اختلاف العلماء في مالية حق الارتفاق و تمليكه

أ.غريب صحراوي

أستاذ متعاقد، جامعة البويرة

ملخص:

ضمنت هذا المقال مقدمة ذكرت فيها أهمية حقوق الارتفاق وخطورتها في حياة الناس اليومية نظرا للحاجة الماسة إليها, إذ قد يعسر استغلال العقارات والاستفادة منها مع غياب هذه المرافق, لذا أردت أن أقف على حكم العقد عليها, لطغيان المادة وانعدام فعل الخير، إذ الأصل في هذه المرافق أن تبذل بدون عوض, وهو ما كان عليه الرعيل الأول، يقول أبو هريرة (رضي الله عنه): "مالي أراكم عنها معرضين والله لأرمين بها على أكتافكم", وهي الخشبة التي يسقف بها الجار بيته توضع على جدار الجار وهو الجدار المرتفق به, وقد ذكرت في هذا المقال رأي الفقه الإسلامي ممثلا في المدارس الفقهية الشهيرة, مع الإشارة إلى رأي فقهاء القانون المدني الجزائري.

فعالجت فيه الأحكام التالية:

أ . حكم بيع حق الارتفاق وتأجيره (العقد عليه بعوض).

ب . حكم التصدق به ووقفه (العقد عليه بغير عوض).

ت . حكم توريثه (الاستخلاف).

ث . حكم الوصية به (الاستخلاف).

مع ذكر ما جاء في القانون المدني الجزائري فيما سبق من الأحكام.

مقدمة:

بسم الله والحمد لله والصلاة والسلام على أفضل خلق الله وعلى آله وصحبه وبعد:

لقد بذل العلماء جهودا كبيرة في دراسة الفقه بقسميه, قسم العبادات و قسم المعاملات, والمجهودات التي بذلها العلماء في دراسة فقه المعاملات لا تقل عن جهودهم فيها يتعلق بقسم العبادات، غير أن هذه الدراسات لم تستوعب معاملات الناس اليومية، ومشكلاتهم المتجددة، وعلاقاتهم التي تعقدت بتطور الحضارات وتقدمها, ويرجع قصور الدراسات المتابعة للفقهاء القدامى في استيعاب معاملات الناس إلى أسباب عدة يمكن تلخيصها في نقاط ثلاث هي:

أولا: كون فقه المعاملات تضبط فرعياته في الجملة قواعد الشريعة العامة ومقاصده الكبرى, مما يجعله في حاجة إلى اجتهاد مستمر خادما في ذلك مقاصد الشريعة الكبرى و مراعيا لقواعده الكلية.

ثانيا: تجدد حاجيات الناس و تعقيدها، وذلك لتجدد معاملاتهم, وتطور آليات الحياة مما احتاج إلى فقه جديد أو تجديد في الفقه.

ثالثا: لطابع المرونة الذي يمتاز به التشريع الإسلامي في معالجة معاملات الناس وكذا صلاحيته لحل مشكلاتهم في كل عصر و مصر.

وبناء على هذا كان لزاما على الباحثين أن ينظروا في التراث الفقهي الذي خلفه العلماء القدامى نظرة عصرية متجددة يترجمها فقه الواقع وفق ضوابط شرعية بحيث تنزل به هذه الدراسة من مستوى التنظير المجرد إلى واقع متجسد، أو من النظرية إلى التطبيق.

حتى يسهل على القاضي الرجوع إلى الفرعيات الفقهية التي تخص موضوع القضية وكذا تجنبه عناء البحث في شتات الفقه الإسلامي, ولكي يتيسر على القارئ الرجوع إلى المباحث الفقهية التي هي موضوع بحثه لابد من ربط المسائل الفقهية بقواعدها الكلية و بناء فروعها على أصولها.

ورأيت أن حق الارتفاق من ضمن ذلك التراث الفقهي الغزير الذي يحتاج إلى بحث علمي مستقل, وذلك لكونه يفرض وجوده في معاملات الناس اليومية خصوصا والموضوع يتعلق بمنافع العقارات

المتجاورة, وقطع الضرر الجواري ورفعه, بل هو محل الخصومات الدائمة في المحاكم في عصرنا هذا، و منذ زمن قد مضى.

و قد بذل العلماء فيما سبق جهودا إضافية في هذا الموضوع، ووجوده في الكتب الفقهية بكثرة، غير أنه عبارة عن فتاوى و جزئيات متفرقة بين موضوعات شتى فنجده في باب الإباحة تحت عنوان المرافق العامة, وكذا إحياء الموات وإقطاع الحاكم، وهو ما يسمى بإقطاع الإرفاق، كما نجده في باب الملكية الناقصة، أو ملكية المنافع, ونجده في باب الحقوق، وتحديدا الحقوق العينية, ونجده في باب الصلح والقضاء والدعوى لكونه كان محلا لكثير من النزاعات، ونجده أحيانا في باب الشفعة لارتباطه الوثيق بالعقارات المتجاورة, كما تندرج حقوق الارتفاق تحت قواعد الضرر و قاعدة الاستحسان، لأن فلسفة حق الارتفاق تفرض قيودا على المالك في تصرفه في ملكه بما يرفع الضرر عن غيره, فهو:" منفعة مترتبة على عقار لمصلحة عقار ثاني لغير مالك العقار الأول ", فيشمل بذلك حق الشرب و حق المرور و حق المسيل و حق المجرى, و حقوق الجوار الجانبي و الرأسي، وتمتد علاقة حق الارتفاق حتى بالدول التي تربطها حدود جغرافية مشتركة، ويتمثل ذلك أساسا في منع ضرر الجوار الجانبي للدول, كضرر النفايات النووية وغيرها, هذا من الجانب السلبي.

وكذا منع المجالات الأرضية والجوية المتعلقة بالاقتصاد العالمي والعلاقات الدبلوماسية، كأنابيب الغاز والبترول التي تعبر أراضي الدول, وكذا المجلات الجوية للطيران الدولي، وهذا من الجانب الإيجابي.

هذا وحاجة الناس إلى هذه الحقوق ملحة وضرورية, فهل يمكن إنشائها مستقلة عن العقار المحمل بها بأي عقد من العقود الناقلة للملكية, أم لا تنتقل إلا تبعا لها؟.

أولا: رأي الفقه الإسلامي.

اتفقت كلمة الفقهاء على أن حقوق الارتفاق تنتقل تبعا للعقار المرتفق، سواء أكان بعقد فيه عوض كالبيع والإجارة، أو بدون عوض كالهبة و الوقف و الوصية، أو عن طريق الميراث استنادا إلى القاعدة الفقهية " يثبت للشيئ تبعا مالا يثبت له مقصودا ", و إلى هذا يشير الدكتور أبو زهرة في قوله :" و كذلك كل تصرف في العقار يصح أن تدخل ضمنه حقوق الارتفاق بالتبعية, وذلك لأنه يثبت للشيء تبعا مالا يثبت له مقصودا، كالجذع في سقف لا يصح بيعه منفردا عن السقف مادام فيه ولكن يباع في ضمن البيت الذي هو فيه، وكأطراف الحيوان لا ينعقد عليها بيع وهو حي، ولكن يثبت عليها البيع، وهي أجزاء فيه .. ونظير ذلك في الفقه الإسلامي كثيرا تجوز الحساب و الإحصاء "[1], غير أنهم اختلفوا في انتقالها استقلالا عن طريق العقود السابقة، وفي ما يلي نتعرض لأراء الفقهاء في انتقالها استقلالا وينبغي أن نشير إلى أن اختلافهم فيه ناتج عن اختلافهم في مالية هذه الحقوق.

أ. حكم بيع حق الارتفاق وتأجيره.

اختلف الفقهاء في ذلك تبعا لاختلافهم في مالية هذه الحقوق، فالأحناف منعوها وأجازها جمهور الفقهاء.

1. رأي الأحناف: قبل الإشارة إلى رأي الأحناف في بيع حقوق الارتفاق ينبغي الإشارة إلى مفهوم المال عندهم، فقد جاء في الحاشية :"المراد بالمال ما يميل إليه الطبع، ويمكن ادخاره لوقت الحاجة "[2].

و جاء فيها أيضا:" و في التلويح أيضا من بحث القضاء و التحقيق أن المنفعة ملك لا مال، لأن الملك ما من شأنه أن يتصرف فيه بوصف الاختصاص، والمال ما من شأنه أن يدخل للإنفاق وقت الحاجة "[3].

و قال صاحب الحاشية أيضا: " فالأولى ما في الدرر من قوله المال الموجود يميل إليه بالطبع .. الخ. فإنه يخرج بالموجود بالمنفعة فافهم "[4].

---

[1]- أبو زهرة. الملكية و نظرية العقد. ص97. طبعة دار الفكر العربي. القاهرة مصر. سنة 1416هـ ، 1996م.

[2]- محمد أمين ابن عابدين. الحاشية. ج4ص3. المطبعة اليمينية مصطفى البابي الحلبي وأخويه. مصر.

[3]- ابن عابدين. المرجع نفسه. ج4ص3.

[4]- ابن عابدين. المرجع نفسه. ج4ص105.

فمن خلال التعاريف السابقة للمال عند فقهاء الأحناف من كونه موجود محوز مدخر, يخرج بذلك حقوق الارتفاق كونها غير متمولة، وفي هذا يقول صاحب الحاشية :" لا يجوز بيع مسيل الماء .. و لا بيع الطريق دون الأرض و كذلك بيع الشرب "[5]، وأما ما جاء عن مشايخ بلخ جواز بيع حقوق المرور استنادا إلى قوله على ما في الحاشية:" وصح بيع الطريق، وذكر في الهداية أنه يحتمل بيع رقبة الطريق، وبيع حق المرور، وفي الثاني روايتان"[6], فقد أسقط الاحتمال الثاني (بيع حق المرور) صاحب الحاشية في قوله:" و قد ذكر خلافهم في مسألة الشرب فقط، ولم أرمن ذكر خلافهم في بيع المسيل والطريق فافهم، ثم اعلم أن ما ادعاه في الشرنبلالية من المخالفة غير مسلم, لأن قول المصنف: **وصح بيع الطريق** مراد بيع رقبة الطريق بدليل تعليل الدرر بأنه غير معلوم، وبدليل ذكره بيع حق المرور بعده, و إلا كان تكرارا "[7].

و هذا التحقيق هو الذي يتماشى و ظاهر الرواية في المذهب الحنفي، ولذلك قال صاحب الحاشية:" قلت ظاهر قولهم أنه لا يجوز بيع الطريق فاقتضى المنع مطلقا حالة الانفراد، وإنما يجوز بالتبعية فيها إذا باع الدار وطريقها"[8]. أما خلافهم في جواز بيع الشرب فهو على خلاف القياس في المذهب، ولذلك ثبت المنع في ظاهر الرواية, وهو ما ذكره أبو زهرة في قوله:" أما بيع حق الشرب منفردا فقد اختلفت الروايات فيه في مذهب أبي حنيفة, ففي ظاهر الرواية أنه لا يصح للأسباب التي ذكرنا في عدم صحة بيع المسيل منفردا إذ هي قائمة هنا في حق الشرب، وذلك كلام معقول, لأن حق المسيل و الشرب كلاهما ليس مالا متقوما في نظر الحنيفة "[9].

أما استناد فقهاء بلخ في جواز أخد العوض على حق الشرب فعلى العرف كون الناس تعارفوه و استساغوا بيعه، فهو مردود بكون العرف الذي يستند عليه في مخالفة القياس إنما هو عرف جميع الناس لا بعضهم, حتى يقترب من حكم الإجماع، كعقد الاستصناع و السلم و غيرهما.

---

[5]- ابن عابدين . المرجع نفسه . ج4ص123،122.

[6]- ابن عابدين . المرجع نفسه . ج4ص123.

[7]- ابن عابدين . المرجع نفسه . ج4ص133.

[8]- ابن عابدين . المرجع نفسه . ج4ص123.

[9]- أبو زهرة . مرجع سابق . ص95, 96.

أما استنادهم إلى أراء الفقهاء من حق الشرب يضمن, رد عليه بأن ضمان حق الشرب أمر خلافي، وبالتالي فهو أمر ملزم للمخالفين, وقد أشار إلى هذا أبو زهرة (رحمه الله) في ذكر الرد على المخالفين من فقهاء الأحناف في قوله:" وكون الشرب يضمن عند بعض العلماء لا يكون حجة ملزمة لمن لا يرى رأيهم، إنما الإلزام بالالتزام, والالتزام بالرأي بقبول نتائجه ممن يراه لا ممن لا يراه، فليزم بنتيجة الضمان وهو جواز البيع منفردا من رأى الضمان, فلا يكون الضمان الحجة على من لا يراه، وهم أكثر الفقهاء "[10].

هذا وما يقال في بيع حقوق الارتفاق يقال في تأجيرها إذ الإجارة عقد من العقود المعاوضة, ينطبق عليها ما ينطبق على البيع، غير أن الإجارة هي عقد منفعة متصلة بالعين, كتأجير بيت للسكن, أما تأجير حق الارتفاق مستقلا عن العقار المرتفق فهو غير جائز عند الأحناف قياسا, لكون هذه الحقوق غير متمولة من جهة، وتكتنفها الجهالة من جهة ثانية, و لا يجوز عقد على مجهول كما هو مقرر في الفقه, خصوصا فيما يتعلق بعقود المعاوضة، وقد جاء في الحاشية ما يؤكد هذا في:" قوله لا يجوز الاعتياض عن الحقوق المجردة عن الملك, وفي البدائع الحقوق المفردة لا تحتمل التمليك, ولا يجوز الصلح عنها, أقول وكذا لا تضمن بالإتلاف "[11].

2. رأي جمهور الفقهاء : يرى جمهور الفقهاء (رحمهم الله) من المالكية والشافعية، والحنابلة جواز إجراء عقود المعاوضة من بيع و إجارة على حقوق الارتفاق كمحل لها، وذلك لكونها حقوق متمولة، خلافا لفقهاء الأحناف.

هذا وقد وردت نصوص كثيرة عند فقهاء المذاهب تثبت جواز العقد على هذه الحقوق بيعا وإجارة ففي **المذهب المالكي** جاء في المدونة للإمام مالك ما نصه:" أرأيت إن اشترى شرب يوم أو يومين بغير أصل إلا أنه اشترى شرب يوم أو يومين والأصل لرب الماء؟, قال: قال مالك ذلك جائز"[12], ففي هذا النص جوز مالك بيع حق الشرب استقلالا، وجاء فيها أيضا ما يؤكد هذا الجواز حين قال:" قال مالك وإذا قسمت الأرض وترك الماء فباع نصيبه الذي صار له من أرضه بغير ماء، ثم باع

---

[10]- أبو زهرة. المرجع نفسه. ص 96.

[11] ابن عابدين. مرجع سابق. ج4ص14.

[12]- مالك. المدونة الكبرى ومعها مقدمات ابن رشد ت(520ه). ج4ص375. طبعة دار الفكر. بيروت لبنان .

نصيبه من الماء, فإن مالك قال في مثل هذا الماء: لا شفعة فيه، والأرض أيضا لا شفعة فيها "[13], والشاهد من هذا النص قوله: **ثم باع نصيبه من الماء**, فالإمام مالك في هذا النص يقرر جواز بيع حق الشرب، أما تأجير حقوق الارتفاق عند المالكية فهي جائزة على ما مقرره في كتبهم، فقد جاء في حاشية الدسوقي قوله:" قيل ثم الراجح كراء الأفنية خلافا لما يفيد التتائي فتأمله "[14].

فالنص صريح في ترجيح جواز كراء الأفنية للارتفاق بها تطرقا وجلوسا .. الخ.

وفي حاشية الدسوقي أيضا:" وجاز استئجار طريق في دار للمرور فيها لحاجة وجاز استئجار مسيل، أي موضع سيلان (مصب مرحاض)، أي مصبوب أي ما يصب من الفضلات "[15].

فالنص يقيد جواز كراء حق المرور وحق المجرى، وهما من حقوق الارتفاق

هذا وهناك نصوص كثيرة تفيد جواز بيع وتأجير حقوق الارتفاق نكتفي بما ذكرنا منها تمثيلا لا حصرا لندلل على أن الفقه المالكي يجيز العقد على حقوق الارتفاق.

وفي **المذهب الشافعي** نصوص كثيرة تفيد جواز عقود المعاوضة على حقوق الارتفاق استقلالا كمحل لها، وهو ما أثبته الإمام الشافعي في رسالته، خصوصا في باب الصلح, و قد أكد الإمام الشافعي على أن الصلح بيع، قال في الأم:" أصل الصلح أنه بمنزلة البيع, فما جاز في البيع جاز في الصلح، و وما لم يجز في البيع لم يجز في الصلح "[16], وجاء فيها أيضا ما يفيد جواز بيع حقوق الارتفاق استقلالا وفي قول الإمام الشافعي (رحمه الله):" ولو أن رجلا باع علو بيت لا بناء عليه على أن للمشتري أن يبني على جداره و يسكن على سطحه, ويسمى منتهى البناء أجزت ذلك"[17], وجاء فيها أيضا :"و لو ادعى رجل على رجل شيئا فاقر له، فصالحه المقر على مسيل ماء، فإن سمى له عرض الأرض التي يسيل عليها الماء وطولها ومنتهاها فجائز"[18], ففي النص الأول تصريح بجواز بيع

---

[13]- مالك . المرجع نفسه . ج4ص375.

[14]- الدسوقي . حاشية الدسوقي على الشرح الكبير . ج3ص368 . طبعة دار إحياء الكتب العربية . عيسى البابي وشركاؤه.

[15]- الدسوقي . المرجع نفسه . ج3ص226.

[16]- الشافعي . الأم مع مختصر المزني . ج3ص226. طبعة دار الفكر . بيروت لبنان . سنة 1410هـ ، 1990م.

[17]- الشافعي . المرجع نفسه . ج3ص230، 231.

[18]- الشافعي . المرجع نفسه . ج3ص232.

علو البيت, وفي النص الثاني جعل حق المسيل محل الصلح, فكان له عوض معلوم, وقد سبق عند الإمام الشافعي أن الصلح بيع, يجري عليه من الأحكام ما يجري على البيع.

هذا و قد جاء عن الإمام الشافعي نص في باب الموات من كتاب الأم ما يفيد امتلاك حقوق الارتفاق عن أهلها بكل عقد يقتضي التمليك، سواء بعوض أو بغير عوض وهو قوله:" والموات شيئان: موات قد كان عامرا لأهل معروفين في الإسلام, ثم ذهب عمارته فصار مواتا لا عمارة فيه، فذلك لأهله كالعامر لا يملكه أحدا أبدا إلا عن أهله, وكذلك مرافقه و طريقة و أفنيته و مسايل مائه مشاربه "[19], ففي قوله:

وكذلك مرافقه، هي معطوفة على قوله، **فذلك لأهله كالعامر لا يملكه أحد أبدا إلا عن أهله,** فيقدر الكلام هكذا: وكذلك مرافقه و..لا يملكها أحد إلا عن أهلها، وبذلك يقرر الإمام الشافعي أن حقوق الارتفاق قابلة للتمليك تجري عليها عقوده من بيع وإجارة و .. الخ.

وفي الذهب الحنبلي نصوص كثيرة تفيد أن حقوق الارتفاق هي حقوق متمولة قابلة للتمليك تجري عليها عقوده، ومن ذلك ما جاء في قواعد ابن رجب الحنبلي: "وتجوز المعاوضة عن فتح الأبواب و نحوها ذكره في المغني و التلخيص, وهو شبيه بالمصالحة بعوض على إجراء الماء في أرضه, أو فتح الباب في حائطه, أو وضع خشب على جداره و نحوه .. وكذلك ذكر الأصحاب جواز المصالحة عن الروشن الخارج في الدرب المشترك "[20], ففي النص جواز أخذ العوض عن فتح الأبواب للتطرق عادة في الأفنية و الأزقة المشتركة, أو الجلوس فيها, وذلك بعقد بيع أو إجارة، وفي النص جواز أخذ العوض عن المسيل أو حق المرور أو الارتفاق بجدار الجار، وكذلك إشراع الروشن في الدرب المشترك.

وجاء في المقنع ما يفيد جواز بيع حقوق الارتفاق صراحة وأخذ العوض عنها بصلح, أو بغيره, ومن ذلك قوله:" وإن صالحة على أن يجري على أرضه أو سطحه ماء معلوما صح، ويجوز أن يشتري ممرا في دار، وموضعا في حائطه يفتحه بابا، وبقعة يحفرها بئرا، وعلو بيت يبنى عليه بنيانا موصوفا، فإن كان البيت غير مبني لم يجز في أحد الوجهين، والآخر يجوز إذا وصف العلو و السفل "[21], ففي

---

[19]- الشافعي . المرجع نفسه . ج4ص42.

[20]- ابن رجب . القواعد في الفقه الإسلامي . ص196 . طبعة دار الفكر.

[21]- ابن قدامة المقدسي . المقنع في فقه إمام السنة احمد بن حنبل . ج2ص127. طبعة الدجوى . القاهرة . سنة 1980م.

النص جواز أخد العوض على حق المجرى وحق المسيل, وكذا جواز بيع حق المرور وحق المطل وحق التعلي، إذا علمت وحددت ووصفت وصفا دقيقا تنتفي معه الجهالة و الغرر, فدل بذلك على ماليتها.

و جاء في قواعد ابن رجب :" ومنها المنتفع بملك جاره من وضع الخشب و ممر في دار نحوه ، وإن كان بعقد صلح فهو إجارة "[22], فالنص يفيد صراحة جواز عقد الإجارة على حق الارتفاق كمحل له.

دراسة وترجيح: من خلال عرض أراء الفقهاء المذاهب الأربعة تبين أن الرأي الراجح هو ما ذهب إليه جمهور الفقهاء من جواز عقود المعاوضة من بيع و إجارة و .. الخ على حقوق الارتفاق كمحل لها ، وذلك لأن:

أ . هذا الأمر أصبح معمولا به, واشتهر بين الناس، ولا أدل على جوازه من الوقوع فحق الشرب إن ملك أصله وحيز أصبح يباع ويؤجر لمدة معلومة، وقد يتولى أمره السلطان ممثلا في هياكل الدولة, وكذا حق العلو في نظام الطبقات في البناء العصري الحديث, وكذلك حق المرور ممثلا في ضريبة تدفع للجهة الوصية على ذلك, تفرض على أصحاب السيارات و الماكنات ..الخ.

ب . كون الذي يتفق عليه الفقهاء كلهم, جمهور والأحناف على حد سواء، أن لحقوق الارتفاق عوضا معلوما إذا ما انتقلت تبعا للعقار, فبيع العقار بمرافقه يختلف عنه إذا ما بيع بدون مرافقة وحقوقه, وبيع العقار محملا بأعباء حقوق الارتفاق يختلف عنه إذا ما بيع خاليا من أعباء حقوق الارتفاق يعلم ذلك كل عاقل فلذلك تبين أن لحقوق الارتفاق حقا معلوما هو هذا الفارق بين البيعين.

ت . أن الأشياء لا تقتضي الحيازة والادخار على ما ذهب إليه الأحناف, وهو حيازة عين الشيء, بل يكفي أن تكون حيازته ممكنة بحيازة أصله أو مصدره, وهو ما ذهب إليه السادة المالكية (رحمهم الله)[23].

---

[22]– ابن رجب . مرجع سابق . ص196.

[23]– د.أحمد الغندور، وزكي الدين شعبان . أحكام الوصية و الميراث و الوقف في الشريعة الإسلامية . ص490 . الطبعة الأولى . مكتبة الفلاح . الكويت . سنة 1404هـ ، 1984م.

ث . كون حقوق الارتفاق مجهولة، والعقد على مجهول غير جائز في الفقه الإسلامي، أو كون هذه العقود لا تسلم من الغرر، كل هذا منتف في عصرنا هذا فحق الشرب مثلا معلومة مقادير استهلاكه تضبطها عدادات متطورة بدقة متناهية تشرف عليها الجهات الوصية, فالمسألة مسألة عصر و زمان لا حجة و برهان.

ب . حكم التصدق به ووقفه.

1. **رأي فقهاء الأحناف**: استنادا إلى ما ذهب إليه فقهاء الأحناف من اشتراط المالية في عقود التمليك، وكذا عدم مالية الحقوق بما في ذلك حقوق الارتفاق, فإنه لا يجوز هبتها و لا وقفها, وهذا الرأي الذي ذهب إليه فقهاء الأحناف في هبة حقوق الارتفاق ووقفها هو الرأي ذاته في بيعها و تأجيرها، وفي هذا قال أبو زهرة (رحمه الله) وهو يتكلم عن التصرف في حقوق الارتفاق استقلالا عند الأحناف :" وكل ما ذكرناه من أحكام بيع الحقوق منفردة يسري على كل عقود التمليكات كما أشرنا سواء أكانت تمليكا للأعيان أم للمنافع, فهبة حقوق الارتفاق منفردة لا تجوز كما أن بيعها منفردة لا يجوز في الجملة "[24].

ولذلك قرن ابن عابدين البيع والهبة بحكم واحد وهو عدم الجواز إذا كانت حقوق الارتفاق هي المحل حتى لا يتوهم التفريق بينهما في الحكم, فقال:" لا يجوز بيع مسيل الماء وهبته "[25], أما عدم جواز وقفها فلأن الأحناف اشترطوا مالية الموقوف وهو ما ذكره صاحب أحكام الموصية و الميراث والوقف في قوله:" وبناء على اشتراط المالية في الموقوف قال فقهاء الحنفية: لا يصح وقف المنافع وحدها بدون أعيان, ولا وقف حق التعلي, ولا حقوق الارتفاق لأنها ليست مالا عندهم, لعدم إمكان حيازتها, والشيء لا يعتبر مالا (في رأيهم) إلا إذا كان ماديا، وأمكن حيازته بذاته "[26], وهذا الرأي هو الذي تمشى عليه فقهاء الأحناف في عقود التمليك كلها عدا الوصية و الميراث, فما يعفى فيهما لا يعفى في غيـرهما.

---

[24]- أبو زهرة . مرجع سابق . ص97.

[25]- ابن عابدين . مرجع سابق . ج4،ص122،123.

[26]- د أحمد الغندور، وزكي الدين شعبان . مرجع سابق . ص490.

2. **رأي جمهور الفقهاء**: على خلاف ما ذهب إليه فقهاء الأحناف لم يشترط جمهور الفقهاء لمالية الأشياء حيازة عينها أو ادخارها, بل تعتبر ماليتها بمجرد حيازة أصلها أو مصدرها, ولذلك حكموا بمالية حقوق الارتفاق لإمكانية حيازة أصلها متمثلا في العقار المترتبة له أو عليه .

ولئن قالوا بجواز أخذ العوض عنها (حقوق الارتفاق) بيعا وتأجيرا استقلالا فتمليكها بغير عوض من القياس الجلي, أو من باب قياس الأولى، هذا وهناك نصوص في كتب الفقه لدى فقهاء المذاهب الثلاثة, المالكية و الشافعية و الحنابلة تفيد جواز هبة حقوق الارتفاق ووقفها.

ففي **المذهب المالكي**: جاء في الفواكه الدواني:" فالعارية لتمليك المنافع بغير عوض"[27] وهو ما ذكره القرافي في الذخيرة, و جاء في حاشية الدسوقي على الشرح الكبير:" وندب إعارة جداره لجاره المحتاج لغرر خشبة فيه، لأنه من المعروف ومكارم الأخلاق, وندب للجار إرفاق بماء لجاره، أو أهل أو غيرهما, فضل عنه لشرب أو زرع أو غيرهما, وفتح باب لجاره ليمر منه حيث لا ضرر عليه في ذلك وكان الجار يشق عليه المرور من غيره "[28], ففي النص جواز هبة أو إعارة حقوق الارتفاق, وهو تمليك بلا عوض, كحق المسيل أو حق الشرب و كذا حق التطرق وفي النص الأول من وضع العرب لأنواع الإرفاق كما قال القرافي العارية, وهي تمليك المنافع بدون عوض، أما فيما يخص الوقف, فقال صاحب الحاشية:" قوله: وشمل قوله بأجرة من استأجر دار محبسه مدة فله تحسين منفعتها, أي فمنفعتها من جملة المملوك بأجرة, ومن جملة المملوك بأجرة منفعة الخلو فيجوز وقفها كما أفتى بها جمع منهم "[29], ففي النص جواز وقف المنافع كالحقوق، وحقوق الارتفاق هي حقوق انتفاع, وجاء في أحكام الوصية والميراث والوقف ما يفيد جواز وقف المنافع والحقوق عند المالكية, قال:" وبناء على اشتراط المالية في الموقوف قال فقهاء الحنفية لا يصح وقف المنافع وجدها دون الأعيان .. وخالفهم في ذلك المالكية فقالوا إنه يصح وقف المنافع والحقوق لأنها مال عندهم ولأن المال في رأيهم لا يلزم أن يكون محوزا بنفسه، بل يكفي أن يمكن حيازة أصله و مصدره "[30], فحقوق الارتفاق عند المالكية أموال, وبالتالي تجري عليها كل عقود التمليك.

---

[27]- النفراوي . الفواكه الدواني،ج2،ص154 . طبعة دار الفكر . بيروت لبناان . سنة 1415هـ ، 1995م.

[28]- الدسوقي . مرجع سابق . ج3ص71.

[29]- الدسوقي . المرجع نفسه . ج4،ص76.

[30]- د أحمد الغندور، وزكي الدين شعبان . مرجع سابق . ص490.

وفي المذهب الشافعي: جاء في باب إحياء الموات قول الإمام الشافعي:" والموات شيئان: موات قد كان عامرا لأهل معروفين في الإسلام ثم ذهب عمارته فصار مواتا لا عمارة فيه، فذلك لأهله كالعامر لا يملكه أحد أبدا إلا عن أهله, وكذلك مرافقه و طريقة و أفنيته و مسايل مائة و مشاربه ".[31]

فالنص يفيد أن حقوق الارتفاق تثبت ملكيتها عن أهلها بكل عقد يفيد التمليك بعوض أو بغير عوض كالأفنية, وحق المسيل وحق الشرب، وفي إحكام الأحكام شرح عمدة الأحكام في حديث أبي هريرة (رضي الله عنه) عنه (صلى الله عليه و سلم):

" **لا يمنعن جار جاره أن يغرز خشبة في جداره** "[32]، ثم يقول أبو هريرة مالي أراكم عنها معرضين و الله لأرمين بها بين أكتافكم ", قال: قولان للشافعي: .. و الثاني وهو الجديد أنها لا تجب و يحمل الحديث إذا كان بصيغة النهي على الكراهة, وعلى الاستحباب إذا كان بصيغة الأمر"[33], فعلى أحد قولي الإمام الشافعي استحباب إعارة حق الاستناد أو الارتفاق بخشب الجار على جدار جاره.

و جاء في الأم ما يفيد إخباره لتلاميذه عن وثيقة جاء فيها وقف حقوق الارتفاق كوقف الأعيان, ونصها:" أخبرنا الشافعي إملاء، قال: هذا كتاب كتبه فلان بن فلان بن فلان الفلاني، في صحة من بدنه وعقله وجواز أمره وذلك في شهر كذا من سنة كذا, إني تصدقت بداري التي بالفسطاط من مصر في موضع كذا، أحد حدود جماعة هذه الدار ينتهي إلى كذا, والثاني والثالث والربع, تصدقت بجميع أرض هذه الدار وعمارتها من الخشب والبناء والأبواب وغير ذلك من عمارتها طرقها ومسايل مائها وأرفاقها و مرتفقها .. و حبسها صدقة بتة مسبلة لوجه الله, وطلب ثوابه, لا مثنوية فيها, ولا رجعة حبسا محرمة "[34], ففي نص تصدق الواقف بالحقوق و المرافق, كما وقف الأعيان وعطف

---

[31]- الشافعي . مرجع سابق . ج4،ص42.

[32]- انظر ابن حجر . فتح الباري بشرح صحيح البخاري ص136. طبعة دار المعرفة . بيروت لبنان، النووي . صحيح مسلم بشرح النووي . ج06ص52، الطبعة الأولى . دار الحديث . مصر القاهرة . سنة 1415هـ ، 1994م, أبو عيسى . سنن الترمذي . ج03ص73, 74 . طبعة دار الفكر بيروت . سنة 1414هـ ، 1994م, سليمان بن الأشعث . سنن أبي داود . ج03ص314. الطبعة الأولى . دار الجيل . بيروت لبنان . سنة 1412هـ ، 1992م، الألباني . صحيح سنن ابن ماجه ج02ص256, ج03ص105. الطبعة الأولى . مكتبة المعارف . الرياض . سنة 1417هـ ، 1997م.

[33]- ابن دقيق العيد . إحكام الأحكام شرح عمدة الأحكام . ج3ص224. طبعة دار الطباعة المنيرية + مطبعة الشرق،بجوار الأزهر . مصر . سنة . 1342هـ.

[34]- الشافعي . مرجع سابق . ج4،ص62.

المرافق والحقوق على الأعيان, والعطف يقتضي نفس الحكم, فما يثبت للعين من حكم الوقف يثبت للمرافق فأفاد النص أن المرافق والحقوق يجوز وفقها عند الإمام الشافعي، وقد أورد هذه الوثيقة في معرض المحاجة عن رأيه في نفاد الوقف و لزومه, و لو لم يحزه الموقوف عليه.

وفي المذاهب الحنبلي: قال صاحب المقنع، وإذا كان ظهر داره في درب غير نافذ ففتح لغير الاستطراق لم يجز إلا بإذنهم في أحد الوجهين "[35], ففي هذا النص جواز تمليك حق الاستطراق أو حق المرور في الملك الخاص (طريق غير نافدة) عن أهلة بكل عقد يفيد التمليك، سواء أكان بعوض أو بغير عوض، فالإذن من المالك يفيد جواز التمليك .

و جاء في قواعد ابن رجب ما يفيد جواز تمليك المرافق بغير عوض على وجه الإعارة أو الهبة, فقال:" ومنها مرافق الأملاك من الأفنية و الأزقة المشتركة تصح إباحتها, والإذن في الانتفاع بها كالإذن في فتح باب ونحوها, قال في التلخيص: ويكون إعارة على الأشبه "[36], ففي النص جواز هبة أو إعارة حقوق الارتفاق لحق التطرق أو المرور أو الارتفاق بالجلوس أو البيع أو .. في الأزقة أو الأفنية المشتركة، وهي ملك لأصحابها لا تجوز لغيرهم إلا عن إذن منهم, بعوض أو بغير عوض.

وفي قواعد ابن رجب ما يفيد أن حقوق الارتفاق هي حقوق متمولة مملوكة لأصحابها في إحدى الروايتين, وهو ما جزم به صاحب الغنى، جاء فيه:" ومنها موافق الأملاك كالطرق و الأفنية و مسيل المياه و نحوها, هل هي مملوكة أو ثبت فيها حق الاختصاص ؟ وفي مسألة و جهان .. والوجه الثاني الملك, وصرح به الأصحاب في الطرق, وجزم به في الكل صاحب الغنى، وأخذه من نص أحمد والخرقي على ملك حريم البئر"[37].

فالشيء الملوك يعطي مالكه حق التصرف والاستثمار, ولذلك يصح تمليكه بأي عقد بعوض كالبيع و الإجارة, أو بغير عوض كالهبة و الوقف, هذا وقد ثبت في الفقه الحنبلي جواز وقف المنافع وهو ما

---

[35]- ابن قدامه . مرجع سابق . ج2ص130،129.

[36]- ابن رجب . مرجع سابق . ص198.

[37]- ابن رجب . المرجع نفسه . ص193،192.

أفاده صاحب القواعد قائلا:" الملك أربعة أنواع .. النوع الثالث ملك المنفعة بدون عين، وهو ثابت بالاتفاق, وهو ضربان: أحدهما ملك مؤبد، ويندرج تحته صور .. ومنها الوقف "[38].

هذا هو رأي فقهاء المذاهب الأربعة في هبة حقوق الارتفاق ووقفها, واختلافهم في ذلك عائد إلى اختلافهم في مالية الحقوق والمنافع, وقد رأينا فيما سبق معنا في بيع حقوق الارتفاق و تأجيرها أن ما ذهب إليه الجمهور هو الأقوى و الأرجح, ولئن كان هذا في تمليك حقوق الارتفاق بعوض، فإن في تمليكها بغير عوض يقوى و يترجح من باب أولى رأي جمهور الفقهاء, فما يغتفر فيها لا يغتفر في غيرها من العقود.

ت . حكم توريث حق الارتفاق.

اتفقت آراء الفقهاء على أن حقوق الارتفاق تنتقل الميراث إلى ورثتها استقلالا، كما تنتقل تابعة للعقار.

المذهب الحنفي: في المذهب الحنفي الذي منع فقهاءه في المعتمد عندهم انتقال حقوق الارتفاق عن طريق عقود التمليك استقلالا, لعدم ماليتها, قالوا بجواز انتقالها عن طريق الميراث, فقد جاء في الكنز و شرحه ما يبين هذا الجواز, وفي باب الشرب ما نصه:" و يورث الشرب "[39].

و قد علل فقهاء الأحناف هذا الجواز رغم أن حقوق الارتفاق عندهم غير متمولة بأن الورثة هم خلفاء الميت, وبذلك يقومون مقامه في حقوقه و أملاكه, ولذلك جوزوا أن يقوم الورثة مقامه فيما لا يجوز تمليكه بعقود المعارضة والتبرعات كالدين والقصاص, وهذا التعليل ذاته ينطبق على سائر حقوق الارتفاق"[40].

---

[38]– ابن رجب . المرجع نفسه . ص195.

[39]. ابن نجيم . البحر الرائق شرح كنز الدقائق . ج08ص397. الطبعة الأولى . دار الكتب العلمية منشورات علي بيضون . بيروت لبنان سنة 1418هـ ، 1997م.

[40]. أبو زهرة . مرجع سابق . ص93.

وقد ذكر هذا التعليل صاحب البدائع, فقال:" وتوريثه (يعني حق الشرب) لأن الإرث لا يقف على الملك لا محالة, بل يثبت في حق الملك, كما يثبت في الملك كخيار العيب و نحوه "[41].

جمهور الفقهاء: في المذهب المالكي رأينا فيما سبق أنه يجيز تمليك المنافع والحقوق بعوض كالبيع و الإجارة، وبغير عوض كالهبة والوقف، فمن باب أولى تمليكها استقلالا عن طريق الميراث, لكون الورثة خلفاء الميت فيما ترك من حقوق كحق الخيار في البيع, ففي القوانين الفقهية قوله:" وإذا مات مشترط الخيار في المدة فالخيار لورثته "[42], و كذا حق الشفعة، قال أبو عمر:" الشفعة تورث عند كل من يورث عنده الخيار في البيع "[43], وحقوق الارتفاق ضمن الحقوق التي قال فقهاء المالكية بجواز ميراثها, وقد جاء في أحكام الوصية و الميراث و الوقف ما يفيد تأكيد ما سبق عند المالكية, فقال:" فالأئمة الثلاث يرون جريان الإرث فيها (المالكية والشافعية والحنابلة), لأنها أموال عندهم, فيجري فيها الإرث كما يجري في الأموال, وعلى ذلك يحل وارث الموصى له محله في استيفاء المنفعة بطريق الوارثة إذا توفي قبل انتهاء مدة الوصية "[44], فالمالكية كما في النص يرون جريان الإرث في الحقوق و المنافع.

وفي المذهب الشافعي: جاء في الأم في باب إحياء الموات ما يفيد تمليك حقوق الارتفاق بكل عقد يفيد التمليك, حيث قال:" .. فصار مواتا لا عمارة فيه, فذلك لأهله كالعمارة لا يملكه أحد أبدا إلا عن أهله, وكذلك مرافقه و طريقة و أفنيته ومسايل و مشاربه "[45], و تقدير الكلام وكذلك مرافقه .. الخ, لا تملك إلا عن أهلها.

هذا و قد جاء في تكملة المجموع شرح المهذب لابن عبد الكافي ما يفيد أن في المذهب الشافعي هناك حقوق قابلة للتوريث قطعا, وهو قوله:" الحقوق في المهذب منها ما يورث قطعا .. وجملة ما يحضرني من الحقوق الآن خيار الرد بالعيب وخيار الشفعة .. و حق المرور "[46], وحق المرور

---

[41]. الكاساني . بدائع الصنائع . ج5،ص286. الطبعة الثانية . دار إحياء التراث العربي + مؤسسة التاريخ العربي . بيروت لبنان . سنة . 1419هـ ، 1998م .

[42]– ابن جزئ . القوانين الفقهية . ص216. طبعة منشورات دار الكتب . سنة 1408هـ ، 1987م.

[43]–ا بن عبد البر . الاستذكار . ج1ص305 . الطبعة الأولى . دار قتيبة دمشق, بيروت + دار الوعي حلب, القاهرة . سنة 1414هـ , 1993م.

[44]. د أحمد الغندور، وزكي الدين شعبان . مرجع سابق . ص146.

[45]– الشافعي . مرجع سابق . ج4،ص42.

[46]– تقي الدين السبكي . تكملة المجموع شرح المهذب . ج12ص193 . طبعة مطبعة التضامن الأخوي . مصر.

من حقوق الارتفاق، وفي المجموع ما يفيد ميراث حق الخيار للرد بالعيب, حيث جاء فيه:" قد ذكر أن خيار الرد بالعيب يثبت للوارث بلا خلاف، إذا مات الوارث قبل التقصير المسقط "[47]. ولاشك في أن حقوق الارتفاق كحق خيار الرد بالعيب، حقوق مالية متعلقة بأموال فهي تورث قطعا قال في المجموع:" وحد ما يورث و ما لا يورث من الحقوق أن كل حق لازم متعلق بالمال يورث بوراثة المال "[48], فكل حق متعلق بمال يورث كما يورث متعلقه.

و في المذهب الحنبلي: جاء في قواعد ابن رجب الحنبلي ما يفيد أن إحدى الروايتين عن الإمام أحمد، وبها جزم صاحب المغني، أن حقوق الارتفاق هي حقوق تقبل الملك, فهي حقوق متمولة كالأعيان, حيث قال صاحب القواعد:" و منها مرافق الأملاك كالطرق و الأفنية و مسيل المياه ونحوها, هل هي مملوكة، أو يثبت فيها حق الاختصاص؟ و في المسألة و جهان .. والوجه الثاني الملك صرح به الأصحاب في الطرق, وجزم به في الكل صاحب المغني، وأخذه من نص أحمد والخرقي على ملك حريم البئر"[49], وما دامت حقوق الارتفاق مملوكة، يصح تمليكها بأي عقد يفيد التمليك، بعوض أو بغير عوض ، فلأن تملك بطريق الإرث لهو من باب أولى، حيث يتجاوز فيه ما لا يتجاوز في غيره، فالوارث يستخلف المورث في كل ما ترك, بما في ذلك الحقوق و المرافق، وفي القواعد ما يفيد صحة ميراث المنفعة حيث جاء فيه :" ومنها الوصية, فيصح أن يوصي برقبة عين لشخص وبنفعها لآخر مطلقا، أو مدة معلومة، أو نفعها للورثة "[50], ففي قوله: **أو نفعها للورثة** هو انتقال للمنفعة عن طريق الميراث، ومن منافع العين حقوق الارتفاق, كحق المجرى، وحق التطرق أو المرور.

ث . حكم الوصية بحق الارتفاق.

كما اتفقت كلمة الفقهاء على صحة توريث حقوق الارتفاق, بما في ذلك فقهاء الأحناف اتفقت كلمتهم كذلك على صحة الوصية بها استقلالا، لأن الوصية أخت الميراث, فهي تمليك مضاف لما بعد الموت يلزم بموت الموصى وقبول الموصى له، يعفى فيه ما لا يعفى في غيره من العقود, وفي ذلك

---

[47]- النووي . المجموع . ج9ص210 . طبعة إدارة الطباعة المنيرية + مطبعة القطا . مصر .

[48]- النووي . المرجع نفسه . ج9ص211.

[49]- ابن رجب . مرجع سابق . ص193،192.

[50]- ابن رجب . المرجع نفسه . ص41.

قال صاحب الملكية و نظرية العقد:" فلصاحب حق الشرب مثلا أن يوصى بالانتفاع، أي بعينه لا برقبته كالوصية بالانتفاع بالثمرة، لأن الوصية كالإرث في الثبوت بعد الموت, فيصير حكمها حكمه، وجهالة الموصى به لا تمنع الوصية, لأنها أوسع العقود، حتى صارت للمعدوم بالمعدوم "[51].

وعلى هذا نجد اتفاق فقهاء المذاهب الأربعة على صحة الوصية بحقوق الارتفاق استقلالا.

1. رأي فقهاء الأحناف: في المذهب الحنفي الذي لا يجيز العقد على الحقوق استقلالا لعدم ماليتها, اتفقت كلمتهم على صحة الوصية بها استقلالا لأن الوصية أخت الميراث, فقد جاء في البدائع ما مفاده :" و يوصى به (الشرب) حتى لو أوصى لرجل أن يسقي أرضه مدة معلومة من شربه جازت الوصية، وتعتبر من الثلث لأن الوصية وإن كانت تمليكا لكنها بعد الموت، ألا ترى أن الموصى له لا يملك الموصى به في الحال, وإنما يملكه بعد الموت فأشبه الميراث فإذا احتمل الإرث احتمل الوصية التي هي أخت الميراث "[52], فتعليل الأحناف لصحة الوصية بحقوق الارتفاق كونها أخت الميراث, فالموصى له يستخلف الموصى به، بعد موته من حقوق و أعيان .

2. رأي جمهور الفقهاء: جاء في المذهب المالكي: ما يفيد صحة الوصية بالحقوق والمرافق من باب أولى، وهم من أجاز العقد استقلالا بعوض وبغيره، هذا و قد جاء في القوانين الفقهية ما يفيد أن حقوق الارتفاق هي حقوق متمولة قابلة للتمليك فما يملك يملك، حيث قال في المياه و أقسامها:" وهي بالنظر إلى تملكها و الانتفاع بها تنقسم إلى أربعة أقسام: القسم الأول: ماء خاص, وهو الماء المتملك في الأرض الممتلكة, كالبئر والعين, فينتفع به صاحبه، وله أن يبيعه، ويستحب أن يبذله بغير ثمن و لا يجبر على ذلك "[53], فحق الشرب من حقوق الارتفاق قابل للتملك، وقابل للتمليك بعوض كما في قوله:" **وله أن يبيعه** ", وبغير عوض في قوله:" **ويستحب أن يبذله بغير ثمن**" في حياته وبعد موته من باب أولى، كما جاء في الفواكه الدواني ما يفيد صحة الوصية بحقوق الارتفاق وجوازها في المذهب المالكي، وهي قوله:" قال القرافي في الذخيرة وضعت العرب لأنواع الإرفاق أسماء مختلفة, فالعارية لتمليك المنافع بغير عوض وبعوض إجارة .. والوصية تمليك بعد الموت

---

[51]- أحمد فراج حسين . الملكية و نظرية العقد . ص110. طبعة الدار الجامعية . بيروت لبنان.

[52]- الكساني . مرجع سابق . ج5ص276.

[53]- ابن جزيء . مرجع سابق . ص265.

"[54], وتقدير الكلام في هذا النص والوصية تمليك للمنافع بعد الموت، وهو من إطلاقات الإرفاق كما أشار إليه القرافي.

وفي المذهب الشافعي: أجاز فقهاؤه العقد على حقوق الارتفاق بعوض كعقد الصلح و البيع و الإجارة، وبغير عوض كعقد الهبة والإعارة, فتمليكها بإذن المالك جائز مشروع مادامت مملوكة "[55], وقد جاء في الأم أيضا ما يفهم بدلالة الإشارة جواز الوصية بالمنافع, وهو قول الإمام الشافعي (رحمه الله):" فكل ما أوصى به المريض في مرضه الذي يموت فيه، لوارث من ملك ومنفعة بوجه من الوجوه، لم تجز الوصية لكونها وصية لوارث بأي هذا كان "[56], ففي النص أخذت المنفعة حكم الملك في الوصية بها لأنها لم تصح لكونها كانت وصية لوارث، وفي حالة مرض فهي وصية ضرار.

هذا و قد رأينا أن الشافعية يقولون بصحة توريث حقوق الارتفاق ، والوصية أخذت الميراث تأخذ حكمها, فكلاهما تمليك لما بعد الموت يستخلف فيه الوارث أو الموصى له المورث أو الموصي فيما ترك من تركة و حقوق، والوصية من أوسع العقود يغتفر فيها مالا يغتفر في غيرها.

و في المذهب الحنبلي: جاء في قواعد ابن رجب ما يفيد جواز الوصية بالمنافع . والحقوق منافع . حتى لو كان على وجه التأبيد، ومن ذلك:" الملك أربعة أنواع .. النوع الثالث: ملك المنفعة بدون عين, وهو ثابت بالاتفاق, وهو ضربان: أحدهما ملك مؤبد، ويندرج تحته صور منها: الوصية بالمنافع كما سبق، ويشمل جميع أنواعها إلا منفعة البضع, فإن في دخولها في الوصية و جهين "[57], وجاء في القواعد نص عام يفيد تمليك المنافع في حياة المملك أو بعد حياته، إذا تعينت الحاجة إليها ولم يترتب على من ملكها لغيره ضرر أو مشقة راجحة, وهي قوله:" ما تدعوا الحاجة إلى الانتفاع به من الأعيان و لا ضرر في بذله لتسييره و كثرة وجوده، أو المنافع المحتاج إليها، يجب بذله مجانا بغير عوض في الأظهر، ويدخل تحت ذلك مسائل منها: وضع خشب على جدار الجار إذا لم يضر، وكذلك إجراء الماء على أرضه في إحدى الروايتين "[58], ويدخل في النص تمليك المنافع عن طريق الوصية كتمليك

---

[54]–النفراوي . مرجع سابق . ج2ص154.

[55]– الشافعي . مرجع سابق . ج4،ص42.

[56]– الشافعي . المرجع نفسه . ج4ص121.

[57]– ابن رجب . مرجع سابق . ص196،195.

[58]– ابن رجب . المرجع نفسه . ص227.

الأعيان، فهي من باب أولى لكونها أوسع العقود، كأن يوصي بالارتفاق بجداره بعد وفاته, إذا لم يرتب على ذلك ضرر بالوارث.

ثانيا: رأي الفقهاء في القانون المدني: جاء في القانون المدني الجزائري ما يفيد هذا ففي المادة (868) من القانون المدني الجزائري والتي تتحدث عن أسباب نشوء حق الارتفاق ما نصه:" ينشأ حق الارتفاق عن الموقع الطبيعي للأمكنة، أو يكسب بعقد شرعي أو بالميراث، إلا أنه لا تكسب بالتقادم إلا الارتفاقات الظاهرة بما فيها حق المرور "[59], ففي المادة " **أو يكسب بعقد شرعي أو بالميراث** ", فالعقد الشرعي يشمل كل عقد يفيد التمليك زمن حياة المملك بعوض كالبيع، أو العقود المشاكلة له أو بغير عوض, كالهبة والعارية وغيرهما، أو بعد وفاته, ويتمثل أساسا في الوصية، وكذا الميراث.

و يعتبر العقد الشرعي هو المصدر الوحيد الذي ينشئ حق الارتفاق ابتداء سواء كان تمليكه زمن حياة المنشئ كالبيع والهبة والإجارة وغيرها من العقود، أو مضافا إلى ما بعد الموت كالوصية بها، أما الميراث فهو انتقال من المورث إلى الوارث،أو استخلاف من الوارث للمورث, وفي هذا يتفق القانون المدني في الجملة مع ما جاء في الفقه الإسلامي وعلى وجه الخصوص.

---

[59]– مولود ديدان . القانون المدني حسب آخر تعديل له . ص166. طبعة دار النجاح للكتاب الجزائر . سنة 2006م, القانون المدني مع الاجتهاد القضائي . ص167. طبعة دار الجزيرة . الجزائر . سنة 2010، 2011م.