة الحقوق العينية سير الحر بفي الفقها لاسلامي مع الحقوق العينية لأسير وفقاً للقانونا لوضعيا لدولي (القانون المدني المصري).....
240	نتائج البحث التوصيات والمقترحات
	-

	- التوصيات المقترحات..... -
□□□□ □□□□ □□ □	
231	(1-4) - يوضح الحقو العينية للاسير في الفقه الاسلامي والقانون الوضعي (القانون المدني المصري) وأوجه الاتفاق والاختلاف بينهما.....

الفصل الأول

الإطار العام للبحث

مقدمة البحث :

الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على المبعوث رحمة للعالمين، محمد صلى الله عليه وسلم وعلى آله وصحبه ومن تبعهم واستن بسنتهم واهتدى بهداهم إلى يوم الدين وبعد: فموضوع الأسرى من المواضيع التي تهتم عموم المسلمين، وشرعنا الكريم حض على فك الأسير وفدائه بالمال وبكل ما يستطيع لنيل حريته، فقد قال الرسول صلى الله عليه وسلم " فكوا العاني يعني الأسير، وأطعموا الجائع وعودوا المريض".¹

وأن الشريعة الإسلامية قد سبقت كل النظم والقوانين الدولية في مراعاة وذكر حقوق الأسرى. فالشارع الإسلامي راعي الأسير مراعاة عظيمة وحفظ له حقوقه المدنية (الحقوق العينية) بشكل كبير، وضمن للأسير كل التصرفات التي يقوم بها في حقوقه العينية الأصلية والتبعية. فقد عرفت الشريعة

أبو عبدالله محمد بن إسماعيل البخاري، ت 194هـ، الجامع الصحيح المختصر، بيروت، لبنان، 1407 هـ - 1987، باب فك الأسير ط 3، ح 2881، ص 1109

الإسلامية الأسرى بأنهم: ((الرجال الأحرار العقلاء المقاتلون إذا أخذهم المسلمون قهراً بالغلبة))².

ولقد اعتبر الإسلام الأسير بمثابة مدني اعزل، ومن ثم منع الإسلام قتل الأسرى، بل أمر باتباع أكثر الأساليب رحمة" بهم³ ، وحث كذلك على إكرام الأسير وعدم الانتقام منه أو تعذيبه، وكان الرسول (صلى الله عليه وسلم) يوصي بالأسرى خيراً وكأنهم في ضيافة وليسوا في أسر⁴ ، حتى إن أحد الأسرى قال إن المسلمين يقدموننا على أنفسهم فكانوا يؤثروننا بالأدم ويكتفونهم بالتمر⁵ وامتدحهم الله سبحانه وتعالى بقوله ((وَيُطْعَمُونَ الطَّعَامَ عَلَى حُبِّهِ مِسْكِيناً وَيَتِيماً وَأَسِيراً))⁶ .

احمد أبو ألوف ، كتاب الإعلام بقواعد القانون الدولي والعلاقات الدولية في شريعة الإسلام (ج 2 (10)، ط2، دار النهضة العربية ، القاهرة، 2007، ص 189.

حسام علي عبد الخالق الشیخة، المسؤولية والعقاب على جرائم الحرب مع دراسة تطبيقية على جرائم الحرب في البوسنة والهرسك ،دار الجامعة الجديدة للنشر ، الإسكندرية، 2004 ، ص 111 .

علي احمد جواد، أحكام الأسرى في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي : ملحقاً باتفاقية جنيف ، ط 1 ، 4 . دار المعرفة، بيروت، 2005، ص 24 .

علي علي منصور، الشريعة الإسلامية و القانون الدولي العام، دار القلم، القاهرة، ط 1، 1965، ص 343.

. سورة الإنسان ، الآية (8) 6

وأما فيما يتعلق بمصير الأسير فقد بينه الله سبحانه وتعالى بقوله ((فَأَمَّا مَنَّا
 بَعْدُ وَإِنَّا فِدَاءٌ))⁷ فوفق هذا النص القرآني فالأمير مخير بين أمرين فهو إما
 يمن على الأسير بالحرية ويطلق سراحه وأما يفتدي الأسرى بمال أو بأسرى
 أمثالهم وهذا ما يسمى في لغة القانون الدولي بتبادل الأسرى وللأمير أيضاً أن
 يعامل الأسرى بمبدأ المعاملة بالمثل⁸ .

كما أن القانون الوضعي الدولي راع وحفظ حق الأسير في تصرفاته المدنية
 والتمتع بكامل الأهلية المدنية، ولا يحق للدولة الأسيرة أن تقيض هذه الحقوق
 التي من ضمنها الحقوق العينية الأصلية والتبعية، حيث عرف القانون
 الوضعي الدولي الأسير هو كل شخص يؤخذ لا لجريمة ارتكبها وإنما لأسباب
 عسكرية.⁹ ويقضي المبدأ العام في تعريف المقاتل القانوني بأن كل فرد من

7 . سورة محمد ، الآية (4) 7

انظر د.حامد سلطان، أحكام القانون الدولي في الشريعة الإسلامية، مصدر سابق ، ص 250 ، كذلك 8
 انظر د. احمد أبو ألوفا، مصدر سابق ، ص 214 وما بعدها، كذلك انظر علي احمد جواد، مصدر
 سابق، ص 48 وما بعدها .

وهبة الزحيلي، اثار الحرب في الفقه الاسلامي ، دار الفكر ، دمشق الطبعة الثالثة، 1998، ص 9
 403.

أفراد القوات المسلحة التابعة لأحد أطراف النزاع يعد مقاتلاً، وكل مقاتل يقع في قبضة الطرف الخصم يتمتع بوصف أسير الحرب.¹⁰

كما عرفت اتفاقية جنيف الثالثة الخاصة بأسرى الحرب لعام 1949 الأسرى، بأنهم الذين يقعون في قبضة العدو وينضمون إلى طوائف معينة ومنهم : أفراد القوات المسلحة وأفراد المقاومة التي تحمل السلاح جهاً والأشخاص الذين يرافقونهم مثل المراسلين الحربيين، وأفراد الطاقم الملاحي وسكان الأراضي غير المحتلة الذين يقاومون العدو¹¹.

أما بخصوص الأسرى وحالهم ومصيرهم في القانون الدولي العام فقد نظمتها الاتفاقيات الدولية وخاصةً اتفاقية جنيف الخاصة بالأسرى، إذ تضمنت هذه الاتفاقية كل ما يتعلق بالأسير من وجوب احترام الأسرى والإحسان إليهم وعدم الإساءة لهم أو استخدام الإكراه ضده وتوفير أماكن لائقة لهم وأغذية مناسبة وعناية صحية وطبية لهم وكذلك تمكينهم من ممارسة شعائرهم الدينية.

عبدالواحد محمد الفار، الجرائم الدولية وسلطة العقاب عليها، دار النهضة العربية القاهرة، 1996، ص 1070.

. انظر المادة (4) من اتفاقية جنيف الثالثة الخاصة بأسرى الحرب لعام 1949 11

وفي كل هذا يخضع أسرى الحرب لحكومة الدولة التي أسرتهم ولها أن تخضعهم للمراقبة أو تعتقلهم في أسوارها وقلاعها ومعسكراتها دون أن يصل إلى حد السجن إلا عند الضرورة القصوى ويجب عليها أن تحتفظ بالأسرى في أماكن بعيدة عن ساحة القتال كي لا يتعرضوا للخطر، ويحرم على الدولة القائمة بالأسر أن توقع عقوبات جسيمة على الأسرى أو أن تطبق عليهم عقوبات جماعية من أجل أعمال فردية .

والأسر كواقع مفروض على الأسير فإنه ينتهي بطرق عدة منها إعادة الأسير إلى وطنه بعد انتهاء الحرب وذلك بمبادلتة بأقرانه من أسرى الدولة التي تأسره ويعد هذا الطريق الطبيعي لانتهاء الأسر أو ينتهي الأسر بوفاة الأسير¹²، وعلى الرغم مما جاء به القانون الدولي من مبادئ سامية تتعلق بتنظيم حالة الحرب إلا أنها لم تطبق من قبل الدول المتحاربة إلا في حدود ضيقة فضلاً عن أن أساس هذه المبادئ السامية قد وجد في الشريعة الإسلامية ، فهي قد سبقت القانون الدولي العام بقرون عديدة في تنظيم حالة الحرب ووصلت قواعدها المنظمة لحالة الحرب إلى إن قال البعض فيها أنها مبادئ أخلاقية

12 انظر نصوص اتفاقية جنيف الثالثة الخاصة بأسرى الحرب لعام 1949 .

مثالية يستحيل تطبيقها في الوضع الراهن، غير أن المتتبع لسيرة الرسول

(صلى الله عليه وسلم) وصحبه

الكرام يجد ان هذه القواعد قد طبقت بحذافيرها دون تلكأ أو تباطؤ مما يؤكد

إنسانية الإسلام وعالميته .

- أسئلة البحث:

تتلخص مشكلة الدراسة في محاولة معرفة المنهج الشرعي السليم مع أسرى الحرب، ومحاولة الكشف عن الاحكام التي جاء بها الآسلام فيما يتصل بأسرى الحرب، لاسيما أن النبي صلى الله عليه وسلم أوصى بالآحسان إلى الأسرى، حيث أن الآسلام وضع للأسير حقوقاً أوجب احترامها وعدم إغفالها، وأن يتم التعامل معه بناء على الأسس السليمة الموضحة في الكتاب والسنة، مع مقارنة ذلك بماورد في القانون الدولي. والمقصود من المقارنة التي سنعدها بين مبادئ الشريعة الإسلامية وبين القانون الوضعي الدولي (القانون المدني المصري).

ومما سبق يمكن صياغة مشكلة البحث في التساؤلات التالية:

- 1- ما هي الحقوق العينية لأسير الحرب التي تضمنها الفقه الاسلامي ؟
- 2- ما هي الحقوق العينية لأسير الحرب التي تضمنها القانون الوضعي الدولي

(القانون المدني المصري).؟

3- ما أوجه الاختلاف والاتفاق بين ما جاء في الفقه الاسلامي و- القانون

الوضعي الدولي (القانون المدني المصري) فيما يخص الحقوق العينية

لأسرى الحرب؟

- أهداف البحث:

- 1- معرفة (أو تحديد) الحقوق العينية للأسير في الفقه الإسلامي.
- 2- بيان وتوضيح الحقوق العينية للأسير في القانون الوضعي الدولي

(القانون المدني المصري).

- 3- مقارنة الحقوق العينية للأسير في الفقه الإسلامي مع ماورد في القانون

الوضعي الدولي (القانون المدني المصري) بالخصوص.

- أهمية البحث :

تكمن أهمية هذه الدراسة من الناحية العلمية في أنها توضح موضوعاً مهماً، وخصوصاً في وقتنا المعاصر الذي كثرت فيه الإساءة للأسير وعدم احترام المواثيق الدولية، ممن يدعون المحافظة على حقوق الإنسان ويرفعون شعارات الحرية والإنسانية، وفوق ذلك إبراز تفوق الشريعة الإسلامية وسبقها القانون الإنساني الدولي في تقرير حقوق و ضمانات للأسير لم تعرفها القوانين إلا في زمن متأخر وبعضها لم يعرف حتى الآن.

- الدراسات السابقة :

1- (دراسة العامري، محمد عبدالرحمن (1403هـ) أسرى الحرب في

الإسلام) - ماجستير .

- الجهة : جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية المعهد العالي للقضاء قسم

السياسة الشرعية .

ملخص عن الدراسة :

كتب الباحث في رسالته عن أحكام أسرى الحرب، وبحث في أقوال الأئمة والأحكام الفقهية وأقوال الفقهاء، وفصّل فيما يفعله الإمام بالأسرى، ودخل في تفاصيل دقيقة كالفرار من المعركة ومن يجوز له عقد الذمة، ومعاملة الرقيق في الإسلام ، ومناقشة الشبه التي وجهت للإسلام في إباحته للرق، مع العلم أن الرسالة كانت خالية من المقارنة بالقانون الدولي، واتفاقية جنيف عام 1949 م.

- منهج الدراسة :

سلك الباحث في بحثه طريق الاستقاء من كتاب الله، وسنة رسوله صلى الله عليه وسلم، مع إيراد أقوال الأئمة الأعلام، ويرجح ما يعضده النصوص ما يشهد له الدليل عندما تتعارض الأقوال .

نتائج الدراسة :

1- إبراز جانب من جوانب ديننا الإسلامي، ومدى اهتمامه بأسرى

الحرب، وما قدمه لهم وحث عليه من الحقوق الإنسانية والقيم الحضارية المتميزة التي تجعله يعلو ويسمو على كثير من القوانين الوضعية التي تنادي، وتتجح بأن لها السبق في ذلك على السنة مروجيها فيما يسمونه بحقوق الإنسان مع أن الإسلام قد سبق كل تلك

القوانين والنظم بما يزيد على أربعة عشر قرناً قولاً وتطبيقاً .
2- بيان أن الإسلام إنما يستبقي الأسرى لديه، ليلمس في قلوبهم مكان

الخير والرجاء والصلاح وليوقظ في فطرتهم أجهزة الاستقبال والتلقي والتأثر والاستجابة لله، لا ليستذلهم انتقاماً، ولا ليسخرهم استغلالاً، أما

كانت تتجه فتوحات الرومان، وغيرهم من الأجناس والأقوام .
3- توضيح هدي الإسلام، لا في هذا المجال فحسب بل في جميع

مجالات الحياة العامة والخاصة .

-أوجه الاستفادة :

يستفاد من هذه الدراسة في كيفية التعامل مع الأسير، وأنواع الأسرى ،

وهروب الأسير من الأسر، والاستئثار وحكمه، ومشروعية الحرب في

الإسلام .

2- (دراسة التوجيهي، صالح بن عبدالعزيز (1412هـ) أحكام الأسرى

في الفقه الإسلامي والنظام الوضعي (ماجستير).

- الجهة : جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية المعهد العالي للقضاء .

- ملخص عن الدراسة :

كتب الباحث عن أحكام الأسرى في الفقه الإسلامي والنظام الوضعي، فتطرق إلى تعريف الجهاد، والأسر في الماضي، وفي الوقت الحالي، وفي أسباب الأسر، ثم في معاملة الأسير، وأنواع الأسرى، وما يتعلق بهم من أحكام، وكانت الرسالة مقارنة بالقانون الوضعي ، خاصة اتفاقية جنيف سنة 1949 م .

- نتائج الدراسة :

- 1- مشروعية الأسر في الإسلام ، والأنظمة الوضعية .
- 2- أن الأسرى عند الأمم السابقة كانوا يعاملون بوحشية وقسوة، ويشغلون في أعمال شاقة ومهينة. بينما الإسلام عامل الأسرى بإنسانية ورحمة لم تتوفر في غيره من القوانين الوضعية .
- 3- أن أحكام الإسلام تتسم بالثبات والشمول، بينما في القوانين الوضعية فإنها تتسم بالنقص. لذا يطرأ عليها التعديل والتبديل، ويتضح ذلك جلياً، أنه خلال 164 عاماً وضعت خمس اتفاقيات، أي بمعدل اتفاقية واحدة

كل 32 سنة. بينما قرر الإسلام تعاليمه بخصوص أسرى الحرب منذ

1412 سنة ولم يطرأ عليها أي تعديل أو تبديل .

4- الأسباب المبيحة للأسر في الإسلام ثلاثة :

أ - الكفر . ب - القتال . ج - أن يكون القتال لإعلاء كلمة الله .

وأسباب الأسر في النظام الوضعي أما ورد في اتفاقية جنيف تنحصر في:

أ - المقاتلين: على أن يكون هؤلاء المقاتلون يقاتلون بصورة نظامية .

ب- المعينين لهم: بشرط أن يكون تواجد هؤلاء مع القوات المقاتلة

تواجدا نظاميا على شكل تصريح من هذه القوات بمرافقتها، مصحوبين

ببطاقات شخصية مثبتة لذلك .

ج - أفراد طاقم الطائرات والبواخر التجارية .

د- الأشخاص الذين لهم سابق خدمة، أو يتبعون القوات المعادية ولم

يقاتلوا.

فالنظام الوضعي أجاز أسر التجار. بينما في الفقه الإسلامي لا يجيز

أسرهم ما لم يناصروا المسلمين العداء .

5- أن النظام الوضعي وضع قيوداً على المقاتلين لكي يتمتعوا بمزايا الاتفاقية

الدولية بخصوص أسرى الحرب. وهذه القيود يتعذر تحقيقها في كل

الأحوال، كاشتراط حمل المقاتل المعادي تصريح المرافقة، والمشاركة

في القتال . بينما في الفقه الإسلامي لا يشترط ذلك ويكتفى من الشخص بمجرد الخروج من القوات المعادية، وأنه في حال الظفر به فإنه يعامل معاملة أسرى الحرب . وهذا أخف من النظام الوضعي؛ لأنه على أحسن أحواله إذا لم يعتبرهم أسرى حرب، فإنه سيعتبرهم مجرمي حرب . وعقوبة هذا الأخير كما هي معروفة حسب الأنظمة الوضعية هي الإعدام وحده .

6- استثنى الفقه الإسلامي كما ترجح الكهان وأصحاب الصوامع ومن في

حكمهم من العجزة من جريان أحكام الأسرى عليهم ما لم يقاتلوا،

وكذلك فعل النظام الوضعي .

7- أن الرسل، والدبلوماسيين لا يجوز أسرهم في الفقه الإسلامي والنظام

الوضعي. وقيده الفقه الإسلامي فيما إذا لم يعمل على إلحاق الضرر

بالمسلمين من تجسس وغدر وخيانة، بينما لا يعبأ النظام الوضعي

بذلك.

8- عجز النظم الوضعية من الحد من إساءة استخدام الامتيازات الممنوحة

لرسل، والدبلوماسيين، بينما وضع الإسلام حدا لهذه التجاوزات

باستباحة دمه إذا ثبت منه ذلك الفعل .

9- مساهمة النظم الوضعية في نشر الجريمة ومساهمة الإسلام في القضاء

عليها.

10- أجاز الفقه الإسلامي استجواب الأسير واستخدام القوة ضده إذا دعت

الحاجة إلى ذلك، على أن لا يكون على شكل تعذيب تمنع منه تعاليم

الإسلام، ومنع ذلك النظام الوضعي أيضاً.

-11

أجاز كل من الفقه الإسلامي والنظم الوضعية تشغيل الأسير.

-12

أن النفقة على الأسير تلتزم بها الدولة الداجزة في الفقه الإسلامي،

والنظم الوضعية.

-13

وجوب أن يكون مكان الأسير لائقاً به من الناحية الإنسانية في الفقه

الإسلامي، والنظم الوضعية.

-14

ملاطفة الرسول صلى الله عليه وسلم للأسرى وحسن التعامل معهم.

-15

تمييز الفقه الإسلامي بين الأسرى على أساس الدين، بينما أغفلت

النظم الوضعية هذا الجانب.

-16

جواز تخليص الأسير المسلم بالقتال والمال والمفاداة بأسرى الكفار.

أوجه الاستفادة :

يستفاد من هذه الدراسة مفهوم الجهاد في الفقه الإسلامي، والأسر عند

الأمم السابقة وكيف كانت تعامل الأسير، والأسر في الوقت الحاضر،

ويستفاد أيضاً من هذه الدراسة في معاملة الأسير، وأنواع الأسرى، وبعض

الأحكام العامة في أسرى دار الحرب.

3- (دراسة راضي، فخري) 2011 (الحقوق العينية للأسير في الفقه الإسلامي و الحقوق العينية للأسير وفقاً لما جاء بمعاهد جنيف الدولية لسنة 1949).

ملخص عن الدراسة :

كتب الباحث عن الحقوق العينية للأسير في الفقه الإسلامي و الحقوق العينية للأسير وفقاً لما جاء بمعاهد جنيف الدولية لسنة 1949، وكانت الرسالة مقارنة بين الحقوق العينية للأسير في الفقه الإسلامي ومعاهدة جنيف.

- نتائج هذه الدراسة:

- (1) أن الشريعة الإسلامية قد سبقت كل النظم والقوانين الدولية في مراعاة وذكر حقوق الأسرى .
- (2) أن الشارع الإسلامي راعي الأسير مراعاة عظيمة وحفظ له حقوقه المدنية (الحقوق العينية) بشكل كبير، وضمن للأسير كل التصرفات التي يقوم في حقوقه العينية الأصلية والتبعية.
- (3) أن معاهدة جنيف راعت وحفظت حق الأسير في تصرفاته المدنية والتمتع بكامل الأهلية المدنية، ولا يحق للدولة الأسيرة أن تقيض هذه

الحقوق التي من ضمنها الحقوق العينية الأصلية والتبعية.

أوجه الاستفادة:

- يستفاد من هذه الدراسة معرفة الحقوق العينية للأسير في الفقه الإسلامي، وكذلك الحقوق العينية للأسير التي تضمنتها معاهدة جنيف الثالثة الصادرة سنة 1949. وكذلك معرفة كيف كانت التعامل مع الأسير في الإسلام وفي القانون الدولي (معاهدة جنيف الثالثة لسنة 1949) وأوجه الإتفاق والاختلاف بينهما.
- 3- (دراسة الجمل، أحمد محمد عبدالعظيم) (حماية الأسرى بين القانون الدولي (معاهدة جنيف الثالثة لسنة 1949) وأوجه الإتفاق والاختلاف بينهما).
- الجهة : قاضي بالمحكمة الابتدائية- القاهرة/ مصر.

ملخص عن الدراسة :

حاول الباحث من خلال هذه الدراسة أن يلقي الضوء على أهم المبادئ الحاكمة لمعاملة الأسرى في القانون الدولي والشرعية الإسلامية، مطبقاً على مشكلة أسترقاق الأسرى مبيناً المنهج الإسلامي لحلها.

أهم نتائج الدراسة:

- 1- لم ينشأ القانون الدولي الإنساني كما قيل في 1859 في معركة سولفيرنو وإنما قبل ذلك بكثير.
- 2- انه حتى بفرض هذه النشأة المتأخرة فإن تواجد هذه المبادئ السامية في قانون أو اتفاقية ثم نجدها في دين سماوي فالدين هذا أولى بالإتباع.

3- استخلاص الناس للقواعد من الشريعة يجعلهم أكثر التزاماً بها لأن

الإنسان عندما يستمدّها يشعر أنه مراقب من الله عز وجل كما يخشى

عقابه وناره ويأمل في رحمته وجنته وهو مايفتقده أي تشريع دولي

وهو عنصر الجزاء والإلزام فمهما تحدثنا عن أليات فعالة ونشطة

للقانون الدولي الإنساني فأنها لن تكون مثل ضمير الشخص المؤمن

الذي يشعر أنه مراقب من الله عز وجل والذي يدعوه خوفاً وطمعاً طالباً

ومغفرته.

4- الشرائع السماوية عامة والإسلام خاصة جاءت بقواعد كلية تطبق في

كل المواقف فهي صالحة لكل زمان ومكان بينما القانون الدولي

الإنساني بحكم نشأته لايتطور إلا بعد حدوث المصيبة حينما لا يكون

هناك فائدة من البكاء .

أوجه الاستفادة:

معرفة أهم المبادئ الحاكمة لمعاملة الأسرى في القانون الدولي والشريعة

الاسلامية، مع محاولة حل مشكلة استرقاق الاسرى.

5- (دراسة بلعيش، فاطمة) 2007/2008 (حماية أسرى الحرب في

القانون الدولي الإنساني) مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون

(العام).

- **الجهة:** كلية العلوم القانونية والإدارية / جامعة حسية بن بو علي -

الشلف - / الجزائر.

- **ملخص عن الدراسة :**

حاول الباحث من خلال هذه الدراسة الدراسة إزالة اللبس والغموض الذي

يعتري تحديد الأشخاص المعتبرين أسرى حرب وغير المعتبرين، كذلك

بيان مدى قدرة قواعد القانون الدولي الإنساني على التخفيف من ويلات

الأسر وآلامه، والسبل الكفيلة بتنفيذ قواعد القانون الدولي الإنساني لحماية

أسرى الحرب.

- **أهم نتائج الدراسة:**

1- بموجب نص المادة 96/3 من البروتوكول الإضافي الأول، كي

يتمتع مقاتلو حركات التحرير الوطني بصفة أسير حرب يجب على

السلطة الممثلة للشعب تقديم إعلان إنفرادي إلى أمانة إيداع

الاتفاقيات، وهذه المسألة تبدو للوهلة الأولى أمراً سهلاً، لكنها في

حقيقة الأمر تثير العديد من المشاكل القانونية.

2- لم توضح قواعد القانون الدولي الإنساني طبيعة المحكمة التي تتولى

الفصل في صفة الأسير فهل هي محكمة مدنية، عسكرية، أم إدارية.

3- وجود فراغ قانوني حول مسألة تصوير أسرى الحرب يحدد

المباح من التصوير من عدمه.

- 4- لم توضح الاتفاقية المقصود بحماية أسرى الحرب في شخصهم وشرفهم.
- 5- لم تتناول اتفاقية جنيف الثالثة ولا الملحق الإضافي موضوع إكراه الأسرى على العودة أو البقاء أو الذهاب إلى طرف ثالث بعد انتهاء الأعمال العدائية، وهي ظاهرة شهدت من الدول المتنازعة.
- 6- إغفال الاتفاقية لحالة انتهاء الأسر عن طريق التبادل، رغم كون هذا الأخير من الصور المألوفة التي شهدت النزاعات المسلحة قديماً وحديثاً.
- 7- عدم وضوح عبارة الإفراج الجزئي عن الأسرى أو الكلي بناء على تعهد، وعدم توضيح شروطها على غرار باقي حالات انتهاء الأسر.
- 8- ضعف وعجز آليات الإشراف على تنفيذ قواعد الحماية، ويظهر ذلك في عدد من النواحي، فالآلية المتمثلة في الدولة الحامية والمحايدة يمكن القول عنها أنها آليات نظرية أكثر منها عملية، ويرجع ذلك لعدد من الأسباب من بينها، أن تنفيذ أحكام حماية أسرى الحرب يقوم على أساس الاتفاق بين الأطراف المتنازعة وهو نادراً ما يحدث، هذا من جهة، ومن جهة ثانية حتى وإن وجدت دولة محايدة، إلا أن الدول غير الأطراف في النزاع لا تحبذ أداء هذا الدور بسبب الأعباء الناتجة عنه.

9- ضعف قواعد ترتيب المسؤولية الدولية ويتجلى ذلك في أن اللجنة

الدولية لتقصي الحقائق التي هي آلية لإثبات المخالفات الجسيمة،

يثبت عجزها الفعلي هو أنها لم تمارس اختصاصها بالرغم من

دخول اختصاصها حيز النفاذ منذ سنة 1990.

- أوجه الاستفادة :

يستفاد من هذه الدراسة بيان مدى قدرة قواعد القانون الدولي الإنساني على

التخفيف من ويلات الأسر وآلامه، والسبل الكفيلة بتنفيذ القواعد التي رتبها

قواعد القانون الدولي الإنساني لحماية أسرى الحرب من تعسف أسريهم.

مناقشة الدراسات السابقة (مامدى أستفادة الباحث):

تطرقت الدراسات السابقة إلى حقوق أسرى الحرب ضمن جوانب مختلفة و

مواضيع متعددة خصوصاً في الجانب الميداني منها، و إذا كانت الدراسة

الحالية تصب في نفس السياق الذي صبت فيه الدراسات السابقة من الناحية

النظرية إلا أنها تختلف عن سابقتها في أنها تتحدث عن الحقوق العينية لأسرى

الحرب التي تضمنها الفقه الإسلامي، والحقوق العينية لأسرى الحرب التي

تضمنها القانون المدني المصري وأوجه الإتفاق والإختلاف بينهما، و قد

اختلف الباحثون في النتائج التي توصلوا إليها و المنهج الذي اعتمد عليه كل

واحد منهم، حيث نجد أن هناك تقارب حول ما من شأنه أن يساهم في حماية

حقوق أسرى الحرب سواء كانت الحقوق الخاصة وهي (الحقوق المالية للأسير)،
ومن الحقوق المالية الحقوق العينية، أو الحقوق السياسية.

ومن هنا لا بد من إبراز أهمية الدراسة الحالية و ذلك من خلال دراسة الباحث
للحقوق العينية للأسير التي تضمنها الفقه الإسلامي، والحقوق العينية للأسير
التي تضمنها القانون المدني المصري، و ما يود الباحث الإشارة إليه هو أن
هناك بعض الفوائد المستخلصة من الدراسات السابقة أهمها ما يلي :

- 1- وضع الإطار النظري للدراسة الحالية سواء بالاستفادة المباشرة منها
أو من خلال بعض المراجع التي استندت إليها.
- 2- تصميم أداة الدراسة و مفرداتها.
- 3- إبراز أهمية الدراسة و ضرورة إجرائها.
- 4- تحديد المحاور الرئيسية للدراسة.

- حدود البحث (الحدود الموضوعية):

أقتصرت الدراسة على تناول موضوع الحقوق العينية للأسير في الفقه
الإسلامي ومقارنتها مع الحقوق العينية للأسير في القانون المدني المصري.

- مصطلحات البحث :

أولاً : الحقوق العينية : "استثنى يتقرر للشخص على شئ معين، يمكنه القيام بأعمال معينة بالنسبة لهذا الشئ، وذلك تحقيقاً لمصلحة يقرها القانون

" 13

ثانياً الأسير:

- (1) الأسير لغةً : الأسر الشد بالقيد، من قولهم: أسرْتُ القتب ، وسُمِّي الأسير بذلك ثم قيل لكل مأخوذ ومقيّد وإن لم يكن مشدوداً، ويتجوّز به فيقال أنا أسير نعمتك ، وأسرة الرجل مَنْ يتقوى به.¹⁴
- (2) الأسير اصطلاحاً : هم الرجال المقاتلون من الكفار إذا ظفر المسلمون بأسرهم أحياء.¹⁵
- (3) والأسير في اصطلاح القانون الدولي : هو كل شخص يؤخذ لا لجريمة ارتكبها وإنما لأسباب عسكرية.¹⁶

د/ على حسن نجيده، المدخل لدراسة القانون، مطبعة جامعة القاهرة ، القاهرة 1985، ص: 55 د/ 13
جاسم على الشامسي. المدخل للعلوم القانونية دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي. ط 1: مطبوعات جامعة الإمارات العربية المتحدة 2000 م، ص 89

الراغب الاصفهاني، معجم مفردات ألفاظ القرآن الكريم، دار الفكر سوريا ، ط 1 ، 2006 ، ص 14
13.

د/ وهبة الزحيلي ، الفقه الإسلامي وأدلته، بيروت ، 1999 م . 8.5910 15

وهبة الزحيلي، مرجع سابق، ص 403 16



الفصل الثاني

الإطار النظري

المبحث الأول : الأسير في الإسلام

المطلب الأول : الأسير لغةً واصطلاحاً :

أولاً: الأسير لغةً : الأسر الشد بالقيد ، من قولهم : أسرتُ القتب ، وسُمِّي الأسير بذلك ثم قيل لكل مأخوذ ومقيّد وإن لم يكن مشدوداً ، ويتجوّز به فيقال أنا أسير نعمتك ، وأسرة الرجل مَنْ يتقوى به .¹

وقال ابن منظور : مأخوذ من يأسره أسراً وإسارَةً ، أي شده بالأسار وهو ما يشد به والجمع أسرى ، يقال : أسرت الرجل أسراً وأساراً فهو أسير ومأسور والجمع أسرى وأسارى .²

1. الراغب الاصفهاني، مرجع سابق ، ص 13

2. محمد بن مكرم بن منظور (ت 711هـ)، لسان العرب، دار صادر للنشر، بيروت- لبنان، 1956م، 1/104

ثانياً: الأسير اصطلاحاً : هم الرجال المقاتلون من الكفار إذا ظفر المسلمون بأسرهم أحياء.³ والخلاصة في معنى الأسير أن الأصل واحد في هذه المادة هو الحبس والضبط، بأن يكون تحت نظره وحكمه وسلطانه. وهذا المعنى منظور في جميع موارد استعمالها، قال تعالى {وَيُطْعَمُونَ الطَّعَامَ عَلَى حُبِّهِ مِسْكِيناً وَيَتِيماً وَأَسِيراً} .⁴ أي من هو محبوس وواقع تحت سيطرة أو مشدود بقوة ظاهرية أو بتعهدات عرفية والتزامات قانونية، فهذه الكلمة تشمل العبد والمسجون والمحبوس. قال تعالى : {يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ قُلْ لِّمَن فِي أَيْدِيكُمْ مِّنَ الْأَسْرَى ... }⁵ جمع أسير وهم الذين أسروا وأخذوا وكانوا تحت سلطان المسلمين .

قال تعالى : {مَا كَانَ لِنَبِيٍّ أَنْ يَكُونَ لَهُ أَسْرَى حَتَّى يُثْخِنَ فِي الْأَرْضِ }⁶ أي ليس من شأن نبي أن يأسر أفراداً ويجعلهم ذخيرة دنيوية .

3 /د/ وهبة الزحيلي ، الفقه الإسلامي وأدلته، بيروت، 1999م . 8.5910

4 .الإنسان أية رقم (8)

5 .الانفال أية رقم (7)

6 .الانفال أية رقم (67)

قال تعالى : {نَحْنُ خَلَقْنَاهُمْ وَشَدَدْنَا أَسْرَهُمْ وَإِذَا شِئْنَا بَدَّلْنَا أَمْنَهُمْ تَبْدِيلًا }⁷ أي

شددنا ضبطهم وقدرنا أمور معاشهم في الحياة الدنيوية ، فهم تحت سلطاننا وجبروتنا لا يملكون لأنفسهم نفعاً ولا ضرراً إلا ما شاء الله عز وجل فالأسر ليس بمعنى الخلق، بل بمعنى التقدير والضبط والجعل تحت الأسر والحكم، فهو يتحقق بمعنى ما يؤسر ويضبط ، وبمناسبة الضبط يطلق الأسر على جميع موارد الضبط والحكم الدقيق .

8

وقيل أيضاً : هو من يظفر به المسلمون من الحربيين إذا دخلوا دار الإسلام بغير أمان .⁹

ثالثاً: الأسير في اصطلاح القانون الدولي: هو كل شخص يؤخذ لا لجريمة ارتكبتها وإنما لأسباب عسكرية.¹⁰ ويقضي المبدأ العام في تعريف المقاتل القانوني بأن كل

⁷ الإنسان أية رقم (28) 7

حسن مصطفى، التحقيق في كلمات القرآن الكريم، الطبعة: الأولى ، الناشر: مؤسسة الطباعة والنشر 8
وزارة الثقافة والإرشاد الإسلامي، إيران، 1417 هـ، 1/92

الكاساني، علاء الدين، ت 587 هـ، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، بيروت، دار الكتاب العربي، ط 2 ، 9
7/108، 1982 .

فرد من أفراد القوات المسلحة التابعة لأحد أطراف النزاع يعد مقاتلاً، وكل مقاتل يقع في قبضة الطرف الخصم يتمتع بوصف أسير الحرب.¹¹

وقد بينت اتفاقية جنيف الثالثة المفهوم الدولي المعاصر لأسرى الحرب حيث تضم هذه المفردة في طياتها القوات المسلحة النظامية والمراسلين الحربيين والأفراد المدنيين الذين يتعاونون مع القوات المسلحة ويعملون على ثباتهم في المعارك الحربية مثل أطقم البواخر والطائرات المدنية التابعة لأحد الأطراف المتنازعة أو سكان الأقاليم التي لم تقع بعد تحت سيطرة العدو، والذين يحملون السلاح بمحض إرادتهم لغرض المقاومة، ومتعهدي تموين الجيش وغير ذلك.¹²

رابعاً: مقارنة بين التعريف الشرعي والقانوني للأسر :

10 وهبة الزحيلي، مرجع سابق، ص 403

عبدالواحد محمد الفار، أسرى الحرب دراسة فقهية وتطبيقية في نطاق القانون الدولي العام والشرعية 11 الإسلامية، عالم الكتب، القاهرة، 1975، ص 26

عبد الواحد محمد يوسف الفار، مرجع سابق، ص 70 12

- 1- أن الفقه الإسلامي خص الرجال بالأسر دون غيرهم وهذا هو الأصل، ما لم يشارك غير الرجال في الحرب بأي نوع كانت تلك المشاركة، بينما النظام الوضعي أطلق ذلك ولم يقيد به الرجال .
- 2- أن الفقه الإسلامي حصر الأسر في الكفار متى ظفر بهم المسلمون. بينما النظام الوضعي أطلق ذلك ولم يعتبر الديانة موجبة، أو مانعة من الأسر

المطلب الثاني : مشروعية الأسر

أولاً : من الكتاب

قال تعالى : {فَإِذَا انسَلَخَ الْأَشْهُرُ الْحُرُمُ فَاقْتُلُوا الْمُشْرِكِينَ حَيْثُ وَجَدْتُمُوهُمْ وَخُذُوهُمْ وَاحْصُرُوهُمْ وَاقْعُدُوا لَهُمْ كُلَّ مَرْصِدٍ إِن تَابُوا وَأَقَامُوا الصَّلَاةَ وَآتَوُا الزَّكَاةَ فَخَلُّوا سَبِيلَهُمْ إِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَحِيمٌ } .¹³ فقله تعالى ((وَخُذُوهُمْ)) عبارة عن الأسر، والأخذ هو الأسير، ويدل على جواز أسرهم ، وقوله تعالى ((وَاحْصُرُوهُمْ)) أي

سورة التوبة، أية رقم (5) 13

احبسوهم وقيدوهم وامنعوهم من التصرف في البلاد.¹⁴ فهي تدل على جواز الأسر

للمقاتلين الحربيين من الكفار.¹⁵

وقال تعالى: {فَإِذَا لَقِيتُمْ الَّذِينَ كَفَرُوا فَضَرْبَ الرِّقَابِ حَتَّىٰ إِذَا أَثَخَنْتُمُوهُمْ فَشُدُّوا الْوَتَاقَ

فَإِمَّا مَنًّا بَعْدُ وَإِمَّا فِدَاءً حَتَّىٰ تَضَعَ الْحَرْبُ أَوْزَارَهَا ذَلِكَ وَلَوْ يَشَاءُ اللَّهُ لَانْتَصَرَ مِنْهُمْ

وَلَكِن لِّيَبْلُوَا بَعْضَكُمْ بِبَعْضٍ وَالَّذِينَ قُتِلُوا فِي سَبِيلِ اللَّهِ فَلَنْ يُضِلَّ أَعْمَالَهُمْ}.¹⁶

فقوله تعالى : ((فشدوا الوثاق)) فأسروهم واحفظوهم والوثاق في الأصل مصدر

كالخلاص ، وأريد به هاهنا ما يوثق به وقرئ ((الوثاق)) بالكسر وهو اسم لذلك ،

ويجيء فعال اسم آلة كالحزام والركاب نادر على خلاف القياس وظاهر كلام البعض

14 أنير الدين محمد بن يوسف بن حيان، تفسير البحر المحيط ، ط 2، مؤسسة التاريخ العربي، دار إحياء التراث العربي، بيروت - لبنان، 1411هـ - 1990م.

أبو محمد عبد الحق بن غالب بن عبد الرحمن بن تمام أبن عطية الأندلسي المحاربي (المتوفى: 15
542هـ)، المحرر الوجيز في تفسير الكتاب العزيز ، مؤسسة دار العلوم، قطر، ط 1، 1981، 6/384.

16 سورة محمد أية رقم (4).

ان كلا من المفتوح المكسور اسم لما يوثق به ¹⁷ ، والمراد هو الأسر فمن لم يقتل من
المقاتلين الكفار في الحرب أخذ أسيراً حتى تتحقق الغلبة والانتصار على الأعداء ¹⁸.

وهذه الآية الكريمة لا تتناقض مع قوله تعالى : { مَا كَانَ لِنَبِيٍّ أَنْ يَكُونَ لَهُ أَسْرَى حَتَّى
يُتَّخَذَ فِي الْأَرْضِ تَرْيُودًا } ¹⁹ لان هذه الآية ليس فيها المنع من الأسر
مطلقاً، وانما جاءت في الحث على القتال، و ما كان ينبغي ان يكون للمسلمين أسرى
قبل الاثخان في صف الكفار. ²⁰

ثانياً : من السنة :

وردت الروايات المتعددة في ثبوت الأسر كأسلوب ردع للمشركين في زمن النبي
صلى الله عليه وآله وسلم فقد أسر مجموعة من المشركين في غزوة بدر وتم فداؤهم

17 د/ وهبة الزحيلي، مرجع سابق، 8/5910

18 ابن عطية، المرجع السابق، 6/384

19 سورة الانفال، أية رقم (67)

20 أبو عبدالله محمد بن أحمد القرطبي، الجامع لأحكام القرآن (تفسير القرطبي) ت 671هـ، دار إحياء التراث
العربي، بيروت 1965، 8/47

بأربعين أوقية إلا العباس حيث كان فداؤه مائة أوقية والأوقية أربعون درهماً من
الفضة .²¹ وقد أمر رسول الله (ص) بإجلاء بني قريظة الذين غدروا بالمسلمين
وحكّم فيهم سعد بن معاذ فأسر الرجال وقتلهم .²²

المطلب الثالث : التعامل مع الأسير

بعد ان تضع الحرب أوزارها غالباً ما يكون هناك أسرى بين فريقَي القتال ، وبلا
شك ان الإسلام يوصي خيراً في معاملة الأسرى ويعتبر الإسلام الأسير من
الشرائع الضعيفة التي لها حق الرعاية والشفقة لذلك يقول الله تعالى {وَيُطْعَمُونَ
الطَّعَامَ عَلَىٰ حُبِّهِ مِسْكِينًا وَيَتِيمًا وَأَسِيرًا} .²³ ثم يأمر الله تعالى النبي (ص) بمخاطبة
الأسرى بما يلين قلوبهم ويستميلهم للدين فيقول الله تعالى {يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ قُلْ لِّمَن فِي

صحيح البخاري لأبي عبد الله محمد بن إسماعيل البخاري ت 256هـ ، تحقيق د/ مصطفى ديب البغا ، دار 21
ابن كثير ، بيروت 1987م . 5/50

صحيح مسلم: أبو الحسين مسلم بن الحجاج النيسابوري (ت 261هـ)، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي، نشر 22
دار إحياء التراث - بيروت، 1954 ، 3 / 1389

سورة الإنسان أية رقم (8) 23

أَيَّدِيكُمْ مِّنَ الْأَسْرَىٰ إِن يَعْلَمِ اللَّهُ فِي قُلُوبِكُمْ خَيْرًا يُؤْتِكُمْ خَيْرًا مِّمَّا أُخِذَ مِنْكُمْ وَيَغْفِرَ لَكُمْ
وَاللَّهُ غَفُورٌ رَّحِيمٌ } .²⁴

في حين كانت الأمم الأخرى تتفنن في تعذيب الأسرى وتقديمهم كقرابين للآلهة وهي أمورٌ معهودةٌ عند العرب في الجاهلية والفرس وغيرهم . ثم من تمام رعاية الإسلام للأسير فانه يكسوه إذا كان بحاجة إلى الملابس، فقد ورد أنه في معركة بدر أُتي بأسرى وأتي بالعباس ولم يكن عليه ثوب فنظر النبي (ص) له قميصاً فوجد قميص (عبد الله بن أبي) يقدر عليه فكساه النبي الكريم (ص) إياه .²⁵

وروي ان ابنة حاتم الطائي وقعت في أيدي المسلمين وأنزلت بمكان يمر به النبي (ص) فتعرضت له وقالت : هلك الوالد وغاب الرافد " تعني أخاها عدياً " فأمنن علي من الله عليك .. ! فقال (ص) : قد فعلت فلا تعجلي بخروج حتى تجدي من قومك من يكون لك ثقة حتى يبلغك إلى بلادك وأقامت حتى قدوم رهط من قومها

سورة الإنفال أية رقم (70) 24

ابن حجر العسقلاني، فتح الباري شرح صحيح البخاري (ت 852هـ) صححه واشرف على طبعه مجد 25
الدين الخطيب ، دار المعرفة ، بيروت، 6/108

فكساها رسول الله (ص) وحملها وأعطائها نفقة فخرجت معه.²⁶ أما ما ورد في قوله تعالى " فشدوا الوثاق " وما ورد من السنة النبوية الشريفة من آثار تدل على تقييد الأسير فهي أمور ليس المراد منها مجرد التقييد والشد بل هي وسيلة لمنع الهرب فقد ورد ان النبي (ص) قيّد ثمامة بن اثال سيد أهل اليمامة في أحد سواري المسجد النبوي الشريف.²⁷

وقد حدث ان هرب مرةً أحد الأسرى من حجرة عائشة فجاء النبي (ص) فسألها عنه فقالت يا رسول الله : نسوة كن عندي فلهييني عنه فذهب فأرسل رسول الله (ص) في أثره العيون حتى عثروا عليه²⁸. ومن المتتبع لسيرة المسلمين يجد انهم قد امتازوا كثيراً عن الأمم التي سبقتهم من حيث معاملة الأسير مراعين فيه الجانب الإنساني

26 نور الدين علي بن أبي بكر الهيثمي، مجمع الزوائد (ت 807هـ)، مكتبة القدس، القاهرة، 1353هـ. 5/334.

27 شرح الإمام النووي على صحيح مسلم 12/88. سنن أبي داود 3/76.

أحمد بن الحسين بن علي بن موسى أبو بكر البيهقي، سنن البيهقي الكبرى، تحقيق : محمد عبد القادر عطاء، 28. الناشر : مكتبة دار الباز - مكة المكرمة، 1414 - 1994. 9/88.

مع عدم الغفلة عن الخطر الذي قد يحدث من جراء التساهل في معاملة هؤلاء المحاربين .

المطلب الرابع : الأحكام المتعلقة بالموقف من الأسرى

أولاً : رأي المذهب الحنفي في الأسرى

ان الإمام " ولي الأمر " مخيرٌ عندهم بين قتل الأسرى أو استرقاقهم أو تركهم ذمة للمسلمين ²⁹ أي تأخذ منهم الجزية ومن أرضهم الخراج ³⁰ ولا يجوزون مفادات الأسير الكافر بالأسير المسلم عندهم لان المسلم إذا وقع في الأسر فهو في بلاءٍ من الله تعالى غير مضافاً إلينا (كما يقولون) وإعانتهم بدفع الأسير إليهم مضافاً إلينا ³¹. وخالف بذلك صاحبان أبو يوسف الانصاري ومحمد بن الحسن الشيباني فأجازا مفادة الأسير المسلم بالكافر. وهو ما عليه الشافعية حيث قالوا تخلص المسلم أولى

ابي بكر بن عبد الله بن محمود بن مودود الموصلي الحنفي، الاختيار لتعليل المختار، دار المعرفة الطبعة 29 الثانية، 1975، 2/125.

الإمام إبراهيم بن محمد الحلبي الحنفي، مجمع الأنهر بشرح ملتقى الأبحر (في الفقه الحنفي المقارن)، 30 مطبعة السعادة العامرة 1319هـ. ص 2330.

. ابي بكر بن عبد الله بن محمود بن مودود الموصلي الحنفي، مرجع سابق، 2/125 31

من قتل الكافر أو الانتفاع به " يعني استرقاقه " .³² ولا يجوز المن على الأسير الكافر عند جمهور الحنفية الا إذا منَّ عليهم تبعاً لأراضيهم كي لا يشتغل الفاتحون بالزراعة عن الجهاد في سبيل الله تعالى .³³ ويستثنى عندهم من هذا التفصيل المشركون العرب والمرتدون فلا يقبل منهم إما الإسلام أو القتل .

ثانياً : المذهب الامامي

عند الأمامية لا أسر إلا بعد الاثخان وهو كسر شوكة العدو وإضعافه فعند ذلك يجوز أسر العدو، فإذا تم أسره بعد الاثخان لا يجوز قتل الأسير، وكذلك يسقط قتل الأسير إذا أسلم. ولا يفرق الأمامية بين كفار العرب وغيرهم كما هو الحال عند بعض المذاهب وحكم الأسير عندهم يدور بين الاسترقاق والفداء والمن . وقد قال العلامة الخوئي : المعروف عند الشيعة الأمامية ان الكافر المقاتل يجب قتله ما لم يسلم ، ولا يسقط قتله بالأسر قبل ان يثخن المسلمون الكافرين، ويعجز الكافرون عن القتال

ابن همام الحنفي، فتح القدير شرح كتاب الهداية ، الطبعة الأولى ، دار الكتب العلمية ، بيروت - لبنان، 32
304/ 4 ، 2003 .

القاضي أبي يوسف صاحب الإمام أبي حنيفة ، ت 183 هـ ، الخراج ، دار المعرفة بيروت- لبنان، ص 27 33

لكثرة القتل فيهم، وإذا أسلم أرتفع موضوع القتل، وهو الكفر. وأما الأسر بعد
 الاثخان فيسقط فيه القتل، فألاية قد جَعَلَتْ الاثخان غاية لوجوب ضرب الرقاب.³⁴
 وقد خالف الأمامية الجمهور في مسألة قتل الأسير فعندهم لا يقتل إذا أُسِرَ بعد
 الاثخان " كما تقدم " مستدلين بقوله تعالى {فَإِذَا لَقِيتُمُ الَّذِينَ كَفَرُوا فَضَرْبَ الرِّقَابِ
 حَتَّىٰ إِذَا أَثْخَنْتُمُوهُمْ فَشُدُّوا الْوَتَاقَ فَإِمَّا مَنًّا بَعْدُ وَإِمَّا فِدَاءً }³⁵ ونقل الخوئي عن الشيخ
 الطوسي كما في كتابه المبسوط: كل أسير يؤخذ بعد ان تضع الحرب أوزارها فإنه
 يكون الإمام مخير فيه بين ان يمن عليه فيطلق، وبين ان يسترقه وبين ان يفاديه
 وليس له قتله على ما رواه أصحابنا.³⁶ وقد نقل العلامة السبزواري الاجماع على
 ذلك.³⁷

ثالثاً : رأي المذاهب الأخرى

34 الخوئي، أبي القاسم الموسوي، البيان في تفسير القرآن، مطبعة العمال المركزية، بغداد، 1989، ص 385

35 سورة محمد أية رقم (4)

36 الخوئي، مرجع سابق، ص 385

37 أبي إسحاق إبراهيم بن علي بن يوسف الفيروز ابادي الشيرازي (ت 476هـ)، المذهب في الفقه الشافعي، ط 3، مطبعة مصطفى البابي الحلبي، القاهرة، 1958، 15/ 71

عند المالكية الإمام يختار بما هو الأصلح للمسلمين في الأسرى قبل القسمة، بين أحد أمور خمسة هي: القتل أو الاسترقاق أو المَن أو الفداء أو ضرب الجزية عليهم. وعندهم يسترق العرب إذا سبوا كالعجم وهذا كان في الماضي معاملة بالمثل.³⁸

أما فداء الأسرى فالمالكية يجوزون فداء الأسرى لقوله تعالى { فَأَمَّا مَنَّا بَعْدُ وَإِنَّمَا فِدَاءُ }³⁹ وقد فدى رسول الله (ص) بالأسيرين في سرية عبد الله بن جحش⁴⁰. وعند الشافعية لا يسترق وثني كما لا يجوز تقريره بالجزية ، ورد بأن من جاز أن يمن عليه ويفادى جاز أن يسترق كالكتابي. وكذا العربي ولا يجوز استرقاقه في القول القديم "للشافعي" لحديث فيه ورد والحديث واهٍ ، وقد سبى الرسول (ص) بني المصطلق وهوازن وقبائل من العرب وأجرى عليهم الرق.⁴¹

38 وهبة الزحيلي، الفقه المالكي الميسر، دار الكلم الطيب، المجلد: 2، ط: الثالثة: 1426 هـ - 2005، 2/702

39 سورة محمد أية رقم (4)

40 وهبة الزحيلي، مرجع سابق، 2/702

41 . رواه البخاري كتاب فرض الخمس برقم 3131/3132

ونص الحنابلة والاباضية على ان للإمام قبول الجزية من الأسرى دون ان يزول
 التخيير الثابت فيهم عن رسول الله (ص) فيفهم من هذا انه لا يجب عليه قبول عقد
 الذمة.⁴² فالإمام أو نائبه يتصفح أحوال الأسرى ويجتهد فيهم برأيه فمن علم منه
 قوة بأس وشدة نكاية ويئس من إسلامه وعلم ما في قتله من وهن قومه قتله صبراً من
 غير مثله ومن رآه منهم مرجو الإسلام أو مطاعاً في قومه ورجا بالمن عليه إما
 إسلامه أو تأليف قومه مَنْ عليه وأطلقه ومن وجد منهم ذا مال وكان بالمسلمين خلة
 وحاجة فاداه على ماله وجعله عدة للإسلام وقوة للمسلمين وان كان في أسرى
 عشيرته أحد من المسلمين من رجال أو نساء فاداه على إطلاقهم فيكون خياره في
 الأربعة على وجه الأحوط الأصح ويكون المال المأخوذ في الفداء غنيمة تضاف إلى
 الغنائم ولا يخص بها من اسر من المسلمين فأن رسول الله صلى الله عليه وسلم دفع
 فداء الأسرى من أهل بدر إلى من أسره قبل نزول قسم الغنيمة في الغانمين ومن
 أباح الإمام دمه من المشركين لعظم نكايته وشدة أذيته ثم أُسر جاز له المنّ عليه
 والعفو عنه.⁴³

الإمام أبي عبد الله محمد بن إدريس الشافعي الاصفهاني، الام. ت 360 هـ طبعة دار الكتب - مصر ، 4/68 - 42
 176 .

. المارودي، الأحكام السلطانية، ص 117 43

وقد روى النحاس عن قتادة ومجاهد أنه لا يجوز في الأسارى من المشركين إلا القتل ولا يجوز ان يؤخذ منهم الفداء ولا يمن عليهم، وجعلوا قوله تعالى { فَأَمَّا مَنَّا بَعْدُ وَإِنَّا فِدَاءٌ } ⁴⁴ منسوخاً بقوله تعالى { فَأَقْتُلُوا الْمُشْرِكِينَ حَيْثُ وَجَدْتُمُوهُمْ } ⁴⁵ وعليه فالقتل هو الحكم الوحيد فيهم . ⁴⁶ وقد فصل ابن العربي الاختلاف في آية محمد هل هي منسوخة أو لا وذكر أقوال أهل العلم ثم قال : والصحيح انها محكمة في الأمر بالقتال ⁴⁷ .

المطلب الخامس : الحفاظ على الأسرى وحمايتهم

44 سورة محمد، آية رقم (4)

45 سورة التوبة آية رقم (5)

46 أبو جعفر أحمد بن محمد بن إسماعيل النحاس، الناسخ والمنسوخ في القرآن الكريم ، ط 3، المكتبة العلامة - مصر، 1983، ص 221 .

أبو محمد بن عبد الله (ابن العربي) ت 543 هـ، احكام القرآن الكريم ، تحقيق عبد الرزاق المهدي، دار 47
الكتاب العربي ، بيروت، لبنان، طبعة 1428 هـ، 4/129 .

يعرف الأسير بأنه ((كل شخص يقع في يد العدو بسبب عسكري، لا بسبب جريمة ارتكبها))⁴⁸.

في حين عرفت اتفاقية جنيف الثالثة الخاصة بأسرى الحرب لعام 1949 الأسرى بأنهم الذين يقعون في قبضة العدو وينضمون إلى طوائف معينة ومنهم : أفراد القوات المسلحة وأفراد المقاومة التي تحمل السلاح جهرًا والأشخاص الذين يرافقون القوات المسلحة ((مثل المراسلين الحربيين)) وأفراد الطاقم الملاحي وسكان الأراضي غير المحتلة الذين يقاومون العدو⁴⁹.

أما في الشريعة الإسلامية فقد عرف الأسرى بأنهم ((الرجال الأحرار العقلاء المقاتلون إذا أخذهم المسلمون قهرا "بالغلبة"))⁵⁰. لقد اعتبر الإسلام الأسير بمثابة مدني اعزل ، ومن ثم منع الإسلام قتل الأسرى، بل أمر باتباع أكثر الأساليب

48 علي احمد جواد ، أحكام الأسرى في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي : ملحقاً " باتفاقية جنيف ، ط 1 ، دار المعرفة ، بيروت ، 2005 ، ص 19 .

. انظر المادة (4) من اتفاقية جنيف الثالثة الخاصة بأسرى الحرب لعام 1949 49

. د. احمد أبو ألوف ، مصدر سابق / ص 189 ، هامش 800 50

رحمة" بهم⁵¹ ، وحث كذلك على إكرام الأسير وعدم الانتقام منه أو تعذيبه ، وكان الرسول (ص) يوصي بالأسرى خيراً وكأنهم في ضيافة وليسوا في أسر⁵² ، حتى إن احد الأسرى قال إن المسلمين يقدموننا على أنفسهم فكانوا يؤثروننا بالأدم ويكتفونهم بالتمر ،⁵³ وامتدحهم الله سبحانه وتعالى بقوله ((وَيُطْعَمُونَ الطَّعَامَ عَلَى حُبِّهِ مِسْكِينًا وَيَتِيمًا وَأَسِيرًا))⁵⁴ .

وأما فيما يتعلق بمصير الأسير فقد بينه الله سبحانه وتعالى بقوله ((فَأَمَّا مَنَّا بَعْدُ وَإِنَّا فِدَاءٌ))⁵⁵ فوفق هذا النص القرآني فالأمير مخير بين أمرين فهو أما يمن على الأسير بالحرية ويطلق سراحه وأما يفندي الأسرى بمال أو بأسرى أمثالهم وهذا ما يسمى

51 . انظر د. حسام علي عبد الخالق الشیخة ، مصدر سابق ، ص 111

52 . انظر علي احمد جواد ، مصدر سابق ، ص 24

53 . انظر علي علي منصو ، مصدر سابق ، ص 343

54 . سورة الإنسان ، الآية (8)

55 . سورة محمد ، الآية (4)

في لغة القانون الدولي بتبادل الأسرى وللأمير أيضاً أن يعامل الأسرى بمبدأ المعاملة بالمثل⁵⁶.

أما بخصوص الأسرى وحالهم ومصيرهم في القانون الدولي العام فقد نظمتها الاتفاقيات الدولية وخاصةً اتفاقية جنيف الخاصة بالأسرى، إذ تضمنت هذه الاتفاقية كل ما يتعلق بالأسير من وجوب احترام الأسرى والإحسان إليهم وعدم الإساءة لهم أو استخدام الإكراه ضده وتوفير أماكن لائقة لهم وأغذية مناسبة وعناية صحية وطبية لهم وكذلك تمكينهم من ممارسة شعائرهم الدينية . وفي كل هذا يخضع أسرى الحرب لحكومة الدولة التي أسرتهم ولها أن تخضعهم للمراقبة أو تعتقلهم في أسوارها وقلاعها ومعسكراتها دون أن يصل إلى حد السجن إلا عند الضرورة القصوى ويجب عليها أن تحتفظ بالأسرى في أماكن بعيدة عن ساحة القتال كي لا يتعرضوا للخطر، ويحرم على الدولة القائمة بالأسر أن توقع عقوبات جسيمة على الأسرى أو أن تطبق عليهم عقوبات جماعية من أجل أعمال فردية .

56 انظر د.حامد سلطان ، مرجع سابق ، ص 250 ، كذلك انظر د. احمد أبو ألوف ، مصدر سابق، ص 214، علي احمد جواد ، مصدر سابق ، ص 48 وما بعدها.

والأسر كواقع مفروض على الأسير فإنه ينتهي بطرق عدة منها إعادة الأسير إلى وطنه بعد انتهاء الحرب وذلك بمبادلتة بأقرانه من اسري الدولة التي تأسره ويعد هذا الطريق الطبيعي لانتهاء الأسر أو ينتهي الأسر بوفاة الأسير⁵⁷، وعلى الرغم مما جاء به القانون الدولي من مبادئ سامية تتعلق بتنظيم حالة الحرب إلا أنها لم تطبق من قبل الدول المتحاربة إلا في حدود ضيقة فضلاً عن أن أساس هذه المبادئ السامية قد وجد في الشريعة الإسلامية، فهي قد سبقت القانون الدولي العام بقرون عديدة في تنظيم حالة الحرب ووصلت قواعدها المنظمة لحالة الحرب إلى أن قال البعض فيها أنها مبادئ أخلاقية مثالية يستحيل تطبيقها في الوضع الراهن، غير أن المتتبع لسيرة الرسول (ص) وصحبه الكرام يجد أن هذه القواعد قد طبقت بحذافيرها دون تلكأ أو تباطؤ مما يؤكد إنسانية الإسلام وعالميته .

المبحث الثاني: الحقوق العينية للأسير

المطلب الأول: التعريف بالحقوق العينية للأسير وأنواعها: وفيه عدة فروع:

الفرع الأول: تعريف الحقوق العينية:

⁵⁷ . انظر نصوص اتفاقية جنيف الثالثة الخاصة بأسرى الحرب لعام 1949

الحق العيني هو "استئثار يتقرر للشخص على شيء معين، يمكنه القيام بأعمال معينة بالنسبة لهذا الشيء، وذلك تحقيقاً لمصلحة يقرها القانون " .⁵⁸

فالمصلحة في الحق العيني بين الشخص صاحب الحق والشيء الذي يرد عليه حقه صلة مباشرة، تجعل استناده من هذا الشيء غير متوقفة على تدخل شخص آخر، أي أن صاحب الحق يباشر حقه دون واسطة أحد .⁵⁹

الفرع الثاني: أنواع الحقوق العينية، وهي تنقسم إلى قسمين:

القسم الأول: الحقوق العينية الأصلية :

وهي الحقوق التي تقوم بنفسها مستقلة عن غيرها، ولا تستند في وجودها إلى حق آخر تتبعه.⁶⁰ وتخول هذه الحقوق أصحابها سلطة الاستعمال والاستغلال والتصرف، لتحصل على منافع الشيء محل الحق، فحيث تتجمع هذه السلطات معاً في يد صاحب

د/ علي حسن نجيدة، المدخل لدراسة القانون ، مطبعة جامعة القاهرة ، القاهرة 1985، ص: 55 د. جاسم 58
على الشامسي. المدخل للعلوم القانونية دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي. ط 1: مطبوعات جامعة الإمارات العربية المتحدة 2000 م، ص 89

نفس المرجعان السابقان ، نفس الصفحة 59

د/ حسن كيره ، المدخل إلى القانون، ط 5 ، منشأة المعارف للنشر، الإسكندرية - مصر، 1971 م. ص: 60
460: د/ خالد الرويس، د/ رزق بن مقبول الرئيس، المدخل لدراسة العلوم القانونية، مكتبة الشقري للنشر والتوزيع - المملكة السعودية، 1423هـ- 2002 م. ، ص 212

الحق، يسمى الحق (حق ملكية)، وحيث تتوزع هذه السلطات تنتفرع عن حق الملكية حقوق أخرى تعتبر اقتطاعاً منه، ولهذا فإن الحقوق العينية الأصلية تنتفرع لعدة فروع تبعا لاجتماع أو تفرد هذه السلطات الثلاث، إلى حق الملكية، وحق الانتفاع، وحق الاستعمال، وحق الحكر، وحق الارتفاق.⁶¹

القسم الثاني: الحقوق العينية التبعية:

يقصد بها الحقوق العينية التي توجد لضمان أو لتأمين الوفاء بحق شخصي، أي بحق دائنيه ضماناً خاصاً، وهي تابعة لهذا الحق المضمون في صحته وبطلانه ووجوده وانقضائه، ومن هذه التبعية جاءت تسميتها.

وهذه الحقوق تؤمن أصحابها ضد مخاطر إعسار المدين وتجنبهم مزاحمة الدائنين العاديين أو الدائنين التالين لهم في المرتبة، وما قد يتعرضون له من اقتسام أموال المدين قسمة غرماء، أي بنسبة دين كل منهم.⁶²

وتتنوع هذه الحقوق بحسب مصدرها أنواعاً ثلاثة: حق الرهن، وحق الاختصاص، وحق الامتياز.

د/ حسن كيره ، مرجع سابق، ص 460/ د/ خالد الرويس، مرجع سابق، ص 212 61

المرجعان السابقان ، ص: 217 ص 219 62

المطلب الثاني: الحقوق العينية الأصلية في الفقه الإسلامي والقانون المصري:

كما ذكر سابقاً في تعريف الحقوق العينية الأصلية، أنها تنفرع لعدة فروع تبعاً لاجتماع أو تفرد هذه السلطات الثلاث، إلى حق الملكية، وحق الانتفاع، وحق الاستعمال، وحق الحكر، وحق الارتفاق.

الفرع الأول: حق الملكية في الفقه الإسلامي والقانون المدني المصري:

أولاً : حق الملكية في الفقه الإسلامي:

يعبر الفقهاء المحدثون بلفظ الملكية عن الملك، لكن الفقهاء قبلهم يعبرون بلفظ الملك، وفيه عدة أمور :

- (1) تعريف الملك لغة واصطلاحاً:
- (أ) الملك لغة: بفتح الميم وكسر ها وضمها: هو احتواء الشيء والقدرة على الاستبداد به . والتصرف بانفراد، و ملكه الشيء تملكاً جعله ملكاً له يقال ملكه المال والملك فهو مملك .⁶³
- (ب) وفي الاصطلاح: الملك هو "حكم شرعي مقدر في العين أو المنفعة، يقتضي

تمكن من يضاف إليه من انتفاعه بالمملوك والعوض عنه من حيث هو

محمد بن مكرم بن منظور الأفريقي المصري، (ت 711)، لسان العرب ولب لباب العرب. بيروت- دار 63 صادر، ط 1، ج 10 ص، 492 مادة ملك، محمد بن أبي بكر بن عبدالقادر الرازي. ت 721هـ. مختار الصحاح بيروت، مكتبة لبنان ناشرون، طبعة جديدة، 1415 هـ - 1995 م. تحقيق: محمود خاطر. ج 1 ص 264

القرافي، أحمد بن إدريس، الفروق مع هوامشه، بيروت، دار الكتب العلمية. ط 1. ج 3/ص 364 64

(2) أقسام الملك:

ينقسم الملك باعتبار حقيقته إلى ملك تام وملك ناقص. والملك التام: هو ملك

الرقبة والمنفعة.

والملك الناقص: هو ملك الرقبة فقط، أو المنفعة فقط، أو الانتفاع فقط.

(أ) **الملك التام:** عرف الفقهاء الملك التام بأنه "عبارة عما كان بيده، لم يتعلق فيه

غيره يتصرف فيه على حسب اختياره".⁶⁵

ويقول ابن تيمية: "الملك التام يملك فيه التصرف في الرقبة بالبيع والهبة، ويورث

عنه، ويملك التصرف في منفعه بالإعارة والإجارة والانتفاع وغير ذلك".⁶⁶

(ب) **الملك الناقص:** عبر بعض الفقهاء بالملك الضعيف بدل الناقص، يقول الزركشي.⁶⁷

والملك قسمان: تام وضعيف، فالتام يستتبع جميع التصرفات، والضعيف بخلافه،

ثم أستعمل مصطلح الناقص أيضاً. وقد قسم ابن رجب الحنبلي⁶⁸ الملك إلى

أبو إسحاق إبراهيم بن محمد بن عبد الله. ت 884 هـ. المبدع في شرح المقنع. بيروت. المكتب الإسلامي 65
1400 هـ، ج 2 / ص 295، منصور بن يونس بن إدريس البهوتي. ت 1051 هـ. كشف القناع عن متن.
الإقناع. بيروت. دار الفكر ج 2 / ص 170

أحمد عبد الحليم بن تيمية (ت 728 هـ)، مجموع الفتاوى مكتبة ابن تيمية، ط 2 ج 29 / ص 178 66

أبو عبد الله المصري الزركشي مولده سنة 45 بالقرب، ومن تصانيفه تكملة شرح المنهاج السنوي وشرح 67
جمع الجوامع للسبكي في مجلدين وتخریج أحاديث الراعي توفي سنة 794 / أبو بكر بن أحمد بن محمد بن
قاضي شهبة. ت 851 طبقات الشافعية 1407 هـ. ج 3 / ص 167، بيروت. عالم الكتب. ط 1

أربعة أنواع: ملك عين ومنفعة، وملك عين بلا منفعة، وملك منفعة بلا عين،

وملك انتفاع من غير ملك المنفعة، ثم قال :
أما النوع الأول: فهو عامة الأملاك الواردة على الأعيان المملوكة بالأسباب

المقتضية لها، من بيع وهبة وإرث وغير ذلك.⁶⁹

النوع الثاني: ملك العين بدون منفعة.

النوع الثالث: ملك المنفعة بدون عين وهو ثابت بالاتفاق، وهو ضربان:

الضرب الأول: ملك مؤبد، ويندرج تحته صور: منها الوصية بالمنافع، ومنها

الوقف، فإن منافعه وثمراته مملوكة للموقوف عليه، ومنها الأرض الخراجية.

والضرب الثاني: ملك غير مؤبد، فمنه الإجارة، ومنه منافع البيع المستتناة في العقد

مدة معلومة.

النوع الرابع : ملك الانتفاع المجرد، وله صور متعددة: منها ملك المستعير، فإنه

يملك الانتفاع لا المنفعة، ومنها: المنتفع بملك جاره من وضع خشب، وممر في دار

عبد الرحمن بن أحمد بن رجب البغدادي ثم الدمشقي الحنبلي الإمام الحافظ الحجة والفقير العمد أحد العلماء (68 الزهاد والأئمة العباد مفيد المحدثين توفي سنة خمس وتسعين أبو المحاسن محمد بن علي بن الحسن بن حمزة الحسيني الدمشقي، ذيل تذكرة الحفاظ. بيروت، دار الكتب العلمية ، ج: 1 ص 180

69 زين الدين عبد الرحمن بن أحمد بن رجب بن الحسن الحنبلي (المتوفى: 795هـ)، القواعد الفقهية، مكتبة النهضة الحديثة- مكة ، ط 2 ج 1/ص 221.

ونحوه، وإن كان بعقد صلح فهو إجارة، ومنها: إقطاع الإرفاق كمقاعد الأسواق ونحوها، ومنها: الطعام في دار الحرب قبل حيازته يملك القائمون الانتفاع به بقدر الحاجة، وقياسه الأكل من الأضحية والثمر المعلق ونحوه، ومنها أكل الضيف لطعام المضيف فإنه إباحة محضة.⁷⁰

أما ملك الانتفاع: فقد ذكره جمهور الفقهاء "المالكية والشافعية والحنابلة" وإن اختلفوا في تفصيل أحكامه.⁷¹

ثانياً: حق الملكية للأسير في القانون المدني المصري:

يعتبر حق الملكية من أقوى الحقوق العينية الأصلية وأوسعها مضموناً وسلطات، إذ لصاحبها كل السلطات المتصورة على شئ مادي من استعمال واستغلال وتصرف،

70 المرجع السابق ج 1/ص 223.

أبو عبد الله محمد بن أحمد المالكي، شرح ميارة، بيروت. دار الكتب العلمية. ط 1. ج 2 / ص 205، 71 منصور بن يونس . اليهودي. ت 1051 هـ. شرح منتهى الإيرادات. بيروت. عالم الكتب. ط 2، 1996 م. ج 2 / ص 293، أبو الحسن علي بن. سليمان المرداوي. ت 885 هـ. الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف على مذهب الإمام أحمد بن حنبل. بيروت. دار إحياء التراث العربي. ج 5 / ص 268

فحق الملكية هو: "سلطة مباشرة لشخص على شيء مادي معين بالذات تخوله أن

يستأثر باستعمال هذا الشيء واستغلاله والتصرف فيه " .⁷²

ومن هذا يتبين أن حق الملكية يخول صاحبه أموراً ثلاثة :⁷³

(1) استعمال الشيء: أي استخدامه فيما هو قابل أو صالح له من أوجه

الاستخدام، كسكن البيت أو زراعة أرض، فالاستعمال يخول صاحبه

الاستفادة من منافع الشيء بنفسه .⁷⁴

(2) استغلال الشيء: أي الحصول على ما يتولد أو ينتج عنه، أو تحويل حق

استعماله للغير سواء بمقابل كالإيجار أو يهب الانتفاع لغيره، فاستغلال الشيء

أوسع نطاقاً من الاستعمال.⁷⁵

د/ توفيق حسن فرج، مرجع سابق، ص: 489 د/ محمد مطر الأصول العامة للقانون ص: 216 72

المادة (802) من الكتاب الثالث - الباب الاول / حق الملكية القانون من القانون المدني المصري 73
الصادر في 16 يوليو 1948 / والمعمول به من تاريخ 15 أكتوبر سنة 1949

د/ توفيق حسن فرج، المدخل لعلوم القانونية، ص: 489 د/ محمد مطر ، مرجع سابق ، ص: 216 74

د/ توفيق حسن فرج ، د/ محمد مطر ، نفس المرجعان السابقان ونفس الصفحتان 75

(3) **التصرف في الشيء:** أي يستخدمه استخدما يستهلكه ماديا بالقضاء عليه، أو

بتغييره تغييرا جوهريا بقلب وظيفته، أو قانونيا بالنزول عن ملكيته إلى

الغير، وهو بهذا يكون أوسع نطاقاً من استعمال واستغلال الشيء. وهذه السلطات الثلاث التي يخولها حق الملكية للمالك، وإذا ما اجتمعت في يد

شخص واحد، قيل له: إن الملكية تامة، وقد يتنازل المالك عن حق الاستعمال

والاستغلال لشخص آخر، ويبقى حق التصرف له، فيقال له في هذه الحالة:

مالك الرقبة.⁷⁶

الفرع الثاني: الحقوق المتفرعة عن حق الملكية: هذه الحقوق التي تقتطع بعض

سلطات الملكية لحساب شخص آخر غير المالك وفيها عدة أمور:

أولاً: حق الانتفاع في الفقه الإسلامي والقانون المدني المصري:

(1) **حق الانتفاع في الفقه الإسلامي:**

(أ) **تعريف حق الانتفاع لغة واصطلاحاً:**

1- **لغة:** الانتفاع مصدر انتفع من النفع، وهو ضد الضرر، وهو ما يتوصل به

الإنسان إلى مطلوبة فالانتفاع: إلى الوصول المنفعة، يقال انتفع بالشيء:

إذا وصل به إلى منفعة.⁷⁷

د/على نجيد، مرجع سابق، ص 58، د/خالد الرويس، مرجع سابق، ص 214 76

لسان العرب ج 8 ص 359، مختار الصحاح ج 1 ص 280، مادة نفع 77

2- اصطلاحاً: ولا يخرج استعمال الفقهاء في المعنى الاصطلاحي لهذا اللفظ

عن المعنى اللغوي⁷⁸ واستعمل هذا اللفظ غالباً مع كلمة حق فيقال:

حق الانتفاع ويراد به الحق الخاص بالمنفع غير القابل للانتقال للغير.⁷⁹

3- مقارنة بين حق الانتفاع وملك المنفعة:

يفرق الفقهاء بين حق الانتفاع وملك المنفعة من ناحية المنشأ والمفهوم

والآثار. وخلاصة ما قيل في الفرق بينهما وجهان:

الوجه الأول: سبب حق الانتفاع أعم من سبب ملك المنفعة، لأنه كما يثبت

ببعض العقود كالإجارة والإعارة مثلاً، كذلك يثبت بالإباحة الأصلية،

كالانتفاع من الطرق العامة والمساجد ومواقع النسك، ويثبت أيضاً بالإذن من

مالك خاص، كما لو أباح شخص لآخر أكل طعام مملوك له، أو استعمال

بعض ما يملك. أما المنفعة فلا تملك إلا بأسباب خاصة، وهي الإجارة

والإعارة والوصية بالمنفعة والوقف، وعلى ذلك، فكل من يملك المنفعة

الموسوعة الفقهية الكويتية الإلكترونية ج 5/ ص 128 78

زين الدين عبد الرحمن بن أحمد بن رجب بن الحسن الحنبلي، القواعد ج 1/ ص 216 79

يسوغ له الانتفاع، ولا عكس، فليس كل من له الانتفاع يملك المنفعة، كما في

الإباحة مثلاً.⁸⁰

الوجه الثاني: أن الانتفاع المحض حق ضعيف بالنسبة لملك المنفعة، لأن

صاحب المنفعة يملكها ويتصرف فيها تصرف الملاك في الحدود الشرعية،

بخلاف حق الانتفاع المجرد، لأنه رخصة، لا يتجاوز شخص المنتفع⁸¹

وعلى هذا فمن ملك منفعة شيء يملك أن يتصرف فيه بنفسه، أو أن ينقلها

إلى غيره، ومن ملك الانتفاع بالشيء لا يملك أن ينقله إلى غيره. فالمنفعة

أعم أثراً من الانتفاع.

(2) حق الانتفاع في القانون المدني المصري:

هو عبارة عن سلطة مقررة لشخص على شيء مملوك لغيره، تخوله استعمال

ذلك الشيء واستغلاله.⁸² وعلى المنتفع أن يستعمل الشيء بحالته التي تسلمه

القواعد ج 1/ص 224 ، القرافي، أبو العباس أحمد بن إدريس، الفروق مع هوامشه، ت 684 هـ، تحقيق: 80
خليل منصور، دار الكتب العلمية، بيروت، ط 1 ، 1418 هـ. ج 1/ص 331

81 . المرجعان السابقان، نفس الصفحة

المواد (985 – 995) الكتاب الثالث - الباب الثاني - الحقوق المتفرعة عن حق الملكية من القانون المدني 82
المصري الصادر 16 يوليو 1948/ والمعمول به من تاريخ 15 أكتوبر سنة 1949

بها ويحسب ما أعد له وأن يديره إدارة حسنه . وللمالك أن يعترض على أى استعمال غير مشروع أو غير متفق مع طبيعة الشيء ، فإذا أثبت أن حقوقه فى خطر جاز له أن يطالب بتقديم تأمينات ، فإن لم يقدمها المنتفع أو ظل على الرغم من اعتراض المالك يستعمل العين استعمالاً غير مشروع أو غير متفق مع طبيعتها . فللقاضي أن ينزع هذه العين من تحت يده وأن يسلمها إلى آخر يتولى إدارتها ، بل له تبعاً لخطورة الحال أن يحكم بانتهاء حق الانتفاع دون إخلال بحقوق الغير.⁸³ وتكون ثمار الشيء المنتفع به من حق المنتفع بنسبة مدة انتفاعه مع مراعاة أحكام الفقرة الثانية من المادة 993.

وحق الانتفاع بكسب بعمل قانونى أو بالتقادم. ويجوز أن يوصى بحق الانتفاع لأشخاص متعاقبين إذا كانوا موجودين على قيد الحياة وقت الوصية، كما يجوز للحمل المستكن.⁸⁴

المادة (988) الكتاب الثالث - الباب الثاني - الحقوق المتفرعة عن حق الملكية من القانون المدني 83
المصري الصادر 16 يوليو 1948/ والمعمول به من تاريخ 15 أكتوبر سنة 1949

84 المادة (985) الكتاب الثالث - الباب الثاني - الحقوق المتفرعة عن حق الملكية من القانون المدني
المصري الصادر 16 يوليو 1948/ والمعمول به من تاريخ 15 أكتوبر سنة 1949.

فحق الإنتفاع يخول للمنتفع سلطة استعمال واستغلال شئ مملوك للغير دون التصرف فيه، إذ تظل سلطة التصرف باقية في يد المالك، لأنه مازال محتفظاً بملكية الرقبة، وعلى المنتفع أن يبذل من العناية في المحافظة على الشئ ما يبذله الشخص المعتاد، وأن يرده عند انتهاء حق الانتفاع، وهو حق مؤقت ينتهي بانقضاء الأجل المعين، سواء أكان اتفاقاً أو وصية، فإن لم يحدد له أجل، ينتهي على أي حال بالموت.⁸⁵

ثانياً: حق الاستعمال وحق السكنى في الفقه الإسلامي والقانون المصري:

- (1) **حق الاستعمال وحق السكنى في الفقه الإسلامي:**
 - (أ) **حق الاستعمال :** عند الفقهاء هو نفسه حق الانتفاع، فلا ذكر له عندهم لأنه يدخل تحت تعريف حق الانتفاع. ويحصل الانتفاع غالباً باستعمال الشئ مع بقاء عينه، وذلك كما في العارية، فإن المستعير ينتفع بالمستعار باستعماله والاستفادة منه، ولا يجوز له أن ينتفع باستغلاله أو استهلاكه، لأن من شروط العارية إمكان الانتفاع بها مع بقاء عينها.⁸⁶
 - (ب) **حق السكنى :**

د/ على نجيدة، مرجع سابق، ص 60 ، د/ محمد مطر ، مرجع سابق، ص 217 85

الموسوعة الفقهية : وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، الكويت، مطبعة الموسوعة الفقهية 86
، الطبعة الثالثة ، 1986 م . الجزء السادس ، وجوه الانتفاع - ص 305

(أ) تعريف حق السكنى لغة واصطلاحاً :

1- لغة: السكنى اسم مصدر من السكن، وهو القرار في المكان المعد لذلك، والمسكن

بفتح الكاف وكسرهما، المنزل أو البيت، والجمع مساكن، والسكون ضد الحركة،

يقال: سكن (بمعنى هداً وسكت) .⁸⁷

2- اصطلاحاً : هي المكث في مكان على سبيل الاستقرار والدوام.⁸⁸

ب) طبيعة حق السكنى: من المسلم به بين الفقهاء أن السكنى منفعة من المنافع،

وأنها منفعة عرضية قائمة بالعين متعلقة بها، وأن السكنى لها وجود وإن

كان لا يستمر زمناً طويلاً.

وعلى ذلك فحق السكنى - لكونه حق منفعة - أعم وأشمل من حق الانتفاع،

وأن الملك في حق السكنى ينشأ عن عقد مملك، كالوقف والإجارة والإعارة

والوصية بالمنافع، فهو حق يمكن صاحبه من مباشرته والانتفاع بنفسه، أو

تمكين غيره من الانتفاع بعوض. بخلاف حق الانتفاع، فإنه ينشأ عن عقد،

87. لسان العرب ج 13 ص 212 ، مختار الصحاح ج 1 ص 129 ، مادة سكن 87

88 علاء الدين بن عبد العزيز بن أحمد البخاري. كشف الأسرار. ت 730 هـ. بيروت. ج 2 / ص 370، عبد الله بن مسعود المحبوبي. التوضيح في حل غوامض التنقيح. بيروت. دار الكتب العلمية 1416 هـ. تحقيق: زكريا عمريات ج 1 / - ص 260.

كهبة الدار للسكنى، أو إذن وإباحة فقط من المالك، فلا يصح لصاحبه أن يم

كن أحدا غيره من الانتفاع به.⁸⁹

(2) حق الاستعمال وحق السكنى في القانون المدني المصري:⁹⁰

نطاق حق الاستعمال وحق السكنى يتحدد بمقدار ما تحتاج إليه صاحب الحق

هو وأسرته لخاصة أنفسهم ، وذلك دون إخلال بما يقرره السند المنشئ للحق

من أحكام .⁹¹ لا يجوز النزول للغير عن حق الاستعمال أو عن حق السكنى

إلا بناء على شرط صريح أو مبرر قوى .⁹² فيما عدا الأحكام المتقدمة تسرى

الأحكام الخاصة بحق الانتفاع على حق الاستعمال وحق السكنى متى كانت لا

تتعارض مع طبيعة هذين الحقين .⁹³ حيث أن حق الاستعمال هو حق عيني

القرافي، أبو العباس أحمد بن إدريس ، مرجع سابق ، ج 1/ص 332 89

المواد (996-998) الكتاب الثالث - الباب الثاني - الحقوق المتفرعة عن حق الملكية من القانون المدني 90
المصري. الصادر 16 يوليو 1948/ والمعمول به من تاريخ 15 أكتوبر سنة 1949

الكتاب الثالث - الباب الثاني - الحقوق المتفرعة عن حق الملكية من القانون المدني (المادة 996) 91
المصري الصادر 16 يوليو 1948/ والمعمول به من تاريخ 15 أكتوبر سنة 1949

الكتاب الثالث - الباب الثاني - الحقوق المتفرعة عن حق الملكية من القانون المدني المصري (المادة 997) 92
الصادر 16 يوليو 1948/ والمعمول به من تاريخ 15 أكتوبر سنة 1949

93 (المادة 998) الكتاب الثالث - الباب الثاني - الحقوق المتفرعة عن حق الملكية من القانون المدني
المصري الصادر 16 يوليو 1948/ والمعمول به من تاريخ 15 أكتوبر سنة 1949.

يخول لصاحبه استعمال الشئ الذي يقع عليه، وذلك بالقدر اللازم لما يحتاج إليه صاحب الحق هو وأسرته لخاصة أنفسهم، فليس لصاحب الحق استعماله إلا في الحدود المتفق عليه، فمن تقرر له استعمال الدابة أو السيارة، كان له الحق أن يستعملها لخدمته في الركوب أو الحمل.⁹⁴

أما حق السكنى فهو أضيق نطاقاً من حق الاستعمال، لأنه لا يخول لصاحبه إلا نوعاً من الاستعمال وهو السكنى فقط، أي ليس لصاحب الحق أن يستعمل المنزل إلا في السكنى فقط، فليس له أن يأجره إلى غيره أو يفتح فيه متجراً، إلا بناء على اتفاق صريح في ذلك.

فحق الاستعمال هو حق عيني يخول لصاحبه استعمال الشئ الذي يقع عليه، وذلك بالقدر اللازم لما يحتاج إليه صاحب الحق هو وأسرته لخاصة أنفسهم، فليس لصاحب الحق استعماله إلا في الحدود المتفق عليه، فمن تقرر له استعمال الدابة أو السيارة، كان له الحق أن يستعملها لخدمته في الركوب أو الحمل.⁹⁵

د. رمضان أبو السعود، الوجيز في الحقوق العينية الأصلية، القاهرة. دار الجامعة الجديدة ص 410-411 94
، د/ جاسم الشامي، المدخل للعلوم القانونية، ص 118

د. رمضان أبو السعود، مرجع سابق، ص 410، د/ جاسم الشامي، مرجع سابق، ص 118 95

أما حق السكنى فهو أضيق نطاقاً من حق الاستعمال، لأنه لا يخول لصاحبه إلا نوعاً من الاستعمال وهو السكنى فقط، أي ليس لصاحب الحق أن يستعمل المنزل إلا في السكنى فقط، فليس له أن يأجره إلى غيره أو يفتح فيه متجرًا،

إلا بناء على اتفاق صريح.⁹⁶
ثالثاً: حق الحكر في الفقه الإسلامي والقانون المدني المصري:
(1) حق الحكر في الفقه الإسلامي:
 ويعرف هذا الحق في الفقه الإسلامي بإحياء الموات.
(أ) تعريف الإحياء لغة وإصلاحاً :

الإحياء في اللغة جعل الشيء حياً،⁹⁷ والموات: الأرض التي خلت من العمارة والسكان. وهي تسمية بالمصدر وقيل: الموات الأرض التي لا مالك لها، ولا ينتفع بها أحد.⁹⁸ وإحياء الموات في الاصطلاح اختلف العلماء في تعريفه إلى عدة تعريفات:

⁹⁶ نفس المرجعان السابقان، ونفس الصفحة 96

⁹⁷ . لسان العرب، ج 14 ، ص 214، مادة حيا

⁹⁸ . لسان العرب، ج 2 ، ص 93، مادة موت

الحنفية عرفوه بأنه: التسبب للحياة النامية ببناء أو غرس أو كرب (حراثة)

أو سقي.⁹⁹
والمالكية عرفوه "بأنه لقب لتعمير دائر¹⁰⁰ الأرض بما يقتضي عدم

انصراف المعمر عن انتفاعه بها".¹⁰¹
وعرفه الشافعية: بأنه عمارة الأرض الخربة التي لا مالك لها، ولا ينتفع

بها أحد.¹⁰²
و الحنابلة عرفوه: بأنه عمارة ما لم يجر عليه ملك لأحد، ولم يوجد فيه

أثر عمارة.¹⁰³
(2) حق الحكر في القانون المدني المصري:

محمد أمين بن عابدين (ت 1252 هـ)، حاشية رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار، بيروت، 99
دار الفكر، 1386 هـ. ج 6- ط 2 / ص 431

الدائر: هنا الهالك النائم لسان العرب ج 4 ، ص 276 مادة دثر 100

أبو عبد الله محمد بن عبد الرحمن المغربي (ت 954 هـ)، مواهب الجليل لشرح مختصر خليل، بيروت. 101
دار الفكر، ط 2، 1398 هـ، ج: 8 ص 72

أبو الطيب صديق حسن خان الحسيني القنوجي . السراج الوهاج من كشف مطالب صحيح مسلم بن 102
الحجاج، ج 1، ص 297

مرعي بن يوسف الحنبلي. دليل الطالب على مذهب الإمام المجل أحمد بن حنبل. بيروت. المكتب 103
الإسلامي. ط 2. 1389. ج 1 / ص 158

يتم هذا الحق على الأرض الموقوفة، ويخول لصاحبه ويسمى بالمحتكر استعمالها بالغراس فيها أو البناء عليها، وهو يملك ما يحدث فيها من بناء أو غراس أو غيره، ملكاً تاماً، وله أن يتصرف فيه. وحق الحكر حق مؤقت ينتهي بحلول الأجل المعين له، ولكنه على خلاف حق الانتفاع وحق الاستعمال والسكنى، إذ لا ينقضي بموت المحتكر إذا كان موته قبل حلول الأجل وبعد بنائه أو غراسه.¹⁰⁴ حيث لا يجوز التحكير لمدة تزيد على ستين سنة فإذا عينت مدة أطول أو أغفل تعيين المدة اعتبر الحكر معقوداً لمدة ستين سنة¹⁰⁵. ولا يجوز التحكير إلا لضرورة أو مصلحة وبإذن من المحكمة الابتدائية الشرعية التي تقع في دائرتها الأرض كلها أو أكثرها قيمة، ويجب أن يصدر به عقد على يد رئيس المحكمة أو من يحليه عليه من القضاء أو الموثقين، ويجب شهره وفقاً لأحكام قانون تنظيم الشهر العقاري¹⁰⁶. كما يحق للمحتكر أن يتصرف في حقه

د/ توفيق فرج، مرجع سابق، ص 492- (493)، د/ خالد الرويس، مرجع سابق، ص 215 104

الكتاب الثالث - الباب الثاني - الحقوق المتفرعة عن حق الملكية من القانون المدني (المادة 999) 105
المصري الصادر 16 يوليو 1948/ والمعمول به من تاريخ 15 أكتوبر سنة 1949

الكتاب الثالث - الباب الثاني - الحقوق المتفرعة عن حق الملكية من القانون المدني (المادة 1000) 106
المصري الصادر 16 يوليو 1948/ والمعمول به من تاريخ 15 أكتوبر سنة 1949

وينتقل هذا الحق بالميراث.¹⁰⁷ ويملك المحتكر ما أحدثه من بناء أو غراس أو

غيره ملكاً تاماً. وله يتصرف فيه وحده مقترناً بحق الحكر¹⁰⁸.
على المحتكر أن يؤدي الأجرة المتفق عليها إلى المحكر. وتكون الأجرة مستحقة

الدفع في نهاية كل سنة ما لم ينص عقد التحكير على غير ذلك¹⁰⁹. وعلى المحتكر

أن يتخذ من الوسائل ما يلزم لجعل الأرض صالحة للاستغلال مراعيّاً في ذلك

الشروط المتفق عليها، وطبيعة الأرض، والغرض الذي أعدت له، وما يقضى به

عرف الجهة¹¹⁰.

و ينتهي هذا الحق قبل حلول الأجل إذا مات المحتكر قبل أن يبني أو يغرس إذا طلب

جميع الورثة بقاء الحكر. وينتهي حق الحكر أيضاً قبل حلول الأجل إذا زالت صفة

الوقف عن الأرض المحكرة، إلا إذا كان زوال هذه الصفة بسبب رجوع الوقف في

الكتاب الثالث - الباب الثاني - الحقوق المتفرعة عن حق الملكية من القانون المدني (المادة 1001) 107

المصري الصادر 16 يوليو 1948/ والمعمول به من تاريخ 15 أكتوبر سنة 1949

الكتاب الثالث - الباب الثاني - الحقوق المتفرعة عن حق الملكية من القانون المدني (المادة 1002) 108

المصري الصادر 16 يوليو 1948/ والمعمول به من تاريخ 15 أكتوبر سنة 1949

الكتاب الثالث - الباب الثاني - الحقوق المتفرعة عن حق الملكية من القانون المدني (المادة 1003) 109

المصري الصادر في 16 يوليو 1948/ والمعمول به من تاريخ 15 أكتوبر سنة 1949

الكتاب الثالث - الباب الثاني - الحقوق المتفرعة عن حق الملكية من القانون المدني (المادة 1007) 110

المصري الصادر في 16 يوليو 1948/ والمعمول به من تاريخ 15 أكتوبر سنة 1949

وقفه أو إنقاصه لمدته ، ففي هذه الحالة يبقى الحكر إلى انتهاء مدته . ويجوز للمحتكر إذا لم تدفع له الأجرة ثلاث سنين متوالية أن يطلب فسخ العقد¹¹¹ . ويلتزم المستأجر بمقتضى هذا العقد أن يجعل العين صالحة للاستعمال. وبحق للوقف أن يفسخ العقد فى أى وقت بعد التنبيه فى الميعاد القانونى طبقاً للقواعد الخاصة بعقد الإجارة على شرط أن يفوض الوقف المستأجر عن النفقات طبقاً لأحكام المادة (179) .¹¹²

رابعاً: حق الارتفاق في الفقه الإسلامي والقانون المدني المصري :

- (1) حق الارتفاق في الفقه الإسلامي:
تعريف حق الارتفاق لغة واصطلاحاً.
أ) لغة: الارتفاق بالشيء لغة الانتفاع به، رفقت به أي انتفعت به .¹¹³

الكتاب الثالث - الباب الثاني - الحقوق المتفرعة عن حق الملكية من القانون المدني (المادة 1009) 111
المصري الصادر في 16 يوليو 1948/ والمعمول به من تاريخ 15 أكتوبر سنة 1949

الكتاب الثالث - الباب الثاني - الحقوق المتفرعة عن حق الملكية من القانون المدني (المادة 1014) 112
المصري الصادر في 16 يوليو 1948/ والمعمول به من تاريخ 15 أكتوبر سنة 1949

مختار الصحاح، ج 1 ص 105 ، لسان العرب ج 10 ص 119 مادة رفق 113

(ب) **أصطلاحاً:** وهو في الاصطلاح لا يخرج - في الجملة - عن المعنى اللغوي.

114

فحق الارتفاق عبارة عن حق مقرر على عقار لمنفعة عقار آخر مملوك لغير مالك العقار الأول، وتشمل حقوق الارتفاق عند الفقهاء: حق الشرب، وحق المجرى، وحق المسيل، وحق المرور، وحق التعلّي، وحق الجوار. وحقوق الارتفاق ليست بمفردها مالا عند الحنفية، لأنها أمور لا يمكن حوزها و أدخارها، ولذلك قالوا بعدم جواز بيعها وإجارتها وهبتها استقلالاً، ولكنهم يعتبرونها حقوقاً مالية لتعلقها بأعيان مالية، ومن هنا أجازوا بيعها تبعاً للعقار

الذي ثبتت لمنفعته.¹¹⁵

أما جمهور الفقهاء من المالكية والشافعية والحنابلة فقد اعتبروها من قبيل الأموال، وأجازوا - في الجملة - بيعها وهبتها استقلالاً.¹¹⁶ ولا خلاف بين الفقهاء في أن هذه الحقوق لا تسقط بموت صاحب الحق، بل تنتقل إلى ورثته تبعاً للعقار الذي ثبتت لمصلحته، لأنها حقوق مالية، فيها معنى المال، وهي

الموسوعة الفقهية الكويتية الإلكترونية، ج 2، ص 159 - 114

علي حيدر، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، بيروت، دار الكتب، ج 1، ص 183 - 115

الذخيرة ج 6/ص 186، عبد الحميد الشرواني، حواشي تحفة المنهاج بشرح المنهاج، ج 4، ص 241 - 116

متعلقة بأعيان مالية، ولهذا فلا تأثير للموت عليها، سواء قيل إنها أموال ذاتها

أو حقوق متعلقة بأعيان مالية.¹¹⁷

(2) حق الارتفاق في القانوني المدني المصري:

هو حق يحد من منفعة عقار لفائدة عقار غيره يملكه شخص آخر، فلا بد من وجود

تكليف على عقار لمصلحة عقار آخر، ويكون العقاران مملوكين لشخصين

مختلفين، والعقار الذي يتقرر لصالحه الارتفاق، يسمى بالعقار المخدم، أما العقار

الذي يقع عليه التكليف يسمى بالعقار الخادم، ومثال ذلك: الاتفاق بالمرور بمقتضاه

يكون لصاحب العقار المخدم حق المرور عبر العقار الخادم.¹¹⁸ فالارتفاق حق

يحد من منفعة عقار لفائدة عقار غيره يملكه شخص آخر ويجوز أن يترتب الاتفاق

على مال عام إن كان لا يتعارض مع الاستعمال الذي خصص له هذا المال.¹¹⁹ فحق الارتفاق يكسب بعمل قانوني أو بالميراث. ولا يكسب بالتقادم إلا الارتفاقات

الظاهرة بما فيها حق المرور¹²⁰. لمالك العقار المرتفق أن يجري من الأعمال ما هو

ضروري لاستعمال حقه في الارتفاق، وما يلزم للمحافظة عليه، وأن يستعمل هذا

نفس المرجعان اسبقان ونفس الصفحة 117

د. محمد مطر ، مرجع سابق ص: 218-219، د. على حسن نجيدة ، مرجع سابق ، ص: 216 118

المادة رقم (1015) الكتاب الثالث - الباب الثاني - الحقوق المتفرعة عن حق الملكية، الفصل الثالث 119
- حق الارتفاق، من القانون المدني المصري الصادر 16 يوليو 1948

الحق على الوجه الذى لا ينشأ عنه إلا أقل ضرر ممكن . ولا يجوز أن يترتب على ما يجد من حاجات العقار المرتفق أى زيادة فى عبء الارتفاق.¹²¹ ولا يلزم مالك العقار المرتفق به أن يقوم بأي عمل لمصلحة العاقر المرتفق إلا أن يكون عملاً إضافياً يقتضيه استعمال الارتفاق على الوجه المألوف ما لم يشترط غير ذلك . فإذا كان مالك العاقر المرتفق به هو المكلف بأن يقوم بتلك الأعمال على نفقته، كان له دائماً أن يتخلص من هذا التكليف بالتخلي عن العقار المرتفق به كله أو بعضه لمالك العقار المرتفق .¹²²

ولا يجوز لمالك العاقر المرتفق به أن يعمل شيئاً يؤدي إلى الانتقاص من استعمال حق الاتفاق أو جعله أكثر مشقة ولا يجوز له بوجه خاص أن يغير من الوضع القائم أو أن يبذل بالموضع المعين أصلاً لاستعمال حق الارتفاق موضعاً آخر . ومع ذلك، إذا كان الموضع الذى عين أصلاً قد أصبح من شأنه أن يزيد فى عبء الارتفاق،

المادة رقم (1016) الكتاب الثالث - الباب الثاني - الحقوق المقررة عن حق الملكية، الفصل الثالث 120
- حق الارتفاق، من القانون المدني المصري الصادر 16 يوليو 1948

المادة رقم (1020) الكتاب الثالث - الباب الثاني - الحقوق المقررة عن حق الملكية، الفصل الثالث 121
- حق الارتفاق، من القانون المدني المصري الصادر 16 يوليو 1948

المادة رقم (1021) الكتاب الثالث - الباب الثاني - الحقوق المقررة عن حق الملكية، الفصل الثالث 122
- حق الارتفاق، من القانون المدني المصري الصادر 16 يوليو 1948

أو أصبح الارتفاق مانعاً من إحداث تحسينات في العقار المرتفق به، فلمالك هذا العقار أن يطلب نقل الارتفاق.¹²³

المطلب الثالث: الحقوق العينية التبعية للاسير، وفيه عدة فروع:

أن الحقوق العينية التبعية تتنوع بحسب مصدرها أنواعاً ثلاثة: حق الرهن، وحق الاختصاص، وحق الامتياز.

الفرع الأول: حق الرهن في الفقه الإسلامي والقانون المدني المصري :

أولاً: حق الرهن في الفقه الإسلامي:

- (1) تعريف الرهن لغة وشرعاً:
- (أ) الرهن في اللغة: الثبوت والدوام، يقال: ماء رهن: أي راكد ودائم، ونعمة راهنة أي: ثابتة دائمة. ويأتي بمعنى الحبس¹²⁴ كقول الله تعالى: "كُلُّ نَفْسٍ

لسان العرب ج 13 ص 189 ، مختار الصحاح ج 1 ص 109 ، مادة رهن 124

(ب) وشرعاً: جعل عين مالية وثيقة بدين يستوفى منها أو من ثمنها إذا

تعذر الوفاء .¹²⁷

(ت) مشروعية الرهن: تأتي مشروعية الرهن من الكتاب والسنة والإجماع:

(1) من القرآن الكريم:

الأصل في مشروعية الرهن قوله تعالى: (وَإِنْ كُنْتُمْ عَلَى سَفَرٍ وَلَمْ تَجِدُوا كَاتِبًا

فَرِهَانٌ مَّقْبُوضَةٌ)¹²⁸. تشير الآية الكريمة بوضوح على الرهن وقبضه في

حال خاف الدائن عدم استيفاء دينه من المدين.

(2) من السنة:

سورة المدثر أية رقم (38) 125

سورة الطور أية رقم (21) 126

قاسم بن عبد الله بن أمير علي القنوي (ت 978) أنيس الفقهاء في تعريفات الألفاظ المتداولة بين الفقهاء. 127
جدة. دار الوفاء. ط 1. ج 1 / ص 289، التعاريف ج 1 / ص 376

128 سورة البقرة (283).

عن عائشة رضي الله عنها أن النبي صلى الله عليه وسلم " اشترى طعاماً من يهودي إلى أجل ورهنه درعا من حديد".¹²⁹ رهن النبي ص درعه، دلالة واضحة على جواز الرهن ليشترى الإنسان ما يريده من حاجاته.

(3) الإجماع.

أجمعت الأمة على مشروعية الرهن، وتعاملت به من لدن عهد النبي صلى

الله عليه وسلم إلى يومنا هذا، ولم ينكره أحد.¹³⁰ **شروط المرهون:** لا خلاف بين الفقهاء في أنه يجوز رهن كل متمول يمكن

أخذ الدين منه، أو من ثمنه عند تعذر وفاء الدين من ذمة الراهن. ثم اختلفوا

في بعض التفاصيل.

فاشترط الحنفية في المرهون ما يلي:

- 1- أن يكون محزاً أي مقسوماً ، فلا يجوز رهن المشاع.
- 2- وأن يكون مفرغاً عن ملك الراهن، فلا يجوز رهن مشغول بحق الراهن، كدار

فيها متاعه.

رواه البخاري في صحيحه ح 1962 ج 2 / ص 729، القشيري. أبو الحسين مسلم بن الحجاج. ت 261 129
..هـ صحيح مسلم. بيروت. دار إحياء التراث العربي. ح 1603 ج 3 / ص 1226

أبو محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم الظاهري. ت 456 هـ، مراتب الإجماع. بيروت. دار الكتب 130
العلمية. ج 1 / ص 96

3- وأن يكون مميزاً ، فلا يجوز رهن المتصل بغيره اتصال خلقة كالثمر على

الشجر بدون ال شجر، لأن المرهون متصل بغير المرهون خلقة فصار

كالشائع¹³¹

وقال المالكية: يجوز رهن ما فيه غرر يسير، كبيع شارد، وثمر لم يبد صلاحه،

لأن للمرتهن دفع ماله بغير وثيقة، فساغ أخذه بما فيه غرر، لأنه شيء في الجملة

وهو خير من لا شيء، بخلاف ما فيه غرر شديد كالجنين، وزرع لم يخلق¹³²

وقال الشافعية والحنابلة: إن كل عين جاز بيعها جاز رهنها، لأن المقصود من

الرهن أن يباع ويستوفى الحق منه إذا تعذر استيفاؤه من ذمة الراهن، وهذا يتحقق

في كل عين جاز بيعها، ولأن ما كان محلاً للبيع كان محلاً لحكمة الرهن، فيصح

عندهم بيع المشاع سواء رهن عند شريكه أم عند غيره قبل القسمة أم لم يقبلها،

وما لا يصح بيعه لا يصح رهنه، فلا يصح رهن المسلم، أو ارتهانه كلباً ، أو

خنزيراً ، أو خمرأً¹³³

(ج) استحقاق بيع المرهون:

أبو بكر محمد بن أبي سهل السرخسي(ت 449 هـ)، المبسوط، بيروت، دار المعرفة، 1406 هـ، ج 131

21 ، ص 72 ، الهداية شرح بداية المبتدي، بيروت، المكتبة الإسلامية، ج 4، ص 132

المالكي، أبو عبد الله محمد أحمد، مرجع سابق، ص 178 132

أبو إسحاق إبراهيم بن علي بن يوسف الشيرازي(ت 476 هـ)، التنبية، بيروت، عالم الكتب، ط 1 133

هـ، ج 1 ، ص 100 1403

إذا حل الدين لزم الراهن بطلب المرتهن إيفاء الدين لأنه دين حال فلزم إيفاءه كالذي لا رهن به، فإن وفى الدين جميعه في ماله غير المرهون انفك المرهون، فإن لم يوف كل الدين أو بعضه، وجب عليه بيع المرهون بنفسه أو بوكيله بإذن المرتهن؛ لأن له حقا فيه، ويقدم في (ثمنه المرتهن على سائر الغرماء، وهذا محل اتفاق بين الفقهاء .¹³⁴

وختلف الفقهاء في حال امتنع المدين من وفاء الدين وبيع المرهون إلى عدة أراء. **الرأي الأول: الحنفية:** ذهب الحنفية إلى أن للمرتهن مطالبة الراهن بدينه، وإن كان الرهن بيده، وأن يطالب بحبسه لدينه لأن حقه باق بعد الرهن، والرهن لزيادة التوثيق والصيانة فلا تمتنع به المطالبة، والحبس جزاء الظلم، وحبسه القاضي إن ظهر مطله، ولا يبيع القاضي المرهون لأنه نوع حجر، وفي (الحجر إهدار أهليته، فلا يجوز، ولكنه يديم الحبس عليه حتى يبيعه دفعا للظلم .¹³⁵

134

زين بن إبراهيم بن محمد بن محمد بن بكر (ت 970 هـ)، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، بيروت، دار المعرفة، ج 8، ص 298، - أبو عبدالله مالك بن أنس الأصبحي (ت 179)، المدونة الكبرى، بيروت دار صادر ج 14 / ص 299. - محمد الخطيب الشربيني. الإقناع في حل ألفاظ أبي شجاع. بيروت. دار الفكر. 1415 هـ ج 2. / ص 299، الإنصاف للمرداوي ج 5 / ص 144.

135

علاء الدين الكاساني، البحر الرائق ج 8 / ص 295.. (ت 587 هـ)، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، بيروت دار الكتاب العربي- بيروت، ط 2. ج 6 / ص 153.

الرأي الثاني: المالكية: ذهب المالكية إلى أن المدين لا يضرب، ولا يحبس، ولا يهدد بهما، بل يقتصر الحاكم على بيع المرهون وأداء الدين من ثمنه.¹³⁶

الرأي الثالث: الشافعية والحنابلة

ذهب الشافعية والحنابلة إلى أنه إذا امتنع المدين عن وفاء الدين وبيع المرهون لأداء الدين من ثمنه، أمره الحاكم بوفاء الدين من ماله، أو بيع المرهون، وأدائه من ثمنه، فإن أصر على الامتناع من كلا الأمرين عزره الحاكم بالحبس أو الضرب ليبيع المرهون، فإن لم يفعل باع الحاكم المرهون، وقضى الدين من ثمنه لأنه تعين طريقا لأداء الواجب.¹³⁷

الترجيح: ح:

يتبين للباحث من الآراء السابقة، أن رأي المالكية هو أسرع في أداء الحق وقضاء الدين، بدون اللجوء إلى الحبس والضرب، ولأن الرهن وضع في مقابل الدين، فيباع ويقضى الدين.

¹³⁶ أبو عبد الله محمد بن عبد الرحمن المغربي (ت 954 هـ)، مواهب الجليل لشرح مختصر خليل، بيروت، دار الفكر، ط 2، ج 5، ص 254.

¹³⁷

أبو حامد محمد بن محمد بن محمد الغزالي (ت 505 هـ)، الوسيط في المذهب، القاهرة، دار السلام، ج 3 / ص 520.

ثانياً :حق الرهن في القانون المدني المصري :
 الرهن عند أهل القانون المدني المصري نوعان:
 (أ) **الرهن الرسمي:** عقد به يكسب الدائن على عقار مخصص لوفاء دينه حقاً

عينياً ، يكون له بمقتضاه أن يتقدم على الدائنين العاديين والدائنين التاليين له في

المرتبة في استيفاء حقه من ثمن ذلك العاقر في أى يد يكون .¹³⁸
 لا يجوز أن يرد الرهن الرسمي إلا على عقار ما لم يوجد نص يقضى بغير

ذلك. ويجب أن يكون العقار المرهون مما يصح التعامل فيه وبيعه بالمزاد

العلمي ، وأن يكون معيناً بالذات تعييناً دقيقاً من حيث طبيعته وموقعه ، وأن

يرد هذا التعيين أما في عقد الرهن ذاته أو في عقد رسمي لاحق ، وإلا وقع

الرهن باطلاً.¹³⁹ ويشمل الرهن ملحقات العقار المرهون التي تعتبر عقاراً

ويشمل بوجه خاص حقوق الارتفاق والعقارات بالتخصيص والتحسينات

والإنشاءات التي تعود بمنفعة على المالك ، ما لم يتفق على غير ذلك، مع عدم

138

المادعرقم (1030) الكتاب الرابع - الباب الاول - الرهن الرسمي، من القانون المدني المصري الصادر 16 يوليو 1948/ والمعمول به من تاريخ 15 أكتوبر سنة 1949.

139

المادعرقم (1035) الكتاب الرابع - الباب الاول - الرهن الرسمي، من القانون المدني المصري الصادر 16 يوليو 1948/ والمعمول به من تاريخ 15 أكتوبر سنة 1949.

الإخلال بامتياز المبالغ المستحقة للمقاولين أو المهندسين المعماريين

المنصوص عليه في المادة (1148)¹⁴⁰ . ويجوز ان يترتب الرهن ضمانا لدين معلق على شرط أو دين مستقبل أو دين

احتمالي، كما يجوز أن يترتب ضمانا لاعتماد مفتوح أو لفتح حساب جار

على أن يتحدد في عقد الرهن مبلغ الدين المضمون أو الحد الأقصى الذي

ينتهي إليه هذا الدين.¹⁴¹ ويجوز للراهن أن يتصرف في العقار المرهون وأي

تصرف يصدر منه لا يؤثر في حق الدائن المرتهن.¹⁴² وللراهن الحق في

إدارة العقار المرهون وفي قبض ثماره إلى وقت التحاقها بالعقار.¹⁴³ إذا هلك

العقار المرهون أو تلف لأي سبب كان، انتقل الرهن بمرتبه إلى الحق الذي

140

المادة رقم (1036) الكتاب الرابع - الباب الاول - الرهن الرسمي، من القانون المدني المصري الصادر 16 يوليو 1948/ والمعمول به من تاريخ 15 أكتوبر سنة 1949.

141

المادة رقم (1040) الكتاب الرابع - الباب الاول - الرهن الرسمي، من القانون المدني المصري الصادر 16 يوليو 1948/ والمعمول به من تاريخ 15 أكتوبر سنة 1949.

142

المادة رقم (1043) الكتاب الرابع - الباب الاول - الرهن الرسمي، من القانون المدني المصري الصادر 16 يوليو 1948/ والمعمول به من تاريخ 15 أكتوبر سنة 1949.

143

المادة رقم (1044) الكتاب الرابع - الباب الاول - الرهن الرسمي، من القانون المدني المصري الصادر 16 يوليو 1948/ والمعمول به من تاريخ 15 أكتوبر سنة 1949.

يترتب على ذلك كالتعويض أو مبلغ التأمين أو الثمن الذى يقرر مقابل نزع

ملكيته للمنفعة العامة.¹⁴⁴

(ب) **الرهن الحيازي:** الرهن الحيازي عقد به يلتزم شخص ، ضمانا الدين عليه أو على غيره ، أن يسلم إلى الدائن أو إلى أجنبى يعينه المتعاقدان ، شيئا يترتب عليه للدائن حقا عينيا يخوله حبس الشيء لحين استيفاء الدين ، وأن يتقدم الدائنين العاديين والدائنين التاليين له فى المرتبة فى اقتضاء حقه من ثمن هذا الشيء فى أى يد يكون¹⁴⁵ . وينقضي حق الرهن الحيازي بانقضاء الدين المضمون ويعود معه إذا زال السبب الذى انقضى به الدين دون إخلال بالحقوق التى يكون الغير حسن النية قد كسبها قانونا فى الفترة ما بين انقضاء الحق وعودته¹⁴⁶ . كما ينقضي أيضا الرهن الحيازي بأحد الأسباب الآتية :

144

المادة رقم (1049) الكتاب الرابع - الباب الاول - الرهن الرسمى، من القانون المدني المصري الصادر 16 يوليو 1948/ والمعمول به من تاريخ 15 أكتوبر سنة 1949.

145

المادة رقم (1096) الكتاب الرابع - الباب الثالث - الرهن الحيازي، من القانون المدني المصري الصادر 16 يوليو 1948/ والمعمول به من تاريخ 15 أكتوبر سنة 1949.

146

المادة رقم (1112) الكتاب الرابع - الباب الثالث - الرهن الحيازي، من القانون المدني المصري الصادر 16 يوليو 1948/ والمعمول به من تاريخ 15 أكتوبر سنة 1949.

أ) إذا نزل الدائن المرتهن عن هذا الحق وكان ذا أهلية في إبراء ذمة المدين من الدين ويجوز أن يستفاد التنازل ضمنا من تخلى الدائن باختياره عن الشيء المرهون أو من موافقته على التصرف فيه دون تحفظ، على أنه إذا كان الرهن مثقلا بحق تقرر لمصلحة الغير ، فإن تنازل الدائن لا ينفذ في حق هذا الغير إلا إذا أقره .

ب) إذا اجتمع حق الرهن الحيازي مع حق الملكية في يد شخص واحد .

ت) إذا هلك الشيء أو انقضى الحق المرهون¹⁴⁷ .

لا يكون محلا للرهن الحيازي إلا ما يمكن بيعه استقلالا بالمزاد العلني من منقول وعقار.¹⁴⁸ وتسرى على الرهن الحيازي أحكام المادة (1033) وأحكام المواد من (1040) إلى (1042) المتعلقة بالرهن الرسمي .¹⁴⁹ كما تسرى على الرهن

147

المادة رقم (1113) الكتاب الرابع - الباب الثالث - الرهن الحيازي، من القانون المدني المصري الصادر 16 يوليو 1948/ والمعمول به من تاريخ 15 أكتوبر سنة 1949.

148

المادة رقم (1097) الكتاب الرابع - الباب الثالث - الرهن الحيازي، من القانون المدني المصري الصادر 16 يوليو 1948/ والمعمول به من تاريخ 15 أكتوبر سنة 1949.

الحيازي أحكام المادتين (1048) و (1049) المتعلقة بهلاك الشيء المرهون رهناً

رسمياً أو تلفه، وبانتقال حق الدائن من الشيء المرهون إلى ما حل من حقوق.¹⁵⁰

يضمن الراهن سلامة الرهن ونفاذه، وليس له أن يأتي عملاً ينقص من قيمة الشيء

المرهون أو يحول دون استعمال الدائن لحقوقه المستمدة من العقد، وللدائن المرتهن

في حالة الاستعجال أن يتخذ على نفقة الراهن كل الوسائل التي تلزم للمحافظة على

الشيء المرهون.¹⁵¹ فالرهن الحيازي هو حق عيني تبغي يرد على منقول، كما

يرد على عقار، يخول صاحبه استيفاء دينه بالأولوية على غيره من الدائنين، وأن

يتبع العين محل حقه في أي يد كانت، فهو يخول صاحبه ميزتي التقدم والنتبع .

152

149

المادة رقم (1098) الكتاب الرابع - الباب الثالث - الرهن الحيازي، من القانون المدني المصري الصادر 16 يوليو 1948/ والمعمول به من تاريخ 15 أكتوبر سنة 1949.

150

المادة رقم (1102) الكتاب الرابع - الباب الثالث - الرهن الحيازي، من القانون المدني المصري الصادر 16 يوليو 1948/ والمعمول به من تاريخ 15 أكتوبر سنة 1949.

151

المادة رقم (1102) الكتاب الرابع - الباب الثالث - الرهن الحيازي، من القانون المدني المصري الصادر 16 يوليو 1948/ والمعمول به من تاريخ 15 أكتوبر سنة 1949.

ويشترك الرهن الحيازي مع الرهن الرسمي في أن كلا منهما من التأمينات الاتفاقية التي تنشأ عن طريق العقد، كما أن الرهن الحيازي ملزم للجانبين، بخلاف الرهن الرسمي الذي هو عقد ملزم لجانب واحد. ويختلف الرهن الرسمي مع الرهن الحيازي في أنه يستلزم نقل الحيازة إلى الدائن المرتهن، كما أن الرهن الحيازي يمكن أن يرد على منقول أو عقار، بخلاف الرهن الرسمي الذي لا يرد إلا على عقار.¹⁵³

الفرع الثاني: حق الاختصاص في الفقه الإسلامي والقانون المدني المصري:

أولاً: حق الاختصاص في الفقه الإسلامي:

1) تعريف الاختصاص لغة واصطلاحاً:

أ) الاختصاص لغة: من خصه بالشيء يخصه خصاً وخصوصاً و خصوصية واختصه. (أفرده به دون غيره) .¹⁵⁴

152

خالد الرويس ، مرجع سابق ، ص: 218، د/ جاسم الشامي، مرجع سابق ، ص: 122

153

نفس المرجعان السابقان ، ونفس الصفحتان

154

لسان العرب، مرجع سابق ، ج 7 ص 24، مادة خصص

ب) الاختصاص اصطلاحاً: هو عناية تعين المختص لمرتبة ينفرد بها دون

غيره.¹⁵⁵

فحق الاختصاص: هو عبارة عما يختص مستحقه بالانتفاع به، ولا يملك أحد

مزايمته فيه وهو غير قابل للشمول والمعاوضات.¹⁵⁶

وعرفه الشيخ الانصاري بقوله: (عبارة عن وضع اليد على اشياء بنحو يخصه ولا

يتعدى إلى غيره كما في وضع اليد على الامالية له... فلا يحق للغير وضع اليد عليه

الا بأذنه).¹⁵⁷

155

التعاريف ج 1 / ص 42

156

الحنبلي، ابن رجب، القواعد، الناشر مكتبة نزار مصطفى الباز، مكة، ط 2 1999م، ج 1 / ص 217

157

مرتضى بن محمد امين الانصاري، كتاب المكاسب، تحقيق: لجنة تحقيق تراث الاعظم، مطبعة الباقرى، ط 1، قم- إيران، 1415 هـ، ص 14

وعرفه السيد السيستاني بانه : (حق للشخص بالنسبة إلى شيء لم يعترف الشارع بملكيته له أو بماليته) .¹⁵⁸ وهذا يعني جواز استخدام العين والاستفادة منها مادامت تحت يده ، ويحرم على الغير مزاحمته فيها .¹⁵⁹

والاختصاص بالمنافع على انواع منها: الاختصاص باحياء الموات بالتحجير والاقطاع، والاختصاص بالسبق إلى بعض المباحث، والاختصاص بالسبق إلى مقاعد الاسواق، والاختصاص بمقاعد المساجد للصلاة والاعتكاف، والاختصاص بالسبق إلى الاوقاف، والاختصاص بمواقع النسك، والاختصاص بالخانات المسبلة في الطرقات، والاختصاص ببعض الاعيان النجسه لفائدة .¹⁶⁰ ويلاحظ ان جمهور الفقهاء من اماميه ومالكيه وشافعيه وحنبلية ومالكية يستعملون لفظ (اختصاص) او

158

الموقع الالكتروني للسيد السيستاني ، الأسئلة والاجوبة ، www.sistani.org

159

د/ احمد فتح الله ، معجم الفاظ الفقه الجعفري ، ط 1 ، مطابع المدخول ، الدمام ، 1995 ، ص 164

160

عز الدين عبد العزيز عبد السلام السلمي ، قواعد الاحكام في مصالح الانام ، مؤسسة الريان ، ط 1 ، 1990- 1410 هـ ، بيروت ، ص 250.

(حق الاختصاص) في معرض كلامهم عن موارده، اما الحنفية والزيدية فانهم

يستعملون لفظ (حق) في الغالب.¹⁶¹

ويثبت الاختصاص عند جمهور الفقهاء عندما يكون للشخص وجه من وجوه الانتفاع

بالشيء ولو مالا¹⁶² ؛ لان عنصر الاختصاص علاقة تشمل من الحقوق ماليا ، وما

ليس مالياً. وهذا الاختصاص يقتضي نسبة الحق إلى المختص، إذ لا معنى

للاختصاص بدون وجود ميزة ممنوحة لصاحبه وممنوعة عن غيره ، فقد يكون

شخصاً حقيقياً وهو الانسان، او معنوياً كالدولة والوقف وبيت المال والمؤسسات وغيرها

من الشخصيات الاعتبارية¹⁶³.

ثانياً: حق الاختصاص في القانون المدني المصري:

161

الكاساني ، بدائع الضائع 6: / 195 - وللتفصيل راجع د/ العبادي، عبد السلام داود، الملكية في الشريعة الاسلامية طبيعتها ووظيفتها وقيودها دراسة مقارنة بالقوانين والنظم الوضعية، مكتبة الاقصى، مطابع وزارة الاوقاف والشؤون الاسلامية، ط 1، عمان - الاردن ، 1397 هـ، 1977 م.، 1/165

162

د/ العبادي، مرجع سابق، 1/ 167.

163

/ظ: الزرقا ، المدخل الفقهي العام 10-3.13

حق الاختصاص هو عبارة عما يختص مستحقه بالانتفاع به، ولا يملك أحد مزاحمته فيه وهو غير قابل للشمول والمعاوضات.¹⁶⁴ حيث يجوز لكل دائن بيده حكم واجب التنفيذ صادر في موضوع الدعوى يلزم المدين بشيء معين أن يحصل ، متى كان حسن النية ، على حق اختصاص بعقارات مدينة ضمانا لأصل الدين والفوائد والمصروفات.

ولا يجوز للدائن بعد موت المدين أخذ اختصاص على عقار في التركة .¹⁶⁵ كما أنه لا يجوز الحصول على حق اختصاص بناء على حكم صادر من محكمة أجنبية ، أو على قرار صادر من محكمتين إلا إذا أصبح الحكم أو القرار واجب التنفيذ .¹⁶⁶ يجوز الحصول على حق اختصاص بناء على حكم يثبت صلحا أو اتفاقا تم بين الخصوم . ولكن لا يجوز الحصول على حق اختصاص بناء على حكم صادر بصحة

164

.الحنبلي، ابن رجب، القواعد، مرجع سابق، ص 217

165

المادة رقم (1085) الكتاب الرابع - الباب الثاني - حق الاختصاص، من القانون المدني المصري الصادر 16 يوليو 1948/ والمعمول به من تاريخ 15 أكتوبر سنة 1949

166

المادة رقم (1086) الكتاب الرابع - الباب الثاني - حق الاختصاص، من القانون المدني المصري الصادر 16 يوليو 1948/ والمعمول به من تاريخ 15 أكتوبر سنة 1949

التوقيع.¹⁶⁷ ولا يجوز أخذ حق الاختصاص إلا على عقار أو عقارات معينة مملوكة للمدين وقت قيد هذا الحق وجائز بيعها بالمزاد العلني.¹⁶⁸ وعلى الدائن الذى يريد أخذ اختصاص على عقارات مدينة أن يقدم عريضة بذلك إلى رئيس المحكمة الابتدائية إلى تقع فى دائرتها العقارات التى يريد الاختصاص بها.¹⁶⁹ ويجوز لكل ذى مصلحة أن يطلب إنقاص الاختصاص إلى الحد المناسب إذا كانت الأعيان التى رتب عليها هذا الحق تزيد قيمتها على ما يكفى لضمان الدين. ويكون إنقاص الاختصاص إما بقصره على جزء من العقار أو العقارات التى رتب عليها، أو بنقله إلى عقار آخر تكون قيمته كافية لضمان الدين.¹⁷⁰

167

المادة رقم (1087) الكتاب الرابع - الباب الثاني - حق الاختصاص، من القانون المدني المصري الصادر 16 يوليو 1948/ والمعمول به من تاريخ 15 أكتوبر سنة 1949.

168

المادة رقم (1088) الكتاب الرابع - الباب الثاني - حق الاختصاص، من القانون المدني المصري الصادر 16 يوليو 1948/ والمعمول به من تاريخ 15 أكتوبر سنة 1949.

169

المادة رقم (1089) الكتاب الرابع - الباب الثاني - حق الاختصاص، من القانون المدني المصري الصادر 16 يوليو 1948/ والمعمول به من تاريخ 15 أكتوبر سنة 1949.

170

المادة رقم (1094) الكتاب الرابع - الباب الثاني - حق الاختصاص، من القانون المدني المصري الصادر 16 يوليو 1948/ والمعمول به من تاريخ 15 أكتوبر سنة 1949.

ويكون للدائن الذي حصل على حق الاختصاص نفس الحقوق التي للدائن الذي حصل على رهن رسمي، ويسرى على الاختصاص ما يسرى على الرهن الرسمي من أحكام وبخاصة ما يتعلق وتجديده ومحوه وعدم تجزئة الحق وأثره وانقضائه، وذلك كله مع عدم الإخلال بما ورد من أحكام خاصة .¹⁷¹

والاختصاص في القانون هو حق عيني تبقي يتقرر للدائن على عقار أو أكثر من عقارات المدين، بمقتضى حكم واجب التنفيذ صادرا بإلزام المدين بالدين، ويخول الدائن التقدم على الدائنين العاديين والدائنين التاليين له في المرتبة في استيفاء حقه في المقابل النقدي لذلك العقار في أي يد يكون.

فحق الاختصاص في القانون هو حق عيني تبقي يتقرر للدائن على عقار أو أكثر من عقارات المدين، بمقتضى حكم واجب التنفيذ صادرا بإلزام المدين بالدين، ويخول الدائن التقدم على الدائنين العاديين والدائنين التاليين له في المرتبة في استيفاء حقه في المقابل النقدي لذلك العقار في أي يد يكون.¹⁷²

171

المادة رقم (1095) الكتاب الرابع - الباب الثاني - حق الاختصاص، من القانون المدني المصري الصادر 16 يوليو 1948/ والمعمول به من تاريخ 15 أكتوبر سنة 1949.

172

د. على نجيدة، مرجع سابق، ص 66. د. محمد مطر، مرجع سابق، ص 221.

الفرع الثالث: حق الامتياز في الفقه الإسلامي والقانون المدني المصري :

أولاً: حق الامتياز في الفقه الإسلامي :

حق الامتياز يقابله في الفقه الإسلامي حق الغرماء بمال المفلس¹⁷³ وامتياز أحد الغرماء بأحقية عين ماله. لا خلاف بين الفقهاء في أن المشتري إذا حجر عليه لفلس قبل أداء الثمن الحال والمبيع بيد البائع - فإن للبائع أن يحبسه عن المشتري، ويكون أحق به من سائر الغرماء.¹⁷⁴

أما إذا كان المشتري قد قبض المبيع، ولم يدفع الثمن، ثم حجر عليه لفلس، ووجد البائع عين ماله الذي باعه للمفلس، فاختلف فيه الفقهاء إلى رأيين:

الرأي الأول: المالكية والشافعية والحنابلة:

ذهبوا إلى أن البائع يكون أحق بالمبيع من سائر الغرماء، ولا يسقط حقه بقبض المشتري للمبيع، لحديث أبي هريرة مرفوعاً، قال رسول الله ص من أدرك ماله

173

أبو محمد عبد الله بن أحمد بن قدامة المقدسي (1405 هـ. ت 620 هـ)، المغني في فقه الإمام أحمد بن حنبل، بيروت، دار الفكر، ط 1 - ج 4 / ص 265.

174

أبو محمد عبد الله بن أحمد بن قدامة المقدسي، مرجع سابق، ص 310.

عند إنسان أفلس فهو أحق به،¹⁷⁵ فإن شاء البائع استرده من المشتري وفسخ البيع، وإن شاء تركه، وحاص باقي الغرماء بثمنه.¹⁷⁶

الرأي الثاني: الحنفية:

ذهب الحنفية إلى أن حق البائع في المبيع يسقط بقبض المشتري له بإذنه، ويصير أسوة بالغرماء، فيباع ويقسم ثمنه بالحصص؛ لأن ملك البائع قد زال عن المبيع، وخرج من ضمانه إلى ملك المشتري وضمانه، فساوى باقي الغرماء في سبب الاستحقاق.¹⁷⁷

ثانيا: حق الامتياز في القانون المدني المصري:

الامتياز أولوية يقررها القانون لحق معين مراعاة منه لصفته . ولا يكون للحق امتياز إلا بمقتضى نص في القانون¹⁷⁸ . ومرتبة الامتياز يحددها القانون ، فإذا لم ينص صراحة في حق ممتاز على مرتبة امتياز، كان هذا الحق متأخرا في

175

رواه البخاري في صحيحه ح 2272 ج: 2 ص: 846، ومسلم في صحيحه ح 1559 ج: 3 ص: 1193

176

(الذخيرة ج 8 / ص 180، مغني المحتاج ج 2 / ص 158، المغني ج 9 / ص 219).

177

ابن عابدين، محمد أمين، مرجع سابق، ص 564.

المرتبة عن كل امتياز ورد في هذا الباب . وإذا كانت الحقوق الممتازة في مرتبة واحدة ، فاتها تستوفى بنسبة قيمة كل منها ما لم يوجد نص يقضى بغير ذلك.¹⁷⁹ وترد حقوق الامتياز العامة على جميع أموال المدين من منقول وعقار. أما حقوق الامتياز الخاصة فتكون مقصورة على منقول أو عقار معين¹⁸⁰ .

لا يحتج بحق الامتياز على من حاز المنقول بحسن نية . ويعتبر حائزا في حكم هذه المادة مؤجر العقار بالنسبة إلى المنقولات الموجودة في العين المؤجرة ، وصاحب الفندق بالنسبة إلى الأمتعة التي يودعها النزلاء في فندقه . وإذا خشي الدائن لأسباب معقولة، تبديد المنقول المثقل بحق امتياز لمصلحته جاز له أن يطلب وضعه تحت الحراسة.¹⁸¹

¹⁷⁸ المادة رقم (1130) الكتاب الرابع - الباب الرابع - حق الامتياز، من القانون المدني المصري الصادر 16 يوليو 1948/ والمعمول به من تاريخ 15 أكتوبر سنة 1949.

¹⁷⁹ المادة رقم (1131) الكتاب الرابع - الباب الرابع - حق الامتياز، من القانون المدني المصري الصادر 16 يوليو 1948/ والمعمول به من تاريخ 15 أكتوبر سنة 1949.

¹⁸⁰ المادة رقم (1132) الكتاب الرابع - الباب الرابع - حق الامتياز، من القانون المدني المصري الصادر 16 يوليو 1948/ والمعمول به من تاريخ 15 أكتوبر سنة 1949.

¹⁸¹ المادة رقم (1133) الكتاب الرابع - الباب الرابع - حق الامتياز، من القانون المدني المصري الصادر 16 يوليو 1948/ والمعمول به من تاريخ 15 أكتوبر سنة 1949.

تسرى على حقوق الامتياز الواقعة على عقار، أحكام الرهن الرسمى بالقدر الذى لا تتعارض فيه مع طبيعة الحقوق. وتسرى بنوع خاص أحكام التطهير والقيود وما يترتب على القيد من آثار وما يتصل به من تجديد ومحو. ومع ذلك فإن حقوق الامتياز العامة ولو كان محلها عقارا لا يجب فيها الشهر ولا يثبت فيها حق التتبع، ولا حاجة للشهر أيضا فى حقوق الامتياز العقارية الضامنة لمبالغ مستحقة للخزانة العامة.¹⁸²

وهذه الحقوق الممتازة جميعاً تكون أسبق فى المرتبة على أى حق امتياز عقاري آخر أو أى حق رهن رسمى مهما كان تاريخ قيده، أما فيما بينها، فالامتياز الضامن للمبالغ المستحقة للخزانة يتقدم على حقوق الامتياز العامة¹⁸³.

ويسرى على الامتياز ما يسرى على الرهن الرسمى من أحكام متعلقة بهلاك الشيء أو تلفه.¹⁸⁴ وينقضي حق الامتياز بنفس الطرق التى ينقضي بها حق الرهن الرسمى

182

المادة رقم (1134) الكتاب الرابع - الباب الرابع - حق الامتياز، من القانون المدني المصري الصادر 16 يوليو 1948/ والمعمول به من تاريخ 15 أكتوبر سنة 1949.

183

المادة رقم (1134) الكتاب الرابع - الباب الرابع - حق الامتياز، من القانون المدني المصري الصادر 16 يوليو 1948/ والمعمول به من تاريخ 15 أكتوبر سنة 1949.

وحق الرهن الحيازة ووفقا لأحكام انقضاء هذين الحقين ، ما لم يوجد نص خاص يقضى بغير ذلك.

ويكون حق الامتياز بحق القانون لا بأمر القاضي، كما أنه يتقرر على جميع أموال المدين، ويخول هذا الحق صاحب الامتياز تقدمه على الدائنين الآخرين التاليين له في المرتبة في استيفاء حقه من جميع أموال المدين. وهذا الحق إما عام يرد على جميع أموال المدين من منقول وعقار، ومن أمثلة ذلك:

ديون النفقة، وإما امتياز خاص، كمن أجر عقارا، فيكون لصاحب العقار تقدم الدائنين في استيفاء الأجرة من ثمن منقولات المستأجر الموجودة في العين المؤجرة¹⁸⁵.

184

المادة رقم (1135) الكتاب الرابع - الباب الرابع - حق الامتياز، من القانون المدني المصري الصادر 16 يوليو 1948/ والمعمول به من تاريخ 15 أكتوبر سنة 1949.

185

د. توفيق فرج، مرجع سابق ، ص: 502-503، د. خالد الرويس مرجع سابق ، ص: 219.

المبحث الثالث : القانون الدولي الانساني وحماية أسرى الحرب:

المطلب الاول : الحماية المقررة في القانون الدولي الانساني:

يشير البعض الى حقيقة مخيفة وهي "أن الاصل في العلاقات الدولية على ما يبدو هو الحروب والاختصام وليس الوئام والسلام"¹⁸⁶. ولا شك انه على الرغم بشاعة الحروب فان البشرية لم تخل وعلى مر العصور من دعاة لسلام وصالحين ومفكرين كانوا ينادون ليس فقط بتخفيف معاناة الضحايا بل كانوا ينادون بوقف الحروب وويلاتها ومع هذا فالحرب لم تتوقف، ولا يمر قرن من الزمان حتى نشاهد حرائق الحروب وويلاتها شاخصة كجزء من الطبيعة البشرية، ولهذا واذا كان ايقاف الحروب بشكل مطلق حلم يصعب تحقيقه فانه من غير الممكن ان تترك هذه الامور المأساوية على عواهنها ودون منطق ودون تنظيم او قيد. ولهذا كان دائماً هناك من ينادي بضرورة تنظيم الحروب للحد من ويلاتها او على الاقل التخفيف منها.

186

د. محمد عزيز شكري، تاريخ القانون الدولي الانساني وطبيعته، دراسات في القانون الدولي الانساني، دار المستقبل العربي من منشورات اللجنة الدولية للصليب الاحمر الدولي، دون بيان مكان الطبع ولا زمانه، ص 11

فوجد ان مفكري عصر النهضة كجان جاك رسو وروفاثيل ولك¹⁸⁷ ، قد نادوا
 ما على يربلا بر حلا د عاوق لوح يكيرمالا غالبلا لعلو ، بورحلا تاليو يف فيفختلاب
 رمالا ناريغ برحلا روما ميظننل ثيدحلا رصعلا يف قبوتكملا قنائلو لا لواء نم 1863
 مئ برحلا ي جرح لاو حانيسحتب فينج عيقافتا مارباد نع 1864 ماع يف فلتخا
 امامتهاو ايلود اميظنت ، انماما دجن ذا 1859 ماع رمحالا بيلصلا قركف قءالوب
 تائيزج يلع بصنت تناك برحلا نوناقل يلوألا تاميظنتلا ناريغ برحلا روماب امظنم
 يربلا برحلا يف يحرلاو يضرمل فاعسال ركذلا فنا 1864 فينج قيقافتاك قتييم
 تناك واصا صرلا عاوناضعب ميرحتب 1868 قدس كروب سرطب ناس نالعا وا
 قدس دروفسكا نينقتك هد عاوق ضعبلة مزلم ريغ واة صاخ تانينقت يلع بصنت
 دقو¹⁸⁸ 1874 قدس لسكورب نالعا عورشم واولود لا نونا قلاء مجمل 1880
 1899 يماع ادنلوه يف تدقع يتلا حلا صلا تارمتؤم دا قعنا دعب رمالا روطت
 1907 و التي اثمرة عن اتفاقيات سميت قانون لاهاي والتي ركزت على الوسائل

187

سلم اللغمانى، مفهوم حقوق الانسان، نشأته وتطوره من منشورات المعهد العربى لحقوق الانسان، دراسات 4،
 ص 24.

188

جورج ابى صعب، اتفاقيات جنيف 1949 بين الامس والغد، ورقة عمل قدمت الى المؤتمر الاقليمى العربى الذى انعقد
 فى القاهرة للفترة من 14 - 16 نوفمبر 1999 بمناسبة الاحتفال بالبديل الذهبى لاتفاقيات جنيف (1949 - 1999)

السموح بها في اثناء العمليات الحربية¹⁸⁹. غير ان اهم حدث في تاريخ البشرية كان ابرام اتفاقيات حنيف الاربع المبرمة في 1949 والبرتوكولين الملحقين بهذه الاتفاقيات. اذ جرى بموجب هذه الاتفاقيات تحديد الاطار العام للتنظيم القانوني لقانون الحرب ولأول مرة تتسع الحماية لتشمل تنظيم اوضاع المدنيين في زمن الحرب. وتعد الاتفاقيات الاخيرة مع قانون لاهاي الاساس الذي يتكون منه القانون الانساني الذي عرفه البعض: هو مجموعة المبادئ والقواعد المتفق عليها دولياً والتي تهدف الى الحد من استخدام العنف في وقت النزاعات المسلحة عن طريق حماية الافراد المشتركين في العمليات الحربية او الذين توقفوا عن المشاركة فيها. والمرضى والمصابين والاسرى والمدنيين، وكذلك عن طريق جعل العنف في المعارك العسكرية مقتصرأ على تلك الاعمال الضرورية لتحقيق الهدف العسكري.¹⁹⁰

189

د. محمد نور فرحان، تاريخ القانون الدولي الانساني والقانون الدولي لحقوق الانسان، جوانب الوحدة والتميز، دراسات في القانون الدولي الانساني، دار المستقبل، ص 84

190

د. محمد نور فرحان، نفس مرجع سابق ، ص 84

ولهذا نجد ان جل اهتمام واضعي الاتفاقية الخاصة باحترام قوانين واعراف الحرب البرية التي ابرمت في 18 اكتوبر/ تشرين الأول 1907 واللائحة الملحقة بها قد انصب على تعريف المحاربين ومعالجة موضوع اسرى الحرب وموضوع المرضى والجرحى والجواسيس والمفاوضون واتفاقيات الاستسلام واتفاقيات الهدنة ولكن مع هذا فان هذه الاتفاقية قد اشارت الى المدنيين من سكان المناطق المحتلة فهي في القسم الثاني في موضوع العمليات العدوانية غير ان المادة 23 منعت على وجه النصوص في الفقرة (ب) قتل او جرح افراد من الدولة المعادية او الجيش المعادي للجوء الى الغدر وكذلك منعت الفقرة (ج) الاعلان عن نقض حقوق ودعاوي مواطني الدولة المعادية او تعليقها او عدم قبولها ويمنع على الطرف المتحارب ايضا اكراه مواطني الطرف المعادي على الاشتراك في عمليات الحرب ضد بلدهم حتى ولو كانوا في خدمة طرف النزاع قبل اندلاع الحرب. والحقيقة ان القسم الثالث من اللائحة المتعلقة بقوانين واعراف الحرب البرية هو الاهم بالنسبة لحقوق الانسان ولحقوق المدنيين على درجة الخصوص اذ انصب ذلك القسم على كيفية ادارة اراضي العدو من قبل السلطة العسكرية. اذ فرضت المادة 43 على السلطة العسكرية للدولة المحتلة تحقيق الامن والنظام العام وضمانه، مع احترام القوانين السارية في البلاد وحظرت المادتين 44 و 45 اجبار سكان الاراضي

المحتلة على الادلاء بمعلومات او تقديم الولاء للقوة المعادية كما حظرت المادة 47 السلب. وقد نصت المادة 46 على حماية حقوق الانسان عندما اوجبت "احترام شرف الاسرة، وحياة الاشخاص والملكية الخاصة، وكذلك المعتقدات والشعائر الدينية، ولا تجوز مصادرة الملكية الخاصة".¹⁹¹

وهذه الحماية التي تقررها هذه المادة تتطابق مع الحماية المقررة في الاعلان العالمي لحقوق الانسان الصادر عام 1948 في العديد من المواد اذ نصت المادة (3). على ان "لكل فرد الحق في الحياة والحرية وسلامة شخص". ونصت المادة (16) على ان "الاسرة هي الوحدة الطبيعية الاساسية للمجتمع ولها حق التمتع بحماية المجتمع والدولة"، كما نصت المادة 17 على الاتي: "1- لكل شخص حق التملك بمفرده او بالاشتراك مع غيره. 2- لا يجوز تجريد احد من ملكه تعسفاً".

كما نصت المادة (18) على حرية المعتقدات الدينية بقولها "لكل شخص الحق في حرية التفكير والضمير والدين ويشمل هذا الحق حرية تغيير ديانته او عقيدته وحرية الاعراب عنهما بالتعليم والممارسة ومراعاتها سواء اكان ذلك سراً ام مع

191

نفس المرجع السابق

الجماعة".¹⁹² وقد صدرت العديد من الاتفاقيات لتنظيم شؤون المنازعات المسلحة كان من ابرزها اتفاقية منح الابداء الجماعية واتفاقيات جنيف الرابع. ففما ففءق باءافاففة منع ءرفمة الابداء الجماعفة والمعاقة عليها والءف اقرء بقرار الجمعفة العامة للامم المءءءة (المرقم 260 الف (ء.ء)، فف 9/كانون الأول/ءفسمبر/ 1948 واصبء نافءة المفعول فف 12 /فنافر/ 1951 و فعف الابداء الجماعفة بنظر الماءة (2) من ءلك الاءافافة أف الاءفال الاءفة:

- (أ) قءل اءضاء من الجماعة.
- (ب) الءاق اءف ءسءف او روءف ءطفر باءضاء من الجماعة.
- (ء) اخضاع الجماعة عمءاً لظروف معفشفة فراد بها ءءمفرها الماءف كلفاً او ءرفئاً.
- (ء) فرض ءءابفر ءسءءءف الءؤل ءون انءاب الاءفال ءااء الجماعة.
- (ء) نقل اءفال من الجماعة عنوة الى ءماعة اءرى.

وقء نصء الماءة ءالءة من ءلك الاءافافة على ان فعاقب على الاءفال ءالفة:

192

كراس: ءقوق الانسان الشرعة ءءلفة لءقوق الانسان صءففة الوقائع رقم 2 اصءارات الامم المءءءة لعام 2003.

- (أ) الإبادة الجماعية.
- (ب) التآمر على ارتكاب الإبادة الجماعية.
- (ت) التحريض المباشر والعلني على ارتكاب الإبادة الجماعية.
- (ث) محاولة ارتكاب الإبادة الجماعية.
- (ج) الاشتراك في الإبادة الجماعية.
- ومن الملفت للنظر ان هذه الاتفاقية قد اعدت للسريان في وقت السلم وزمن الحرب حيث نصت المادة (1) في الاتفاقية "تصادق الاطراف المتعاقدة على الإبادة الجماعية، سواء ارتكبت في ايام السلم واثناء الحرب هي جريمة بمقتضى القانون الدولي وتتعهد بمنعها والمعاقبة عليها. مما تعد من الاتفاقيات التي تدخل ضمن الميدان المشترك للقانون الدولي الانساني، وقانون حقوق الانسان وهي تقرر العقوبة ليس فقط على الافراد بل وحتى على حكام الدستوريين والموظفين العاميين (المادة 4) كما ان تلك الاتفاقية لا تعد جرائم الإبادة الجماعية من الجرائم السياسية (المادة 7) من الاتفاقية وهذا يسمح بتسليم الى ممن ارتكب تلك الجرائم اذا طلب ذلك.

وإذا انتقلنا الى اتفاقيات جنيف الرابع، وكلها مؤرخة في 12/اغسطس/اب/ 1949.

فانها قد اوردت تنظيمات شاملة لفترات الحرب. ولعل اهم ما يلفت الانتباه في هذه الاتفاقيات هو اصرارها جميعاً على حماية حقوق الانسان مما حدا بها لوضع المادة (3) المشتركة في جميع هذه الاتفاقيات لحماية الاشخاص الدين لا يشتركون في الاعمال العدائية او الذين لا يشتركون مباشرة في الاعمال العدائية بمن فيهم "افراد القوات المسلحة الذين القوا عنهم السلاح، والاشخاص العاجزون عن القتال بسبب المرض او الجرح او الاحتجاز او لاي سبب اخر، يعاملون في جميع الاحوال معاملة انسانية، دون أي تمييز ضار يقوم على العدو او اللون، او الدين او المعتقد او الجنس او المولد او الثروة او أي معيار اخر". وقد حظرت الاتفاقيات بالنسبة للاشخاص الذين لا يشتركون مباشرة في النشاطات العدائية، الاعمال التالية وتبقى محظورة في جميع الاوقات والاماكن:

(أ) الاعتداء على الحياة والسلامة المدنية، وخاصة القتل بجميع اشكاله والتشوية والمعاملة القاسية والتعذيب.

(ب) اخذ الرهائن.

ت) الاعتداءات على الكرامة الشخصية، وعلى الاخص المعاملة المهينة والحاطة بالكرامة.

ث) اصدار الاحكام وتنفيذ العقوبات دون اجراء محاكمة سابقة امام محكمة مشكلة تشكيلاً قانونياً وتكفل جميع الضمانات القضائية اللازمة في نظر الشعوب المتعدنة.

وهذه النصوص تتطابق مع الاحكام المقررة في الاعلام العالمي لحقوق الانسان في العديد من موارده فحماية الحياه والسلامة البدنية مقررة في المادة 11 من الاعلان كما رأينا، ومنع التعذيب مقرر ايضا في المادة (5) من الاعلان التي نصت على الاتي: لا يعرض أي اسنان للتعذيب ولا للعقوبات او المعاملات القاسية او الوحشية او الحاطة بالكرامة" كما ان الاعراف بالكرامة الشخصية، مقرر في الاعلان العالي لحقوق الانسان اذ جاء في الديباجة ما يأتي "لما كان الاعتراف بالكرامة المتأصلة في جميع اعضاء الاسرة البشرية وبحقوقهم المتساوية الثابتة هو اساس الحرية والعدل والسلام.

اما ما يتعلق بالمحاكمة العادلة فهو الاخر قد نص عليه الاعلان العالمي في المادة (10) التي نصت على انه "لكل انسان الحق على قدم المساواة مع الآخرين، في ان

تتظر قضيته امام محكمة مستقلة نزيهة نظراً عادلاً علنياً للفصل في حقوقه والتزاماته، واية تهمة جنائية توفق اليه، ولو رجعنا للاتفاقيات جفيف الاربع لوجدنا ان اتفاقية جفيف الاولى انصبت على موضوع تحسين حال الجرحى والمرضى بالقوات المسلحة في الميدان.

اما اتفاقية جنيف الثانية (المؤرخة في 12 أغسطس 1949) فهي قد عالجت موضوع جرحى ومرضى وغرقى القوات المسلحة في البحار. وقد نصت المادة (12) من الاتفاقية على الاتي "يجب في جميع الاحوال احترام وحماية الجرحى والمرضى والغرقى ممن يكونون في البحر من افراد القوات المسلحة وغيرهم". وقد عدت الاتفاقية مخالفات جسيمة الافعال الاتية: اذا اقترفت ضد اشخاص محميين او ممتلكات محمية بالاتفاقية: القتل العمد التعذيب او المعاملة اللانسانية، بما في ذلك التجارب الخاصة بعلم الحياة تعتمد احداث الام شديدة او الاضرار الخطيرة بالسلامة البدنية او بالصحة تدمير الممتلكات او الاستيلاء عليها على نطاق واسع لا تبرره الضرورات الحربية وبطريقة غير مشروعة وتعسفية.

اما جنيف الثالثة فقد انصبت على معاملة اسرى الحرب وقد جاءت المادة الثالثة بالاحكام السابقة بشأن حماية حقوق الانسان لغير المشتركين في الاعمال العسكرية

وقد اوجبت المادة (13) من الاتفاقية معاملة اسرى الحرب "معاملة انسانية في جميع الاوقات، ويحضر ان تقتزن الدولة الحائزة أي فعل او اهمال غير مشروع يسبب موت اسير في عهدتها، ويعتبر انتهاكاً جسيماً لهذه الاتفاقية، وعلى الاخص لا يجوز تعريض أي اسير حرب للتشويه البدني او التجارب الطبية او العلمية من أي نوع كان مما لا تبرره المعالجة الطبية للاسير المعني او لا يكون في مصلحته. وبالمثل يجب حماية اسرى الحرب في جميع الاوقات وعلى الاخص ضد جميع اعمال العنف او التهديد وضد السباب وفضول الجماهير" وقد اكدت المادة (4) على ان "لاسرى الحرب حق في احترام اشخاصهم وشرفهم في جميع الاحوال ويجب ان تعامل النساء الاسيرات بكل الاعتبار الواجب لجنسيهن ويجب على أي حال ان يلقين معاملة لا تقل ملائمة عن المعاملة التي يلقاها الرجال ويحتفظ اسرى الحرب بكامل اهليتهم المهنية التي كانت لهم عند وقوعهم في الاسر ولا يجوز للدولة الحاجزة تقييد ممارسة الحقوق التي تكفلها هذه الاهلية سوى في اقليمها او خارجه الا بالقدر الذي يقتضيه الاسر" و اوجبت المادة (15) على الدولة التي تحتجز اسرى الحرب ان تتكفل بانعاشتهم دون مقابل وتقديم الرعاية الطبية التي تتطلبها حالتهم الصحية مجاناً. واحكام هذه المادة تتفق والاحكام المقررة في الاعلان العالمي لحقوق الانسان وعلى الاخص المادة (6) التي نصت على ان كل انسان اينما وجد الحق في ان يعترف في

شخصيته القانونية. اما الاتفاقية الرابعة فهي الالهة على الاطلاق لانها عالجت موضوعاً مهماً هو موضوع حماية الاشخاص المدنيين في وقت الحرب فضلاً عن الحكم الوارد في المادة (3) المشتركة فقد اوردت تلك الاتفاقية نصوصاً توفر اشكالا متعددة من الحماية للمدنيين فالمادة الخامسة توجب معاملة الاشخاص المحميين بنسانية حتى ولو كانوا قد اتهموا بالجاسوسية او التخريب او بنشاطات تضر بامن دولة الاحتلال. كما اوجبت ضمان حقهم بمحاكمة عادلة. كما ان المادة (16) اوجبت توفير حماية واحترام خاصين للجرحى والمرضى والغرقى والحوامل والمعرضين لخطر كبير وحمايتهم من السلب وسوء المعاملة وحرمت المادة 18 الهجوم على المستشفيات المدنية كما اوجبت المادة (24) اتخاذ التدابير الضرورية لضمان عدم اهمال الاطفال ممن هم دون 15 من العمر الذين افترقوا عن عوائلهم بسبب الحرب وقد خصصت الاتفاقية الرابعة الباب الثالث من القسم الأول للاقرار بحقوق المحميين بل ان بعض مواد هذا القسم تعد مجرد تكرار لما جاء في المادة 3 المشتركة مما يوحي بان المقصود هو التأكيد واعطاء تفصيل بماهية الحماية فقد نصت المادة (27) على ان: "للاشخاص المحميين في جميع الاحوال حق الاحترام لاشخاصهم وشرفهم وحقوقهم العائلية وعقائدهم الدينية وعاداتهم وتقاليدهم ويجب معاملتهم في جميع الاوقات معاملة انسانية وحمايتهم بشكل خاص ضد جميع اعمالهم او التهديد وضد

السباب وفضول الجماهير ويجب حماية النساء بصفة خاصة ضد أي اعتداء على شرفهن ولا سيما ضد الاغتصاب والاكرام على الدعاره او هتك عرضهن. ونصت المادة (31) على حظر ممارسة أي اكرام بدني او معنوي ازاء الاشخاص المحميين خصوصاً بهدف الحصول على معلومات منهم او من غيرهم. وتحظر المادة 32 "جميع التدابير التي من شأنها ان تسبب معاناة بدنية او اباذة للاشخاص المحميين الموجودين تحت سلطتها ولا يقتصر هذا الحظر على القتل او التعذيب او العقوبات البدنية او التشوية والتجارب الطبية والعلمية التي لا تقتضيها المعالجة الطبية للشخص المحمي وحسب ولكنه يشمل ايضاً أي اعمال وحشية اخرى سواء قام بها وكلاء مدنيون او وكلاء عسكريون.

وقررت المادة 37 بانه: "لا يجوز معاقبة أي شخص محمي عن مخالفة لم يقترفها شخصياً وتحظر العقوبات الجماعية وبالمثل جميع تدابير التهديد او الارهاب والسلب محظور وتحظر تدابير الاقتصاص من الاشخاص المحميين وممتلكاتهم وقد اكدت المادة 35 على حق التنقل وهو من حقوق المقررة في الاعلان العالمي لحقوق الانسان في المادة 13 منه والتي تنص على:¹⁹³

193

اتفاقية جنيف الثانية (المؤرخة في 12 أغسطس 1949).

1) لكل فرد حرية التنقل واختيار محل اقامته داخل حدود كل دولة.

2) يحق لكل فرد ان يغادر اية بلاد فيما ذلك بلده كما يحق له العودة اليه . واكدت المادة 38 على حقوق الاجانب وعلى الاخص مفي الحصول على امدادات الاغثة والعلاج الطبي والسماح لهم بممارسة عقائدهم الدينية والحصول على المعاونة الروحية من رجال دينهم والاهم في هذه المادة انها اقرت بمعاملة تفضيلية لذوي الاحتياجات الخاصة ¹⁹⁴. وقد نصت المادة (39) على الحق بالعمل ولكنه خاص بالاشخاص المحميين الذين فقدوا بسبب الحرب عملهم الذي يتكسبون منه في حين ان المادة 23 من الاعلان العالمي لحقوق الانسان قد نصت على هذا الحق بشكل مطلق اذ نصت الفقرة الاولى من تلك المادة على ما يأتي "لكل شخص الحق في العمل وله حرية اختياره بشروط عادلة مرضية كما ان له حق الحماية من البطالة" وقد نظمت المواد (41،43) امر تدابير المراقبة او فرض الإقامة الجبرية او الاعتقال كما حظرت المادة(49) النقل الجبري الجماعي او الفردي للاشخاص المحميين او نفيهم من الاراضي المحتلة الى اراضي دولة الاحتلال او الى اراضي أي دولة اخرى كما منعت المادة (51) ارغام الاشخاص المحميين على الخدمة في بالقوات المسلحة في دولة

194

فقد نصت المادة 38 فقرة 5 "يجب ان ينتفع الاطفال دون 15 عشر من العمر والحوامل والامهات والاطفال "دون 7 من العمر بمعاملة تفضيلية يعامل بها رعاية الدولة المعنية

الاحتلال ونظمت المادة نفسها موضوع عدم جواز ارغام الاشخاص المحميين على العمل كما حظرت المادة 53 تدمير أي ممتلكات خاصة ثابتة او منقولة تتعلق بافراد او جماعات او بالسلطات العامة او المنظمات الاجتماعية او التعاونية الا اذا كانت العمليات الحربية تقتضي حتما هذا التدبير. ويجري التأكيد على ان القانون الدولي الانساني هو قانون نشأ على مبادئ اساسية اهمها مبدأ الفروسية الذي يمنع المقاتل من الاجهاز على جريح او اسير او مهاجمة الممتلكات الخاصة للاشخاص المدنيين غير المشاركين في العمليات القتالية وعلى مبدأ الضرورة الذي يقوم على فكرة قوامها ان استعمال اساليب العنف والقسوة والخداع والاعمال العدائية في الحرب ضد الطرف الاخر والتحلّى بمبدأ الانسانية الذي يدعو " خاصة اذا كان استعمال هذه الاساليب لا يجدي في تحقيق الهدف من الحرب".¹⁹⁵

المطلب الثاني : تطبيق قانون حقوق الانسان في ظروف الحرب:

من الامور المسلم بها ان حالة الحرب والنزاعات المسلحة تعد من الامور الطارئة وهي بهذا الوصف تدخل ضمن حالات الطوارئ التي يجوز بها الدولة تقييد بعض

195

دكتور اسماعيل عبد الرحمن الاسس الاولى للقانون الانساني الدولي، من منشورات اللجنة الدولية للصليب الاحمر بعثة القاهرة دار المستقبل العربي سنة 2003 صفحة 33.

حقوق الانسان استناداً لحالة الطوارئ هذه.¹⁹⁶ وبمعنى اخر ان حالة الحرب تعد ظرفاً طارئاً تستطيع به الدول ان تتحلل من بعض الحقوق المنصوص عليها في قانون حقوق الانسان.¹⁹⁷ اما بقيت الحقوق المصانة والاساسية فلا يجوز المساس بها في فترة الحروب والنزاعات المسلحة وفي فترة الطوارئ لانها من الحقوق غير القابلة للتقييد او السقوط لذلك يمكن القول ان حقوق الانسان المصانة والتي لا يجوز المساس بها والمقررة في حقوق الانسان تسري هي ايضاً في وقت الحرب جنباً الى جنب مع احكام قانون الدولي الانساني وتعد مكملة وداعمة ومعززة للقانون الانساني وهذه الحقوق هي الحق في الحياة. وحظر اعمال التعذيب والعقوبات الا انسانية او المهينة وعدم جواز تطبيق القوانين الجنائية بأثر رجعي وتحريم الرق والعبودية واعمال السخرة وحظر اخضاع أي انسان دون رضائه الحر للتجارب الطبية او العلمية وعدم جواز سجن الشخص بسبب عدم قدرته على الوفاء بالتزامه التعاقدي وحرية

196

د. محمد نور فرحان، مصدر سابق، صفحة 89

197

قانون حقوق الانسان يشمل الاعلان العالمي لحقوق الانسان الصادر 1948 والذي اعتمد بموجب قرار الجمعية العامة للامم المتحدة رقم 217 الف (د.3) في 10 كانون الاول ديسمبر 1948 والعهد الدولي الخاص بحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية الذي اعتمد بموجب قرار الجمعية العامة للامم المتحدة رقم 220 الف (د.21) المؤرخ في 16 كانون الأول/ديسمبر/ 1966 وكذلك العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية الذي اعتمد بموجب قرار الجمعية العامة رقم 2200 الف (د.21) في 16/كانون الأول/ديسمبر/ 1966 .

الفكر والضمير والمعتقد الديني ويرى البعض¹⁹⁸ ان الاتفاقية الامريكية لحقوق الانسان قد اضافة الى هذه الحقوق ذات الحصانة حقوقاً اخرى لا يجوز المساس بها في ظروف الطوارئ والظروف الاستثنائية وهي الحق في الاسم وحقوق الاسرى وحقوق الطفل والحق في الجنسية والحقوق السياسية اما الحقوق غير الاساسية فيجري تقييدها استناداً الى حالة الطوارئ والى ظروف الحرب.

ومن المناسب الاشارة الى ان القواعد المقررة في بعض المواثيق الدولية وعلى الاخص حقوق الطفل وحقوق المرأة يجب ان تبقى سارية في زمن الحرب بوصفهم من اصحاب الاحتياجات الخاصة ممن يتوجب تقرير الحماية لهم بشكل اقوى واشد في زمن الحرب¹⁹⁹ لذلك فيفترض ان تبقى الضمانات المقررة لهم سارية زمن الحرب استناداً الى مبدأ التطبيق من باب أولى، ذلك انه اذا كنا نوجب تطبيق تلك القواعد في شأنهم زمن السلم فان تطبيقها يكون اوجب في زمن الحرب وزمن المنازعات المسلحة ولذلك فيمكن تقرير مبدأ يقوم على اساس ان قواعد حقوق الانسان تكون واجبة التطبيق في زمن الحرب كلما كنا ازاء اشخاص لهم احتياجات

198

د. عماد عمر، مصدر سابق، ص 89-90

199

د/ جعفر عبد السلام القانون الدولي الانساني في الاسلام، القاهرة، 2003، صفحة 70

خاصة، وهذه المشاركة والتأزر بين القانون الدولي الانساني وقانون حقوق الانسان مسألة طبيعية لانها تعود الى حقيقة يتفق عليها الجميع وهي: "ان حماية الانسان من ويلات الحروب وشروورها هي الغاية العظمة للقانون الدولي الانساني كما ان حماية الانسان ذاته من بطش وتعسف السلطة هو الغاية العظمة للقانون الدولي لحقوق الانسان ومن هنا فان نقطة الالتقاء الاولى بين القانونين تكمن في ان الانسان هو محور الاحماية ومحلها فكلاهما مكرس لتحقيق هذه الغاية".²⁰⁰ وبالنظر لتداخل مجال التطبيق للقانونين فقد وصل الامر بالبعض الى المناداة بالدمج بين القانونيين فجان بيكتيه²⁰¹ يذهب "الى اهمية النظر الى القانون الدولي الانساني نظرة شمولية عريضة بحيث يمكن القول ان هذا القانون يشتمل على فرعي قانون الحرب وحقوق الانسان وبهذا يمكن القول بان القانون الدولي الانساني يتكون من كافة الاحكام القانونية الدولية سواء في التشريعات او القوانين العامة التي تكفل احترام الفرد وتعزز ازدهاره وذلك في محاولة منه لايجاد علاقة ترابط بين القانونيين بحيث يمكن اعطاءها تسمية افضل ويطلق عليها اسم مشترك هو (القانون الانساني)

200

د/ اسماعيل عبد الرحمن، مرجع سابق، صفحة 20

201

هوجان بيكتيه مشار اليه في: اسماعيل عبد الرحمن، مصدر سابق، صفحة 20

بمعنى العريض لهذه المشكلة". ولكن المشكلة التي تواجه البشرية اليوم هي مشكلات النزاعات المسلحة غير الدولية فمع انحسار الحروب بانتهاء الحرب العالمية الثانية تقجرت العديد من النزاعات الاقليمية والداخلية في بؤر مختلفة من العالم.²⁰²

وعلى الرغم من ان هذه النزاعات مشمولة باحكام القانون الدولي الانساني الا ان تلك الاحكام يجري تجاوزها بشكل مستمر والسبب في ذلك يعود الى انه كثيراً ما يصعب تشخيص الجهة التي خرقت القانون الدولي لانها قد تكون ميليشيات سرية لا يعرف احد حقيقتها ولا اماكن تواجدها كما قد ترتكب من افراد او مجموعات صغيرة يصعب كشفها وتشخيصها وقد كشفت احداث راوندا ويوغسلافيا السابقة الى ان القائمين بها ينتمون الى مجموعات عرقية او طائفية توفر لهم الحماية والملجأ الامن وان الجنات قد يتوارون بين الجماهير المؤيد لهم بشكل يصعب لهم الوصول اليهم لانهم لا عنوان لهم ولا مناصب وظيفية معلومة ولهذا فقد حصلت مجازر لا مثيل لها في التاريخ دون ان يعاقب مرتكبوها جميعاً فقد ابيدت جماعات عرقية كاملة وشرد الملايين واغتصبت نسوه ودفن البعض احياء ويكفي ان نشير الى بشاعة ما حدث ضد المسلمين في البوسنة والهرسك والتي وصلت الى حد ان بعض المناطق غطت

202

حازم محمد عدلم، قانون النزاعات المسلحة غير الدولية، القاهرة 2003، صفحة 209

جثث القتلة مسافة 50 – 70 متراً.²⁰³ وبأمكان قانون حقوق الانسان المساهمة في

التخفيف من السرعات العرقية والطائفية ولا سيما الداخلية وينطلقون في توضيح

هذه الفكرة من حقيقة ان انتهاكات الداخلية لحقوق الانسان والتي تقع على الشعوب من

قبل السلطات الحاكمة ذات الانظمة الشمولية والاستبدادية هي ارضية الخصبة لاثارة

النعرات الطائفية والعنصرية وكثيراً ما تتشكل جماعات متطرفة نتيجة لمعاناتها من

التهميش في بلادها ومن الفقر والاهمال وتعبير عن احتجاجاتها عن الواقع من خلال

اعمال عنفاً عشوائية تستهدف الضحايا الابرياء²⁰⁴ ، فاذا ما طبقت مبادئ ديمقراطية

وحقوق الانسان والمساواة بين ابناء البلد الواحد بمختلف مكوناته واعراقه ودياناته

وتمت المساواة في توزيع الثروات القومية والقضاء على الفساد امكن معالجة

الازمات وامكن حلول دون اثاره الصراعات الداخلية. وهذه الحلول المبنية على

معالجة اسباب الازمات والصراعات الداخلية يمكن ان تكون احدى من تطبيق احكام

القانون الدولي الانساني التي تطبق احكامها بعد نشوء الصراعات والعمليات

العسكرية ذلك لانه على الرغم من ان المادة 3 من البروتوكول الثاني توجب على قادة

203

د. احمد ابو الوفا، الفئات المشمولة بحماية القانون الدولي الانساني، دار المستقبل العربي، 2003، صفحة

149.

204

.عمر عماد عمر، مصدر سابق، صفحة 154

القوات المشقة التزام اعمال الحظر وقمع الانتهاكات التي يرتكبها افراد منظماتهم ان حدثت²⁰⁵. الا ان من الصعوبة بمكان تنفيذ المواثيق الدولية بحق هذه الجماعات لصعوبة رصد مرتكبيها وامكانية تواريتهم بين الاهالي المدنيين. وعلى الرغم من نقاط التلاقي والاتفاق بين القانون الدولي الانساني وقانون حقوق الانسان وان احدهما يكمل ويعزز الاخر الا ان ذلك لا يمنع من وجود بعض الاختلافات ذات الطبيعة الفنية في الاغالب اذ يختلف مضمون القانون الدولي الانساني عن مضمون القانون الدولي لحقوق الانسان في ان الأول يعنى بصفة اساسية بحماية الفرد والممتلكات المدنية من الاضرار التي قد تنجم عن العمليات العسكرية في حين ان قانون حقوق الانسان يعنى بصفة اساسية بالفرد لضمان حقوقه اتجاه سلطة دولته والقانون الدولي الانساني انما يعالج ارتباط حقوق المواطنين في دولة هي طرف في نزاع مسلح في مواجهة القوات المسلحة لدولة اخرى طرف في ذات النزاع²⁰⁶. كما تختلف اليات تنفيذ القانون الدولي الانساني عن اليات قانون حقوق الانسان فاليات تطبيق القانون الدولي الانساني انما تعتمد على دور اللجنة الدولية للصليب الاحمر وعلى دور الدولة

205

.هانز بيبتر غاسر، حظر الاعمال الارهابية في القانون الدولي، دار المستقبل العربي، صفحة 386

206

.د. اسماعيل عبد الرحمن، مصدر سابق، صفحة 22

الحامية كما ان هناك دوراً جنائياً في تطبيق ذلك القانون على المستوى الوطني اذ
توجب اتفاقيات جنيف الاربع وتقرر وجوب اعمال قاعدة الاختصاص الجزائي
العالمي أي ان على كل طرف متعاقد ملاحقة مجرمي حرب لمحاكمتهم امام القضاء²⁰⁷
وعلى المستوى الدولي فقد جرى استحداث محاكم خاصة لمحاكمة مجرمي حرب عقب
الحرب العالمية وهي محاكم نورنتبورغ المشهور وكذلك المحاكم الخاصة التي
استحدثت لمحاكمة مجرمي الحرب في راوندا ويوغسلافيا ويمكن ان يشار الى ان
تطور الية تطبيق القانون الدولي الانساني وصل الى مداه بتشكيل المحكمة الجنائية
الدولية التي اعتبرت نظاماً قضائياً متكاملأ في هذا المجال.²⁰⁸

المطلب الثالث: كفالة الدولة الأسرى للحقوق المتعلقة بشخص الأسرى:

207

د. عامر الزمالي، اليات تنفيذ قانون الدولي الانساني، منشورات اللجنة الدولية للصليب الاحمر، القاهرة،
2003، صفحة 264.

208

. المستشار شريف علتم، المحكمة الجنائية الدولية المواعامت الدستورية والتشريعية، 2003، صفحة 13

يقصد بهذه الحقوق أن تكفل الدولة الأسرة حق الأسرى في الاتصال بالخارج،
وحقهم في الكساء والرعاية الطبية، وكذا حقهم في ممارسة الشعائر الدينية
والنشاطات الفكرية والبدنية، هذا إضافة إلى الحقوق المالية.²⁰⁹

أولاً: حق الأسرى في الاتصال بالخارج :

تضمنت المواد من 70 إلى 77 من اتفاقية جنيف الثالثة حق أسرى الحرب في إقامة
علاقات بالخارج، فبالرغم من وجودهم في أماكن وظروف خاصة نتيجة أوضاع
الأسر، فإنهم على اتصال بالخارج وخاصة بأهلهم وذويهم وبعض الجهات الأخرى
كالمنظمات الإنسانية.²¹⁰

وعليه بمجرد وقوعه في الأسر خلال مدة لا تزيد عن أسبوع واحد من تاريخ
وصوله للمعسكر، وكذلك في حال مرضه أو نقله إلى مستشفى أو إلى معسكر آخر،
لأسير الحرب الحق في أن يكتب إلى عائلته من جهة، وإلى الوكالة المركزية لأسرى

209

.علي بن أحمد، المرجع السابق، ص 46

210

. عامر الزمالي، مدخل إلى القانون الدولي الإنساني، المرجع السابق، ص 48

الحرب من جهة أخرى، ببطاقة توافق بقدر الإمكان للنموذج الملحق بالاتفاقية²¹¹ ،
 لإبلاغهم بوقوعه في الأسر وبعنوانه وحالته الصحية، وترسل هذه البطاقة بأسرع ما
 يمكن وعدم تأخيرها بأي حال من الأحوال.²¹²

كذلك يسمح لأسير الحرب باستلام الخطابات، فإذا رأت الدولة الحاجزة أنه من
 الضروري تحديد عدد الخطابات التي يرسلها فإنها تحدد، وفي هذه الحالة يجب أن لا
 يقل عدد الخطابات عن اثنين، والبطاقات بواقع أربع بطاقات كل شهر، وعلى الدولة
 الحاجزة أن تسمح للأسرى الذين لم تصل أخبار عائلاتهم من مدة طويلة بإرسال
 برقيات على حسابهم في حال تعذر الاتصال بهم عن طريق البريد العادي²¹³، ولا
 تفرض على هذه الرسائل قيود إلا ما تقترحه الدولة الحامية لمصلحة الأسرى
 أنفسهم، أو ما تقترحه اللجنة الدولية للصليب الأحمر، أو أية منظمة إنسانية أخرى

211

. راجع النموذج رقم 03 الملحق باتفاقية جنيف الثالثة 1949

212

. راجع المادة 70 من اتفاقية جنيف الثالثة 1949

213

. محمد فهاد الشلالدة، المرجع السابق، ص 130

تساعد الأسرى وذلك فيما يتعلق برسائلهم فقط بسبب ضغوط استثنائية على النقل والمواصلات.²¹⁴

ومن الحقوق الأخرى المكفولة للأسرى الحرب بمقتضى نص المادة (72) هو الحق في استلام طرود فردية أو جماعية، إما عن طريق البريد، أو أي طريقة أخرى تحوي على الأخص مواد غذائية، أو ملابس، أو إمدادات طبية، أو نشرات دينية، أو تعليمية أو ترفيهية، بما في ذلك المواد العلمية وأوراق الامتحانات والآلات الموسيقية والأدوات الرياضية والمواد التي تتيح للأسرى مواصلة الدراسة أو ممارسة نشاط فني. وتعفى طرود الإغاثة المرسلة للأسرى من جميع الرسوم البريدية سواء كان هذا في الدولة المرسلة أو الدولة المرسل إليها²¹⁵، فإذا ما تعذر على الدولة المختصة ضمان نقل تلك الطرود فيمكن أن تتكفل بذلك الدولة الحامية أو اللجنة الدولية للصليب الأحمر أو أي منظمة أخرى تعترف بها أطراف النزاع، وعلى

214

راجع المادة (72) من اتفاقية جنيف الثالثة / 1949

215

راجع المادة (74) من اتفاقية جنيف الثالثة / 1949

الأطراف السامية المتعاقدة في اتفاقية جنيف الثالثة تقديم وسائل النقل اللازمة لذلك، ومنحها تصريحاً بالمرور في إقليمها.²¹⁶

ويجب أن تتم المراقبة البريدية وفحص الطرود بكيفية لا تعرض محتواها للتلف، وأن يجري الفحص بحضور المرسل إليه، أو زميل مفوض له، إلا في حالة المحررات المكتوبة أو المطبوعة، ولا يجوز بأي حال من الأحوال تأخير تسليم الطرود الفردية أو الجماعية للأسرى بحجة صعوبات المراقبة، وإذا ما تم حظر المراسلات لأسباب قد تكون سياسية أو حربية فيجب أن يكون ذلك بصفة مؤقتة وفي أقصر مدة ممكنة.²¹⁷

ويقع لزاماً على الدولة الحائزة تقديم كافة التسهيلات لنقل الأوراق أو المستندات أو الأدوات المرسلة من الأسرى أو المرسلة إليهم، وبالخصوص التوكيلات والرسائل القضائية وذلك عن طريق الدولة الحامية، أو الوكالة المركزية للأسرى الحرب المنصوص عليها في المادة (123)، ويقع أيضاً لزاماً عليها في جميع الحالات تقديم

216

راجع الفقرات 03-02-01 من المادة (75) من اتفاقية جنيف الثالثة 1949

217

راجع المادة 76 من اتفاقية جنيف الثالثة 1949

التسهيلات لأسرى الحرب في إعداد هذه المستندات والسماح لهم باستشارة المحامين واتخاذ الإجراءات اللازمة للتصديق على توقيعهم.²¹⁸

ثانياً: الحق في الغذاء والكساء والرعاية الطبية والصحية:

بالنسبة للحق في الغذاء قررت اتفاقية جنيف الثالثة أن وجبات الطعام الأساسية اليومية ينبغي أن تكون كافية في كميتها ونوعيتها وتنوعها، بحيث تكفل سلامة الحالة الصحية للأسرى ولا تعرضهم لنقص الوزن أو تقشي الأمراض الناشئة عن سوء التغذية، كما يراعى أن تكون الأطعمة من نفس النوع الذي اعتاد عليه الأسرى في بلادهم.²¹⁹

وتجدر الإشارة في هذا الإطار إلى اتفاقية جنيف لعام 1929 ، حيث أن هذه الأخيرة كانت تنص على ضرورة حصول الأسرى على طعام من نفس النوع الذي تتناوله القوات الأسيرة، إلا أن هذا الأمر تغير عندما وقع كثير من أسرى الحرب من الدول الأوروبية والولايات المتحدة الأمريكية إبان الحرب العالمية الثانية في يد القوات اليابانية، وعانوا كثيراً بسبب عدم تحملهم الحياة نتيجة تناول الطعام الياباني، ومن ثم

218

. راجع المادة 77 من اتفاقية جنيف الثالثة 1949

219

. راجع المادة (26) من اتفاقية جنيف الثالثة 1949

جاءت اتفاقية جنيف الثالثة، لتتص على مراعاة تقديم الأطعمة التي اعتاد عليها الأسرى في بلادهم . علاوة على ذلك يجب تزويد أسرى الحرب بكمية كافية من الماء، ويجب السماح لهم باستعمال التبغ، كما يجب تخصيص مكان لتناول الطعام، ولا يجوز بأي حال من الأحوال أن يقطع شيء من غذائهم كجزاء تأديبي يصيبهم جميعاً.²²⁰

ويجب أن يسمح للأسرى بقدر الإمكان الاشتراك في إعداد طعامهم ويمكن استخدامهم لهذا الغرض في المطابخ، كما يجب السماح لهم بتناول وإعداد الأطعمة التي تكون في حوزتهم، كما يتعين إقامة مطاعم داخل جميع المعسكرات، تقدم ما يحتاجه الأسرى من طعام وغيره، كما يجب مراعاة الأسرى الذين يعملون في الأشغال الشاقة، إذ يجب أن يحصلوا على كميات إضافية من الغذاء حتى يتمكنوا من القيام بهذا العمل، دون أن يتعرضوا للخطر أو الضعف أو سوء التغذية.²²¹

أما بالنسبة لحق الأسرى في الكساء فإنه وبمقتضى نص المادة 27 من اتفاقية جنيف الثالثة، على سلطات الدولة الحائزة تزويدهم بكميات كافية من الملابس والأحذية

220

راجع الفقرتان 03، 06 من المادة 26 من اتفاقية جنيف الثالثة 1949

221

. راجع الفقرات 02، 04، 05، من المادة 26 من اتفاقية جنيف الثالثة 1949

الملائمة لجو المنطقة المقيمين فيها، وإذا ما استولت الدولة الحائزة على كميات من ملابس العدو وكانت مناسبة للمناخ وجب عليها أن تزود بها الأسرى، وعلى الدولة الحائزة مراعاة استبدال وتصليح ملابس أسرى الحرب بانتظام، وأن تصرف لمن يقوم بعمل منهم الملابس المناسبة للعمل الذي يقوم به.

وبخصوص الرعاية الطبية والصحية فإنه على الدولة الحائزة اتخاذ التدابير الصحية اللازمة لتأمين نظافة معسكرات الأسرى وملاءمتها للصحة والوقاية من الأوبئة والأمراض، كما يجب عليها أن توفر مرافق صحية تتوافر فيها الشروط الصحية ويحتفظ دائماً بها في حالة نظيفة، وكذا تزويد أسرى الحرب بكميات كافية من الماء والصابون.²²² وتنص المادة (30) من الاتفاقية الثالثة لمعاهدة جنيف الدولية على ضرورة أن تتوفر في كل معسكر عيادة مناسبة يحصل فيها الأسرى على ما قد يحتاجون إليه من الرعاية الطبية والعلاج المناسب، كما تؤكد نفس المادة على ضرورة إعداد أمكنة إذا دعت الحاجة لعزل المصابين بأمراض معدية أو عقلية، فإذا كانت حالة الأسرى وظروفهم الصحية خطيرة فإنه يجب نقلهم إلى المستشفيات سواء كانت مدنية أو عسكرية، ويفضل دائماً أن يعهد بالعناية الطبية إلى أفراد الهيئات الطبية التابعة للدولة التي يتبعها الأسرى إن وجدوا، ولا يجوز

222

. راجع المادة 29 من اتفاقية جنيف الثالثة 1949

امتناع الأسرى عن عرض أنفسهم على الهيئات الطبية لفحصهم، وتحمل الدولة الحاجزة كافة مصاريف علاج الأسرى بما في ذلك الأجهزة اللازمة لصحتهم.

وتضطلع الدولة الحاجزة بإجراء تفتيش دوري كل شهر لمراقبة صحة الأسرى، وذلك للتأكد من خلوهم من الأمراض المعدية.²²³ وعلى الدولة الحاجزة أن تقوم بعرض الأسرى على السلطات الطبية لفحصهم وإعطائهم شهادة رسمية تبين طبيعة مرضهم أو إصابتهم ومدة العلاج ونوعه، وترسل صورة من هذه الشهادة إلى الوكالة المركزية لأسرى الحرب.²²⁴

ثالثاً: الحق في ممارسة الشعائر الدينية والنشاطات الفكرية والبدنية:

هذه الحقوق تناولتها عدد من المواد في الاتفاقية الثالثة نتطرق إليها من خلال :

(1) الحق في ممارسة الشعائر الدينية:

قررت اتفاقية جنيف الثالثة أن لأسرى الحرب حرية كاملة في ممارسة شعائرهم

223

راجع المادة 31 من اتفاقية جنيف الثالثة 1949

224

راجع المادة 30 من اتفاقية جنيف الثالثة 1949

الدينية الخاصة بعقيدتهم، شرط مراعاة الإجراءات النظامية المحددة من قبل السلطات الحربية، وعلى هذه الأخيرة أن تعد أماكن مناسبة لإقامة هذه الشعائر²²⁵، ويتعين منح نفس الحق لرجال الدين الذين يتم احتجازهم لمساعدة أسرى الحرب على ممارسة دينهم، حيث يباشرون إقامة هذه الشعائر بين أسرى الحرب بتوزيعهم على مختلف المعسكرات وفرق العمل التي يوجد بها أسرى يتبعون نفس القوات، ويتكلمون نفس اللغة، ويعتقدون نفس العقيدة، ويجب أن يستفيدوا في هذا الإطار من التسهيلات اللازمة بما في ذلك وسائل النقل لزيارة الأسرى الموجودين خارج معسكرهم²²⁶، ويترك لأسرى الحرب الذين يكونون من الدينين دون أن يكونوا معينين كرجال دين في قواتهم المسلحة، الحرية الكاملة في إقامة الشعائر الدينية مع أفراد عقيدتهم.²²⁷

225

(راجع المادة 34 من اتفاقية جنيف الثالثة 1949).

226

توفيق علي وهبة، الجهاد في الإسلام (دراسة مقارنة بأحكام القانون الدولي العام، الطبعة الرابعة، دار اللواء، الرياض، السعودية، 1981، ص 191).

227

راجع المادة 36 من اتفاقية جنيف الثالثة لسنة 1949.

فإذا لم يتوفر لأسرى الحرب أحد رجال الدين من المحجوزين أو أحد الدينين من أسرى الحرب من نفس عقيدتهم، يعين أحد رجال الدين المنتمي لمذهب الأسرى أو من مذهب مشابه، فإذا لم يوجد فأحد العلمانيين المؤهلين بناء على طلب الأسرى ليقوم بهذا الواجب، وهذا التعيين يجب أن يخضع لموافقة الدولة الحائزة، بالاتفاق مع طائفة الأسرى المعنيين، وعلى هذا الشخص الذي يعين بهذه الكيفية مراعاة التعليمات المفروضة بواسطة الدولة الحائزة لمصلحة النظام والأمن الحربي.²²⁸

(2) الحق في ممارسة النشاطات الفكرية والبدنية:

تنص المادة (38) من اتفاقية جنيف الثالثة على أنه مع مراعاة الأفضليات الشخصية لكل أسير، تشجع الدولة الحائزة للأسرى على ممارسة الأنشطة الذهنية والتعليمية والترفيهية والرياضية، وتتخذ التدابير الكفيلة بضمان ممارستها بتوفير الأماكن الملائمة والأدوات اللازمة، وتوفر لأسرى الحرب فرص القيام بالتمارين الرياضية بما في ذلك الألعاب والمسابقات والخروج إلى الهواء الطلق، وتخصيص مساحات فضاء كافية لهذا الغرض في جميع المعسكرات. إن المادة (38) تتضمن التزاماً مؤداه أنه يقع على عاتق الدولة الأسيرة وجوب احترام الاهتمامات الفردية للأسرى بشأن أوجه النشاط الذهني والتعليمي والترفيهي والرياضي، ليس هذا وحسب، بل

228

راجع المادة 34 من اتفاقية جنيف الثالثة لسنة 1949.

تشجيعهم على ممارستها وذلك باتخاذ الإجراءات الكفيلة بممارستها بتوفير الأماكن الملائمة والأدوات اللازمة لذلك.

رابعاً: الحقوق المالية لأسرى الحرب

تناول القسم الرابع من الباب الثاني من اتفاقية جنيف الثالثة الحقوق المالية لأسرى الحرب ويمكن إجمالها فيما يلي:

- (1) حق الأسرى في الاحتفاظ بمبلغ كاف من المال مع وضع ما تعتبره الدولة الأسيرة زيادة على الحد في حساب خاص يفتح لهم.
- (2) إيداع المبالغ النقدية التي سحبت من أسرى الحرب عند بداية أسرهم في حساب كل أسير من نفس عملة الدولة الحائزة.
- (3) لا يجوز للدولة الأسيرة استبدال العملة التي توضع في حساب الأسير إلى عملة أخرى إلا بموافقته.
- (4) اضطلاع الدولة الأسيرة بتوزيع ما يصل من نقود إلى الأسرى من قبل دولهم كرواتب إضافية.
- (5) الحق في حصول الأسرى على أجور مقابل أعمالهم.
- (6) يحق لأسرى الحرب تسديد ديونهم في الخارج شريطة مراعاة النظام المحدد من قبل سلطات الدولة الحائزة.
- (7) يجب أن تنتقل إلى أسرى الحرب حساباتهم الشخصية في حال تنقلهم من معسكر إلى آخر أو في حال تنقلهم من دولة حائزة إلى أخرى.

(8) لأسرى الحرب الحق في طلب تعويض من الدولة الحاجزة عما أصابهم من ضرر

أدى إلى عجز أو أي إصابة أخرى.²²⁹



229

راجع المواد 68، 58 من اتفاقية جنيف الثالثة 1949.

الفصل الثالث

منهجية البحث

أمنهج البحث:

لقد أستخدم الباحث في هذا البحث، المنهج الوثائقي التاريخي التحليلي المقارن (مكتبي)، وربط الموضوع بقضايا العصر حسب المستطاع والاعتماد على المصادر المكتوبة بأنواعها المختلفة من كتب وبحوث ورسائل متعددة. ثم قام الباحث بالمقارنة بماورد حول الحقوق العينية للأسير في الفقه الإسلامي أولاً، ثم ذكر ما ورد فيالقانون الدولي الوضعي (القانون المدني المصري)، وبعد ذلك تتم المقارنة بينهما.

ب- مصادر البيانات:

تمثل عملية جمع البيانات والحصول على المعلومات محور البحث العلمي وأساسه، لأنه بدون الحصول على البيانات والمعلومات لا يمكن أن تتم إجراءات البحث العلمي وخطواته الأخرى؛ لذا فإن جمع البيانات لابد لها من أدوات محددة تختلف باختلاف مناهج البحث التي اعتمدها الباحث.

وتنقسم مصادر جمع البيانات إلى قسمين:

➤مصادر أولية / ومن أهم هذه المصادر:

- القانون المدني المصري الصادر 16 يوليو 1948/ والمعمول به من تاريخ 15 أكتوبر سنة 1949.

-كتب الفقه ومعاهدة جنيف الدولية لسنة 1949 بشأن الاسرى.
➤مصادر ثانوية / و من أهم هذه المصادر:
-الكتب و الدوريات و المنشورات الرسمية و المجلات و الرسائل الجامعية.
-الدراسات السابقة ذات العلاقة بموضوع الدراسة.
شبكة الانترنت.

ج- أدوات البحث و خطوات تصميمه:

أستخدم الباحث في جمع البيانات لكتابة هذا البحث الادوات الاتية :

(1) الوثائق :

وطريقة الوثائق في هذا البحث تتضمن الكتب التي بحث فيها بتعمق ولها أثر في حل مشكلة هذا البحث، لما لها صلة مباشرة بموضوع البحث¹ ، حيث يقوم هذا البحث على المنهج الوثائقي التاريخي التحليلي المقارن، وربط الموضوع بقضايا العصر حسب المستطاع والاعتماد على المصادر المكتوبة بأنواعها المختلفة.

(أ) المنهج التاريخي:

1 عبد الرحمن بن عبدالله الواصل ، البحث العلمي ومناهجه، ط 2 ، المملكة العربية السعودية ، 1999 ، 25.

ما من شك في أهمية المنهج التاريخي في إطار الدراسات القانونية وغيرها من الدراسات الاجتماعية والإنسانية. ويستمد هذا المنهج أهميته من أهمية علم التاريخ نفسه، فالتاريخ سلسلة متصلة الحلقات، كما أن تاريخ الإنسانية يصل ماضيها بحاضرها ومستقبلها. فضلاً عن أن ملاحظة الماضي تساعد على فهم الحاضر، واستشراف آفاق المستقبل.

والمنهج التاريخي قد يكون دراسة وصفية لنظام قانوني معين، كدراسة القانون الجنائي في مصر الفرعونية مثلاً، وفي هذا النطاق لا تخرج الدراسة عن الإحاطة بالنظام القانوني في فترة من فترات التاريخ. وقد يكون المنهج التاريخي تحليلياً، لا يقتصر الباحث فيه على وصف الظواهر والنظم، وتعداد خصائصها، والعوامل المؤثرة فيها، بل يمتد إلى النظر والتحقيق والتعليل الدقيق للظواهر والنظم، تمهيداً لدراسة الأوضاع والنظم المعاصرة. فالفهم الكامل لهذه الأوضاع والنظم وما تؤديه من وظائف في الوقت الحاضر لا يتحقق إلا بعد معرفة نشأتها وتطورها. والنظر إلى نظام معين بمعزل عن تاريخه، يماثل تماماً عزل هذا النظام عن بقية النظم الأخرى التي يرتبط معها⁽²⁾.

د. أحمد عبد الكريم سلامة، الأصول المنهجية لإعداد البحوث العلمية، ط 1، دار النهضة العربية، القاهرة، 141 2 1999.

وتزخر البحوث القانونية بمباحث تمهيدية عن الأصول التاريخية للموضوع محل البحث. فالباحث في موضوع " الوكالة " كأحد عقود القانون المدني، يصدر بحثه بنشأة فكرة الوكالة في النظم القانونية القديمة عند الإغريق ويرى البعض وبحق أنه حين تبني المنهج التاريخي في البحث، فيجب مراعاة عدة أمور أهمها:

- (1) أن تكون الظاهرة محل البحث ممتدة زمنياً، أي نجدها في الماضي والحاضر والمستقبل، كظاهرة إجرام الأحداث مثلاً.
- (2) يجب أن تكون هناك أهمية عملية من جراء الدراسة ذات المنهج التاريخي، لأن دراسة الأصول التاريخية لموضوع معين يساعد على فهمه بشكل علمي صحيح ، وبالتالي وضع الحلول الملائمة للمشاكل المتمخضة عنه.
- (3) يجب أن تتوفر المصادر اللازمة لإجراء الدراسة من خلال هذا المنهج، وأهمها الوثائق التي يجب التأكد من صحة ما تحويه من معلومات وبيانات.
- (3) وهكذا يساعد المنهج التاريخي، إلى جانب المنهج التأصيلي أو التحليلي، على فهم مشكلة تغير القانون وثباته، والتدليل على أن كثيراً من القواعد القانونية، تظهر في الوقت الذي تفقد فيه غيرها من القواعد القانونية القائمة، تأثيرها وفعاليتها.

(ب) المنهج المقارن

د. صلاح الدين فوزي، المنهجية في إعداد الرسائل والأبحاث القانونية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1999 3¹⁴²
 -. 2000. و د. أحمد شلبي كيف تكتب بحثاً أو رسالة، ط 24، مكتبة النهضة المصرية، القاهرة، 1997، ص 43

يمثل المنهج المقارن في الدراسات القانونية أهمية كبيرة، إذ عن طريقه يطلع الباحث على التجارب القانونية للدول الأخرى، ومقارنتها بالنظم القانونية الوطنية وبيان ما بينهما من أوجه اتفاق أو اختلاف. والموازنة بين هذا وذاك، للتوصل إلى نتائج محددة تكون قابلة للتحقيق. وإعمال المنهج المقارن قد يكون على المستوى الأفقي أو على المستوى الرأسي⁽⁴⁾.

فعلى المستوى الأفقي: يمكن إجراء المقارنة بين نظامين قانونيين أو أكثر بصدد تنظيم مسألة معينة، ومن الناحية المنهجية تتمثل المقارنة الأفقية في قيام الباحث بتناول المسألة التي يبحثها في كل نظام على حدة، فإذا انتهى منه، تناولها في النظام المقارن الثاني، أو الثالث.

أما على المستوى الرأسي: فإن الأمر يختلف، حيث يلتزم الباحث بإجراء المنهج المقارن في كل جزئية من جزئيات المسألة التي يعرض لها في مختلف الأنظمة في آن واحد، ولا يعرض لموقف كل قانون على حدة.

وغير خافٍ أن منهج المقارنة الرأسية أفضل كثيراً وأدق من مثيله على المستوى الأفقي، ومرد ذلك إلى:

د. أحمد عبد الكريم سلامة، مرجع سبق ذكره، ص 43 (143) 4

- أن المقارنة الأفقية تؤدي إلى تكرار الأفكار وتشتتها، فما يقال هنا يعاد هناك، فضلاً عن أن الأمر في نهايته لا يخرج عن كونه دراستين منفصلتين لموضوع واحد في نظامين مختلفين.

- أما المقارنة الرأسية فهي تؤدي إلى حسن إدراك أوجه الاتفاق والاختلاف في الأنظمة المقارنة، فضلاً عن منع تكرار الأفكار، وهو ما يؤدي في نهاية الأمر أن يكون البحث عظيم الفائدة للقارئ والباحث. و يساعد المنهج المقارن على زيادة إيضاح الحلول الواردة في القانون الوضعي، مما يقدم عوناً لمن يهتم التعرف على أحكام قوانين البلاد المختلفة.

وحتى يوتي المنهج المقارن ثماره في المجال القانوني، يلزم الباحث التحديد الدقيق لموضوع المقارنة، والقوانين التي ستتم المقارنة بينها. كما يلزمه أن يكون على علم ومعرفة كافية بلغة تلك القوانين. كما يجب أن يختار عدداً محدداً منها حتى تأتي المقارنة دقيقة وفعالة، وأن تكون المراجع المتعلقة بموضوع المقارنة متوافرة لدى الباحث، بشكل يمكنه من إجراء الدراسة المقارنة، ويستحسن أن يكون النموذج المقارن المختار أكثر تقدماً من النظام الأصلي وذلك لتعظيم الفائدة من الدراسة المقارنة .⁽⁵⁾

(4) التحليل:

5¹⁴⁴ د. صلاح الدين فوزي، مرجع سبق ذكره، ص 139.

ويظهر في كل مرحلة من مراحل البحث، حيث يتمكن الباحث من فهم الاقوال وإدراك المعاني إدراكاً سليماً، لمعرفة المقصود منها، لكي يتمكن الباحث من الوصول إلى نتائج البحث المرجوة.

هـ- هيكل البحث

الفصل الأول : الإطار العام للبحث

- مقدمة البحث .
- أسئلة البحث .
- أهداف البحث .
- أهمية البحث .
- الدراسات السابقة .
- حدود البحث .
- مصطلحات البحث .

الفصل الثاني الإطار النظري

- المبحث الأول : الأسير في الإسلام
- المطلب الأول : الأسير لغة واصطلاحاً :
- أولاً: الأسير لغة :
- ثانياً: الأسير اصطلاحاً :
- ثالثاً: الأسير في اصطلاح القانون الدولي:
- رابعاً: مقارنة بين التعريف الشرعي والقانوني للأسر :
- المطلب الثاني : مشروعية الأسر
- المطلب الثالث : التعامل مع الأسير
- المطلب الرابع : الأحكام المتعلقة بالموقف من الأسرى
- المطلب الخامس : الحفاظ على الأسرى وحمايتهم
- المبحث الثاني الحقوق العينية للأسير
- المطلب الأول: التعريف بالحقوق العينية للأسير وأنواعها: وفيه عدة فروع:
- الفرع الأول: تعريف الحقوق العينية:
- الفرع الثاني: أنواع الحقوق العينية، وهي تنقسم إلى قسمين:
- القسم الأول: الحقوق العينية الأصلية :
- القسم الثاني: الحقوق العينية التبعية:
- المطلب الثاني: الحقوق العينية الأصلية في الفقه الإسلامي والقانون المصري:
- الفرع الأول: حق الملكية في الفقه الإسلامي والقانون المدني المصري:
- أولاً : حق الملكية في الفقه الإسلامي:
- ثانياً: حق الملكية للأسير في القانون المدني المصري:
- الفرع الثاني: الحقوق المقررة عن حق الملكية:
- أولاً: حق الانتفاع في الفقه الإسلامي والقانون المدني المصري:
- 1) حق الانتفاع في الفقه الإسلامي:
- 2) حق الانتفاع في القانون المدني المصري:
- ثانياً: حق الاستعمال وحق السكنى في الفقه الإسلامي والقانون المصري:
- 1) حق الاستعمال وحق السكنى في الفقه الإسلامي:
- 2) حق الاستعمال وحق السكنى في القانون المدني المصري:
- ثالثاً: حق الحكر في الفقه الإسلامي والقانون المدني المصري:
- 1) حق الحكر في الفقه الإسلامي:
- 2) حق الحكر في القانون المدني المصري:
- رابعاً: حق الارتفاق في الفقه الإسلامي والقانون المدني المصري :
- 1) حق الارتفاق في الفقه الإسلامي:
- 2) حق الارتفاق في القانون المدني المصري:

- المطلب الثالث: الحقوق العينية التبعية للاسير، وفيه عدة فروع:
- الفرع الأول: حق الرهن في الفقه الإسلامي والقانون المدني المصري :
- أولاً: حق الرهن في الفقه الإسلامي:
- ثانياً: حق الرهن في القانون المدني المصري:
- الفرع الثاني: حق الاختصاص في الفقه الإسلامي والقانون المدني المصري:
- أولاً: حق الاختصاص في الفقه الإسلامي:
- ثانياً: حق الاختصاص في القانون المدني المصري:
- الفرع الثالث: حق الامتياز في الفقه الإسلامي والقانون المدني المصري :
- أولاً: حق الامتياز في الفقه الإسلامي :
- ثانياً: حق الامتياز في القانون المدني المصري:
- المبحث الثالث : القانون الدولي الانساني وحماية أسرى الحرب:
- المطلب الاول : الحماية المقررة في القانون الدولي الانساني.
- المطلب الثاني : تطبيق قانون حقوق الانسان في ظروف الحرب.
- المطلب الثالث: كفالة الدولة الأسيرة للحقوق المتعلقة بشخص الأسرى.

الفصل الثالث : منهجية البحث :

- منهج البحث.
- مصادر البيانات.
- أدوات البحث و خطوات تصميمه.
- هيكل البحث.

الفصل الرابع : عرض البيانات وتحليلها ومناقشتها

- عرض البيانات.
- تحليلها البيانات ومناقشتها.

الفصل الخامس: نتائج البحث التوصيات والمقترحات

- نتائج البحث.
- التوصيات والمقترحات.



الفصل الرابع

عرض البيانات وتحليلها ومناقشتها

عرض وتحليل البيانات:

تم تخصيص هذا الفصل لمعالجة موضوع البحث. وتحليل بيانات البحث التي تم جمعها من خلال الكتب والوثائق والمراجع المتعلقة بموضوع المقارنة التي بحث فيها بتعمق، فان الباحث قام بعرض نتائج البحث من خلال المحاور التالية:

أولاً: ما هي الحقوق العينية لآسير الحرب التي تضمنها الفقه الاسلامي :

الحق العيني هو سلطة مباشرة لشخص على شيء مادي، فهو يخول صاحبه مكنة مباشرة دون حاجة إلى وساطة شخص آخر. فصاحب الحق العيني يمكنه الاستئثار مباشرة بالقيمة الاقتصادية للشيء الذي يرد عليه حقه، ودون حاجة إلى مطالبة شخص آخر بتمكينه من ذلك، لأن حقه ينصب مباشرة على الشيء. وهو في ذلك يختلف عن الحق الشخصي الذي لا يمكن لصاحبه مباشرته إلا بواسطة المدين. فالحق العيني يتحلل إذن إلى عنصرين فقط هما صاحب الحق، والشيء الذي يرد عليه الحق. هذا وتنقسم الحقوق العينية إلى نوعين: حقوق عينية أصلية، وحقوق عينية تبعية. فالحقوق العينية الأصلية هي الحقوق التي تقوم بذاتها مستقلة فلا تستند

في وجودها إلى حق آخر تتبعه. ويعتبر حق الملكية من أهم الحقوق العينية الأصلية، فهو أوسع الحقوق العينية نطاقاً، حيث يخول صاحبه كافة السلطات المتصورة على الشيء، حيث يكون له استعماله واستقلاله والتصرف فيه. والحقوق العينية الأصلية الأخرى هي، في الواقع، حقوق متفرعة عن حق الملكية، وهي تخول صاحبها سلطات محددة على شيء مملوك للغير. وتشمل الحقوق العينية الأصلية المتفرعة عن حق الملكية: حق الانتفاع، وحق الاستعمال، وحق السكنى، وحقوق الارتفاق.

أما الحقوق العينية التبعية، فهي حقوق لا توجد مستقلة بذاتها وإنما تستند في وجودها إلى حق شخصي لضمان الوفاء به، فهي تكون تابعة لهذا الحق، وتسمى هذه الحقوق بالتأمينات العينية. وتشمل الحقوق العينية التبعية الرهن الرسمي، وحق الاختصاص، والرهن الحيازي، وحقوق الامتياز.

أنواع الحقوق العينية للأسير في الفقه الاسلامي: و تنقسم إلى قسمين:

القسم الأول: الحقوق العينية الأصلية :

الحقوق العينية الأصلية في الفقه الإسلامي تنفرع لعدة فروع تبعاً لاجتماع أو تفرد هذه السلطات الثلاث، إلى حق الملكية، وحق الانتفاع، وحق الاستعمال، وحق الحكر، وحق الارتفاق .

1) حق الملكية للأسير في الفقه الإسلامي:

حق الملكية يعتبر أكمل وأوسع الحقوق العينية الأصلية، وذلك من حيث السلطات التي يمنحها للمالك على الشيء الذي يملكه. كما يعتبر موضوع الملكية بوجه عام في الشريعة الإسلامية والفقه الإسلامي من المواضيع المهمة والحيوية التي نصت عليها أدلة الأحكام الشرعية. وتبدو خطورته أيضاً في أنها تتعلق بمصلحة كل من الفرد والمجتمع معاً حتى أن كثيراً من الحروب والنزاعات بين الأفراد أو المجتمعات يعود سببها إلى موضوع الملك أو التملك.

والملك قسم إلى قسمين في الإسلام، تام وناقص، والملك التام هو ملكية الرقبة والمنفعة معاً، والملك الناقص ينصب على ملك المنفعة وحدها حيث تكون العين ملك غيره، أو ملك العين لا النفع، كما أن النوع الثاني من الملك على أنواع متعددة. كما تدق التفرقة بين المال والملك، حيث يقصد بالمال من الناحية اللغوية كل ما ملكته من جميع الأشياء، إذ أن كل ما يقبل الملك فهو مال سواء أكان عيناً أم منفعة، ويراد بالمال في اصطلاح الفقهاء ما يميل إليه الطبع ويمكن ادخاره لوقت الحاجة أو هو كل ما يجري فيه البذل والمنع أو هو اسم لغير الآدمي خلق لمصالح الآدمي وأمكن إحرازه والتصرف فيه على وجه الاختيار. بينما يقصد بالملك هو "تمكين الإنسان شرعاً بنفسه أو بنياية عنه من الانتفاع بالعين، ومتى أخذ العوض، أو تمكنه من الانتفاع خاصة".

وعلى الرغم من سعة ودقة مضمون هذا البحث الذي ينصب على الملكية ووظيفتها الاجتماعية في الشريعة الإسلامية، إلا أنه من الممكن بيان أهم الأسس التي تخص الملكية في الإسلام بما يبرز الوجه المشرق لهذه العقيدة والشريعة السمحاء التي استوعبت التطورات الاجتماعية والاقتصادية الجديدة، لا سيما الموقف في الملكية التي تبدو على أربعة أنواع رئيسية:

أولها، ما يقتصر على الجماعة وحدها، وثانيها، ما ينحصر تملكه بفرد أو أكثر، وثالثها، الأموال المملوكة للدولة والتي تضاف ملكيتها أو حق التصرف بها عادة إلى ولي الأمر أو من يمثله كالأراضي الموات. أما رابعها فهو ما يخص ملكية الأشياء المعنوية.

الملكية تسقط بعدم الاستعمال: لم يتفق الفقهاء على رأى موحد في هذه المسألة وتعبت آراؤهم. إلا أن من الممكن حصرها في اتجاهين رئيسيين، يتردد بينهما فريق من الفقهاء لم يقطع بالأمر ولم يحدد موقفه.

الاتجاه الأول: يرى فريق من الفقهاء أن الملكية حق لا يمكن سقوطه بعدم الاستعمال لأنه دائم بدوام الشيء المملوك، ولم يرد نص يقضي بزواله بسبب عدم استعماله، وإنما نص على سقوط الحقوق العينية المتفرعة عن حق الملكية (الانتفاع الحكر، السكنى) لأنها محددة بفترات زمنية تسقط بعدم استعمالها. ولهذا يكون المالك حراً في استعمال ملكه أو عدم استعماله، ولا يزول حق الملكية مهما طالت مدة عدم

الاستعمال. يترتب على ذلك أن دعوى الاستحقاق التي تحمي حق الملكية لا تسقط بالتقادم وإنما يجوز للغير اكتسابها بمرور الزمن المكسب.

الاتجاه الثاني: وذهب فريق آخر إلى القول أن الملكية تسقط بعدم الاستعمال لما تقتضيه مصلحة الجماعة أولاً، ولأن عدم سقوط الملكية بالتقادم لا يرجع إلى جوهر حق الملكية وإنما إلى فكرة اعتقها المشرع تأثراً منه بالاتجاه الفردي الذي كان يقدس حق الملكية في الماضي. أما وقد سلم بما للملكية من وظيفة اجتماعية تمارس لصالح الهيئة الاجتماعية بتأثير من سيادة النزعة الاجتماعية فلا يوجد ما يمنع المشرع من أن يقرر زوال حق الملكية بعدم الاستعمال تمشياً مع النظرة الجديدة لحق الملكية.

لقد شرع الحق كوسيلة حافزة على العمل المنتج. وفي إهماله أو عدم استعماله أذى للمجتمع يبرر تدخل المشرع الذي يمثله بإصدار تشريع يسقط به الملكية عند عدم استعمالها. وفي تقرير هذا السقوط خير جزاء يفرض على المالك المهمل الذي لم يؤيد وظيفة الملكية الاجتماعية، تطبيقاً للقاعدة القائلة بأن من يقعد عن مزاولة حقه يكون غير جدير بالتمتع به فيفقده. ثم أن الملكية تكتسب بالتقادم المسقط والمكسب معاً، لأن القانون لا يقر الملكية إلا لمن يستحقها. وإذا كانت الملكية عملاً أو يجب أن تكون عملاً فلا مانع من إسقاط حق المالك الذي لا يقوم باستثمار ملكه. لأنه، إذا جاز

له أن يفوت على نفسه خيرات حقه، فلا يحق له أن يفوق على الجماعة خيرات هذا الحق.

الفرع الثاني: الحقوق المتفرعة عن حق الملكية:

أولاً: حق الانتفاع للأسير في الفقه الإسلامي:

هناك أسباب خمسة لملك المنفعة: وهي الإعارة والإجارة، والوقف والوصية، والإباحة.

أما الإعارة: فهي عند جمهور الحنفية والمالكية: تمليك المنفعة بغير عوض. فللمستعير أن ينتفع بنفسه، وله إعارة الشيء لغيره، لكن ليس له إجارته؛ لأن الإعارة عقد غير لازم يجوز الرجوع عنه في أي وقت- والإجارة عقد لازم، والضعيف لا يتحمل الأقوى منه، وفي إجارة المستعار إضرار بالمالك الأصلي.

وعند الشافعية والحنابلة: هي إباحة المنفعة بلا عوض، فليس للمستعير إعارة المستعار إلى غيره.

وأما الإجارة: فهي تمليك المنفعة بعوض. وللمستأجر استيفاء المنفعة بنفسه، أو بغيره مجاناً أو بعوض إذا لم تختلف المنفعة باختلاف المنتفعين، حتى لو شرط المؤجر على المستأجر الانتفاع بنفسه. فإن اختلف نوع المنفعة كان لا بد من إذن المالك المؤجر.

وأما الوقف: فهو حبس العين عن تملكها لأحد من الناس وصرف منفعتها إلى الموقوف عليه. فالوقف يفيد تملك المنفعة للموقوف عليه، وله استيفاء المنفعة بنفسه، أو بغيره إن أجاز له الواقف الاستثمار، فإن نص على عدم الاستغلال أو منعه العرف من ذلك، فليس له الاستغلال.

وأما الوصية بالمنفعة: فهي تفيد ملك المنفعة فقط في الموصى به، وله استيفاء المنفعة بنفسه، أو بغيره بعوض أو بغير عوض إن أجاز له الموصي الاستغلال.

وأما الإباحة: فهي الإذن باستهلاك الشيء أو باستعماله، كالإذن بتناول الطعام أو الثمار، والإذن العام بالانتفاع بالمنافع العامة كالمرور في الطرقات والجلوس في الحدائق ودخول المدارس والمشافي. والإذن الخاص باستعمال ملك شخص معين كركوب سيارته، أو السكن في داره.

وسواء أكانت الإباحة مفيدة ملك الانتفاع بالشيء بالفعل أو بإحرازه كما يرى الحنفية، أو مجرد الانتفاع الشخصي كما يرى المالكية، فإن الفقهاء متفقون على أنه ليس للمنتفع إنابة غيره في الانتفاع بالمباح له، لا بالإعارة ولا بالإباحة لغيره.

والفرق بين الإباحة والملك: هو أن الملك يكسب صاحبه حق التصرف في الشيء المملوك ما لم يوجد مانع. أما الإباحة: فهي حق الإنسان بأن ينتفع بنفسه بشيء بموجب إذن. والإذن قد يكون من المالك كركوب سيارته، أو من الشرع كالانتفاع

بالمرافق العامة، من طرقاات وأنهار ومراعي ونحو ذلك. فالمباح له الشيء لا يملكه ولا يملك منفعته، بعكس المملوك.

خصائص حق الانتفاع الشخصي:

يتميز الملك الناقص أو حق المنفعة الشخصي بخصائص أهمها ما يأتي:

- 1- يقبل الملك الناقص التقيد بالزمان والمكان والصفة عند إنشائه، بعكس الملك التام، فيجوز لمن يعير سيارته لغيره أو يوصي بمنفعة داره أن يقيد المنتفع بمدة معينة كشهر مثلاً، وبمكان معين كالركوب في المدينة لا في الصحراء، وأن يركبها بنفسه لا بغيره.
- 2- عدم قبول التوارث عند الحنفية خلافاً لجمهور الفقهاء: فلا تورث المنفعة عند الحنفية؛ لأن الإرث يكون للمال الموجود عند الموت، والمنافع لا تعد مالاً عندهم كما تبين.
- أما عند غير الحنفية فتورث المنافع في المدة الباقية؛ لأن المنافع عندهم أموال كما ذكرت، فتورث كغيرها من الأموال، فمن أوصى لغيره بسكنى داره مدة معلومة، ثم مات قبل انتهاء هذه المدة، فلورثته الحق بسكنى الدار إلى نهاية المدة.
- 3- لصاحب حق المنفعة تسلم العين المنتفع بها ولو جبراً عن مالكةا. ومتى تسلمها تكون أمانة في يده، فيحافظ عليها كما يحافظ على ملكه الخاص، وإذا هلكت أو

تعيبت لا يضمنها إلا بالتعدي أو بالتقصير في حفظها. وما عدا ذلك لا ضمان عليه.

4- على المنتفع ما تحتاجه العين من نفقات إذا كان انتفاعه بها مجاًناً، كما في

الإعارة، فإن كان الانتفاع بعوض كما في الإجارة فعلى مالك العين نفقاتها.

5- على المنتفع بعد استيفاء منفعته تسليم العين إلى مالکها متى طلبها إلا إذا

تضرر المنتفع. كما إذا لم يحن وقت حصاد الزرع في أرض مستأجرة أو

مستعارة، فله إبقاء الأرض بيده حتى موسم الحصاد، ولكن بشرط دفع أجر

المثل.

انتهاء حق المنفعة:

حق المنفعة حق مؤقت كما عرفنا، فينتهي بأحد الأمور التالية:

1- انتهاء مدة الانتفاع المحددة.

2- هلاك العين المنتفع بها أو تعييبها بعيب لا يمكن معه استيفاء المنفعة، كانهدام

دار السكنى أو صيرورة أرض الزراعة سبخة أو ملحة. فإن حصل ذلك

بتعدي مالك العين ضمن عيناً أخرى، كالموصي بركوب سيارة ثم عطلها،

فعليه تقديم سيارة أخرى.

3- وفاة المنتفع عند الحنفية؛ لأن المنافع لا تورث عندهم.

4- وفاة مالك العين إذا كانت المنفعة من طريق الإعارة أو الإجارة؛ لأن الإعارة

عقد تبرع، وهو ينتهي بموت المتبرع، ولأن ملكية المأجور تنتقل إلى ورثة

المؤجر.

وهذا عند الحنفية، وقال الشافعية والحنابلة: الإعارة عقد غير لازم، فيجوز للمعير أو لورثته الرجوع عنها، سواء أكانت مطلقة أم مؤقتة. وقال المالكية: الإعارة المؤقتة عقد لازم، فمن أعار دابة إلى موضع كذا، لم يجز له أخذها قبل ذلك، وإلا لزمه إبقاؤها قدر ما ينتفع بالمستعار الانتفاع المعتاد. وبذلك يتبين أن الجمهور يقولون: إن الإعارة لا تنتهي بموت المعير أو المستعير، وكذلك الإجارة لا تنتهي بموت أحد العاقلين؛ لأنها عقد لازم كالبيع. أما إذا كانت المنفعة من طريق الوصية أو الوقف، فلا ينتهي حق المنفعة بموت الموصي؛ لأن الوصية تبدأ بعد موته، ولا بموت الواقف؛ لأن الوقف إما مؤبد، أو مؤقت فيتقيد بانتهاء مدته. وفرق الشافعية بين ملك المنفعة كالمستأجر، وملك الانتفاع كالمستعير، وقالوا: من ملك المنفعة فله الإجارة والإعارة، ومن ملك الانتفاع فليس له الإجارة قطعاً، ولا الإعارة في الأصح. وقد اختلف الفقهاء حول بعض المسائل التي تدخل عند بعضهم في ملك الانتفاع ولا تدخل فيه عند الآخرين، بل تدخل في ملك المنفعة، مثل العارية، حيث ذهب الحنفية ما عدا الكرخي والمالكية والحنابلة في رأي إلى أن العارية تمليك للمنفعة بغير عوض، ولذلك أجازوا للمستعير إعارة العين المستعارة بالقيود التي وضعها الفقهاء. الفروق الجوهرية بين الملك النائم والملك الناقص:

5- ذهب الشافعية، والحنابلة في الصحيح من المذهب، إلى أن الإعارة تمليك

للانتفاع .

وتوجد فروق جوهرية بين الملك التام والملك الناقص، يمكن تلخيصها فيما

يأتي :

(أ) إنَّ لصاحب الملك التام الحق في إنشاء جميع التصرفات المشروعة من عقود

ناقلة للملك التام، أو الناقص، فهو حر التصرف في حدود عدم مخالفة الشرع،

أما صاحب الملك الناقص فليس له الحق في كل التصرفات، وإنما هو مقيد في

حدود الانتفاع بالمنفعة فقط، لأنه لا يملك الرقبة والمنفعة معاً .

(ب) تأييد الملك التام : والمقصود به أن الملك التام دائم ومستمر لا ينتهي إلا بسبب

مشروع قاطع، وكذلك لا يجوز تأقيته، ولذلك لا يجوز تأقيت العقود الناقلة

للملك التام كالبيع ونحوه، فلا يجوز أن يقال : بعت لك هذه الدار بألف دينار

لمدة سنة، إلا إذا قصد بها الإجارة فيحمل عليها من باب : إن العبرة في

العقود بالمقاصد والمعاني لا بالألفاظ والمباني .

وأما الملك الناقص فالعقود الواردة على المنافع فيها لا بد من تأقيتها مثل الإجارة

والإعارة ونحوها، فهي تقبل التقييد بالزمان والمكان ونوع الانتفاع.

ثانياً: حق الاستعمال وحق السكنى للأسير في الفقه الإسلامي:

(أ) حق الاستعمال :

حق الاستعمال عند الفقهاء هو نفسه حق الانتفاع، فلا ذكر له عندهم لأنه يدخل

تحت تعريف حق الانتفاع. ويحصل الانتفاع غالباً باستعمال الشيء مع بقاء

عينه، وذلك كما في العارية، فإنّ المستعير ينتفع بالمستعار باستعماله والاستفادة منه، ولا يجوز له أن ينتفع باستغلاله (تحصيل غلّته) أو استهلاكه، لأنّ من شروط العارية إمكان الانتفاع بها مع بقاء عينها. والمستعير يملك المنافع بغير

عوض، فلا يصحّ أن يستغلّها ويملكها غيره بعوض. هذا عند الجمهور، وذهب المالكيّة إلى أنّ مالك المنفعة بالاستعارة له أن يؤجّر لها خلال مدّة الإعارة. وكذلك الإجارة فيما يختلف باختلاف المستعمل أو إذا اشترط المالك على المستأجر الانتفاع بنفسه. فالانتفاع في هذه الحالة قاصر على شخص المستأجر، ولا يجوز له أن يستهلك المأجور أو يستغلّه بإجارته للغير، لأنّ عقد الإجارة يقتضي الانتفاع بالمأجور مع بقاء العين. وليس له إيجارها فيما يختلف باختلاف المستعمل.

(ب) **حق السكنى :** لا شك أن الله تعالى خلق الكائنات وهياً لها سبل عيشها ومن بينها ومن ضرورات الحياة وجود سكن يعيش فيه الإنسان يقية قارس البرد ولا فح الحر ونلاحظ أن الإنسان بحكم ما ركب فيه من عقل وميزة به عن سائر المخلوقات قد استفاد من هذه النعمة فأوجد له سكناً ملائماً بحسب وضعه وبيئته فإنسان الصحراء وضع له خيمة أو نحوها وساكن الغابة وضع له عريشاً أو ما في حكمه وساكن المدن بنا له البيوت الفخمة وزينها بما يتيسر له من إمكانات وما يتوفر له من مواد . وقد وردت لفظة السكن في القرآن الكريم دالة على المعنى ذاته وعلى الاستعمال نفسه . قال تعالى : ((قُلْ إِنْ كَانَ آبَاؤُكُمْ وَأَبْنَاؤُكُمْ

وَإِخْوَانُكُمْ وَأَزْوَاجُكُمْ وَعَشِيرَتُكُمْ وَأَمْوَالٌ اقْتَرَفْتُمُوهَا وَتِجَارَةٌ تَخْشَوْنَ كَسَادَهَا وَمَسَاكِينُ تَرْضَوْنَهَا أَحَبَّ إِلَيْكُمْ مِنَ اللَّهِ وَرَسُولِهِ وَجِهَادٍ فِي سَبِيلِهِ فَتَرَبَّصُوا حَتَّى يَأْتِيَ اللَّهُ بِأَمْرِهِ وَاللَّهُ لَا يَهْدِي الْقَوْمَ الْفَاسِقِينَ⁽¹⁾ . وقال تعالى : ((يَغْفِرْ لَكُمْ دُنُوبَكُمْ وَيُدْخِلْكُمْ جَنَّاتٍ تَجْرِي مِنْ تَحْتِهَا الْأَنْهَارُ وَمَسَاكِينٌ طَيِّبَةً فِي جَنَّاتٍ عَدْنٍ ذَلِكَ الْفَوْزُ الْعَظِيمُ))⁽²⁾ . كما قال تعالى : ((لَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ أَنْ تَدْخُلُوا بُيُوتاً غَيْرَ مَسْكُونَةٍ فِيهَا مَتَاعٌ لَكُمْ وَاللَّهُ يَعْلَمُ مَا تُبْدُونَ وَمَا تَكْتُمُونَ))⁽³⁾ . فقد ورد في الآية الكريمة السابقة ذكر البيوت وهي اللفظة المراد للمسكن وكذلك كلمة مسكونة بمعنى مستخدمة للسكنى ..

أهمية المسكن في الإسلام حرص الإسلام على ضمان الحاجات الأساسية لكل فرد من أفراد الدولة المسلمة -ومن ذلك- المأكل والمشرب والملبس والتعليم والطب والأمن والمسكن ، ذلك أن المسكن أو المنزل من الأمور الأساسية التي تساعد المسلم على عبادة ربه حيث يجد في المنزل راحته النفسية والجسمية . ومن هنا أوجب الإسلام على الزوج تأمين السكن لزوجته قال الله سبحانه تعالى : ((أَسْكِنُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ سَكَنْتُمْ مِنْ وَجْدِكُمْ وَلَا تُضَارُّوهُنَّ لِتُضَيِّقُوا عَلَيْهِنَّ

سورة التوبة آية 24 (1)

سورة الصف آية 12 (2)

سورة النور آية 29 (3)

وَإِنْ كُنَّ أُولَاتٍ حَمْلٍ فَأَنْفِقُوا عَلَيْهِنَّ حَتَّى يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ وَأَتَمُّوا بَيْنَكُمْ بِمَعْرُوفٍ وَإِنْ تَعَاَسَرْتُمْ فَمَنْعُكُمْ لَهُ أُخْرَى)) (4) .
ولذا نجد أن الإسلام يعتبر وجود المسكن أو المنزل للإنسان كنز عظيم وسعادة ،
وليس لابن آدم حق في سوى هذه الخصال بيت يسكنه وثوب يوارى عورته
وجلف الخبز والماء . فبالسكن يستطيع المسلم – أن يلتقي مع زوجته على كتاب
الله وسنة رسوله صلى الله عليه وسلم . ويستطيع أن يأخذ راحته بالنوم
والاستجمام ويستطيع أن يستقبل ضيوفه ويستطيع أن يبني لنفسه كياناً مستقلاً
وبالتالي فالمنزل وسيلة قوية يتقوى بها المسلم على عبادة الله تعالى . ولهذا نجد
الشريعة الإسلامية تطالب القادر على بناء مسكنه أن يتولى ذلك بنفسه . وإن
عجز عن هذا البناء – وهو من عمال الدولة الإسلامية- فهي المكلفة بسكنى هذا
الإنسان حتى لا يبقى يسكن الشوارع والبيادر العامة .
عن المستورد بن شداد قال سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول " من
كان لنا عاملاً فليكتسب زوجه فإن لم يكن له خادماً فليكتسب خادماً فإن لم يكن له
مسكناً فليكتسب مسكناً " (5) .

الطلاق آية 6 (4)

ذكره ابن خزيمة 2370، وفي كنز العمال 11090 والحاكم ط ص 406. وفي شرح السنة / 5
البعوي ج 10 ص 86. ورواه أبو داود – الإمارة رقم 2945 مراجعة محمد محيي الدين عبد الحميد .

قال صلى الله عليه وسلم فيما يرويه إسماعيل بن محمد بن سعد بن أبي وقاص عن أبيه عن جده " من سعادة ابن آدم ثلاثة المرأة الصالحة والمسكن الصالح والمركب الصالح ومن شقوة ابن آدم ثلاثة المرأة السوء والمسكن السوء والمركب السوء " (6) .

ثم بين صلى الله عليه وسلم أن السكن حق لابن آدم في هذه الدنيا العابرة فقال صلى الله عليه وسلم : " ليس لابن آدم حق فيما سوى هذه الخصال - بيت يسكنه - وثوب يوارى عورته - وجلف الخبز والماء " (7) . فالشاهد من هذه الأدلة أن الإسلام يعتبر السكن أمراً ضرورياً ولا بد منه في حياة المسلم في أي زمان أو مكان .

فحقّ الإنسان في السكنى فيتمثّل في كلّ تصرّف يكون القصد منه مصلحة العبد، كهبة السكنى أو بيعها أو إيجارها، ويجب أن يكون جريان هذه التصرّفات متّفقاً مع القواعد الشرعيّة المنظّمة لها، لأنّ تنظيم هذه التصرّفات حقّ من حقوق الله تعالى .

و من المسلم به بين الفقهاء أن السكنى منفعة من المنافع، وأنها منفعة عرضية قائمة بالعين متعلّقة بها، وأن السكنى لها وجود وإن كان لا يستمرّ زمناً طويلاً . وعلى ذلك فحق السكنى - لكونه حق منفعة - أعم وأشمل من حق الانتفاع، وأن الملك في حق السكنى ينشأ عن عقد مملك، كالوقف والإجارة والإعارة والوصية بالمنافع، فهو حق يمكن صاحبه من مباشرته والانتفاع بنفسه، أو تمكين غيره من الانتفاع بعوض .

.يراجع مسند الإمام أحمد ح 1 ص 168 وح 3 ص 407، وفي المجمع ج 4 ص 272 6

رواه الترمذي وأشار المناوي إلى صحته في فيض القدير ج 5 ص 379 وذكره في مشكاة المصابيح / 5186 7
وفي الترغيب / ج 4 ص 164

بخلاف حق الانتفاع، فإنه ينشأ عن عقد، كهبة الدار للسكنى، أو إذن وإباحة فقط من المالك، فلا يصح لصاحبه أن يمكن أحدا غيره من الانتفاع به.⁸

ثالثاً: حق الحكر للأسير في الفقه الإسلامي:

حق الحكر إحدى قضايا الأوقاف المهمة التي أفرزتها تطورات الأوضاع، وبخاصة فيما يتعلق برعاية الأراضي والعقارات الوقفية إذا آل حالها إلى خراب، ولم تجد لدى المتولين لها، من أفراد ومؤسسات، ما يفي باحتياجات إعمارها، فكان اللجوء إلى تحكير هذه الأراضي علاجاً لهذا المأزق وذلك بتأجير الأرض الوقفية إجارة طويلة يكون للمستأجر فيها حق الأولوية في الانتفاع بها وفقاً لشروط محددة تكفل منع الآخرين من منافسته في حق القرار في الأرض والانتفاع بها.

فالحكر، وفقاً لمعناه الشائع، عقد يتم بموجبه تأجير أراض وقفية إجارة طويلة، وهذه الإجارة لا بد من بيان مدتها على أي حال. غير أن ههنا أمراً لا بد من بيانه ابتداءً؛ ذلك أن الفقهاء بحثوا في موضوع الإجارة الطويلة ولم تتجه عباراتهم دائماً إلى موضوعنا الذي نريد، وهو الحكر، ذلك أن الإجارة الطويلة قد تنصرف إلى الأرض الوقفية وإلى غيرها من دور وكروم وأشياء أخرى، وهكذا يظهر أن بين

القرافي، أبو العباس أحمد بن إدريس، الفروق مع هوامشه، ت 684 هـ، تحقيق: خليل منصور، دار الكتب العلمية، بيروت، ط 1. 1418 هـ، ج 1/ص 332

الإجارة الطويلة لدى الفقهاء وبين الحكر عمومًا وخصوصًا، فالحكر أخص كونه نمطًا خاصًا من الإجازات الطويلة.

والذي اتجه إليه الفقه الحنفي في باب الإجارة، أنه لا يجوز أن تؤجر الدور أكثر من سنة، لأن المدة إذا طالت تؤدي إلى إبطال الوقف، فإن من رآه يتصرف فيها على طول الزمان يظنه مالكًا. أما في الأرض، فإن كانت تزرع في كل سنة لا يؤجرها أكثر من سنة. وإن كانت تزرع في كل سنتين أو ثلاث مرة جاز له أن يؤجرها مدة يتمكن المستأجر من زراعتها. ويظهر من هذا أن الحنفية يرون إبطال الإجارة الطويلة إلا لضرورة.

تبين لدينا أن بين حق الحكر وحق الملكية صلة، فالمحتكر يملك ما فوق الأرض من بناء وغراس، وهذا يكسبه قدرًا كبيرًا من القوة في التعامل يفوق حق الانتفاع، ويظهر ذلك في عدد من الحقوق أهمها:

1- حق القرار بالبناء والغراس: "يثبت للمستحكر حق القرار في الأرض المحكرة ببناء الأساس فيها، أو بغرس شجره بها، ويلزم بأجر مثل الأرض ما دام أس بنائه وغراسه قائمًا فيها، ولا تنتزع منه حيث يدفع أجر المثل".

2) حق تملك ما أحدثه من بناء وغراس من المقرر فقهاء أن من بنى في أرض غيره بأمره فالبناء لمالكها، وإن بنى لنفسه بلا أمره فهو له، وله رفعه إلا أن

يضر بالأرض. ولكن ما يبنيه المحتكر أو يغرسه في الأرض الموقوفة يكون ملكاً له دون حاجة إلى النص على ذلك أو الاتفاق بشأنه، وهذا بخلاف المستأجر إذا بنى أو غرس في العين المؤجرة فإن ما يبنيه أو يغرسه يكون ملكاً للمؤجر ما لم ينص على خلاف ذلك.

(3) حق التصرف في البناء والغراس بما أن البناء والغراس ملك للمحتكر فإن له أن يتصرف في ملكه بالبيع وسائر وجوه التصرف الأخرى، باعتبار ذلك أثراً من آثار الملكية، سواء تم البيع لأجنبي أو للشريك في الحكر، لأن المشتري يحل محل البائع في تحكير الأرض وفي نصيبه من البناء. ويسري هذا الحكم كذلك على هبة البناء أو رهنه، أو الوصية به، حتى ان المحتكر إذا مات انتقل البناء والغراس تركة للورثة، كما ان للمحتكر وقفه، وهذا ما أخذ به جمهور الفقهاء .

الحكر يقوم على المنع والاستبداد بالشيء والاستقلال به، فمن احتكر أرضاً بالقرار الطويل فيها يأمن منافسة الآخرين من الانتفاع بها، فله أولوية على من عداه، ومن هنا عرفه بعضهم بأنه عقد إيجار يعطي للمحتكر حق البقاء والقرار على الأرض المحكورة ما دام يدفع أجره المثل. (ويقصد بأجر المثل هو الأجرة التي قدرها أهل الخبرة السالمون عن الغرض". وكيفية ذلك أن ينتخب

اثان مثلاً من أهل الخبرة الخالين عن الغرض، لتقدير الأجرة التي يستحقها

مثل هذا المال أو ذلك الرجل في عمله مع المدة التي استؤجر فيها).

ومما سبق نرى أن حق الحكر يختلف عن حق الانتفاع بمايلي:

- (1) حق الحكر يختص بالأرض الوقفية، خلافاً لحق الانتفاع الذي يرتبط بأعيان أخرى يمكن أن ينتفع بها نتيجة لعقد أو وصية أو مرور الزمان وبموجبه يتمكن المنتفع من استعمال شيء مملوك للغير واستغلاله، والمحافظة عليه إلى حين رده إلى صاحبه.
- (2) يستمر حق الحكر حتى بعد وفاة المحتكر، ويملك ورثة المحتكر بعد وفاته الاستمرار في الانتفاع بهذا الحق إلى حين انتهاء أجله، خلافاً لحق الانتفاع الذي ينتهي بوفاة صاحبه.
- (3) مدة سريان الحكر غالباً تكون أطول من مدة حق الانتفاع؛ ذلك ان مبدأ التحكير يقوم على الإجارة المديدة التي تتفاوت التشريعات في ضبطها، فمنها ما حددها بخمسين عاماً ومنها بتسعة وتسعين، ومنها بين ذلك، وليس كذلك حق الانتفاع.

رابعاً: حق الارتفاق للأسير في الفقه الإسلامي:

حق الارتفاق: هو حق عيني في عقار لمنفعة عقار آخر لغيره كإجراء الماء مع أرض الجار، أو المرور في أرض الغير ونحو ذلك، ويجب ألا يؤدي استعمال حق الارتفاق إلى الإضرار بالغير، فلا يجوز للمار بأرض غيره إلحاق الأذى به.

وحقوق الارتفاق نوعان: الأملاك العامة كالأنهار، والطرق، والجسور ونحوها مما لا يختص به أحد، فحق الارتفاق ثابت للناس جميعاً. والأملاك الخاصة بفرد لا يثبت حق الارتفاق عليها إلا بإذن المالك.

أنواع حقوق الارتفاق:

حقوق الارتفاق متعددة، ومتجددة، ومما ذكره الفقهاء قديماً:

- 1- حق الشرب: هو نوبة الانتفاع بالماء لسقيا الزرع والحيوانات، أو الاجراء الماء من عقار إلى آخر.
- 2- حق المسيل: هو إسالة الماء الفائض عن الحاجة، أو غير الصالح، من الأرض المرتفعة إلى الأرض المرتفق بها، أو مروراً بها إلى مصرف عام.
- 3- حق المرور: هو ما يثبت لأرض من حق، في المرور إليها على أرض أخرى مجاورة لها.
- 4- حق التعلي أو 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.

- ويجب على الإمام الإنفاق على المرافق العامة من خزانة الدولة، تحقيقاً لمصلحة الناس، ودفعاً للضرر عنهم.
- فإن لم يكن في بيت المال ما يُصلح به ما فسد منها أجبر الإمام الناس على إصلاحها؛ دفعاً للضرر، على القادرين النفقة، وعلى غير القادرين العمل بأنفسهم، ونفقتهم على الأغنياء.
- وتجب نفقات إصلاح المسيل والمجرى على المنتفع به إذا كان في ملكه أو ملك غيره، فإن كان في أرض عامة فإصلاحه من بيت المال. والمجرى مكان جلب الماء الصالح، والمسيل مكان تصريف الماء غير الصالح.
- و تنشأ حقوق الارتفاق بالأسباب التالية:
- 1- إذن المالك، في الأموال الخاصة، إما بطريق المعاوضة، أو التبرع.
 - 2- الضرورة.
 - 3- إحياء الموات.
 - 4- الجوار والأمالك المشتركة.
 - 5- يمكن أن تحدث أسباب تنشئ حقوق ارتفاق حديثة، تكون معتبرة شرعاً، ما لم تخالف نصوص الشريعة وقواعدها العامة، مثل تمديد أسلاك الكهرباء وأقنية وأنابيب الصرف الصحي.
- الأحكام:
- 1- القاعدة الكلية لحقوق الارتفاق أن الأصل في المنافع الحل، وفي المضار التحريم. أما المياه الخاصة المحرزة، فلا تستحق إلا عند الضرورة، وبضمن المثل.
 - 2- حق الارتفاق بالشرب أو بالإجراء وبالمسيل ثابت للعقار والمزارع ونحوها، بما يقتضيه جريان العرف والعادة.

ومن ذلك: الارتفاق بإجراء الأنايب بغرض تشغيل المصانع والمعامل

أو الصرف الصحي، مقيداً ذلك كله بعدم الإضرار.
3- حق التعلي ثابت لصاحبه وله التصرف فيه بعوض وبدونه بحسب ما

تقتضيه الأحكام المنظمة له.
الارتفاقات المعاصرة: مما استقر العرف المعاصر على جعله من حقوق

الارتفاق إمرار وسائل الخدمات العامة، كوسائل الاتصال، والكهرباء،

والماء، والغاز، والصرف الصحي، والتكييف المركزي.
أحكام الارتفاقات المعاصرة: مواقف السيارات إذا كانت مواقف خاصة

كالبنيات والأسواق والمحال التجارية تتبع العين التي أبيع الوقوف من أجلها.

القسم الثاني: الحقوق العينية التبعية للأسير في الفقه الإسلامي:

الحقوق العينية التبعية للأسير تتنوع بحسب مصدرها أنواعاً ثلاثة هي: حق
الرهن، وحق الاختصاص، وحق الامتياز.

الفرع الأول: حق الرهن للأسير في الفقه الإسلامي:

شرع الإسلام الرهن تيسيراً للمعاملات، وسداً للحاجات، وتوثيقاً لأصحاب الحقوق
حتى يستوفوها من الرهن، حينما يعجز أصحاب الرهن عن الوفاء، أو يتقاعسون
عنه، والدائن حينما يأخذ الرهن يصبح في مأمن من هلاك دينه، بجده من قبل
الراهن المدين، أو إفلاسه، فيستوفي حقه من العين المرهونة، ولا يصير أسوة

الغرماء فيما إذا كثر الدائنون؛ لأن الرهن يجعل له الأحقية على غيره في الاستيفاء، وكل شيء يتضمن مصلحة بدون مفسدة راجحة، فإن القياس يقتضي حله وجوازه؛ لأن أصل الشريعة مبني على المصالح الخالصة أو الراجحة.

فالرهن شأنه عظيم في باب المعاملات المالية، حيث تُسهل به عملية القرض، والبيع، وغيرهما، وقد انتشر التوثيق بالرهن العقاري في هذا الزمن، إن لم يكن هو الرهن المتداول فحسب، حتى اعتبر الضمان الأكيد للمقرض.

ويتضح لنا من خلال ما سبق من تعاريف الفقهاء رحمهم الله للرهن: بأنها تكاد تكون متقاربة في معناها ومضمونها، وإن اختلفت في ألفاظها وظاهرها، ومما يجمع بينها من معان أنها دلت على أن عقد الرهن: هو عقد من أجل توثيق الدين أو الحق بعين يستوفى من ثمنها إن تعذر استيفاءه ممن هو عليه. ولكن الفقهاء اختلفوا في بعض شروط الرهن وأحكامه.

ونص فقهاء الحنفية والشافعية والحنابلة على أن عقد الرهن عقد تبرع. أما المالكية فالظاهر من كلامهم أن الرهن إذا كان مشروطاً في العقد فليس تبرعاً بل معاوضة، وإن كان بعد العقد وثبت الحق فهو تبرع. والذي يظهر والله أعلم أن الرهن من أنواع القسم الثالث، فالرهن عند ابتداء عقد الرهن يعتبر متبرعاً بهذا العقد، لكنه حينما يعجز عن سداد دين المرتهن، ويتفق معه على سداد الدين من العين المرهونة يؤول العقد إلى المعاوضة. فعقد الرهن وإن كان من عقود المعاوضات انتهاء، لكنه

ليس من عقود المعاوضات المالية ؛ لأن المقصود عند إنشائه التوثيق وليس العوض المالي والربح ، فلا يشترط فيه ما يشترط في عقود المعاوضات .

وذهب فقهاء الشافعية إلى أن أركان عقد الرهن أربعة: عاقد - وصيغة - ومرهون - ومرهون به. وذهب الحنفية إلى أن ركن عقد الرهن الصيغة فقط، وما تبقى من الأركان فإنما هو شرائط لهذا الركن.

أولاً: في العاقد: وهما الراهن والمرتهن، ويشترط في كل منهما ما يلي:

- (1) أن يكون مكلفاً وذلك بأن يكون بالغاً عاقلاً، فلا يصح الرهن والارتهان من صبي غير بالغ ولو كان مميزاً عاقلاً، كما لا يصح ذلك من مجنون. وذهب الحنفية إلى أنه لا يشترط البلوغ في عقد الرهن، بل يكفي بأن يكون عاقلاً مأذوناً، وهذا الإذن يكون من وليه.
- (2) أن يكون مختاراً: فلا يصح الرهن والارتهان من المكره، لأن عقد المكره غير صحيح.
- (3) أن يكون من أهل التبرع: فلا يصح أن يرهن الولي مال من هو ولي عليه، من صبي أو مجنون أو سفیه، ولا يصح أن يرتهن لهم، لأنه ليس أهلاً للتبرع من أموالهم.

أما المنع من الرهن لهم فلائنه يمنع من التصرف في المرهون، فهو حبس لما لهم من غير عوض. وأما المنع من الارتهان، فلأن الولي في حال الاختيار، لا يبيع إلا بحال

مقبوض قبل التسليم فلا ارتهان. وقد استثنى الفقهاء: من أهلية التبرع مسألتين:
يصح فيهما للولي أن يرهن وأن يرتهن:

المسألة الأولى: أن يكون الرهن والارتهان للضرورة، وذلك كأن يرهن على ما يقتض حاجة المؤنة والنفقة، ليوفي من غلة منتظرة أو دين لهم يحل أجله، أو من متاع كاسد يرجى نفاقه. وكأن يرتهن على ما يقرضه أو يبيعه مؤجلاً لضرورة خوف نهب أو نحوه.

المسألة الثانية: أن يكون في الرهن والارتهان غبطة ظاهرة، وذلك كأن يرهن ما يساوي مائة على ما اشتراه بمائة نسيئة وهو يساوي مائتين مثلاً. ويشترط في حال الرهن أن يكون الرهن عند أمين موثر، وأن يشهد بذلك، وأن يكون الأجل قصيراً عرفاً، فإن فقد شرط من ذلك لم يصح الرهن.

ثانياً: في الصيغة: وهي الإيجاب والقبول، كأن يقول الراهن: ولا يشترط في الصيغة أن تكون بالألفاظ، بل يقوم مقامها كل لفظ يدل عليها.

- الرهن بالمعاطاة: الأصح عند الشافعية أنه لا ينعقد الرهن بالمعاطاة. وذهب بعض الحنيفة إلى أن الركن الإيجاب فقط، لأن الرهن عقد تبرع كالهبة وغيرها من التبرعات فلا يلزم فيه القبول. بل القبول شرط لتمام العقد. وذهب البعض الآخر إلى

إجازة الرهن بالتعاطي. وذهب جمهور الفقهاء من أنه لابد في الرهن من إيجاب وقبول بلفظ يدل على الرهن والارتهان.

ثالثاً: في المرهون: وقد اشترط الفقهاء في الشيء الذي يصح أن يكون رهناً شروطاً منها:

الشرط الأول: أن يكون عيناً: فلا يصح رهن المنفعة، كأن يرهن سكنى دار، لأن المنفعة تتلف بمرور الزمن، فلا يحصل بها استيثاق، ولا يصح أيضاً رهن الدين لأنه غير قادر على تسليمه.

الشرط الثاني: أن يكون قابلاً للبيع، وذلك بأن يكون موجوداً وقت العقد، وأن يكون مალأً متقوماً قد وقع عليه التملك مقدوراً على تسليمه. وعلى هذا فلا يجوز رهن المعدود عند العقد، كما إذا رهن ما يثمر نخيله العام، أو ما تلد أغنامه السنة ونحو ذلك.

ولا يصح رهن الميتة والدم والخنزير والخمر لانعدام ماليته، ومن الميتة صيد الحرم والإحرام، فإنهما ليسا بمال بالنسبة إلى الصائد.

وأجاز الحنفية رهن الخمر والخنزير وارتهانهما فيما بين أهل الذمة، لأن ذلك مال بالنسبة لهم، وأما في حق المسلم راهناً أو مرتهناً فلا يصح.

- ولا يصح رهن ما لم يقع عليه التملك كالحطب والحشيش والصيد من المباحات.
 - ولا يصح رهن الطير بالهواء، والأموال الغارقة في البحر لأنه غير مقدور على تسليمها.

- ولا يشترط في العين المرهونة أن تكون مملوكة للراهن، بل يصح أن يرهن عيناً مملوكة للغير إذا أذن المالك له برهنها.

الشرط الثالث: أن يكون مفرغاً وهذا شرط الحنفية بخلاف الجمهور بمعنى أن لا يكون مشغولاً بما ليس بمرهون مما يملكه الراهن، فإن رهنه داراً فيها متاعه لم يصح، والعبرة بالتفريغ وقت القبض لا وقت العقد، لأن المانع هو الشغل. فلو كان الأمر على العكس بأن كان الرهن شاغلاً ملك الراهن، بأن رهنه المتاع الذي في الدار فإنه يصح.

الشرط الرابع: أن يكون محوزاً: وهذا شرط عند الحنفية بخلاف الجمهور أي مجموعاً لا متفرقاً، فلا يصح رهن الثمر على الشجر.

الشرط الخامس: أن يكون مميزاً: وهذا شرط عند الحنفية بخلاف الجمهور أي لا يكون مشاعاً كنصف دار على الشيوع، أو نصف سيارة أو ما أشبه ذلك. ولم يشترط جمهور الفقهاء التميز، بل أجازوا رهن المشاع.

رابعاً: في المرهون به: وقد اشترط فقهاء الشافعية في المرهون به شروطاً هي:

الشرط الأول: أن يكون ديناً مهماً كان سببه، سواء أكان بيعاً أم قرضاً أم إتلافاً، فلا يصح الرهن بالعين مضمونة كانت كالمغصوب، أو أمانة كالوديعة والعارية، لأن الله سبحانه ذكر الرهن في المداينة فلا يثبت في غيرها، ولأنها لا تستوفي من ثمن المرهون، وذلك مخالف لغرض الرهن عند البيع. أما الحنفية فقد قسموا العين إلى ثلاثة أقسام:

القسم الأول: عين غير مضمونة أصلاً، وهي كالوديعة والعارية ومال الشركة والمضاربة، فهذه لا يجوز الرهن بها بالاتفاق.

القسم الثاني: عين مضمونة بغيرها، وتلك كالمبيع في يد البائع فإنه مضمون بغيره وهو الثمن لا بنفسه، فلو هلك المبيع في يد البائع سقط الثمن عن المشتري، وهذا أيضاً لا يصح الرهن به.

القسم الثالث: عين مضمونة بنفسها، وهي التي يجب مثلها عند الهلاك، إن كان لها مثل، أو قيمتها إن لم يكن لها مثل.

وذهب الحنابلة إلى أنه يجوز الرهن بالعين المضمونة، لأن الرهن شرعاً: "هو توثقة دين غير سلم ودين كتابة لعدم لزومه، أو توثقة عين مضمونة كعارية ومقبوض على وجه سوم بعين.."

الشرط الثاني: ذهب الشافعية والحنابلة أن يكون هذا الدين ثابتاً، فلا يصح الرهن بغير الدين الثابت. وذهب الحنفية إلى جواز الرهن "بالدين الموعود"، فهذا رهن بدين على وشك الثبوت، وقد أجاز ذلك الحنفية نظراً للحاجة.

الشرط الثالث: أن يكون الدين لازماً أو آيلاً إلى اللزوم: وذلك كدين القرض وضمن المبيع نسيئة والأجرة والصداق وعوض الخلع ومال الصلح وأرش الجناية، وكضمن المبيع في زمن الخيار إذا كان الخيار للمشتري، لأنه آيل إلى اللزوم، والضمن فيه ملك للبائع فيصح الرهن به، وأما إذا كان الخيار للبائع وحده فإن ملك المبيع له والضمن للمشتري فلا رهن.

وعلى هذا فلا يصح الرهن بجعل الجعالة قبل الفراغ، لأنه لا لزوم فيها، إذ لكل من الطرفين فسخها متى شاء.

الشرط الرابع: أن يكون الدين معلوماً للعاقدين قدرأ وصفة: فلا يصح الرهن بدين مجهول لهما أو لأحدهما.

خامساً: في رهن المشاع: ذهب الحنفية إلى أن المرهون يجب أن يكون مميزاً، وعلى هذا فلا يصح عندهم رهن المشاع، سواء أكان قابلاً للقسمة أم غير قابل لها. وذهب جمهور الفقهاء من شافعية وحنابلة ومالكية إلى جواز رهن المشاع، لأن ما جاز بيعه عندهم جاز رهنه.

ويتضح من كل ما سبق أن حق الرهن من الحقوق العينية التبعية، ويشتهر اشتباهاً كبيراً بين الفقهين الإسلامي والغربي. فكونه حقاً عينياً يبين أنه لا يتعلق إلا بأعيان الأشياء، وكونه تبعياً يعني بأنه لا يقوم وحده، بل لا يترتب إلا إذا سبقه حق أصلي يأتي هو ليعطيه ميزة تخوله الأسبقية عن جميع الديون التي ليست مضمونة برهن، كما يخول التتبع وحق التقدم، ويرى السنهاوري أن حق التتبع في الرهن عند فقهاء الإسلام أقوى منه في الفقه الغربي، ذلك أن الراهن لا يستطيع أن يتصرف في العين المرهونة دون إذن المرتهن فإن لم يأذن وتصرف الراهن لا ينفذ، أما في الفقه الغربي، فتصرف الراهن ينفذ ولكن المرتهن يحتج بحق الرهن في مواجهة من تصرف له الراهن، وينفذ البيع بإذن من المرتهن.

والحكمة من تشريع الرهن: الحكمة الأولى: هي أن الإسلام دين التعاون، وكثير من الناس من يرغب في مساعدة الآخرين والتفيس عن كربتهم، إلا أنه ليس عنده من الوثوق بمن يساعده ما يشجعه على دفع ماله له أو التعامل معه دون أن يحصل على وثيقة يضمن بها حقه وتطمئنه على ماله، فشرع الإسلام الرهن تيسيراً للمعاملات وسداً للحاجات، وتوثيقاً لأصحاب الحقوق حتى يستوفوها من الرهن حينما يعجز أصحاب الرهن عن الوفاء أو يتقاعسون عنه.

الحكمة الثانية: وهي أن الدائن حينما يأخذ الرهن يصبح في مأمن من هلاك دينه، بجده من قبل الراهن المدين، أو إفلاسه، فيستوفي حقه من العين المرهونة، ولا يصير أسوة الغرماء فيما إذا كثر الدائنون، لأن الرهن يجعل له الأحقية على غيره في الاستيفاء.

الفرع الثاني: حق الاختصاص للأسير في الفقه الإسلامي :

من خلال الآراء الفقهية للمذاهب الإسلامية التي تطرقنا إليها في الفصل الثاني (الإطار النظري) ، يتضح انهم يميزون بين الملك والاختصاص من خلال مايلي :

1- الامامية :

فرق الامامية بين حق الاختصاص والملك ، فقد بينوا ان اقطاع الامام للأرض يفيد اختصاص مانعاً من المزاحمة فلا يصح دفع هذا الاختصاص بالاحياء، فهذا الاختصاص مبني على عدم تملك الموات بغير الاحياء ، ولكن فيه منع واضح ان لم يكن اجماعاً ، وحينئذ فلا بد من تنزيل الاقطاع المذكور على جهة الاختصاص والاحقية، وبينوا ايضاً ان التحجير يفيد الاولوية لا ملك الرقبة، وان ملك به التصرف، حتى لو هجم عليه من يروم الاحياء كان له منعه، ولو قاهره فاحياء لم يملكه، فالواضح ان الملك في الأرض مثلاً يحصل بالاحياء، بينما الاختصاص يحصل في الشروع في الاحياء وهو

التحجير، على ان هناك اتجاهات تؤكد ان الاحياء يفيد حق الاختصاص لا

الملك أيضاً.

الحنفية :

-2

لا يستعمل الحنفية والزيدية لفظ حق الاختصاص ، انما يستعملون لفظ حق،

ويفرقون بينه وبين الملك. حيث يقولون لو حجر الأرض لا يملكها بالاجماع

لان الموات يملك بالاحياء ، لكن صار احق بها من غيره ، حتى لم يكن لغيره

ان يزعه . لان سبقت يده اليه، واذا نزل بارض مباحة او رباط ، صار احق

بها، ولم يكن لمن بعده ان يزعه عنها.

كما انهم اعتبروا بعض الاعيان النجسة مالا لكنها لا تملك بل تقيد

الاختصاص مثل كلب الحراسة والاصطياد فقالوا الدليل على انه صباح

الانتفاع به شرعاً على الاطلاق ان الانتفاع به بجهود الحراسة والاصطياد

مطلق شرعاً. لان شرعه يقع سبباً ووسيلة للاختصاص القاطع للمنازعة.

المالكية:

-3

حصر المالكية حق الاختصاص بالمنافع، كاقطاع الامام ارضاً من

موات، والسبق إلى المباحات، ومقاعد الاسواق والمساجد وما إلى ذلك. كذلك

اعتبروا ان الامام لا يقطع معمر الأرض ولا عقارها ملكاً، بل يقطعها

انتفاعاً مدة من الزمن.

الشافعية :

-4

لقد اعتبر الشافعية ان الملك يتعلق بالاعيان والمنافع، وحق الاختصاص انما يكون في المنافع ، وذلك ناشيء من قولهم من ان حق الاختصاص اوسع من

الملك وفقا لشواهد الاتية :

(أ) ان حق الاختصاص يثبت فيما لا يملك من النجاسات ، كالكلب ، والزيت

النفس، وجلد الميتة ونحوه .

(ب) من قصد بنا مسجد او شارع فانه لا يزجج عنه. واعتبروا ان قول الرسول

الاعظم صلى الله عليه وسلم : من سبق إلى مالم يسبق اليه مسلم فهو له، من

قبيل حق الاختصاص لا الملك، فقالوا : من شرع في عمل احياء لم يتمه

كحفر الاساس، او علم على بقعة بنصب احجار، او غرز خشباً، او جمع

تراباً او خط خطوطاً، فمتحجر عليه، أي مانع لغيره منه بما فعله ... وحينئذ

هو احق به من غيره اختصاصاً لا ملكاً، والمراد ثبوت اصل الحقيقة له ، إذ

لا حق لغيره فيه .

الحنابلة :

-5

لقد ذهب الحنابلة إلى ان حق الاختصاص يثبت في الكلب لمن يصطاد به

ويثبت مرافق الاسواق المتسعة التي يجوز فيها البيع والشراء ، كالدكاكين

المباحة ونحوها، فالسابق اليها احق بها، وهل ينتهي حقه بانتهاء النهار ، أو

يمتد إلى ان ينتقل بضاعته عنها ؟ على وجهين :

الوجه الأول بجريان العادة بانتفاء الزيادة عليه، ولانه لو كان احق به ابدا

لخرج من حكم الاباحة إلى حد الملك. وعلى الثاني لو اطل الجلوس فهل

يصرف ام لا ؟ على وجهتين لانه يفضي إلى الاختصاص بالحق المشترك .

كذلك يثبت حق الاختصاص في الاقطاع الذي هو على قسمين:
القسم الأول: اقطاع ارفاق ، كاقطاع مقاعد السوق ورحاب المساجد فهذه

يجوز للامام اقطاعها ولا يملكها المقطع .
القسم الثاني: واقطاع موات من الأرض لمن يحيها، ولا يملكه، بل يصير

احق بها.

وبعد بيان اراء المذاهب الاسلامية في تميز حق الاختصاص عن الملك ،

يتضح للباحث ان الذي دعا للتفريق او التميز بين هذين المصطلحين هو انه

قد تقوم علاقة بين انسان وشيء معين بحيث يختص بهذا الشيء، ولكن

اختصاصه به لا يطلق له حرية التصرف والانتفاع كما هو في الملك فسمما

بعض الفقهاء (حقاً) ابقاءاً له على اصل تسميته ، لانه حق من الحقوق ،

وسماه اخرون (اختصاصاً) تميزاً له عن غيره من الحقوق، فما سمي

اختصاصاً يميزه عن الملك ان صاحبه لا يتصرف فيما اختص به تصرفاً

كاملاً ، لان الفقهاء يكاد ينعقد اجماعهم على عدم جواز بيع ما يسمى حقاً او

اختصاصاً في حين انه يجوز ذلك الملك. والذي يميل اليه الباحث تسميه هذا

الحق بالاختصاص تميزاً له في الدرجة عن غيره من الحقوق الاخرى ،

والتي يمكن ان تتداخل ومع اقسام المتعددة للحق .

ويبدو للباحث أيضاً ان جوهر الاختلاف بين الملك وحق لاختصاص حاصل

في الموضوع، وفي الاثار المترتبة على كل منها، فالملك موضوعه ومحلّه

كل ما اجاز الشارع الانتفاع به، بحيث يترتب عليه التصرف والانتفاع التامين، بينما حق الاختصاص فموضوعه ومحلله المنافع، والمتمثلة في المؤسسات : كالاسواق او الطرق ... الخ، ولذلك يكون فيما حرمه الشارع ابتداء واجاز الانتفاع به في ظروف وحدود معينة، كالانتفاع بجلد الميتة وكلب الصيد والحراسة، وكذلك الدم للاغراض الطبية، على خلاف بين الفقهاء في هذه الفروع، وجوهر حق الاختصاص هو الانتفاع لا التصرف . مما تقدم يتبين لنا: ان حق الاختصاص يرد على المنافع الا انه لا يكون بالتعاقد انما على منافع عامة، ويتبين أيضا ان بينهما علاقة نسبة بين السعة والضيق في الموارد وفي التصرفات .

الفرع الثالث: حق الامتياز للأسير في الفقه الإسلامي :

لقد عرف الفقه الإسلامي مضمون حق الامتياز من خلال بيان أحكامه ووتقرير أسسه وقواعده، ولكنه لم يسمه بذلك الاسم، فحق الامتياز مصطلح قانوني يعبر عنه الفقهاء القدامى بالأولوية أو حق التقديم أو التقدم، ويعبر عنه بعض المعاصرين بحق الرجحان، أو حق التوثيق الشرعي. ولا مشاحة في الاصطلاح، فالعبرة بالمعنى وليس باللفظ والمسمى، فقد احتوى الفقه الإسلامي مصطلحات متقاربة المعنى للامتياز، وثيقة الصلة به، كما أن هناك فروعا كثيرة مدونة في كتب

الفقه لها حق الأولوية على غيرها من الحقوق عند التزام، هي نظائر لهذا الحق ،
وليس أدل على ذلك.

ولم يفرد الفقهاء لموضوع الامتياز باباً خاصاً كغيره من المسائل الفقهية، وإنما عالج
أحكامه في فروع وجزئيات متعددة في مختلف الأبواب الفقهية تتناول غالباً أبواب
التالية:

- باب الحجر، بصدد قسمة مال المدين المحجور على بسبب الإفلاس، أو بعد
موته عند تزام الديون على المدين المفلس.
- باب التركات، عند ترتيب الحقوق المتعلقة بالتركة، إذ تتعلق بها حقوقاً يقدم
بعضها على بعض.

ورغم أن الفقهاء بينوا أحكام حق الامتياز بالتفصيل في مواضيع متفرقة من الأبواب
الفقهية، إلا أنني لم أقف تعريفاً جامعاً يصور ماهيته، ولعل من أسباب عدم وضع
تعريف له:

- أن حقوق الامتياز حقوق متفرعة و مختلفة الأنواع باختلاف المحل الذي ترد عليه
مما يصعب و ضع تعريف جامع لخصائصها.

- أو لوضوح فكرة حق الامتياز عندهم حيث لم يضعوا لها تعريفاً، بل اكتفوا ببيان
أحكامها في الفروع الفقهية المختلفة. إلا ما قد ورد من تعريفين في معنى الامتياز

عند بعض الفقهاء: بأنها حق يثبت للدائن أسبقيته على غيره في استيفاء دينه من مال المدين. أو هي حق الدائن في استيفاء دينه قبل غيره من الغرماء.

فالتعريف أبرز ما يتضمنه حق الامتياز من مزية الأسبقية التي يوفرها هذا الحق للدائن في استيفاء حقه، متقدما على غيره من الغرماء، إلا أنها اقتصررت على الحقوق الموثقة برهن .

وقد رأيت أن أضع تعريفا للامتياز باعتبار المعنى العام و المعنى الخاص على ضوء ما استخلصته من أحكام حق الامتياز، لأن الامتياز لفظ يطلق على نطاق واسع الدلالة في الفقه الإسلامي، فهو يشتمل الحقوق المالية وغير المالية وبعضها أخص من بعض. وبالمقارنة بين التعريف الفقهي و القانوني لحق الامتياز، نجد أن هناك وجه اتفاق ووجه اختلاف بين كلا الفقهين يمكن إبرازها على النحو التالي:

فكلا الفقهين يتفقان على تقرير فكرة حق الامتياز، ويختلفان فيما يلي :

- ففي الفقه القانوني يعرف حق الامتياز باعتباره حق عيني، أما الفقه الإسلامي يعرفه كميزة يتقدم فيها الدائن على غيره من الدائنين العاديين، في اقتضاء حقه.

- اقتصار حقوق الامتياز في القانون المدني على الديون خاصة، أما في الفقه

الإسلامي فهي شاملة الحقوق المالية وغير المالية. وترجع أسباب ذلك إلى:

- أن الفقه القانوني يقتصر على استعمال الحق في مجال الالتزام حيث يتناول إلا الحقوق الثابتة للناس بعضهم على بعض بمقتضى القانون، أي ذات قيمة مالية يجوز التصرف فيه بنقله إلى شخص آخر مما يدل على اعتباره مالا اصطلاحا منه، بينما الفقه الإسلامي اعتمد في استعماله لفظ الحق وضعه اللغوي ودلالاته العامة، فكان مفهوم الفقه الإسلامي للحق أعم منه في القانون الوضعي.

و لم تكن حقوق الامتياز غريبة عن الفقه الإسلامي، فإننا نجد فيه أنواعا من الحقوق الممتازة في مواضيع مختلفة، مما يؤكد القول بأن نظام الامتياز كان معروفا في الفقه الإسلامي. ويظهر ذلك جليا في تفاصيل الأحكام التي قررتها نصوص الشريعة ودونتها أحكام الفقهاء استنباطا واجتهادا في تقرير حق الامتياز، إذ تعتبر هذه النصوص خير دليل على تطبيقاته. ونحن نجد فيها بعض الديون الممتازة مبعثرة في مواضيع مختلفة ومن هذه الديون:

- 1- دين الزكاة، فقد جاء في كتاب الأم أنه " إذا مات الرجل، وقد وجبت في ماله زكاة وعليه دين، وقد أوصى بوصايا، أخذت الزكاة من ماله قبل الدين والميراث والوصايا.
- 2- نفقة تجهيز الميت، إذ تقدم النفقة الكافية للشخص وزوجته وعياله على قضاء ديونه بقدر الضرورة.
- 3- نفقة تجهيز الميت، إذ تقدم على قضاء ديونه.

فقد عرف الفقه الإسلامي أنواعا مختلفة من الديون الممتازة كرد الحقوق أو إدراكها بعينها كما في قوله صلى الله عليه وسلم " من أدرك ماله بعينه عند رجل قد أفلس فهو أحق به من غيره ". مما يعني اختصاص الدائن بعين ماله دون غيره من الغرماء - متقدما على سائر الدائنين عند التزامهم. كما دلت بعض الفروع الفقهية على منح امتيازات خاصة كإحياء أراضي لا مالك لها أو تحجيرها أو منح إقطاع التقيب عن المعادن الباطنية واستغلالها مثل الذهب والفضة والحديد والنحاس، أو المعادن الظاهرة كالنفط والكبريت والماء.

وهي مصطلحات فقهية تدل على منح أولوية وأسبقية للممنوح له. وهو حق امتياز في الفقه الإسلامي بمعناه العام. وهذا ما يدفعنا إلى القول بأن الفقه الإسلامي عرف حقوق الامتياز وبين أحكامها وأرسي قواعدها، بما لا يخرج ولا يقصر عن تنظيم هذه الحقوق في القانون الوضعي في عصره الحديث .

لم يعتمد الفقه الإسلامي التقسيمات القانونية لحقوق الامتياز من تقسيمها إلى حقوق امتياز عامة وأخرى خاصة بالعقار وثالثة خاصة بالمنقول. فإن محل حقوق الامتياز في الفقه الإسلامي قد ترد على أموال المدين كلها، سواء كان هذا المال منقولا أم عقارا، دون التفرقة بينهما في توثيق الديون بأموال المدين. و من خلال ماسبق توصلت إلى:

- لم يعرف حق الامتياز في الفقه الإسلامي كحق عيني كما هو معروف في الفقه القانوني، ولكنه يعرفه كميزة يتقدم الدائن على غيره من الدائنين في اقتضاء حقه .
- ليس كل الحقوق الممتازة في الفقه الإسلامي محل اتفاق بين الفقهاء بل بعضها محل خلاف بينهم،
- مصدر حق الامتياز في الفقه الإسلامي يستند على الكتاب والسنة والإجماع.
- حق الامتياز في الفقه الإسلامي، فهو حق شامل لكل من الحقوق المالية وغير المالية.
- حقوق الامتياز في الفقه الإسلامي قد ترد على أموال المدين كلها، سواء كان هذا المال منقولاً أم عقاراً، دون التفرقة بينهما في توثيق الديون بأموال المدين.
- إن تقرير حق الامتياز في الفقه الإسلامي هو لاعتبارات خاصة بالحق المضمون ورعاية المصالح المعتبرة شرعاً.
- امتياز حق البائع الذي لم يقبض شيئاً من ثمن المبيع في استرداده عند إفلاس المشتري، سواء كان حياً أم ميتاً، أما إذا قبض البائع بعض الثمن فإنه لا يثبت له حق الامتياز في عين ماله، وإنما هو أسوة الغرماء.
- امتياز حق المرتهن في استيفاء دينه من ثمن المال المرهون، وهو حق ثابت باتفاق الفقهاء.
- يتناول امتياز البائع في استرداد عين ماله، غيره من المعاوضات كامتياز القرض ورأس مال السلم، فللمقرض وللمسلم حق امتياز بالرجوع في الدين مفضلاً على بقية الغرماء .

- امتياز حق مؤجر الأرض الزراعية في حبس ما نتج من المحصول لاستيفاء حقه إذا أفلس المستأجر بعد زرعها .
- لا خلاف بين الفقهاء في تقديم الوصايا على الإرث ، وأن لها امتيازاً على حقوق الورثة، إن وسع المال جميع الوصايا، وإلا قدم الأكّد فالأكّد.

ومن خلال التحليل السابق يستنبط الباحث بأن الحقوق العينية للأسير التي تضمنها الفقه الاسلامي، تنقسم إلى قسمين:

القسم الأول: الحقوق العينية الأصلية و تنفرع إلى ثلاثة:

1- حق الملكية للأسير في الفقه الإسلامي:

ولقد قسم ابن رجب الحنبلي⁹ الملك إلى أربعة أنواع:

- (أ) ملك عين ومنفعة، (ب) وملك عين بلا منفعة، (ت) وملك منفعة بلا عين، (ث) وملك انتفاع من غير ملك المنفعة.

ومن هذا يتبين أن حق الملكية يخول صاحبه أموراً ثلاثة:

- (1) استعمال الشيء، (2) استغلال الشيء، (3) التصرف في الشيء.

والحقوق المتفرعة عن حق الملكية: هذه الحقوق فيها عدة أمور:

حق الانتفاع، (2) حق الاستعمال و السكنى، (3) حق الحكر، (4) حق الارتفاق.

القسم الثاني : الحقوق العينية التبعية للأسير في الفقه الاسلامي:

عبد الرحمن بن أحمد بن رجب البغدادي الدمشقي الحنبلي، مرجع سابق، ص 180 9

حيث تتنوع الحقوق العينية التبعية للأسير بحسب مصدرها أنواعاً ثلاثة:

(1) حق الرهن، (2) حق الاختصاص، (3) حق الامتياز.

ثانياً: ما هي الحقوق العينية للأسير الواردة في القانون الدولي الوضعي (القانون المدني المصري).

لقد بذل المشرع المصري جهداً كبيراً لتنظيم الحقوق العينية بصفة عامة (أصلية أو تبعية) لما لها من أهمية قصوى لإستقرار المعاملات، وضمان إنتقال وتداول الأموال بين أفراد المجتمع دون منازعات والوفاء بالحقوق، وقد ضمنها المشرع المصري في القسم الثاني من القانون المدني المصري الصادر في 16 يوليو سنة 1948 م، والمعمول به ابتداء من 15 أكتوبر سنة 1949 م، بعد زوال الإمتيازات الأجنبية وعودة السيادة القانونية والقضائية للمشرع الوطني على كامل الإقليم .

و تنقسم الحقوق العينية إلى حقوق عينية أصلية وحقوق عينية تبعية، فالأولى تنشأ مقصورة في ذاتها ولذاتها لما تحققه من الحصول على منافع الأشياء، وتنشأ ابتداء وقائمة بذاتها وليس تبعاً لحق آخر، لأجل ذلك سميت (أصلية).

أما النوع الثاني فهي الحقوق العينية التبعية، فهي تتفق مع الأصلية في أنها ترد على (عين) معينة، أي شئ محدد بذاته، وتمنح صاحبها سلطة مباشرة له على الشئ، وتخوله حق التقدم (على غيره) وحق التتبع للمال في أي يد كانت والإحتجاج

بالحق على الكافة مادام مستوفيا للشروط.¹⁰ ولكن الحقوق العينية التبعية لا تنشأ لذاتها بل تنشأ تبعاً لوجود حق آخر هو المديونية، فهي تبعية وليست أصلية، وتأتى لضمان الوفاء بهذا الحق وتتبعه وجوداً وعدمًا، فهي ليست مقصودة لذاتها.

أما النوع الأول فقد نظمته المشرع فى ستة صور أو حقوق عينية أصلية المواد من (802 إلى 1029)، وهى حق الملكية، وحق الإنتفاع، وحق الإستعمال، وحق السكنى، وحق الحكر، وحق الإرتفاق، وتمنح كل من هذه الحقوق لصاحبها سلطات على الشيء، ولكن حق الملكية هو الوحيد من بين تلك الحقوق الذى يمنح صاحبه كل السلطات على محله من الإستعمال والإستغلال والتصرف، أما الحقوق الخمسة الأخرى فتمنح صاحبها واحد أو اثنين من السلطات الثلاث السابقة، لذلك يعد حق الملكية هو الأكبر والأوسع سلطة ومجالاً، والجامع المانع، أما الحقوق الأخرى فأقل منه ومشتقة منه، وتسمى إصطلاحاً " الحقوق المتفرعة عن حق الملكية " .

و تنقسم الحقوق العينية للاسير في القانون المدني المصري إلى قسمين:

القسم الاول: الحقوق العينية الأصلية للاسير في القانون المدني المصري:

1) حق الملكية للاسير في القانون المدني المصري:
نطاقه ووسائل حمايته:

(أ)

د/ نبيل إبراهيم سعد – الحقوق العينية الأصلية – أحكامها ومصادرها ، منشأة المعارف – 2001 – ص 10
13 .

لمالك الشيء وحده، فى حدود القانون، حق استعماله واستغلاله والتصرف فيه.¹¹ مالك الشيء يملك كل ما يعد من عناصره الجوهرية بحيث لا يمكن فصله عنه دون أن يهلك أو يتلف أو يتغير . وملكية الأرض تشمل ما فوقها وما تحتها إلى الحد المفيد فى التمتع بها، علواً أو عمقاً. ويجوز بمقتضى القانون أو الاتفاق أن تكون ملكية سطح الأرض منفصلة عن ملكية ما فوقها أو ما تحتها¹² . ولمالك الشيء الحق فى كل ثماره ومنتجاته وملحقاته ما لم يوجد نص أو اتفاق يخالف ذلك¹³ . لا يجوز أن يحرم أحد من ملكه إلا فى الأحوال التى يقررها القانون ، وبالطريقة التى يرسمها ، يكون ذلك فى مقابل تعويض عادل . القيود التى ترد على حق الملكية.¹⁴ وأن يراعى فى استعمال حقه ما تقضى به القوانين والمراسيم واللوائح المتعلقة بالمصلحة العامة أو بالمصلحة الخاصة.¹⁵ وعليه أيضاً مراعاة الأحكام الآتية : (1) على المالك ألا يغلو فى استعمال حقه إلى حد يضر بملك الجار . (2) وليس للجار أن

11 الكتاب الثالث - الباب الاول - حق الملكية / حق الملكية ، القانون المدني المصري (المادة 802)

12 الكتاب الثالث - الباب الاول - حق الملكية / حق الملكية ، القانون المدني المصري (المادة 803)

13 الكتاب الثالث - الباب الاول - حق الملكية / حق الملكية ، القانون المدني المصري (المادة 804)

14 الكتاب الثالث - الباب الاول - حق الملكية / حق الملكية ، القانون المدني المصري (المادة 805)

15 الكتاب الثالث - الباب الاول - حق الملكية / حق الملكية ، القانون المدني المصري (المادة 806)

يرجع على جاره فى مضار الجوار المألوفة التى لا يمكن تجنبها ، وإنما له أن يطلب إزالة هذه المضار إذا تجاوزت الحد المألوف ، على أن يراعى فى ذلك العرف ، وطبيعة العقارات وموقع كل منها بالنسبة إلى الآخر ، والغرض الذى خصصت له . ولا يحول الترخيص الصادر من الجهات المختصة دون استعمال هذا الحق.¹⁶

ويجب على مالك الأرض أن يسمح بأن تمر بأرضه المياه الكافية لري الأراضي البعيدة عن مورد المياه ، وكذلك مياه الصرف الآتية من الأراضي المجاورة لتصب فى أقرب مصرف عمومي، بشرط ان يعوض عن ذلك تعويضا عادلا.¹⁷ وإذا أصاب الأرض ضرر من مسقاة أو مصرف يمر بها ، سواء كان ذلك ناشئا عن عدم التطهير أم عن سوء حالة الجسور ، فإن لمالك الأرض أن يطلب تعويضا كافيا عما أصابه من ضرر .¹⁸ وإذا لم يتفق المنتفعون بمسقاة أو مصرف على القيام بالإصلاحات الضرورية ، جاز إلزامهم بالاشتراك فيها بناء على طلب أى واحد منهم .¹⁹

الكتاب الثالث - الباب الاول - حق الملكية / حق الملكية ، القانون المدني المصري (المادة 807) 16

الكتاب الثالث - الباب الاول - حق الملكية / حق الملكية ، القانون المدني المصري (المادة 809) 17

الكتاب الثالث - الباب الاول - حق الملكية / حق الملكية ، القانون المدني المصري (المادة 810) 18

الكتاب الثالث - الباب الاول - حق الملكية / حق الملكية ، القانون المدني المصري (المادة 811) 19

مالك الأرض المحبوسة عن الطريق العام، أو التي لا يصلها بهذا الطريق ممر كاف إذا كان لا يتيسر له الوصول إلى ذلك الطريق ألا بنفقة باهظة أو مشقة كبيرة، له حق المرور في الأراضي المجاورة بالقدر اللازم لاستغلال أرضه واستعمالها على الوجه المألوف، مادامت هذه الأرض محبوسة عن الطريق العام، وذلك في نظير تعويض فيه أخف ضررا وفي موضع منه يتحقق فيه ذلك. على أنه إذا كان الحبس عن الطريق العام ناشئا عن تجزئة عقار تمت بناء على تصرف قانوني، وكان من المستطاع إيجاد ممر كاف في أجزاء هذا العقار، فلا تجوز المطالبة بحق المرور إلا في هذه الأجزاء.

20

ولكل مالك أن يجبر جاره على وضع حدود لأملكهما المتلاصقة، وتكون نفقات التجديد شركة بينهما.²¹ ولمالك الحائط المشترك أن يستعمله بحسب الغرض الذي أعد له، وأن يضع فوقه عوارض ليسند عليها السقف دون أن يحمل الحائط فوق طاقته. فإذا لم يعد الحائط المشترك صالحا للغرض الذي خصص له عادة، فنفقة إصلاحه أو تجديده على الشركاء، كل بنسبة حصته

فيه.²²

الكتاب الثالث - الباب الاول - حق الملكية / حق الملكية، القانون المدني المصري (المادة 812) 20

الكتاب الثالث - الباب الاول - حق الملكية / حق الملكية، القانون المدني المصري (المادة 813) 21

المادة (814) الكتاب الثالث - الباب الاول - حق الملكية / حق الملكية، القانون المدني المصري 22

للمالك إذا كانت له مصلحة جدية في تعلية الحائط المشترك أن يعليه ، بشرط ألا يلحق بشريكه ضرراً بليغاً ، وعليه وحده أن ينفق على التعلية وصيانة الجزء المعلى، وعمل ما يلزم لجعل الحائط يتحمل زيادة العبء الناشئ عن التعلية دون أن يفقد شيئاً من متانته . فإذا لم يكن الحائط المشترك صالحاً لتحمل التعلية ، فعلى من يرغب فيها من الشركاء أن يعيد بناء الحائط كله على نفقته ، بحيث يقع ما زاد من سمكه في ناحيته هو بقدر الاستطاعة ، ويظل الحائط المجدد في غير الجزء المعلى مشتركاً، دون أن يكون للجار الذي أحدث التعلية حق في التعويض .²³ للجار الذي لم يساهم في نفقات التعلية أن يصبح شريكاً في الجزء المعلى إذا هو دفع نصف ما اتفق عليه بقيمة نصف الأرض التي تقوم عليها زيادة السمك إن كانت هناك زيادة.²⁴ الحائط الذي يكون في وقت إنشائه فاصلاً بين بنائين يعد مشتركاً حتى مفترقهما، ما لم يقد دليل على عكس ذلك.²⁵ فليس لجار أن يجبر جاره على تحويط ملكه ولا على النزول عن جزء من حائط أو من الأرض التي عليها الحائط إلا في الحالة المذكورة في المادة (816) . ومع ذلك فليس لمالك

الكتاب الثالث - الباب الاول - حق الملكية / حق الملكية ، القانون المدني المصري (المادة 815) 23

الكتاب الثالث - الباب الاول - حق الملكية / حق الملكية ، القانون المدني المصري (المادة 816) 24

الكتاب الثالث - الباب الاول - حق الملكية / حق الملكية ، القانون المدني المصري (المادة 817) 25

الحائط أن يهدمه مختاراً دون عذر قوى أن كان هذا يضر الجار الذي يستر ملكه بالحائط.²⁶ فلا يجوز للجار أن يكون له على جاره مطل مواجه على مسافة تقل عن متر ، وتقاس المسافة من ظهر الحائط الذي فيه المطل ، أو من حافة المشربة أو الخارجة . وإذا كسب أحد بالتقادم الحق في مطل مواجه لملك الجار على مسافة تقل عن متر ، فلا يحق لهذا الجار أن يبنى على أقل من متر يقاس بالطريقة السابق بيانها ، وذلك على طول البناء الذي فتح فيه

المطل.²⁷

كما لا يجوز أن يكون للجار على جاره مطل منحرف على مسافة تقل عن خمسين سنتيمتراً من حرف المطل. ولكن يرتفع هذا الحظر إذا كان المطل المنحرف على العقار المجاور هو في الوقت ذاته مطل مواجه للطريق العام.²⁸ ولا تشترط أية مسافة لفتح المناور ، وهي التي تعلو قاعدتها عن قائمة الإنسان المعتادة ، ولا يقصد بها إلا مرور الهواء ونفاذ النور ، دون أن يستطاع الأطلال منها على العقار المجاور .²⁹ إذا كان شرط المنع من

الكتاب الثالث - الباب الاول - حق الملكية / حق الملكية ، القانون المدني المصري (المادة 818) 26

الكتاب الثالث - الباب الاول - حق الملكية / حق الملكية ، القانون المدني المصري (المادة 819) 27

الكتاب الثالث - الباب الاول - حق الملكية / حق الملكية ، القانون المدني المصري (المادة 820) 28

الكتاب الثالث - الباب الاول - حق الملكية / حق الملكية ، القانون المدني المصري (المادة 821) 29

التصرف الوارد في العقد أو الوصية صحيحا طبقا لأحكام المادة السابقة ،

فكل تصرف مخالف له يقع باطلا.³⁰

(ب) الملكية الشائعة:

أحكام الشيوخ : إذا ملك اثنان أو أكثر شيئا غير مفرزة حصة كل منهم فيه

، فهم شركاء على الشيوخ ، وتحسب الحصص متساوية إذا لم يقيم دليل

على غير ذلك.³¹ كل شريك في الشيوخ يملك حصته ملكا تاما ، وله أن

يتصرف فيها وأن يستولي على ثمارها وأن يستعملها بحيث لا يلحق

الضرر بحقوق سائر الشركاء . وإذا كان التصرف منصبا على جزء

مفرز من المال الشائع ولم يقع هذا الجزء عند القسمة في نصيب

المتصرف ، انتقل حق المتصرف إليه من وقت التصرف إلى الجزء الذي

إلى المتصرف بطريق القسمة وللمتصرف إليه ، إذا كان يجهل أن

المتصرف لا يملك العين المتصرف فيها مفرزة ، الحق في أبطال

التصرف.³² للشركاء الذين يملكون على الأقل ثلاثة أرباع المال الشائع ،

أن يقرروا ، في سبيل تحسين الانتفاع بهذا المال من التغييرات الأساسية

والتعديل في الغرض الذي أعد له ما يخرج عن حدود الإدارة المعتادة ،

الكتاب الثالث - الباب الاول - حق الملكية / حق الملكية ، القانون المدني المصري (المادة 824) 30

الكتاب الثالث - الباب الاول - حق الملكية / حق الملكية ، القانون المدني المصري (المادة 825) 31

الكتاب الثالث - الباب الاول - حق الملكية / حق الملكية ، القانون المدني المصري (المادة 826) 32

على أن يعلنوا قراراتهم إلى باقي الشركاء . ولمن خالف من هؤلاء حق

الرجوع إلى المحكمة خلال شهرين من وقت الإعلان .³³
لكل شريك في الشبوع الحق في أن يتخذ من الوسائل ما يلزم لحفظ الشيء

، ولو كان ذلك بغير موافقة باقي الشركاء³⁴ . للشركاء الذين يملكون على

الأقل ثلاثة أرباع المال الشائع ، أن يقرروا التصرف فيه إذا استندوا في

ذلك إلى أسباب قوية على أن يعلنوا قراراتهم إلى باقي الشركاء³⁵ .

لشريك في المنقول الشائع أو في المجموع من المال أن يسترد قبل

القسمة الحصة الشائعة التي باعها شريك غيره لأجنبي بطريق

الممارسة ، وذلك خلال ثلاثين يوما من تاريخ علمه بالبيع أو من تاريخ

إعلانه به .³⁶ ولكل شريك أن يطالب بقسمة المال الشائع ما لم يكن مجبراً

على البقاء في الشبوع بمقتضى نص أو اتفاق، ولا يجوز بمقتضى الاتفاق

أن تمنع القسمة إلى أجل يجاوز خمس سنين ، فإذا كان الأجل لا يجاوز

هذه المدة نفذ الاتفاق في حق الشريك وفي حق من يخلفه.³⁷ للشركاء إذا

الكتاب الثالث - الباب الاول - حق الملكية / حق الملكية ، القانون المدني المصري (المادة 829) 33

الكتاب الثالث - الباب الاول - حق الملكية / حق الملكية ، القانون المدني المصري (المادة 830) 34

الكتاب الثالث - الباب الاول - حق الملكية / حق الملكية ، القانون المدني المصري (المادة 832) 35

الكتاب الثالث - الباب الاول - حق الملكية / حق الملكية ، القانون المدني المصري (المادة 833) 36

الكتاب الثالث - الباب الاول - حق الملكية / حق الملكية ، القانون المدني المصري (المادة 834) 37

انعقد إجماعهم ، أن يقتسموا المال الشائع بالطريقة التي يرونها . فإذا كان بينهم من هو ناقص الأهلية وجبت مراعاة الإجراءات التي يفرضها القانون .³⁸ وإذا اختلف الشركاء فى أقسام المال الشائع فعلى من يريد الخروج من الشيوع أن يكلف باقى الشركاء الحضور أمام المحكمة الجزئية . وتتدب المحكمة إن رأت وجها لذلك خبيرا أو أكثر لتقويم المال الشائع وقسمته حصصا إن كان المال يقبل القسمة عينا دون أن يلحقه نقص فى قسمته.³⁹ وليس للشركاء فى مال شائع أن يطلبوا قسمته إذا تبين من الغرض الذى أعد له هذا المال، أنه يجب أن يبقى دائما على الشيوع.⁴⁰

(ت) **ملكيات الطبقات :**

إذا تعدد ملاك طبقات الدار أو شققها المختلفة فأنهم يعدون شركاء فى ملكي الأرض وملكية أجزاء البناء المعدة للاستعمال المشترك بين الجميع ، وبوجه خاص الأساس والجدران الرئيسية والمداخل والأفنية والأسطح والصاعد والممرات والدهاليز وقواعد الأرضيات وكل أنواع الأنابيب إلا ما كان منها داخل الطبقة أو الشقة ، كل هذا ما لم يوجد فى سندات الملك

الكتاب الثالث - الباب الاول - حق الملكية / حق الملكية ، القانون المدني المصري (المادة 835) 38

الكتاب الثالث - الباب الاول - حق الملكية / حق الملكية ، القانون المدني المصري (المادة 836) 39

الكتاب الثالث - الباب الاول - حق الملكية / حق الملكية ، القانون المدني المصري (المادة 850) 40

ما يخالفه . وهذه الأجزاء المشتركة من الدار لا تقبل القسمة، ويكون نصيب كل مالك فيها بنسبة قيمة الجزء الذى له فى الدار ، وليس لمالك أن يتصرف فى نصيبه هذا مستقلا عن الجزء الذى يملكه والحواجز الفاصلة بين شقتين تكون ملكيتها مشتركة بين أصحاب هاتين الشقتين.⁴¹ كل مالك فى سبيل الانتفاع بالجزء الذى يملكه فى الدار حر فى أن يستعمل الأجزاء المشتركة فيما أعدت له، على ألا يحول دون استعمال باقى الشركاء لحقوقهم . ولا يجوز إحداث أى تعديل فى الأجزاء المشتركة بغير موافقة جميع الملاك حتى تجديد البناء، إلا إذا كان التعديل الذى يقوم به أحد الملاك على نفقته الخاصة ، من شأنه أن يسهل استعمال تلك الأجزاء، دون أن يغير من تخصيصها أو يلحق الضرر بالملاك الآخرين.⁴² وعلى كل مالك أن يشترك فى تكاليف حفظ الأجزاء المشتركة وصيانتها وأدارتها وتجديدها ، ويكون نصيبه فى هذه التكاليف بنسبة قيمة الجزء الذى له فى الدار ما لم يوجد اتفاق على غير ذلك. ولا يحق لمالك أن يتخلى عن نصيبه فى الأجزاء المشتركة للتخلص من الاشتراك فى التكاليف المتقدمة الذكر.⁴³ وعلى صاحب السفلى أن يقوم

الكتاب الثالث - الباب الاول - حق الملكية / حق الملكية ، القانون المدني المصري (المادة 856) 41

الكتاب الثالث - الباب الاول - حق الملكية / حق الملكية ، القانون المدني المصري (المادة 857) 42

الكتاب الثالث - الباب الاول - حق الملكية / حق الملكية ، القانون المدني المصري (المادة 858) 43

بالأعمال والترميمات اللازمة لمنع سقوط العلو. فإذا امتنع عن القيام بهذه الترميمات، جاز للقاضي أن يأمر ببيع السفل. ويجوز في كل حال لقاضي الأمر المتعجلة أن يأمر بإجراء الترميمات العاجلة.⁴⁴ وإذا انهدم البناء وجب على صاحب السفل أن يعيد بناء سفله فإذا امتنع جاز للقاضي أن يأمر ببيع السفل إلا إذا طلب صاحب العلو أن يعيد هو بناء السفل على نفقة صاحبه. ويجوز له أيضا أن يحصل على إذن في إيجار السفل أو سكنه استيفاء لحقه.⁴⁵ لا يجوز له أن يزيد في ارتفاع بنائه بحيث يضر بالسفل.⁴⁶

الفرع الثاني: الحقوق المتفرعة عن حق الملكية: هذه الحقوق التي تقتطع بعض سلطات الملكية لحساب شخص آخر غير المالك وفيها عدة أمور:

1) حق الانتفاع للأسير في القانون المدني المصري:

حق الانتفاع يكسب بعمل قانوني أو بالتقادم. ويجوز أن يوصى بحق الانتفاع لأشخاص متعاقبين إذا كانوا موجودين على قيد الحياة وقت الوصية، كما يجوز

الكتاب الثالث - الباب الاول - حق الملكية / حق الملكية ، القانون المدني المصري (المادة 859) 44

الكتاب الثالث - الباب الاول - حق الملكية / حق الملكية ، القانون المدني المصري (المادة 860) 45

الكتاب الثالث - الباب الاول - حق الملكية / حق الملكية ، القانون المدني المصري (المادة 861) 46

للحمل المستكن.⁴⁷ ويراعى فى حقوق المنتفع والتزاماته السند الذى انشأ حق الانتفاع وكذلك الأحكام المقررة فى المواد الآتية :⁴⁸ تكون ثمار الشيء المنتفع به من حق المنتفع بنسبة مدة انتفاعه مع مراعاة أحكام الفقرة الثانية من المادة (993).⁴⁹

وعلى المنتفع أن يستعمل الشيء بحالته التى تسلمه بها ويحسب ما أعد له وأن يديره إدارة حسنه وللمالك أن يعترض على أى استعمال غير مشروع أو غير متفق مع طبيعة الشيء، فإذا أثبت أن حقوقه فى خطر جاز له أن يطالب بتقديم تأمينات، فإن لم يقدمها المنتفع أو ظل على الرغم من اعتراض المالك يستعمل العين استعمالاً غير مشروع أو غير متفق مع طبيعتها . فللقاضي أن ينزع هذه العين من تحت يده وأن يسلمها إلى آخر يتولى إدارتها، بل له تبعاً لخطورة الحال أن يحكم بانتهاء حق الانتفاع دون إخلال بحقوق الغير .⁵⁰ المنتفع ملزم أثناء انتفاعه بكل ما يفرض على العين المنتفع بها من التكاليف المعتادة ، وبكل النفقات التى تقتضيها أعمال

المادة (985) الكتاب الثالث - الباب الثاني - الحقوق المتفرعة عن حق الملكية، الفصل الأول - حق 47 الانتفاع، القانون المدني المصري. الصادر 16 يوليو 1948/ والمعمول به من 15 أكتوبر 1949

المادة (986) الكتاب الثالث - الباب الثاني - الحقوق المتفرعة عن حق الملكية، الفصل الأول - حق 48 الانتفاع، القانون المدني المصري. الصادر 16 يوليو 1948/ والمعمول به من 15 أكتوبر 1949

المادة (987) الكتاب الثالث - الباب الثاني - الحقوق المتفرعة عن حق الملكية، الفصل الأول - حق 49 الانتفاع، القانون المدني المصري. الصادر 16 يوليو 1948/ والمعمول به من 15 أكتوبر 1949

المادة (988) الكتاب الثالث - الباب الثاني - الحقوق المتفرعة عن حق الملكية، الفصل الأول - حق 50 الانتفاع، القانون المدني المصري. الصادر 16 يوليو 1948/ والمعمول به من 15 أكتوبر 1949

الصيانة . أما التكاليف غير المعتادة والإصلاحات الجسيمة التي لم تنشأ عن خطأ المنتفع فأنها تكون على المالك، ويلتزم المنتفع بأن يؤدي لمالك فوائد ما أنفقه في ذلك. فإن كان المنتفع هو الذي قام بأنفاق كان له استرداد رأس المال عند انتهاء حق الانتفاع⁵¹ . على المنتفع أن يبذل من العناية في حفظ الشيء ما يبذله الشخص المعتاد . وهو مسئول عن هلاك الشيء ولو بسبب أجنبي إذا كان قد تأخر عن رده إلى صاحبة بعد انتهاء حق الانتفاع .⁵²

فإذا هلك الشيء أو تلف أو احتاج إلى إصلاحات جسيمة مما يجب على المالك أن يتحمل نفقاته، أو إلى اتخاذ إجراء يقيه من خطر لما يكن منظورا، فعلى المنتفع أن يبادر بإخطار المالك وعليه إخطاره أيضا إذا استمسك أجنبي بحق يدعيه على الشيء نفسه⁵³ . إذا كان المال المقرر عليه حق الانتفاع منقولا، وجب جرده ولزم المنتفع تقديم كفالة به. فإن لم يقدمها بيع المال المذكور ووظف ثمنه في شراء سندات عامة يستولي المنتفع على أرباحها. وللمنتفع الذي قدم الكفالة أن يستعمل

المادة (989) الكتاب الثالث - الباب الثاني - الحقوق المتفرعة عن حق الملكية، الفصل الأول - حق 51 الانتفاع، القانون المدني المصري. الصادر 16 يوليو 1948/ والمعمول به من 15 أكتوبر 1949

المادة (990) الكتاب الثالث - الباب الثاني - الحقوق المتفرعة عن حق الملكية، الفصل الأول - حق 52 الانتفاع، القانون المدني المصري. الصادر 16 يوليو 1948/ والمعمول به من 15 أكتوبر 1949

المادة (991) الكتاب الثالث - الباب الثاني - الحقوق المتفرعة عن حق الملكية، الفصل الأول - حق 53 الانتفاع، القانون المدني المصري. الصادر 16 يوليو 1948/ والمعمول به من 15 أكتوبر 1949

الأشياء القابلة للاستهلاك، وإنما عليه أن يرد بدلها عند انتهاء حقه فى الانتفاع، وله نتاج المواشي بعد أن يعوض منها ما نفق من الأصل بحادث مفاجئ.⁵⁴ وينتهي حق الانتفاع بانقضاء الأجل المعين، فإن لم يعين له أجل عد مقررًا لحياة المنتفع، وهو ينتهي على أى حال بموت المنتفع حتى قبل انقضاء الأجل المعين . وإذا كانت الأرض المنتفع بها مشغولة عند انقضاء الأجل أو موت المنتفع بزرع قائم، تركت الأرض للمنتفع أو لورثته إلى حين إدراك الزرع ، على أن يدفعوا أجره الأرض عن هذه الفترة من الزمن .⁵⁵ ينتهي حق الانتفاع بهلاك الشيء، إلا أنه ينتقل من هذا الشيء إلى ما قد يقوم مقامه من عوض . وإذا لم يكن الهلاك راجعاً إلى خطأ المالك ، فلا يجبر على إعادة الشيء لأصله ولكنه إذا أعاده رجع للمنتفع حق الانتفاع إذا لم يكن الهلاك بسببه، وفى هذه الحالة تطبق المادة 989 الفقرة الثانية .⁵⁶ ينتهي حق الانتفاع بعدم الاستعمال مدة خمس عشرة سنة.⁵⁷

المادة (992) الكتاب الثالث - الباب الثاني - الحقوق المتفرعة عن حق الملكية، الفصل الأول - حق الانتفاع، القانون المدني المصري. الصادر 16 يوليو 1948/ والمعمول به من 15 أكتوبر 1949

المادة (993) الكتاب الثالث - الباب الثاني - الحقوق المتفرعة عن حق الملكية، الفصل الأول - حق الانتفاع، القانون المدني المصري. الصادر 16 يوليو 1948/ والمعمول به من 15 أكتوبر 1949

المادة (994) الكتاب الثالث - الباب الثاني - الحقوق المتفرعة عن حق الملكية، الفصل الأول - حق الانتفاع، القانون المدني المصري. الصادر 16 يوليو 1948/ والمعمول به من 15 أكتوبر 1949

المادة (995) الكتاب الثالث - الباب الثاني - الحقوق المتفرعة عن حق الملكية، الفصل الأول - حق الانتفاع، القانون المدني المصري. الصادر 16 يوليو 1948/ والمعمول به من 15 أكتوبر 1949

الانتفاع هو الغرض الرئيس من حق الملكية. وهو جماع حقين: حق الاستعمال، و حق الاستغلال . حيث جاء القانون المدني فاعتمد هذا التنظيم (من المادة 936 و حتى المادة 959). كما أن قانون الأحوال الشخصية قد أفرد للوصية بالمنافع أحكاماً خاصة .

ويتميز حق الانتفاع يتميز بالخصائص التالية:

- (أ) هو حق عيني : و بالتالي يولي صاحبه مزية التقدم و مزية التتبع ، و بهذا يختلف عن الحق الشخصي الناشئ لمصلحة المستأجر من عقد الإيجار .
 - (ب) يولي صاحبه استعمال شيء يخص الغير و استغلاله : فللمنتفع استعمال الشيء ، كأن يسكن الدار ، و له الحق في جميع ما ينتج من ثمار . لكن حق الانتفاع لا يولي صاحبه التصرف بالشيء ، لأن مزية التصرف تبقى للمالك . و بذلك يتجزأ حق الملكية عند نشوء حق الانتفاع إلى جزئين :
- جزء يختص به المنتفع ، و يضم الاستعمال و الاستغلال .
 - و جزء آخر يظل لمالك الشيء المنتفع به، و يقتصر على حق التصرف .

فحق المنتفع إذاً مستقل عن حق مالك الرقبة . و على هذا يجوز لصاحب حق الانتفاع النزول عن هذا الحق أو التصرف به . كما يجوز لمالك الشيء التعاقد على الرقبة وحدها دون حق الانتفاع . هذا و ليست الصلة بين حق المنتفع و حق مالك الرقبة قائمة على أساس الشيوخ ، و من ثم لا يسوغ

لأحدهما المطالبة بقسمة الشيء المنتفع به ، و لا يبيعه إذا كان غير قابل للقسمة .

(ت) هو حق مؤقت : حيث أنه محدود بحياة المنتفع ، بمعنى أنه ينقضي حتماً بوفاة المنتفع . إلا أنه يجوز إنشاء حق الانتفاع لمدة معينة ينتهي بانتهائها ، شريطة أن تنتهي هذه المدة قبل وفاة المنتفع .

إذاً : حق الانتفاع هو حق مؤقت ، و بهذا يفرق هذا الحق عن حق التصرف في الأراضي الأميرية الذي يعد في الأصل حقاً دائماً، إذ هو ينتقل بعد وفاة المتصرف إلى ورثته من أصحاب حق الانتقال .

- موازنة بين حق المنتفع و حق المستأجر :

يلتقي حق المنتفع و حق المستأجر من حيث أن كلا منهما ينتفع بشيء لا يملكه و لمدة معينة . و لكنهما يفرقان في عدة أمور نلخصها فيما يلي :

أولاً : إن حق المنتفع هو حق عيني، في حين أن حق المستأجر هو حق شخصي.

و يترتب على هذا الفارق الأساسي في الطبيعة القانونية نتائج مهمة ، نورد فيما يلي أهمها :

- (1) يستطيع المنتفع أن يباشر سلطة مباشرة على الشيء المنتفع به ، دون وساطة مالك الرقبة ، فكل ما يطلب من مالك الرقبة هو أن يترك المنتفع يباشر حقه دون أن يلتزم في مواجهته بأي التزام إيجابي . في حين أن المستأجر - بسبب أن حقه يتعلق بذمة المؤجر - لا يستطيع أن يباشر حقه على العين المؤجرة إلا عن طريق المؤجر .
- فالمؤجر ملزم بمقتضى عقد الإيجار بالتزام إيجابي هو أن يمكن المستأجر من الانتفاع بالعين المؤجرة .
- و تبعاً لذلك يلتزم المؤجر بتسليم العين المؤجرة إلى المستأجر في حالة صالحة للانتفاع ، و أن يقوم بواجب صيانتها طوال مدة الإيجار .
- (2) إن حق الانتفاع العقاري يعد مالاً عقارياً . أما حق المستأجر فهو مال منقول ، ولو كان وارداً على عقار .
- (3) إن حق الانتفاع العقاري لا ينشأ فيما بين المتعاقدين و بالنسبة للغير ، إلا بالتسجيل في السجل العقاري . في حين أن حق المستأجر لا يلزم شهره إلا استثناء .
- و توضيح ذلك أن حق المستأجر إذا ورد على عقار ينشأ فيما بين العاقدین بمجرد إبرام عقد الإيجار ، مهما تكن مدة العقد ، إلا أن أثره لا يسري في حق الغير فيما إذا تجاوزت مدته ثلاث سنوات إلا من تاريخ تسجيله في السجل العقاري .

ثانياً : ينقضي حق المنتفع بموت المنتفع ، في حين أن حق المستأجر لا ينقضي بموت المستأجر إلا استثناء .

ثالثاً : يكتسب حق المنتفع بأي سبب كان من أسباب كسب الحقوق العينية فيما عدا الميراث ، في حين أن حق المستأجر لا يكتسب إلا بالعقد .

رابعاً : قد يكون حق المنتفع بعوض و قد يكون بغير عوض ، في حين أن حق المستأجر هو دائماً بعوض .

وعاء حق الانتفاع: (الأشياء التي يجوز أن يرتب عليها حق الانتفاع)

تنص المادة 938 على أنه : يجوز في الأمور العقارية إنشاء حق الانتفاع على الحقوق التالية :

(1) الملكية ، (2) التصرف ، (3) السطحية ، (4) - الإجاريتين ، (5) الإجارة الطويلة .

و أمام هذا النص اختلف الشراح في تحديد الوعاء الذي يجوز أن يرد عليه حق الانتفاع ، وهم بين موسّع و مضيق :

(أ) فالبعض يذهب إلى تضيق هذا الوعاء ، و قصره على الحقوق العينية

العقارية المنصوص عليها في المادة 938 . و يستند هذا النظر إلى أن التعداد

الوارد في هذه المادة هو على سبيل الحصر . و تبعاً لذلك لا يجوز إنشاء حق الانتفاع على الأموال المنقولة ، ولا على الحقوق العينية العقارية التي لم يرد لها ذكر في النص المذكور . و عليه لا يجوز للمنتفع أن ينشئ على انتفاعه حق انتفاع لمصلحة شخص آخر .

(ب) و يذهب البعض الآخر إلى توسيع هذا الوعاء ، بحيث يشمل الانتفاع جميع الحقوق العينية ، سواء أكانت عقارية أم منقولة . و يستند هذا النظر إلى الحجج الثلاث الآتية :

الحجة الأولى: إن المادة 936 قد عرفت حق الانتفاع على أنه حق عيني يتعلق باستعمال شيء واستغلاله . وقد وردت عبارة أو كلمة شيء مطلقة ،

الأمر الذي يستفاد منه أن الانتفاع يرد على العقار والمنقول على حد سواء .
الحجة الثانية: إن المادة 938 قد نقلت عن القرار 3339 ، و كانت أحكامه مقصورة على العقارات . و لذا لم ترد أية إشارة إلى حق الانتفاع في المنقول

الحجة الثالثة: إن التعداد الوارد في المادة 938 لم يرد بطريق الحصر .
و تبعاً لهذا الرأي :

- يمكن إنشاء حق انتفاع على غير الحقوق الواردة في التعداد ، كحق الرهن

مثلاً ، بحيث يستطيع المرتهن أن ينشئ على الشيء المرهون حق انتفاع

لمصلحة شخص ثالث ، بشرط أن لا تتجاوز مدة الانتفاع مدة أجل الدين .
- كما يجوز إنشاء حق الانتفاع على حق انتفاع آخر ، بشرط ألا تتجاوز مدته

مدة الانتفاع الأول .

- كما يصح أن ينشأ حق الانتفاع على أي منقول، مادياً كان أم معنوياً. فمن الجائز تقرير حق الانتفاع على حق المؤلف، وعلى الأوراق المالية، كالأسهم و السندات التجارية. و على هذا يكون إنشاء حق الانتفاع صحيحاً، فيما إذا خول مالك الأسهم التجارية المنتفع حقاً باستيفاء أرباحها خلال سنوات معينة ، أو إذا خول الدائن المنتفع استيفاء الفائدة التي تترتب في ذمة المدين .
- (ت) و يتوسط النظريين السابقين نظر (رأي) ثالث ، يعتمد حلاً يقوم على التمييز بين المنقول و غير المنقول :
- ففيما يتعلق بغير المنقول يرى هذا النظر وجوب التقيد بالنص الوارد في المادة 938، و بالتالي وجوب حصر إنشاء الانتفاع على الحقوق المذكورة في هذا النص دون سواها .
- أما فيما يتعلق بالمنقول، فيرى هذا النظر إطلاق إنشاء حق الانتفاع على كل ما يمكن أن تتولد منفعة من التمتع به ، سواء كان من الأشياء أم كان من الأموال ، بناء على أن المشرع قد أقر مبدأ حرية التعاقد في حدود الآداب و النظام العام المنصوص عليه في المادة 136 ق.م .
- و الرأي الراجح هو الرأي الثاني .
- أيجوز إنشاء الانتفاع على الأشياء الاستهلاكية ؟
- إن الأشياء القابلة للاستهلاك، كالحبوب و النقود، تنفر في طبيعتها عن أن تكون محلاً لحق الانتفاع ، ذلك لأن المنتفع لا يستطيع الانتفاع بها إلا عن طريق

استهلاكها ، الأمر الذي يحول دون ردها إلى مالك الرقبة عند انتهاء أجل الانتفاع

أسباب كسب حق الانتفاع:

تنص المادة 937 على أن حق الانتفاع ينشأ بالقانون و بمجرد إرادة الإنسان .
كما تجيز المواد 826 و 917 و 918 كسب الحقوق العينية بالتقادم المكسب . و
لا يصلح الميراث لكسب حق الانتفاع ، لأنه ينتهي بموت صاحبه .
و كذا الاستيلاء و الالتصاق فهما لا يصلحان لكسب حق الانتفاع، لأن طبيعته
تتفر منهما .

مُنشئ حق الانتفاع :

يجب أن يكون منشئ حق الانتفاع مالكاً للشيء الذي يرد عليه الانتفاع ، أهلاً
للتصرف به . و قد يكون الانتفاع ببذل ، كما في البيع . و قد يكون بغير بدل، كما
في الهبة. و في هذه الحالة يجب أن يكون العقد محرراً بسند رسمي، و إلا وقع
باطلاً .

- الشخص الذي يراد إنشاء حق الانتفاع لصالحه : يحتاج في هذا الصدد لبيان
الحالات التالية :

(1) حق الانتفاع المقرر لمصلحة الشخص الاعتباري : إن حياة الشخص

الاعتباري قد تستمر زمناً طويلاً يمتد لعدة أجيال، فصوناً لحق مالك الرقبة من الأضرار التي تلحق به، و درءاً لتلاشي قيمة ملك الرقبة نتيجة تحميلها بحق انتفاع مؤبد للغير، و حتى لا تحبس الأموال عن التداول بإنشاء ما يشبه الوقف عن غير طريق الوقف، فقد منع القانون المدني السوري إنشاء حق انتفاع لمصلحة الشخص الاعتباري .

و قد تأيد هذا المنع أيضاً بمنع الوقف الذري فيما بعد، لأن هذا الوقف يحبس بدوره المال الموقوف عن التداول، شأنه في ذلك شأن المال المتقل بحق انتفاع لمصلحة الشخص الاعتباري.

(2) الانتفاع المقرر لمصلحة أشخاص متعاقبين : قد يكون الانتفاع لمصلحة

شخص واحد، أو لمصلحة أشخاص متعددين، سواء أكان ذلك بطريق الشيوع أم بطريق الإفراد، إلا أنه يحدث أحياناً أن يقرر حق الانتفاع لمصلحة أشخاص متعددين على التعاقب، أي لواحد بعد الآخر .

ففي هذه الحالة يتعين أن يكون المنتفعون جميعاً أحياء يوم إنشاء حق الانتفاع، و تحدد مدة الانتفاع حينئذٍ من حيث المال بحياة آخر منتفع . أما إذا كان بعض هؤلاء المنتفعين غير موجود عند إنشاء حق الانتفاع، فلا ينفذ

العقد في حقه، لأن نفاذه حينئذٍ ينشئ ما يشبه الوقف الذري، و هذا لا يجوز .
- الانتفاع المقيد بشرط أو المضاف إلى أجل : يجوز إنشاء حق الانتفاع

منجزاً، أو مقترناً بشرط واقف أو فاسخ، أو مضافاً إلى أجل واقف أو فاسخ .

فإذا كان العقد المولد لحق الانتفاع منجزاً، أنتج أثره في الحال، و استحق المنتفع منافع الشيء من تاريخ إنشاء حق الانتفاع . أما إذا كان معلقاً على شرط أو مضافاً إلى أجل، فإن انتفاع المنتفع لا يبدأ إلا عند تحقق الشرط أو حلول الأجل . و يلاحظ أن حق الانتفاع هو دائماً مضاف إلى أجل فاسخ، لأنه حق مؤقت ينتهي بحلول أجله.

ثانياً : التقادم سبباً لكسب حق الانتفاع : يحتاج في صدد اكتساب حق الانتفاع

بالتقادم إلى التمييز بين المنقولات و العقارات :

(أ) ففيما يتعلق بالعقارات: ينحصر اكتساب حق الانتفاع بالتقادم بالعقارات التي

لم تجرِ عليها معاملات التحديد و التحرير، و في تلك التي لم يمنع المشرع

تملكها بالتقادم بنص خاص . ومدة التقادم في الأراضي المملوكة: 15 سنة .

وفي الأراضي الأميرية 10 سنوات و 5 سنوات في الأراضي الملك إذا

كانت الحيازة بحسن نية، و سبب صحيح .

(ب) أما بالنسبة للمنقول : فيجوز كسب حق الانتفاع عليه ، بمجرد حيازته إذا

كانت الحيازة مقترنة بحسن نية و سبب صحيح ، عملاً بقاعدة (الحيازة في

المنقول سند حائز). أما إذا كانت الحيازة غير مقترنة بحسن نية و سبب

صحيح ، فيجوز كسب حق الانتفاع على المنقول بمرور خمس عشرة سنة .

(4) حق الاستعمال وحق السكنى للاسير في القانون المدني المصري⁵⁸:

من خلال ماسبق نستنتج أن:

المواد (996- 998) الكتاب الثالث - الباب الثاني - الحقوق المتفرعة عن حق الملكية من القانون المدني 58 المصري. الصادر 16 يوليو 1948/ والمعمول به من تاريخ 15 أكتوبر سنة 1949

حق الاستعمال وحق السكنى هما صورتان للانتفاع على نطاق محدود حيث أن صاحبه لا يتمتع بحق الاستغلال. وبالتالي فلا يجوز النزول عن حق الاستعمال والسكنى للغير إلا بناء على شرط صحيح أو مبرر قوى يبيح ذلك، حيث أن هذا الحق لا يتعدى سوى صاحبه وأسرته وليس للغير. حق الاستعمال وحق السكنى هو حق عيني يخول لصاحبه استعمال أو سكن الشيء المملوك للغير بالقدر اللازم لحاجة صاحب الحق وأسرته في الاستعمالات العادية للشيء وبما لا يتجاوز الاحتياج فمثلاً إذا وقع هذا الحق على حديقة فليس لصاحب حق الاستعمال سوى الحصول على ما يكفيه هو وأسرته فقط، وإن كان سكن فله أن يسكن فيه هو وأسرته فقط وليس له أن يستخدم المسكن استخدام تجاري أو أن يؤجره. فحق الاستعمال وحق السكنى مؤقتان كحق الانتفاع فينتهي الحق بموت صاحبه في جميع الحالات ولا يجوز التنازل عنهما للغير إلا بناءً على شرط صريح ولضرورة قصوى كما لو نقل عمل صاحب حق السكن لمدينة بعيدة. فحق الاستعمال يخول لصاحبه سلطة واحدة هي سلطة استعمال الشيء وعلى ذلك إذا كان الشيء أرضاً زراعية فإن حق الاستعمال يحول لصاحبه أن يقوم بزراعتها بنفسه ولكنه لا يستطيع أن يقوم بتأجيرها للغير لأن ليس له سلطة الاستغلال.

و حق السكنى: أنه في الواقع يتفرغ عن حق الاستعمال, وفي نفس الوقت يجب أن يرد على الأماكن المعدة للسكنى أى العقارات المبنية , فمن له حق الاستعمال

على منزل مملوك للغير, فمعنى ذلك أنه له الحق فى سكنى هذا المنزل فقد دون تأجيريه أو التصرف فيه. وينتهى حق الاستعمال وحق السكنى وفقاً لما يتم الاتفاق عليه أو بإنهاء حياة المنتج بأيهما .

فحق السكنى هو صورة من صور حق الاستعمال لأن الانتفاع مقيد بسكنى المنتفع وأسرته فقط . و أن الاستعمال قد يرد على عقاراً أو على منقول، أما حق السكنى فإنه يرد إلا على عقار وبالذات دار السكنى . حيث أن حق الاستعمال وحق السكنى يتحدد بمقدار ما يحتاج إليه صاحب الحق وأسرته خاصة ، بينما لصاحب حق المنفعة أن ينتفع بالشيء بنفسه أو أن يؤجره أو يعيره .⁵⁹

ويتحدد نطاق حق الاستعمال وحق السكنى بمقدار ما تحتاج إليه صاحب الحق هو وأسرته خاصة أنفسهم، وذلك دون إخلال بما يقرره السند المنشئ للحق من أحكام .⁶⁰ لا يجوز النزول للغير عن حق الاستعمال أو عن حق السكنى إلا بناء على شرط صريح أو مبرر قوى .⁶¹ فيما عدا الأحكام المتقدمة تسرى

الكتاب الثالث - الباب الثاني - الحقوق المتفرعة عن حق الملكية من القانون المدني (المادة 1262) 59
المصري الصادر 16 يوليو 1948/ والمعمول به من تاريخ 15 أكتوبر سنة 1949

الكتاب الثالث - الباب الثاني - الحقوق المتفرعة عن حق الملكية من القانون المدني (المادة 996) 60
المصري الصادر 16 يوليو 1948/ والمعمول به من تاريخ 15 أكتوبر سنة 1949

61 (المادة 997) الكتاب الثالث - الباب الثاني - الحقوق المتفرعة عن حق الملكية من القانون المدني
المصري الصادر 16 يوليو 1948/ والمعمول به من تاريخ 15 أكتوبر سنة 1949.

الأحكام الخاصة بحق الانتفاع على حق الاستعمال وحق السكنى متى كانت لا تتعارض مع طبيعة هذين الحقين.⁶² حيث أن حق الاستعمال هو حق عيني يخول لصاحبه استعمال الشيء الذي يقع عليه، وذلك بالقدر اللازم لما يحتاج إليه صاحب الحق هو وأسرته لخاصة أنفسهم، فليس لصاحب الحق استعماله إلا في الحدود المتفق عليه، فمن تقرر له استعمال الدابة أو السيارة، كان له الحق أن يستعملها لخدمته في الركوب أو الحمل.

أما حق السكنى فهو أضيق نطاقاً من حق الاستعمال، لأنه لا يخول لصاحبه إلا نوعاً من الاستعمال وهو السكنى فقط، أي ليس لصاحب الحق أن يستعمل المنزل إلا في السكنى فقط، فليس له أن يأجره إلى غيره أو يفتح فيه متجراً، إلا بناء على اتفاق صريح في ذلك.⁶³

أحكام حق الاستعمال وحق السكنى :

62 (المادة 998) الكتاب الثالث - الباب الثاني - الحقوق المنقولة عن حق الملكية من القانون المدني المصري الصادر 16 يوليو 1948/ والمعمول به من تاريخ 15 أكتوبر سنة 1949.

د/رمضان أبو السعود، مرجع سابق، ص 410-411، د/جاسم الشامي، مرجع سابق، ص 118 63

(1) التنازل عن حق الاستعمال وحق السكنى : بموجب المادة (1263) من

القانون المدني المصري، يفهم أن كل من حق الاستعمال وحق السكنى حق قاصر على صاحبه هو وأسرته ولا يجوز لصاحبه التنازل عنه للغير بعوض أو بدون عوض أو أن يؤجره ما لم يوجد شرط صريح أو مبرر

قوي يقضي بخلاف ذلك، وأن هذا متروك لقاضي الموضوع .
(2) إصلاح الدار المقرر عليها حق السكنى : إذا احتاجت الدار المقرر عليها

حق السكنى إلى إصلاح بسبب الاستعمال التزم صاحب حق السكنى بإجرائه وإذا أمتنع صاحب حق السكنى عن قيام بالإصلاح المطلوب وكان من شأن هذا الامتناع أن يؤدي إلى إضرار بالدار فاللحكمة بناء على طلب المالك بأن تؤجرها لشخص آخر يقوم بإصلاحها على أن يستوفي من الإجرة ما أنفق في إصلاحها .

(3) سريان الاحكام المتعلقة بحق المنفعة: تسري الاحكام المتعلقة بحق المنفعة على حق الاستعمال وحق السكنى ما عدا ما تقدم من احكام .⁶⁴

(5) حق الحكر للاسير في القانون المدني المصري:

من ماسبق يتبين لنا:

الكتاب الثالث - الباب الثاني - الحقوق المتفرعة عن حق الملكية من القانون المدني المصري (المادة 998) 64
الصادر 16 يوليو 1948/ والمعمول به من تاريخ 15 أكتوبر سنة 1949.

حق الحكر استمده المشرع المصري من الشريعة الإسلامية ويرد على أرض موقوفة ويتقرر بموجبه لصاحب حق الحكر الانتفاع بها وإقامة بناء أو غرس عليها مع تملك المباني أو الغرس مقابل أجره المثل.

و أن حق الحكر هو حق عيني أصلى عقارى ويقصد به أنه عقد يعطى لصاحبه (المحتكر) حق البقاء والقرار على أرض معينه (الأرض المحكورة) ما دام يدفع أجره المثل، وذلك بما لا يزيد عن ستين سنة، وحق الحكر من الحقوق التى إستعارها القانون الوضعي من أحكام الشريعة الإسلامية. وقد تضمنت المواد من 999 حتى 1014 من القانون المدني المصري الأحكام المنظمة للحكر.

و لا يجوز التحكير لمدة تزيد على ستين سنة فإذا عينت مدة أطول أو أغفل تعيين المدة أعتبر الحكر معقوداً لمدة ستين سنة.⁶⁵ كما لا يجوز التحكير إلا لضرورة أو مصلحة وبإذن من المحكمة الابتدائية الشرعية التى تقع فى دائرتها الأرض كلها أو أكثرها قيمة، ويجب أن يصدر به عقد على يد رئيس المحكمة أو من يحليه عليه من القضاء أو الموثقين، ويجب شهره وفقاً لأحكام قانون تنظيم الشهر العقارى⁶⁶

الكتاب الثالث - الباب الثاني - الحقوق المتفرعة عن حق الملكية من القانون المدني المصري (المادة 999) 65 الصادر 16 يوليو 1948/ والمعمول به من تاريخ 15 أكتوبر سنة 1949.

الكتاب الثالث - الباب الثاني - الحقوق المتفرعة عن حق الملكية من القانون المدني (المادة 1000) 66 المصري الصادر 16 يوليو 1948/ والمعمول به من تاريخ 15 أكتوبر سنة 1949.

و يحق للمحتكر أن يتصرف في حقه وينتقل هذا الحق بالميراث.⁶⁷ ويملك المحتكر ما أحدثه من بناء أو غراس أو غيره ملكاً تاماً. وله يتصرف فيه وحده مقترناً بحق الحكر⁶⁸ وعلى المحتكر أن يؤدي الأجرة المتفق عليها إلى المحكر. وتكون الأجرة مستحقة الدفع في نهاية كل سنة ما لم ينص عقد التحكير على غير ذلك.

⁶⁹ ولا يجوز التحكير بأقل من أجرة المثل. وتزيد هذه الأجرة أو تنقص كلما بلغ التغيير في أجرة المثل حداً يجوز الخمس زيادة أو نقصاً، على أن يكون قد مضى ثماني سنوات على آخر تقدير.⁷⁰ يرجع في تقدير الزيادة أو النقص إلى ما للأرض من قيمة إيجاريه وقت التقدير، ويراعى في ذلك صقع الأرض ورغبات الناس فيها بغض النظر عما يوجد فيها من بناء أو غرس، ودون اعتبار لما أحدثه المحتكر فيها من تحسين أو إتلاف في ذات الأرض أو في صقع الجهة، ودون

الكتاب الثالث - الباب الثاني - الحقوق المتفرعة عن حق الملكية من القانون المدني (المادة 1001) 67
المصري الصادر 16 يوليو 1948/ والمعمول به من تاريخ 15 أكتوبر سنة 1949

الكتاب الثالث - الباب الثاني - الحقوق المتفرعة عن حق الملكية من القانون المدني (المادة 1002) 68
المصري الصادر 16 يوليو 1948/ والمعمول به من تاريخ 15 أكتوبر سنة 1949

الكتاب الثالث - الباب الثاني - الحقوق المتفرعة عن حق الملكية من القانون المدني (المادة 1003) 69
المصري الصادر في 16 يوليو 1948/ والمعمول به من تاريخ 15 أكتوبر سنة 1949

الكتاب الثالث - الباب الثاني - الحقوق المتفرعة عن حق الملكية من القانون المدني (المادة 1004) 70
المصري الصادر في 16 يوليو 1948/ والمعمول به من تاريخ 15 أكتوبر سنة 1949

تأثر بما للمحتكر على الأرض من حق القرار⁷¹. لا يسرى التقدير الجديد إلا من الوقت الذي يتفق الطرفان عليه، وإلا فمن يوم رفع الدعوى⁷². و على المحتكر أن يتخذ من الوسائل ما يلزم لجعل الأرض صالحة للاستغلال مراعيًا في ذلك الشروط المتفق عليها، وطبيعة الأرض، والغرض الذي أعدت له، وما يقضى به عرف الجهة.⁷³ وينتهي حق الحكر بحلول الأجل المعين. ومع ذلك ينتهي هذا الحق قبل حلول الأجل إذا مات المحتكر قبل أن يبني أو يغرس إذا طلب جميع الورثة بقاء الحكر. وينتهي حق الحكر أيضاً قبل حلول الأجل إذا زالت صفة الوقف عن الأرض المحكرة، إلا إذا كان زوال هذه الصفة بسبب رجوع الواقف في وقفه أو إنقاصه لمدته، ففي هذه الحالة يبقى الحكر إلى انتهاء مدته⁷⁴. ويجوز للمحتكر إذا لم تدفع له الأجرة ثلاث سنين متوالية أن يطلب فسخ العقد.⁷⁵ عند فسخ العقد أو انتهائه يكون

الكتاب الثالث - الباب الثاني - الحقوق المتفرعة عن حق الملكية من القانون المدني (المادة 1005) 71
المصري الصادر في 16 يوليو 1948/ والمعمول به من تاريخ 15 أكتوبر سنة 1949

الكتاب الثالث - الباب الثاني - الحقوق المتفرعة عن حق الملكية من القانون المدني (المادة 1006) 72
المصري الصادر في 16 يوليو 1948/ والمعمول به من تاريخ 15 أكتوبر سنة 1949

الكتاب الثالث - الباب الثاني - الحقوق المتفرعة عن حق الملكية من القانون المدني (المادة 1007) 73
المصري الصادر في 16 يوليو 1948/ والمعمول به من تاريخ 15 أكتوبر سنة 1949

الكتاب الثالث - الباب الثاني - الحقوق المتفرعة عن حق الملكية من القانون المدني (المادة 1008) 74
المصري الصادر في 16 يوليو 1948/ والمعمول به من تاريخ 15 أكتوبر سنة 1949

الكتاب الثالث - الباب الثاني - الحقوق المتفرعة عن حق الملكية من القانون المدني (المادة 1009) 75
المصري الصادر في 16 يوليو 1948/ والمعمول به من تاريخ 15 أكتوبر سنة 1949

للمحكر أن يطلب إما إزالة البناء والغراس أو استبقائهما مقابل دفع أقل قيمتهما مستحقي الإزالة أو البقاء، وهذا كله ما لم يوجد اتفاق يقضى بغيره . وللمحكمة أن تمهل المحكر في الدفع إذا كانت هناك ظروف استثنائية تبرر الإمهال، وفي هذه الحالة يقدم المحكر كفالة لضمان الوفاء بما يستحق في ذمته.⁷⁶

ينتهي حق الحكر بعدم استعماله مدة خمس عشر سنة، إلا إذا كان حق الحكر موقوفاً فينتهي بعدم استعماله مدة ثلاث ثلاثين سنة⁷⁷ . من وقت العمل بهذا القانون لا يجوز ترتيب حق حكر على أرض غير موقوفة ، وذلك مع عدم الإخلال بحكم المادة (1008) الفقرة الثالثة . والأحكام القائمة على أرض غير موقوفة وقت العمل بهذا القانون تسرى في شأنها الأحكام المبينة في المواد السابقة.⁷⁸

بعض أنواع الحكر :

الكتاب الثالث - الباب الثاني - الحقوق المتفرعة عن حق الملكية من القانون المصري (المادة 1010) 76

الكتاب الثالث - الباب الثاني - الحقوق المتفرعة عن حق الملكية من القانون المدني (المادة 1011) 77
المصري الصادر في 16 يوليو 1948/ والمعمول به من تاريخ 15 أكتوبر سنة 1949

الكتاب الثالث - الباب الثاني - الحقوق المتفرعة عن حق الملكية من القانون المدني (المادة 1012) 78
المصري الصادر في 16 يوليو 1948/ والمعمول به من تاريخ 15 أكتوبر سنة 1949

- عقد الايجاريتين هو أن يحكر الوقف أرضاً عليها بناء فى حالة الإصلاح

مقابل مبلغ من المال مساوي القيمة هذا البناء، وأجرة سنوية للأرض مساوية

لأجر المثل .

وتسرى عليه أحكام الحكر إلا فيما نصت عليه الفقرة السابقة .⁷⁹

- خلو الانتفاع عقد يؤجر به الوقف عينا ولو بغير إذن القاضى مقابل أجرة

ثابتة لزم من غير معين. ويلتزم المستأجر بمقتضى هذا العقد أن يجعل العين

صالحة للاستعمال. وبحق للوقف أن يفسخ العقد فى أى وقت بعد التنبيه فى

الميعاد القانونى طبقاً للقواعد الخاصة بعقد الإجارة على شرط أن يفوض

الوقف المستأجر عن النفقات طبقاً لأحكام المادة (179). وتسرى عليه

الأحكام الخاصة بإيجار العقارات الموقوفة دون إخلال بما نصت عليه

الفقرتان السابقتان .⁸⁰

وقد شرع عقد الحكر أساساً بهدف تعمير أرض الوقف التي خربت ولم يعد ريعها

كافياً لإصلاحها أو تعميرها ولم يرغب أحد في استبدالها فيلجأ ناظر الوقف إلى

تحكيرها.

ولما كان الحكر، على النحو المتقدم، يُمثل قيداً خطيراً على الملكية مما يجعل أمر

الاستغلال أو التصرف في العين المُحكرة من الأمور غير الميسورة، بل أن البعض

الكتاب الثالث - الباب الثاني - الحقوق المتفرعة عن حق الملكية من القانون المدني (المادة 1013) 79
المصري الصادر في 16 يوليو 1948/ والمعمول به من تاريخ 15 أكتوبر سنة 1949

الكتاب الثالث - الباب الثاني - الحقوق المتفرعة عن حق الملكية من القانون المدني (المادة 1014) 80
المصري الصادر في 16 يوليو 1948/ والمعمول به من تاريخ 15 أكتوبر سنة 1949

وصف الأحكار بأنها ملكية فوق الملكية الأصلية تتداخل معها وتعطلها. ونظراً لتغير الظروف الاقتصادية التي أصبح معها تعمير العين المحكورة أو استبدالها ميسوراً في مدة أقصر من المدة التي كان يقتضيها تحقيق هذين الغرضين في الماضي، لذلك بدأ المشرع في وضع سياسة تهدف إلى الحد من انتشاره والتضييق منه. ونظراً لأن في بقاء هذه الأحكار - بما تمثله من قيد على ملكية الوقف الخيري للأعيان المحكورة - ما يحول بين الوقف وبين استغلال تلك الأعيان الاستغلال الأمثل الذي يعود بالفائدة على مجالات الخير الواسعة التي توجه إليها أموال الأوقاف الخيرية، لذلك فقد توالى صدور عدة قوانين مُتعاقة بقصد الانتهاء من تصفية حق الحكر على الأعيان الموقوفة بدءاً من القانون رقم 649 لسنة 1953 ثم القانون رقم 295 لسنة 1954 ثم القانون رقم 92 لسنة 1960. وكانت عناية المشرع المصري بإصدار تلك القوانين المُتعاقة كلها تتوخى تصفية الأحكار الموجودة وذلك خلال أجل مُعين، ولكن الإخفاق حالفها دائماً بسبب تعدد اللجان التي تتولى عمله إنهاء الأحكار ومنها لجنة التثمين ثم لجنة الأحكار ثم اللجنة العليا للأحكار ثم لجنة القسمة، مما حمل المشرع على دمجها جميعاً في لجنة واحدة فقط هي "اللجنة القضائية للأحكار" المنصوص عليها بالمادة الخامسة من القانون رقم 43 لسنة 1982 بشأن إنهاء الأحكار على الأعيان الموقوفة والتي تنص على أن تختص هذه اللجنة دون غيرها بما يأتي:

(1) تحديد المُحتكر أو المُنتفع الظاهر للأراضي الذي انتقل إليه حق الحكر من المُحتكر أو خلفه.

(2) تقدير ثمن الأرض.

(3) تقدير ثمن ما على الأرض من بناء أو غراس وفقاً لما تقضي به المادة

1010 من القانون المدني"، ولقد حرص هذا القانون الأخير (رقم 43 لسنة

1982) على تحويل تلك اللجنة القضائية الوحيدة كافة الاختصاصات

بالفصل في جميع المنازعات الناشئة عن هذا القانون بالإضافة إلى

اختصاصها دون غيرها بفحص المُستندات المُقدمة من المُحتكر وهيئة

الأوقاف المصرية وبتحديد حقوق كل من الطرفين بصفة كاملة، مع جواز

الطعن في قراراتها أمام المحكمة الابتدائية التي يقع في دائرتها العقار محل

النزاع. وهو ما يؤكد حقيقة أن الأحكار بطبيعتها تتمخض عبئاً ثقیلاً على

الملكية وأن المُشرع حرص على التخلص منها من خلال تنظيم خاص،

وعلى ضوء قواعد مُيسرة إرتأها كافية للفصل في الحقوق المُتعلقة بها،

وتسويتها بصفة نهائية.

أسباب إنهاء الحكر:

نص التقنين المدني المصري على انتهاء الحكر بأحد أسباب خمسة هي:

(1) انقضاء الأجل المُعين له.

(2) موت المُحتكر قبل أن يبني أو يغرس.

(3) زوال صفة الوقف عن الأرض المُحكرة.

(4) الفسخ بسبب عدم دفع الأجرة ثلاث سنين متوالية.

(5) عدم استعماله مدة طويلة.

ويجوز أن ينقضي الحكر بأسباب أخرى مثل:

(أ) اتحاد الذمة. (ب) نزع ملكية الأرض المُحكرة. (ت) الفسخ بسبب إخلال المحتكر بالتزامه بتحسين الأرض المُحكرة.

إنهاء الحكر بقرار من وزير الأوقاف: كانت المحاكم الشرعية تقضي بأن لها متى تبينت أن عقد الحكر من شأنه الإضرار بالوقف أن تحكم هي في أي وقت بإنهائه. وقد رأى المشرع بعد صدور المرسوم بقانون رقم 180 لسنة 1952 الذي حل الأوقاف الأهلية ولم يبق إلا الأوقاف الخيرية. وبعد أن أصبح معظم الأحكار منحصرًا في الأوقاف الخيرية وأغلبها في نظارة وزارة الأوقاف، رأى المشرع تمكيناً لهذه الوزارة من النهوض بالأعيان الموقوفة وتمشيًا مع النهج الذي سار عليه عند وضع التقنين المدني الحالي من التضييق من الحكر والحد من مدته وتسهيل إنهائه أن يُجيز إنهاء الحكر كلما اقتضت مصلحة الوقف ذلك. فأصدر المشرع العديد من القوانين بهذا الشأن وكان آخرها القانون رقم 43 لسنة 1982 الصادر بتاريخ 13 يونيو سنة 1982 في شأن إنهاء الأحكار على الأعيان الموقوفة، وقد فرق هذا القانون الأخير بين الحكر في الأعيان الموقوفة الخالية من أي بناء أو غراس عند العمل بهذا القانون، وبين الحكر في الأعيان الموقوفة المشغولة في تاريخ بدء العمل بهذا القانون ببناء أو غراس.

أما الأول: فقد نصت المادة الأولى من القانون المذكور على أن يُعتبر منتهياً دون تعويض، وتعتبر الأرض ملكاً خالصاً لجهة الوقف ولا يُعتد بأي بناء أو غراس تقام في الأرض الفضاء المحكرة بعد العمل بهذا القانون، ويتم ذلك كله بقوة القانون ابتداء من 18 يونيو 1982 تاريخ بدء العمل بالقانون 43 لسنة 1982.

وأما الثاني: وهو الحكر في الأعيان الموقوفة المشغولة بغراس أو بناء في تاريخ 18 يونيو 1982 فقد نصت المادة الثانية من القانون على أن ينتهي بقرار يصدره وزير الأوقاف ويختص مالك الرقبة بثلاثة أرباع ثمن الأرض والمحتكر ببقاى ثمنها، وذلك بالإضافة إلى الأقل من ثمن البناء أو الغراس مستحقي الإزالة أو البقاء.

وقد نصت المواد من الثالثة إلى الرابعة عشر من القانون 43 لسنة 1982 سالف الذكر على الإجراءات التي تتبع في حالة إنهاء الحكر بقرار من وزير الأوقاف عملاً بالمادة الثامنة من القانون أي في غير حالة إنهاء الحكر بقوة القانون المنصوص عليها في المادة الأولى. وأول هذه الإجراءات (بعد صدور قرار من وزير الأوقاف بإنهاء الحكر) هي وجوب نشر قرار وزير الأوقاف الصادر بإنهاء الحكر في الوقائع المصرية وفي جريدتين يوميتين ولصقها لمدة أسبوع على العقار وإعلانه إلى المحتكر أو واضع اليد الظاهر، ووجوب تضمين الإعلان اسم الوقف

مالك الرقبة والمحتكر طبقاً لما هو ثابت في سجلات الأوقاف، أو واضع اليد الظاهر، مع بيان العقار ومساحته ومنطقة الأوقاف التابع لها، وإخطار مكتب الشهر العقاري المختص بصورة من القرار المذكور لقيده في سجل خاص (المادة الثالثة من القانون).

تصقيع الأرض المحكرة: تنص المادة 1004 من القانون المدني على أنه:

- (1) لا يجوز التحكير بأقل من أجره المثل.
- (2) وتزيد هذه الأجرة أو تنقص كلما بلغ التغيير في أجره المثل حداً جاوز الخمس زيادة أو نقصاً، على أن يكون قد مضى ثماني سنوات على آخر تقدير."

كما تنص المادة 1005 من القانون المدني على أنه: "يرجع في تقدير الزيادة أو النقص إلى ما للأرض من قيمة ايجارية وقت التقدير، ويراعى في ذلك صقع الأرض ورغبات الناس فيها بغض النظر عما يوجد فيها من بناء أو غراس، ودون اعتبار لما أحدثه المحتكر فيها من تحسين أو إتلاف في ذات الأرض أو صقع الجهة، ودون تأثر بما للمحتكر على الأرض من حق القرار". كما تنص المادة 1006 من القانون المدني على أنه: "لا يسري التقدير الجديد إلا من الوقت الذي يتفق الطرفان عليه، وإلا فمن يوم رفع الدعوى".

فالقانون المدني نظم الحكر، وأقر بالتصقيع فيه (زيادة أو نقصان) بشرط أن تكون الأجرة قد (زادت أو نقصت) بما يجاوز الخمس، مع قواعد التقدير الذي حددتها المادة 1005 سالفه الذكر، وبشرط أن يكون قد مرت ثماني سنوات على الأقل على آخر تقدير أو تصقيع للعين المحكرة، ولكن يُشترط اتفاق الطرفين على قيمة الزيادة أو النقصان فالعملية تتم باتفاق الطرفين وليس بالإرادة المنفردة لأيهما. وفي حالة عدم الاتفاق يتم رفع الأمر إلى القضاء للفصل فيه وتقدير الزيادة أو النقصان وإلزام الطرفين بها.

وإذا كان عقد التحكير الخاضع للقانون المدني قد اتفق فيه الطرفان على شروط أخرى بأن يكونا مثلاً قد اتفقا وتراضيا على أن يكون للمالك المؤجرة الحق في تصقيع الأجرة كل فترة زمنية محددة (تزيد أو تنقص عن الفترة التي حددها القانون المدني) وبقبول المحتكر لتلك الزيادة بدون مناقشة أو معارضة أو اعتراض منه، ففي هذه الحالة يكون من حق المؤجر المحكر أن يصقع العين المؤجرة المحكرة كل فترة وبالقدر الذي اتفقا عليه في عقد الحكر، وإلا فتطبق القواعد سالفه الذكر.

(6) حق الارتفاق للأسير في القانون المدني المصري :

هي حقوق تحد من منفعة عقار لمصلحة عقار آخر مملوك لغير مالك العقار الأول،

ومثالها الحق الذي لصاحب عقار غير متصل بالطريق العام، في أن يمر في العقار

المجاور الذي يوصله إلى الطريق العام.

والارتفاق يفترض وجود أمور أربعة:

1- أن يوجد عقاران، يتقرر التكليف على أحدهما ويسمى بالعقار الخادم أو

المرتفق به، والآخر هو المقرر له الارتفاق وهو العقار المخدم أو المرتفق.

2- أن يكون العقاران مملوكين لشخصين مختلفين، فالارتفاق لا يتقرر إلا على

ملك الغير. فإذا كان العقاران مملوكين لشخص واحد فلا يقوم حق الارتفاق إذ

أن لمالكها حق الملكية، فهو ليس بحاجة إلى الارتفاق.

3- أن يكون التكليف على العقار لا على شخص المالك، فالارتفاق عبء وتكليف

على العقار.

4- وأخيراً يجب أن تكون المنفعة مقررة لخدمة العقار، لا لخدمة مالكه، أي

لحسن استعماله، كحق المجرى والري والصرف والمطل وكل هذه الحقوق

مقررة لخدمة الأرض أو البناء لتيسير استعماله.

أ) أنواع حقوق الارتفاق :

1) الارتفاقات الإيجابية والسلبية:

فالارتفاق الإيجابي هو الذي يعطي مالك العقار المخدم سلطة القيام ببعض

أعمال إيجابية على العقار الخادم، كحق المرور وحق المجرى.

أما الارتفاق السلبي فهو الذي يحد من سلطة مالك العقار الخادم فقط،

كالارتفاق المقرر على أرض بعدم البناء أو عدم التعلية عن ارتفاع معين.

2) الارتفاقات الظاهرة وغير الظاهرة :

والارتفاق الظاهر هو الذي له علامة مادية تدل عليه بمجرد النظر. كحق

المجرى وحق المرور في طريق مخصص للمرور وحق المظل.
والارتفاق غير الظاهر هو الذي لا توجد علامة مادية تدل عليه كالارتفاق بعدم

البناء.

(3) تنقسم الارتفاقات إلى ارتفاقات مستمرة وغير مستمرة:
فالارتفاق المستمر هو الذي يستمر استعماله بمجرد وجوده دون حاجة إلى

تدخل الإنسان حق المظل على ملك الغير.
والارتفاق غير المستمر هو الذي يحتاج في استعماله إلى تدخل من جانب

الإنسان كحق المرور.

(ب) خصائص حقوق الارتفاق:

(1) أنه حق نابع، فهو يتبع العقار الخادم.
(2) وأنه غير قابل للتجزئة، فلا يمكن أن يفصل جزء من العقار لكي يستفيد

من حق الارتفاق مع حرمان الجزء الباني.
(3) وأنه لا يرد إلا على العقارات، فهو لا يترتب على المنقولات وهذا ما

يفرق بينه وبين حق الانتفاع.
(4) أنه حق دائم، ذلك أن هذا الحق يتقرر لمنفعة عقار معين ويجوز أن

يترتب الاتفاق على مال عام إن كان لا يتعارض مع الاستعمال الذي

خصص له هذا المال.⁸¹

81 المادة رقم (1015) الكتاب الثالث - الباب الثاني - الحقوق المنقولة عن حق الملكية، الفصل الثالث
- حق الارتفاق، من القانون المدني المصري الصادر 16 يوليو 1948. / والمعمول به من تاريخ 15 أكتوبر
سنة 1949.

فحق الارتفاق يكسب بعمل قانوني أو بالميراث . ولا يكسب بالتقادم إلا

الارتفاقات الظاهرة بما فيها حق المرور⁸² .
و لمالك العقار المرتفق أن يجرى من الأعمال ما هو ضروري لاستعمال حقه في

الارتفاق ، وما يلزم للمحافظة عليه ، وأن يستعمل هذا الحق على الوجه الذي لا

ينشأ عنه إلا أقل ضرر ممكن . ولا يجوز أن يترتب على ما يجد من حاجات

العقار المرتفق أى زيادة في عبء الارتفاق⁸³ .
ولا يلزم مالك العقار المرتفق به أن يقوم بأي عمل لمصلحة العاقر المرتفق إلا أن

يكون عملاً إضافياً يقتضيه استعمال الارتفاق على الوجه المألوف ما لم يشترط

غير ذلك . فإذا كان مالك العاقر المرتفق به هو المكلف بأن يقوم بتلك الأعمال

على نفقته، كان له دائماً أن يتخلص من هذا التكليف بالتخلي عن العقار المرتفق

به كله أو بعضه لمالك العقار المرتفق⁸⁴ .

ولا يجوز لمالك العاقر المرتفق به أن يعمل شيئاً يؤدي إلى الانتقاص من استعمال

حق الاتفاق أو جعله أكثر مشقة ولا يجوز له بوجه خاص أن يغير من الوضع

القائم أو أن يبذل بالموضع المعين أصلاً لاستعمال حق الارتفاق موضعاً آخر .

المادة رقم (1016) الكتاب الثالث - الباب الثاني - الحقوق المتفرعة عن حق الملكية، الفصل الثالث 82
- حق الارتفاق، من القانون المدني المصري الصادر 16 يوليو 1948. / والمعمول به من تاريخ 15 أكتوبر
سنة 1949

المادة رقم (1020) الكتاب الثالث - الباب الثاني - الحقوق المتفرعة عن حق الملكية، الفصل الثالث 83
- حق الارتفاق، من القانون المدني المصري الصادر 16 يوليو 1948. / والمعمول به من تاريخ 15 أكتوبر
سنة 1949

المادة رقم (1021) الكتاب الثالث - الباب الثاني - الحقوق المتفرعة عن حق الملكية، الفصل الثالث 84
- حق الارتفاق، من القانون المدني المصري الصادر 16 يوليو 1948.

ومع ذلك إذا كان الموضع الذى عين أصلاً قد أصبح من شأنه أن يزيد فى عبء الارتفاق، أو أصبح الارتفاق مانعاً من إحداث تحسينات فى العقار المرتفق به، فلمالك هذا العقار أن يطلب نقل الارتفاق إلى موضع آخر من العقار، أو إلى عقار آخر يملكه هو أو يملكه أجنبى إذا قبل الأجنبى ذلك. كل هذا متى كان استعمال الارتفاق فى وضعه الجديد ميسوراً لمالك العقار المرتفق.⁸⁵ و تنتهي حقوق الارتفاق بعدم استعمالها مدة خمس عشرة سنة، فإن كان الارتفاق مقررًا لمصلحة عين موقوفة كانت المدة ثلاثاً وثلاثين سنة. وكما يسقط التقادم حق الارتفاق يجوز كذلك بالطريقة ذاتها أن يعدل من الكيفية التى يستعمل بها. وإذا ملك العقار المرتفق عدة شركاء على الشيوع فانتفاع أحدهم بالارتفاق يقطع التقادم لمصلحة الباقين، كما أن وقف التقادم لمصلحة أحد هؤلاء الشركاء يجعله موقوفاً لمصلحة سائرهم⁸⁶. وينتهي حق الارتفاق إذا تغير وضع الأشياء بحيث تصبح فى حالة لا يمكن فيها استعمال هذا الحق. ويعود إذا عادت الأشياء إلى وضع يمكن معه استعمال الحق، إلا أن يكون قد أنتهي بعدم الاستعمال⁸⁷. أي أن حق الارتفاق هو حق يحد من

منفعة عقار لفائدة عقار غيره يملكه شخص آخر، فلا بد من وجود تكليف على

المادة رقم (1023) الكتاب الثالث - الباب الثاني - الحقوق المتفرعة عن حق الملكية، الفصل الثالث 85
- حق الارتفاق، من القانون المدني المصري الصادر 16 يوليو 1948

المادة رقم (1027) الكتاب الثالث - الباب الثاني - الحقوق المتفرعة عن حق الملكية، الفصل الثالث 86
- حق الارتفاق، من القانون المدني المصري الصادر 16 يوليو 1948

عقار لمصلحة عقار آخر، ويكون العقاران مملوكين لشخصين مختلفين، والعقار الذي يتقرر لصالحه الارتفاق، يسمى بالعقار المخدوم، أما العقار الذي يقع عليه التكليف يسمى بالعقار الخادم. ولمالك العاقر المرتفق به أن يتحرر من الارتفاق كله أو بعضه إذا فقد الارتفاق كل منفعة للعقار، أو لم تبق له غير فائدة محدودة لا تناسب البتة مع الأعباء الواقعة على العقار المرتفق به.⁸⁸

القسم الثاني: الحقوق العينية التبعية: وتتنوع بحسب مصدرها أنواعاً ثلاثة:

1) حق الرهن للأسير في القانون المدني المصري:

من خلال ماسبق نستنتج: وفقاً للقانون المدني المصري ينقسم الرهن إلى:

أولاً: الرهن الرسمي:

وينشأ بمجرد العقد و القيد لازم لنفاذه في مواجهة الغير و هو مظهر نفاذ الرهن الرسمي في حق الدائن في التقدم (الأفضلية) و حقه في التمتع و دراسة آثار الرهن

المادة رقم (1028) الكتاب الثالث - الباب الثاني - الحقوق المتفرعة عن حق الملكية، الفصل الثالث 87 - حق الارتفاق، من القانون المدني المصري الصادر 16 يوليو 1948.

المادة رقم (1029) الكتاب الثالث - الباب الثاني - الحقوق المتفرعة عن حق الملكية، الفصل الثالث 88 - حق الارتفاق، من القانون المدني المصري الصادر 16 يوليو 1948. والمعمول به من تاريخ 15 أكتوبر سنة 1949.

بالنسبة للغير (كل صاحب حق يضر من وجود الرهن الرسمي) تقضي منها
الأفضلية ثم التتبع على أن هذا يحدد مفهوم الغير في نطاق الرهن الرسمي .

و بهذا المعنى يشمل الغير كل دائن مرتهن آخر سواء مرتهنا رهنأ رسمياً حيازياً كل
حق تخصيص أو حق امتياز عقاري و كذلك كل دائن عادي و لو انه ليس صاحب
حق على العقار إلا انه يضر من وجود الدائن المرتهن . و بعد تحديد مفهوم الغير
يمكن إثارة التساؤل التالي:

(1

آثار الرهن الرسمي بالنسبة للغير :
(أ) قيد الرهن وحق الأفضلية:

1- قيد الرهن : و هو إجراء يتم في المحافظة العقارية الواقع في دائرة
اختصاصها العقار المرهون و هو بمثابة شهر الرهن و يتم ذلك بالتأشير
على البطاقة الخاصة بالعقار المرهون و تقضي المادة (905) من القانون
المدني على أنه يسري قانون الشهر العقاري على كل الإجراءات الخاصة
بالقيد من تجديد و شطب , و تضيف المادة (906) من القانون المدني
المصري بأن مصاريف القيد على عاتق الراهن مالم يتفق على خلاف
ذلك .

و ما يهمنا هو ليس إجراءات القيد و إنما ما يترتب على إجراء القيد أو عدم إجراءاته
فالقيد هو الذي ينشأ حق التقدم وتحسب مرتبة الرهن الرسمي من وقت القيد فالعبرة

إذن بوقت القيد و ليس بوقت نشأة الدين و مرتبة الرهن تحسب من وقته حتى و لو كان الدين لم ينشأ بعد كأن يكون احتماليا أو معلق على شرط و هذا ما قرره المادة (908) من القانون المدني المصري تحسب مرتبة الرهن من وقت تقييده حتى ولو كان الدين المضمون بالرهن معلقا على شرط أو كان ديناً مستقبلاً أو احتماليا . وإذا تأخر إجراء القيد في بعض الحالات فلن يستفيد من إجراء القيد بعد هذا و هذه الحالات يتعطل فيها اثر القيد و هي توقف أثره غير نافذا في مواجهة الغير و نجعل الرهن غير كامل الأثر و هذه الوقائع هي :

- شهر إفلاس المدين.
- تسجيل التنبيه بنزع الملكية.
- (ب) **الأفضلية: و المقصود بها حق الدائن المرتهن في التقدم في أيسفاء حقه من العقار المرهون على الدائنين المرتهنين التاليين له في الرتبة و الدائنين العاديين و هذا ما نصت عليه المادة (882) من القانون المدني : إن يتقدم على الدائنين التاليين في المرتبة له في استيفاء حقه من ثمن ذلك العقار. كما تقرر المادة (907) من القانون المدني بأن الدائنين المرتهنين يستوفون حقوقهم قبل الدائنين العاديين من ثمن العقار أو المال الذي حل محله بحسب مرتبة كل منهم و لو كانوا أجروا القيد في يوم واحد . وطالما جعل المشرع الأفضلية تترتب أو تنشأ على القيد فلا بد علينا دراسة هذه الواقعة المنشأة**

للأفضلية ألا و هي القيد. والأفضلية هي الحقوق إلى يستوفيهما الدائن
بطريقة الأفضلية و هي أصل الدين والفوائد و المصروفات :

- (2) **حق التتبع وانقضاء الرهن الرسمي:**
(أ) **حق التتبع .:** المقصود به إذا انتقلت ملكية العقار المرهون إلى الغير بأي
سبب من الاسباب فللدائن المرتهن أن يستعمل الميزة التي يخولها له الرهن،
وهي تتبع العقار في أي يد يكون لينفذ عليه أو بعبارة أخرى يقصد بالتتبع حق
الدائن المرتهن للتنفيذ على العقار تحت يد كل من انتقلت إليه الملكية حسب
نص المادة (911-1) من القانون المدني المصري .
- صاحب الحق في التتبع: و التتبع حق لكل دائن مرتهن مهما كان حتى ولو
كان متأخرا و لا يستفيد من بيع العقار و هذا مستخلص من المادة (911)
فقرة 1 من القانون من المدني التي جاءت مطلقة و لو يقيد هذا الحق بتقديم
الدائن المرتهن في المرتبة (يجوز للدائن المرتهن) . و حق الدائن المرتهن في
التتبع مرتبط بحق الراهن في التصرف اذ لا تتبع في حالة بقاء العقار في
ملكية الراهن اذ في هذه الحالة يكون التنفيذ في مواجهة الراهن.
- الحائز: و التتبع يمارس في مواجهة حائز العقار المرهون و الحائز كما
عرفته المادة (911) فقرة 2 من القانون المدني هو كل من ملكية إليه بأي
سبب من الأسباب ملكية العقار المرهون أو حق عيي آخر للرهن دون إن

يكون مسؤولاً مسؤولية شخصية عن الدين المضمون بالرهن .و لإعتبار من

انتقلت إليه الملكية حائزاً يجب :

1- ألا يكون مسؤولاً عن الدين ملكية العقار أو أي حق عيني قابل للرهن

كالانتفاع قبل أن يسجل الكفيل الشخصي وهذا ما نصت عليه المادة

المذكورة.

2- أن يكون قد اكتسب ملكية العقار المرهون أو حق عيني قابل للرهن . و

دراسة حق التمتع تقتضي البحث:

- شروط مباشرته ثم الإجراءات المتبعة في ذلك

- نبين الآثار المترتبة على مباشرة حق التمتع .

انقضاء الرهن الرسمي :

(1) انقضاء الرهن بصفة تبعية : تنص المادة (933) من القانون المدني على ما

يلي ينقضي حق الرهن الرسمي بانقضاء الدين المضمون و يعود معه إذا زال

السبب الذي انقضى به الدين دون إخلال بالحقوق التي يكون الغير حسن

النية كسبها في الفترة ما بين انقضاء الحق و عودته.

(2) انقضاء الرهن بصفة أصلية : يقصد بانقضاء الرهن الرسمي بصفة أصلية

انقضاء الرهن الرسمي و بقاء الدين قائماً في ذمة المدين لان الانقضاء يرجع

إلى سبب يتعلق بالرهن ذاته .و أسباب انقضاء الرهن بهذه الطريقة هي

تطهير الحائز للعقار المرهون بيع العقار المرهون بالمزاد العني نزول

المرتتهن عن الرهن الرسمي و كذلك هلاك العقار المرهون .

- تطهير الحائز للعقار المرهون: تنص المادة : 934 من القانون المدني

المصري على مايلي :

إذا تمت إجراءات التطهير انقضى حق الرهن نهائياً. و على هذا فانه إذا قام الحائز بتطهير العقار المرهون أي قام بالإجراءات المنصوص عليها في المادتين: (916 و 917) من القانون المدني المصري فان الرهن ينقضي و

يصبح العقار محرر من الرهون التي كانت تتقله .

- البيع بالمزاد العلني : تنص المادة (936) من القانون المدني على ما يلي: إذا

بيع العقار المرهون بيعاً جبرياً بالمزاد العلني سواء كان ذلك في مواجهة

مالك العقار الحائز الحارس الذي سلم إليه العقار عند التخلية فان حقوق

الرهن على هذا العقار تنقضي بإيداع الثمن الذي رسا به المزاد أو بدفعه إلى

الدائنين المقيدين الذي تسمح مرتبهم باستيفاء حقوقهم من هذا الثمن . .

- نزول المرتهن عن الرهن : و النزول عن الرهن يعني أن الدائن المرتهن

تتأزل عن الرهن وحده دون الدين فبعد نزوله عن الرهن يبقى دينه ديناً

شخصياً غير مضمون برهن . و يلاحظ في هذا الصدد أن المشرع لو ينص

على النزول عن الرهن كسبب من أسباب انقضاء الرهن الرسمي مع انه نص

عليه بصدد الرهن الحيازي (المادة 965) من القانون المدني المصري.

- هلاك العقار المرهون : لم ينص عليه المشرع كسبب لانقضاء الرهن

الرسمي رغم انه نص عليه بشأن الرهن الحيازي يجب في هذا الصدد

التذكير بأنه يجب أن يهلك العقار هلاكاً كلياً لانقضاء الرهن الرسمي لأنه إذا

كان الهلاك جزئياً فان المتبقي من العقار يبقى ضامناً للدين عملاً بقاعدة عدم

تجزئة الرهن. كما قد يكون هلاكاً قانونياً أي هلاك حق الرهن مع بقاء العقار
مثل حالة نزاع الملكية للمنفعة العامة و قد يكون الهلاك بفعل الراهن (المواد:

898, 899, 900 من القانون المدني المصري).
- خلاصة القول أم الرهن الرسمي لا يرد على العقار فإذا هلك فإن الرهن
ينقضي و لكن الدين يبقى قائماً. و نجد ان الرهن الرسمي اذا كان مقيداً لدى
موظف عمومي او موثقاً تمتد اثاره لتشمل الغير حيث وجدنا ان الرهن
الرسمي يخول للدائن المرتهن متابعة العقار المرهون في أي يد هو فيها من
اجل استيفاء حقه وفقاً لخاصية حق التتبع وانه يعطيه الأفضلية في استيفاء
حقه ايضاً أي ان له افضلية على الدائنين العاديين الآخرين وهذه اهم اثار
الرهن الرسمي بالنسبة للغير.

ثانياً: الرهن الحيازي: الرهن الحيازي هو حق عيني تبقي يرد على منقول، كما
يرد على عقار، يخول صاحبه استيفاء دينه بالأولوية على غيره من الدائنين، وأن
يتبع العين محل حقه في أي يد كانت، فهو يخول صاحبه ميزتي التقدم والتتبع.⁸⁹

(1) **خصائص عقد الرهن الحيازي:** يتميز عقد الرهن الحيازي بأنه عقد رضائي

من ناحية، وملزم للجانبين من ناحية أخرى.

خالد الرويس ، مرجع سابق ، ص: 218، د/ جاسم الشامسي، مرجع سابق ، ص: 122 89

(أ) الرهن الحيازي عقد رضائي: كان الرهن الحيازي، في ظل القانون المدني الملغي، عقداً عينياً، يعتبر التسليم ركناً فيه، بحيث لا يكفي لقيامه تراضي العاقدین، بل يجب، إلى جانب ذلك، تسليم العين المرهونة إلى الدائن المرتهن أو إلى العدل فتنقل، بهذا التسليم، حيازة العين إلى الدائن المرتهن أو العدل، ولا يوجد قبل هذا التسليم سوى وعد بالرهن يلتزم

الراهن بمقتضاه بتسليم العين إلى الدائن المرتهن ليقوم عقد الرهن.
(ب) الرهن الحيازي عقد ملزم للجانبين : كان الرهن الحيازي، في ظل القانون المدني الملغي، عقداً ملزماً لجانب واحد، حيث تنشأ عنه في ذمة المرتهن التزامات بالمحافظة على العين المرهونة واستغلالها وردها عند انقضاء الرهن. أما الراهن فلا يترتب في ذمته التزام ما، لأن تسليم العين المرهونة كان، كما قدمنا، ركناً في العقد وليس التزاماً ناشئاً عنه.
(2) **خصائص حق الرهن الحيازي:** يتميز حق الرهن الحيازي بأنه حق عيني

تبعي من ناحية، وحق غير قابل للتجزئة من ناحية أخرى.
(أ) الرهن الحيازي حق عيني تبعي : فالحق الذي ينشأ من العقد هو، بنص القانون، حق عيني يخول صاحبه ميزتي التقدم والتتبع شأنه في ذلك شأن حق الرهن الرسمي، كما أن هذا الحق يترتب ضماناً لدين على الراهن أو على غيره. يضاف إلى ذلك أن المشرع أحال، بشأن تنظيم الرهن الحيازي، إلى المادة (1042/1) من القانون المدني المصري التي

تقضي بأن «لا ينفصل الرهن عن الدين، بل يكون الرهن تابعاً له في صحته وفي انقضائه، ما لم ينص القانون على غير ذلك»، كما أحال أيضاً إلى المادة (1040) من القانون المدني المصري التي تجيز أن يترتب

الرهن ضماناً لدين معلق على شرط أو دين مستقبل أو دين احتمال. (ب) الرهن الحيازي حق لا يقبل التجزئة : فالرهن الحيازي يتفق مع الرهن الرسمي في أنه حق لا يقبل التجزئة لا من حيث العقار المرهون ولا من حيث الدين المضمون - ولذلك فقد أحال المشرع، بمقتضى المادة 1098، في شأن الرهن الحيازي إلى المادة 1041 مدني التي تقضي - في خصوص الرهن الرسمي - بأن «كل جزء من العقار أو العقارات المرهونة ضامن لكل الدين وكل جزء من الدين مضمون بالعقار أو العقارات المرهونة كلها، ما لم ينص القانون أو يقضي الاتفاق بغير ذلك».

(2) حق الاختصاص للأسير في القانون المدني المصري:
من خلال ماسبق يتبين لنا ان حق الاختصاص في القانون المدني المصري هو حق عيني تبعى يخول صاحبه سلطة مباشرة على عقار مملوك لمدينة فلا يرد حق الاختصاص إلا على العقارات ولا يمكن أن يرد على المنقول هذا ولا ينشأ حق الاختصاص عن عقد وغنماً يصدر من القضاء بناء على طلب يقدمه الدائن الحالي بل على سند واجب التنفيذ.

وينص القانون المدني المصري على سلطة القاضي في تقرير حق اختصاص للدائن بعقار أو أكثر من عقارات مدينة بحيث يرتب هذا الحق لصاحبه نفس حقوق الدائن المرتهن رهنا رسمياً وبالتالي فإن صاحب حق اختصاص يكون له حق الأفضلية وحق التتبع فور اكتسابه هذا الحق. هذا ولا يقتضى حق الاختصاص نقل حيازة العين إلى الدائن. ولكن لكي يحصل الدائن على حق اختصاص فلا بد أن يكون بيده حكم واجب التنفيذ ضد المدين يتقدم به إلى رئيس المحكمة الابتدائية التي تقع بدائرتها العقار المطلوب الاختصاص بشأنه. فإذا ما توافرت الشروط السابقة أصدر رئيس المحكمة الابتدائية المختصة أمراً بالاختصاص يتم تدوينه في ذيل العريضة التي يتقدم بها الدائن مراعيًا في ذلك التناسب بين مقدار الدين وقيمة العقارات التي يتقرر عليها حق الاختصاص فإذا ما تقرر الحق على النحو السابق وجب قيده في مكتب الشهر العقارى حتى يمكن الاحتجاج به على الغير. ويجوز لكل دائن بيده حكم واجب التنفيذ صادر في موضوع الدعوى يلزم المدين بشيء معين أن يحصل ، متى كان حسن النية ، على حق اختصاص بعقارات مدينة ضماناً لأصل الدين والفوائد والمصروفات . ولا يجوز للدائن بعد موت المدين أخذ اختصاص على عقار في التركة .⁹⁰

المادة رقم (1085) الكتاب الرابع - الباب الثاني - حق الاختصاص، من القانون المدني 90 المصري الصادر 16 يوليو 1948/ والمعمول به من تاريخ 15 أكتوبر سنة 1949.

ولا يجوز الحصول على حق اختصاص بناء على حكم صادر من محكمة أجنبية، أو على قرار صادر من محكمتين إلا إذا أصبح الحكم أو القرار واجب التنفيذ .⁹¹ يجوز الحصول على حق اختصاص بناء على حكم يثبت صلاحاً أو اتفاقاً تم بين الخصوم. ولكن لا يجوز الحصول على حق اختصاص بناء على حكم صادر بصحة التوقيع.⁹² ولا يجوز أخذ حق الاختصاص إلا على عقار أو عقارات معينة مملوكة للمدين وقت قيد هذا الحق وجائز بيعها بالمزاد العلني .⁹³ وعلى الدائن الذي يريد أخذ اختصاص على عقارات مدينة أن يقدم عريضة بذلك إلى رئيس المحكمة الابتدائية إلى تقع في دائرتها العقارات التي يريد الاختصاص بها. وهذه العريضة يجب أن يكون مصحوبة بصورة رسمية من الحكم أو بشهادة من قلم الكتاب مدون فيها منطوق الحكم ، وأن تشتمل على البيانات الآتية :

(أ) أسم الدائن ولقبه وصناعته وموطنه الأصلي والموطن المختار الذي يعنيه في البلدة التي يقع فيها مقر المحكمة .

(ب) أسم المدين ولقبه وصناعته وموطنه .

المادة رقم (1086) الكتاب الرابع - الباب الثاني - حق الاختصاص، من القانون المدني 91 المصري الصادر 16 يوليو 1948/ والمعمول به من تاريخ 15 أكتوبر سنة 1949.

المادة رقم (1087) الكتاب الرابع - الباب الثاني - حق الاختصاص، من القانون المدني 92 المصري الصادر 16 يوليو 1948/ والمعمول به من تاريخ 15 أكتوبر سنة 1949.

المادة رقم (1088) الكتاب الرابع - الباب الثاني - حق الاختصاص، من القانون المدني 93 المصري الصادر 16 يوليو 1948/ والمعمول به من تاريخ 15 أكتوبر سنة 1949.

(ت) تاريخ الحكم وبيان المحكمة التي أصدرته .
(ث) مقدار الدين، فإذا كان الدين المذكور في الحكم غير محدد المقدار، تولى

رئيس المحكمة تقديره مؤقتاً وعين المبلغ الذي يؤخذ به حق الاختصاص.
(ج) تعيين العقارات تعييناً دقيقاً وبيان موقعها مع تقديم الأوراق الدالة على

قيمتها.⁹⁴

و يجوز لكل ذي مصلحة أن يطلب إنقاص الاختصاص إلى الحد المناسب إذا

كانت الأعيان التي رتب عليها هذا الحق تزيد قيمتها على ما يكفي لضمان

الدين .ويكون إنقاص الاختصاص إما بقصره على جزء من العقار أو العقارات

التي رتب عليها، أو بنقله إلى عقار آخر تكون قيمته كافية لضمان الدين.⁹⁵

ويكون للدائن الذي حصل على حق الاختصاص نفس الحقوق التي للدائن الذي

حصل على رهن رسمي، ويسرى على الاختصاص ما يسرى على الرهن

الرسمي من أحكام وبخاصة ما يتعلق وتجديده ومحوه وعدم تجزئة الحق وأثره

وانقضائه، وذلك كله مع عدم الإخلال بما ورد من أحكام خاصة .⁹⁶

(3) حق الامتياز للأسير في القانون المدني المصري :

المادة رقم (1089) الكتاب الرابع - الباب الثاني - حق الاختصاص، من القانون المدني 94
المصري الصادر 16 يوليو 1948/ والمعمول به من تاريخ 15 أكتوبر سنة 1949

المادة رقم (1094) الكتاب الرابع - الباب الثاني - حق الاختصاص، من القانون المدني المصري 95
الصادر 16 يوليو 1948/ والمعمول به من تاريخ 15 أكتوبر سنة 1949

المادة رقم (1095) الكتاب الرابع - الباب الثاني - حق الاختصاص، من القانون المدني المصري 96
الصادر 16 يوليو 1948/ والمعمول به من تاريخ 15 أكتوبر سنة 1949

مما سبق نستنتج أن حق الامتياز هو حق عيني تبعي يتقرر بنص القانون يخول الدائن أسبقية في اقتضاء حقه مراعاة لصفته حيث يعطى أولوية بنص القانون لبعض من الحقوق مراعاة لصفته، ويترتب على ذلك تخويل صاحبها ميزة استيفاء حقه من أموال المدين كلها أو بعضها متقدماً بذلك على الدائنين الآخرين. هذا وقد يكون حق الامتياز عاماً يقع على كل أموال المدين، كما قد يكون خاصاً فيرد على منقول أو عقار معين.

فإذا كان حق الامتياز عاماً كما هو الحال على سبيل المثال في حق الامتياز المقرر وضماناً للمبالغ المستحقة للخزانة العامة، فلا يلزم شهر الحق سواء تقرر على عقار أو على منقول ويلاحظ أن سلطة الدائن بحق ممتاز تتحدد في هذه الحالة بسلطة الأفضلية دون أن يكون له حق تتبع المال في يد مالكة الجديد..

أما إذا كان حق الامتياز حقاً خاصاً كما هو الحال في امتياز بائع المنقول على ذات المنقول ضماناً لوفاء المشتري بالثمن وملحقاته فإنه لا يحق لصاحب الحق الممتاز أن يحتج بحقه في مواجهة الحائز حسن النية الذي انتقلت إليه حيازة المنقول وهو يجهل بوجود حق الامتياز. لكن إذا ورد حق الامتياز الخاص على عقار كما هو الحال في امتياز بائع العقار على العقار المبيع ضماناً لوفاء المشتري بالثمن فإنه يلزم قيد حق الامتياز حتى يمكن لصاحب هذا الحق الاحتجاج به على الغير.

حق الامتياز من الحقوق العينية التبعية ونوع من أنواع التأمينات العينية التي يتم بموجبها تخصيص مال معين للوفاء بالتزام معين، وليظل هذا المال مخصصاً للوفاء بالالتزام مثقلاً بالتأمين، حتى لو تصرف فيه المدين. وتمنح هذه التأمينات الدائن حق تتبع المال في أي يد كان والتنفيذ عليه، كما تمنحه حق التقدم في استيفاء دينه من المال المؤمن قبل غيره من الدائنين العاديين.

الامتياز حق يتقرر لصفة في الدين: فالمرشح عندما يعطي الامتياز لدين معين إنما ينظر إلى صفة في هذا الدين تكون جديرة بأفضلية تكفل للدائن استيفاءه مقدماً على غيره من الدائنين حتى على أصحاب التأمينات. والقانون في تقديره لصفة الدين ينطلق من عدة اعتبارات مختلفة:

- (أ) المصلحة العامة، كما هي الحال في امتياز الديون المستحقة للخزانة العامة.
- (ب) اعتبارات إنسانية، كما هي الحال في امتياز المبالغ المستحقة للخدم والكتابة والعمال، حيث تقضي الرحمة بأن يؤثر الأجير في استيفاء ديونه اللازمة لمعيشته على غيره من الدائنين.
- (ت) العدالة، كما هي الحال في امتياز البائع حيث يقضي العدل بتمكين البائع الذي أدخل مالا في ملك المشتري من استيفاء الدين من ثمن المبيع قبل غيره من الدائنين. الرهن الضمني، كما هي الحال في امتياز دين المؤجر وصاحب

الفندق، اللذين يتمتعان بامتياز على أمتعة المستأجر أو النزيل، الموجودة في

المأجور أو الفندق.

تصنف حقوق الامتياز من حيث الأموال التي ترد عليها ومن حيث وجوب

شهرها في السجل العقاري كآتي:

1- من حيث الأموال التي ترد عليها وتنقسم إلى ثلاثة أنواع:
-حقوق الامتياز العامة: وهي التي تقع على جميع أموال المدين من منقولات

وعقارات.

-حقوق الامتياز الخاصة على منقول: وهي التي تقع على منقول معين.

-حقوق الامتياز الخاصة على عقار: وهي التي تقع على عقار معين.

يجوز لكل دائن بيده حكم واجب التنفيذ صادر في موضوع الدعوى يلزم المدين

بشيء معين أن يحصل، متى كان حسن النية، على حق اختصاص بعقارات مدينة

ضماناً لأصل الدين والفوائد والمصروفات. ولا يجوز للدائن بعد موت المدين أخذ

اختصاص على عقار في التركة.⁹⁷ لا يجوز الحصول على حق اختصاص بناء

على حكم صادر من محكمة أجنبية، أو على قرار صادر من محكمتين إلا إذا أصبح

الحكم أو القرار واجب التنفيذ.⁹⁸ يجوز الحصول على حق اختصاص بناء على

حكم يثبت صلحا أو اتفاقا تم بين الخصوم. ولكن لا يجوز الحصول على حق

المادة رقم (1085) الكتاب الرابع - الباب الرابع - حق الامتياز، من القانون المصري الصادر 97
16 يوليو 1948.

المادة رقم (1086) الكتاب الرابع - الباب الرابع - حق الامتياز، من القانون المصري الصادر 98
16 يوليو 1948.

اختصاص بناء على حكم صادر بصحة التوقيع.⁹⁹ لا يجوز أخذ حق الاختصاص إلا على عقار أو عقارات معينة مملوكة للمدين وقت قيد هذا الحق وجائز بيعها بالمزاد العلني¹⁰⁰. على الدائن الذي يريد أخذ اختصاص على عقارات مدينة أن يقدم عريضة بذلك إلى رئيس المحكمة الابتدائية إلى تقع في دائرتها العقارات التي يريد الاختصاص بها.¹⁰¹ يجوز لكل ذي مصلحة أن يطلب إنقاص الاختصاص إلى الحد المناسب إذا كانت الأعيان التي رتب عليها هذا الحق تزيد قيمتها على ما يكفي لضمان الدين. ويكون إنقاص الاختصاص إما بقصره على جزء من العقار أو العقارات التي رتب عليها، أو بنقله إلى عقار آخر تكون قيمته كافية لضمان الدين.¹⁰² يكون للدائن الذي حصل على حق الاختصاص نفس الحقوق التي للدائن الذي حصل على رهن رسمي، ويسرى على الاختصاص ما يسرى على الرهن الرسمي من أحكام وبخاصة ما يتعلق وتجديده ومحوه وعدم تجزئة الحق وأثره

المادة رقم (1087) الكتاب الرابع - الباب الرابع - حق الامتياز، من القانون المصري الصادر 99 16 يوليو 1948.

المادة رقم (1088) الكتاب الرابع - الباب الرابع - حق الامتياز، من القانون المصري الصادر 100 16 يوليو 1948.

المادة رقم (1089) الكتاب الرابع - الباب الرابع - حق الامتياز، من القانون المصري الصادر 101 16 يوليو 1948.

المادة رقم (1194) الكتاب الرابع - الباب الرابع - حق الامتياز، من القانون المدني الصادر 16 102 يوليو 1948.

وانقضائه، وذلك كله مع عدم الإخلال بما ورد من أحكام خاصة¹⁰³. الامتياز أولوية يقررها القانون لحق معين مراعاة منه لصفته. ولا يكون للحق امتياز إلا بمقتضى نص فى القانون¹⁰⁴. ومرتبة الامتياز يحددها القانون، فإذا لم ينص صراحة فى حق ممتاز على مرتبة امتياز، كان هذا الحق متأخرا فى المرتبة عن كل امتياز ورد فى هذا الباب. وإذا كانت الحقوق الممتازة فى مرتبة واحدة، فاتها تستوفى بنسبة قيمة كل منها ما لم يوجد نص يقضى بغير ذلك¹⁰⁵. ترد حقوق الامتياز العامة على جميع أموال المدين من منقول وعقار. أما حقوق الامتياز الخاصة فتكون مقصورة على منقول أو عقار معين¹⁰⁶.

لا يحتج بحق الامتياز على من حاز المنقول بحسن نية. ويعتبر حائزا فى حكم هذه المادة مؤجر العقار بالنسبة إلى المنقولات الموجودة فى العين المؤجرة، وصاحب الفندق بالنسبة إلى الأمتعة التى يودعها النزلاء فى فندقه. وإذا خشي الدائن لأسباب

المادة رقم (1195) الكتاب الرابع - الباب الرابع - حق الامتياز، من القانون المدني الصادر 16 103 يوليو 1948.

المادة رقم (1130) الكتاب الرابع - الباب الرابع - حق الامتياز، من القانون المصري الصادر 16 104 يوليو 1948.

المادة رقم (1131) الكتاب الرابع - الباب الرابع - حق الامتياز، من القانون المدني المصري 105 الصادر 16 يوليو 1948/ والمعمول به من تاريخ 15 أكتوبر سنة 1949.

المادة رقم (1132) الكتاب الرابع - الباب الرابع - حق الامتياز، من القانون المدني المصري 106 الصادر 16 يوليو 1948/ والمعمول به من تاريخ 15 أكتوبر سنة 1949.

معقولة ، تبديد المنقول المثقل بحق امتياز لمصلحته جاز له أن يطلب وضعه تحت الحراسة.¹⁰⁷

تسرى على حقوق الامتياز الواقعة على عقار ، أحكام الرهن الرسمي بالقدر الذى لا تتعارض فيه مع طبيعة الحقوق . وتسرى بنوع خاص أحكام التطهير والقيود وما يترتب على القيد من آثار وما يتصل به من تجديد ومحو . ومع ذلك فإن حقوق الامتياز العامة ولو كان محلها عقارا لا يجب فيها الشهر ولا يثبت فيها حق التتبع ، ولا حاجة للشهر أيضا فى حقوق الامتياز العقارية الضامنة لمبالغ مستحقة للخرانة العامة . وهذه الحقوق الممتازة جميعا تكون أسبق فى المرتبة على أى حق امتياز عقاري آخر أو أى حق رهن رسمى مهما كان تاريخ قيده ، أما فيما بينها ، فالامتياز الضامن للمبالغ المستحقة للخرانة بتقديم على حقوق الامتياز العامة¹⁰⁸ . ويسرى على الامتياز ما يسرى على الرهن الرسمي من أحكام متعلقة بهلاك الشيء أو تلفه .¹⁰⁹

ينقضي حق الامتياز بنفس الطرق التى ينقضي بها حق الرهن الرسمي وحق الرهن

المادة رقم (1133) الكتاب الرابع - الباب الرابع - حق الامتياز، من القانون المدني المصري 107 الصادر 16 يوليو 1948/ والمعمول به من تاريخ 15 أكتوبر سنة 1949.

المادة رقم (1134) الكتاب الرابع - الباب الرابع - حق الامتياز، من القانون المدني المصري 108 الصادر 16 يوليو 1948/ والمعمول به من تاريخ 15 أكتوبر سنة 1949.

المادة رقم (1135) الكتاب الرابع - الباب الرابع - حق الامتياز، من القانون المدني المصري 109 الصادر 16 يوليو 1948/ والمعمول به من تاريخ 15 أكتوبر سنة 1949.

الحيازة ووفقا لأحكام انقضاء هذين الحقين ، ما لم يوجد نص خاص يقضى بغير ذلك.

اساس حقوق الامتياز و مبناها: تستند حقوق الامتياز في تقريرها إلى إحدى الاعتبارات الأربعة التالية:

- (1) العدالة : كما هي عليه الحال بالنسبة لامتياز بائع المنقول أو بائع العقار, حيث تقتضي العدالة أن يتمكن البائع الذي أوجد المال في ذمة المشتري من استيفاء حقه من ثمن هذا المال المبيع قبل غيره من دائني المشتري . وينطبق نفس الحكم بالنسبة لامتياز المقاولين والمهندسين المعماريين . كذلك يأخذ نفس الحكم امتياز المصروفات القضائية, لأن من أنفق هذه المصروفات يكون قد قدم خدمة لمصلحة جميع الدائنين .
- (2) الاعتبارات الإنسانية : كما هي عليه الحال بالنسبة لامتياز المبالغ المستحقة للعمال والخدم في المنازل والكتبة , حيث تقتضي الرحمة أن يميز هؤلاء في استيفاء ديونهم اللازمة لمعيشتهم عن غيرهم من الدائنين , وهم غالباً من الطبقة الفقيرة .
- (3) المصلحة العامة : كما هي عليه الحال بالنسبة لامتياز المبالغ المستحقة للخزانة العامة, حيث أن واردات الدولة كالضرائب والرسوم وغير ذلك

تعتمد بشكل أساسي على استيفاء هذه المبالغ, ولولا هذه الواردات لما أمكن للدولة أن تقوم بالأعباء الملقة على عاتقها .
 (4) الرهن الضمني: كما هي عليه الحال بالنسبة لامتياز دين مؤجر العقار, ودين صاحب الفندق على أمتعة المستأجر والنزيل. فالمؤجر و صاحب الفندق يعتمدون في ضمان حقوقهم على وجود منقولات المستأجر أو النزيل في حوزتهم.

طبيعة حق الامتياز : يعترف بعض فقهاء القانون لحق الامتياز بالصفة العينية بصورة مطلقة . ومنهم من ينكر عليه هذه الصفة , بحجة أن حقوق الامتياز العامة ليست سوى أوصاف تلحق ببعض الديون . وهناك اتجاه ثالث معتدل بين الطرفين يرمي إلى التفصيل, حيث يقول أصحابه بأن طبيعة حقوق الامتياز تتنوع وفقاً لتنوع وعاء هذه الحقوق. وحسب رأيهم فإن حقوق الامتياز العامة تعتبر أوصافاً تلحق ببعض الديون, فتكفل لها أفضلية في الاستيفاء على غيرها من الديون, بينما حقوق الامتياز الخاصة هي حقوق عينية كونها ترد على شيء معين بالذات .

خصائص حق الامتياز:

- 1- حق الامتياز مصدره إرادة المشرع : لا يكون للحق امتياز إلا بمقتضى نص في القانون, سواء أكان القانون المدني أو قانون الأحوال الشخصية أو أي

قانون آخر . وقد أيدت محكمة النقض مبدأ اعتبار القانون وحده مصدراً

لحق . ويترتب على ذلك نتيجتان :

(أ) لا يجوز للأفراد ولا للقاضي اعتبار حق ما ممتازاً إلا إذا قضى القانون

باعتباره ممتازاً.

(ب) إقرار الامتياز لبعض الديون يعد استثناءً من الأصل القاضي بالمساواة بين

الدائنين , فيجب تفسير النصوص المقررة لحقوق الامتياز تفسيراً ضيقاً ,

فالاستثناء لا يجوز التوسع في تفسيره.

2- حق الامتياز حق عيني تابع : كما في الرهن الحيازي والتأمين العقاري فإن

حق الامتياز يوجد دائماً لضمان الوفاء بالتزام معين أو بدين معين . والامتياز

يلزم الدين المضمون نشوءاً وانتقالاً وانقضاء , ويمنح صاحبه مزيته المتبع

والتقدم , بشكل خاص عندما يكون محله عقاراً .

3- حق الامتياز غير قابل للتجزئة : كما في الرهن والتأمين العقاري يبقى حق

الامتياز على كامل المال المثقل به , إلى أن ينقضي الدين بشكل كامل .

فانقضاء جزء من الدين الذي يضمنه الامتياز لا يؤدي إلى تحرير جزء مقابل

من المال المثقل بالامتياز منه . لكن هذه القاعدة ليست من النظام العام ,

فيجوز للأطراف الاتفاق على مخالفتها , ويمكن للدائن الممتاز أن يتنازل

صرامة أو ضمناً عن الاستفادة من أحكامها.

4- حق الامتياز يرد على جميع أنواع الأموال : سواء أكانت هذه الأموال أموالاً

منقولة أو غير منقولة , وسواء أكانت مادية أو معنوية . ويستثنى بطبيعة

الحال الأشياء التي تخرج عن دائرة التعامل المالي, والأشياء التي لا يمكن

بيعها بالمزاد العلني بشكل مستقل .

5- الامتياز حق قرره المشرع مراعاة منه لصفة الدين : الأولوية التي يمنحها

الامتياز تقدر بجدارة الدين و ليس بمكانة الدائن . ويترتب على مراعاة صفة

الدين في حق الامتياز أن الامتياز يبقى ولو تغير شخص الدائن, فإن حول

الدائن حقه الممتاز لشخص آخر كان للدائن الجديد أن يفيد من الامتياز .

ومن خلال التحليل السابق يستنبط الباحث بأن الحقوق العينية للأسير التي تضمنها

القانون المدني المصري تنقسم إلى قسمين:

القسم الأول: الحقوق العينية الأصلية للأسير في القانون المدني المصري:

(1) حق الملكية للأسير في القانون المدني المصري: و يخول صاحبه أموراً

ثلاثة هي: أ) استعمال الشيء، ب) استغلال الشيء، ت) التصرف في الشيء.

الفرع الثاني: الحقوق المتفرعة عن حق الملكية: وهي

(1) حق الانتفاع، (2) حق الاستعمال، (3) حق الحكر، (4) حق الارتفاق.

القسم الثاني: الحقوق العينية التبعية للأسير في القانون المدني المصري: الحقوق

العينية التبعية تتنوع بحسب مصدرها أنواعاً ثلاثة:

(1) حق الرهن : الرهن عند أهل القانون نوعان:

أ) الرهن الرسمي، ب) الرهن الحيازي.

(2) حق الاختصاص . (3) حق الامتياز في القانون.
ثالثاً: مقارنة الحقوق العينية لاسير الحرب في الفقه الاسلامي مع الحقوق العينية

للاسير وفقاً للقانون الوضعي الدولي (القانون المدني المصري) .
بعد المقارنة بين الحقوق العينية لاسير الحرب مع الحقوق العينية للاسير في القانون

الوضعي الدولي (القانون المدني المصري) ، اتضح مايلى:

توافق ماورد في الفقه الإسلامي مع الحقوق العينية للاسير وفقاً للقانون الوضعي
الدولي (القانون المدني المصري)، الا أن :

(1) الإسلام سبق هذه النظم والحضارات في بيان حقوق الأسرى (المعتقلين)
زمن الحرب, فوضع القواعد والحقوق التي تضمن حفظ كرامتهم الإنسانية
التي كرمها الله سبحانه وتعالى وأيضاً معاملتهم معاملة إنسانية لائقة, كما أن
هذه القواعد جاءت لتبين مدى حرص الإسلام على تقييد رغبة الإنسان
الجامحة إلى الانتقام من البشر خاصة في ظل هذه المواضع, فالإسلام بذلك
سبق جميع النظم الوضعية الحديثة في بيان هذه الحقوق، وإذا كان القانون
الدولي الإنساني قد توصل إليه المجتمع الدولي منذ عدة سنوات، إلا أنه في
الحقيقة يمثل بعض ما جاء به الإسلام من أحكام تنظم حالة الحرب بكافة
جوانبها منذ أكثر من أربعة عشر قرناً من الزمان، فجاء الإسلام بأنظمة و
بضوابط للحرب تميزت بالسبق وبالريادة، فالأمر الثابت أن المبادئ التي
أتى بها القانون الدولي الإنساني بعد معاناة طويلة لا تختلف في مضمونها عن

المبادئ التي جاء بها الإسلام في هذا المجال .2) الشريعة الإسلامية قائمة بذاتها لا تمت إلى القانون الروماني أو إلى أي شريعة أخرى. وقد أفاض فقهاء الشريعة الإسلامية في كتب السير وكتب الجهاد، في شرح وبيان قواعد وأحكام القانون الدولي الإنساني الواردة في القرآن الكريم والأحاديث النبوية الشريفة والسيرة النبوية وسيرة الخلفاء الراشدين ومن تبعهم وسار على نهجهم. بينما القانون المدني المصري الذي وضعه السنهوري مستمد من القانون الفرنسي وبعض القوانين الأجنبية. 3) عند لجوء المشرع المصري إلى استقبال القوانين الأجنبية، والأخذ منها لتطوير القانون الوطني، لم يراعي خصوصية الواقع الاجتماعي وأن ينقل منها من النظم القانونية، التي تتناقض مع ظروف المجتمع، حتى يبدو التشريع الجديد غير موافق لظروف المجتمع. ومن أمثلة النقل دون وعي عن قوانين أجنبية، حالة القانون المدني الأهلي في مصر 1883م والذي تضمن تنظيمًا مستقيماً لحق الانتفاع نقلاً عن القانون الفرنسي، ونظم باقتضاب حق الملكية. مع إنه في مصر تطبيقات حق الانتفاع ضئيلة جداً وهو اقل الحقوق العينية خطراً وأضيقتها انتشاراً.¹¹⁰ وما يؤكد ذلك، إن المشرع لم يطلع جيداً على ظروف

المجتمع وغير مدرك بها، فنقل نظم أجنبية لا يحتاج إليها المجتمع، وأهمل

دكتور: السنهوري، عبد الرزاق أحمد، الوسيط في شرح القانون المدني المصري الجديد، -الجزء الأول- 110 نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر التزام دار النشر للجامعات المصرية-طبعة 1952، ص 5

تنظيم نظم قانونية موجودة في المجتمع، فأحدث فجوة بين نصوص القانون والواقع الإجتماعي.4) لا يوجد اختلاف كبير بشأن معاملة الأسرى واحترام إنسانيتهم، ومراعاة حقوقهم الطبيعية، بين ما عرضنا إليه في الفقه الإسلامي. وبين ما جاء في قواعد القانون الوضعي فكلاهما ينص على المعاملة الإنسانية للأسرى وتوفير سبل الحياة اللائقة بالإنسان وعدم تعذيبهم أو قتلهم وتمكينهم من الاتصال بذويهم وعدم انتهاك آدميتهم وكرامتهم وتقديم الرعاية الكافية لهم، وتوفير المأوى المناسب. وإن كان الإسلام في هذا الشأن وغيره مما لا يرقى إليه أي نظام من النظم، فشتان بين ما هو عند الله، وبين ما هو من صنع الإنسان العاجز المحدود المتناقص المتأثر بالبيئة والمنفعل مع الأهواء والرغبات. وما كانت البشرية لتصل إلى ما وصلت إليه من قواعد في هذا المجال الإنساني لولا تأثرها بالإسلام ومحاكاته، ومع ذلك لم تنزل القوانين الدولية الإنسانية يعترئها النقص في الجانب النظري، وتلقى التعثر في التطبيق العملي، خاصة بالنسبة للأسرى المعتقلين في غوانتانامو العسكرية فوق جزيرة كوبا، والأسرى الفلسطينيين في السجون الإسرائيلية، فهم لا يتمتعون بأي من الحقوق التي تنص عليها معاهدة جنيف، ويكتنف مصيرهم الغموض. وتكاد الإجراءات المتخذة بحق هؤلاء الأسرى أن تتسيهم إنسانيتهم على أيدي أنظمة تدعي التقدم والتحضر والدفاع عن حقوق

الإنسان، وحماية المستضعفين من ضحايا الحروب كالأسرى والشعوب الفقيرة. (5) تمتاز حقوق الاسرى في الشريعة الإسلامية بوجود عنصر الإلزام التي تقتقر إليه النظرية في القانون الدولي الوضعي، فهي في الشريعة الإسلامية عبادة يتقرب بها المسلم إلى ربه، أنما في القانون الدولي آليات المتابعة والمراقبة ضعيفة لا تكاد تشعر بها لأنها بيد الدول ولا يلزمها سوي أخلاقيات ورضاء الدول وهو منعدم في العديد من الحالات، مما جعل النظرية في القانون الوضعي ورقية أو نظرية أكثر منها عملية بينما الوضع عكس ذلك تماماً في الشريعة الإسلامية. (6) جعل التشريع الاسلامي الحقوق للاسرى وأقراً عملياً وليس حبراً على ورق كما هو الحال في القانون الدولي ووجود دول لا تعترف بالاتفاقيات الدولية ولم توقع عليها وخاصة الدول الكبرى. (7) ان القوانين الدولية الإنسانية كانت نشأتها بسبب الكوارث الناشئة عن الحروب الطاغوتية، وتستند في بنائها على العدالة الطبيعية، وفي تطبيقها على النفوذ الدولي الاستعماري، ومن هنا اتخذت القوانين الإنسانية في كثير من الأحيان ذريعة ومبرراً لتركيز نفوذ الدول الكبرى المهيمنة على الموقف الدولي، سواء في عهد عصبة الأمم، أم هذه الأيام في عهد الأمم المتحدة. (8) ما تم وضعه من قوانين ملزمة لجميع المسلمين حكام ومحكومين قادة للجند وافراد فلا يخالف فيه احد خلافا لما هو الحال في القانون الدولي الانساني

ليس له صفة الالتزام. 9- أن الفقه الإسلامي أسهم بشكل كبير في إرساء قواعد المعاملات بين الأشخاص في شتى المسائل و في السلم أو الحرب. حيث جعل من هذا الأخير الاستثناء وفضل الصلح والتسامح و عدم سفك الدماء و العلاقة الحميمة .. حيث تكمن أهمية الموضوع في كون أن المعاهدات الدولية بشأن الأسرى هي نتاج لجملة من القواعد القانونية الوضعية كانت قد وضعتها الشريعة الإسلامية مما أضفى عليها طابع التطابق والانسجام بالرغم من الاختلافات العديدة والمختلفة بينهما. 10- قواعد أصول الفقه الإسلامي، وهي أكثر انضباطاً من قواعد التفسير الوضعية، فضلاً عن إنها تمثل خطوة هامة للاستفادة من قواعد أصول الفقه الإسلامي، في مجال تطبيق النصوص القانونية الوضعية، حيث إن علم أصول الفقه الإسلامي، من العلوم الإسلامية الخالصة، ولم لا يوجد لها نظير في النظم القانونية الوضعية. 11- مما سبق يتبين مدى الإعجاز العلمي والتقدم التشريعي للشريعة الإسلامية من حيث الصياغة، فتتميز الشريعة الإسلامية عن التشريع الوضعي في كل من الشكل (الإجراءات) والموضوع (المضمون)، أما القواعد الواردة في القانون الدولي المعاصر فقاصرة من حيث المضمون والإجراءات. 12- لقد أسهم الفقه الإسلامي في الحماية المقررة للأسرى منذ أربعة عشر قرن و ظهورها في معاهدات منذ عقود في

حظر إعدام الأسرى دون محاكمة وتعرضهم للهلاك أو تعرض صحتهم للخطر و يجب تحويلهم إلى أماكن تكون بعيدة عن منطقة الحرب، كما لا يجوز تعذيبهم بأي نوع من أنواع التعذيب ولا إكراههم بأي نوع من أنواع الإكراه، و أنه يجب معاملة الأسرى معاملة إنسانية و سلمية في جميع ظروف و الحالات بدون أي تمييز على أساس الجنسية أو العقيدة أو اللون أو الجهة أو ما شابه ذلك فيجب أن يتمتعوا بحق صون كرامتهم و غير ذلك، و يجب أن يتوفر للأسرى الغذاء و الكسوة و الرعاية الطبية اللازمة لحالتهم الصحية و أماكن الإيواء و يجب أن يخصص للنساء أماكن خاصة بهم إلى غير ذلك. (13) صلاحية الفقه الإسلامي لجميع الأزمنة والأمكنة، حيث أن أحكام الإسلام تتسم بالثبات والشمول، بينما في القوانين الوضعية فإنها تتسم بالنقص. لذا يطرأ عليها التعديل والتبديل، ويتضح ذلك جلياً، أنه خلال 164 عاماً وضعت خمس اتفاقيات، أي بمعدل اتفاقية واحدة كل 32 سنة. بينما قرر الإسلام تعاليمه بخصوص أسرى الحرب منذ أكثر من 1400 سنة ولم يطرأ عليها أي تعديل أو تبديل. (14) أن النظام الوضعي وضع قيوداً على المقاتلين لكي يتمتعوا بمزايا الاتفاقية الدولية بخصوص أسرى الحرب. وهذه القيود يتعذر تحقيقها في كل الأحوال، كاشتراط حمل المقاتل المعادي تصريح المرافقة، والمشاركة في القتال. بينما في الفقه الإسلامي لا يشترط

ذلك ويكتفى من الشخص بمجرد الخروج من القوات المعادية، وأنه في حال الظفر به فإنه يعامل معاملة أسرى الحرب. وهذا أخف من النظام الوضعي الذي إذا لم يعتبرهم أسرى حرب، فإنه سيعتبرهم مجرمي حرب، وعقوبتهم هي الإعدام. 15- لقد وضع الإسلام منهاجاً في معاملة الأسرى جوهره التكريم والمحافظة على كرامة الأسير والمحافظة على حياته، فقال تعالى (ثُمَّ أَنْتُمْ هَؤُلَاءِ تَقْتُلُونَ أَنْفُسَكُمْ وَتُخْرِجُونَ فَرِيقًا مِنْكُمْ مِنْ دِيَارِهِمْ تَظَاهَرُونَ عَلَيْهِمْ بِالْإِثْمِ وَالْعُدْوَانِ وَإِنْ يَأْتِوكُمْ أُسَارَىٰ تَفَادَوْهُمْ وَهُوَ مُحَرَّمٌ عَلَيْكُمْ إِخْرَاجُهُمْ ۖ أَفَتُؤْمِنُونَ بِبَعْضِ الْكِتَابِ وَتَكْفُرُونَ بِبَعْضٍ ۖ فَمَا جَزَاءُ مَنْ يَفْعَلْ ذَلِكَ مِنْكُمْ إِلَّا خِزْيٌ فِي الْحَيَاةِ الدُّنْيَا ۖ وَيَوْمَ الْقِيَامَةِ يُرْثُونَ إِلَيَّ ۖ أَسَدَّ الْعَذَابِ ۖ وَمَا اللَّهُ بِغَافِلٍ عَمَّا تَعْمَلُونَ) سورة البقرة آية (85)، وقال تعالى (مَا كَانَ لِلنَّبِيِّ أَنْ يَكُونَ لَهُ أُسْرَىٰ حَتَّىٰ يُتَخَنَ فِي الْأَرْضِ تُرِيدُونَ عَرَصَ الدُّنْيَا وَاللَّهُ يُرِيدُ الْآخِرَةَ وَاللَّهُ عَزِيزٌ حَكِيمٌ ، لَوْلَا كِتَابٌ مِّنَ اللَّهِ سَبَقَ لَمَسَّكُمْ فِيمَا أَخَذْتُمْ عَذَابٌ عَظِيمٌ) سورة الأنفال: الآيتين (67-68)، وقال أيضاً (يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ قُلْ لِمَن فِي أَيْدِيكُمْ مِنَ الْأُسْرَىٰ إِنْ يَعْلَمِ اللَّهُ فِي قُلُوبِكُمْ خَيْرًا يُؤْتِكُمْ خَيْرًا مِّمَّا أُخِذَ مِنْكُمْ وَيَغْفِرَ لَكُمْ وَاللَّهُ غَفُورٌ رَّحِيمٌ ، وَإِنْ يُرِيدُوا خِيَانَتَكَ فَقَدْ خَانُوا اللَّهَ مِنْ قَبْلُ فَأَمْكَنَ مِنْهُمْ وَاللَّهُ عَلِيمٌ حَكِيمٌ) . سورة الأنفال الآيتين (70-71)، وقال تعالى (فَإِذَا لَقِيتُمُ الَّذِينَ كَفَرُوا فَضَرْبَ الرِّقَابِ حَتَّىٰ إِذَا أَثْخَنْتُمُوهُمْ فَشُدُّوا الْوَتَاقَ فَإِمَّا مَنَا بَعْدُ وَإِمَّا فِدَاءٌ

حَتَّى تَضَعَ الْحَرْبُ أَوْزَارَهَا □ ذَلِكَ وَلَوْ يَشَاءُ

لَا نَتَصَرَ مِنْهُمْ وَلَكِنْ لِنَبْلُوَ بَعْضَكُمْ بِبَعْضٍ □ وَالَّذِينَ قُتِلُوا فِي سَبِيلِ اللَّهِ فَلَنْ يُضِلَّ أَعْمَالُهُمْ (سورة محمد: آية (4), وقال تعالى: (وَيُطْعَمُونَ الطَّعَامَ عَلَى حُبِّهِ مِسْكِينًا وَيَتِيمًا وَأَسِيرًا). سورة الانسان: آية (8). كما أمر الاسلام بالحفاظ على البنية التحتية و المال العام و الخاص. 16) لقد تأخر القانون الدولي المعاصر كثيرا في الأخذ بقواعد الحرب الموجودة في الفقه الإسلامي, حيث بدأ ذلك في القرن الماضي فقط بعد أن ذاقت البشرية مرارة الحروب التي قتل فيها ملايين الناس وتهدمت البيوت والمدن, وحتى بعد إقرار ضوابط الحرب في معاهدات جنيف الأربعة عام 1949 والبرتوكولين الإضافيين لهما عام 1977 ظلت هذه الضوابط حبر على ورق. 17) أن الضوابط الواردة في هذه الاتفاقيات وغيرها من قواعد وأحكام القانون الدولي الانساني لم تصل بعد لا في درجتها ولا رقيها إلى المستوى الذي وصلت إليه الشريعة الإسلامية المستمدة من رب العالمين و التي نتعبد لله بتنفيذ كافة بنودها, ولذا نجد أن قواعد الإسلام يلتزم بها كل المسلمين خلفاء وقادة وجنود.

جدول رقم (4-1) يوضح الحقوق العينية للاسير في الفقه الاسلامي والقانون الوضعي (القانون المدني المصري) وأوجه الاتفاق والاختلاف بينهما.

الموضوع	الفقه الاسلامي	القانون الوضعي الدولي (القانون المصري)	أوجه الاختلاف والاتفاق
الحقوق العينية للاسير التي تضمنها الفقه الاسلامي والقانون الوضعي (القانون المدني المصري)	أولاً: الحقوق العينية الأصلية وتتفرع إلى: 1- حق الملكية: ولقد قسم ابن رجب الحنبلي الملك إلى أربعة أنواع: (1) ملك عين ومنفعة، (2) - ملك عين بلا منفعة، (3) وملك منفعة بلا عين، (4) - وملك انتفاع من غير ملك المنفعة. لاومن هذا يتبين أن حق الملكية يخول صاحبه أموراً ثلاثة: (1) - استعمال الشيء، (2) - استغلال الشيء، (3) - التصرف في الشيء. والحقوق المتفرعة عن حق الملكية: هذه الحقوق التي تقتطع بعض سلطات الملكية لحساب شخص آخر غير المالك وفيها عدة	الحقوق العينية: قسمها المشرع المصري إلى قسمين: أولاً: الحقوق العينية الأصلية وتتفرع لعدة فروع تبعاً لاجتماع أو تفرد هذه السلطات الثلاث إلى: 1- حق الملكية: ولقد قسم الملك إلى أربعة أنواع: (1) ملك عين ومنفعة، (2) وملك عين بلا منفعة، (3) - وملك منفعة بلا عين، (4) - وملك انتفاع من غير ملك المنفعة. لاومن هذا يتبين أن حق الملكية يخول صاحبه أموراً ثلاثة: (1) - استعمال الشيء، (2) - استغلال الشيء، (3) - التصرف في الشيء. والحقوق المتفرعة عن حق الملكية: هذه الحقوق التي تقتطع بعض سلطات الملكية لحساب شخص آخر غير المالك وفيها عدة أمور: (1)	(1) أن الإسلام قد سبق جميع النظم الوضعية الحديثة في بيان حقوق الاسرى، وإذا كان القانون الدولي الإنساني قد توصل إليه المجتمع الدولي منذ عدة سنوات، إلا أنه في الحقيقة يمثل بعض ما جاء به الإسلام من أحكام تنظم هذه الحقوق بكافة جوانبها منذ أكثر من أربعة عشر قرناً (2) الشريعة الإسلامية قائمة بذاتها لا تمت إلى القانون الروماني أو إلى أي شريعة أخرى. وقد أفاض فقهاء الشريعة الإسلامية في كتب السير وكتب الجهاد، في شرح وبيان قواعد وأحكام القانون الدولي الإنساني الواردة في القرآن الكريم والأحاديث النبوية الشريفة والسيرة النبوية وسيرة الخلفاء الراشدين ومن تبعهم وسار على نهجهم. بينما القانون المدني المصري الذي وضعه السنهوري مستمد من القانون الفرنسي وبعض القوانين

	أمور: (1) حق الانتفاع في الفقه الإسلامي، (2) حق الاستعمال وحق السكنى، (3) حق الحكر، (4) حق الارتفاق. ثانياً: الحقوق العينية التبعية، وفيه عدة فروع: أن الحقوق العينية التبعية تنتوع إلى ثلاثة: (1) حق الرهن، (2) وحق الاختصاص، (3) وحق الامتياز.	حق الانتفاع، (2) حق الاستعمال وحق السكنى، (3) حق الحكر، (4) حق الارتفاق. ثانياً: الحقوق العينية التبعية، وفيه عدة فروع: أن الحقوق العينية التبعية تنتوع إلى ثلاثة: (1) حق الرهن، (2) وحق الاختصاص، (3) وحق الامتياز.	الأجنبية. (3) لا يوجد اختلاف كبير بشأن معاملة الأسرى واحترام إنسانيتهم، ومراعاة حقوقهم الطبيعية، بين ما عرضنا إليه في الفقه الإسلامي. وبين ما جاء في قواعد القانون الوضعي. وإن كان الإسلام في هذا الشأن وغيره مما لا يرقى إليه أي نظام من النظم، فشتان بين ما هو عند الله، وبين ما هو من صنع الإنسان العاجز المحدود المتناقص المتأثر بالبيئة
الموضوع	الفقه الإسلامي	القانون الدولي الوضعي (القانون المدني المصري)	أوجه الاختلاف والاتفاق
ع الحقوق العينية لالاسير التي تضمنها الفقه الاسلامي والقانون الوضعي (القانون المدني المصري)	ثانياً: الحقوق العينية التبعية، وفيه عدة فروع: أن الحقوق العينية التبعية تنتوع بحسب مصدرها أنواعاً ثلاثة: (1) حق الرهن، (2) وحق الاختصاص، (3) وحق الامتياز.		والمنفعل مع الأهواء والرغبات. وما كانت البشرية لتصل إلى ما وصلت إليه من قواعد في هذا المجال الإنساني لولا تأثرها بالإسلام ومحاكاته، ومع ذلك لم تزل القوانين الدولية الإنسانية يعتربها النقص في الجانب النظري، وتلقى التعثر في التطبيق العملي. (4) عند لجوء المشرع المصري إلى استقبال القوانين الأجنبية، والأخذ منها لتطويع القانون الوطني، لم يراعي خصوصية الواقع الاجتماعي وأن ينقل منها من النظم القانونية، التي تتناقض مع ظروف المجتمع، حتى يبدو التشريع الجديد غير موافق لظروف المجتمع. ومن أمثلة النقل دون وعي عن قوانين أجنبية، حالة القانون المدني الأهلي في مصر 1883م والذي تضمن تنظيم مستقيضاً لحق الانتفاع نقلاً عن القانون الفرنسي، ونظم باقتضاب حق الملكية. مع إنه في مصر تطبيقات حق الانتفاع ضئيلة جداً وهو اقل الحقوق العينية خطراً وأضيقتها انتشاراً. وما يؤكد ذلك، إن المشرع لم يطلع جيداً على

ظروف المجتمع وغير مدرك بها، فقل نظم أجنبية لا يحتاج إليها المجتمع، وأهمل تنظيم نظم قانونية موجودة في المجتمع، فأحدث فجوة بين نصوص القانون والواقع الاجتماعي . 5) أن الفقه الإسلامي أسهم بشكل كبير في إرساء قواعد المعاملات بين الأشخاص في شتى المسائل وفي السلم أو الحرب . حيث تكمن أهمية الموضوع في كون أن المعاهدات الدولية بشأن الأسرى هي نتاج لجملة من القواعد القانونية الوضعية كانت قد			
---	--	--	--

الموضوع	الفقه الاسلامي	القانون (القانون المدني مصر)	أوجه الاختلاف والاتفاق
الحقوق العينية للاسير التي تضمنها الفقه الاسلامي والقانون الوضعي (القانون المدني المصري).			وضعتها الشريعة الإسلامية مما أضيف عليها طابع التطابق والانسجام بالرغم من الاختلافات العديدة والمختلفة بينهما. (6) قواعد أصول الفقه الإسلامي، وهي أكثر انضباطاً من قواعد التفسير الوضعية، فضلاً عن إنها تمثل خطوة هامة للاستفادة من قواعد أصول الفقه الإسلامي، في مجال تطبيق النصوص القانونية الوضعية، حيث إن علم أصول الفقه الإسلامي، من العلوم الإسلامية الخالصة، ولم لا يوجد لها نظير في النظم القانونية الوضعية. (7) مما سبق يتبين مدى الإعجاز العلمي والتقدم التشريعي للشريعة الإسلامية من حيث الصياغة، فتتميز الشريعة الإسلامية عن التشريع الوضعي في كل من الشكل (الإجراءات) والموضوع (المضمون)، أما القواعد الواردة في القانون الدولي المعاصر فقاصرة من حيث المضمون والإجراءات. (8) صلاحية الفقه الإسلامي لجميع الأزمنة والأمكنة، حيث أن أحكام الإسلام تتسم بالثبات والشمول، بينما في القوانين الوضعية فإنها تتسم بالنقص. لذا يطرأ عليها التعديل والتبديل. (9) أن النظام الوضعي وضع قيوداً على المقاتلين لكي يتمتعوا بحقوقهم ومزايا الاتفاقية الدولية بخصوص أسرى الحرب. وهذه القيود يتعذر تحقيقها في كل الأحوال، كاشتراط حمل المقاتل المعادي تصريح المرافقة، والمشاركة في القتال. بينما في الفقه الإسلامي لا يشترط ذلك ويكتفى من الشخص بمجرد الخروج من القوات المعادية، وأنه في حال الظفر به فإنه يعامل معاملة أسرى الحرب. (10) لقد وضع الإسلام منهاجاً في معاملة الأسرى جوهره التكريم والمحافظة على كرامة الأسير والمحافظة على حياته، كما أمر الإسلام بالحفاظ على البنية التحتية و المال العام والخاص.

الموضوع	الفقه الاسلامي	القانون المدني المصري	أوجه الاختلاف والاتفاق
الحقوق العينية للاسير التي تضمنها الفقه الاسلامي والقانون الوضعي (القانون المدني المصري).			(11) لقد أخذ القانون الدولي الوضعي حقبة طويلة جداً من الزمن و التغييرات المتتالية حتى وصل إلى بعض المبادئ السامية التي وصل إليها الإسلام منذ عدة قرون. فقد كان القانون الدولي لا يطبق الضوابط التي وصل إليها في القرن العشرين على كافة النزاعات المسلحة، حيث كان يشترط شروطاً معينة حتى يطبق القانون الدولي على هذه الحروب، منها وجوب إعلان الحرب من قبل الدول رسمياً، وأن تكون هذه الحرب بين دول يعترف بها القانون الدولي. ثم اختزل القانون الدولي هذه الشروط إلى شرط واحد للتدخل وهو قيام هذا النزاع المسلح بين دولتين أو حتى داخل الدولة الواحدة. (12) تتمتع حقوق الاسرى في الشريعة الإسلامية بوجود عنصر الإلزام التي تقتدر إليه النظرية في القانون الدولي الوضعي، فهي في الشريعة الإسلامية عبادة يتقرب بها المسلم إلى ربه، أما في القانون الدولي آليات المتابعة والمراقبة ضعيفة لا تكاد تشعر بها لأنها بيد الدول ولا يلزمها سوي أخلاقيات ورضاء الدول وهو منعدم في العديد من الحالات، مما جعل النظرية في القانون الوضعي ورقية أو نظرية أكثر منها عملية بينما الوضع عكس ذلك تماماً في الشريعة الإسلامية. (13) جعل التشريع الاسلامي الحقوق للاسرى وأقعداً عملياً وليس حبراً على ورق كما هو الحال في القانون الدولي ووجود دول لا تعترف بالاتفاقيات الدوليه ولم توقع عليها وخاصة الدول الكبرى.

الفصل الخامس

نتائج البحث التوصيات والمقترحات

حيث يتكون هذا الفصل من محورين هما:

أولاً : نتائج البحث.

ثانياً: التوصيات والمقترحات.

5-1 نتائج البحث :

هدف هذا البحث إلى تحديد الحقوق العينية للأسير في الفقه الإسلامي، وكذلك تحديد الحقوق العينية للأسير وفقاً لماورد في القانون المدني المصري، ومعرفة أوجه الاختلاف والاتفاق بين ما جاء في الفقه الاسلامي و القانون المدني المصري فيما يخص الحقوق العينية لأسرى الحرب، حيث حاول الباحث من خلال هذا البحث المكتبي تحديد الحقوق العينية للأسير في الفقه الإسلامي، وكذلك تحديد الحقوق العينية للأسير وفقاً لماورد في القانون المدني المصري و التعرف على أوجه الاختلاف والاتفاق بين ما جاء في الفقه الاسلامي والقانون المدني المصري

فيما يخص الحقوق العينية لأسرى الحرب، و من خلال تحليل و مناقشة الجوانب النظرية للبحث لقد توصل الباحث إلى مايلي:

(1) أن الإسلام قد سبق جميع النظم الوضعية الحديثة في بيان حقوق الاسرى، و

إذا كان القانون الدولي الإنساني قد توصل إليه المجتمع الدولي منذ عدة سنوات، إلا أنه في الحقيقة يمثل بعض ما جاء به الإسلام من أحكام تنظم هذه الحقوق بكافة جوانبها منذ أكثر من أربعة عشر قرناً. وأن الشريعة الإسلامية قائمة بذاتها لا تمت إلى القانون الروماني أو إلى أي شريعة أخرى. وقد أفاض فقهاء الشريعة الإسلامية في كتب السير وكتب الجهاد، في شرح وبيان قواعد وأحكام القانون الدولي الواردة في القرآن الكريم والأحاديث النبوية الشريفة والسيرة النبوية وسيرة الخلفاء الراشدين ومن تبعهم وسار على نهجهم. بينما القانون المدني المصري الذي وضعه السنهوري مستمد من القانون الفرنسي وبعض القوانين الأجنبية.

(2) لا يوجد اختلاف كبير بشأن معاملة الأسرى واحترام إنسانيتهم، ومراعاة

حقوقهم الطبيعية، بين ما عرضنا إليه في الفقه الإسلامي. وبين ما جاء في قواعد القانون المدني المصري فكلاهما ينص على المعاملة الإنسانية للأسرى وتوفير سبل الحياة اللائقة بالإنسان وعدم تعذيبهم أو قتلهم وتمكينهم من الاتصال بذويهم وعدم امتهان آدميتهم وكرامتهم وتقديم الرعاية الكافية

لهم، وتوفير المأوى المناسب. وإن كان الإسلام في هذا الشأن وغيره مما لا يرقى إليه أي نظام من النظم، فلم يراعي القانون المصري خصوصية الواقع الاجتماعي وأن ينقل منها من النظم القانونية، التي تتناقض مع ظروف المجتمع. ومن أمثلة النقل دون وعي عن قوانين أجنبية، حالة القانون المدني الأهلي في مصر 1883م والذي تضمن تنظيمًا مستقيماً لحق الانتفاع نقلاً عن القانون الفرنسي، ونظم باقتضاب حق الملكية. مع إنه في مصر تطبيقات حق الانتفاع ضئيلة جداً وهو اقل الحقوق العينية خطراً وأضيقتها انتشاراً.¹ وما يؤكد ذلك، إن المشرع لم يطلع جيداً على ظروف المجتمع وغير مدرك بها، فنقل نظم أجنبية لا يحتاج إليها المجتمع، وأهمل تنظيم نظم قانونية موجودة في المجتمع، فأحدث فجوة بين نصوص القانون والواقع الاجتماعي.

(3) قواعد أصول الفقه الإسلامي، وهي أكثر انضباطاً من قواعد التفسير الوضعية، فضلاً عن إنها تمثل خطوة هامة للاستفادة من قواعد أصول الفقه الإسلامي، في مجال تطبيق النصوص القانونية الوضعية، حيث إن علم أصول الفقه الإسلامي، من العلوم الإسلامية الخالصة، ولم لا يوجد لها نظير في النظم القانونية الوضعية. كما تمتاز حقوق الاسرى في الفقه الإسلامي

دكتور: السنهوري، عبد الرزاق أحمد، الوسيط في شرح القانون المدني المصري الجديد، -الجزء الأول- 1
نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر التزام دار النشر للجامعات المصرية-طبعة 1952، ص 5

بوجود عنصر الإلزام التي تقتقر إليه النظرية في القانون الدولي الوضعي، فهي في الشريعة الإسلامية عبادة يتقرب بها المسلم إلى ربه، أنما في القانون الدولي آليات المتابعة والمراقبة ضعيفة .

5-2 التوصيات والمقترحات:

وأخيراً وفي ضوء ما توصل إليه الباحث من نتائج حول موضوع البحث وهو الحقوق العينية للأسير في الفقه الإسلامي والقانون المدني المصري إضافة إلى حداثة هذا الموضوع و أهميته، فإنه يرى أن هناك ضرورة ماسة لتقديم جملة من التوصيات المهمة حيث يوصي الباحث بالآتي :

- 1- إبراز دور الشريعة الإسلامية في المحافظة على الحقوق عامة، وعلى حقوق الإنسان خاصة، وأنها سبقت كل النظم الشرائع الدولية في هذا الأمر، وذلك بالإكثار من البحوث التي تبين حق الإنسان وحق الأسير من ناحية شرعية .
- 2- الاستمرار بالبحث والكشف عن حقوق الأسرى الخاصة وتوضيحها ونشرها حتى يتمكن الأسرى من ممارسة هذه الحقوق المغيبة عنهم .
- 3- إيصال هذه البحوث إلى المسؤولين عن ملفات الأسرى للإطلاع عليها ونشرها والمطالبة بحقوق الأسرى .
- 4- ضرورة توجيه الاهتمامات الدولية الإنسانية إلى الناحية التطبيقية العملية، والبحث في الإجراءات العملية الإلزامية للقوانين الإنسانية، حيث أن الأنظمة واللوائح والتشريعات الإنسانية موضع اتفاق في الغالب بين الإسلام والقوانين الدولية

الإنسانية، ولكن لا يلتفت إلى تلك الحقوق والأنظمة والتشريعات الدولية، من قبل

الطاغوتية الدولية المعاصرة بقيادة الولايات المتحدة الأمريكية وحلفائها

الأوروبيين، في سياساتهم الحربية والسلمية مع الدول والشعوب المستضعفة.

5- اتخاذ التدابير المحلية والعالمية لإنقاذ البشرية من هيمنة الشرعة الدولية التي

أصبحت غطاء وحماية للغطرسة الأمريكية، ومسوغاً لانتهاكاتها لحقوق

الإنسان، ومنها حقوق الأسرى الذين يلاقون في سجون غوانتانامو وغيرها

أوضاعاً مأساوية، حيث يتعرضون فيها إلى أسوء المعاملة، وتعرض فيها

حياتهم إلى الخطر، وتمتحن فيها كرامتهم وشرفهم.

6- بما أن القوانين الإنسانية الدولية، لم تكتسب الصفة القانونية الإلزامية، حيث لا يمكن

أن تكتسبها نظراً للتنافسات الدولية، وعدم قبول الموقف الدولي للاستقرار

والثبات، فنتمنى أن تتوجه شعوب العالم إلى الإسلام، فيحكموه في الشرعة

الدولية، ليصبح ذلك هو القانون الدولي العملي الإلزامي.

قائمة المصادر والمراجع :

أولاً: القرآن الكريم

ثانياً: القانون رقم 131 لسنة 1948 بإصدار القانون المدني الصادر في 16 يوليو سنة 1948 م، والمعمول به ابتداء من 15 أكتوبر سنة 1949 م.

ثالثاً: اتفاقية جنيف الثالثة بشأن معاملة أسرى الحرب المؤرخة في 12 آب / أغسطس 1949 .

رابعاً : كتب اللغة

أبن منظور، محمد بن مكرم (ت 711هـ)، لسان العرب، دار صادر للنشر، بيروت- لبنان، 1956م.

الرازي، محمد بن أبي بكر بن عبد القادر، ت 721 هـ، مختار الصحاح بيروت، مكتبة لبنان ناشرون، طبعة جديدة، 1415 هـ / 1995، تحقيق: محمود خاطر.

لسان العرب، ج 13 ص 212، مختار الصحاح، ج 1، ص 129، مادة سكن.
القنوي، قاسم بن عبد الله بن أمير علي، ت 978، أنيس الفقهاء في تعريفات الألفاظ 1406 هـ، تحقيق: د/ أحمد بن عبد الرزاق الكبيسي، المتداولة بين الفقهاء، جدة، دار الوفاء، ط 1.

المصري، محمد بن مكرم بن منظور الأفريقي، ت 711 هـ، لسان العرب ولب لباب العرب، بيروت، دار صادر، ط 1 .

المنائي، محمد عبد الرؤوف، ت 1031 هـ، التوقيف على مهمات التعاريف، تحقيق: د/ محمد رضوان ، دار الفكر المعاصر، بيروت، ط 1، 1410 هـ.

خامساً: الكتب العامة

الراغب الاصفهاني، معجم مفردات ألفاظ القرآن الكريم، دار الفكر دمشق- سوريا ، ط 1 ، 2006 .
الزحيلي، وهبة ، اثار الحرب في الفقه الاسلامي ، دار الفكر ، دمشق- سوريا، الطبعة الثالثة، 1998.
الفار، عبد الواحد محمد يوسف ، أسرى الحرب دراسة فقهية وتطبيقية في نطاق القانون الدولي العام والشريعة الإسلامية، عالم الكتب، القاهرة، 1975.
حسن مصطفى، التحقيق في كلمات القرآن الكريم، الطبعة: الأولى ، الناشر: مؤسسة الطباعة والنشر وزارة الثقافة والإرشاد الإسلامي، إيران، 1417.
عبد الواحد محمد الفار، الجرائم الدولية وسلطة العقاب عليها، دار النهضة العربية القاهرة- مصر، 1996.

سادساً: كتب الحديث وشروحه

البخاري، أبو عبدالله محمد بن إسماعيل، ت 194، الجامع الصحيح المختصر، بيروت، 1407 هـ - 1987، تحقيق: د/ مصطفى ديب البغا، دار ابن كثير -اليمامة، ص 1109، باب فك الاسير ط 3، ح 2881.
القشيري، أبو الحسين مسلم بن الحجاج، ت 261 هـ، صحيح مسلم، بيروت، دار إحياء التراث العربي، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي.

سابعاً: كتب أصول الفقه وقواعده.

البخاري، علاء الدين بن عبد العزيز بن أحمد، كشف الأسرار، ت 730 هـ، بيروت، 1999 م.

الحنبلي، ابن رجب، القواعد، الناشر مكتبة نزار مصطفى الباز، مكة، ط 2 1999 م.

القرافي، أبو العباس أحمد بن إدريس، الفروق مع هوامشه، ت 684 هـ، تحقيق: خليل منصور، دار الكتب العلمية، بيروت، ط 1، 1418 هـ.
القرطبي، أبو عبدالله، الجامع لأحكام القرآن (تفسير القرطبي) ت 671 هـ، دار إحياء التراث العربي، بيروت 1965 م.

ثامناً: كتب الفقه :

أ- كتب الحنفية :

ابن بكر، زين بن إبراهيم بن محمد بن محمد، ت 970 هـ، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، بيروت، دار المعرفة.

ابن عابدين، محمد أمين، ت 1252 هـ، حاشية رد المحتار على الدر المختار شرح 1386 هـ، تنوير الأبصار، بيروت، دار الفكر، ط 2.

الكاساني، علاء الدين، ت 587 هـ، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، بيروت، 1982، دار الكتاب العربي، ط 2.

السرخسي، أبو بكر محمد بن أبي سهل، ت 449 هـ، المبسوط، بيروت، دار المعرفة، 1406 هـ.

علي حيدر، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، بيروت، دار الكتب العلمية، تحقيق: فهمي الحسيني.

المحبوبي، عبد الله بن مسعود، التوضيح في حل عوامض التتقيح، بيروت، دار الكتب 1416 هـ العلمية، تحقيق: زكريا عمريات.

الهداية شرح بداية المبتدي، أبي الحسن علي بن أبي بكر بن عبد الجليل الرشداني المرغياني (ت 593هـ) 4ج، ط 1، دار الكتب العلمية - بيروت. - لبنان، 1410 هـ - 1990م.

ب - كتب المالكية.

الزحيلي، وهبة، الفقه المالكي الميسر، دار الكلم الطيب، المجلد: 2، الطبعة الثالثة، 1426هـ / 2005.

الأصبحي، أبو عبد الله مالك بن أنس، ت 179 هـ، المدونة الكبرى، بيروت دار صادر.

القرافي، شهاب الدين أحمد بن إدريس، الذخيرة، ت 684 هـ، بيروت، دار الغرب 1994 م.

المالكي، أبو عبد الله محمد أحمد، شرح ميارة، ، تحقيق: عبد اللطيف حسن عبد الرحمن (جامع التراث) بيروت، دار الكتب العلمية، ط 1 . لبنان/ بيروت - 1420 هـ - 2000م.

المغربي، أبو عبد الله محمد بن عبد الرحمن، ت 954 هـ، مواهب الجليل لشرح مختصر خليل، 1398 هـ، بيروت، دار الفكر، ط 2.

ج - كتب الشافعية.

الشافعي، أبو عبد الله محمد بن إدريس، ت 204 هـ، الأم، بيروت، دار المعرفة، ط 2 ، 1393 هـ - 1405 هـ، بيروت، دار الفكر.

الشربيني، محمد الخطيب، الإقناع في حل ألفاظ أبي شجاع، بيروت، دار الفكر، 1415 هـ، تحقيق: مكتب البحوث والدراسات - دار الفكر.

الشيرازي، أبو إسحاق إبراهيم بن علي بن يوسف، ت 476 هـ، التنبيه، بيروت. عالم الكتب، ط 1، 1403 هـ، تحقيق: عماد الدين أحمد حيدر.

الشيرازي، أبي إسحاق إبراهيم بن علي بن يوسف الفيروز اباذي (ت 476 هـ)، المذهب في الفقه الشافعي، ط 3، مطبعة مصطفى البابي الحلبي، القاهرة، 1958.

الغزالي، أبو حامد محمد، ت 505 هـ، الوسيط في المذهب، تحقيق: أحمد محمود إبراهيم، محمد محمد تامر، القاهرة، دار السلام، ط 1، 1417 هـ.

البخاري، أبو الطيب صديق حسن خان الحسيني القنوجي، السراج الوهاج من كشف مطالب صحيح مسلم بن الحجاج.

الشرواني، عبد الحميد، حواشي تحفة المنهاج بشرح المنهاج، المكتبة التجارية الكبرى للنشر، القاهرة، 1357 هـ - 1938 م.

د - كتب الحنابلة.

ابن مفلح، أبو إسحاق إبراهيم بن محمد بن عبد الله، ت 884 هـ، المبدع في شرح المقنع، بيروت، المكتب الإسلامي، 1400 هـ.

البهوتي، منصور بن يونس بن إدريس، ت 1051 هـ، كشف القناع عن متن الإقناع، بيروت، دار الفكر، تحقيق: هلال مصيلحي مصطفى هلال.

البهوتي، منصور بن يونس بن إدريس، ت 1051 هـ، الروض المربع، الرياض، مكتبة الرياض الحديثة، 1390 هـ.

البهوتي، منصور بن يونس، ت 1051 هـ، شرح منتهى الإيرادات، بيروت، عالم الكتب 1996 م، ط 2.

الحراني، أحمد عبد الحليم بن تيمية، ت 728 هـ، مجموع الفتاوى، مكتبة ابن تيمية، ط 2 .

الحنبلي، مرعي بن يوسف، دليل الطالب على مذهب الإمام المجلد أحمد بن حنبل، في عام 1389، بيروت، المكتب الإسلامي، ط 2 .

المرداوي، أبو الحسن علي بن سليمان، ت 885 هـ، الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف على مذهب الإمام أحمد بن حنبل، بيروت، دار إحياء التراث العربي، تحقيق: محمد حامد الفقي.

المقدسي، أبو عبد الله محمد بن مفلح، الفروع، بيروت، دار الكتب العلمية، ط 1 ، فخري راضي.

المقدسي، أبو محمد عبدالله بن قدامة، الكافي في فقه الإمام أحمد بن حنبل، 1408 هـ، تحقيق: زهير الشاويش، بيروت، المكتب الإسلامي، ط 5.

المقدسي، أبو محمد عبد الله بن أحمد بن قدامة، ت 620 هـ، المغني في فقه الإمام، أحمد بن حنبل الشيباني، بيروت، دار الفكر، ط 1، 1405 هـ.

هـ- كتب الفقه العام.

أبي بكر بن عبد الله بن محمود بن مودود الموصلي الحنفي، الاختيار لتعليل المختار، دار المعرفة، بيروت - لبنان، الطبعة الثانية، 1975 .

الإمام إبراهيم بن محمد الحلبي الحنفي، مجمع الأنهر بشرح ملتقى الأبحر (في الفقه الحنفي المقارن)، مطبعة السعادة العامة 1319 هـ .

أبو الحسين مسلم بن الحجاج النيسابوري (صحيح مسلم)، (ت 261 هـ)، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي، دار إحياء التراث - بيروت، لبنان، 1954 م.

ابن حجر العسقلاني (ت 852 هـ)، فتح الباري شرح صحيح البخاري صححه وأشرف على طبعه مجد الدين الخطيب، دار المعرفة، بيروت .

- ابن العربي، أبو محمد بن عبد الله (ت 543 هـ)، احكام القرآن الكريم، تحقيق عبد الرزاق المهدي، دار الكتاب العربي ، بيروت، لبنان، طبعة 1428 هـ.
- البيهقي، أحمد بن الحسين بن علي بن موسى أبو بكر ، سنن البيهقي الكبرى، حقيق : محمد عبد القادر عطا، الناشر : مكتبة دار الباز - مكة المكرمة ، 1414 - 1994 .
- أنير الدين محمد بن يوسف بن حيان الأندلسي الغرناطي الحياياني الشهير بأبي حيان(ت 754 هـ)، تفسير البحر المحيط، ط 2، مؤسسة التاريخ العربي، دار إحياء التراث العربي، بيروت - لبنان، 1411 هـ - 1990 م.
- د/ احمد فتح الله ، معجم الفاظ الفقه الجعفري، ط 1، مطابع المدخول للنشر، الدمام - المملكة العربية السعودية، 1995.
- الحنفي، ابن همام ، فتح القدير شرح كتاب الهداية ، الطبعة الأولى ، دار الكتب العلمية ، بيروت - لبنان، 2003 .
- الخوئي، أبي القاسم الموسوي، البيان في تفسير القرآن ، مطبعة العمال المركزية، بغداد، 1989 م .
- السيستاني: السيد علي الحسيني ، منهاج الصالحين، دار المؤرخ العربي للنشر، بيروت- لبنان، الطبعة الثانية، 1996 م.
- الظاهري، أبو محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم، ت 456 هـ، مراتب الإجماع، بيروت، دار الكتب العلمية .
- الموسوعة الفقهية : وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، الكويت، مطبعة الموسوعة الفقهية ، الطبعة الثالثة ، 1407 هـ - 1986 م .

المناعي، محمد عبد الرؤوف (التوقيف على مهمات التعاريف) تأليف: تحقيق: د/محمد رضوان الدايدة، دار الفكر المعاصر للنشر، دار الفكر بيروت، لبنان، الطبعة: الأولى 1411 هـ.

النحاس، أبو جعفر أحمد بن محمد بن إسماعيل، الناسخ والمنسوخ في القرآن الكريم، الطبعة الأولى، المكتبة العلامة - مصر، 1983، ص 221. الهيتمي، نور الدين علي بن أبي بكر، مجمع الزوائد (ت 807 هـ)، مكتبة القدس، القاهرة، 1353 هـ.

عز الدين عبد العزيز عبد السلام السلمي، قواعد الاحكام في مصالح الانام، مؤسسة الريان للنشر، ط 1، بيروت، لبنان، 1410 هـ، 1990 م. مرتضى بن محمد امين الانصاري، كتاب المكاسب، تحقيق: لجنة تحقيق تراث الاعظم، مطبعة الباقرى، ط 1، قم- إيران، 1415 هـ.

تاسعاً: كتب السير والتراجم :

ابن قاضي شهاب، أبو بكر بن أحمد بن محمد بن عمر، ت 851 هـ، طبقات الشافعية، 1407 هـ، تحقيق: د/الحافظ عبد العليم خان، بيروت، عالم الكتب، ط 1.

الدمشقي، أبو المحاسن محمد بن علي بن الحسن، ت 715، ذيل تذكرة الحفاظ، بيروت، دار الكتب العلمية، تحقيق: حسام الدين القدسي. الربيعي، محمد بن عبد الله بن زبر، مولد العلماء ووفياتهم، ط 1، دار العاصمة للنشر والرياض، المملكة السعودية، 1410 هـ.

عاشراً: كتب القانون والتشريعات :

د/ احمد أبو ألوف، كتاب الإعلام بقواعد القانون الدولي والعلاقات الدولية في شريعة الإسلام (ج 10)، ط 2، دار النهضة العربية، القاهرة، 2007. د/ توفيق حسن فرج، المدخل للعلوم القانونية، ط 2. مكتبة مكاوي، الإسكندرية، الطبعة الثانية، 1974،

توفيق علي وهبة، الجهاد في الإسلام (دراسة مقارنة بأحكام القانون الدولي العام، الطبعة الرابعة، دار اللواء، الرياض، السعودية، 1981.

د/ جاسم علي الشامي، المدخل للعلوم القانونية دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي، ط 1، مطبوعات جامعة الإمارات العربية المتحدة 2000 م.

د/ حسن كيره، المدخل إلى القانون، ط 5، منشأة المعارف للنشر، الإسكندرية - مصر، 1971 م.

د/ حسام علي عبد الخالق الشیخة، المسؤولية والعقاب على جرائم الحرب مع دراسة تطبيقية على جرائم الحرب في البوسنة والهرسك، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2004.

د/ حامد سلطان، أحكام القانون الدولي في الشريعة الإسلامية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1985.

د/ خالد الرويس، د/ رزق بن مقبول الرئيس، المدخل لدراسة العلوم القانونية، مكتبة الشقري للنشر والتوزيع - المملكة السعودية، 1423 هـ - 2002 م.
د/ رمضان أبو السعود، الوجيز في الحقوق العينية الأصلية، القاهرة، دار الجامعة الجديدة.

فرج، توفيق حسن؛ د/مطر، محمد يحيى، الأصول العامة للقانون، الدار الجامعية للنشر، بيروت- لبنان، 1989.

د/ العبادي، عبد السلام داود، الملكية في الشريعة الإسلامية طبيعتها ووظيفتها وقيودها دراسة مقارنة بالقوانين والنظم الوضعية، مكتبة الاقصى، مطابع وزارة الاوقاف والشؤون والمقدسات الإسلامية، ط 1، عمان - الاردن، 1397 هـ. 1977 م.

علي أحمد جواد، أحكام الأسرى في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي ملحقاً باتفاقية جنيف، دار المعرفة، بيروت- لبنان، ط 1، 1426 هـ - 2005.

علي علي منصور ، الشريعة الإسلامية و القانون الدولي العام، دار القلم، القاهرة،
الطبعة الأولى، 1384هـ- 1965.

د/ علي حسن نجيده، المدخل لدراسة القانون، مطبعة جامعة القاهرة-القاهرة،
مصر، 1985.

حادي عاشر : كتب البحث العلمي :
د/ أحمد شلبي كيف تكتب بحثاً أو رسالة، ط 24، مكتبة النهضة المصرية،
القاهرة، 1997، ص 43.
د/ أحمد عبد الكريم سلامة، الأصول المنهجية لإعداد البحوث العلمية، ط 1، دار
النهضة العربية، القاهرة، 1999.
د/ صلاح الدين فوزي، المنهجية في إعداد الرسائل والأبحاث القانونية، دار
النهضة العربية، القاهرة، 1999 - 2000.
عبدالرحمن بن عبدالله الواصل ، البحث العلمي ومناهجه، ط 2 ، المملكة العربية
السعودية ، 1999.