

التسجيل العقاري كشرط لنقل الملكية وأثره فيما بين المتعاقدين والغير (دراسة تأصيلية فقهية مقارنة)

الدكتور

مراد محمود محمود حسن حيدر

مدرس الفقه المقارن

كلية الشريعة والقانون - القاهرة

(١٦٦٨)

التسجيل العقاري كشرط لنقل الملكية وأثره فيما بين المتعاقدين والغير

بسم الله الرحمن الرحيم

- قال تعالى : ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا تَدَايَنْتُمْ بِدِينٍ إِلَىٰ أَجَلٍ مُّسَمًّى فَاكْتُبُوهُ وَلْيَكْتُب بَيْنَكُمْ كَاتِبٌ بِالْعَدْلِ وَلَا يَأْبَ كَاتِبٌ أَنْ يَكْتُبَ كَمَا عَلَّمَهُ اللَّهُ فَلْيَكْتُبْ وَلْيَمْلِكِ الَّذِي عَلَيْهِ الْحَقُّ وَلْيَتَّقِ اللَّهَ رَبَّهُ وَلَا يَبْخَسْ مِنْهُ شَيْئًا فَإِنْ كَانَ الَّذِي عَلَيْهِ الْحَقُّ سَفِيهًا أَوْ ضَعِيفًا أَوْ لَا يَسْتَطِيعُ أَنْ يُمِلَّ هُوَ فَلْيَمْلِكْ وَلِيَّهُ بِالْعَدْلِ وَاسْتَشْهِدُوا شَهِيدَيْنِ مِنْ رِجَالِكُمْ فَإِنْ لَمْ يَكُونَا رَجُلَيْنِ فَرَجُلٌ وَامْرَأَتَانِ مِمَّنْ تَرْضَوْنَ مِنَ الشُّهَدَاءِ أَنْ تَضِلَّ إِحْدَاهُمَا فَتُذَكَّرَ إِحْدَاهُمَا الْأُخْرَىٰ وَلَا يَأْبَ الشُّهَدَاءُ إِذَا مَا دُعُوا وَلَا تَسْأَمُوا أَنْ تَكْتُبُوهُ صَغِيرًا أَوْ كَبِيرًا إِلَىٰ أَجَلِهِ ذَلِكُمْ أَقْسَطُ عِنْدَ اللَّهِ وَأَقْوَمُ لِلشَّهَادَةِ وَأَدْنَىٰ أَلَّا تَرْتَابُوا إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً حَاضِرَةً تُدِيرُونَهَا بَيْنَكُمْ فَلَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ أَلَّا تَكْتُبُوهَا وَأَشْهِدُوا إِذَا تَبَايَعْتُمْ وَلَا يُضَارَّ كَاتِبٌ وَلَا شَهِيدٌ وَإِنْ تَفَعَّلُوا فإِنَّهُ فُسُوقٌ بِكُمْ وَاتَّقُوا اللَّهَ وَيُعَلِّمُكُمُ اللَّهُ وَاللَّهُ بِكُلِّ شَيْءٍ عَلِيمٌ ^(١) .

وفي الحديث الشريف : " عن أم سلمة رضي الله عنها قالت : أتى رسول الله ﷺ رجلان يختصمان في مواريث لهما لم يكن لهما بينة ، فقال النبي ﷺ : " إنكم تختصمون إليّ ، ولعل بعضكم أن يكون ألحن بحجته ، فمن قضيت له من حق أخيه شيئاً فلا يأخذ منه شيئاً ، فإنما أقطع له قطعة من النار ، فبكى الرجلان ، وقال كل واحد منهما حقي له فقال لهما رسول الله ﷺ أما إذا فعلتما فاقتما وتوخيا الحق ثم استهما ثم تحالا " (٢) .

(١) سورة البقرة ، الآية (٢٨٢) .

(٢) الحديث أخرجه : عبد الرحمن بن محمد بن علي أبو الفرج بن الجوزي في كتابه : التحقيق في أحاديث الخلاف - مسائل الدعاوى - الحديث الثاني رقم ٢٠٣٩ .

- قال المزني : قرأت كتاب الرسالة على الشافعي ثمانين مرة ، فما من مرة إلا وكان يقف على خطأ . فقال الشافعي : هيه ، أبا الله أن يكون كتاباً صحيحاً غير كتابه . ١ هـ (١) .

(١) أنظر: العلامة عبد العزيز بن أحمد البخاري ، كشف الأسرار على أصول البزدوي ج ١ ص ٤ ، نشر دار الكتاب الإسلامي ، العلامة محمد أمين الشهير بـ (ابن عابدين) ، رد المختار على الدر المختار ، المعروف بـ (حاشية ابن عابدين) ج ١ ص ٢٧ ، ط دار الكتب العلمية - بيروت .

الإهداء

- إلي الله ﷻ أرفع خلاصة ما علمته ،وعصارة ما فهمته ، وما أفاض علي به من الفهم.

- إلي روح سيدي وإمامي وقدوتي .. ذلكم النور الذي أرسله الله ﷻ إلي البشرية، ليخرجها من ظلمات الجهل إلي نور المعرفة وضياء الحق.. إليك أبا القاسم سيدي يا رسول الله .. سيرا علي هديك ، واقتداءً بستتك ، وسيرا علي دربك .

- إلي روح معلمي في المهد ، ومؤدبي في الفتوة، وناصحي في الشباب، وواعظي في شتي مراحل حياتي ،حتي اختاره الله عز وجل إلي جواره .. والذي رحمه الله .

- إلي أستاذي ، ومعلمي الذي علمني بعمله قبل قوله وبسلوكه قبل كلامه ،وبتقواه قبل علمه .. الرجل الذي رفض مناصب الدنيا أملا فيما عند الله..أستاذي فضيلة الشيخ الدكتور/ أحمد علي طه ريان ،أستاذ ورئيس قسم الفقه المقارن بكلية الشريعة والقانون بالقاهرة ، وعميد كلية الشريعة والقانون بأسسوط سابقا.

- إلي الباحثين عن الحقيقة في كل مكان دون تعصب لرأي أو جنوح إلي هوي.

- إلي كل من علمني ، وأرشدني ، وفتح لي الطريق أمام العلم والمعرفة .

- إلي كل هؤلاء أهدي هذا البحث ، راجيا أن يكون عند حسن الظن به .

الباحث

المقدمة

الحمد لله رب العالمين خلق الخلق بقدرته ، وأرسل إليهم الرسل بحكمته، وأولاهم منهاجه وشريعته ، وأشهد أن سيدنا محمداً عبد الله ورسوله صفوة خلق الله ورحمته ، فصل اللهم وسلم عليه وعلى آله وصحبه روح الفؤاد ومهجته .

وبعد:

فإن الله ﷻ شرع الأحكام متمحضة لمصالح العباد حتى يرتبط صلاح المرء في دنياه بأخراه^(١) ، وكان من بين تلك التشريعات الإلهية والمنح الربانية الندب إلى كتابة الحقوق بين المتعاملين حفظاً لها من الضياع وحماية لها من الجحود ، وإن تسجيل هذه الحقوق وتوثيقها يؤتي أكله في منع التلاعب فيها والعبث بها ويحميها من الضياع ويدفع العجز عن إثباتها واقتضائها عند الحاجة إليها وتذكرة عند النسيان^(٢) وتقدام العهد وتتابع الأزمان ، يكون حجة عند النزاع والاختلاف لأمر الباري ﷻ بالكتابة في كتابه العزيز ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا تَدَايَيْتُمْ بِدَيْنٍ إِلَىٰ أَجَلٍ مُّسَمًّى فَاكْتُبُوهُ وَلْيَكْتُب بَيْنَكُمْ كَاتِبٌ بِالْعَدْلِ وَلَا يَأْبَ كَاتِبٌ أَنْ يَكْتُبَ كَمَا عَلَّمَهُ اللَّهُ فَلْيَكْتُبْ وَلْيُمْلِلِ الَّذِي عَلَيْهِ الْحَقُّ وَلْيَتَّقِ اللَّهَ رَبَّهُ وَلَا يَنْحَسِبْ مِنْهُ شَيْئًا فَإِن كَانَ الَّذِي عَلَيْهِ الْحَقُّ سَفِيهًا أَوْ ضَعِيفًا أَوْ لَا يَسْتَطِيعُ أَنْ يُمِلَّ هُوَ فَلْيُمْلِلْ وَلِيُّهُ بِالْعَدْلِ ﴾ (٣) . وإن حاجة

(١) في هذا المعنى: العلامة ابن القيم، إعلام الموقعين ج ٣ ص ٨١، العلامة، عبد العزيز البخاري، كشف الأسرار ج ١ ص ٢٢٤ ، ص ٢٢٥.

(٢) في هذا المعنى، الشيخ علي الخفيف ، شهر العقار وتسجيله ، بحث منشور ضمن منشورات جامعة الدول العربية ، وثائق ونصوص ص ٥٥٨.

(٣) سورة البقرة من الآية رقم (٢٨٢) .

الناس إلى توثيق حقوقهم بالكتابة قائمة ، لرفع الحرج والمشقة عنهم ، وخاصة في هذا العصر ، حيث كثرت المعاملات المالية بين الناس ، وتشعبت صورها وحالاتها ، وإن من أنفس الأموال وأعظم الثروات لدى الأفراد والدول الثروات العقارية ، الأمر الذي جعل الدول تهتم بها اهتماماً كبيراً من حيث طرق اكتسابها وانتقالها بين الناس ، فوضعت الأنظمة والقواعد التي تحكم هذه المعاملات ، وتحفظ حقوق المتعاملين لاسيما في هذا البلد الذي يحكم شرع الله في جوانب الحياة .

أهمية الموضوع :

نشطت في الآونة الأخيرة حركة التعاملات بين الناس نشاطاً ملحوظاً بيد أن الحيلة والحذر في المعاملات الواقعة على الثروة العقارية تفرضان قيوداً وضوابط بالنسبة لهذا النوع من التصرفات ، وذلك لما تحمله الثروة العقارية من أهمية كبرى في اقتصاديات البلاد والدول (١) ، وهذه الأهمية ليس مردها إلى قيمة الثروة العقارية فحسب ، بل إلى جعلها وسيلة ائتمان بين المتعاملين من أرباب التجارة وذوي الثروة ، ذلك أن الثروة العقارية تسهل لأصحابها سبل الحصول على ما يحتاجون إليه من سيولة مالية لتمويل مشروعاتهم الاقتصادية ، وتشجع الثروة العقارية أصحاب الأموال الذين لا يستطيعون استثمار أموالهم بأنفسهم على أن يقرضوا أصحاب الثروات العقارية نظراً لوجود العقار كوسيلة ائتمان متمثلة في الرهن للاقتناع بالقدرة المالية على الوفاء ، فاستثمار أصحاب العقارات لأموال ذوي السيولة المالية لاستثمارها في التجارة يعود بالخير والنفعة على صاحب المال وصاحب

(١) ويأتي الحفاظ على المال في موقعه من الكليات الخمس التي أمر الشارع الحكيم بحفظها كما دلت على ذلك النصوص الشرعية وقواعد الفقهاء.

العقار مما يؤدي إلى زيادة الإنتاج القومي ونشاط حركة التعامل ورواج الاقتصاد العام.^(١)

ولكن هناك ثمة ضوابط من شأنها أن توجب التحوط بين الناس في التعامل لبعث الثقة والاطمئنان في نفوسهم والاعتماد على محركات صحيحة وموافقة للأنظمة والتعليمات ضماناً لصحة التصرفات واستقرار المعاملات ، إذ لا يتوافر الائتمان بين المتعاملين من أصحاب الثروات العقارية والسيولة المالية إلا بعد الاستيثاق من حجية محركات الملكية وصحة سنداتها وعدم قابليتها للطعن عليها من الغير بأي طريق.^(٢)

وفي سبيل تحقيق ذلك الاستقرار لجأت أكثر الدول الحديثة إلى توثيق وتسجيل التصرفات العقارية ، وكلما ازداد إحكام هذه النظم ازداد ما توفره من ثقة في حقيقة مراكز أصحاب العقارات ، مما يؤدي بطبيعة الحال إلى تشجيع التعامل في العقارات ، وكثرة تداولها ، وإلى تقوية ائتمان أصحابها مما يعود في النهاية بالنفع العميم والخير الكبير على الاقتصاد الوطني .

ومن ثم فإن ضبط الملكية العقارية ، وبيان كيفية انتقالها من المتصرف إلى المتصرف إليه ، والوقت الذي يتم فيه ذلك يعتبر من الأمور الجوهرية والمهمة المؤثرة في حياتنا الاقتصادية . ولهذا فلسوف يكون منهج الدراسة عندي معتمداً على الفقه الإسلامي^(٣) في تأصيل الأحكام الخاصة باشتراط التسجيل العقاري

(١) وهو مصلحة عامة يفوض النظر في أمر تحصيلها إلى الإمام والأمة.

(٢) حتى لا تضيع الحقوق ويتعرض المرء للخسارة المالية . والإثم الديني والديني فكفى بالمرء إثماً أن يضيع من يعول.

(٣) باعتباره المصدر الرئيسي للتشريع في المملكة العربية السعودية كما ينبغي أن يكون في غيرها من بلاد الإسلام.

لنقل الملك والنصوص التي تحكم موضوعات هذا البحث مع المقارنة بالنظم الوضعية الأخرى كلما وجدت فرقاً بينها وبين الفقه الإسلامي العريق .

ولهذا فقد حرصت في هذه الدراسة على تعريف التوثيق والتسجيل العقاري وإلقاء الضوء على المراحل التي يرد عليها التوثيق والتسجيل ، والأثر المترتب على ذلك سواء فيما بين المتعاقدين أو في مواجهة الغير .

خطة البحث :

تأتي خطة هذا البحث - في مقدمة ومبحث تمهيدي ، وثلاثة فصول، وخاتمة.

فأما المقدمة : فقد سبق وأن تناولت فيها أهمية دراسة هذا الموضوع وخطة البحث .

- وأما المبحث التمهيدي: فيشمل التطور التاريخي للتسجيل العقاري وأما الفصل الأول : فقد تحدثت فيه عن تعريف التسجيل العقاري في الفقه والقانون وحكمه الشرعي ودليل مشروعيته وقسمته الى المباحث الآتية :

المبحث الأول : تعريف التسجيل العقاري في الفقه والقانون.

المبحث الثاني : الحكم الشرعي للتسجيل العقاري.

المبحث الثالث : أدلة مشروعية التسجيل العقاري.

- وأما الفصل الثاني : فقد تحدثت فيه عن اجراءات التسجيل العقاري في الفقه والقانون وقسمته الى مبحثين :-

المبحث الأول : اجراءات التسجيل العقاري في الفقه.

المبحث الثاني : اجراءات التسجيل العقاري في القانون (ق ١١٤ لسنة

- وأما الفصل الثالث : تحدثت فيه عن الآثار المترتبة على التسجيل العقاري فيما بين العاقدين والغير في الفقه الاسلامي والقانون وقسمته الى مبحثين:-
المبحث الأول : الآثار المترتبة على التسجيل العقاري فيما بين العاقدين في الفقه والقانون.
المبحث الثاني : الآثار المترتبة على التسجيل العقاري بالنسبة للغير في الفقه والقانون.

- وأما الخاتمة : فقد خصصتها لتسجيل نتائج البحث وتوصياته .
وبعد بيان الخطة : أرجو من الله العلي القدير التوفيق والقبول ، وليس لأحد أن يظن بنفسه النجاة من الخطأ ، والله در القائل : " إني رأيت أنه لا يكتب إنسان كتاباً في يومه إلا قال في غده لو غير هذا لكان أحسن ، ولو زيد هذا لكان يستحسن ولو نقل هذا لكان أفضل ، ولو ترك هذا لكان أجمل وهذا من أعظم العبر ودليل استيلاء النقص على جملة البشر " (١) .
ولا أخفي على القارئ الكريم ما تكبدته في جهد الصياغة من متاعب وما تحملته من عقبات في جمع المادة العلمية وإضافة أحدث التشريعات ومحاولة الربط بينها وبين الفقه الإسلامي حتى تصل إلى القارئ الكريم في عبارة سهلة توفى بالعرض وتؤدي الطلب وأشهد الله وحده أنني ما قصدت بذلك سوى نفع العامة والخاصة في أمور دينهم ودنياهم ، ويكفيني في النهاية من ذلك شرف القصد ونبيل الغاية وكرم المأمول من الله رب العالمين .
وصلني اللهم وسلم وبارك على سيدنا محمد وعلى آله وصحبه وسلم

(١) العلامة : أحمد بن علي القلقشندي ، صبح الأعشى في صناعة الإنشاج ١ ص ٣٥٦ ، نشر دار الفكر ، دمشق ، ط الأولى سنة ١٩٨١ م بتحقيق د. / يوسف علي طويل .

المبحث التمهيدي التطور التاريخي لتسجيل العقاري

كان للتوثيق والتسجيل في العصور السابقة صوراً وأشكالاً يتم بها إظهارا لوجود التعاقد والتصرف وقصدا إلى الإعلان عنهما ، وإعلان الناس بهما حتى يكون الناس على بينة من أمرهما وعلم بآثارهما ، فلا يخدعون فيما بيني عليهما ويرجع إليهما من أمورهم^(١) ، ومن ذلك أن يكون الارتباط بهما علانية في مجتمع الناس ، أو مع التشابك والتصافح بالأيدي أو مع الإشهاد عليهما أو كتابتهما أو نحو ذلك من الصور التي اختلفت باختلاف العادات واختلاف الأزمان والأماكن ، مما تطور فيما بعد إلى اشتراط أوراق خاصة تكتب فيها العقود ، أو كتابتها بواسطة شخص معين يعهد إليه بها ، أو قيدها في سجلات خاصة ، وكان ذلك في الزمن الماضي شرطاً في تكوين العقد ووجوده ، فلا يكون له تمام إلا به^(٢) .

١- التسجيل العقاري في العهد البابلي .

وقد يتبادر إلى الأذهان أن فكرة التسجيل وليدة العصر الحاضر ، إلا أن الواقع غير ذلك إذ تمتد جذور هذه الفكرة إلى بطون التاريخ الأولى ، فكانت بابل أول دولة أقامت نظاماً لا يقل في كثير من النواحي إحكاماً عن نظام التوثيق والتسجيل العقاري ، فأحصت الأراضي الزراعية ، وأثبتتها على

(١) في هذا المعنى: الشيخ علي الحفيف: شهر العقار وتسجيله بحث منشور ضمن مجموعة وثائق جامعة الدول العربية ص ٥٥١ ، الشيخ محمد أبو زهره الملكية ونظرية العقد، بتصرف كبير ص ٤٢٣ .

(٢) الشيخ: علي الحفيف ، شهر العقار وتسجيله ، مقال منشور ضمن منشورات جامعة الدول العربية - وثائق ونصوص - ١٠ - لسنة ١٩٧٣ م ص ٥٥٢ .

صحائف من الأجر^(١) ، كفالة لتنظيمها وضبطها والتعرف عليها ، وجمعت المعلومات عن الأراضي في كل قرية باعتبارها مجموعة زراعية مع تعهدها بالمراجعة من حين لآخر ، ثم أدخلت إصلاحاً جوهرياً على نظام الملكية بتحديد الأرض بواسطة علامات من الحجر ، كتب على كل منها اسم صاحبها مع بيان مساحتها ، وجوارها الملاصقين لها ، ووضع نظير منها في المعبد الذي هو في آن واحد مقراً للمحكمة المنتصبة لفصل المنازعات .

وكلما طرأ تغيير على العقار بانتقال ملكيته من يد إلى أخرى وجب التنصيص عليه بالصحيفة ، وإلا كانت الإحالة عرضة للبطلان ، أو كان من أهمل هذا الترسيم عرضة للعقاب المالي بحيث أن سند الملكية القانوني هو نفس تلك الحجارة المحفوظة بالمعبد وعليها تعتمد الدولة في استخلاص المعالم^(٢) .

٢- التسجيل العقاري في العهد الروماني .

وفي القانون الروماني حددت طرق شكلية ، ذات إجراءات متعددة

(١) الأجر لفظ فارسي معرب ، وهو : الطين المطبوخ حتى يتحجر وهو ما يعرف في زماننا هذا بالطوب الطفلي الذي يصنع من الطين ثم يدخل أفران النار حتى يتغير لونه إلى الاحمرار ، أنظر: محمد بن عبد الله بن مالك الطائي ، إكمال الأعلام بتثليث الكلام ج ٢ ص ٣١٣ ط جامعة أم القرى ، مكة المكرمة ، الطبعة الأولى سنة ١٤٠٤هـ / ١٩٨٤م ط أولى ، تحقيق سعد الغامدي أبو الحسن أحمد بن فارس معجم مقاييس اللغة ج ٣ ص ٤٣٠ نشر دار الجليل ، بيروت ، لبنان سنة ١٤٢٠هـ مجموعة من أعضاء مجمع اللغة العربية بالقاهرة ، المعجم الوسيط ج ٢ ص ٥٦٩. نشر دار الدعوة .

(٢) أ. / شفيق الجراح ، دراسات في تاريخ الحقوق والمؤسسات الحقوقية في بابل ، ص ١٣٩ وما بعدها، نشر دار الفكر - دمشق - ط ١٩٧٢م ، أ. / الهادي سعيد ، النظام التونسي في التسجيل العقاري ، ص ٢١٤ ، بحث منشور ضمن منشورات جامعة الدول العربية - وثائق ونصوص - ١٠ - ط ١٩٧٣م .

لنقل الملكية ، فلم يكن عقد بيع العقار ناقلاً للملكية ، ولا منشئاً لالتزام بنقلها ، وإنما كان يترتب على البائع التزاما بالتسليم والتمكين من الحياة الهادئة على العقار المباع للمشتري ، بجانب التزام البائع بالضمانات ، وكان يلزم لانتقال الملكية الحيازية اتباع إحدى الطرق المقررة لذلك ، كالإشهار ، أو الدعوى الصورية ، أو التسليم ، ولعل ذلك كان كافياً لإعلام الغير بتغيير حيازة العقار ، وانتقاله إلى المشتري ، مما يتيح لهذا الغير الامتناع عن شراء عقار يعلم بسبق بيعه لشخص ما ، ثم انحصرت هذه الطرق في طريقة وحيدة هي التسليم الفعلي للعقار المبيع ، ثم الاكتفاء بالتسليم الحكمي^(١) له في نهاية عهد الدولة الرومانية^(٢) .

٣- التسجيل العقاري في العهد الفرعوني .

ويذهب بعض الفقه القانوني إلى أن القوانين المصرية في العهود الفرعونية قد عرفت نظاماً للشهر والتسجيل العقاري ، وأن ملكية العقار المبيع والحقوق العينية المتعلقة به كانت لا تنقل إلا بالتسجيل في السجل الخاص^(٣) .

(١) التسليم الحكمي هو : التخلي بين العقار وبين مشتريه فإذا كان العقار داراً سلمه مفاتيحها ، وأخلى متاعه منها وإذا كانت أرضاً أخلاها من الزرع وأعطاه عقدها ونحو هذا ... ومن القبض الحكمي إقرار المشتري بالقبض من مجلس العقد أو عند التسجيل والفرق بينه وبين القبض الحقيقي هو أن القبض الحقيقي يشترط التمكين من حيازة الشيء المقبوض . أنظر: ابن عابدين . رد المحتار ج ٨ ص ٤٣٤ نشر دار الفكر - بيروت سنة ١٤٢١ هـ - علي حيدر ، درر الحكام ج ٢ ص ٣٥٢ .

(٢) د. / شفيق شحاتة ، نظرية الالتزامات في القانون الروماني ، ص ١٠٨ ، ط المطبعة العالمية - القاهرة سنة ١٩٦٣ م ، د. / محمد عبد المنعم بدر ، د. / عبد المنعم البدر ، القانون الروماني ج ١ ص ٢٢٠ ، ط عام ١٩٤٩ م .

(٣) د. / محمود السقا ، معالم في تاريخ القانون المصري الفرعوني ص ٤٦٤ ، وما بعدها ، ط مطبعة القاهرة الحديثة الطبعة الأولى عام ١٩٧٠ م . د. / محمد عبد الهادي الشقنقيري ، مذكرات في تاريخ القانون المصري ، ص ٣٤٤ ، نشر دار الفكر العربي - القاهرة - ط ١٩٧٦ م .

٤- التسجيل العقاري في الفقه الإسلامي .

ثم جاءت الشريعة الإسلامية فوضعت منهجا كاملا محكما منظما لحق الفرد والمجتمع في جميع شئونه، مراعية في ذلك طبيعة البشرية ، وما جبلت عليه من حب المال والطمع في اكتسابه من أي طريق كانت حلالا أم حراما ، وإنكار الحقوق وجحود الأموال ، إلا من خشى الله ﷻ والوقوف بين يديه ، فأقامت الشريعة الغراء نظام التوثيق لحفظ الحقوق بالرغم من أن العرب يوم جاءتهم شريعة الإسلام كانوا أمة بدوية تستوطن الجزيرة العربية ، وكان ثراؤهم يقوم على ما كان لهم من أنعام وإبل يرتادون بها المراعي حيث توجد ، فينتقلون من مرعى إلى مرعى ، ويرحلون من مكان إلى آخر ، ولذا لم تكن لهم مواطن مستقرة وأبنية ثابتة إلا في أحوال قليلة ، حيث أقيمت بعض القرى لظروف اقتضت إقامتها كمكة ويثرب والحيرة ، وما أشبهها^(١) ، ولذا لم يكن اقتصادهم قائما إلا على الأموال المنقولة المستعملة في التجارة والمبادلات على العموم دونما اعتماد على الأرض وحيازتها وزراعتها ، فكانت ثروتهم يومئذ متمثلة في المال المنقول وخاصة الأنعام ، ورغم ذلك كله اعتنت الشريعة الإسلامية بهذا المال والتبادل فيه وتنظيم أحكامه ، فنزلت آية المداينة وهي قوله تعالى : ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا تَدَايْتُمْ يَدِينَ إِلَىٰ أَجَلٍ مُّسَمًّى فَاكْتُبُوهُ وَلْيَكْتُب بَيْنَكُمْ كَاتِبٌ بِالْعَدْلِ وَلَا يَأْبَ كَاتِبٌ أَنْ يَكْتُبَ كَمَا عَلَّمَهُ اللَّهُ فَلْيَكْتُبْ وَلْيُمْلِلِ الَّذِي عَلَيْهِ الْحَقُّ وَلْيَتَّقِ اللَّهَ رَبَّهُ وَلَا يَبْخَسْ مِنْهُ شَيْئًا فَإِنْ كَانَ الَّذِي عَلَيْهِ الْحَقُّ سَفِيهًا أَوْ ضَعِيفًا أَوْ لَا يَسْتَطِيعُ أَنْ يُمِلَّ هُوَ فَلْيُمْلِلْ وَلِيُّهُ بِالْعَدْلِ﴾^(٢) فقد أمرت هذه الآية الكريمة بكتابة الدين المؤجل إلى أجله ، وأن يقوم بكتابه كاتب بالعدل ، وكتابه بالعدل تتطلب أن يكون أمينا

(١) الشيخ علي الخفيف، مرجع سابق ، ص ٥٥٣ .

(٢) سورة البقرة ، من الآية رقم (٢٨٢) .

عارفا بالتوثيق ، وخصت الدين المؤجل بالذكر: لما في الأجل وانتظار حلوله مظنة النسيان أو الإنكار بسبب تغير الأحوال ، وذلك ما يقل حدوثه عند الحلول لقيام المطالبة أو الشعور بوجود الوفاء ، وأشارت إلى أن الكاتب يجب أن يكون من غير المتدائنين وحظرت على الكاتب أن يأبى كتابته ، بل أمرته أن يكتبه كما علمه الله ، وأرشده إليه من مراعاة الدقة والضبط والعدالة ، وأن تكون كتابته بإملاء من عليه الحق إن كان مستطيعا ، فإن لم يستطع لضعف أمله عنه من له ولاية أمره من ولي أو وصي أو قيم أو وكيل ، وأمرت بالإشهاد على ذلك ، وأمرت الشهود بالشهادة إذا ما دعوا إليها ، ونهت الناس أن يسأموا من كتابته صغيرا كان أم كبيرا فقالت ﴿ وَلَا تَسْأَمُوا أَنْ تَكْتُبُوهُ صَغِيرًا أَوْ كَبِيرًا إِلَىٰ أَجَلِهِ ﴾^(١) وذلك يدل على تنبيه الناس إلى ضرورة الشهادة في أمر كتابته وطلب القيام على ذلك ممن لهم ولاية الأمر ، ثم أمرت الآية الكريمة بالإشهاد على المبايعات ، وكذلك أمرت الآية التالية لها بتوثيق الدين بالارتهان إذا لم يتيسر وجود الكاتب له ، قال تعالى: ﴿وَإِنْ كُنْتُمْ عَلَىٰ سَفَرٍ وَلَمْ تَجِدُوا كَاتِبًا فَرِهَانٌ مَّقْبُوضَةٌ ﴾^(٢) ويظهر من هذا الإرشاد الحكيم في توثيق المعاملات والديون المالية على العموم ، والتوجيه إلى سلوك خير الطرق لهذا التوثيق إذا ما تغيرت الظروف والأحوال .

ومن هنا يستبين لكل ذي لب بصير أن نظام التوثيق والتسجيل وما انتهى إليه في العصور الحاضرة ليس إلا أثرا وتطورا لما جاءت به آية المدائنة ، مما حمل الناس منذ القدم على العناية بتوثيق عقودهم ، وبخاصة ما تعلق منها بالعقار، حين تطورت الأحوال، فأصبح عماد الثروة، وموطن العمل

(١) سورة البقرة ، من الآية رقم (٢٨٢) .

(٢) سورة البقرة ، من الآية رقم (٢٨٣) .

والاستنماء ، ومورد الرزق ، فانصرف الناس إلى توثيق التعاقد فيه ليسجلوه ، ثم حفظوا عقودهم في سجلات يرجع إليها عند الحاجة^(١) .

ولما كان الصدر الأول في الإسلام نموذجاً فريداً في تطبيق الأحكام الشرعية ، منطلقاً من الوازع الديني والأخلاقي للمسلمين ، الذي يدفع النفوس الذكية إلى أداء الحقوق إلى أهلها دون اللجوء إلى التسجيل والتوثيق ، نظراً لعلو إيمانهم ، وصفاء ضمائرهم ، وحسن معاملتهم^(٢) ، إضافة إلى أن الكتابة لم تكن منتشرة في ذلك الحين لقلّة العارفين بها ، أدى ذلك كله إلى قلة اللجوء إلى التوثيق والتسجيل ، ولكن بعد أن اتسعت رقعة الدولة الإسلامية ، وامتد نفوذها وسلطانها شرقاً وغرباً ، وكثر الناس ، وبدأت النفوس تتغير ، وكثرت الخيانات ، وبدأت معاملات الناس تتشابك ظهر من يكتب للناس مدايناتهم ، وعقودهم ، وكان ذلك دون مقابل في بادئ الأمر ، أي كانوا يقومون بها حسبة لله عز وجل ، وكان هؤلاء الذين يتولون كتابات الناس من العلماء الصالحين ، الذين يثق بهم الناس ، ويستفتونهم ، في أمور دينهم .

فقد جاء في كتاب نسب قريش^(٣) أن طلحة بن عبد الله بن عوف المعروف بطلحة الندي^(٤) .

(١) الشيخ علي الخفيف شهر العقار وتسجيله ، مقال منشور ضمن منشورات جامعة الدول العربية - وثائق ونصوص - ١٠ - لسنة ١٩٧٣م ص ٥٥٢ : ٥٥٥ ، بتصرف .
(٢) ولأن الرعيّل الأول كان وقافاً عند كتاب الله يحرص على الوفاء بالعقود والوعود ديانة لا قضاءً .

(٣) لأبي عبد الله المصعب بن عبد الله المصعب الزبيري ج ٨ ص ٢٧٢ ط دار المعارف للطباعة والنشر - عني بنشره لأول مرة وصححه وعلق عليه أ. / ليفي بروفنسال .
(٤) هو: طلحة بن عبد الله بن عوف الزهري المدني القاضي ، ولى قضاء المدينة ، روى عن عمه عبد الرحمن بن عوف الزهري ، وعثمان بن عفان ، وسعيد بن زيد ، وغيرهم ، روى عنه سعد بن إبراهيم ، والزهري ، وأبو عبيدة بن محمد بن ياسر ، وغيرهم ، توفى بالمدينة سنة سبع وتسعين من الهجرة ، أنظر: أحمد بن علي بن حجر العسقلاني ، تهذيب التهذيب ج ٥ ص ١٩ - مطبعة دائرة المعارف ، حيدر أباد ، الطبعة الأولى سنة ١٣٢٦هـ .

وخارجة بن زيد بن ثابت^(١) كان في زمانهما يستفتيان ، ويتتهي الناس إلى قولهما ، ويقسمان المواريث بين أهلها ، من الدور والنخل والأموال ، ويكتبان الوثائق للناس ، وذلك بغير جعل^(٢) .

ثم بعد ذلك بدأ القضاة يتخذون شهودا في مجالسهم بحيث لا يقبلون إلا شهادتهم ، ودونوا أسماءهم في مجلس القضاء ، وأول من دون أسماء الشهود القاضي عبد الرحمن بن عبد الله بن الحسين بن عبد الرحمن بن عمر بن الخطاب ، حيث كان قاضيا على مصر ، حتى عزل في جمادي الأولى سنة أربع وتسعين من الهجرة^(٣) .

ولما كان هؤلاء الشهود يطول مقامهم في مجلس القضاء ، فيطلعون على ما يكتبه القاضي، تعلموا حرفة الكتابة ، وأخذوا يمارسون عمل كتابة الوثائق خارج مجلس القضاء ، وبهذا اتسع نطاق تخصصهم وانقسموا في بعض الأقطار الإسلامية إلى قسمين ، واختص كل قسم منهما بعمل ، فبعضهم يحرر عقود البيع في العقارات والأحباس، والهبات ، والوصايا ،

(١) هو: خارجة بن زيد بن ثابت الأنصاري النجاري أبو زيد المدني ، أدرك عثمان وروى عن أبيه وعن زيد وأسامة بن زيد وغيرهم ، وروى عنه ابنه سليمان وعبد الله بن عمرو بن عثمان وابنه محمد بن عبد الله توفى سنة تسع وتسعين ، وقيل سنة مائة من الهجرة أنظر: ابن حجر ، تهذيب التهذيب ج ٣ ص ٧٤ .

(٢) الجعل هو جمع جعلة بالفتح والكسر أو جعلية وهي جعل يدفعه المضروب عليه البعث إلى من يغزو عنه والمراد به هنا الأجر أي لا يأخذ أجراً على الكتابة . أنظر: محمود بن عمر الزمخشري ، الفائق ج ١ ص ٢١٨ . النسفي ، طلبه الطلبة ج ١ ص ١٩١ وفي = اصطلاح الفقهاء عرفه القوندي في أنيس الفقهاء ج ١ ص ١٦٩ نشر دار الوفاء - جدة بأنه " والجعل : ما جعله للإنسان من شيء على شيء يفعله " .

(٣) العلامة جلال الدين عبد الرحمن السيوطي ، حسن المحاضرة في تاريخ مصر والقاهرة ج ٢ ص ١٤٢ ، الطبعة الأولى ، نشر دار إحياء الكتب العربية - عيسى البابي الحلبي وشركاه سنة ١٣٨٧هـ / ١٩٦٨م بتحقيق أ. / محمد أبو الفضل إبراهيم .

وجميع ما له صلة بالعقار، وبعضهم يقوم بعمل عقود الزواج ، والطلاق ،
والمعاملات التجارية ، والوكالات المطلقة^(١) .

ولما كان لهم مقار تسمى بالمصاطب، أو سماط العدول ، وهما يعنيان
مكان الجلوس ، وعملهم لا يخرج عن عمل كاتب العدل في هذا العصر^(٢) .
وكانت الكتب التي تصدر منهم لحفظ الحقوق تسمى بالمحاضر أو
السجلات أو الصكوك أو الوثائق .

وبدأ كتاب الوثائق يزداد عددهم يوماً بعد يوم ، حتى أصبح عددهم
في البصرة وحدها ستة وثلاثين ألفاً في عصر من العصور ، وألفاً وخمسمائة
في مصر وذلك في عصر آخر ، إلا أن عملهم كان عملاً مستقلاً عن القضاء ،
بعيدا عن وظائف الدولة يرتزق أكثرهم منه^(٣) .

وقد أصبحت هذه الوظيفة وظيفه رسمية تابعة لأعمال الدولة ، في
أواخر القرن الرابع الهجري تقريبا ، فقد جاء في كتاب حسن الصلة أن
الحسين بن حبيبي بن عبد الملك التجيبي من أهل قرطبة ، والذي توفي سنة
إحدى وأربعمائة من الهجرة ، قد تولى خطة الوثائق السلطانية في صدر دولة
المظفر عبد الملك بن أبي عامر^(٤) .

(١) أنظر: د. / سعود بن سعد آل دريب ، التنظيم القضائي في المملكة العربية السعودية
في ضوء الشريعة الإسلامية ونظام السلطة القضائية ، ص ٢٤٨ : ٢٦٠ ، الطبعة
الأولى سنة ١٤٠٣ هـ ط مطابع حنيقة بالرياض ، رسالة دكتوراه بالمعهد العالي
لل قضاء بالمملكة العربية السعودية ، جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية .

(٢) د. / سعود آل دريب ، المرجع السابق ص ٣١٧ .

(٣) أ. / ظافر القاسمي ، نظام الحكم في الشريعة والتاريخ الإسلامي ص ٣٧٤ ، الطبعة
الأولى عام ٢٣٩٨ هـ - نشر دار النفائس - بيروت .

(٤) العلامة أبو القاسم خلف بن بشكوال ، كتاب الصلة ، القسم الأول ، الجزء الثالث ،
بتجزئة المؤلف ص ١٤٠ ط مطابع سجل العرب - القاهرة ، نشر الدار المصرية
للتأليف والترجمة سنة ١٩٦٦ م .

وأيضاً فقد تولى عبد الله بن محمد بن معدان من أهل قرطبة المتوفى سنة ست وأربعمائة من الهجرة ، عقد الشروط ، وكان كاتباً للقاضي يونس بن عبد الله^(١) .

ومنذ بدء الإسلام والتوثيق والتسجيل العقاري يخضع لأحكام الفقه الإسلامي على اختلاف مذاهبه ، ولم تكن الحاجة أمام رجال الفقه الإسلامي طول القرون الأولى من تاريخ الإسلام إلى وضع قواعد مستقلة للتوثيق والتسجيل العقاري ذلك أن القواعد مندرجة في أبواب الفقه ، والعالم بالفقه يكون عالماً بتلك القواعد ضرورة .

يقول ابن أبي الدم الحموي: " إعلم أنا لا نرى الاشتغال بذكر صور هذه الأشياء ، والإكثار منها ... فإن هذا القدر لن يجعله من يتصف بصفة العلم ، وهذه الأشياء عند الفقيه الماهر كشرية ماء بارد في يوم صائف ، ومن قنعت همته بعلم الوثائق فقط من غير ترو من علم الشريعة فقد أسكتته الحضيض ، ورضي بالأدون ، والمعالي لن تدرك بالهوبنا"^(٢) .

ومن المعروف أن الفقه الإسلامي بالرغم من واقعيته ، ومعالجته لجميع المشاكل التي واجهها عملاً وتطبيقاً ، سواء في ميدان القضاء أو الإفتاء ، فإنه قد اشتهر من بين النظم الأخرى القديم منها والحديث بالإكثار من الافتراضات النظرية التي كان يبدو في وقت بحثها ومناقشتها ووضع الحلول لها

(١) العلامة أبو القاسم خلف بن بشكوال ، كتاب الصلة ، القسم الأول ، الجزء الخامس ، بتجزئة المؤلف ص ٢٦٧ ، ط مطابع سجل العرب - القاهرة نشر الدار المصرية للتأليف والترجمة سنة ١٩٦٦ م .

(٢) العلامة القاضي شهاب الدين أبو إسحاق بن إبراهيم بن عبد الله المعروف بابن أبي الدم ، الحموي الشافعي ، أدب القضاء ص ٤٩٤ ، نشر دار الفكر - دمشق - ط ثانية ، بتحقيق د. / محمد الزحيلي .

أنها لا يمكن تحقيقها في الحياة العملية ، ولكن الواقع المشاهد فعلا أن الكثير منها قد تحقق وجوده عملا .

كما أنه من المعروف أن الفقه الإسلامي قد اشتمل على جميع القواعد والأحكام في جميع الفروع المختلفة والتي حكمت جميع العلاقات سواء الدولية أو الفردية لقرون طويلة كانت فيها مثالا للعدالة الواقعية .

وهكذا ظلت قواعد الفقه الإسلامي تحكم جميع الميادين ، ومن ذلك : الملكية العقارية ، وما تفرع منها أو ما تبعها من حقوق ، فكانت القواعد الموضوعية التي تحكمها هي أحكام العقود بوجه عام ، ويشمل ذلك : القواعد الناقلة للملكية ، والتي ترتب للعقار أو عليه حقوقا لعقارات أخرى أو أشخاص آخرين ، فلم تفرق الشريعة كثيرا بين العقار والمنقول من حيث الإثبات والموضوع^(١) ، كذلك لم تعرف العقود الشكلية^(٢) بالمعنى الذي نعرفه الآن ، ولم تكن هناك سجلات أو وسائل كتابية إلا عندما تفكك بنیان المجتمع السليم ، وفسدت الذمم ، ودعت الضرورة إلى إنشاء المحاكم وتنظيم المحاضر ، وعندئذ صارت محاضر الدعوى وأحكام المحاكم هي السند الذي يفصل في النزاع على العقارات وإثبات الحقوق وفق القواعد المثبتة في كتب الفقه وأحكام القضاء ، أما أفراد الحقوق العقارية بمحاضر وسجلات مخصوصة

(١) يقصد بالإثبات أي وسائل الإثبات للعقار والمنقول ، وأما الموضوع ، فيقصد به موضوع الشيء الذي يراد إثباته وتوثيقه ، هل هو عقار أو منقول أو غير ذلك وهل العقد المراد إثباته عقد بيع أو إجارة أو هبة ... الخ ...

(٢) العقود الشكلية هي التي يكون الشكل عنصراً جوهرياً فيها بحيث يبطل العقد إذا افتقد عنصر الشكل الذي رسمته له الشريعة أو القانون مثل عقد الزواج ، والشركة، والهبة ، والرهن الخ د. / عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط ج٧ ص ١١٩٣ نشر دار إحياء التراث العربي .

تضبطها قواعد خاصة وتنظمها رسوم فنية فذلك لم يعرف قبل وجود الدولة العثمانية .

٥- التسجيل العقاري في عهد الخلافة العثمانية .

وقد بدأت الخلافة العثمانية في نظمها دولة إسلامية خالصة في جميع النواحي ، فنظمت الأمور المتعلقة بالقضاء ، وأوجدت ما يسمى كاتب العدل لتسجيل المعاملات التجارية ، كعقود الشركات ، والمبيعات ، والاتفاقيات ، والوكالات ، وغيرها^(١) وظلت ملكية الأراضي فيها محكومة بقواعد الفقه الإسلامي بوجه عام إلى أن دعت الحاجة إلى وضع قواعد لتوثيق وتسجيل التصرفات العقارية نظرا لكثرة الأراضي التي ورثتها عن الدولة الإسلامية السابقة لها ، وكثرة النزاعات المستمرة والمعقدة عليها ، والتي كانت سببا للفتن وشاغلا مهما للمحاكم ، عندها بادر رجال الفقه الإسلامي إلى وضع القواعد المناسبة لذلك ، وبادرت الخلافة العثمانية إلى إنشاء وزارة خاصة سميت نظارة (الدفتر الخاقاني)^(٢) وهي سلطة وجدت لإدارة عقارات الدولة الأميرية^(٣) منها ، والموقوفة ، والمحافضة على الدفتر الخاقاني ، وسائر السجلات العقارية ، وقيودها ، وجميع المعاملات الطارئة عليها ، وتسجيل الأموال غير المنقولة ، وإعطاء السندات بأسماء أصحابها .

(١) أنظر: د. / سعود آل دريب ، التنظيم القضائي - المرجع السابق ص ٢٨٧ ، ٣١٧ .

(٢) كلمة (خاقاني) ترد كثيراً في كتب المتأخرين من الأحناف بالخاء المعجمة هكذا (خاقاني) والخاقان كلمة تركية تطلق على ملك الترك وعلى هذا يكون معنى "الدفتر الخاقاني" أي الدفتر السلطاني ،

العلامة : يحيى بن شرف النووي ، تهذيب الأسماء ج ٢ ص ٣٧٤ ، نشر دار الفكر ، بيروت - سنة ١٩٩٦م ط أولى .

(٣) العقارات الأميرية هي : التي تكون رقبته مملوكة للدولة ويمكن أن يجري عليها حق التصرف ، أنظر: جرجس ، معجم المصطلحات الفقهية والقانونية ص ٢٤٠ .

ثم أخذت الخلافة العثمانية تصدر التنظيمات المقتبسة جزئياً أو كلياً من النظم القانونية الأوروبية ذلك أن الدولة قد بدأت في الضعف والدول الأوروبية قد قويت ، فخيّل للأتراك أن من الأفضل اقتباس النظم والقوانين الأوروبية ، ولم يفتنوا أن سبب ضعف الدولة ليس تطبيق النظم والقوانين الإسلامية بل سوء تطبيقها ، وإذا كان النظام العقاري العثماني قد أخفق في تحقيق الغرض منه كاملاً ، فإن ذلك لا يعود إلى أن قواعده وأحكامه قاصرة عن تحقيق هذا الغرض ، بل الذي ثبت فعلاً هو أن القائمين على تنفيذ هذا النظام قد أهملوا في مراعاة وتنفيذ أحكام النظام ، مما أدى إلى الاختلال والارتباك في قيد العقود بالدفاتر الخاقانية كما يقرر ذلك المنصفون من المؤلفين^(١) .

وكان قانون الأراضي العثماني المشهور الصادر في سنة ١٢٤٧هـ/ ١٨٥٨م أول قانون عقاري يخلط بين القواعد والأحكام الإسلامية والقواعد المقتبسة من القوانين الأوروبية^(٢) بل لقد خالفت بعض نصوص هذا القانون الأحكام القطعية المنصوص عليها في القرآن الكريم في تحديد أنصبة الورثة ، كمساواته نصيب الذكر بالأنثى من الأبناء ، وقد سارت القوانين اللاحقة له في نفس هذا الطريق ، وكان من أهم هذه القوانين قانون

(١) أ. / دعبس المر ، كتاب أحكام الأراضي المتبعة في البلاد العربية المنفصلة عن السلطة العثمانية ص ٩٠ مطبعة بيت المقدس بالقدس سنة ١٩٢٣ م ، د. / شاكر ناصر حيدر ، أحكام الأراضي والأموال غير المنقولة ص ٢٣٤ مطبعة المعارف - بغداد سنة ١٣٦٣ هـ .

(٢) إن الأخذ بالقواعد التي توجبها المصلحة المتبعة من الشارع الحكيم أمر تدعوا إلى الاستجابة له أصول الشريعة ومبادئها ، ويستوي في نظرنا أن تكون هذه القواعد مستنبطة من الفقه الإسلامي نفسه أو مستوحاة أو مقتبسة من النظم القانونية الأخرى ما دامت تتفق مع المبادئ العامة في الفقه الإسلامي ، ولا تخرج عليها استجابة لعوامل التطور وأسبابه .

التصرف في الأموال غير المنقولة الصادر سنة ١٣٣١ هـ وبعد ذلك عمت دوائر (الطابو) ^(١) في أرجاء الدولة في سنة ١٣٧٥ هـ والتي مهمتها تسجيل الأموال غير المنقولة ، ثم تعددت بعد ذلك الأنظمة والقوانين والتي بموجبها تم إعادة تدقيق السجلات القديمة التي تم إنشاؤها في سنة ٩٥٥ هـ عندما قامت الدولة في ذلك الحين بتشكيل لجنة من المختصين لتسجيل الأراضي والقرى بعد تقسيمها ، وتبويبها ، وكان نتيجة مجهود هذه اللجنة التي استغرقت في عملها خمسة وخمسين عاما إعداد تسعمائة وسبعين سجلا تم تقييد جميع أراضي الدولة فيها ، ومن تعود إليهم من أفراد ، ثم وضع عليها شعار الدولة (الطغراي السلطاني) ثم حفظت في خزائن لا تفتح إلا بإرادة سنية ^(٢) ، وبمعرفة هيئة كبار موظفي الدولة إذا ما اقتضت الحاجة الماسة لمراجعة قيد أو تصحيح اسم مالك ، أو من تعود إليه ملكية العقار ، وقد كان يعمل بموجب تلك القيود بلا بينة بحسب ما أجمع عليه فقهاء الدولة من فتوى ، وما نصت عليه فيما بعد مجلة الأحكام العدلية في المادة (١٧٣٨) بقولها " يعمل بالبراءات السلطانية وقيود الدفتر الخاقاني ، لأنها أمينة من التزوير " ^(٣) .

(١) الطابو : كلمة تركية أو فارسية معناها : الصك الذي يكتب فيه التوجيه من قبل ولي الأمر ، وهو اصطلاح شاع في عهد الدولة العثمانية والمقصود به سندات الدفتر الخاقاني ، وقد سبق التعريف بالدفتر الخاقاني ، راجع في تعريف الطابو ، العلامة : محمد أمين الشهير بابن عابدين ، تنقيح الفتاوى الحامدية ج ٢ ص ٢٠٦ نشر دار المعرفة ، بيروت ، علي حيدر ، درر الأحكام ح ١ ص ١٣٧ نشر دار الجليل ، بيروت .

(٢) الإرادة السنية : يقصد بها الإرادة العليا في الدولة وهي تطلق على إرادة السلطان أو الملك وإلا فلا إرادة إلا لله وحده .

(٣) أنظر: سليم رستم ، شرح مجلة الأحكام العدلية ص ١٠٩١ ، نشر دار إحياء التراث العربي - بيروت سنة ١٤٠٦ هـ / ١٩٨٦ م . ، علي حيدر ، درر الأحكام في شرح مجلة الأحكام ج ٤ ص ١٥٨ ، ١٥٩ ، نشر دار الجليل ، بيروت .

وقد تم إعادة تدقيق السجلات القديمة كما ذكرت آنفا لما طرأ عليها من تغيرات خلال هذه المدة بما يتفق مع حقوق الحائزين والمالكين وأصحاب الحقوق على تلك الأراضي والتأكد من صحتها بعد أن يتم التفتيش والتحقيق والتصديق عليها ، ثم كانت ترسل إلى عاصمة اللواء ، ومنها ترسل إلى الدفتر خانة أو نظارة الطابو (أي بيت الدفتر والسجل) .

وقد تبني نظام الطابو المذكور نظام سجل عيني ، غاية في الدقة من خلال أفراد صحيفة خاصة في السجل العقاري لكل وحدة عقارية ، مع الأخذ ببعض خصائص النظام الشخصي كالاقرار للقضاء بإلغاء قيود الطابو ، بجانب الاعتراف بالتقادم (أي بمرور الزمان بالنسبة للعقارات المقيدة في السجلات العقارية) ^(١) .

وتجدر الإشارة إلى أن : قانون الأراضي العثمانية الصادر سنة ١٢٧٤هـ قد نظم أحكام جميع أنواع الأراضي الأميرية والموقوفة والمتروكة والموات ، أما الأراضي الملك فقد ترك تنظيمها لأحكام الشريعة الإسلامية وفقهها ، ومع صدور قانون التصرف في الأموال غير المنقولة سنة ١٣٣١هـ أصبحت كافة التصرفات العقارية تخضع للتسجيل في دوائر الدفاتر الخاقانية يستوي أن ترد على أراضي من نوع الملك أو على أي نوع آخر من أنواع الأراضي وأن دائرة التسجيل هي الجهة الوحيدة المخولة بإعطاء أصحاب الحقوق العقارية سندات مثبتة لما لهم من حقوق عقارية ، وأنه لا يجوز التصرف بأي من تلك الحقوق

(١) أنظر: أ. / دعبس المر ، كتاب أحكام الأراضي المتبعة في البلاد العربية المنفصلة عن السلطة العثمانية ص ٢٠ مطبعة بيت المقدس بالقدس سنة ١٩٢٣ م . د. / محمد عبد الجواد ، ملكية الأراضي في ليبيا ، مطبوعات جامعة القاهرة — فرع الخرطوم سنة ١٣٩٤هـ ص ٣٩٦ بند ٢٩٤ ، د. / عبد المجيد الحكيم دراسة في قانون التسجيل العراقي مع المقارنة بقوانين البلاد العربية التي تتبع نظام السجل العقاري ج ١ ص ١٠ ، معهد البحوث والدراسات العربية ، القاهرة سنة ١٩٧٣ م .

العقارية ما لم يكن قد تم تسجيلها بدوائر التسجيل المختصة التي يقع في دائرتها المال غير منقول ، وصدر بها سند مثبت لذلك ، كما أنه يحظر على المحاكم النظامية والشرعية والجهات الحكومية سماع أية دعاوى تتعلق بأي حق على تلك الأراضي ، أو إجراء أية معاملة تتعلق بالعقار مادام يقع في المناطق التي تمت فيها أعمال التحديد والتحرير والتسجيل ما لم يكن تم إجراء البيع العقارية في دوائر الدفاتر الخاقانية .

وقد نجم عن العمل بقانون التصرف بالأموال آنف الذكر أن لم تعد الحجج التي أصدرتها المحاكم بشأن الملكية العقارية صالحة للاستناد إليها في الإثبات ووجب على كل مدع بملكية عقارية أو حق عقاري أن يتوجه إلى دوائر الدفاتر الخاقانية (الطابو) للحصول على صورة من صفحة السجل إذا كان قد أثبت فيها حقه ، وإلا وجب عليه اتباع الإجراءات التي عينها القانون فيما يسمى بالتسجيل المجدد ، وهي الإجراءات التي تضعه في مستوى الأعيان أي جميع الناس ، وذلك ما كان سببا لنشوء كثير من المنازعات التي انتهت كثير منها إلى عودة العقارات إلى الأشخاص الذين سجلت بأسمائهم في السجل وإن كانت بيد حائزين آخرين أو سجلت حقوقها بحجج شرعية لم تنقل إلى السجلات .

وتعتبر الطريقة التي اقتبستها الدولة العثمانية من بعض الدول الأوروبية لضبط وتداول وحماية الملكية العقارية هي ما يعرف بنظام التسجيل العيني^(١) المعروف الآن في عدد كبير من البلدان الغربية والشرقية .

(١) اختلف الشراح في تحديد النظام العثماني ، وخلط بعضهم بين ما حدث فعلا في سوء تطبيق النظام وبين الطبيعة القانونية لقوانين الأراضي العثمانية ، ويرى الدكتور السنهوري أن الدولة العثمانية قد أخذت بالنظام العيني ، أنظر: د. السنهوري الوسيط في شرح القانون المدني المصري ج ٤ ص ٤٣٨ . ويكفي لإثبات صحة هذا الرأي نص المادة ١٧٣٨ من مجلة الأحكام العدلية التي تقر أن " البراءات السلطانية وقيود الدفاتر الخاقانية ، لكونها أمينة من التزوير يعمل بها " .

وقد اشتهر هذا النظام في القرن التاسع عشر وأول من أعلن عنه ودعى إليه السير روبرت تورنيس الأسترالي عام ١٨٥٥م الذي شرع له قواعد نالت شهرة عالمية تناقلتها البلاد التي تعني بالعقارات وركزت معاملاتها على أساسه.

وهو نظام روسي في أصله اقتبسته مع شيء من التعديل كل من أستراليا والنمسا وألمانيا التي أخذت بطريقة محاذية لتورنيس مع شيء من الشدة إذ اعتمدت التسجيل الوجوبي ، وكذلك اقتبسته فرنسا ، ولكنه لم يكتب له النجاح نظرا لأنه لم يسمح سير مآليتها آنذاك بإحداث مصالح التحديد والتحرير واستقر عملها على نظام التسجيل الشخصي بدفاتر الرهون والذي يتمثل في اعتماد اسم المالك للتوصل إلى معرفة العقار والأيدي التي انتقل إليها والحقوق العينية الموظفة عليه ، ولكن فرنسا رغما عن ذلك قد أدخلت نظام التسجيل العيني في عدة دول كانت تحت انتدابها أو حمايتها كسوريا ولبنان وتونس ودام العمل بهذا النظام حتى اليوم^(١).

وهذا ما سنعرض له بشيء من التفصيل عند دراستنا للنظم المعاصرة للتسجيل العقاري . وقد ورثت أكثر البلدان العربية التي كانت تخضع لسלטان الدولة العثمانية هذا النظام ، ومرت بجميع أطوار التسجيل العقاري ، فقد حررت الأراضي والعقارات فيها بقصد معرفة ما هو ملك خاص منها وما هو ملك عام ، وفي مقدمة ذلك : تحديد الأراضي الأميرية وحقوقها وأنواعها، كالأراضي الزراعية والغابات والطرق والمصايف والمشاتي ، وما هو منها موقوف ونوع وقفه ، وجهته ، وجعل ذلك وحدة عينية يعرف بها

(١) أ. / محمود العنابي : نظام الشهر العيني العقاري ص ١٨٧ ، بحث منشور ضمن منشورات جامعة الدول العربية - وثائق ونصوص - ١٠ - عام ١٩٧٣ م .

العقار ، وهي المقاطعة والقطعة ، وصارت الأرض تعرف وتحدد برقم المقاطعة أو اسمها ، أما العقارات المملوكة في حدود المدن فقد قسمت إلى ما يسمى (داخل حدود البلديات) يعنون بها العقارات التي تطبق فيها الأنظمة البلدية وقوانينها ، وقسمت أراضي كل بلدية إلى المحلات والطرق والأزقة والأبواب ... إلخ وما يسمى بالأراضي خارج حدود البلدية وهي في الأكثر عقارات أميرية^(١) لا تطبق فيها قوانين البلديات ، ولم يمض القرن الثالث عشر حتى كانت أكثر البلدان العربية قد أخذت بنظام التسجيل العيني وذلك ما حدث في العراق وسورية ولبنان ، أما في مصر فقد ظل النظام الشخصي هو الأساس الذي يقوم عليه التسجيل العقاري مع محاولات شتى لعلاج العيوب التي تلازمه ، ثم أخذ أخيراً بنظام التسجيل العيني ولكنه لم يوضع موضع التنفيذ إلا في بعض المناطق بقرار يصدر من وزير العدل .

(١) العقارات الأميرية هي: العقارات التي تكون رقبته مملوكة للدولة والتي يمكن أن يجرى عليها حق التصرف ، معجم المصطلحات الفقهية والقانونية ص ٢٤٠ .

الفصل الأول
تعريف التسجيل العقاري وحكمه وأدلة مشروعيتها
في الفقه والقانون
المبحث الأول
تعريف التسجيل العقاري

التسجيل في اللغة : مصدر الفعل "سَجَلَ" و"سَجَلَ" تعني قَيَّدَ ، أو كَتَبَ ، أو أَثَبَتَ الحكم القضائي أو العقد في السَّجَلِ الْمُخَصَّصُ لذلك ، حفاظا عليه من الضياع ، واسم المفعول من سَجَلَ "مُسَجَّلٌ" يقال : عقد مسجل أي اكتسب صفة الرسمية بإثابته في دفتر خاص^(١) .

التسجيل في الاصطلاح : هو إجراء شكلي يضمن إشهار أو توثيق تصرفات قانونية معينة .

هذا هو معنى التسجيل حسب إطلاقه العام .

وأما في مجال العقار فهو: إثبات التصرفات القانونية الواردة على العقار عن طريق تسجيلها في السجلات الخاصة المعدة لذلك حتى يتيسر لذوي الشأن التعرف على جميع ما ورد في التصرف المسجل من بيانات^(٢) .

وأما السجل العقاري : فهو : مجمل الوثائق التي تبين فيها أوصاف كل عقار ، ويتعين بها حالته الشرعية ، وتذكر فيها حقوقه وأعبأؤه ، وتورد فيها الانتقالات والتعديلات الطارئة عليها^(٣) .

(١) الفيومي - المصباح المنير ص ٢٦٨ ومابعده.

(٢) عبد الواحد كرم : معجم مصطلحات الشريعة والقانون ص ١١١ س ٢ مكتبة دار الثقافة والنشر .

(٣) المعجم الوسيط ، مرجع ج ١ ص ٤٩٨ .

- من المعاني اللغوية والاصطلاحية المذكورة آنفا يتبين لنا أن التسجيل يدور حول معانٍ متقاربة منها : التقييد ، والكتابة ، والتدوين للتصرفات الشرعية أو القانونية أو الأحكام القضائية في سجلات خاصة بغرض الحفظ أو الإثبات أو الشهر أو العلانية

وقد تخرت مصطلح "التسجيل" في عنوان هذا البحث لأنه المصطلح الدال على الإجراء المتطلب في جُلِّ القوانين في عقد بيع العقار أو لانتقال الحق العيني ، أو الاحتجاج به ، فهو الطريقة الرئيسية والمشهورة في ذلك ، إضافة إلى أن الشهر ليس إلّا أثر له ، والقيّد أقلّ ذيوعاً منه ، وعلى كل حال فهذه مصطلحات وتعبيرات لها مدلولاتها الخاصة ، وما دام أننا قد ضبطنا هذا المصطلح عند التعريف به ، فنكون بذلك قد أخرجنا القارئ من اللبس وكما قيل : " لا مشاحة في الاصطلاح " .

تعريف العقار

العقار في اللغة : قال ابن منظور : العقار بالفتح : الطبيعة والنخل والأرض ونحو ذلك ، وخص بعضهم العقار بالنخيل ، يقال : للنخيل خاصة من بين المال عقار ، والعقار : المنزل والضيعة ، يقال : ماله دار ولا عقار^(١).

العقار في الاصطلاح : أما في اصطلاح علماء الفقه الإسلامي ، فقد اختلفت عبارات الفقهاء في المراد من العقار على قولين :

القول الأول : إن العقار هو ما له أصل ثابت لا يمكن نقله وتحويله ، كالأراضي والدور .

(١) أنظر : العلامة : جمال الدين محمد بن منظور ، لسان العرب ، ج ٤ ص ٥٩٧ ، ط دار صادر بيروت والعقار اسم من أسماء الخمر ، لأنها تعقر العقل . أنظر : العلامة : ابن فارس ، معجم مقاييس اللغة ج ٤ ص ٩٢ .

ذهب إلى هذا الحنفية^(١) والحنابلة في ظاهر المذهب^(٢) والشيعة الزيدية^(٣) والإمامية^(٤) .

- (١) أنظر: العلامة : محمد أمين الشهير بـ (ابن عابدين) رد المحتار على الدر المختار (حاشية ابن عابدين) ج ٤ ص ٣٦٦١ ، نشر دار الكتب العلمية - بيروت ، حيث جاء فيه ((العقار : هو الأرض مبنية كانت أو غير مبنية ، وفي القاموس هو : الضيعة وهو المناسب)) ، أنظر: العلامة : عبد الرحمن بن محمد شيخي زادة [دامادا] ج ٢ ص ٤٥٨ ، نشر دار إحياء التراث العربي ((فلو غصب عقاراً : هو ماله أصل كالضيعة والدار ، فهلك في يده ... لا يضمن)) وقال علي حيدر في درر الحكام شرح مجلة الأحكام ج ١ ص ١١٧ ، نشر دار الجليل في شرح المادة ٢٩ من = مجلة الأحكام العدلية ((العقار هو عبارة عن مَبْنَى كَالدَّارِ وَغَيْرِهَا مِنَ الْمَبْنِيِّ ، وَغَيْرِ مَبْنِيِّ وَهُوَ الْأَرْضُ ، إِلَّا أَنْ الْبِنَاءَ بَدُونَ الْأَرْضِ يَعُدُّ مَنْقُولًا ، فَإِذَا بَنَى أَحَدٌ دَارًا مِثْلًا فِي غَيْرِ مَلِكِهِ فَتَكُونُ الدَّارُ مَنْقُولًا)) وقد حددت المادة ٢٩ من مجلة العقار بقولها : " غير المنقول ما لا يمكن نقله من محل إلى آخر كالدور والأراضي مما يسمى بالعقار ."
- (٢) قال العلامة : الرحيباني " مصطفى بن سعيد بن عبده الرحيباني " المتوفى سنة ١٢٤٣هـ / ١٨٢٧م ما نصه " ظاهر كلام أئمة المذهب ، بل صريحه أن العقار هو الأرض فقط وأن الغراس والبناء ليس بعقار ، وظاهر كلام أهل اللغة أو صريحه " أنهما من العقار ، فعن الأصمعي : المنزل والأرض والضياع ، وعن الزجاج كل ماله أصل ، انتهى " راجع العلامة الرحيباني ، مطالب أولى النهى = بشرح المنتهى ج ٤ ص ١٠٩ ، نشر دار الكتاب الإسلامي .
- (٣) العقار عند الشيعة الزيدية : ما لا يمكن نقله من دور وأرض ، قال القاضي أحمد بن قاسم العنسي في التاج المذهب ج ٢ ص ٥٠٢ ، نشر مكتبة اليمن " قال الإمام - يقصد أحمد بن يحيى المهدي في متن الأزهار - وكذا ما لا ينقل كالدور والعقارات لا يصح السلم في ذلك " وقال في ج ٣ ص ٧٧ " وإن كانت العين غير منقول كالعقار من معمور وأرض فيجب على المستأجر التخليّة " وقال في ج ٣ ص ٣٤٥ " وهذا إنما يكون في المنقول فقط لإمكان نقله لا في العقارات من دور وأرض ، فقد تقدم أنه لا يضمن منها إلا ما تلف تحت يده " .
- (٤) العقار عند الشيعة الإمامية هو: ما لا ينقل كالأرض والضيعة . قال المحقق الحلّي " جعفر بن حسن الهدلي " في شرائع الإسلام " المال ينقسم إلى منقول وغير منقول ، فالمنقول كالذهب والفضة والأمتعة ، وما لا ينقل كالأرض والعقار " أنظر: شرائع الإسلام ج ١ ص ٢٩١ ، نشر مؤسسة مطبوعاتي اسما عليان وقال في ج ٢ ص ٢٤ " سواء كان المبيع مما لا ينقل كالعقار أو مما ينقل ويجول كالثياب والجواهر " . وقال الشهيد الثاني " زين الدين بن علي العاملي الجبعي " في الروضة البهية ج ٢ ص ٤٥ " ويمنع - أي من الزكاة - ذو الضيعة اللاتقة بحاله، والضيعة ونحوها من العقار إذا نهضت بحاجة " .

القول الثاني : إن العقار هو الأرض والشجر والبناء .

ذهب إلى هذا : المالكية^(١) والشافعية^(٢) والحنابلة^(٣) في غير ظاهر

(١) قال العلامة : محمد بن عبد الله الخرشني في شرحه المسمى " شرح الخرشني على مختصر سيدي خليل ج ٦ ص ١٦٤ نشر دار الفكر " العقار هو الأرض وما اتصل بها من بناء أو شجر ، فلا يتعلق بعرض ولا بجوان إلا تبعا " وقال العلامة : محمد بن أحمد بن عرفة الدسوقي في حاشيته على الشرح الكبير لسيدي أحمد الدردير ج ٣ ص ٤٧٦ " العقار هو الأرض وما اتصل بها من بناء الشجر .

(٢) قال العلامة : محمد بن أحمد الشربيني الخطيب في مغني المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج ج ٢ ص ٤٦٦ نشر دار الكتب العلمية " وقبض العقار أي إقباضه ، وهو الأرض والنخل والضياع كما قاله الجوهري ، وأراد بالضياع الأبنية تخلية للمشتري أي تركه بلفظ يدل عليه " .

(٣) قال العلامة : الرحبياني مصطفى بن سعيد بن عبده الرحبياني المتوفى سنة ١٤٢٣ هـ / ١٨٢٧ م ما نصه " ظاهر كلام أئمة المذهب ، بل صريحه أن العقار هو الأرض فقط وأن الغراس والبناء ليس بعقار ، وظاهر كلام أهل اللغة أو صريحه أنهما من العقار ، فعن الأصمعي : العقار : المنزل والأرض والضياع ، وعن الزجاج كل ما له أصل ، انتهى " راجع العلامة الرحبياني ، مطالب أولي النهي بشرح المنتهى ج ٤ ص ١٠٩ نشر دار الكتاب الإسلامي .

أقول : وهذا كلام دقيق ، لأن شراح المذهب وعمدتهم العلامة منصور البهوتي يرون ذلك إذ يقول البهوتي تعليقا على متن الإقناع للعلامة موسى المقدسي " أو كانت الصفة لا تتأني فيه كالدار والعقار " يقول البهوتي شارحا للنص " العقار من بساتين ونخيل وأرض ، وعطفه أي [العقار] على الدار من باب عطف العام (العقار) على الخاص (الدار) والمعنى أن العلامة البهوتي يريد أن يؤكد على أن لفظ العقار من العموم بحيث يشمل الدار والأرض والبساتين والنخيل مع أن كلام متن الإقناع لا يدل لذلك إذ العطف في هذا السياق يقتضي المغايرة لكن العلامة البهوتي وجهه بأنه من قبيل عطف العام على الخاص تمشيا مع روح المذهب الحنبلي وما هو سائد فيه من شمول لفظ العقار لما سبق ،

أنظر : العلامة البهوتي ، كشف القناع ج ٣ ص ٥٦٤ نشر دار الكتب العلمية ، وأنظر : في تأكيد هذه الوجهه ، كشف القناع ج ٣ ص ٢٤٧ ، ٢٤٨ ، ج ٤ ص ٧٧ ، ج ٥ ص ٤٦٨ .

المذهب، وهو مذهب الإباضية^(١).

الأدلة:

- يستدل لأصحاب القول الأول بأن البناء والشجر لا يدخلان في العقار لكونهما لا يتصلان بالأرض اتصال قرار، فالبناء متى هدم كان منقولا والشجر متى قلع كان أحطابا، بخلاف الأرض، فإن ذلك لا يتصور بالنسبة لها^(٢).

- ويستدل لأصحاب القول الثاني على إدخال البناء والشجر في العقار بكون اتصالهما به اتصال قرار وثابت غير قابلين للانتقال وهما على شكلهما، بل تتغير حالتها، فيتحول الغراس إلى أحطاب والبناء إلى أنقاض، وهذا الثابت يكفي في اعتبارهما عقاراً كالأرض^(٣).

الترجيح:

والذي يترجح في النظر - والله أعلم - ما ذهب إليه أصحاب القول الثاني من شمول لفظ العقار للأرض والبناء والشجر، لاقترابه من المعنى اللغوي كما نقل العلامة الرحيباني عن الأصمعي والزجاج وكما نقل الشريبي الخطيب عن الجوهرى ولأنه يشمل كل ماله أصل وقرار. وليست الهوة سحيقة بين القولين، إذ القول الأول ينظر إلى البناء والشجر بنظرة

(١) قال العلامة: محمد بن يوسف أطفيش في شرح كتاب النيل وشفاء العليل ج ١١ ص ٣٢١ نشر مكتبة الإرشاد، جدة، ما نصه " والمراد بالعقار: الدور والأرضون والنخل والشجر ونحو ذلك " انتهى .

(٢) أنظر في هذا المعنى: العلامة: محمد أمين الشهير بـ (ابن عابدين)، رد المحتار على الدر المختار (حاشية ابن عابدين) ج ٤ ص ٣٦٦١، نشر دار الكتب العملية - بيروت.

(٣) العلامة الخرشى: شرح الخرشى على مختصر سيدي خليل ج ٦ ص ١٦٤، الشريبي الخطيب، مغني المحتاج ج ٢ ص ٧١، منصور البهوتي، شرح المنتهى ج ١١ ص ٣١، كشاف القناع ج ٣ ص ٥٦٤، أطفيش، شرح كتاب النيل ج ١١ ص ٣٢١.

خاصة مؤداها أن البناء والشجر ليسا من العقار متى كانا منفصلان عن البناء وأما إن كانا متصلان به فهما من قبيل العقار بالتبعية " أو التخصيص " كما يقول رجال الفقه القانوني حيث يعرفون العقار بأنه " الحائز لصفة الاستقرار سواء كان ذلك من أصل خليقته أو بصنع صانع ، بحيث لا يمكن نقله وبدون أن يعتريه تلف أو خلل " (١) .

ويقرر المحدثون من علماء الفقه الإسلامي (٢) أن سبب الخلاف في ضبط المقصود من لفظ (العقار) وعدم ضبطه بتعريف جامع مانع له هو أن العقار له أحكام خاصة به وتصرفات ترد عليه دون غيره ، وأن بعض العقود فيه لها آثار ليست في سواء ومنها ما يلي : (٣) .

١- الشفعة: فهي لا تثبت أثراً للبيع إلا في العقار ولا تثبت في المنقول إلا إذا دخل العقار تبعاً ، وإلا في حق العلو مع حق السفل والعكس. ولا تثبت الشفعة في غير العقار في هذه الأحوال إلا عند الإمام مالك رحمه الله فقد أثبتتها في السفن والثمار المتصلة بالأشجار ، وروى عنه الشفعة في غير ذلك من المنقولات (٤) ومهما يكن من أمر مخالفة الإمام مالك ،

(١) أنظر: محمد الشيخ عمر وعبد العزيز أبو غنيمة ، مبادئ القانون والنظم ص ٢٤٩ : ٢٥٢ .

(٢) مثل الشيخ العلامة : محمد أبو زهرة والشيخ علي الخفيف والشيخ أحمد إبراهيم وغيرهم .

(٣) الشيخ محمد أبو زهرة : الملكية ونظرية العقد ص ٥٩ وما بعدها ، نشر دار الفكر العربي - القاهرة سنة ١٩٧٧ م .

(٤) ووافق الإمام مالك في هذا الإمام أحمد في رواية عنه وهو مذهب الظاهرية والشيعة الزيدية والإمامية والإباضية ، راجع ما تقدم ذكره من مصادر في القول الثاني الذي يرى ثبوت الشفعة في المنقول ص ٨٨ من البحث .

فالجمهور من الفقهاء على أن الشفعة لا تكون إلا في العقار على وجه العموم، ومن أجازها في المنقول ففي أحوال قليلة جداً^(١).

٢- حقوق الارتفاق^(٢) والجوار لا تتعلق إلا بالعقار، ولا تتعلق بالمنقول كما هو مبين في كتب الفقهاء.

٣- العقار من حيث انتقال الملكية في القانون الوضعي لا ينقل إلا بالتسجيل بينما غيره من المنقول لا يحتاج في نقل ملكيته إلى تسجيل.

(١) يرى الظاهرية والشيعة الإمامية والزيدية في ظاهر المذهب أن الأصل هو ثبوت الشفعة في العقار والمنقول لعموم النصوص الواردة في ذلك .
(٢) الارتفاق لغة : مأخوذ من مرفق اليد ، معناه الاتكاء وارتفق بالشيء : انتفع به ، ومرافق الدار : مصاب الماء ونحوها ، كالمطبخ والكنيف ، (راجع : مجمع اللغة العربية المعجم الوجيز ص ٢٧٢ ، المطرزي - المغرب ص ١٩٤ .
وفي الاصطلاح : عرفه الحنفية بأنه حق مقرر على عقار لمنفعة عقار آخر: (الزيلعي ، عثمان بن علي) تبين الحقائق ج ٦ ص ٣٤ ، نشر دار الكتاب الإسلامي .

المبحث الثاني الحكم الشرعي للتسجيل العقاري (١)

(١) تعترى حكم التوثيق والتسجيل العقاري من حيث الجملة الأحكام التكليفية الخمسة " فقد يكون التوثيق واجبا ، بالاتفاق ، كتوثيق النكاح فإن الإشهاد فيه واجب سواء أكان عند العقد كما يقول الجمهور أم عند الدخول كما يقول المالكية . وقد يكون التوثيق مندوبا إذا لم يختل من ضياع المال أو الحق ، وقد يكون التوثيق مكروها أو حراما وذلك كالإشهاد على العطية للأولاد إن حصل فيها تفاوت لما فهمه الفقهاء من حديث النعمان بن بشير الذي في الصحيحين أنه قال : تصدق على أبي ببعض ماله فقالت أمي عمرة بنت رواحه : لا أرضى حتى تشهد رسول الله ﷺ ، فانطلق أبي إلى النبي ﷺ ليشهده على صدقتي فقال له رسول الله ﷺ : " أفعلت هذا بولدك كلهم ؟ قال : لا ، قال : اتقوا الله واعدلوا في أولادكم " ، فرجع أبي فرداً تلك الصدقة ، وفي لفظ قال : فلا تشهدني إذا ، فإني لا أشهد على جور ، وفي لفظ : فأشهد غيري " وقد فهم بعض العلماء من قوله ﷺ لا أشهد على الجور أي ظلم والظلم ممنوع فيكون الإشهاد حيثئذ حراما وكذا التوثيق ، وفهم البعض الآخر من قوله ﷺ فأشهد عليه غيري أنه تأذى من ذلك ، ولكنه لم ينه عنه ولو كان حراما لنهى عنه بلفظ صريح وحيثئذ يكون التوثيق مكروها . راجع في هذا المعنى السرخسي ، المبسوط ج ٥ ص ٣١ ، وما بعدها . الكاساني ، البدائع ج ٢ ص ٢٥٢ ، الإمام مالك ، المدونة ج ٢ ص ١٢٨ ، ١٢٩ ، الإمام الشافعي ، الأم ج ٥ ص ٢٣ ، ٢٤ ، الرملي ، نهاية المحتاج ج ٨ ص ٣٢١ ، وما بعدها ، الشريبي الخطيب ، مغني المحتاج ج ٤ ص ٢٣٤ ، ٢٣٥ ، ابن قدامة ، المغني ج ٧ ص ٧ ، ٨ ، البهوتي ، كشف القناع ج ٥ ص ٦٥ ، ٦٦ ، ابن حزم ، المحلى ج ٩ ص ٤٨ ، الصنعاني ، سبل السلام ج ٢ ص ١٧٢ ، وما بعدها ، الشوكاني ، نيل الأوطار ج ٦ ص ١٥٠ ، وما بعدها ، القاضي العنسي ، التاج المذهب ج ٢ ص ٣٢ ، المحقق الحلبي شرائع الإسلام ج ٢ ص ١٨٠ ، أطفيش ، شرح النيل ج ٦ ص ٨٧ وما بعدها .

مع ملاحظة : أن مراجع الشيعة الزيدية والإمامية تدل على أنهم لا يشترطون الشهادة إلا في الطلاق ، ولكنهم في العطية يتجهون نحو الجمهور لخبر الصحيحين فهو ثابت عندهم . ولذا يقول المحقق الحلبي في الشرائع : " ويموز تفضيل بعض الولد على البعض في العطية على كراهية " راجع : الحلبي شرائع الإسلام ج ٢ ص ١٨٠ .

يأخذ حكم التوثيق والتسجيل العقاري حكم توثيق الديون والأموال، لأن المال إما عقار وإما منقول ، ولم يكن اصطلاح التوثيق والتسجيل العقاري بمعناها السائد اليوم مألوفاً عند المتقدمين من علماء الفقه الإسلامي وإنما تكلم عنه الفقهاء في أبواب توثيق الدين بالكتابة ، والرهن ، والكفالة ، والبيع ، وعمدتهم في هذا تفسير النص القرآني في آية المداينة ، وهل الأمر الوارد في قوله تعالى : ﴿ فاكذبوه ﴾ وقوله تعالى : ﴿ وأشهدوا إذا تباعتم ﴾ يفيد الوجوب أو الندب والإرشاد ؟ .

لقد اختلفت كلمة الفقهاء في ذلك على قولين:

القول الأول : يرى أن الأمر بالكتابة والإشهاد الوارد في آية المداينة إنما هو للوجوب فالكتابة والإشهاد فرض لازم يعصى بتركه لظاهر الأمر في الآية .

ذهب إلى هذا ابن عمر رضي الله عنهما وأبو موسى الأشعري رضي الله عنه وهو قول مجاهد والضحاك وأبو قلابة والحكم وابن سيرين والطبري وعطاء وابن جريج والنخعي وجابر بن زيد وداود الظاهري واختاره ابن حزم وإليه ذهب بعض الإباضية^(١) .

(١) أنظر إيراد هذا القول عند الجصاص رحمه الله في أحكام القرآن ج ١ ص ٦٥٧ نشر دار الفكر وعند ابن العربي رحمه الله في أحكام القرآن ج ١ ص ٣٢٨ ، نشر دار الكتب العلمية ، وأنظر الشافعي رحمه الله ، أحكام القرآن ج ١ ص ١٣٦ نشر دار الكتب العلمية ، وإن كان الشافعي رحمه الله يرى أن الأمر يشمل الوجوب ، فيكون حتما يعصى بتركه من تركه فيقول: " قال الله جل ثناؤه ، وأشهدوا إذا تباعتم " فاحتمل أمر الله بالإشهاد عند البيع أمرين أحدهما : أن يكون دلالة على ما فيه الحظ بالشهادة ، ومباح تركها ، لا : احتمالها يكون من تركه عاصيا بتركه ، واحتمل أن يكون حتما منه يعصى بتركه من تركه ، والذي اختار أن لا يدع المتبايعان =

=الإشهاد ، وذلك أنهما إذا أشهدا لم يبق في أنفسهما شيء ، لأن ذلك إن كان حتما فقد أدياه ، وإن كان دلالة فقد أخذنا بالحظ فيها " . أقول : وإذا احتتمل الأمر الوجوب في الإشهاد ، فيحتمله في الكتابة أيضا لأن الأمر بهما معاً في الآية الكريمة ، ولأن من قال بالوجوب أو النذب من العلماء قال بالنذب فيهما ، فاحتتمل قول الشافعي رضي الله عنه الأمر بالإشهاد الأمر بالكتابة أيضا . وانظر ابن حزم رحمه الله في المحلى ج ٦ ص ٣٥٢ مسألة ١١٩٩ نشر دار الفكر وأنظر ج ٨ ص ٤٨٦ مسألة ١٧٩٠ " يقول رحمه الله في ج ٦ ص ٣٥٢ . " ومن قال إنه نذب "أي الأمر بالكتابة والإشهاد في الآية " فقد قال الباطل ، ولا يجوز أن يقول الله تعالى " فاكتبوه " فيقول قائل لا أشهد ، ولا يجوز نقل أوامر الله عن الوجوب إلى النذب إلا بنص آخر ، أو بضرورة أ.هـ. ويقول في ج ٨ ص ٤٨٦ مسألة ١٧٩٠ : " فمن أعجب شأننا وأقل سبيلاً ممن خالف أمر الله تعالى في الآيات المذكورة جهاراً فقال : إذا تبايعتم فليس عليكم أن تشهدوا ؟ وإذا تدايتمت بدين إلى أجل مسمى فلا تكتبوه إن شئتم ، ولا تشهدوا عليه أحداً إن أردتم ، ثم أراد التمويه بالنص المذكور ، فيما ليس فيه مخالف الآية فيما فيها وادعى عليها ما ليس فيها - نعوذ بالله من هذا البلاء - فسقط تعلقهم بالنصوص المذكورة " أ.هـ . وانظر عرض هذه الأقوال أيضا عند أبي الفرج عبد الرحمن بن علي الجوزي رحمه الله في كتابه نواسخ القرآن ص ٩٤ : ٩٦ — ط أولى نشر دار الكتب العلمية إذ يقول : " اختلف العلماء هل هذا أي "الأمر بالإشهاد والكتابة في آية المدائنة " أمر وجوب أم استحباب فذهب الجمهور إلى أنه أمر نذب واستحباب ... قال معمر بن سليمان : وسمعت أبي يقول سألت الحسن عن الرجل يبيع ولا يشهد ، فقال : أليس ما قال الله عز وجل " فإن أمن بعضهم بعضاً " ... خالد عن الشعبي قال : إن شاء أشهد وإن شاء لم يشهد ثم قرأ " فإن أمن بعضهم بعضاً " الآية . فعلى هذا القول الآية محكمة ، وذهب آخرون إلى أن الكتابة والإشهاد واجبان وهو مروى عن ابن عمر وأبي موسى ، ومجاهد ، وعطاء وابن سيرين ، والضحاك وأبي قلابة ، والحكم بن زيد في آخرين ، ثم اختلف أرباب هذا القول ، هل نسخ أم لا؟ فذهب قوم منهم عطاء وإبراهيم إلى أنه لم ينسخ وذهب آخرون منهم أبو سعيد الخدري والشعبي وابن زيد إلى أنه نسخ بقوله تعالى " فإن أمن بعضهم بعضاً " =

القول الثاني : يرى أن الأمر بالكتابة والإشهاد الوارد في آية المدائنة إنما هو للندب والإرشاد ليس إلا .

ذهب إلى هذا فقهاء الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة وهو مذهب الشيعة الزيدية والإمامية وبعض الإباضية . وهو مروى عن أبي سعيد الخدري ، وأبي أيوب الأنصاري من الصحابة وإليه ذهب بعض التابعين

=ثم يقول ابن الجوزي رحمه الله " قلت وهذا ليس بنسخ ، لأن الناسخ ينافي المنسوخ ، ولم يقل ههنا فلا تكتبوا ولا تشهدوا ، وإنما بين التسهيل في ذلك ولو كان مثل هذا ناسخا ، لكان قوله " فلم تجدوا ماء فتميموا " ناسخا للوضوء بالماء ... وقد اشترى رسول الله ﷺ الفرس شهد فيه خزيمة بلا إشهاد " أ.هـ - ويميل ابن الجوزي رحمه الله إلى رأي الجمهور في إفادة الأمر للندب وليس الوجوب - والله أعلم - ويميل صاحب " متن النيل " الشيخ ضياء الدين بن عبد العزيز الثميني ، من فقهاء المذهب الإباضي ، إلى القول بوجوب الإشهاد وأن الأمر الوارد في الآية يفيد الوجوب وليس الندب ولكن الشارح لمتن النيل وهو الشيخ محمد بن يوسف أطفيش يميل إلى رأي الجمهور عموماً وإلى المالكية خصوصاً إذ يقول في كتابه شرح النيل وشفاء العليل ج ٨ ص ٦٣٢ نشر مكتبة الإرشاد - جدة - " باب في السلم هو شراء بنقد موزون حاضر لنوع من الثمنات معلوم بمعيار وأجل ومكان معلومات ، وإشهاد ، كذا ظهر لي تعريفه ، ومن قال : يصح بلا إشهاد صح ذلك تعريفاً عنده أيضاً بإسقاط " وإشهاد " وهو الصحيح عندي ، وإنما ذكرته بناء على مختار المصنف كالشيخ - رحمه الله - " يقصد الشيخ ضياء الدين بن عبد العزيز الثميني " ويوضح الشارح لمتن النيل أن قول المصنف إنما هو رأي لبعض الإباضية وليس ما عليه جمهور علماء المذهب فيقول : " فإن لم يشهد أصلاً أو أشهد غير عدول بطل - أي السلم - كما يبطل بأجل غير معين ، لأن شهادة غير العدول لا يحكم بها عند الإنكار ، فكأنها لم تقع " وجوز بدونها " يعني أنه جوز بعضهم انعقاده بدون عدلين أو عدل وعدلتين أي بدون شهادة عدلين ومثلهما ، وهو عدل وامرأتان عدل وهو الصحيح وعليه أكر علمائنا كما مر ، وتقدم أن الإشهاد في الآية الأمر به للندب " أ.هـ - أنظر: شرح النيل ج ٩ ص ٤٣ ، ٤٤ .

ومنهم الحسن والشعبي وإسحاق وعليه جمهور الأمة سلفا وخلفا^(١) ثم إن بعض القائلين بالندب قالوا : إن الأمر بالكتابة والإشهاد كان واجبا ثم نسخ ، بقوله تعالى : ﴿ فَإِنْ أَمِنَ بَعْضُكُم بَعْضًا فَلْيُؤَدِّ الَّذِي أُؤْتِمِنَ أَمَانَتَهُ ﴾^(٢) ومن قال بهذا أبو سعيد الخدري والحسن والشعبي^(٣) لكن الجمهور على أن الأمر للندب أصلا ولم يقع فيه نسخ والآية محكمة^(٤) .

- (١) أنظر: الجصاص ، أحكام القرآن ج ١ ص ٦٥٧ .
- ويستدل ابن العربي للمالكية والجمهور على القول بالندب بقوله في ج ١ ص ٣٤٢ " اختلف الناس في لفظ أفعال في قوله تعالى ﴿ وأشهدوا إذا تبايعتم ﴾ على قولين أحدهما أنه فرض ، قاله الضحاك ، الثاني أنه ندب ، قاله الكافة وهو الصحيح ، فقد باع النبي ﷺ ولم يشهد ورهن درعه عند يهودي ولم يشهد ولو كان الأمر بالإشهاد واجبا لوجب مع الرهن لخوف المنازعة " الشيعة الزيدية القاضي أحمد بن قاسم العنسي ، التاج المذهب ج ٤ ص ٤٠ ، وما بعدها ، نشر مكتبة اليمن ، وفي رأي الشيعة الإمامية ، المحقق الحلبي ، شرائع الإسلام ج ٢ ص ٢١١ نشر مكتبة مطبوعاتي اسماعيليان - حيث لا يقولون بوجوب الإشهاد عموما ، حتى في النكاح ، بل يقولون باستحباب الشهادة في النكاح وهاك نصوص مما عندهم : جاء في التاج المذهب ج ٤ ص ٤٠ " المحقق الحلبي في شرائع الإسلام ج ٢ ص ١٣١ " والشيعة لا يقولون بوجوب الإشهاد إلا في الطلاق " قاله الحلبي في الشرائع ج ٣ ص ١٢ وأما الإباضية فجمهورهم على أن الأمر بالإشهاد الوارد في الآية إنما هو للندب ، وقال بعضهم هو للوجوب جاء في شرح النيل ج ٩ ص ٤٤ " وجوز بدونهما أي بدون الشهود ، وهو الصحيح وعليه أكثر علمائنا ، وتقدم أن الإشهاد في الآية الأمر به للندب "
- (٢) سورة البقرة ، من الآية رقم (٢٨٣) .
- (٣) أنظر: ابن الجوزي ، نواسخ القرآن ص ٩٤ ، نشر دار الكتب العلمية ، والجصاص ، أحكام القرآن ج ١ ص ٦٥٧ .
- (٤) أنظر: الجصاص ، أحكام القرآن ج ١ ص ٦٥٨ ، وما بعدها ، ابن العربي ، أحكام القرآن ج ١ ص ٣٢٨ ، ص ٣٤١ ، ص ٣٤٢ ، الشافعي ، أحكام القرآن ج ١ ص ١٣٦ ، ١٣٧ .

المبحث الثالث

أدلة مشروعية التسجيل العقاري

أولاً : استدلال الأولون على وجوب الإشهاد والكتابة في المعاملات بالكتاب والسنة والمعقول .

١- أما الكتاب فقوله تعالى: ﴿ وأشهدوا إذا تباعتم ﴾ وقالوا أن الأمر فيه للوجوب حيث لا صارف له عن الوجوب إلى النذب قال ابن حزم رحمه الله : " ومن قال بأنه نذب (أي الأمر بالإشهاد والكتابة) فقد قال الباطل ، ولا يجوز أن يقول الله تعالى فاكتبوه ، فيقول قائل لا أشهد ، ولا يجوز نقل أوامر الله تعالى عن الوجوب إلى النذب إلا بنص آخر أو ضرورة" (١) .

٢- وأما السنة فبقوله وبفعله ﷺ أما قوله : فيما رواه شعبة عن فراس عن الشعبي عن أبي بردة عن أبي موسى عن النبي ﷺ قال : " ثلاثة يدعون الله فلا يستجيب لهم ، رجل كانت له امرأة سيئة الخلق ، فلم يطلقها ، ورجل أعطى ماله سفيها ، وقد قال الله تعالى ﴿ ولا تؤتوا السفهاء أموالكم ﴾ (٢) ورجل له على رجل دين ولم يشهد عليه به" (٣) .

(١) ابن حزم ، المحلى ج ٦ ص ٣٥٢ مسألة ١١٩ .

(٢) سورة النساء ، من الآية رقم (٥) .

(٣) الحديث أخرجه : الحاكم في المستدرک ج ٢ ص ٣٣١ الحديث رقم ٣١٨١ ، نشر دار الكتب العلمية - بيروت - ط أولى سنة ١٤١١هـ / ١٩٩٠م بتحقيق مصطفى عبد القادر عطا ، والبيهقي في السنن الكبرى ج ١٠ ص ١٤٦ ، نشر مكتبة دار الباز - مكة المكرمة سنة ١٤١٤هـ / ١٩٩٤م " ابن أبي شيبة ، مصنف ابن أبي شيبة ج ٣ ص ٥٥٩ ، قال الحاكم : الحديث صحيح على شرط الشيخين ولم يخرجاه ، لأن الجمهور رووه عن شعبة موقوفا ورفع معاذ عنه ، انتهى " . أنظر : المستدرک ج ٢ ص ٣٣١ ، العلامة : عبد الرؤوف المناوي ، فيض القدير ج ٣ ص ٣٣٦ نشر المكتبة التجارية الكبرى - مصر - ط أولى سنة ١٣٥٦هـ . قال المناوي " والحديث مع نكاته إسناده نظيف " أ.هـ .

وأما فعله فيما ورد أنه ﷺ باع وكتب ونسخة كتابه "بسم الله الرحمن الرحيم هذا ما اشترى العداء بن خالد بن هوذة من محمد رسول ﷺ اشترى منه عبداً أو أمة لا داء ولا غائلة ولا خبثة بيع المسلم للمسلم"^(١) فدل فعله ﷺ وكتابته على أن الأمر للوجوب^(٢). وروى جويبر عن الضحاك "إن ذهب حقه لم يؤجر، وإن دعا عليه لم يجب لأنه ترك حق الله وأمره".

ووجه الاستدلال من الحديث الشريف: أن النبي ﷺ قد صدر الحديث بقوله ثلاثة يدعون الله فلا يستجيب لهم، وهذا دليل على مخالفة الأمر، إذ العقاب لا يكون إلا على ترك فرض واجب^(٣). فيكون ترك الإشهاد واجبا يعصى بتركه من تركه ويأثم.

(١) الحديث أخرجه البخاري والترمذي، وابن ماجه. أنظر: البخاري، صحيح البخاري ج ٢ ص ٧٣١ الحديث رقم ١٩ باب إذا بين البيعان ولم يكتما ونصحا، نشر دار ابن كثير اليمامة - بيروت - ط الثالثة سنة ١٤٧هـ / ١٩٨٧م تحقيق د. مصطفى البغا، أنظر الترمذي، سنن الترمذي ج ٣ ص ٥٢٠ باب ما جاء في كتابة الشروط، الحديث رقم ١٢١٦ نشر دار إحياء التراث العربي، أنظر: الشوكاني، نيل الأوطار ج ٥ ص ٢٥٢، الحديث رقم ٢٢٧٥ نشر دار الحديث - القاهرة - الطحاوي، مشكل الآثار ج ٢ ص ٢٨٨، نشر دار الكتب العلمية، باب بيان مشكل ماروى عن رسول الله ﷺ من إكتابه العهدة التي اكتتبها للعداء بن خالد.

(٢) الأصل عند علماء الأصول أن الأمر يفيد الوجوب، ما لم يصرفه عن الوجوب إلى غيره صارف من قرينة ونحوها.

(٣) في هذا المعنى، ابن العربي، أحكام القرآن ج ١ ص ٣٢٨ حيث يقول: "قوله تعالى (فاكتبوه) يريد يكون صكاً ليستذكر به عند أجله لما يتوقع من الغفلة في المدة التي بين المعاملة وبين حلول الأجل، والنسيان موكل بالإنسان والشيطان ربما حمل على الإنكار والعوارض من موت وغيره تطراً فشرع الكتاب والإشهاد"، وأنظر: الجصاص، أحكام القرآن ج ١ ص ٦٥٧.

٣- وأما المعقول فقالوا : إن أحد المتبايعين إذا أراد ظلماً للآخر كان الإشهاد أو الكتابة دليلاً عليه ، فيمنع من الظلم الذي يأتى به وإن كان تاركاً لا يمنع منه ، ولو نسي أو وهم فجحد منع من المأثم على ذلك بالبينه والكتابة ، وكذلك ورثتهما بعدهما ، أو لا ترى أنهما أو أحدهما لو وكل وكيلاً أن يبيع فباع هو رجلاً وباع وكيله آخر ولم يعرف أي البيعين أول ؟ لم يعط الأول من المشترين يقول البائع ، ولو كانت بينة أو كتابة ، فأثبتت أيهما أول أعطى الأول ؟ فالكتابة والبينه سبب قطع المظالم وتثبيت الحقوق وكل أمر الله جل ثناؤه ثم أمر رسول الله ﷺ ، الخير الذي لا يعتاض عنه من تركه^(١).

ويؤكد هذا المعنى ما روى عن بعض التابعين والعلماء ، قال سعيد بن جبير : " وأشهدوا إذا تبايعتم " يعني وأشهدوا على حقوقكم إذا كان فيها أجل أو لم يكن فيها أجل ، فأشهد على حقك على كل حال^(٢). وقال جريج : سئل عطاء أيشهد الرجل على أنه باع بنصف درهم ؟ قال : نعم هو تأويل قوله تعالى : ﴿ وأشهدوا إذا تبايعتم ﴾^(٣). وقد روى عن الطبري رحمه الله أنه قال : " أشهدوا على صغير البيع وكبيره ، ولا يحل لمسلم إذا باع أو اشترى ألا يشهد وإلا كان مخالفاً لكتاب الله " (٤) وروى مغيرة عن إبراهيم النخعي قال : " يشهد ولو على دستجة^(٥) بقل^(٦) .

(١) الإمام الشافعي ، أحكام القرآن ج ٢ ص ١٢٦ ، ١٢٧

(٢) الجصاص ، أحكام القرآن ج ١ ص ٦٥٧ .

(٣) المرجع والمكان السابقان .

(٤) العلامة : محمد بن جرير الطبري ، جامع البيان في تفسير أي القرآن ج ٣ ص ٧٣ ط دار المعرفة - بيروت - ط ثالثة عام ١٣٩٨هـ / ١٩٧٨م .

(٥) الددستجة : أعجمية ، معربة أصلها الدسته وهي حزمة ونحوها - تجمع إثني عشر فرداً من نوع واحد ، أنظر : المعجم الوجيز ص ٢٢٧ . وأما البقل فهو من بقل الشيء إذا ظهر ، والبقل كل نابتة في أول ما تنبت ، وقيل البقل كل ما ليس له ساق ، وقال أبو حنيفة : البقل كل ما نبت في بزره ولا ينبت في أرومه نابتة . أنظر : ابن منظور ، لسان العرب ج ١١ ص ٢٤ وقال المطرزي : البقل ما ينبت الربيع من العشب . أنظر : المغرب في ترتيب المعرب ج ١ ص ٨٣ ، المعجم الوسيط ج ١ ص ٦٦ .

(٦) الجصاص ، أحكام القرآن ص ٦٥٧ .

ثانياً : واستدل الآخرون على أن الأمر بالإشهاد إنما هو للندب وليس للوجوب بالكتاب والسنة والمعقول .

١- أما الكتاب فبقوله تعالى : ﴿فإن أمن بعضكم بعضاً فليؤد الذي أؤتمن أمانته﴾^(١) ووجه الدلالة أن الأمر بالكتابة والإشهاد في المبايعات والمدائبات لم يرد إلا مقروناً بقوله تعالى ﴿فإن أمن بعضكم بعضاً﴾ ومعلوم أن الأمن لا يقع إلا بحسب الظن والتوهم لا على وجه الحقيقة ، وذلك يدل على أن الإشهاد إنما أمر به لطمأنينة القلب لا لحق الشرع ولو كان لحق الشرع ما قال ﴿فإن أمن بعضكم بعضاً﴾ ولا ثقة بأمن العباد ، إنما الاعتماد على ما يراه الشرع مصلحة ، فالشهادة متى شرعت في النكاح لم تسقط بتراضيهما وأمن بعضهم بعضاً ، فثبت بذلك أن الأمر بالكتابة والإشهاد مندوب غير واجب وإنما شرع ذلك للطمأنينة^(٢) . وأيضا فإن قوله تعالى : ﴿فإن أمن بعضكم بعضاً لما جاء عقب قوله تعالى : ﴿ولم تجدوا كاتباً فرهان مقبوضة﴾ فلما جاز أن يترك الرهن الذي هو بدل الشهادة جاز ترك الإشهاد^(٣) . وأيضا فإن الأمر بالإشهاد في الآية الكريمة أفاد الندب بقوله تعالى : ﴿فَلَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ أَلَّا تَكْتُبُوهَا﴾^(٤) ويثبت أن الأمر للإرشاد ليس إلا^(٥) .

(١) سورة البقرة ، من الآية رقم (٢٨٣) .

(٢) ابن العربي ، أحكام القرآن ج ١ ص ٣٤٢ ، ابن الجوزي ، نواسخ القرآن ج ٤ ص ٩٦ .

(٣) الجصاص ، أحكام القرآن ج ١ ص ٧١٤ .

(٤) سورة البقرة ، من الآية رقم (٢٨٣) .

(٥) ابن العربي ، أحكام القرآن ج ١ ص ٣٤٢ ، القرطبي تفسير القرطبي ج ٣ ص ٣٨٣ . ص ٣٨٣ .

٢- ومن السنة : استدلووا بفعله ﷺ ، فقد باع النبي ﷺ وكتب وبيع ولم يكتب ولم يشهد واشترى ورهن درعه عند يهودي ولم يشهد . فقد روت السيدة عائشة رضي الله عنها أن النبي ﷺ "رهن درعا له عند يهودي بالمدينة وأخذ منه شعيرا لأهله"^(١) ولو كان الإشهاد واجبا لوجب مع الرهن لخوف المنازعة وقد ثبت أن النبي ﷺ اشترى من أعرابي فرساً فجحده حتى شهد له خزيمه ابن ثابت^(٢) ولم ينقل أنه أشهد في ذلك ، وقد كان الصحابة رضوان الله عليهم يتبايعون في عصره بالأسواق فلم يأمرهم ﷺ بالإشهاد ولا نقل عنهم فعله ، ولم ينكر عليهم النبي ﷺ ذلك .

٣- وأما المعقول : فلأن المبايعه تكثر بين الناس في أسواقهم وغيرها ، فلو وجب الإشهاد في كل ما يتبايعونه لأفضى ذلك إلى الحرج المحطوط عنه في قوله تعالى : ﴿ وَمَا جَعَلَ عَلَيْكُمْ فِي الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ ﴾^(٣) .

المناقشة :

أولاً :

(أ) يناقش ما استدل به الأولون على وجوب الإشهاد والكتابة بقوله تعالى : ﴿ واشهدوا إذا تبايعتم ﴾ بأن الأمر في الآية ليس للوجوب وإنما هو للندب وقد صرفه عن الوجوب إلى الندب سياق الآية الكريمة وقد

(١) الحديث أخرجه : البخاري في صحيحه ج ٢ ص ٧٢٩ نشر دار ابن كثير - اليمامة - بيروت - الحديث رقم ١٩٦٣ .

(٢) الحديث أخرجه : الحاكم في المستدرک ، الحديث رقم ٢١٨٨ عن عمارة بن خزيمه عن أبيه ج ٢ ص ٢٢ نشر دار الكتب العلمية - بيروت - ط أولى سنة ١٤١١هـ / ١٩٩٠ م ، وقال الهيثمي في مجمع الزوائد ج ٥ ص ٣٢٠ نشر دار الريان للتراث سنة

١٤٠٧هـ "رواه الطبراني ورجاله كلهم ثقات " أ.هـ

(٣) سورة الحج ، من الآية رقم (٧٨) .

انتظمت في قوله تعالى : ﴿ فإن أمن بعضكم بعضا ﴾ فدل ذلك على أن الأمر الأول دلالة على الحظ ، ولا فرض فيه يعصى من تركه بتركه^(١) .

ويجاء عنه : بأن أمر الله عز وجل يقتضي عموم الطاعة وهو لا يحصل إلا بالامتثال الكامل وهو لا يكون إلا بالكتابة والإشهاد ، كما لا يجوز نقل أوامر الله تعالى عن الوجوب إلى الندب إلا بنص آخر وكيف يقول الله تعالى ﴿ فاكتبوه ﴾ فيقول قائل لا أكتب ، وكيف يقول ﴿ وأشهدوا ﴾ ، فيقول قائل : لا أشهد؟^(٢) .

وقد أجيب عن هذا الرد : بأن الامتثال وعموم الطاعة يتحققان بالندب فمن شاء فعله ومن لم يفعله مطمئنا إلى صاحبه لم يقع تحت دائرة اللوم لأن الحكم يدور مع علته وجوداً وعدماً ، فمتى وجد الأمان لم يجب الإشهاد^(٣) .

(ب) وقد نوقش الاستدلال من الحديث الشريف " وثلاثة يدعون الله فلا يستجاب لهم " لا دلالة له فيه على وجوب الإشهاد ، ألا ترى أنه ذكر معه من له امرأة سيئة الخلق فلم يطلقها ؟ ولا خلاف أنه ليس بواجب على من له امرأة سيئة الخلق أن يطلقها وإنما هذا القول منه على أن فاعل ذلك تارك للاحتياط . والتواصل إلى ما جعل الله له فيه المخرج والخلاص^(٤) .

ويجاء عن هذا : بأن الحديث صدر الحكم على تارك الإشهاد بعدم إجابة الدعوة ، وهو يستلزم الإثم والمعصية ، لأن الله لا يقبل العمل إلا من

(١) الشافعي ، أحكام القرآن ج ٢ ص ١٢٧ ، ابن الجوزي نواسخ القرآن ص ٩٥ ، ٩٦ .

(٢) ابن حزم ، المحلى ج ٦ ص ٣٥٢ .

(٣) في هذا المعنى ابن العربي ، أحكام القرآن ج ١ ص ٣٢٨ .

(٤) الجصاص ، أحكام القرآن ج ١ ص ٦٥٧ .

طائع ، وعلى فرض التسليم بصحة ما قلموه فإن تارك الإشهاد تارك للأحظ وهو مستلزم اللوم لأنه خلاف الأفضل^(١).

(ج) ويناقدش ما استدلووا به من فعله ﷺ بكتابته في البيع بأنه ثبت عنه ﷺ أنه باع وأشهد وبيع ولم يشهد^(٢) ، بل رهن درعه عند يهودي ولم يشهد ، وفي ذلك دلالة على التسوية بين الفعل والتارك ولو كان واجبا لما تركه النبي ﷺ في الرهن لخوف المنازعة^(٣).

(د) ويناقدش ما استدلووا به بما روى عن سعيد بن جبير وعطاء وإبراهيم بأنهم إنما فعلوه آخذاً بالأحوط وأنهم رأوه ندبا لا واجبا مفروضا يعصى بتركه من تركه^(٤).

(هـ) ويناقدش ما استدلووا به من المعقول من خوف وجود الظلم من أحد الطرفين للآخر وخوف الجحود بأن الإشهاد ليس ممنوعا ، فمن دعى إليه وجب عليه به إن أباه ، لأن من حقه ألا يأتمنه ولذلك فإننا نقول بأن من باع سلعة لغيره يجب عليه الإشهاد على البيع ، فإن لم يفعل ضمن لأن رب السلعة لم يرض بائتمانه ، وكذلك كل ما منه حق لغائب الإشهاد فيه واجب قال تعالى في الزانيين : ﴿وَلْيَشْهَدْ عَدَابَهُمَا طَائِفَةٌ مِّنَ الْمُؤْمِنِينَ﴾^(٥) فأمر بالإشهاد لما يتعلق بذلك من حق غيره ومن ذلك اللعان لا يكون إلا بمحضر جماعة من المؤمنين لانقطاع نسب الولد^(٦).

(١) ابن العربي، أحكام القرآن ج ١ ص ٣٢٨ .

(٢) المرجع السابق، نفس المكان.

(٣) في هذا المعنى ابن العربي ، أحكام القرآن ج ١ ص ٦٥٧ .

(٤) الجصاص ، أحكام القرآن ج ١ ص ٦٥٧ .

(٥) سورة النور ، من الآية رقم (٢) .

(٦) ابن فرحون تبصرة الحكام ج ١ ص ٢٤٩ .

ثانياً : (أ) يناقش ما استدل به أصحاب القول الثاني من الكتاب بأن الأمر الوارد في قوله تعالى : ﴿ وأشهدوا إذا تبايعتم ﴾ ليس مصروفاً عنه للندب بقوله تعالى ﴿ فإن أمن بعضهم بعضاً ﴾ فقد يأمن الرجل أخاه وقد لا يأمنه ، إذن فالأمر كما يحتمل الندب يحتمل الوجوب ولا صارف له عن الوجوب مؤكداً فيبقى على إطلاقه^(١) .

ويجاء عن هذا : بأن الأمر بالإشهاد لو كان واجباً لما تركه النبي ﷺ لأنه لا يترك الواجب وكذا الصحابة من بعده لكنه تركه ، فلا يكون واجباً^(٢) .

(ب) ويناقش ما استدلوا به من المعقول ووقوع المعاملة بين الناس في أسواقهم وأن الإتيان بالإشهاد والكتابة يشق عليهم بأنه مدفوع بوجوب الإشهاد أو الكتابة فيما لا يأمن الشخص فيه أخاه من خوف الجحود والإنكار مما قد يطول التعامل بشأنه كالعقارات والدور والديون التي يطول أجلها وقد تيسرت الكتابات في هذه الأيام بعد أن كانت نادرة في الصدر الأول فلا حرج في ذلك^(٣) .

الترجيح :

وبعد عرض أدلة الفريقين ومناقشتها ، يظهر لي والله أعلم أن الأمر الوارد في الآية الكريمة لا يفيد الوجوب نظراً لما تنتظمه الآية من الدلائل التي تصرف الأمر عن الوجوب إلى الندب ونظراً لما جرى بين الصحابة والتابعين رضوان الله عليهم ولما فعله الناس بمحض من الفقهاء من جريان البيع بلا

(١) في هذا المعنى ابن فرحون تبصرة الحكام ج ١ ص ٢٤٩ نشر دار الكتب العلمية .

(٢) في هذا المعنى الجصاص ، أحكام القرآن ج ١ ص ٦٧٠ .

(٣) ابن فرحون ، نصيرة الحكام ج ١ ص ٢٤٩ إذ يقول " ولذا وجب على كل من باع سلعة لغيره الإشهاد على البيع ، فإن لم يفعل ضمن ، لأن رب السلعة لم يرض بائتمانه وكذلك كل ما فيه حق لغائب فالإشهاد فيه واجب " أ.هـ .

إشهاد ، وأيضا فإن الإشهاد لو كان واجبا مفروضا لما تركه النبي ﷺ وغير ذلك من المرجحات^(١) .

أقول :

ولما كانت المعاملات في زماننا هذا تحتاج إلى التوثيق بالكتابة والإشهاد نظراً لما قد يطرأ من النسيان والجحود والموت وغير ذلك من الأسباب المفضية إلى جحود الحقوق ونكرانها ، بل ضياعها بالكلية فإنني - أرى - والله أعلم - أن القول بوجود الإثبات والتوثيق بالكتابة خاصة في الأموال العقارية أمر تستدعيه ضرورة العصر الذي نعيشه خصوصاً وأن ذلك في سياق المصلحة العامة وحيث وجدت المصلحة فثم شرع الله ، ويؤكد هذا المعنى القاعدة الفقهية القائلة " لا ينكر تغير الأحكام بتغير الأزمان "^(٢) . فقد يحدث أن تغير

(١) وقد رجحت هذا القول ، لأن الترجيح ينبغي أن يكون بعيداً عن الهوى ، بل محتكماً إلى جوهر النصوص وما تشير إليه ، ولا يعني هذا أن ما ذهب إليه بعد ذلك من القول بوجود الكتابة والتوثيق أن هناك تعارضاً بين الترجيح وبين رأيي الخاص ، لأن ما ذهب إليه مستند إلى دليل آخر غير ما ذكره أصحاب الرأي القائل بالندب ، فقد استندت إلى المصالح المعتبرة ، والآثار وغير ذلك كما سيرى القارئ الكريم إن شاء الله .

(٢) قاعدة " لا ينكر تغير الأحكام بتغير الأزمان " قاعدة فقهية متفرعة عن القاعدة الكلية الكبرى " العادة محكمة " وهي نص المادة (٣٩) من مجلة الأحكام العدلية أنظر: علي حيدر : درر الحكم ج ١ ص ٤٨ نشر دار الجليل ، ومعنى القاعدة : أن تغير الأوضاع والأحوال الزمنية له تأثير كبير في كثير من الأحكام الشرعية الاجتهادية فإذا كان عرف الناس وعاداتهم يستدعيان حكماً ، ثم تغير إلى عرف وعادة أخرى ، فإن الحكم يتغير إلى ما يوافق ما انتقل إليه عرفهم وعاداتهم وهكذا تتغير كيفية العمل بمقتضى الحكم باختلاف العادة عن الزمان السابق وأما الحكم الثابت بالنص فلا يتغير فمثلاً أثبت الشارع خيار الرؤية لمن اشترى شيئاً لم يره وهذا ثابت بالحديث الشريف عن النبي ﷺ أنه قال : " من اشترى شيئاً لم يره فهو بالخيار إذا رآه (أخرجه الدراقطني وابن أبي شيبة في مصنفه والبيهقي في سننه، =

الناس في بعض تعاملاتهم نظرا لتغير بعض الأخلاقيات التي يجب أن يتحلى بها المسلم ، ولذلك تتغير بعض الأحكام بقدر ما تتغير أخلاقهم . فقد ورد عن الإمام عمر رضي الله عنه قوله : " يحدث للناس أفضية بقدر ما يحدثون في أمور دينهم"^(١) وورد عن السيدة عائشة رضي الله عنها أنها قالت : " يحدث للناس فتاوى بقدر ما أحدثوا"^(٢) وقال إمام دار الهجرة : " يحدث للناس أفضية على نحو ما أحدثوا من الفجور"^(٣).

=وفي سنده مقال ، أنظر: نصب الراية ج ٤ ص ٤٤١ ، نشر دار الحديث) وبناء على هذا النص فإنه لما كانت الدور تبنى على نمط واحد قال المتقدمون من الفقهاء يكفي لسقوط خيار الرؤية رؤية بيت واحد منها ، حيث جرت العادة بذلك ، ولكن لما اختلفت طرز الإنشاءات وصارت الدور تبنى على كفيات مختلفة رجح المتأخرون قول زفر وهو : أنه لا بد من رؤية كل البيوت ليسقط خيار الرؤية ، فهذا ليس اختلاف حجة وبرهان ، بل اختلاف عصر وزمان " أنظر: د.عبد العزيز عزام ، القواعد الفقهية ص ٢٩١ ، علي حيدر درر الحكام ، شرح المادة (٣٩) من مجلة الأحكام العدلية ج ١ ص ٤٨ .

(١) الإمام : ابن الجوزي ، سيرة أمير المؤمنين عمر بن الخطاب ص ١١٨ ، وقد نقل بعض الفقهاء هذا المعنى عن السيدة عائشة رضي الله عنها والإمام عمر بن عبد العزيز رضي الله عنه والإمام مالك رحمه الله والعلامة عز بن عبد السلام ، وغيرهم ، أنظر: الزركشي ، البحر المحيط ج ١ ص ١٣١ ، ابن حزم ، الإحكام ج ٦ ص ٢٦٤ ، ابن القيم ، إعلام الموقعين ج ٤ ص ٢٦٠ ، أحمد بن محمد الخلوئي ، بلغة السالك ج ٢ ص ١٥٢ ، ابن مهنا التفراوي ، الفواكه الدواني ج ١ ص ١٠٩ ، ابن حجر ، فتح الباري ج ١٣ ص ١٤٤ .

(٢) الأثر أخرجه البخاري من رواية مالك عن عبد الله بن يوسف ، أنظر: فتح الباري ج ١٣ ص ١٤٤ ، نشر دار المعرفة - بيروت - سنة ١٣٩٧هـ بتحقيق محمد فؤاد عبد الباقي ، محب الدين الخطيب شرح الزرقاني على الموطأ ج ٢ ص ١٠ نشر دار المعرفة - بيروت - سنة ١٣٩٧هـ .

(٣) أخرجه الزرقاني ، شرح الزرقاني على الموطأ ج ٢ ص ١٠ ، وابن حجر في فتح الباري ج ١٣ ص ١٤٤ .

وقد قشا في هذه الأيام الجحود والنكران ، وخراب الذمم مما يوجب على ولي الأمر التدخل بسن تشريع يضمن لذوي الحقوق حقوقهم ولا يتعارض هذا مع الكتاب والسنة ، بل المصلحة تقتضيه^(١) ، فقد كان ترك الإشهاد والكتابة يوم أن كانت النفوس زاكية بالإيمان عامرة باليقين ، في الصدر الأول من الإسلام، لكن التطور الذي نعيشه اليوم في حياتنا المدنية وما نسمع عنه ونشاهده ونقرؤه في الصحف ووسائل الإعلام من وقوع الفواحش والسرقات وأعمال النصب والقرصنة يوجب على أولياء الأمور في بلادنا الإسلامية أن يتدخلوا بسن التشريعات والقوانين واللوائح التي تضمن لذي الحقوق حقوقهم وذلك بوضع قواعد معينة لتوثيق الحقوق وخاصة الأموال العقارية لما تمثله من ثروة اقتصادية هائلة يؤدي ضياعها إلى الإضرار باقتصاد البلاد وهذا من المصلحة العامة ، ولما يؤدي إليه ترك الكتابة والتوثيق من وقوع المفاسد ومعلوم أن "درء المفاسد مقدم على جلب المصالح"^(٢) وقد ثبت أن عمر ﷺ قد تدخل بوضع أحكام تتناسب مع طبيعة عصره فقد ثبت عنه أنه غير أثر الطلاق الثلاث بلفظ واحد فجعله طليقة واحدة بعد أن كان

(١) وليس هناك ثمة حرج في الأخذ بالقول الضعيف، فقد تقرر عند المالكية تقديم القول الضعيف الذي يجري به العمل علي القول الراجح في زمن من الأزمنة أو مكان من الأمكنة لتقدم عرف أو عروض جلب مصلحة أو درء مفسدة ، فيرتبط العمل بالموجب وجودا وعندما كما يقول شارح التحفة ، وبنوا علي ذلك مئات المسائل ، أنظر: العلامة الشيخ عبدالله بن سليمان بن منيع في تقديمه لكتيب: إفعال ولا حرج للدكتور سلمان بن فهد العودة ١٤٤٤. نشر: دار الإسلام اليوم للإنتاج والنشر، ط: ثانية سنة ١٤٢٨هـ.

(٢) قاعدة فقهية معناها : أنه إذا تعارضت مفسدة ومصلحة قدم دفع المفسدة غالبا ، لأن اعتناء الشارع بالمنهيات أشد من اعتناؤه بالمأمورات . أنظر: السيوطي ، الأشباه والنظائر ، مطبوع مع غمز عيون البصائر للحموي ج ١ ص ٢٩٨ .

على عهد رسول ﷺ ثلاثا وذلك لما رآه من تهاون الناس في ذلك ، وهناك العديد من الوقائع التي تثبت جواز تدخل ولي الأمر بوضع أحكام تضمن تحقيق المصلحة ودرء المفسدة فلا حرج على ولي الأمر أن يتدخل بوضع نظام للتوثيق يكون محكما ودقيقا يتضمن اشتراط قواعد معينة لمن يريد تسجيل حقه المالي من العقارات ، وذلك محافظة على المصلحة العامة ، وفي الأمر من السعة ما يسمح بذلك ، إذ ليس في الكتاب والسنة ولا في إجماع علماء الأمة ما يمنع من اشتراط نظام معين لتسجيل الأموال العقارية وحمايتها من الجحود والنكران ، والتزوير الذي قد يقع في كثير من الأحيان ، فهذا فيما نعتقد أنه من الأمور التي يسمح فيها للحاكم التدخل لأجل المصلحة ، ثم إن حماية الأموال العقارية بتوثيقها وتسجيلها أمر تقضيه مصلحة الجماعة ، فلا حرج من القول بوجوب التوثيق إذا كان المال عقاراً نظراً لما للعقار من أهمية تسمو على غيره من الأموال ولست في هذا بدعا من الفقه فقد سبقني إلى هذا الرأي (أي القول بوجوب التسجيل العقاري) غير واحد من فقهاء الشريعة الإسلامية المحدثين منهم الشيخ علي الخفيف رحمه الله إذ يقول^(١) : " قد دل الاستقراء والنظر في كتاب الله تعالى ، وفي سنة رسوله ﷺ على أن شريعة الله تعالى في الأموال ، وما يتصل بها من النظم والمعاش معللة بمصالح الناس ، وأنها ما فرضت إلا لخيرهم وصلاحهم ، ألا يرى أن رسول الله ﷺ نهى عن بيع ما ليس عند البائع ولكنه رأى حين رأى أهل المدينة يسلفون ، فيبيعون بأثمان عاجلة ما ليس عندهم وقت البيع على أن يكون تسليم ما باعوه بعد

(١) راجع الشيخ علي الخفيف ، بحثه السابق ، شهر العقار وتسجيل التصرفات وموقف الشريعة الإسلامية من ذلك ، منشور ضمن مجموعة أعمال الحلقة الدراسية لقوانين الشهر العقاري في البلاد العربية ٢١ : ٢٦ مارس (آزار) سنة ١٩٧٢م ، من منشورات جامعة الدول العربية ص ٥٥٦ : ٥٦٠ .

أجل محدود ، رخص في ذلك بعد أن هدّبه وكمل نقصه بقوله ﷺ : " من أسلف فليسلف في كيل معلوم أو وزن معلوم إلى أجل معلوم " (١) وهذه المعاملة المعروفة باسم السلم أو السلف ، روى حكيم بن حزام قال : " قلت لرسول الله ﷺ يأتيني الرجل ، فيسألني عن البيع ليس عندي ما أبيع منه ، ثم أبتاعه من السوق ، فأسلمه له ، فقال ﷺ : " لا تبع ما ليس عندك " (٢) والمعنى لا تبع ما ليس حاضراً عندك ، ولا غائباً في ملكك وتحت حوزتك ، ولكنه ﷺ حين قدم المدينة ورأى الناس يسلفون في الثمار السنة والستين ، ورأى حاجتهم إلى ذلك بادية ، رخص في ذلك ، بعد أن أكمله ، وكذلك " نهى النبي ﷺ عن بيع التمر بالتمر بخرصه " (٣) ولكن رجالاً من الأنصار يحاولون لا نقد عندهم يتعاون به ، رطباً ويأكلون مع الناس ، وعندهم من التمر زيادة

- (١) الحديث : أخرجه الترمذي في سننه عن أبي عباس قال : ثم قدم رسول الله ﷺ المدينة وهم يسلفون في التمر ، فقال : " من أسلف فليسلف في كيل معلوم ووزن معلوم إلى أجل معلوم " راجع الترمذي ، سنن الترمذي ، باب ما جاء في السلف في الطعام والتمر الحديث رقم ١٣١١ ج ٣ ص ٦٠٢ نشر دار إحياء التراث العربي - بيروت - تحقيق الشيخ أحمد شاكر ، وأخرجه أيضاً الدارقطني في سننه الحديث رقم ٥ ج ٣ ص ٤ نشر دار المعرفة - بيروت - سنة ١٣٨٦هـ / ١٩٦٦م ، تحقيق : السيد عبد الله هاشم يماني ، وأخرجه الشافعي في مسنده ص ١٣٩ ، نشر دار الكتب العلمية - بيروت - أنظر : تلخيص الحديث ج ٣ ص ٣٢ .
- (٢) رواه الخمسة ، وأخرجه البيهقي في السنن الكبرى ، باب طلب الحلال واجتناب الشبهات ، الحديث رقم ١٠٢٠٢ ج ٥ ص ٢٦٧ نشر مكتبة دار الباز - مكة المكرمة - سنة ١٤١٤هـ / ١٩٩٤م ، وأخرجه الزليعي في نصب الراية ج ٤ ص ٩ نشر دار الحديث - مصر - سنة ١٣٥٧هـ قال : رواه الأربعة ، وحسنه الترمذي " أ.هـ .
- (٣) الخرص في اللغة هو : التقدير ، راجع الفيومي ، المصباح المنير ص ١٦٧ كتاب الخاء فصل الخاء مع الراء وماثلهما ، نشر المكتبة العلمية - بيروت - .

عن قوتهم شكوا إلى رسول الله ﷺ حاجتهم إلى الرطب ليكون لهم منه ما يكون للناس ، ترخص لهم أن يبتاعوا العرايا بخرصها من التمر ، " والعرايا : نخلات يشتري رطبها بخرصها من التمر " ، فقد رأى أن رسول الله ﷺ " نهى عن بيع التمر بالتمر ورخص في العرايا أن تشتري بخرصها يأكلها أهلها رطبا" (١) .

ومؤدى ذلك :

أنه ﷺ إنما رخص في العرايا بقدر الحاجة ، ولذا ورد أنه أباح فيها الوسق (٢) والوسقين والثلاثة والأربعة (٣) .

وحين فتح الله على المسلمين أرض السواد بالعراق والشام ، فكانت غنيمة لهم يملكونها - بمقتضى ما جاء فيها من النصوص التي تقضي قسمتها بين الغانمين رأى عمر - خلافا لذلك - وقفها على مصالح المسلمين ، ليكون

(١) متفق عليه ، والحديث أخرجه مسلم في صحيحه في باب العرايا ، الحديث رقم ١٥٣٩ ج ٣ ص ١١٧٠ ، نشر دار إحياء التراث العربي ، بيروت ، تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي ، وأخرجه البخاري في صحيحه ج ٢ ص ٧٦٠ ، الحديث رقم ١٥٣٩ نشر دار إحياء التراث العربي - بيروت - وأنظر: عبد الله بن علي بن الجارود النيسابوري ، المنتقى ج ١ ص ١٦٥ ، الحديث رقم ٦٥٨ ، نشر مؤسسة الكتاب الثقافية ، ط أولى سنة ١٤٠٨هـ / ١٩٨٨م - بتحقيق عبد الله عمر البارودي .

(٢) الوسق : مكيلة معلومة ، وقيل هو حمل بعير وهو ستون صعا بصاع النبي ﷺ وهو خمسة أرتال وثلث ، فالوسق على هذا الحساب ثلاثمائة وعشرون رطلا عند أهل الحجاز وأربعمائة وثمانون رطلا عند أهل العراق على اختلافهم في مقدار الصاع ، أنظر: ابن منظور ، لسان العرب ج ١٠ ص ٣ الزخشي ، أساس البلاغة ج ١ ص ٦٧٥ ، ابن فارس ، معجم مقاييس اللغة ج ٦ ص ١٠٩ .

(٣) أنظر: الإمام مسلم ، صحيح مسلم ج ٣ ص ١٧١ ، الحديث رقم ١٥٤١ عن أبي هريرة ثم إن رسول الله ﷺ رخص في بيع العرايا بخرصها فيما دون خمسة أسواق " أ.هـ .

خراجها في سد الثغور ، ونفقات الغزاة ، والمرابطين ، وما إلى ذلك من مصالح المسلمين.

وكذلك زاد عقوبة شارب الخمر عما كانت في عهده ﷺ حين رأى أنها أصبحت غير رادعة ولا زاجرة ، وزاد عثمان ؓ أذانا ثانيا يوم الجمعة حين رأى أن أذانا واحدا [وهو ما كان على عهد رسول الله ﷺ] غير كاف للإعلام بدخول وقت الصلاة ، لازدياد العمران ، وكثرة المسلمين ، ومثل ذلك من الآثار كثير ، وهو دليل سليم على جواز التغيير والتقييد فيما تدعو إليه المصلحة المعتبرة ، وقد أقرّ أو شرّع بناءً على ذلك .

وقد بعث رسول الله ﷺ والناس على ما ورثوه في أمر المبيعات ، وما يتصل بها ، وما يترتب عليها من آثار بمجرد صدورهما وإبرامها بأقوالهم ، وقد كان ذلك كفيلاً بتحقيق بمصالحهم دون ضرر يلحق بهم ، فكان البيع يتم بمجرد الإيجاب والقبول ، وتترتب عليه آثاره دون توقف على أمر آخر من قبض أو كتابة أو إشهاد^(١) ، وكان ذلك هو الشأن في غيره من التصرفات فأقرهم على ذلك ، غير أنه أمرهم بالإشهاد على البيع ، وجعل القبض في الهبة والإقراض شرطا لترتيب آثارها عليها في تمليك الشخص ما وهب له حتى يقبضه ، ولا يتم القراض إلا بتسليم رأس المال إلى العامل ، ولم يجعل الإشهاد على البيع شرطا لترتيب أثره عليه ، ولكنه على ما بينا أمر به ووصفه بأنه أقسط عند الله وأوجب وأعدل ، وكان إيجابه على ما أشرنا إليه من آراء للفقهاء ، وظل الأمر على هذا الوضع إلى الأعصر المتأخرة ، ولقد حدث تطور كبير في

(١) الشيخ على الخفيف ص ٥٥٦ ، ٥٥٧ د. محمد الشحات الجندي أصول التشريع الإسلامي ص ٢٢٣ وما بعدها ، د. محمد منصور حمزة ، مذكرات في التوثيق ص ١١٤ نشر دار الهدى للطباعة ، مصر .

أخلاق أهلها ومعاملاتهم ، وعاداتهم واقتصادياتهم وأوضاع تصرفاتهم المالية ، وأغفلوا جانب الدين والخلق في جوانب كثيرة ، من معاملاتهم وحياتهم ، وخاصة جانب مبيعاتهم^(١) ، وتصرفاتهم المالية ، فكان فيها كثير من الغش والخداع ، وضروب من التظاهر باليسار والسعة والإغراء والتغريب ، حتى أصاب الناس من ذلك ضرر شديد ، فدعا ذلك المفكرين وأولي الرأي إلى النظر في وسائل الإصلاح ومكافحة ما أمكن من طرائق الإضرار ووسائله ، وقد روى أن أشدها أصاب الناس في هذا المجال من ضرر هو التصرفات العقارية ، وذلك لعدم ظهور اليد ، والحيازة في العقار نتيجة لوضعه وهيئته ، والاعتماد في تملكه وحيازته على الأقوال والإقرار أو المستندات العرفية التي قد تكون باطلة ومزورة في حين أن العقار هو أساس الثروة الثابتة المستقرة وطرق الإصلاح فيه ميسرة لثبوته واستقراره ، فرؤى لذلك أن الشارع وقد أمر بالإشهاد على التصرف في البيع درءاً لكثرة ما فيه من الضرر نتيجة لما أقبل عليه الناس من التضليل والخداع ، وأن مجرد الإشهاد المأمور به^(٢) ، غير كاف في حماية هذه الثروة ، فقد يأبى الشاهدان أن يشهدا ، وقد يدركهما الموت ، قبل الالتجاء إليهما وأن في تسجيل التعاقد في سجلات محفوظة يرجع إليها خير ضمان لحفظ الحقوق وظهورها وتعريفها عند الحاجة إلى تعريفها ، وخير واق لعدم ترددي الناس فيما ينصب لهم من شرك تسلب بها أموالهم ، وتضيع بها حقوقهم ، وأجدى وسيلة للحيلولة دون ما يشاهد من نزاع وتخاصم قد يؤديان إلى سفك الدماء بسبب ما يرتكب

(١) الشيخ علي الخفيف ، المرجع السابق ص ٥٥٨ ، والمرجع السابق الإشارة إليها.
(٢) الشيخ علي الخطيف ، المرجع السابق ص ٥٥٩ ، وفي هذا المعنى د. كمال جوده أبو المعاطي توثيق الدين بالكتابة ، مذكرات ألقى على طلبه الدراسات العليا بكلية الشريعة والقانون بالقاهرة عام ١٩٩٠ م. نشر دار الهدى للطباعة مصر.

في هذه السبل من احتيال وافتراء ، بذلك تتحقق المصلحة التي قصدها الشارع الحكيم من الأمر بالإشهاد والتأكيد على اتباعه ، غير أن ذلك لا يأتي بثمرته إلا إذا اتبع الناس ذلك في تصرفاتهم ، وتمسكوا به فلم يغفلوه ، ولا يتحقق بمجرد الطلب ولا يكون ذلك إلا نتيجة لحملهم عليه بوسائل رادعة ، تدعوا إلى رد قصدهم من تصرفاتهم عليهم ، وعدم وصولهم منها إلى ما يبتغون إذا خالفوا ما أمروا به^(١).

وعلى ذلك :

رؤى ألا يكون للتصرف في العقار بعض آثاره على الأقل حتى يسجل ، وذلك ما يختلف باختلاف البلاد وأوضاع العقار فيها ، وما لأهلها من ثقافة وقدرة ودراية على اتباع النظام والالتزام بتنفيذه ، وبناءً على ذلك :
 شرع نظام التسجيل والشهر للتصرفات العقارية ، وطبق على جميع أسباب الملك في العقار وفي الحقوق العينية التي ترتب عليه ، واختلف باختلاف البلاد ، فمنه النظام الشخصي الذي يقوم على شخص المتصرف ، ومنه النظام العيني الذي يقوم على عين العقار كل التصرف وكلاهما تختلف طرقة وأناظيمه بحسب اختلاف البلاد .

وعلى أية حال :

فقد بينا أن شرعية التسجيل دائما توجبها المصلحة المتبعة من الشارع الحكيم ، كما أن ما رتب على مخالفتها من آثار ترجع إلى إرجاء بعض ما للتصرف من نتائج إلى ما بعد التسجيل لا يعد خلافا ولا معارضة لما شرعه الله تعالى ، فإن الشارع الحكيم حين شرع للناس لم يعمد إلى بغتهم ولا ليرهقهم بشرع جديد مستحدث ليس لهم به ألف ولا معرفة ، وإنما أراد إصلاح ما هم عليه من شريعة ، فأقر ما به صلاح أمرهم حين ذلك ، إذا كان

(١) أنظر المراجع السابقة ، نفس المواضع.

ذلك هو الغرض من شرعه^(١)، فأكمل ما وجدته ناقصا ، وأصلح ما رآه فاسداً ، وطهر ما شابه من دنس، مما لا يستقيم عليه حالهم ولا تسعد به حياتهم ، ولا يسلم معه مجتمعهم، ولا تطيب معاشهم^(٢).

وعلى ذلك :

إذا تغيرت حالهم وبيئتهم وأخلاقهم وذلك نتيجة لعوامل التطور وأسبابه وهو سنة اجتماعية لا يجيد عن التعرض لها والخضوع لسلطانها فانتهت بسبب ذلك أسباب ودواع كانت الأساس والعللة لفرض شريعة خاصة من الشرائع وحلت محلها أسباب أخرى ، وحدثت حاجات لم تكن دعت إلى تغيير ما كان قائما أو تقييده ، وذلك لما صار إليه من عدم وفائه بالغرض وعدم تحقيقه للمصلحة ، فإن أصول الشريعة ومبادئها تقضي بوجود الاستجابة لهذا التغيير من تقييد أو تخصيص ، طلبا للمصلحة مادام أن ذلك هو ما تقتضيه روح الشريعة ، ولا يخالف أصولها ومبادئها العامة ، ولا يعارض ما جاء به نص من كتاب أو نص من سنة صحيحة واجبة الاتباع ، فقد حدث ذلك التغيير أيام عمر رضي الله عنه ، إذ زاد في حد شرب الخمر عما كان عليه زمن رسول الله صلى الله عليه وسلم ، وغير أثر الطلاق الثلاث بلفظ واحد عما كان عليه زمن رسول الله صلى الله عليه وسلم ، وزمن خلافة أبي بكر ، وغير قسمة الغنائم من الأرض عما سنه الرسول صلى الله عليه وسلم قبل وفاته ، ولم يجد السارق حد السرقة ، في عام المجاعة لعدم توفر شروط الحد ، وكان ذلك حكما شرعيا شرعه الشارع الحكيم^(٣).

(١) الشيخ على الخطيف ، المرجع السابق ص ٥٦٠ د. محمد حمزة ، المرجع السابق ص ١١٥ وما بعدها.

(٢) المرجعان السابقان نفس المكان.

(٣) الشيخ على الخطيف، المرجع السابق ص ٥٥٩، الشيخ الدكتور/ محمد أنيس عباده، تاريخ الفقه الإسلامي، التدرج في التشريع ص ٦٥ وما بعدها نشر مطبعة حجازي، القاهرة.

وعلى ذلك :

يرى أن ليس في نظم التسجيل وما ترتب عليها مخالفة للشريعة الإسلامية ، بل إنه ليرى أنها نظم دعت إليها المصلحة التي اعتبرها الشارع كما دلت على ذلك آية المداينة^(١) ويقول الشيخ عبد الرحمن بن محمد الدوسري : (وأما دعواهم تعامل الصدر الأول من المسلمين بغير كتابة ولا إشهاد فهي على إطلاقها باطلة ، فإنه لم يؤثر عن الصحابة الذين يحتاج بمعاملاتهم ولا عن التابعين شيء صحيح يؤيد هذه الدعوى ولكن اغتر هؤلاء القائلون من الفقهاء بعدم الوجوب برؤيتهم لمعاملات أهل عصرهم التي عمت فيها الثقة واشتهرت ولم يرووا فيه عن الصحابة شيئاً واقعا ، ولا عبرة بما يعتاده أهل العصور من عدم الكتابة لحصول الثقة والاشتمزاز من الكتابة فإن هذا لا يغير الحكم الشرعي ، وقد شاهدنا في أوائل عمرنا شيئاً من ذلك ، ولكن حصل التغيير ونحن باقون على قيد الحياة ، فالقول بالوجوب متعين خصوصاً في هذه العصور المادية التي ضعف فيها الوجدان ، وفسدت الضمائر لاسيما مع القاعدة الأصولية أن الأمر للوجوب ما لم تصرفه قرينة^(٢) . ففي هذه النقول وغيرها ما يجعلنا نطمئن إلى القول بوجوب تسجيل العقار والتصرف الوارد عليه بالبيع أو غيره ، والله أعلم^(٣) .

(١) الشيخ علي الخفيف ، المرجع السابق ص ٥٥٦ : ص ٥٦٠ بتصرف وفي هذا المعنى د. / محمد الشحات الجندي ، أصول التشريع الإسلامي ص ٢٣٣ . نشر دار الإسراء للطباعة .

(٢) تفسير صفوة الآثار ج ٣ ص ٥٦٥ .

(٣) للمزيد من ذلك راجع : أ.د/ سالم خليفة التاجي ، عرض خاص لنظام التسجيل العيني في الجماهيرية العربية الليبية ص ٢٥٨ : ص ٢٦٠ ، بحث منشور ضمن منشورات جامعة الدول العربية ، وثائق ونصوص ١٠ ، مجموعة أعمال الحلقة الدراسية لقوانين الشهر العقاري في البلاد العربية ٢١ — ٢٦ مارس (آذار) سنة ١٩٧٢ م طبعة ١٩٧٣ م ، أ. / محمد طاهر السنوسي ، القانون العقاري التونسي ج ١ ص ١١٥ .

الفصل الثاني إجراءات التسجيل العقاري في الفقه والقانون

توطئة :

إن النظم التي تأخذ بنظام التسجيل الشخصي أو التسجيل العيني تشترط لنقل الملكية في العقار تسجيل العقار بواسطة الدائرة المختصة بتوثيق وتسجيل العقارات ، أو بموجب حكم قضائي في الدعوى التي يرفعها المشتري على البائع الممتنع عن الذهاب معه للتسجيل ، وهذا النظام شائع في كثير من الدول الأوروبية ، وبعض الدول العربية ومنها مصر وسوريا ، وغيرها وبحسب النظام العيني الذي يتم العمل به في المملكة العربية السعودية والذي صدر مؤخراً^(١) .

وتلتزم الدول التي أخذت بقانون السجل العيني بجميع الأحكام المنبثقة عن هذا القانون وخاصة ذلك الأثر الذي يجعل للسجل العيني القوة المطلقة ، فكل ما يدون في هذا السجل من بيانات - بعد فحص وتمحيص كاملين - يجوز الحجية على الكافة ولا يجوز الطعن فيه مجال من الأحوال .

ومعلوم أن هناك من العقود ما يُشترط لزمها الإجراءات الشكلية بحيث يستلزم النظام للعقد شكلاً معيناً يجب إفراده فيه وإلا كان العقد باطلاً وذلك مثل عقد الهبة^(٢) وعقد الرهن بنوعيه الرسمي^(٣) ،

(١) بقرار معالي وزير العدل رقم ٤٤٩٧ وتاريخ ١٤/٦/١٤٢٥هـ والمتضمن الموافقة على إصدار اللائحة التنفيذية لنظام التسجيل العيني للعقار المرافقة لهذا القرار .

(٢) الهبة لغة مأخوذة من هبت الريح إذا هاجت ، ومعناها : التبرع ، الفيومي ، المصباح المنير ص ٦٣٣ ، الشريف الحرجاني ، التعريفات ص ٨٢ ، وفي اصطلاح الفقهاء : هي تمليك العين حال الحياة بلا عوض ، النووي ، يحيى بن زكريا ، روضة الطالبين ج ٢ ص ٢٧٠ الرهن لغة الثبوت والدوام ومعناه الحبس ، الفيومي ، المصباح المنير ص ٢٤٢ ، وفي اصطلاح الفقهاء : وثيقة دين بعين يستوفى منها عند تعذر الوفاء ، وفي هذا المعنى البهوتي ، كشاف القناع ج ٣ ص ٣٢٠ .

(٣) الرهن الرسمي : هو عقد يكتسب الدائن بموجبه حقاً عينياً على عقار مخصص للوفاء بدينه ، ويكون له بمقتضاه أن يتقدم على الدائنين العاديين والدائنين التالين له في المرتبة في استيفاء حقه من ثمن ذلك العقار في أي يد يكون ، ولا ينعقد الرهن =

والحيازي^(١) وأعتقد من وجهة نظري أن عقد البيع يجب أن يدخل في نطاق هذه العقود .

والسؤال الذي يطرح نفسه هنا :

هل يتسع الفقه الإسلامي لاحتواء مثل هذه الحالات التي أصبحت ضرورة تقتضيها طبيعة المعاملات في عصرنا الحاضر؟ وهل يتسع هذا الفقه لاشتراط الشكلية في بعض العقود في وقت خربت فيه الذمم وأصبح الناس في حال غير الحال التي كان عليها الرعيل الأول من الصحابة والتابعين ﷺ؟ وهل يُعد اشتراط التسجيل لنقل الملكية من المصالح^(٢) التي يفوض النظر فيها الإمام والأمة ونحوه مكانته حق إصدار تشريع يتضمن ذلك في الأمور التي لا تنكرها الشريعة الغراء وفقهها العريق؟

=الرسمي إلا بتسجيله راجع الكتاب الرابع ، الباب الأول ، المواد من (١٠٣٠ : ١٠٨٤) من القانون المدني المصري ، وراجع في شرح القانون المدني المصري مع المقارنة بالتشريعات ، د. عبد الرازق أحمد السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني المصري "التأمينات العينية" .

(١) الرهن الحيازي : هو عقد يتم بمقتضاه احتباس مال في يد الدائن أو يد عدل ضمانا لحق يمكن استيفاؤه منه كله أو بعضه بالتقدم على سائر الدين . . راجع الكتاب الرابع ، الباب الثالث ، حق الرهن الحيازي ، المواد من (١٠٩٦ حتى ١١٠٢٩) من القانون المدني المصري وفي شرح هذه المواد : د. السنهوري ، المرجع السابق ج ٨ ص ١٨٣ .

(٢) المصلحة في اللغة مأخوذة من الصلاح وهو خلاف الفساد ، وصلح الشيء من باب طلب ، المطرزي ، المغرب ص ٢٧١ ، الفيومي ، المصباح المنير ص ٣٤٦ ، وفي اصطلاح الأصوليين : هي المصالح الملائمة لمقاصد الشارع الإسلامي ، ولا يشهد لها أصل خاص بالاعتبار أو الإلغاء ، أو هي المحافظة على مقصود الشارع بدفع المفاسد عن الخلق ، أنظر: العلامة: محمد بن بهادر الزركشي ، البحر المحيطة ج ٨ ص ٨٣ ، نشر دار الكتبي ، العلامة الشيخ / محمد أبو زهرة ، أصول الفقه ص ٢٦١ ، نشر دار الفكر العربي - القاهرة .

إن مثل هذه الأسئلة تحتاج إلى دراسة متأنية ومستفيضة في هذا الصدد ، بل وتحتاج إلى جراءة فقهية مشمولة بالنظر بعين الرعاية والاهتمام لحاجيات الناس ومصالحهم وإن كنت لا أنس من نفسي هذه الجراءة ولكن آمل من الله سبحانه وتعالى أن يعينني ويوفقني في الإجابة عن هذه الأسئلة في المبحثين الآتيين :

المبحث الأول : إجراءات التسجيل العقاري في الفقه.

المبحث الثاني : إجراءات التسجيل العقاري في القانون (ق ١١٤

لسنة ١٩٤٦)

المبحث الأول

إجراءات التسجيل العقاري في الفقه

أولاً : مدى استجابة الفقه الإسلامي لمتطلبات العصر :

جاءت الشريعة الإسلامية رحمة للناس ، ولذلك قال تعالى مخاطباً نبيه وعباده : ﴿ وَمَا أَرْسَلْنَاكَ إِلَّا رَحْمَةً لِّلْعَالَمِينَ ﴾^(١) وقال تعالى : ﴿ يَا أَيُّهَا النَّاسُ قَدْ جَاءَكُم مَّوْعِظَةٌ مِّن رَّبِّكُمْ وَشِفَاءٌ لِّمَا فِي الصُّدُورِ وَهُدًى وَرَحْمَةٌ لِّلْمُؤْمِنِينَ ﴾^(٢) ومن خلال هذه التوجيهات الربانية ومن خلال الاستقراء نجد أن الإسلام أتجه في أحكامه إلى نواح ثلاث :

الناحية الأولى :

تهذيب الفرد ليستطيع أن يكون مصدر خير لجماعته ولا يصدر منه شر لأحد من الناس، وذلك بالتزامه بالعبادات التي شرعها الله والتي تهدف إلى تهذيب النفوس، وتوثيق العلاقة بين الإنسان وربه وكذلك العلائق الاجتماعية الفاضلة بين أفراد الأمة .

الناحية الثانية :

إقامة العدل في الجماعة الإسلامية العدل فيما بينها والعدل مع غيرها ، ولذلك قال تعالى : ﴿ وَلَا يَجْرِمَنَّكُمْ شَنَاٰنُ قَوْمٍ عَلَىٰ أَلَّا تَعْدِلُوا اعْدِلُوا هُوَ أَقْرَبُ لِلتَّقْوَىٰ ﴾^(٣) وإنه لا سبيل إلى تحقيق العدالة إلا إذا سادت الفضيلة وسادت المحبة واعتبرت مصلحة كل فرد من مصلحة أخيه . وإن أجمع آية تدل على معاني الأحكام الإسلامية قوله تعالى : ﴿ إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُ بِالْعَدْلِ وَالْإِحْسَانِ

(١) سورة الأنبياء ، من الآية رقم (١٠٧) .

(٢) سورة يونس ، من الآية رقم (٥٧) .

(٣) سورة المائدة ، من الآية رقم (٨) .

وإِيتَاءِ ذِي الْقُرْبَىٰ وَيَنْهَىٰ عَنِ الْفَحْشَاءِ وَالْمُنْكَرِ وَالْبَغْيِ يَعِظُكُمْ لَعَلَّكُمْ تَذَكَّرُونَ ﴿١﴾ .

الناحية الثالثة :

إقامة المصالح المعتبرة للعباد على هدي الأحكام الشرعية: وتلك غاية محققة ثابتة في كل الأحكام الإسلامية ، فما من أمر شرعه الإسلام بالكتاب والسنة إلا كانت فيه مصلحة حقيقية وإن خفيت تلك المصلحة على بعض الذين غشاهم الهوى^(٢) . والمصلحة التي يريدها الإسلام ليست نابعة من الهوى ، وإنما هي المصلحة الحقيقية التي تعم ولا تخص ، ولما كان هذا الموضوع من الشرع الإسلامي نشير إليه ببعض التفصيل على النحو التالي:

إن المصلحة المعتبرة التي تحققها الأحكام الإسلامية وتثبتها النصوص الدينية هي المصلحة الحقيقية التي تتحقق بها مقاصد الشريعة ، وهي ترجع إلى

(١) سورة النحل ، من الآية رقم (٩٠) .

(٢) الشيخ محمد أبو زهرة ، أصول الفقه ص ٣٤٣ ، وما بعدها بتصرف ، وفي هذا المعنى : الأمدي ، الإحكام في أصول الأحكام ج ٣ ص ٢٧١ ، ابن القيم إعلام الموقعين عن رب العالمين ج ١ ص ٢٢٠ ، نشر دار الكتب العلمية ، الزركشي ، البحر المحيط ج ٨ ص ٨٥ ، نشر دار الكيتي ، ابن تيمية ، الفتاوى الكبرى ج ٤ ص ٤٦٥ ، نشر دار الكتب العلمية ، حسن بن محمد بن محمود العطار ، حاشية العطار على شرح الجلال المحلي للمنهاج ج ٢ ص ٣٢٧ ، نشر دار الكتب العلمية - بيروت - لبنان ، حيث يقول: " ولأن الصحابة ؓ قنعوا في إثبات الأحكام بمعرفة المصالح وفاقا ، ولم يلتفتوا إلى الشرائط المعتبرة عند فقهاء الزمان في القياس ، والأصل ، والفرع ، إذ المقصود من الشرائع ، المصالح ، كما عُلِمَ بالاستقراء ، فيلزم اعتبار المناسب المرسل ... " ثم يقول في سبب تسمية المصالح المرسلة بهذا الاسم " لإرساله أي إطلاقه عما يدل على اعتباره أو إلغائه وقد قبله الإمام مالك مطلقا رعاية للمصلحة حتى جوز ضرب المتهم بالسرقة ليقر " ، أنظر: المرجع السابق ص ٣٢٨ وما بعدها .

المحافظة على أمور خمسة : الدين ، والنفس ، والمال ، والعقل ، والنسل ، وذلك لأن الدنيا التي يعيش فيها الإنسان تقوم على هذه الأمور الخمسة ، التي تعتبر كليات الشريعة ، ولا تتوافر الحياة الإنسانية الرفيعة إلا بها ولذلك كان تكريم الإنسان في المحافظة عليها ، فالدين لا بد منه للإنسان الذي تسمو معانيه الإنسانية عن دركة الحيوان ، لأن التدين خاصة من خواص الإنسان ، ولا بد أن تتوفر الحماية لدينه من كل اعتداء ، وقد حمى الإسلام بأحكامه حرية التدين فقال تعالى : ﴿ لَا إِكْرَاهَ فِي الدِّينِ قَدْ تَبَيَّنَ الرُّشْدُ مِنَ الْغَيِّ ﴾^(١) ونهى عن الفتنة في الدين واعتبر الفتنة فيه أشد من القتل فقال سبحانه : ﴿ وَالْفِتْنَةُ أَشَدُّ مِنَ الْقَتْلِ ﴾^(٢).

والمحافظة على النفس :

هي المحافظة على حق الحياة العزيزة الكريمة وذلك يقتضي حمايتها من كل اعتداء عليها بالقتل أو قطع الأطراف أو الجروح وكذا من المحافظة على النفس والحفاظ على كرامتها الإنسانية بمنع القذف والسب وغير ذلك^(٣).

والمحافظة على العقل :

هي حفظه من أن تناله آفة تجعل صاحبه عبثا على المجتمع ذلك لأن عقل كل عضو من أعضاء المجتمع ليس حقا خالصا له ، بل للمجتمع فيه حق باعتبار كل شخص لبنة في هذا المجتمع ، إذ يتولى بعقله سداد خلل فيه فمن حق المجتمع على المسلم أن يلاحظ سلامته.

(١) سورة البقرة ، من الآية رقم (٢٥٦) .

(٢) سورة البقرة ، من الآية رقم (١٩١) .

(٣) الشيخ محمد أبو زهرة ، أصول الفقه ص ٣٤٥ ، وما بعدها ، وفي هذا المعنى : الغزالي ، المستصفى ج ١ ص ٢٨٧ ، ٢٨٨ ، الزركشي ، البحر المحيط ج ٧ ص ١٦٧ ، الفخر الرازي ، المحصول ج ٥ ص ١٨٨ ، ١٨٩ .

والمحافظة على النسل :

هي المحافظة على النوع الإنساني ، وتربية الناشئة تربية تربط بين الناس بالإلف والائتلاف وذلك بأن يترى كل ولد بين أبويه ويكون للولد حافظ يحميه إلخ ...

والمحافظة على المال :

تكون بمنع الاعتداء عليه بالسرقة والغصب ونحوهما ، وتنظيم التعامل بين الناس على أساس من العدل والرضا ، وبالعامل على تنميته ووضع في الأيدي التي تصونه وتحفظه وتقوم على رعايته ، فالمال في أيدي الأحاد قوة للأمة كلها ، ولذا وجبت المحافظة عليه بتوزيعه بالقسطاس المستقيم ، وبالمحافظة على إنتاج المنتجين وتنمية الموارد العامة^(١) ، ومنع أن يؤكل بين الناس بالباطل وبغير الحق الذي أحله الله تعالى لعباده^(٢).

ويدخل في المحافظة على المال كل ما شرعه الشارع للتعامل بين الناس من بيوع وإجازات وغيرهما من العقود التي يكون موضوعها المال، كتوثيق

(١) الشيخ محمد أبو زهره ، أصول الفقه ص ٣٤٦ ، الغزالي ، المستصفي ج ١ ، ص ٢٨٧ ، الزركشي ، البحر المحيط ج ٧ ص ١٦٧ .

(٢) أقول : هذا الكلام صريح يشهد لما نحن فيه من ضرورة توثيق العقود الواردة على العقارات وتسجيلها ، إذا المحافظة على المال وتنظيم التعامل بين الناس على أساس من العدل مطلب من مطالب الشارع ، إذ أنه يدخل ضمن الكليات الخمس التي أمرنا الشارع بالمحافظة عليها ، وهو ما يحتم ضرورة سن تشريع يضمن عدم ضياع الأموال العقارية بضرورة تسجيلها وتوثيقها ، راجع للمزيد ، الشيخ محمد أبو زهره ، أصول الفقه ص ٣٤٥ ، الغزالي ، المستصفي ج ١ ص ٢٨٨ ، د. / جلال الدين عبد الرحمن ، المصالح المرسله ص ٦٥ ، ط ١٩٨٣ م ، د. / محمد السعيد علي عبد ربه ، بحوث في الأدلة المختلف فيها ص ٨٢ ، ط ١٩٨٠ م .

العقود المتعلقة بالعقارات وحمايتها من الجحود والمشاحة ، فالمصلحة متعلقة به باعتبارها من الكليات الخمس التي يجب المحافظة عليها .

وحتى نزيد الأمر وضوحاً نبين للقارئ الكريم أن المصلحة المنضبطة في الكليات الخمس على ثلاث مراتب هي : الضروريات ، والحاجيات والتحسينات .

المرتبة الأولى :

مرتبة الضروريات: وهي التي لا تتحقق وجوه المصلحة المذكورة إلا بها، فالضروري بالنسبة للنفس هو المحافظة على الحياة والمحافظة على الأطراف ، وكل ما لا يمكن أن تقوم الحياة إلا به ، والضروري بالنسبة للمال هو ما لا يمكن المحافظة عليه إلا به ، وكذلك بالنسبة للنسل وغيرها من الكليات الخمسة ، وبالجمله ، فإن دفع كل ما يترتب على فوات أصل من هذه الأصول الخمسة المذكورة يعد ضرورياً ، وقد شدد الشارع الإسلامي في حمايته لهذه الأصول ووفر لها كثيراً من الحماية في الظروف العادية وفي حالة الاضطراب وعلى سبيل المثال أنه إذا ترتب على حفظ الحياة على فوات أمر محظور أباح الشارع تناول المحظور ، بل أوجبه إذا لم يكن فيه اعتداء على أحد ، ولذا أوجب على المضطر الذي يخاف الموت جوعاً أن يأكل الميتة والخنزير لدفع المصلحة وأن يشرب الخمر^(١) .

(١) أقول : تقرير الأصوليون أن دفع كل ما يترتب على فوات أصل من الأصول الخمسة ، المذكورة يعد ضرورياً ، ويدخل فيها المال ، فيه إشارة إلى أن تسجيل العقار يعد من الضروريات التي تدخل في حفظ المال ، والمحافظة عليه من الضياع ، وهو ما يعده العلماء ضرورة تستوجب النظر إليها بعين الرعاية والاهتمام مما يدعوننا إلى إعادة النظر فيما قرره الفقهاء من أن الأمر الوارد في آية المدابنة بالكتابة والإشهاد إنما هو للندب ، ونقول إن الذي صرفه عن الوجوب إلى الندب ما كان عليه الحال من الأمانة واستنكارهم لمن يأتي عملاً مشيناً ومخالف للشرع الخفيف ، ومعلوم أن الفقهاء يقررون أن ضرورة المحافظة على المال تستدعي إثباته وكتابته ، بل وتوثيقه مما ينقل به من الندب إلى الوجوب - والله أعلم - .

المرتبة الثانية :

مرتبة الحاجيات^(١)، وهي التي لا يكون الحكم الشرعي فيها لحماية أصل من الأصول الخمسة ، بل يقصد دفع المشقة أو الحرج أو الاحتياط لهذه الأمور الخمسة ، كتحرим بيع الخمر لكي لا يسهل تناولها ، وتحریم رؤية عورة المرأة ، وتحریم الصلاة في الأرض المغصوبة وتحریم تلقي السلع ، وتحریم الاحتكار ، ومن ذلك في الحاجيات إباحة كثير من العقود التي يحتاج إليها الناس ، كالمزارعة، والمسقاة ، والسلم ، والمراجم ، والتولية.

ويظهر من هذا:

أن من الحاجيات المحافظة على الحرية الشخصية والحرية الدينية ، فإن الحياة تثبت مع هذا ، ولكن يكون الشخص في ضيق ، ومن الحاجيات بالنسبة للنسل تحریم المعانقة ، ومن الحاجيات بالنسبة للمال تحریم الاغتصاب والسلب وما في معناهما^(٢)، لأن الاغتصاب والسلب لا يذهب بهما أصل

(١) راجع الشيخ أبو زهرة ، أصول الفقه ص٣٤٦ ، علي الخفيف ، المبحث السابق له ص٥٥٦ .

(٢) ويدخل في معنى الاغتصاب والسلب : ما كان وسيلة لضياع المال كالتقصير في أمر تسجيل العقار ، وتوثيق عقده ، لأنه في معنى إضاعة المال فيكون من الحاجيات التي يشهد لها أصل ظاهر من أصول الشريعة وهو المناسب للمعتبر الذي شهد له أصل شرعي بالاعتبار وسيأتي الحديث عن ذلك في موضعه من هذا البحث ، راجع في هذه المسألة باستفاضة : الفخر الرازي ، المحصول ج٥ ص١٨٧ وهو يعبر عن هذا النوع من المصالح بالمناسب للملائم الذي يشهد له أصل بالاعتبار ، وراجع أيضاً ج٦ ص١٦٢ ، القرافي ، الفروق ج٧ ص١٢٥ ، الزركشي ، البحر المحيط ج٧ ص٤١ ، ابن أمير الحاج ، التقرير والتحجير ج٦ ص١٣٩ ، ١٤٠ ، العطار ، حاشية العطار على شرح الجلال المحلي على جمع الجوامع ج٥ ص١٩٦ ، ١٩٧ ، إذ يقول : " لأنها أي المصالح الحاجية مما دل الشارع على اعتباره ، وذلك لأن الدليل هو أن حفظ الكلي أهم في نظر الشرع من حفظ الجزئي ، واشترطها الغزالي ، قال في =

المال ، لأنه يمكن استرداده ، إذ يكونان في العلن ، وكذلك منع سداد ديون القادرين وبالنسبة للعقل تحريم شرب القليل مما يسكر منه الكثير .

المرتبة الثالثة :

مرتبة التحسينات أي الكماليات ، وهي الأمور التي لا تحقق أصل هذه المصالح ولا الاحتياط لها ، ولكنها ترفع المهابة ، وتحفظ الكرامة ، وتحمي الأصول الخمسة ، ومن ذلك بالنسبة للنفس ، حمايتها من الدعاوى الباطلة ، والسب ، وغير ذلك مما لا يمس أصل الحياة ، ولا حاجيات من حاجيتها ولكن يمس كمالها ويشينها وذلك يلي المرتبتين السابقتين .

=المنخول فإن قيل لو وقعت حادثة لم يعهد مثلها في عصر الأولين ونسخت مصلحة لا يرد لها أصل ، ولكنها حديثة فهل تتبعونها ؟ قلنا نعم ولذلك نقول لو افترضنا انقلاب أموال العالم كلها محرمة لكثرة المعاملات الفاسدة واشتباه الغصبوب غيرها ، وعثر الوصول إلى الحلال المحض وقد وقع ، فنبیح لكل محتاج أن يأخذ مقدار كفايته من كل مال ، لأن تحريم التناول يفضي إلى الهلاك وتخصيصه بمقدار سد الرمق يكف الناس عن معاملاتهم الدينية والدينية والشرع لا يرضى بمثله ، فنبیح لكل غني من ماله مقدار كفايته من غير سرف ولا اقتصار على سد الرمق ، إلخ كلام الشيخ في هذه المسألة الذي ينتهي منه إلى أن المناسب المعتبر الذي يشهد له أصل حتى ولو كان مندوبا للفقهاء أن يأخذوا به ولولي الأمر أن يشرعه " . للمزيد راجع ج ٥ ص ١٩٧ ، ١٩٨ ، ١٩٠ ، أنظر: سعد الدين التفتازاني ، شرح اللؤلؤ على التوضیح لمتن التنقيح ج ٣ ص ١٤٤ ، إذ يقول : " وعند بعض الشافعية يجب العمل باللائم بشرط شهادة الأصل - يعني المصالح المعتبرة - " وهي أن يكون للحكم أصل معين من نوعه يوجد فيه جنس الوصف أو نوعه ، ثم يقول السعد التفتازاني وتقبل عند الغزالي رحمه الله المصالح المرسله التي اعتبر الشارع جنسها الأبعد إذا كانت المصلحة ضرورية قطعية " ومعنى كلامه أن المصلحة متى كانت ضرورية وحاجة الناس إليها ظاهرة فهي معتبرة من الشارع وحينئذ يجوز المصير إليها بوضع تشريع ونحوه ، راجع المزيد ص ١٤٢ ، ١٤٣ ، من هذا المؤلف .

ومن ذلك بالنسبة للأموال :

تحریم الخداع والتغیر والنصب ، فإنه لا یمس المال ذاته ، ولكن یمس كمالیا ، إذ هو یمس إرادة التصرف ، فی المال عن بینة ومعرفة ، وإدراك صحیح لوجه الكسب والخسارة ، فهو لا اعتداء فیه علی أصل المال ، ولكن الاعتداء علی إرادة التصرف ، ویمكن الاحتیاط له .

وقد تبین مما سبق :

أن المصالح متفاوتة من حیث قواعدھا الكلية فالضروري منها مقدم فی الاعتبار علی الحاجي ، والتحسيني متأخر عنها ولقد تصدی علماء الأصول لبيان التفاوت فی الأحكام التکلیفیه بالنسبة للمصالح ، فقرروا أن كل ما طلبه الشارع أو خیر فیه ما شرعه إلا لمصلحة متحققة فیه ، وأن المصلحة فیه متفاوتة بمقدار الطلب ، وما حرمه إنما حرمه لدفع الفساد ، والفساد فیه يتفاوت بمقدار تفاوت الرتب^(١) .

التطبيق :

ومما سبق يتضح للقارئ الكريم أن المصالح تنقسم إلى أقسام ثلاثة : الضروريات ، والحاجيات ، والتحسينات ، ولننظر تحت أي قسم من هذه الأقسام یندرج القول بوجود تسجيل العقار تبعاً لنوع المصلحة وأهميتها وضرورة الأخذ به :

(١) ولذلك قسم العز بن عبد السلام المصالح إلى ثلاثة أضرب " . مصالحي المباحات ، ومصالحي المندوبات ، ومصالحي الواجبات ، ولهذا التقسيم نفع عظیم نرى من خلاله تحت أي نوع من تلك المصالح یندرج تحته موضوع بحثنا " التوثيق " . راجع فی هذا باستفاضة : الشيخ محمد أبو زهرة ، أصول الفقه ص ٣٥٠ ، ٣٥١ ، ٣٥٢ ، بتصريف ، العز بن عبد السلام ، قواعد الأحكام ج ١ ص ٩ ، السيوطي ، الأشباه والنظائر ص ١٢١ ، نشر دار الكتب العلمية ، الزركشي ، المنشور فی القواعد الفقهية ج ٣ ص ١٤٠ ابن رجب الحنبلي القواعد ص ١٥٣ ، نشر دار الكتب العلمية .

- فإذا راجعنا القسم الأول: وهو الضروريات بالنسبة للحفاظ على الأموال وجدنا الفقهاء وعلماء الأصول يقررون أن الضروري بالنسبة للمال هو ما لا يمكن المحافظة عليه إلا به ، بحيث يتعين سلوك طريق معين للحفاظ على المال .

ونحن إذاً موضوع التسجيل العقاري لا نكاد نجزم أن التسجيل هو الطريق الوحيد لصيانة المال العقاري ، وإنما يمكننا القول بأن التسجيل العقاري قد يكون في بعض الأحوال هو الطريق الوحيد لصيانة المال العقاري والمحافظة عليه فلو اشترى المسلم عقاراً من غيره ، وهو لا يعرفه ولا تتوافر له الثقة الكاملة في المتعاقد معه ، ولا العقار وقد يكون المدرج في صك البيع معلومات تقبل إثبات العكس ، خاصة وأن التوثيق العقاري ، في المملكة الآن ، وكذا نظام التسجيل العقاري الشخصي المعمول به الآن في بعض الدول العربية كمصر وسوريا وغيرها - لا يضمن صحة البيانات المسجلة بطريقة مطلقة ، فليست البيانات المدرجة بالسجل الشخصي أو الصك تحوز الحجية المطلقة بحيث لا تقبل إثبات عكس ما هو مدرج بالسجلات ولذا يتردد القول بين شراح القانون بأن " التسجيل الشخصي لا يصح بياناً باطلاً"

ومن هنا:

فإن الطعن في العقد بالبطلان أمر قائم ولا زالت احتمالية عدم صحة البيانات المدرجة بالصك أو السجل قائمة هنا وفي مثل هذه الحال يتعين الحفاظ على المال العقاري وصيانتة من الضياع ويكون سلوك طريق التسجيل العيني ، بحيث يجوز البيان المدرج في السجل العيني الحجية المطلقة على الكافة- أمر ضروري لا مناص من المصير إليه حفاظاً على المال في وقت خربت فيه

الذمم وتغيرت الأحوال عما كانت عليه ، وتبدلت الأوضاع ، وإن القول باعتبار التسجيل للعقود والمعاملات العقارية أمر تتطلبه ضرورة العصر الذي نعيشه ، ومتى قلنا أن التسجيل العقاري بنظامه المتعارف عليه الآن ضرورة من ضروريات العصر ، فإن القول بوجود تسجيل العقار أمر غير مستغرب إذ أننا والحالة هذه نحافظ على كلية من الكليات الخمس التي أمرنا الشارع بالمحافظة عليها ، ألا وهي كلية المال ، فلولا التسجيل العقاري ، ما أمكننا المحافظة على المال وصيانتته من الضياع ، والقول بالندب أي ندب الإسهاد على العقار وتوثيقه ، إنما يتعين في زمان لاتزال الذمم فيه عامرة ، والأحوال غير متغيرة والأوضاع ليست متبدلة ، وهذا هو ما عناه الفقهاء من قولهم "لا ينكر تغير الأحكام بتغير الأزمان"^(١)

(١) قاعدة فقهية معناها : إن الأحكام التي تتغير بتغير الأزمان هي الأحكام المستندة على العرف والعادة ، لأنه بتغير الأزمان تتغير احتياجات الناس ، وبناءً على هذا التغير يتبدل أيضا العرف والعادة ، ويتغير العرف والعادة تتغير الأحكام ، بخلاف الأحكام المستندة على الأدلة الشرعية التي لم تبين على العرف والعادة فإنها لا تتغير ، ومثال ذلك : جزاء القاتل العمد القتل ، فهذا الحكم الشرعي الذي لم يستند على العرف والعادة لا يتغير بتغير الأزمان وأما الذي يتغير بتغير الأزمان من الأحكام ، فإنما هي الأحكام المبنية على العرف والعادة ، كما قلنا ، ومن الأمثلة على ذلك : كان عند الفقهاء المتقدمين أنه إذا اشترى أحد داراً اكتفى برؤية بعض بيوتها ، وعند المتأخرين لا بد من رؤية كل بيت منها على حدته ، وهذا الخلاف ليس مستندا إلى دليل ، بل هو ناشئ عن اختلاف العرف والعادة في أمر الإنشاء والبناء ، وذلك أن العادة قديماً في إنشاء الدور وبنائها أن تكون جميع بيوتها متساوية وعلى طراز واحد ، فكانت على هذا رؤية بعض البيوت تغني عن رؤية سائرهما ، وأما في هذا العصر ، فإذا جرت العادة بأن الدار الواحدة تكون بيوتها مختلفة في الشكل والحجم لزم عند البيع رؤية كل منها على انفراد. =

وفي إطار المحافظة على الضروريات أجدني أتجه صوب ما قاله الفقهاء من أن الحفاظ على المال العقاري يستلزم توثيقه واتخاذ طرق الحفاظ عليه متى كان السبيل الذي نسلكه متعينا ولا محيص عنه ولست في ذلك بدعا ، بل إن ما أقوله - من اتساع نظرة الفقه الإسلامي لاحتواء القول بوجود تسجيل العقار واتباع خطوات معينة لا تخالف أصول الشريعة - واعتبار ذلك من المصالح المعتبرة باعتبار المال إحدى الكليات الخمس التي أمرنا الشارع بالحفاظ عليها، فقد كان أبو حنيفة رضي الله عنه يرى عدم لزوم تزكية الشهود في دعوى المال ، ما لم يطعن الخصم فيهم ، وقد كان ذلك بسبب صلاح الناس في زمانه ، وأما الصاحبان فقد شهدا زما غير زمن الإمام رضي الله عنه ، فقد تفتشت في زمانهما الأخلاق الفاسدة ، فرأيا لزوم تزكية الشهود سراً وعلناً^(١).

ومن القواعد عند الفقهاء:

أن لا يجتمع أجر وضمن إلا أن المتأخرين من الفقهاء لما وجدوا الناس في عصرهم لا يباليون باغتصاب مال اليتيم والأوقاف ، والتعدي عليهما كلما سنحت لهم فرصة أوجبوا ضمان منافع المال المغمصوب العائد

= وفي الحقيقة اللازم في هذه المسألة وأمثالها حصول علم كاف بالمبيع عند المشتري ، ومن ثم لم يكن الاختلاف الواقع في مثل هذه المسألة المذكورة تغييراً للقاعدة الشرعية ، وإنما تغيير الحكم بتغير أحوال الزمان فقط ، وكذا تزكية الشهود سراً وعلناً ، ولزوم الضمان غاصب مال اليتيم ومال الوقف مبنيان على هذه القاعدة . أنظر في هذا باستفاضة : علي حيدر ، درر الحكام في شرح مجلة الأحكام ج ١ ص ٤٧ ، ٤٨ ، نشر دار الجيل ، محمد محمد بن مصطفى الخادمي ، بريقة محمودية ج ٣ ص ٤٧ ، ٤٨ ، نشر دار إحياء الكتب العربية ، عثمان بن علي الزيلعي ، تبين الحقائق شرح كنز الرقائق ج ١ ص ١٣٩ ، نشر دار الكتاب الإسلامي .

(١) علي حيدر ، دور الحكام ج ١ ص ٤٧ ، الزيلعي ، تبين الحقائق ج ١ ص ١٣٩ ، الخادمي ، بريقة محمودية ج ٣ ص ٤٨ ، نشر دار إحياء الكتب العربية السيوطي ، الأشباه والنظائر ص ٨ .

للقوف واليتيم قطعاً للأطماع^(١) . وهكذا فإن تغير الأحكام تبعاً للمصالح مقرون بالأزمان التي يعيشونها وأخلاق الناس فيها وما دام الحكم ليس ثابتاً بنص ، وإنما ترك الشارع الأمر فيه للأعراف والعادات التي يعتادها الناس ويتعارفونها فلا بأس بتغيير الحكم تبعاً للمصلحة^(٢) ، لأن الأحكام شرعت لمصالح الناس ، والشارع غني عنهم لا مصلحة له في التشريع . ألا ترى أن عمر رضي الله عنه منع النساء من الخروج إلى الجماعات في المساجد^(٣) ، على الرغم من قوله ﷺ : " لا تمنعوا إماء الله مساجد الله "^(٤) وذلك لما رأى ﷺ أن خروج النساء في زمن يظهر فيه الفساد ، وتكون فيه الفتنة ، وينتشر فيه الفساق ولهذا قالت

(١) المراجع السابقة ، نفس المواضع .

(٢) الشاطبي ، الموافقات في أصول الشريعة ج ١ ص ١٠٢ ، السيوطي ، الأشباه والنظائر ص ٢٧٦ ، نشر دار الكتب العلمية ، إذ يقول : " وأما الولاية على الأيتام فظاهر ما ذكره ، أن الحاكم إذ نصب قيماً على يتيم فله عزله وكذا لمن يلي بعده من الحكام ، وهو ظاهر ، فإنه نائب الحاكم في أمر خاص ، وللحاكم عزل نائبه وإن لم يفسق وقد كنت أجبت بذلك مرة في أيام شيخنا قاضي القضاة شيخ الإسلام شرف الدين المناوي ، فاستفتى فافتى بخلافه ، وأنه ليس للحاكم عزله ، ولم يتضح لي ذلك إلى الآن ، وكأنه رأى واقعة الحال تقتضي ذلك ، فإن الحاكم الذي أراد عزل القيم إنما كان غرضه أخذ مال اليتيم منه يستعين به فيما غرمه على الولاية لجهة السلطنة " أ.هـ

أنظر: الخادمي ، بريقة محمودية ج ٣ ص ٤٧ ، وما بعدها .

(٣) عثمان الزيلعي ، تبين الحقائق ج ١ ص ١٤٠ نشر دار الكتاب الإسلامي .

(٤) الحديث أخرجه مسلم في صحيحه ، كتاب الصلاة ، باب خروج النساء إلى المساجد رقم ١٣٦ ، ورواه أبو يعلى ورجال الصحيح ، هكذا قال الهيثمي أنظر: ابن حجر الهيثمي ، مجمع الزوائد ومنبع الفوائد ج ١ ص ٢٥٢ ، باب المشي إلى المساجد ، ابن التركماني ، الجوهر النقي ج ٥ ص ٢٢٤ ، كنز العمال ج ٨ ص ٣٢٥ .

عائشة رضي الله عنها " لو أن رسول الله ﷺ رأى النساء ما رأينا لمنعهن المسجد ، كما منعت بنو إسرائيل نساءهم " (١) .

وكذا في المساجد ذاتها فهي بيوت الله ويجب أن تبقى مفتوحة دائما لتؤدي فيها الصلوات ليل نهار ، ألا ترى أن الفقهاء أجازوا إغلاق المساجد وعدم فتحها إلا في أوقات الصلاة لما رأوا من فساد الزمان (٢) وانتشار السرقة حفاظا على فرش المساجد وخوفا من ارتكاب الفواحش فيها ليلاً ، وكذا صيانة لها لئلا تكون مأوى للفساق والمهاريين من العدالة والمجتمعين على المعصية ، وهكذا فالشيء يعرف بمثله ويقاس بنظيره .

- وإذا راجعنا القسم الثاني من أقسام المصالح المتبعة وهو الحاجيات ، وهي تلك التي لا يكون الحكم الشرعي فيها لحماية أصل من الأصول الخمسة ، بل يكون لدفع المشقة أو الحرج أو الاحتياط لهذه الأمور الخمسة وبالتطبيق على موضوع التوثيق العقاري نجد أنه من الحاجيات أيضا المحافظة على المال ، ولذا منع الشارع الغصب والسلب ، وما في معناهما مما يكون وسيلة لضیاع المال كالتقصير في أمر تسجيل العقار وتوثيق عقده، لأنه في معنى

(١) الحديث متفق عليه ، أنظر: البخاري ، صحيح البخاري ج ٣ ص ٣٨٧ ، الحديث رقم ٨٢٢ باب خروج النساء إلى المساجد بالليل والعكس ، أنظر: صحيح مسلم ج ٢ ص ٤٩٩ الحديث رقم ٦٧٦ ، باب خروج النساء إلى المساجد ، وأنظر: العراقي تحريج أحاديث الإحياء ، الحديث رقم ١٤٩٣ ، برنامج منظومة التحقيقات الحديثة ، المجاني من إنتاج نور الإسلام لأبحاث القرآن والسنة بالإسكندرية

(٢) الزيلعي ، تبين الحقائق ج ١ ص ١٤١ ، وأنظر: ج ٦ ص ١٢ ، ١٣ ، حيث جاء فيه ولا تقبل في الديانات قول المستور في ظاهر الرواية ، وعن أبي حنيفة أنه يقبل قوله فيها بناءً على ما شاهد من أهل عصره لأن الصلاح كان غالباً ، فيه ولهذا جاز القضاء بشهادته والظاهر أنه لظهور الفساد في زماننا .

إضاعة المال ، فيكون من الحاجيات التي يشهد لها أصل ظاهر من أصول الشريعة الغراء .

وأصول الشريعة تقضي بوجوب الاستجابة للمتغيرات ، وذلك بتقييد أمر أو تخصيصه طلباً للمصلحة ، ما دام أن ذلك مما تقتضيه روح الشريعة ، ولا يخالف أصولها ومبادئها العامة ، ذلك لأن الشريعة في الأحوال والمعاش جاءت أحكامها معللة بمصالح العباد وأنها ما فرضت إلا لمصالح الناس وخيرهم وصلاتهم . وأن هذه الأمور يتجه فيها إلى المعاني والعلل ، ويتوسع فيها ولا يقف المكلف فيها عند النص ، بل يثبت الحكم في كل ما يتحقق فيه علته ، ويثبت مناطه ذلك لأن الشارع قصد بها مصالح العباد ، فهي تدور معه حيثما دار فترى الشيء الواحد يمنع في حال لا تكون فيه مصلحة ، فإذا كان فيه مصلحة جاز^(١) .

وقد وردت آثار كثيرة دلت على سليم جواز التغيير والتقييد فيما تدعو إليه المصلحة مما كان في زمن سابق يوم كانت المصلحة موفورة بذلك وصالحة لذلك الزمن ومن تلك الآثار :

١- أن الرسول ﷺ نهى عن بيع ما ليس عند البائع في الحديث الذي رواه حكيم بن حزام قال : قلت لرسول الله ﷺ يأتيني الرجل فيسألني عن

(١) الشيخ علي الخفيف ، البحث السابق له ص ٥٥٦ ، وما بعدها ، الشيخ محمد أبو زهرة ، المرجع السابق ص ٢٣٥ ، ابن القيم ، إعلام الموقعين ح ٣ ص ٨١ ، ٨٢ ، حيث جاء فيه " إن المقاصد تغير أحكام التصرفات من العقود وغيرها وأحكام الشريعة تقتضي ذلك أيضا " ، عبد العزيز البخاري ، كشف الأسرار ج ١ ص ٢٢٤ ، ٢٢٥ ، حسن العطار ، حاشية العطار على شرح الجلال المحلى ج ٢ ص ٤٤٧ ، الشوكاني ، نيل الأوطار ج ٤ ص ٢٠١ ، نشر دار الحديث .

البيع ليس عندي ما أبيع منه ثم أبتاعه من السوق فأسلمه له فقال ﷺ : " لا تبع ما ليس عندك " ^(١) ولكنه ﷺ حين قدم المدينة ورأى الناس يسلفون في الثمار السنة والستين فيبيعون ما ليس عندهم وقت البيع بأثمان عاجلة على أن يكون تسليم ما باعوه بعد أجل محدد ، ورأى حاجتهم إلى ذلك بادية رخص في ذلك بعد أن هذبه وكمل نقصه بقوله ﷺ : " من أسلف في شيء فليسلف في كيل معلوم، أو وزن معلوم ، إلى أجل معلوم " ^(٢) . وهذه المعاملة المعروفة باسم بيع السلم أو السلف .

٢- زيادة عمر ﷺ عقوبة شارب الخمر لما رأى أنها أصبحت غير رادعة ولا زاجرة ^(٣) .

٣- توقف عمر ﷺ عن إقامة حد السرقة في عام الجماعة وذلك عندما غلب على الناس الحاجة فقد روى عنه أنه قال : " لا قطع في عام سنة " ^(٤) باعتبار أنه رأى أن الجماعة تحول دون توفر شروط حد السرقة .

(١) أخرجه الإمام أحمد ، المسند ج ٣ ص ٤٠٣ ، وأبو داود ، السنن ج ٢ ص ٢٥٤ ، وهو حديث صحيح صححه الألباني في إرواء العليل ج ٥ ص ١٣٢ ، حديث رقم ١٢٩٢ .

(٢) أخرجه البخاري ، في السلم ، السلم في وزن معلوم ، صحيح البخاري ج ٣ ص ١١١ ، ١١٣ ، ومسلم في المساقاة ، باب السلم ، صحيح مسلم ج ٣ ص ١٢٢٧ .
(٣) أخرجه البخاري ، كتاب الحدود ، باب الضرب بالجريد والنعال ج ٨ ص ١٩٧ ، ومسلم في صحيحه باب حد الخمر ، كتاب الحدود ج ٣ ص ١٣٣٠ .

(٤) أخرجه عبد الرازق ، في باب القطع في عام سنة ، من كتاب اللقطة ، المصنف ج ١ ص ٢٤٢ ، وأخرجه ابن أبي شيبة في باب الرجل يسرق التمر والطعام ، من كتاب الحدود ، المصنف ج ١٠ ص ٢٧ .

وغير ذلك من الآثار الدالة على جواز التغيير والتقييد فيما تدعو إليه المصلحة المعتبرة شرعا .

وإذا أمعنا النظر في القسم الثالث من أقسام المصلحة المعتبرة ألفينا المصلحة في التحسينات أي الكماليات لا تحقق أصل هذه المصالح ولا الاحتياط لها ، ولكنها تحمي الأصول الخمسة ، وقد مثل لها العلماء في مجال الأموال بتحريم الغش والخداع والنصب فهو لا يمس المال ذاته ، ولكنه يمس كماليا من كمالياته ، لأنه يمس إرادة التصرف في المال عن بينة ومعرفة ، وإدراك صحيح لوجوه الكسب والخسارة ، فهو لا اعتداء فيه على أصل المال ، ولكنه اعتداء على إرادة المتصرف .

وبالتطبيق على ما نحن بصدد من تسجيل العقار، نجد أن التقصير في الأخذ بنظام التسجيل لا يفوت أصل المال على صاحبه في جميع الأحوال ، ولكنه قد يكون سببا في إطالة الأمد للحصول على الحق ، واللجوء إلى الدعاوى التي تحمي الحق ، ووسائل الإثبات الأخرى وحينئذ تكون الوسيلة لحماية الحق في ملكية العقار كمالية ، لما كان الحق ثابتا ولا ينازع فيه أحد ، أما إذا نازع الغير فيه وأدعى ملكية العقار فهنا تنقلب المصلحة من كمالية إلى حاجية ، وإن اشتدت حاجة صاحب العقار إليه بحيث يحتاج إليه للإنفاق منه على نفسه أو عياله ، انقلبت المصلحة من حاجية إلى ضرورية ، إذ يترتب على ضياع العقار ، ضياع أصل المال وفواته ، وقد يؤدي ذلك إلى الإضرار بكلية أخرى من الكليات الخمس ألا وهي الحفاظ على النفس^(١) .

(١) الفخر الرازي ، المحصول ج ٥ ص ١٨٦ ، القرافي ، الفروق ج ٧ ص ١٢٥ ، الزركشي ، البحر المحيط ج ٧ ص ٤١ ، ابن أمير الحاج ، التقرير والتحجير ج ٦ ص ١٤ ، العطار في حاشيته على شرح الجلال المحلي على جمع الجوامع ج ٥ ص ١٩٧ ، السعد التفتازاني ، التلويح على التوضيح ج ٣ ص ١٤٤ ، ١٤٥ .

وإن حدوث التطور الكبير في أخلاق الناس ومعاملاتهم وعاداتهم مع إغفال جانب الدين والخلق وخاصة في تصرفاتهم المالية ، يوجب على ولي الأمر النظر في وسائل الإصلاح ، ومكافحة ما أمكن من طرائق الإضرار ، لا سيما في التصرفات العقارية وذلك لعدم ظهور اليد والحيازة في العقار نتيجة لوضعه وهيئته ، والاعتماد في تملكه وحيازته على الأقوال والإقرارات والمستندات العرفية التي يتطرق إليها البطلان والتزوير فأصاب الناس من جراء الاعتماد على ذلك ضرراً شديداً ، خاصة وأن نظام التوثيق الذي جاءت به الشريعة الإسلامية والذي يقوم على الوازع الديني والأخلاقي نظام اختياري وأمر مستحسن على قول جمهور العلماء للأطراف مطلق الحرية في الأخذ به لضبط تصرفاتهم أو الاعتماد على الثقة في معاملاتهم ، حتى الإشهاد المأمور به غير كاف في حفظ هذه الثروة العقارية فقد يأبى الشاهدان أن يشهدا وقد يدركهما الموت قبل الالتجاء إليهما ، فوجب على الإمام كما أسلفنا سابقا البحث عن وسيلة إلزامية لحماية الملكية العقارية من باب السياسة الشرعية والمصلحة التي يراها للناس عملاً بالقاعدة الفقهية : (تصرف الإمام على الرعية منوط بالمصلحة)^(١) واستناداً إلى سلطته المستمدة

(١) السيوطي ، الأشباه والنظائر ص ١٢١ ، مطبعة مصطفى الحلبي - مصر - د. مصطفى الزرقاء ، المدخل الفقهي ص ٦٢٢ ، مطبعة الجامعة السورية - دمشق عام ١٣٧١ هـ . وأصل هذه القاعدة ما أخرجه سعيد بن منصور في سننه فقال : حدثنا أبو الأحوص عن أبي إسحاق عن البراء بن عازب قال : قال عمر رضي الله عنه : " إني أنزلت نفسي من مال الله بمنزله وإلى اليتيم إن احتجت أخذت منه ، فإذا أسرت رددته فإن استغنيت استعفت " ولذا فقد نص الإمام الشافعي على هذه القاعدة وقال : " منزلة الإمام من الرعية منزلة الولي من اليتيم " والمعنى أن الإمام مأمور بأن يجتهد لتحقيق مصلحة رعيته ، ويدخل في عموم هذا الباب وجوب سن تشريع للتسجيل العقاري وحث الناس عليه وحملهم على المبادرة إليه ، لما في ذلك من تحقيق المصلحة العامة من صيانة العقارات من الضياع في زمن خربت فيه ذمم الناس ، وقد فرغ الفقهاء على هذه القاعدة فروعاً منها التسوية في قسم المال ، وعدم خلط المال ببعضه لأن أموال بيت المال أربعة ، ويجب على الإمام أن يجعل لكل نوع بيتاً يخصه ، ويجب على الإمام أن يتقي الله تعالى ويصرف إلى كل مستحق قدر حاجته من غير زيادة =

من نظام الحسبة والتي يجوز لولي الأمر بموجبها أمر أفراد المجتمع فيما يكون صلاحاً عاماً ، ومنع ما يكون فيه ضرر واقع .

ثانياً : حكم تقييد وإرجاء بعض ما للتصرفات والعقود من آثار تهيئ:

إن مبدأ عدم انتقال الملك بالنسبة للمال العقاري فيما بين المتعاقدين وبالنسبة للغير من الأمور التي سكت عنها الشارع وتركها خاضعة لما يراه أهل الحل والعقد على مر الأزمنة ، وليس فيما اطلعت عليه من نصوص من الكتاب والسنة ولا فيما أجمع عليه علماء الأمة ما يخالف هذا المبدأ بل وجدت بعضاً من أقوال الفقهاء يؤيد هذا المبدأ ، وكذا القياس يشير إليه ، والعقول الراجحة التي تنظر إلى الغاية من وضع هذا التشريع الإسلامي العريق تدرك بسهولة أن هذا المبدأ لا يناقض أهداف هذا التشريع ، ولا يخالفه وإذا كان بعضاً ممن فاتهم استيعاب هذا التشريع قد قصرت أفهامهم عن إستيعاب أهداف التشريع الإسلامي ونظرة فقهاء إلى حقيقة التشريع عموم التصرفات في العقود وغيرها - ونظروا نظرة سطحية ونقلوا عن المتقدمين من الفقهاء نقولاً عامة لم يتعمقوا فيها وقرروا أن قريحة رجال الفقه الإسلامي لم تسعفهم لاستنباط وسيلة لشهر التصرفات العقارية^(١) فإن هذا لا

= فإن قصر في ذلك كان الله عليه حسيباً والحاصل دخول الحاجة إلى سن تشريع يوجب تسجيل العقار من أجل الحفاظ عليه ضمن سلطات الإمام لما فيه من المصلحة التي يناط بها تصرف الإمام . راجع فيما تقدم الزركشي ، المنشور في القواعد الفقهية ج ١ ص ٣٠٩ ، السيوطي ، الأشباه والنظائر ص ١٢١ ، ابن غانم البغدادي ، مجمع الضمانات ص ٤٢٢ ، الحموي غمز عيون البصائر ، القاعدة الخامسة ج ١ ص ٣٦٩ وما بعدها مطبوع مع الأشباه والنظائر لابن نجيم ، محمد مصطفى الخادمي ، بريقة محمودية ج ٤ ص ٢٦١ ، ٢٦٢ .

(١) يرى الدكتور منصور محمود وجيه في رسالته للدكتوراه من جامعة القاهرة سنة ١٩٦١ م ص ١٦٤ ، بعنوان (نظام السجل العيني وإدخاله في الإقليم المصري) أن =

يعني أن ما قرروه حقا ، بل القصور فيمن نظر إلى كلام الفقهاء المتقدمين ، ولم يحط علما بأسرار هذا الفقه وما تحويه القواعد والنصوص من معاني وآثار.

والذي يدركه كل باحث منصف للفقه الإسلامي ورجاله ، هو أن الفقه الإسلامي بالرغم من واقعيته ومعالجته لجميع المشاكل القانونية التي واجهها عملا وتطبيقا سواء في ميدان القضاء أو الإفتاء فإنه قد اشتهر بين النظم القانونية المختلفة القديم منها والحديث بالإكثار من الافتراضات التي كان يبدو في وقت بحثها ومناقشتها ووضع الحلول لها أنها مجرد اقتراحات نظرية لا يمكن أن تتحقق في الحياة العملية ، ولكن الواقع المشاهد فعلا ، أن الكثير من هذه الاقتراحات قد تحققت وجوده عملا .

كما أنه من المعروف أيضا أن الفقه الإسلامي قد اشتمل على جميع القواعد والأحكام في جميع فروع القانون المختلفة ، وأن هذه القواعد قد

=قريحة رجال الفقه الإسلامي لم تسعفهم قريحتهم لاستنباط وسيلة لشهر التصرفات العقارية ، ولكن بعد أن توالى الردود عليه ، وهب علماء الفقه الإسلامي وقتها للدفاع عن هذا الفقه رجع يعدل في رسالته بعد نشرها ويقرر أن الفقهاء قد فطنوا إلى الغاية التي لجأت التشريعات الأخرى إلى تحقيقها بطريق الشهر وسعوا هم إلى تحقيقها بطريقتهم الخاصة ، والذي شاهدناه من خلال مطالعة رسالة المؤلف أنه يقرر أن الفقهاء قرروا وسائل لشهر التصرفات العقارية فهو ينقل عن الأحناف أنهم نصوا على أن مكتسب المال بمقتضى عقد فاسد يمكنه أن يتصرف في هذا المال لصالح الغير ، ولا يمكن للمالك الحقيقي أن يسترده من المتصرف إليه ، فالتصرف الثاني الذي يعقده المكتسب يطهر عقده من العيب اللاحق به ويجعل تصرفه صحيحا ، ثم يقول والحنفية بذلك يميزون للشخص أن ينقل لغيره حقوقا أكثر مما يملك وذلك سعيا وراء فكرة الثقة العامة التي لم ينشأ نظام السجل العيني إلا لتحقيقها ، أ.هـ .

ونحن نتساءل : أليس هذا اعتراف بأن الفقه الإسلامي قد أقر وسائل شهر التصرف العقاري ؟ .

حكمت جميع العلاقات سواء منها الدولية أو المحلية على مستوى الأفراد أو الجماعات لقرون طويلة ، كانت فيها مثالا للعدالة والواقعية والمثالية ، فلا يعقل والحال هذه أن " تعجز قريحة رجال الفقه الإسلامي عن استنباط وسيلة لشهر التصرفات العقارية " كما فهم بعض الباحثين من رجالات القانون^(١).

(١) الدكتور محمد عبد الجواد محمد ، بحث بعنوان (نظام التسجيل العقاري في الجمهورية العربية الليبية) منشور ضمن مجموعة أعمال الحلقة الدراسية لقوانين الشهر العقاري في البلاد العربية ، وثائق ونصوص (١٠) منشورات معهد البحوث والدراسات العربية ص ٢٦٤ ، ط سنة ١٩٧٣ م ، ويؤكد هذا المعنى ما أورده د. مصطفى عبد السيد الجارحي في مؤلفه أحكام الظاهر في السجل العيني ص ١٤ ، ١٥ ، ط أولى سنة ١٩٨٣ م نشر دار النهضة العربية بالقاهرة ، إذ يقول : " هل تخالف قوانين الشهر العقاري مبادئ الشريعة الإسلامية ؟ إن كانت الإجابة نعم كانت تلك القوانين غير دستورية وحق الطعن فيها لأن الشريعة الإسلامية مصدر رئيسي للتشريع وإن كانت الإجابة بلا ، فحق تأييد المشرع " .

ثم ينقل عن الشيخ علي الخفيف - رحمه الله - قائلا " أما عن نظام الشهر بالمعنى المعروف لدينا فلم يرد في الشريعة أمر بشأنه ومع ذلك فإنه لا يتعارض مع مبادئ الشريعة الإسلامية لسببين :

١- إنه ليس إلا تطويراً لنظام وحفظ أصول العقود في سجلات وهي عادة جرى عليها المسلمون كثيراً .

٢- إن الشهر يأتي عقب تغيرات طرأت على المجتمع الإسلامي ولقد أغفل المسلمون جانب الدين والخلق في جوانب كثيرة من معاملتهم وحياتهم الخاصة وجانب مبيعاتهم وتصرفاتهم المالية ، فكان فيها كثير من الغش والخداع وضروب من التظاهر ، وأن أشد ما أصاب الناس في هذا المجال من = ضرر هو في التصرفات العقارية وذلك لعدم ظهور اليد والحيازة في العقار نتيجة لوضعه وهيئته ، والاعتماد في تملكه وحيازته على الأقوال والإقرار أو المستندات العرفية الباطلة المزورة في حين أن العقار هو الثروة الثابتة المستقرة . ، وإن أصول الشريعة لا تقف أمام هذا التغيير ، وإنما تحول للحاكم والشارع في البلد الإسلامي أن يتصدى لهذا التغيير ، فإن رأى أن نظام الشهر هو السبيل فلا مانع ، وأنه يتفق مع روح الشريعة ، وليس فيه ما يخالف نصاً من كتاب أو نصاً من سنة صحيحة واجبة الاتباع . ، وبهذا يتبين لنا من أقوال علماء المسلمين أن المصالح الجدية المشروعة سند التشريع والاجتهاد طالما لا تخالف النص لفظاً أو روحاً ، راجع : د. مصطفى الجارحي ، المرجع السابق ص ١٥ ، ١٦ ، بتصرف .

وليس هنا مكان في الرد على مثل هذه الاتهامات الظالمة للفقهاء الإسلامي ورجاله ، ويجب أن نقتصر على ذكر أن رجال الفقه الإسلامي وهم عمليين في حلولهم قبل كل شيء - لم يجد أمامهم من المشاكل طوال القرون الأولى من تاريخ الإسلام ما يستدعي وضع قواعد لشهر التصرفات العقارية ، فلما دعت الحاجة إلى ذلك ، في أواخر عهد الخلافة العثمانية ، بادر رجال الفقه الإسلامي إلى وضع قواعد لشهر التصرفات العقارية ، وبادرت هذه الخلافة إلى إنشاء وزارة خاصة سميت (نظارة الدفتر الخاقاني)^(١).

وإذا كان الفقه الإسلامي لم يتعرض مباشرة لإقرار مبدأ "إرجاء نقل الملكية إلى ما بعد التسجيل" فإن ذلك يرجع إلى أن هذا الفقه ، بل والنظام القانوني الإسلامي كله إنما يقوم على الدين والأخلاق الدينية التي تقدر

(١) أنظر: الدكتور محمد عبد الجواد محمد ، في بحث له بعنوان (نظام التسجيل العقاري في الجمهورية العربية الليبية) ، منشور ضمن منشورات معهد البحوث والدراسات العربية ، وثائق ونصوص (١٠) مجموعة أعمال الحلقة الدراسية لقوانين الشهر العقاري في البلاد العربية المنعقد في ٢١ : ٢٦ مارس (آذار) سنة ١٩٧٢ م قسم البحوث والدراسات القانونية والشرعية ، ط سنة ١٩٧٣ م ص ٢٨٦ ، ٢٨٧ ، نقلا عن أ. / دعبس المر ، كتاب أحكام الأراضي المتبعة في البلاد العربية المنفصلة عن السلطنة العثمانية ص ٩٠ ، مطبعة بيت المقدس بالقدس سنة ١٩٢٣ م ، د. / شاكر ناصر حيدر ، أحكام الأراضي والأموال غير المنقولة ص ٢٣٤ ، ط مطبعة المعارف - بغداد - سنة ١٣٦٣ هـ / ١٩٤٤ م وفي هذا المعنى أيضا أ. / سالم خليفة النعاجي ، بحث بعنوان (عرض خاص لنظام التسجيل العيني في الجمهورية العربية الليبية منشور ضمن منشورات معهد البحوث والدراسات العربية سالف الذكر ص ٢٥٨ .

الكلمة^(١)، فإذا ما ساءت الأخلاق ، وخربت الذمم ، واحتاج الأمر إلى وضع قواعد لشهر التصرفات العقارية ، قام الفقهاء المسلمون بوضع هذه القواعد والأحكام ، كما هو ديدن الفقهاء في كل زمن وموقفهم تجاه كل قضية ، فالعالم قد نجد له قضية وتطراً على ساحته وقائع لم تكن متصورة في عهد المتقدمين من رجالات الفقه الإسلامي وذلك مثل قضايا " الاستنساخ " و " شتل الجنين " و " بنوك اللبن " و " بنوك النطف والأجنة " و " نقل الأعضاء وزراعتها " و " نقل الدم " إلى آخر هذه القضايا المستحدثة ، وشأن رجالات الفقه الإسلامي أن يهبوا في كل وقت لبيان حكم الدين وموقف الفقه من مثل هذه القضايا المستحدثة^(٢) و أرى - مع بعض الفقه - أن عدم تعرض المتقدمين من الفقهاء لمثل هذه القضايا ليس معناه وجود نقص في الفقه الإسلامي ولا في الفقهاء المسلمين القدامى الذين لم يضعوا قواعد للشهر العقاري ، وقد قلنا أن هذا الفقه العريق قد واجه المشاكل القانونية كلها على

(١) د. / محمد عبد الجواد محمد ، البحث السابق له ص ٢٦٥ ، حيث يقول : في حاشية (٣) من ذات الصفحة : يقول الله تعالى : ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ ﴾ سورة المائدة ، من الآية رقم (١) . وألم يقل رجال القانون الكنسي مثلاً قانوناً ترجمته " يربط الإنسان من لسانه ، والبقرة من قرنيها " ؟ وألم يجعل الفقه الإسلامي حق المرتهن أو المستأجر السابق أقوى من حق المشتري اللاحق احتراماً للاتفاق والعقد السابق ؟ فتتص المادة (٣٩٣) من مرشد الحيران على أن " بيع المرهون والمستأجر ينعقد موقوفاً على إجازة المرتهن والمستأجر فإن أجاز المستأجر البيع أو مضت المدة أو انفسخت الإجازة نفذ البيع ... " كما تقول المادة (٥٩٠) من المجلة " لو باع الأجر المأجور بدون إذن المستأجر يكون نافذاً بين البائع والمشتري وإن لم يكن نافذاً في حق المستأجر ... " .

(٢) أنظر: كتاب قضايا فقهية معاصرة بأجزائه الأربعة تأليف نخبة من أساتذة كلية الشريعة والقانون بالقاهرة - جامعة الأزهر - .

مدى قرون طويلة ووضع لها الحلول المناسبة ، ولم يحدث في هذه القرون الطويلة ما يستدعي وضع قواعد لشهر التصرفات العقارية ، فلما وجد الداعي بادر الفقهاء إلى وضع هذه القواعد ، ويستوي في نظرنا أن تكون هذه القواعد مستنبطة من الفقه الإسلامي نفسه أو مستوحاة أو مقتبسة من النظم القانونية الأخرى ما دامت تتفق مع المبادئ العامة في الفقه الإسلامي ولا تخرج عليها ، وقد سبق أن ذكرنا " أنه من المقرر في القواعد الفقهية أنه " لا ينكر تغيير الأحكام بتغير الأزمان " ومنتقل بعد ذلك إلى التأصيل الفقهي لمبدأ " عدم انتقال الملك في العقار إلا بعد التسجيل " لنرى إقرار الفقه الإسلامي لهذا المبدأ واحتوائه له .

ويحكم مسألة " عدم انتقال الملك في العقد إلا بعد التسجيل العقاري وشهر التصرف فيه " من الأدلة أنواع ثلاثة أتحدث عنها في مطالب ثلاثة :

المطلب الأول : النصوص الشرعية من الكتاب والسنة .

المطلب الثاني : القواعد الفقهية .

المطلب الثالث : النصوص الواردة في كتب الفقه وأقوال الفقهاء في

مثل هذه المسألة

المطلب الأول:

النصوص الشرعية من الكتاب والسنة:

أولاً من الكتاب:

١- قوله تعالى: ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالِكُمْ بَيْنَكُمْ يَبْاطِلٍ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ وَلَا تَقْتُلُوا أَنْفُسَكُمْ إِنَّ اللَّهَ كَانَ بِكُمْ رَحِيمًا ﴾^(١).

٢- قوله تعالى: ﴿ وَلَا تَأْكُلُوا أَمْوَالِكُمْ بَيْنَكُمْ يَبْاطِلٍ وَتُدْثَلُوا بِهَا إِلَى الْحُكَّامِ لِتَأْكُلُوا فَرِيقًا مِّنْ أَمْوَالِ النَّاسِ بِالْإِثْمِ وَأَنْتُمْ تَعْلَمُونَ ﴾^(٢).

ووجه الدلالة من الآيتين الكريمتين:

أن الله عز وجل قد نهانا عن أكل الأموال بالباطل وقد قال العلماء أن النهي يفيد التحريم في الكل وفي سائر أنواع التصرف ومادام النهي عاما فهو يشمل كل باطل ومن الباطل التفريط في حفظ المال العقاري وصيانته بعدم تسجيله وكذا من الباطل مخالفة أمر الإمام إذا سن تشريعا يوجب على الناس القيام بتسجيل أموالهم العقارية مادام المقصود من هذا التشريع المصلحة العامة لاسيما والقاعدة الفقهية تقول: " تصرف الإمام على الرعية منوط بالمصلحة " وإذن فيكون مخالفة التشريع الذي يقضي بتسجيل التصرف العقاري وشهره من الباطل الذي نهانا الشارع عنه .

ثانياً النصوص من السنة:

١- عن أبي سعيد الخدري أن رسول الله ﷺ قال: " لا ضرر ولا

(١) سورة النساء ، الآية رقم (٢٩) .

(٢) سورة البقرة ، الآية رقم (١٨٨) .

ضرار ، من ضاراً ضاره الله ومن شاق شاقق الله عليه^(١) .

٢- وعن عائشة رضي الله عنها أن رسول الله ﷺ قال : " لا ضرر ولا

ضرار" .

ووجه الدلالة من الحديث الشريف:

أن النبي ﷺ قد نهى عن أن يضر المرء نفسه أو أن يوقعه بغيره ومن إضرار المرء بنفسه إضاعة ماله ، ومن إضراره بغيره عصيان أوامر الحاكم المسلم لقوله تعالى : ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَطِيعُوا اللَّهَ وَأَطِيعُوا الرَّسُولَ وَأُولِي الْأَمْرِ مِنْكُمْ ﴾^(٢) ولأن ذلك فيه مخالفة لأمر الشارع وإلقاء بنفسه إلى التهلكة ، وهو منهي عنه ، فإذا ما وضع تشريع يقضي بعدم انتقال الملك إلا بعد التسجيل وجب اتباعه مادامت المصلحة منوطة به .

٢- قوله ﷺ : " ما رآه المسلمون حسناً فهو عند الله حسن "^(٣) .

(١) الحديث أخرجه الدارقطني في سننه ، الحديث رقم ٣١٢٤ وأخرجه الإمام أحمد في مسنده عن ابن عباس وفي إسناده جابر الجعفي قال محقق المسند الحديث إسناده ضعيف لضعف جابر الجعفي وقوله " لا ضرر ولا ضرار " رواه ابن ماجه في سننه ج ١٢ ص ٣٠ ، ٣١ ، من طريق عبد الرزاق بإسناده ، ومعناه صحيح ثابت ، راجع مسند الإمام أحمد بتحقيق حمزة أحمد الزين ، نشر دار الحديث ج ٣ ص ٢٦٧ ، الحديث رقم (٢٠٩٨ ، ٢٣٠٧) وقال ابن الحزم : الحديث قد جاء مرسلًا أو من طريق فيها زهير بن ثابت وهو ضعيف إلا أن معناه صحيح " راجع : ابن حزم ، المحلى ج ٧ ص ٨٥ ، كتاب المرفق ، وقد تناقلت كتب الفقه وأصول الحديث في أكثر من موضع وتلقاه العلماء بالقبول لتواتر معناه ، والحديث أخرجه أيضا الدارقطني في سننه الحديث رقم ٤٥٩٥ نشر وزارة الأوقاف المصرية .

(٢) سورة النساء ، من الآية رقم (٥٩) .

(٣) أخرجه العجلوني في كشف الخفا ومزيل الألباس عن ابن مسعود مرفوعاً الحديث رقم ٢٢١٤ وقال رواه أحمد في كتاب السنة وهو موقوف حسن ، وأخرجه البزار والطيالسي والطبراني وأبو نعيم والبيهقي في الاعتقاد عن ابن مسعود أيضا ، وفي شرح الهداية للعيني روى أحمد بسنده عن ابن مسعود قال : إن الله نظر في قلوب =

ووجه الدلالة من الحديث :

أن النبي ﷺ جعل ما يستحسنه العلماء وأهل الحل والعقد من المسلمين حسناً فهو عند الله حسن وإذا استحسن الإمام أو الحاكم أمراً رأى فيه المصلحة العامة لجماعة المسلمين جاز عمل الناس عليه ، ومن هذا الأمر بالتسجيل العقاري ، وإرجاء نقل الملك إلى ما بعد التسجيل . وقد خرّج العلماء على هذا الحديث كثيراً من الأحكام منها أجره الحماّم لأنه مما تعارف الناس عليه ورأوه حسناً^(١) .

وأجرة الحماّم^(٢) ونحو هذا مما تعارف عليه الناس في الإجازات والبيوعات ونحوها .

=العابد بعد قلب محمد ﷺ فوجد قلوب أصحابه خير قلوب العباد فجعلهم وزراء نبيه يقاتلون على دينه فما رآه المسلمون حسناً فهو عند الله حسن وما رأوه سيئاً وفي رواية - قبيحاً فهو عند الله سيء ، ومن طريق أحمد رواه الحاكم في المستدرک في فضائل الصحابة وزاد فيه وقد رأى الصحابة جميعاً أن يستخلف أبو بكر وقال صحيح الإسناد ولم يخرجاه" انتهى وكذلك رواه البزار في مسنده والبيهقي في كتاب المدخل ، ومن طريق آخر رواه أبو داود الطيالسي في مسنده ، ومن طريق أبي داود رواه أبو نعيم في الحلية في ترجمة ابن مسعود والبيهقي في كتاب الاعتقاد وكذلك رواه الطبراني في معجمه . أ.هـ

(١) أبو بكر مسعود بن أحمد الكاساني ، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع ج ١ ص ٤٨ ، نشر دار الكتب العلمية يحيى بن شرف النووي ، المجموع شرح المهذب ج ٢ ص ٢٣٢ ، الصاوي ، حاشية الصاوي على الشرح الصغير ج ٢ ص ٧٣٣ ، نشر دار المعارف ، الشريبي الخطيب ، مغني المحتاج ج ٣ ص ٤٥٤ ، نشر دار الكتب العلمية ، ابن يحيى المرتضى ، البحر الزخار ج ٤ ص ٢٩٩ ، نشر دار الكتاب الإسلامي ، القاضي العنسي ، التاج المذهب ج ٢ ص ٢٨٧ ، أطفيش ، شرح النيل ج ١٤ ص ٣٠ ، نشر مكتبة الإرشاد - جدة .

(٢) الحجام : نسبة إلى الحجامه وهو شخص يتخذ الحجامه مهنة له ، والحجامه لغة مأخوذة من الحجم أي المصّ وفي اصطلاح الفقهاء هي : إخراج الدم من القفا بواسطة المصّ بعد الشرط بالمشروط . أنظر: الموسوعة الفقهية - الكويت ج ١٧ ص ١٤ .

قال البخاري في كشف الأسرار : " وأهل الديانة لا يتصور منهم الاجتماع على حكم من أحكام الله جزافاً ، بل بناء على حديث سمعوه ومعنى من النصوص رأوه مؤثراً في الحكم"^(١) .

وأما ما ذكروا من بيع المراضاة وأجرة الحمام فالإجماع فيها ما وقع إلا عن دليل إلا أنه لم ينقل إلينا استغناءً عنه"^(٢) .

(١) عبد العزيز بن أحمد بن محمد البخاري ، كشف الأسرار ج ٣ ص ٢٩٣ ، نشر دار الكتاب الإسلامي .
(٢) المرجع والمكان السابقان .

المطلب الثاني

القواعد الفقهية

يندرج مبدأ عدم انتقال الملك في العقار إلا بعد التسجيل تحت القواعد الفقهية الآتية :

القاعدة الأولى : (لا ضرر ولا ضرار) .

القاعدة الثانية : (المشقة تجلب التيسير) .

القاعدة الثالثة : (درء المفاسد مقدم على جلب المصالح) .

وسأتناول هذا الموضوع بشيء من التفصيل في فروع ثلاثة :

الفرع الأول:

قاعدة (لا ضرر ولا ضرار) (١)

أصل هذه القاعدة : الحديث الشريف " لا ضرر ولا ضرار " وهو حديث مشهور تلقاه العلماء بالقبول ، ويؤصل الفقهاء هذه القاعدة فيستدلون لها بقوله تعالى : ﴿ الطَّلَاقُ مَرَّتَانِ فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ ﴾ ^(٢) وقوله تعالى: ﴿ وَإِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَبَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ سَرِّحُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ وَلَا تُمْسِكُوهُنَّ ضِرَارًا لِّتَعْتَدُوا ﴾ ^(٣) فقد روى في سبب النزول أن أهل الجاهلية لم يكن عندهم للطلاق عدد وكانت العدة

(١) الضرر لغة ضد النفع يقال أضره يضره ضرراً ألحق به مكروها أو أذى وضارة ضرراً ضرةً ، الفيومي ، المصباح المنير ص ٣٦٠ ، المطرزي ، المغرب ص ٢٨٢ ، ٢٨٣ ، مجمع اللغة العربية ، المعجم الوجيز ص ٣٧٩ ، الرازي ، مختار الصحاح ص ٣٧٩ ، الكويت ، الموسوعة الفقهية ج ٢ ص ١٧٩ والمضارة في الشرع : هي الضرر الناتج عن استعمال الحق ، أو استعمال الحق على وجه يناقض قصد الشارع من تشريعه أو هي الانحراف بالحق عن غايته على نحو يترتب عليه ضرر بالغير أو بالنفس ، راجع د. / محمد عبد الغني في رسالته (نظرية الإلتلاف في الفقه الإسلامي) رسالة دكتوراه من كلية الشريعة والقانون بالقاهرة سنة ١٩٨١م ص ٧١ ، د. / وهبة الزحيلي ، التعويض عن الضرر في الفقه الإسلامي ، بحث منشور بمجلة البحث العلمي والتراث الإسلامي ، العدد الأول عام ١٣٩٨هـ - ص ١١ ، إصدار كلية الشريعة والدراسات الإسلامية - جامعة الملك عبد العزيز آل سعود - مكة المكرمة ، د. / محمد فاروق بدر العكام الفعل الموجب للضمان ، رسالة دكتوراه من كلية الحقوق - جامعة القاهرة ص ٣٦٧ ، الشيخ محمد أبو زهرة ، بحث عن التعسف منشور في أسبوع الفقه الإسلامي ، دمشق ص ٢٨ ، د. / محمد شوقي السيد ، التعسف في استعمال الحق ص ١٠١ ، فقرة ٩٠ ، د. / أحمد فهمي أبو سنة ، النظرية العامة للمعاملات في الفقه الإسلامي ص ١٠٠ ، د. / محمد رأفت عثمان ، التعسف في استعمال الحق ص ١٠١ ، فقرة ٩٠ .

(٢) سورة البقرة ، من الآية رقم (٢٢٩) .

(٣) سورة البقرة ، من الآية رقم (٢٣١) .

معلومة مقدرة ، فروى عروة قال : ^(١) كان رجل يطلق امرأته ، ثم يراجعها قبل أن تنقضي عدتها ، فغضب رجل من الأنصار على امرأته ، فقال : لا أتركك ولا تحلين مني ، قالت له وكيف ؟ قال أطلقك حتى إذا جاء أخيك راجعتك ، فشكت ذلك إلى النبي ﷺ فأنزل الله تعالى ﴿الطلاق مرتان﴾

وروى مالك عن ثور بن زيد الديلي ، أن الرجل كان يطلق امرأته ، ثم يراجعها ، ولا حاجة له بها ، ولا يريد إمساكها كيما يطول بذلك العدة عليها ، وليضارها ، فأنزل الله تعالى ﴿ولا تمسكوهن ضرراً لتعتدوا ، ومن يفعل ذلك فقد ظلم نفسه﴾ ^(٢) .

فهذان الخبران يدلان على أن نزول الآيتين المذكورتين كان في معنى واحد متقارب ، وهو حبس الرجل المرأة ومراجعتها لها قاصداً الإضرار بها ^(٣) .

وأما عن معنى هذه القاعدة:

فهو أن الضرر تجب إزالته لأنه ظلم وغدر والواجب عدم إيقاعه ، لأن الأضرار مرفوعة ومزالة ، ولا يحق أن تقع أصلاً ^(٤) . والضرر ما قابل

(١) ابن العربي ، أحكام القرآن ج ١ ص ٢٥٧ ، ٢٥٨ ، نشر دار الكتب العلمية ، القرطبي ، الجامع لأحكام القرآن ج ٣ ص ١٥٦ ، الجصاص ، الجامع لأحكام القرآن ج ١ ص ١٥٦ ، نشر دار الفكر ، الشافعي ، أحكام القرآن ج ١ ص ٢٢٣ ، نشر دار الكتب العلمية

(٢) سورة البقرة ، من الآية رقم (٢٣١) .

(٣) أنظر: الشيخ عيسوي أحمد عيسوي ، التعسف في استعمال الحق بحث منشور بمجلة العلوم القانونية والاقتصادية ، العدد الأول يناير سنة ١٩٩٣ م ص ٦٣

(٤) أستاذنا الدكتور / عبد العزيز محمد عزام ، القواعد الفقهية دراسة علمية تحليلية مقارنة ص ١٥٣ ، طبع مكتب الرسالة الدولية للطباعة والكمبيوتر - عين شمس الشرقية - القاهرة .

النفع ، فكل ما ليس بنفع ضرر ، والضرر يزال جملة خبرية لفظاً إنشائية معنى ، لأن الأخبار في كلام الفقهاء للوجوب ، فيكون المراد بها الإنشاء أي أن الأضرار يجب إزالتها ، بل هي مزالة من الله ابتداءً ودواماً ، وليس هناك تكليف فيه ضرر ، لأنه مزال ومرفوع شرعاً ، وكذلك الإنسان مكلف بأن يزيل الضرر عن نفسه ، ولا يجوز أن يلحق الضرر بغيره لأنه ظلم والظلم حرام^(١) .

وإطلاق الضرر يفهم منه أن التحريم ليس قاصراً على الأضرار الواقعة بالفعل ، بل يشمل ما كان منها ابتداءً بعدم تشريع حكم يلزم منه ضرر سواء كان ذلك الحكم تكليفاً أو وضعياً ، كما يشمل أيضاً الضرر الحاصل بسبب الأعذار الطارئة ، وما كان بالتدراك أي بتشريع الأحكام التي يتدراك بها الضرر الحاصل كأنه لم يحدث^(٢) .

فروع هذه القاعدة :

هذه القاعدة ينبنى عليها كثير من فروع أبواب الفقه ، كالرد بالعيب وجميع أنواع الخيارات من اختلاف الوصف المشروط ، والحجر بسائر أنواعه ، والشفعة ، لأنها شرعت لدفع الضرر القسمة والقصاص والحدود

(١) السيوطي ، الأشباه والنظائر ص ٩٢ ، الحموي ، غمز عيون البصائر مطبوع مع الأشباه لابن نجم ج ١ ص ٢٧٤ ، نشر دار الكتب العلمية .

(٢) الأنصاري ، فواتح الرحموت ص ٣١٤ ، د. عبد العزيز عزام ، القواعد الفقهية ص ١٥٣ .

أقول : وفي قول الأنصاري في فواتح الرحموت " بل يشمل ما كان منها ابتداءً بعدم تشريع حكم يلزم منه ضرر ... وقوله : " وما كان بالتدراك أي بتشريع الأحكام التي يتدراك بها الضرر الحاصل " فيه دليل على أن لولي الأمر أن يصدر تشريعاً يلزم فيه العامة بضرورة التسجيل للمال العقاري وأن ينص على عدم انتقال الملك لا فيما بين المتعاقدين ولا بالنسبة للغير إلا بعد التسجيل .

والكفارات ، وضمان المتلفات والقسمة ونصب الأئمة والقضاة ودفع الصائل ، وقتال المشركين ، والبغاة ، وفسخ النكاح بالعيوب والإعسار إلى غير ذلك مما في حكمة شرعيته دفع الضرر إذ لا ضرر ولا ضرار .

ولكن السؤال الذي قد يتبادر إلى ذهن القارئ:

ما دلالة هذه القاعدة على موضوعنا " عدم انتقال الملك في العقار إلا بعد تسجيله " ؟ وبالأعم ما دلالتها على إرجاء بعد ما للتصرفات والعقود من آثار ؟

والجواب عن مثل هذا التساؤل يتجلى فيما قاله العلماء في شرح هذه القاعدة ، وفيما ذكره من فروع تتفرع عليها :

أ - أما ما قاله العلماء في شرح هذه القاعدة فهو أن التحريم ليس قاصراً على الأضرار الواقعة بالفعل ، بل يشمل ما كان منها ابتداء بعدم تشريع حكم يلزم منه ضرر كما يشمل أيضاً ما كان بالتدارك أي بتشريع الأحكام التي يتدارك بها الضرر الحاصل " .

والمعنى :

أن الحاجة إذا دعت إلى تشريع حكم للمصلحة وتدارك الضرر الحاصل وهو ما نعيشه اليوم ونعاني منه من خراب ذمم الناس وضياع الأموال العقارية بعدم تسجيلها . فإن ذلك يميز لولي الأمر أن يضع تشريعاً ينص فيه على قواعد لانتقال الملك ومنها عدم انتقال الملك العقاري إلا بعد التسجيل ، والأخذ بالقوة المطلقة للسجل العيني وهي قواعد في مجملها لا تخالف المبادئ الشرعية الفقهية بل تتوافق مع القواعد الفقهية وخاصة قاعدة (الضرر يزال) ^(١)

(١) الأستاذ الدكتور/ عبد العزيز عزام ، القواعد الفقهية ص ١٣٥ ، نقلاً عن الأنصاري ، فواتح الرحموت ص ٣١٤ .

ب - وأما الفروع التي ذكرها الفقهاء لهذه القاعدة فمنها :

١- الإجبار على قضاء الديون :

فالمدين القادر على الوفاء بدينه وهو مع ذلك ممتنع عن الوفاء يجبره الحاكم^(١)، وهو ضرر ، لأنه فضيحة للمدين على رؤس الأشهاد ولكن بقاء

(١) العلامة : حسن الوفايي الشرنبلالي (أبو الإخلاص) نور الإيضاح ونجاة الأرواح ص ١٣٣ ، نشر دار الحكمة - دمشق - سنة ١٩٨٥ م ، زين الدين إبراهيم بن محمد (ابن نجيم) البحر الرائق ج ٨ ص ٥٥٢ ، نشر دار المعرفة - بيروت - ، وفي الفتاوى " لو أدخل نفسه في مال السلطنة ثم أكرمه السلطان على بيع ماله لا يكون ذلك إكراها ، لأنه لما دخل باختياره مع علمه أن السلطان إذا تأخر له مال يبيع داره وأمتعته صار راضيا بما يترتب على الدخول ، فلا يكون إكراها " . العلامة : محمد أمين الشهير ب(أ بن عابدين) ، المختار ج ٦ ص ١٥٠ ، نشر دار الفكر - بيروت - ط ثانية سنة ١٣٨٦ هـ ، علاء الدين الكاساني ، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع ج ٥ ص ١٥٥ ، نشر دار الكتاب العربي - بيروت - ط ثانية ، أبو الحسن المالكي ، كفاية الطالب الرباني ج ص نشر دار الفكر ، بيروت ، سنة ١٤١٢ هـ بتحقيق الأستاذ يوسف الشيخ ، محمد البقاعي ، العلامة : محمد بن عرفة الدسوقي ، حاشية الدسوقي ج ٤ ص ١٩٨ ، نشر دار الفكر - بيروت - بتحقيق الشيخ محمد عlish " لو طالبه الغرماء بدينهم وادعى الإعسار وأقام بينة سماع بذلك إلخ ... " محمد بن يوسف العبدري (المواق) التاج والإكليل ج ص ط ثانية نشر دار الفكر - بيروت - سنة ١٣٩٨ هـ ، أحمد بن غنيم بن مهنا بن سالم النفرواي المالكي ، الفواكه الدواني ج ٢ ص ٢٣٩ ، نشر دار الفكر - بيروت - سنة ١٤١٥ هـ ، العلامة : محمد الخطيب الشربيني ، مغني المحتاج ج ص ٤٦٢ ، نشر دار الفكر - بيروت - وقال النووي في روضة الطالبين " كمطل المدين الموسر فالمحتسب بأمره بالخروج عنه إذ استعداه صاحب الدين " راجع : النووي ، روضة الطالبين ج ١ ص ٢١٨ ، نشر المكتب الإسلامي - بيروت سنة ١٤٠٠ هـ ، إبراهيم بن محمد بن سالم بن ضويان ، منار السبيل ج ١ ص ٣٥٥ ، نشر مكتبة المعارف - الرياض ، ط ثانية سنة ١٤٠٥ هـ بتحقيق عصام القلعجي ، " ولا يخرج حتى يتبين أمره أي أنه معسر أو يسيراً المدين بوفاء أو لإيراد أو يرض غريمه بإخراجه " العلامة : علي بن أحمد بن سعيد بن حزم الظاهري ، المحلى ج ٨ ص ١٦٩ ، نشر دار الآفاق الجديدة - بيروت - بتحقيق لجنة إحياء التراث العربي ، ولقول رسول الله ﷺ : " مطل الغني ظلم " فسجنه مع القدرة على إنصاف غرمائه ظلم له ولهم معا " .

الدين وهو هم بالليل وذلة بالنهار ضرر أعظم فيرتكب الضرر الأخف وهو إجبار المدين لدفع الضرر الأعظم وهو المماثلة التي تسري بين الناس . وهذا من قاعدة " ارتكاب أهون الضررين " المتفرعة عنها ونظير هذا فيما يتعلق بموضوعنا أن الإنسان حر في ماله يتصرف فيه كيف يشاء فله عدم تسجيل ماله العقاري وتركه حتى يضيع وفي إجبار الحاكم لصاحب المال العقاري على تسجيله وعدم انتقال الملك فيه إلا بعد التسجيل ضرر ، وهو يجيق بصاحب المال لما فيه من منافاة الرضا والاختيار ، ولكن الضرر الذي يعود من عدم تسجيل العقار أكبر وأشد لما يترتب عليه من ضياع ماله ومال غيره ، فيرتكب الضرر الأخف ، دفعا للضرر الأعظم ، أو الأشد وهذا من باب القاعدة القائلة " ارتكاب أهون الضررين " وعده بعض العلماء من المستثنيات على قاعدة الضرر لا يزال بالضرر المقيدة للقاعدة الكلية الكبرى " الضرر يزال " (١) .

ويمكن أن يقاس على مسألة إجبار المدين التي نص عليها الفقهاء إجبار صاحب المال العقاري على تسجيل ماله والنص على عدم انتقال الملك إليه إلا بعد التسجيل ، لأن ذلك يعد دفعا للضرر الواقع على عامة الناس من ترك التسجيل وأنه يفضي إلى أكل الأموال بالباطل وهو منهى عنه بالنص من الكتاب والسنة .

(١) د. / عبد العزيز عزام ، القواعد الفقهية ص ١٩٤ ، الشيخ / محمد الطيب الخضري ، أصول الفقه ص ٢٠٩ ، السيوطي ، الأشباه والنظائر ص ٩٦ ، الحموي غمز عيون البصائر مطبوع مع الأشباه والنظائر ج ١ ص ٢٧٦ ، نشر دار الكتب العلمية .

٢- مسألة الظفر بالحق :^(١)

يقرر الفقهاء أن من قدر على استيفاء حق له مضبوط معين فله استيفاؤه إذا امتنع عن الأداء من عليه الحق ، وليس عند صاحب الحق وسيلة من وسائل إثبات هذا الحق تحول له الرفع إلى القاضي ، فإن الأخذ من مال الغير بغير إذنه ضرر ، ولكنه يرتكب لدفع الضرر الأعظم وهو ضياع الدين على صاحبه .

ونظير هذا في مسألتنا :

أن أمر الحاكم للناس بتسجيل أموالهم العقارية ونصه على عدم انتقال الملك إلا بذلك ، فيه ضرر لأنه يقيد حريرتهم ويحد من إرادتهم ، ولكنه يرتكب لدفع الضرر الأعظم الذي يعود على الكافة من عدم معرفة الحقوق ، وعدم تدوينها لدى الدولة وذهاب معالمها .

وهذا من جنس القاعدة " ارتكاب أهون الضررين "^(٢) أو من قبيل الاستثناء على قاعدة "الضرر لا يزال بالضرر"^(٣) وكلاهما يتفرع عن القاعدة الكلية الكبرى "لا ضرر ولا ضرار "

(١) السيوطي ، الأشباه والنظائر ص ٩٦ ، العز بن عبد السلام ، قواعد الأحكام في مصالح الأنام ج ١ ص ١٩٧ ، د. / عبد العزيز عزام ، القواعد الفقهية ص ١٩٥ ، ابن القيم ، حاشية ابن القيم ج ٦ ص ١٨١ نشر دار الكتب العلمية .
 (٢) عدها ابن نجم في الأشباه من جنس القاعدة ، أنظر: الأشباه والنظائر مطبوع مع غمز عيون البصائر للحموي ج ١ ص ٢٨٩ ، ٢٩٠ ، نشر دار الكتب العلمية .
 (٣) وعدها الدكتور / عبد العزيز عزام من المستثنيات على القاعدة ، أنظر: القواعد الفقهية ص ١٩٥ .

٣- ومن فروع هذه القاعدة أيضا : قاعدة : الحاجة تنزل منزلة الضرورة^(١) .
ومعنى هذه القاعدة :

أنه إذا كانت حاجة عامة لمجموع الناس أو خاصة بشخص ما نزلت هذه الحاجة منزلة الضرورة في جواز الترخيص لأجلها والمراد بالحاجة هنا ما كان دون الضرورة ، والضرورة هي الحالة الملجئة إلى ما لا بد منه .

والفرق بين الحاجة والضرورة أن حكم الأولى مستمر وحكم الثانية مؤقت بمدة قيام الضرورة إذ " الضرورة تقدر بقدرها " والظاهر : أن ما يجوز للحاجة إنما يجوز فيما ورد فيه نص يجوزه أو تعامل أو لم يرد فيه نص يمنعه بخصوصه ، وكان له نظير في الشرع يمكن إلحاقه به وجعل ما ورد في نظيره وارداً فيه .

وأما ما ورد فيه نص يمنعه بخصوصه بعدم الجواز فيه واضح ولو ظنت فيه مصلحة لأنها حيثئذ وهم .

٤- ومن فروع هذه القاعدة أيضا: الحوالة :

وهي عقد يقتضي انتقال دين من ذمة إلى ذمة أخرى^(٢) وحقيقتها بيع دين بدين ، فإن الحيل يشتري ما في ذمته بماله في ذمة المحال عليه ، وهي وسيلة من وسائل استيفاء الحقوق والأصل أن الحوالة وهي بيع دين بدين لا يجوز لأن النبي ﷺ "نهى عن بيع الدين بالدين"^(٣) ولكن الصحيح أن الحوالة

(١) د. / مصطفى أحمد الزرقا ، سراج القواعد الفقهية ص ٢٠٩ ، د. / عبد العزيز عزام ، القواعد الفقهية ص ٢٢٤ ، الحموي ، غمز عيون البصائر مع الأشباه والنظائر ج ١ ص ٢٩٤ .

(٢) الشيرازي ، المهذب ج ١ ص ٢٣٧ .

(٣) الحديث رواه الشافعي في باب الخلاف فيما يجب به البيع بلفظ " ونهى عن الدين بالدين " أنظر: التلخيص ج ٣ ص ٢٦ ، ٢٧ ، والحديث أورده بن حجر في كتابه روضة المحدثين ، الحديث رقم ٤١٢٠ ، بلفظ " عن ابن عمر أن النبي ﷺ نهى عن بيع الكالئ بالكالئ يعني الدين بالدين " أنظر: روضة المحدثين ج ٩ ص ٢٧٠ ، نشر برنامج منظومة التحقيقات الحديثة - المجاني - من إنتاج مركز نور الإسلام لأبحاث القرآن والسنة بالإسكندرية .

عقد إرفاق فكانت مشروعة ، ودليل مشروعيتها قوله ﷺ : " مطل الغني ظلم وإذا أتبع أحدكم على ملء فليتبّع " (١) والمطل بالدين معناه التأخير فيه ، والامتناع عن أدائه لصاحبه من غير عذر ، والملئ هو الغني والأمر في الحديث للوجوب إلا أنه مصروف عنه إلى الندب لاشتراط الرضا في العقود الرضائية إذ أن الرضا توافق إرادة الشخص بحريته ورغبته واختياره ، مع إرادة أخرى على إبرام عقد أو إنشاء التزام ما ، وقد اجمع أهل العلم على جواز الحوالة في الجملة لحاجة الناس إليها ، فقد يكون للمدين دين على غيره ، وصاحب المال محتاج إليه ، فمن اليسير عليه أن يأخذ ماله من المحال عليه (٢) .

أقول :

وعنصر الحاجة في الحوالة هو الذي أباحها إذ لولا حاجة صاحب الدائن لماله الذي عند مدينه ، لما قرر الشارع إباحة أن يحيل المدين دائنه على مدينه ليستوفي حقه ، لأنه إن امتنع والحالة هذه كان مماطلا والمطل ظلم بنص الحديث السابق وإنما جوزها الشارع لحاجة الإنسان لاقتضاء ماله والمحافظة عليه ، وأيضا فإن مسألتنا هذه فيها عنصر الحاجة وهو حاجة أصحاب العقارات إلى المحافظة على عقاراتهم ووسيلة المحافظة عليها تقتضي أن يحدد لهم ولي الأمر طريقا معيناً يسلكوه للمحافظة على عقاراتهم من الضياع ، فإذا رأى ولي الأمر عدم انتقال الملك في العقار إلا بعد تسجيله ، حفاظا على أموال العامة من الاختلاط وعدم ضياعها ووضوح معاملها كان له ذلك إذ التسجيل وسيلة لتمييز العقار عن غيره وإيضاحا لمعامله وإظهاراً لإثبات اليد

(١) الحديث متفق عليه من حديث مالك ، رواه أصحاب السنن إلا الترمذي . وأخرجه الهيثمي في مجمع الزوائد ومنبع الفوائد باب فيمن نوى ألا يقض قال رواه البزار وفيه إسماعيل مسلم المكي وهو ضعيف أنظر: الهيثمي ، مجمع الزوائد ومنبع الفوائد الحديث رقم ج ٢ ص ١٠٥ ، وأورده الزيلعي في نصب الراية في تحريج أحاديث الهداية ، كتاب الحوالة ج ٩ ص ٣٥٠ .

(٢) أ.د/ عبد العزيز عزام ، القواعد الفقهية ص ٢٣٩ .

مجلة الشريعة والقانون * العدد الرابع والعشرون المجلد الثاني (٢٠٠٩ - ١٤٣٠) * (١٧٦٥)

عليه من صاحبه ، والحاجة هنا موجودة ، من جهة صاحب المال العقاري ، ومن جهة الغير الذي يتعامل معه ، ومن جهة الدولة .

فأما صاحب المال فهو محتاج إلى التسجيل ليحفظ به ملكيته لعقاره وإظهار حيازته له وأما الغير الذي يتعامل معه فإنه يجب الاستيثاق لنفسه والاطمئنان إلى أن البائع للعقار أو الرهن هو صاحب العقار وأن ملكيته له ثابتة ومستقرة ، ولا يكون ذلك إلا بالكشف عليه ، والتيقن من ملكيته المسجلة .

وأما الدولة فهي محتاجة إلى ذلك أيضا تمييزاً للعقارات عن بعضها وأيضا لمعرفة قدر الضريبة المستحقة على العقار وما قد تتقاضاه من رسوم عن استعمال العقار واستغلاله وإيصال المرافق العامة إليه كالماء والكهرباء ، والغاز إلخ.

ولما كانت الحاجة هنا قائمة من الأطراف الثلاثة صاحب المال العقاري ، ومن يتعامل معه ، والدولة نزلت الحاجة منزلة الضرورة شأنها شأن الحوالة أو حاجة "المحال" إلى ماله لا تقل عن حاجة المالك للعقار أو من يتعامل معه بل الحاجة هنا أشد من حاجة صاحب المال إلى ماله في الحوالة . فتكون أولى بالحكم أو مثل الحوالة في الحكم .

٥- ومن فروع هذه القاعدة أيضا: دخول الحمام :

أجاز الفقهاء للإنسان أن يدخل الحمام بأجر للاغتسال مع كونه قياسا غير جائز ، لأن المنفعة فيه مجهولة وغير معينة إذ لا يمكن تعيين المدة التي يقضيها الشخص في الحمام ومقدار الماء الذي يصرفه^(١).

(١) محمد بن فرموزا [منلا خسرو] درر الحكام شرح مجلة الأحكام ج ١ ص ٤١٦ ، نشر دار إحياء الكتب العربية - القاهرة - ، د. / عبد العزيز عزام ، القواعد الفقهية ص ٢٣٩ ، علي حيدر ، درر الحكام شرح مجلة الأحكام ص ٣٨ .

ولكنه جوز لحاجة الناس إليه ، وله نظير في الشرع يمكن إلحاقه به وهو جواز استئجار الظئر وهي المرأة التي ترضع الطفل بطعامها وكسوتها ، فإنه جوز بقوله تعالى : ﴿ فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ ﴾^(١) والقياس يأباه لأنه وارد على استهلاك الأعيان قصدا لا يجوز ، ولكنه جوز استئجار الظئر للإرضاع على القول بأن العقد يرد على الخدمة واللبن يثبت تبعا^(٢) .

أقول :

وفي مسألتنا هذه لا يتحقق الغرر الموجود في مسألة دخول الحمام ، ولا في إجارة الظئر مع أن الحاجة داعية إلى تسجيل العقار شأنها شأن هذه المنافع فتكون مساوية لها في طلب الحكم والدليل على ذلك ما نراه اليوم من سوء الأخلاق ، وخراب الذمم وإنكار الحقوق وجحدها . والتسجيل قد أضحى حاجة ماسة لصاحب العقار والدولة ومن قد يتعامل مع صاحب العقار وتقرير الحاكم عدم انتقال الملك في العقار إلا بعد تسجيله ، فيه وجه استحسان ، ليكون دافعا إلى تمييز العقارات بعضها عن بعض وتوافر الثقة في المعاملات ، وإعطاء كل ذي حق حقه ، وهذه الأهداف حرص الشارع الحكيم على المحافظة عليها فتكون مساوية لمسألة دخول الحمام وإجارة الظئر ليس إلا .

وحاجة الناس إلى التسجيل داعية إلى إصدار مثل هذا الحكم ، لأن ضياع المال كلية أشد من حاله ببيع الوفاء أو مماثل له وإذا جاز هذا كان للحاكم إجبار الناس على التسجيل واشترائه لنقل الملك في العقار .

(١) سورة الطلاق ، من الآية رقم (٦) .

(٢) السيوطي ، الأشباه والنظائر ص ٩٧ .

الفرع الثاني: قاعدة المشقة تجلب التيسير

معنى القاعدة :

أن الصعوبة إذا وجدت في شيء من الأشياء كانت سببا شرعيا صحيحا للتسهيل ، والتخفيف ورفع المعاناة عن المكلف عند تنفيذ الأحكام بوجه ما^(١) .

والمشقة في اللغة معناها : الجهد والتعب ، يقال شق عليه الأمر يشق شقا ومشقة إذا أتعبه ، ومنه قوله تعالى : ﴿ وَتَحْمِلُ أَثْقَالَكُمْ إِلَى بَلَدٍ لَمْ تُكُونُوا بِالْغَيْهِ إِلَّا يَشِقُّ الْآنْفُسُ ﴾^(٢) أي لم تكونوا قادرين على ذلك إلا بتعب النفس وانكسارها وعتتها فإن من معاني المشقة : الجهد والعناء، والانكسار والضيق^(٣) .

والمراد بالمشقة التي تكون سببا في التيسير هي المشقة التي تنفك عنها التكاليف الشرعية ، أما المشقة التي لا تنفك عنها التكاليف الشرعية ، كمشقة الجهاد وألم الحدود ورجم الزناة وقتل البغاة والمفسدين والجناة ، فلا أثر لها في جلب تيسير ولا تخفيف^(٤) .

(١) د. / عبد العزيز عزام ، القواعد الفقهية ص ١٣٥ ، ابن نجيم ، الأشباه والنظائر مطبوع مع غمز عيون البصائر ج ١ ص ٢٤٥ ، ٢٤٦ ، السيوطي ، الأشباه والنظائر ص ٧٦ ، ٧٧ .

(٢) سورة النحل ، من الآية رقم (٧) .

(٣) الفيومي ، المصباح المنير ص ٣١٩ ، المطرزي ، المغرب في ترتيب المعرب ص ٢٥٥ .

(٤) د. / عبد العزيز عزام ، القواعد الفقهية ص ١٣٢ ، الزرقا ، شرح القواعد الفقهية ص ٨٤ ، لجنة من أساتذة قسم الفقه بكلية الشريعة والقانون بالقاهرة ، القواعد الفقهية ص ٥٨ ، ط عام ٢٠٠٦ / ٢٠٠٧ م ، الموسوعة الفقهية الكويتية ج ٣١ ص ٨ .

وجلب الشيء معناه : سوجه ، والمجيء به من موضع إلى موضع ،
والتيسير معناه التسهيل بعمل لا يجهد النفس ، ولا يثقل الجسم^(١) .

والتيسير في اللغة : السهولة والليونة ، يقال تيسر الأمر إذ سهل
ولان ، ومنه الحديث الشريف " إن الدين يسر ولن يشاد الدين أحد إلا غلبه
فسددوا وقاربوا وأبشروا"^(٢) أي سهل سمح قليل التشدد ، واليسر ضد
العسر^(٣) .

والمعنى اللغوي للقاعدة : يفيد أن الصعوبة والعناء تصبح سببا
للتسهيل^(٤) .

(١) الفيومي ، المصباح المنير ص ٦٨٠ ، ناصر المطرزي ، المغرب في ترتيب المعرب
ص ٥١٣ .

(٢) الحديث أخرجه البخاري عن أبي هريرة ، والمقصود بقوله ﷺ " سدودا " أي اقصدوا
السداد في الأمر وهو الصواب ، والمقصود بقوله " قاربوا " أي اطلبوا المقاربة ، وهي
القصدي في الأمر الذي لا غلو فيه ولا تقصير ، أنظر: البخاري ، صحيح البخاري
ج ١ ص ٦٩ ، باب الدين يسر، الحديث رقم ٣٨ موقع الإسلام على شبكة المعلومات
الدولية (الإنترنت) <http://11www.al-islam.com> والكتاب منقول ومرقم آليا
غير موافق للمطبوع وهو متن مرتبط بشرحه . أنظر: فتح الباري ، ج ١ ص ٨٦ ، ط
أولى ، وأنظر: جامع الأصول ج ١ ص ٢١٤ ، النسائي ، سنن النسائي ، باب الدين
يسر ج ٥ ص ٢٤١ ، الحديث رقم ٤٩٤٨ ، البيهقي ، السنن الكبرى ج ٣ ص ١٨ ،
البيهقي ، شعب الإيمان ، باب الدين يسر ج ٨ ص ٤٠٥ ، الحديث رقم ٣٧٢٤ .

(٣) ناصر المطرزي ، المغرب ص ٥١٣ ، الفيومي ، المصباح المنير ص ٦٨٠ ، الموسوعة
الفقهية ج ٣١ ص ٨ .

(٤) ابن نجيم ، الأشباه والنظائر مطبوع مع غمز عيون البصائر للحموي ج ١ ص ٢٧٣ ،
نشر دار الكتب العلمية ، الزرقا ، شرح القواعد الفقهية ص ٨٤ ، السيوطي ،
الأشباه والنظائر ص ٨٢ ، نشر دار الكتب العلمية ، د. / مراد محمود حيدر ، التأمين
الصحي ، أنواعه وأحكامه من منظور الفقه الإسلامي ص ٩٨ ، نشر مكتبة ومطبعة
الغد للنشر والطباعة والتوزيع - القاهرة .

والمعنى الشرعي للقاعدة : أن الأحكام التي ينشأ عنها حرج على
المكلف ومشقة في نفسه أو ماله، فالشريعة تخففها بما يقع تحت قدرة المكلف^(١)
وعلى هذا :

فإن التسهيلات الشرعية بتجويز عقد القرض^(٢) والحوالة^(٣)
والوصية^(٤)، والسلم^(٥)، وإقالة البيع^(٦)، والرهن^(٧)، والإبراء^(٨)،

(١) ابن نجيم ، البحر الرائق ح ١ ص ٢٢٧ ، ابن عابدين رد المحتار ج ٣ ص ٢١٣ ،
د./ عبد العزيز عزام ، القواعد الفقهية ص ١٣٣ ، ١٣٤ ، د./ حسن صلاح
الصغير، مدخل إلى القواعد الفقهية مطبوع مع نخبة من أساتذة كلية الشريعة
والقانون بالقاهرة ص ٣١ ، عام ٢٠٠٦/٢٠٠٧ م .

(٢) القرض لغة : ما تعطيه غيرك من المال ، الفيومي ، المصباح المنير ص ٤٩٩ ، وشرعا
: هو دفع مال للغير ليتنفع به ويرد بدله ، المرادوي ، الإنصاف ج ٥ ص ١٢٣ .

(٣) الحوالة لغة : مأخوذة من أحلت الشيء إحالة أي نقلته ، المصباح المنير ص ١٥٧ ،
وشرعا : نقل الدين من ذمة إلى ذمة ، النسفي ، طلبه الطلبة ص ١٤٠ .

(٤) الوصية لغة : الإيصال لأن الموصي يصل خير دنياه بأخراه ، المصباح المنير ص ٦٦٢ ،
وشرعا : تمليك مضاف إلى ما بعد الموت ، الكساني ، بدائع الصنائع ج ٧ ص ٣٣٠ .

(٥) السلم لغة : السلف ، وأسلمت بمعنى أسلفت ، المصباح المنير ص ٢٨٦ ، وشرعا :
عقد على موصوف في ذمة مؤجل بثمن مقبوض في مجلس العقد ، البهوتي ، شرح
المنتهى ج ٢ ص ٨٧ .

(٦) اقالة المبيع هي لغة : رفع العقد واستقالة البيع أي رفعه ، المصباح المنير ص ٥٢١ ،
، وفي اصطلاح الفقهاء هي فسخ عقد البيع وإزالته ، البهوتي ، شرح منتهى
الإرادات ج ٢ ص ٦٣ .

(٧) الرهن لغة : الثبوت والدوام ، الفيومي ، المصباح المنير ص ٢٤٣ ، وشرعا : وثيقة
توثق دين بعين يمكن أخذه أو بعض منها ، البهوتي ، شرح المنتهى ج ٢ ص ١٠٤ .

(٨) الإبراء لغة : الإسقاط . تقول أبرأه من الدين أي أسقطه عنه ، المصباح المنير
ص ٤٧ ، وشرعا : إسقاط المدين الدين من ذمة مدينه ، البهوتي ، شرح المنتهى ج ٢
ص ١٢٥ .

والشركة^(١)، والوكالة^(٢)، والإجارة^(٣)، والمزارعة^(٤)، والمساقاة^(٥)، وشركة المضاربة^(٦)، والعارية^(٧)، والوديعة^(٨) مستندة إلى هذه القاعدة وقد صار تجويزها دفعا للمشقة وجلبا للتيسير، وجميع رخص الشرع وتحقيقاته ترجع إليها^(٩).

(١) الشركة لغة : النصيب من المال ونحوه ، تقول : أشركته في البيع أو جعلته شريكا ، المصباح المنير ص ٣١١ ، وشرعا الاجتماع في استحقاق أو تصرف البهوتي ، شرح المنتهى ج ٢ ص ٢٠٧ .

(٢) الوكالة لغة : التفويض ، وتطلق على الحفظ ، المصباح المنير ص ٦٧ ، وشرعا : استنابة جائر التصرف مثله فيما تدخله النيابة ، البهوتي ، شرح المنتهى ج ٢ ص ٨٤ .
(٣) الإجارة لغة : الثواب ، وهو العوض ، المصباح المنير ص ٥ ، وشرعا : عقد على منفعة مباحة معلومة مدة معلومة من عين معينة أو موصوفة في الذمة ، شرح المنتهى ج ٢ ص ٢٤١ .

(٤) المزارعة لغة : المعاملة على الأرض ببعض ما يخرج منها ، المصباح المنير ص ٢٥٢ ، ص ٢٥٢ ، وشرعا : دفع أرض وحب لمن يزرعه ويقوم عليه ، شرح المنتهى ج ٢ ص ٢٣٤ .

(٥) المساقاة لغة : المعاملة على سقي الأرض ببعض ما يخرج منها ، المصباح المنير ص ٢٨١ ، وشرعا : دفع شجر مغروس معلوم للعامل بجزء مشاع معلوم من ثمره ، شرح المنتهى ج ٢ ص ٢٣٣ .

(٦) المضاربة لغة : مأخوذة من الضرب في الأرض ، المصباح المنير ص ٣٦ ، وشرعا : دفع مال وما = في معناه بعين لمن يتجر فيه بجزء معلوم من ربحه ، شرح المنتهى ج ٢ ص ٢١٦ .

(٧) العارية لغة : مأخوذة من التعاور وهو التداول ، الرصاع التونسي ، شرح حدود ابن ابن عرفة ص ٣٤٠ .

(٨) الوديعة لغة : الأمانة وهي الاستنابة في الحفظ ، شرح حدود ابن عرفة ص ٣٣٥ ، وشرعا : المال المدفوع لمن يحفظه بلا عوض ، شرح المنتهى ج ٢ ص ٢٥٣ .

(٩) د. / عبد العزيز عزام ، القواعد الفقهية ص ١٣٤ ، د. / نصر فريد واصل ، مفتي جمهورية مصر العربية ، القواعد الكلية الفقهية ص ٥٢ ، نشر دار نهضة مصر .

أدلة القاعدة :

استدل العلماء هذه القاعدة بأدلة كثيرة من الكتاب والسنة والإجماع،
نقتصر على ذكر طرف قصير منها تنيها بالإشارة إلى البعض كفاية عن الكل .

(أ) أما الكتاب : فقوله تعالى : ﴿ يريد الله بكم اليسر ولا يريد بكم العسر ﴾^(١) وقوله تعالى : ﴿ وما جعل عليكم في الدين من حرج ﴾^(٢) .

(ب) وأما السنة : حديث ابن عباس عن النبي ﷺ أنه قال : " إن الله شرع الدين فجعله سهلا سمحا واسعا ولم يجعله ضيقا "^(٣) ومنها قوله ﷺ : " إن الدين يسر ولن يشاد الدين أحد إلا غلبه "^(٤) .

(ج) وأما الإجماع : فهو حاصل بين العلماء على عدم التكليف بالمشاق وعدم وقوع المشقة غير المألوفة في أمور الدين ، ومنعقد على ذلك ، إذ لو كان ذلك واقعا لحصل التناقض والاختلاف في الشريعة ، وذلك منفي عنها ، لأن الأدلة على سماحة الشريعة أكثر من أن تحصر فأحكام الشريعة كلها مبنية على التيسير^(٥) .

(١) سورة البقرة ، من الآية رقم (١٨٥) .

(٢) سورة الحج ، من الآية رقم (٧٨) .

(٣) الحديث أخرجه الطبراني في الأوسط وقال لم يروه عن أبي سلمة إلا عيسى بن واقد واقد تفرد به عبد الله بن الرومي ولم أر من ترجمه له ، وأورده الهيثمي في مجمع الزوائد من خطبة مطولة للنبي ﷺ ، أنظر: الهيثمي مجمع الزوائد ج ١ ص ١٠٣ ، ١٧٢ ، وأورده أبو داود في كنز العمال ج ١٥ ص ٩٤٠ ، الحديث رقم ٤٣٦١٧ .

(٤) الحديث أخرجه البخاري أنظر: ابن حجر ، فتح الباري بشرح صحيح البخاري ج ١ ص ٨٦ ط أولى .

(٥) د. / عبد العزيز عزام ، القواعد الفقهية ص ١٣٧ ، وفي هذا المعنى : الحموي ، غمز غمز عيون البصائر مع الأشباه والنظائر لابن نجيم ج ١ ص ٢٧٣ ، أنظر: الفيومي في حاشيته على شرح جلال الدين ، المحلى للمنهاج ج ١ ص ٣٨٦ ، حواشي الشرواني ج ١ ص ٢٩٧ ، ابن حجر ، تحفة المحتاج ج ٣ ص ٢٨٣ ، وحاشية الجمل على المنهج ج ٢ ص ١٤٤ ، وحاشية البجيرمي على الخطيب ج ١ ص ٣٥٣ .

علاقة هذه القاعدة بمبدأ إرجاء انتقال الملك في العقار إلى ما بعد التسجيل:
وللقارئ الكريم أن يندهش بعد هذه المقدمة قائلاً ما علاقة هذه
القاعدة بمبدأ إرجاء انتقال الملك في العقار إلى ما بعد التسجيل؟

أقول :

ذكر الفقهاء^(١) في شرح هذه القاعدة أن أصل الشريعة مبني على
السماحة واليسر ورفع الحرج لقوله تعالى : ﴿ وما جعل عليكم في الدين من
حرج ﴾^(٢) ومعنى هذا أن " الأمر إذا ضاق أتسع وإذا اتسع ضاق " وكل ما
تجاوز عن حده انقلب إلى ضده كما قال الإمام الغزالي في الأحياء^(٣) . وهذا
يرتبط بموضوعنا من ناحيتين :

الناحية الأولى :

قول الفقهاء إن أصل الشريعة مبني على اليسر ورفع الحرج .

الناحية الثانية :

ما ذكره الفقهاء من ارتباط هذه القاعدة بقاعدة فرعية مبناها " إن
الأمر إذا ضاق اتسع ، وإذا اتسع ضاق "^(٤) .

(١) أنظر: الحموي ، غمز عيون البصائر ، وابن نجيم ، الأشباه والنظائر ج ١ ص ٢٧٣ ،
السيوطي ، الأشباه والنظائر ص ٨٣ .

(٢) سورة الحج ، من الآية رقم (٧٨) .

(٣) الغزالي أبو حامد ، إحياء علوم الدين ج ١ ص ٤٦٦ ، نشر موقع الوراق الإلكتروني
، والكتاب مرقم آلياً غير موافق للمطبوع ، أنظر: موقع الوراق

<http://11www.alwarraq.com>

(٤) هذه القاعدة من قول الإمام الشافعي رحمه الله وجمع الغزالي في الأحياء بين القاعدتين
بقوله " كل ما تجاوز عن حده انقلب إلى ضده " ونظير القاعدة المقلوبة قولهم " يغتفر
في الدوام ما لا يغتفر في الابتداء " وقولهم " يغتفر في الابتداء ما لا يغتفر في الدوام "
راجع : السيوطي ، الأشباه والنظائر ص ٨٣ الغزالي ، الإحياء ج ١ ص ٤٦٦ ،
د./ عبد العزيز عزام ، القواعد الفقهية ص ١٣٤ .

أما الناحية الأولى :

وهي رفع الحرج عن المكلفين في ناحية العبادات وناحية المعاملات ، ومن ناحية المعاملات رأينا الحرج الذي يحمق بالناس من جراء عدم تسجيل العقار من عدة أمور

الأمر الأول :

إن عدم تسجيل العقار يؤدي إلى انعدام الثقة في المعاملات بين الناس ، إذ لا يعرف المتعامل مع صاحب العقار هل هو صاحبه أم لا ؟ ولا يعرف هل العقار مثقلا بديون أو رهون أو حقوق عينية عقارية مثل حق الارتفاق ، ونحوه أم لا ؟

إذ العقار بغير التسجيل لا تظهر ملامحه ولا تبين صفاته الحقيقية ، لأن صفحة بياناته في السجل العقاري مثبت لدى الجهة الرسمية في الدولة هي التي تظهر ذلك دون خفاء وبدون التسجيل يمكن التلاعب في الأوراق ، ويسهل الغش والتدليس ونحو ذلك فيقع الناس في الحرج المنهي عنه .

الأمر الثاني :

إن عدم اللجوء إلى تسجيل المال العقاري قد يؤدي إلى ضياع حق صاحب العقار ، إذ من السهل للغير أن يدعي حقا له عليه ، أو أن يدعي ملكيته مادام أن صاحب الحق لم يبرح حقه ولم يحافظ على عقاره . والقاضي حين يحكم للغير الذي يدعي ملكية العقار بينة تناهض بينة المالك ليس ملاما لأنه مأمور أن يحكم بالظاهر ، والظاهر أن المالك لم يحتط لنفسه بتسجيل عقاره ، وهذا يؤدي إلى ضياع الحقوق والأموال العقارية مما يوقع الناس في الحرج المنهي عنه .

الأمر الثالث :

إن الدولة تحتاج من حين لآخر أن تحصر ملكيتها من الأموال والثروات العقارية كي تفصل بين ملكها وبين ملك المواطنين وكي تستطيع تحصيل الضرائب والعوائد والدخول التي تمول منها الخزانة العامة للدولة وتنفق على المشروعات العامة التي تعود بالنفع على مواطنيها وبدون التسجيل في سجلات الدولة يصعب على الدولة ذلك مما قد يوقع الدولة مع المواطنين في حرج حين تدعي على أحد مواطنيها ملكيتها لعقاره الذي لم يسجله ، أو تفرض عليه رسوما باهظة ظنا منها أن تملك أكثر من عقار أو لعدم وضوح معالم العقار المفروض عليه الضريبة أو الرسم^(١) .

ولاشك أن هذا أيضا نوع من الحرج المنهي عنه من قبل الشارع .

وبذا يجوز لولي الأمر أن يصدر تشريعا يحمل الناس فيه على تسجيل أموالهم العقارية صونا لهم وللدولة عن الوقوع في الحرج وهذا من فروع القاعدة التي تهدف إلى رفع الحرج عن المكلفين .

كما له أن يقرر عدم استقرار الملك في المال العقاري إلا بعد تسجيله .
والله أعلم .

وأما الناحية الثانية :

وهي ما ذكره الفقهاء من أن الأمر إذا ضاق اتسع وإذا اتسع ضاق " فمعناها أن الشيء إذا كان مباحا وأوغل الناس فيه فاستعملوه على غير وجهه ضاق ، قال الزركشي " ومن هذا مقال عثمان ؓ لما سئل عن أختين بملك اليمين فقال

(١) في هذا المعنى : الإمام محمد بن الحسن ، شرح التفسير الكبير ج ٦ ص ٢٢ ، باب من له من الأمر أن يقتل وأن يقسم وأن يجعل الأرض أرض خراج وأن يقبل الخراج ، ابن الأخوة القرشي ، معالم القرية في معالم الحسبة ص ٥٢ ، نشر دار الفنون كميردج .

أحلتها آية وحرمتها آية والتحريم أحب إلينا لأن فيه ترك مباح لاجتناب محرم وذلك أولى من عكسه^(١) والمعنى الذي ذكره الإمام الغزالي رحمه الله يوضح لنا المقصود إذ يقول في شرح هاتين القاعدتين : " الأمر إذا اتسع ضاق ، وإذا ضاق اتسع " أن الشيء إذا زاد عن حده انقلب إلى ضده .

فمثلا : إذا أباح الشارع توثيق المال العقاري وندب إليه فاستهان الناس بذلك وتركوه ، كان للإمام أن يحمل رعيته على تسجيل أموالهم العقارية حتى لا يزيد الأمر اتساعا فيؤدي إلى ضياع الأموال ، وكان له أن يرجع أثر انتقال الملك إلى ما بعد التسجيل هملا للناس على سلوك طريق التسجيل لا غير^(٢).

(١) الزركشي ، المنشور في القواعد الفقهية ج ١ ص ٥٨ ، السيوطي ، الأشباه والنظائر ، فوائد مهمة على قاعدة المشقة تجلب التيسير ص ٥٨ ، الحموي ، غمز عيون البصائر ج ١ ص ٢٧٣ .

(٢) نظير هذا ما جاء في المنشور للزركشي من فروع هذه القاعدة " لو رأى مسلما يتصرف تصرفات فاسدة وله عليه دين فهل له أخذ دينه من تلك الأثمان ؟ تنظر إن كان تصرفه مما ينقض فيه قضاء القاضي لم يحل له الأخذ ، وإن المتصرف يعقد الحل ، وإن كان مما لا ينقض فإن قلنا كل مجتهد مصيب حلّ ، وإن قلنا المصيب واحد فإن اتصل ذلك المتصرف بحكم حاكم حل على خلاف فيه مثاره أن حكم الحاكم هل يفيد الحل باطنا أولا " أنظر: الزركشي ، المنشور في القواعد الفقهية ج ١ ص ٥٨ ، باب إذا ضاق الأمر اتسع .

الفرع الثالث:

درء المفسد مقدم على جلب المصالح

معنى القاعدة :

المراد بدرء المفسد : رفعها وإزالتها ، فإذا تعارضت مصلحة ومفسدة ، فمدفع المفسدة ، مقدم في الغالب ، إلا أن تكون المفسدة مقلوبة لأن اعتناء الشرع بترك المنهيات أشد من اعتناؤه بفعل المأمورات ، لما يترتب على المناهي من الضرر المنافي لحكمة الشارع في النهي^(١) .

دليل القاعدة : ويستدل الفقهاء لهذه القاعدة بقوله ﷺ : " إذا أمرتكم بأمر فأتوا منه ما استطعتم وإذا نهيتكم عن شيء فاجتنبوه"^(٢) .

ومثل هذه القاعدة قول الفقهاء :

إذا تعارض المانع والمقتضى يقدم المانع ، إلا إذا كان المقتضى أعظم^(٣) .

(١) الزركشي ، المنشور في القواعد الفقهية ج ١ ص ٣٣٢ نشر وزارة الأوقاف الكويتية ، الحموي ، غمز عيون البصائر مع الأشباه والنظائر ج ١ ص ٢٩١ ، ابن نجيم ، الأشباه والنظائر مع غمز عيون البصائر ج ١ ص ٢٩٠ ، السيوطي ، الأشباه والنظائر ص ١١٥ .

(٢) الحديث أخرجه مسلم في صحيحه باب وجوب امتثال ما قاله الشارع ، أنظر: النووي ، شرح النووي على صحيح مسلم ج ٥ ص ١١٦ ، نشر دار إحياء التراث العربي - بيروت - سنة ١٣٩٢ هـ ط ثانية ، وأنظر: كنز العمال ج ١ ص ٣٣ ، وأنظر: تلخيص الحبير في تحريج أحاديث الرافعي الكبير ج ١١ ص ٤٦٤ .

(٣) قاعدة " إذا تعارض المانع والمقتضى يقدم المانع إلا إذا كان المقتضى أعظم " من القواعد المتفرعة عن قاعدة " درء المفسد مقدم على جلب المصالح " وقد ذكر الفقهاء من الفروع المتفرعة عليها منع التجارة في المحرمات ولو أن فيها أرباحاً واختلاط الزوجة بغيرها بجرم الوطء إلخ ... " أنظر: الزركشي ، المنشور في القواعد الفقهية حرف الهمزة ص ١٥ ، د. / عبد العزيز عزام ، القواعد الفقهية ص ٢٠٤ ، الغزالي ، إحياء علوم الدين ج ٥ ص ٨٢٩ ، طبع دار الشعب .

والمراد بالمقتضى هنا : الأمر الطالب للفعل فوجود المانع يمنع من الفعل غالباً^(١) .

وهذا من باب تغليب جانب الحرمة على جانب الحل بناء على قاعدة " إذا اجتمع الحلال والحرام، أو المبيح والمحرم غلب الحرام "^(٢) . لأن في تغليب جانب الحرمة درء مفسدة وتقديم المانع ومن ثم إذا تعارض دليل يقتضي التحريم وآخر يقتضي الإباحة قدم الحظر في الأصح تغليبا للتحريم ودرءاً للمفسدة^(٣) .

ومن ثم يعلم أن الواجب إذا عارضته مفسدة قدم دفع المفسدة على فعل الواجب وكذا كل محظور في الشرع عارضته مفسدة قدم دفع المفسدة ، وترك فعل الواجب .

فروع القاعدة :

(١) قال الفقهاء تمنع التجارة في المحرمات من خمر ومخدرات وخنزير ولو أن فيها أرباحاً ومناافع اقتصادية هائلة وذلك ترجيحاً لجانب دفع المفسدة على جلب المصلحة^(٤) .

(١) المراجع السابقة ، نفس المواضع ، وأنظر: ابن نجيم الأشباه والنظائر ج ١ ص ٣٣١ ،

مطبوع مع غمز عيون البصائر للحموي .

(٢) المراجع السابقة ، نفس المواضع ، وأنظر: الدكتور/ عبد العزيز عزام ، القواعد الفقهية ص ٢٠٤ .

(٣) ابن نجيم ، الأشباه والنظائر ج ١ ص ٢٩١ ، الحموي غمز عيون البصائر ج ١

ص ٢٩٢ ، السيوطي ، الأشباه والنظائر ص ٨٧ ، ٨٨ ، نخب من أساتذة كلية الشريعة

والقانون بالقاهرة - قسم الفقه - القواعد الفقهية د. / حسن صلاح الصغير ، المدخل

إلى القواعد الفقهية ص ٣٥ .

(٤) السيوطي ، الأشباه والنظائر ص ٨٨ .

(ب) وقال الفقهاء يجب على المرأة الهجرة من بلاد الكفر حتى ولو كان سفرها وحدها حراماً^(١) .

(ج) وفرع الفقهاء أيضا على هذه القاعدة أنه إذا اختلط الواجب بالمحرم فتراعى مصلحة الواجب ، ومنه إذا اختلط موتى المسلمين بموتى الكفار يجب غسل الجميع نظراً لإقامة المصلحة ذلك في حق المسلمين ، وقيل لا يصلى على الجميع ، بل ينوى الصلاة على موتى المسلمين خاصة ويميز ذلك بالنية^(٢) ، واحتج الأولون بما ورد عن النبي ﷺ أنه مر بمجلس فيه أخلاط من المسلمين والمشركين فسلم عليهم^(٣) .

ولو طلب ظالم ودیعة لإنسان ليأخذها غصباً وجب عليه الإنكار والكذب في أنه لا يعلم موضعها^(٤) .

ومن هذا يعلم:

أن درء المفسدة مقدم على فعل المصلحة لاعتناء الشارع بالمنهيات أشد من اعتنائه بالمأمورات ، وإذا كان موضوع التسجيل العقاري قد أصبح حاجة ضرورية في زماننا هذا، لما فيه من دفع المفسد المترتبة على تركه من ضياع الأموال وإهدار الحقوق قدم دفع هذه المفسدة وأصبح التسجيل واجبا وجاز للإمام أن يرجئ أثر انتقال الملك في العقار إلى ما بعد التسجيل تحقيقاً لدفع المفسد المترتبة على ترك التسجيل ، وإن كان الإيجاب على التسجيل

(١) د./ عبد العزيز عزام ، القواعد الفقهية ص ٢٠٦ .

(٢) ابن نجيم ، الأشباه والنظائر ج ١ ص ٢٩٣ .

(٣) الحديث متفق عليه من رواية أسامة ﷺ ، أنظر: النووي ، رياض الصالحين ص ٢٦٣ ، باب تحريم ابتداء الكفار بالسلام وكيفية الرد عليه واستحباب السلام على أهل مجلس فيهم مسلمون وكفار .

(٤) الحموي ، غمز عيون البصائر ج ١ ص ٢٩٣ .

يتعارض مع أصل آخر قرره الفقهاء وهو الرضا في العقود ، فالمرء لا يجبر على فعل شيء من العقود بحسب الأصل لتنافي ذلك مع رضاه ، ولكن متى رأى الإمام المصلحة في شيء وجب على العامة الامتثال لهذا الأمر تنفيذا للقاعدة الفقهية التي تقرر أن " لولي الأمر تقييد المباح "(١) والمباح قد يعرض له الوجوب كما في الحديث الذي رواه مسلم بسنده إلى أبي سعيد الخدري ، قال " بينما نحن في سفر مع النبي ﷺ إذ جاءه رجل على راحلة له ، قال فجعل يصرف بصره يمينا وشمالا " يعرض حاجته من غير سؤال " فقال ﷺ : " من كان معه فضل ظهر فليعد به على من لا ظهر له ومن كان له فضل زاد فليعد به على من لا زاد له " قال فذكر أصناف المال حتى رأينا أنه لا حق لأحد منا في فضل "(٢).

كذلك في المباح قد يعرض له المنع كما في الحديث الذي رواه مسلم في صحيحه أن النبي ﷺ نهى عن ادخار لحوم الأضاحي ، وذلك عندما قدم إلى

(١) أنظر: الإمام الألويسي ، روح المعاني في تفسير القرآن العظيم والسبع المثاني ج ٥

ص ٦٦ ، ط المطبعة المنيرية - القاهرة - .

(٢) الحديث أخرجه مسلم في صحيحه ج ٣ ص ١٥٣٤ الحديث رقم ١٧٢٨ ، باب

استحباب المواساة بفضول الأموال .

المدينة جماعة من المحتاجين ، فلما تمادرت^(١) هذه الجماعة بأباح الرسول ﷺ ادخارها وقال: "إنما نهيتكم من أجل الدّافة"^(٢) فكلوا وادخروا وتصدقوا"^(٣) .

فمن هذين الحديثين رأى جماعة من الفقهاء أنه يجوز لولي الأمر تقييد المباح مادام ذلك مقصوداً به المصلحة العامة للمسلمين فتقييد الإمام نفاذ هذه التصرفات إلى ما بعد التسجيل والتوثيق أمر تدعوا إليه المصلحة وتوجه الحاجة .

ولعل في نظرية الشروط المقترنة بالعقود والتي أسهب الفقهاء في شرحها ما يؤيد ذلك .

فقد قرر الفقهاء أن الوفاء بالشروط واجب ما لم يكن الشرط محل حراماً أو يحرم حلالاً واستندوا في ذلك إلى قوله تعالى : ﴿ وَأَوْفُوا بِالْعُقُودِ ﴾^(٤) وقوله تعالى: ﴿ وَأَوْفُوا بِعَهْدِ اللَّهِ إِذَا عَاهَدْتُمْ ﴾^(٥) وقوله ﷺ : " المسلمون عند

(١) يقال : رجل أمدر : أي عظيم الجنين، من تراكم اللحم عليه، ومعني تمادرت الجماعة: أي: أكلت وشبعت وامتلات جنوب الناس من تراكم اللحم عليها ، أنظر: ابن فارس : معجم مقاييس اللغة ، ج ٥ ص ٣٠٥ ، الزمخشري / أساس البلاغة ، ج ١ ، ص ٥٨٦ ، مجمع اللغة العربية ، المعجم الوسيط ، ج ٢ ، ص ٨٠٨ ، ابن منظور ، لسان العرب ، ج ٥ ص ١٦٢ .

(٢) الدّف لغة: الجنب من كل شيء ، ودّفّت الجماعة تدف من باب ضرب دفيفا إذا سارت ليلاً ، والمقصود بها في الحديث الجماعة التي قدمت ليلاً على النبي ﷺ وأصحابه . أنظر: الفيومي ، المصباح المنير ص ١٩٦ مادة [د . ف . ف] .

(٣) الحديث أخرجه الإمام مسلم في صحيحه ، أنظر: النووي في شرحه على صحيح مسلم ج ٣ ص ١٣ .

(٤) سورة المائدة ، من الآية رقم (١) .

(٥) سورة النحل ، من الآية رقم (٩١) .

شروطهم^(١) وقد تكون الشروط موضوعة في العقد لتحقيق مصالح فردية تقتصر على طرفي العقد ، ولكنهم أوجبوا الوفاء بها ما لم تكن محرمة حتى ولو كان فيها شرط يدعوا إلى تأخير بعض آثار العقد وتعليقه على وجود المشروط .

ومعلوم أن الحنابلة قد وسعوا في قاعدة الشروط^(٢) أكثر من غيرهم

(١) الحديث أخرجه البخاري في صحيحه بلفظ " المسلمون ثم شروطهم " أنظر: البخاري ، صحيح البخاري ج ٢ ص ٧٩٤ الحديث رقم ٢١٥٣ ، باب من أجر نفسه ليحمل على ظهره ثم تصدق به وأجره الحمال " ، الكتاب نشر دار ابن كثير - اليمامة - بيروت - سنة ١٤١٠ هـ / ١٩٨٧ م ط الثالثة بتحقيق د. / مصطفى ديب البغا ، وأخرجه الحاكم في المستدرک عن أبي هريرة بلفظ " ثم المسلمون على شروطهم والصلح جائز بين المسلمين ، ثم قال رواة هذا الحديث مدنيون ولم يخرجاه " أي الشيخان " وهذا في الكتاب وله شاهد من حديث عائشة وأنس بن مالك رضي الله عنهما ، أنظر: الحاكم ، المستدرک على الصحيحين ج ٢ ص ٥٧ ، الحديث رقم ٢٣٠٩ ، نشر دار الكتب العلمية - بيروت سنة ١٤١١ هـ / ١٩٩٠ م ط أولى ، بتحقيق مصطفى عبد القادر عطا .

(٢) الشروط جمع شرط ، وهو لغة العلامة ، أنظر: الجوهري الصحاح في اللغة ، حرف السين مع الراء والطاء ج ١ ص ٣٥٢ . وفي اصطلاح الفقهاء يطلق على معنيين : أولهما : " ما يوجد المشروط مع عدمه ، ولا يلزم أن يوجد عند وجوده " أنظر: شمس الدين محمد بن أبي الفتح البعلي الحنبلي ، المطلع على أبواب المقنع ص ٥٤ ، ط أولى سنة ١٣٨٥ هـ / ١٩٦٥ م ، ط المكتب الإسلامي للطباعة والنشر - دمشق - وبيروت ، منصور بن يونس البهوتي ، الروض المربع شرح زاد المستنقع ، مع حاشية العنقري عليه ج ١ ص ١٣١ ط مكتبة الرياض الحديثة بالرياض . وفي هذا المعنى يقول الفقهاء " شروط الصلاة ، شروط الصيام ، شروط الحج " وثانيهما : الشرط بمعنى إلزام الشيء والتزامه في عقد أو تصرف ، ومن هذا المعنى ما جاء في الإقناع في باب الشروط في البيع " وهي جمع شرط ومعناه هنا إلزام أحد المتبايعين للآخر بسبب العقد ما له فيه منفعة " أنظر: شرف الدين موسى الحجواوي المقدسي الإقناع في فقه الإمام أحمد بن حنبل ج ٢ ص ٧٨ ط المطبعة المصرية بالأزهر ، نشر المكتبة التجارية الكبرى بمصر لصاحبها مصطفى محمد .

من الفقهاء^(١)، وذلك في إطار المصلحة المعتبرة من قبل الشارع ولم يقفوا عند شرط معين اللهم إلا إذا كان هذا الشرط يخالف شيئا في كتاب الله أو سنة رسوله ﷺ .

والحق أننا هنا أمام مصلحة معتبرة يمتد أثرها ليشمل استقرار المعاملات لجميع الأطراف وشتى عناصر المجتمع وطوائفه ، فينبغي أن تشمل قاعدة الشروط هذه المصلحة ، وتعد من الشروط التي يجب الوفاء بها على غرار ما قرره الفقهاء من إيجاب الوفاء بالشروط الصحيحة المقترنة بالعقد حتى لو كان فيها تعليقا لبعض آثار هذه العقود .

ونسوق هنا بعضا مما قرره فقهاء الحنابلة وغيرهم مما يؤكد سلامة النظر في هذا الأمر ، وقوة الحجة وسلامة المآخذ الذي استقيناه منه ما يؤيد وجهة نظرنا.

أولاً : الشروط الجائزة^(٢) من جهة الشارع وقد تعرض لها الفقهاء في باب البيوع والخيارات وشتى أبواب المعاملات المباحة ، ولعل هذا هو ما حداه بالإمام عمر ﷺ أن يقول "مقاطع الحقوق عند الشروط"^(٣) .

(١) حتى نقل عن الإمام أحمد قوله بوجوب الوفاء بالشروط كلها أخذا لعموم الحديث "المسلمون عند شروطهم" راجع : البهوتي ، كشاف القناع ج ٩ ص ٤٣ ، ابن قدامة ، المغني ج ٨ ص ٤١٩ .

(٢) ونعني بجوازها من جهة الشارع أن الشارع لم يورد فيها نصا بالحظر أو المنع ، وإلا فكل الشروط مألها إلى ما قرره الشارع وما استنبطه الفقهاء في مجموعه ، راجع : إلى ما أمر الشارع به في البيع وما نهى عنه .

(٣) أخرجه ابن أبي شيبة في المصنف ، باب "الرجل يتزوج المرأة ويشترط لها دارها ، الحديث رقم (١) من الباب رقم (٧٣) وأخرجه في باب من قال المسلمون عند شروطه (١٠) أنظر : ابن أبي سنية ، المصنف ج ٣ ص ٢٢٦ ، ج ٥ ص ٢٣٨ . وأخرجه ابن حزم في المحلى ج ٧ ص ٣٢٣ .

(أ) ومن ذلك ما قرره الفقهاء في باب البيع من اشتراط العاقدين أو أحدهما خيار الشرط ، وخيار الرؤية ، فيجوز لمن اشترط الخيار له أن يتمسك بشرطه في بقاء الخيار ويجوز له أن يمضي البيع أو يفسخه مادام في مدة الخيار وهذه الشروط لا خلاف على صحتها عند الفقهاء من حيث الجملة^(١).

(١) ومن ذلك : ما جاء في الفقه الحنفي " قال أصحابنا لا حكم له - أي البيع - للحال ، والخيار يمنع انعقاد العقد في الحكم للحال لمن له الخيار ، بل الحال موقوف على معنى أنه لا يعرف حكمه للحال ، وإنما يعرف عند سقوط الخيار ، لأنه لا يدري أنه يتصل به الفسخ أو الإجازة فيتوقف في الجواب للحال وهذا تفسير التوقف عندنا ، وقال الشافعي رحمه الله مثل قولنا في قول ، وفي قول " هو منعقد مفيد للملك ، لكن ملكا مسلطا على فسخه بالخيار " أنظر : الكاساني ، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع ج ٥ ص ٢٦٤ ، نشر دار الكتب العلمية - بيروت - وفي هذا المعنى ما نقله سحنون في المدونة عن الدعوى في بيع الخيار " قلت أرأيت لو أنى اشترت سلعة على أنى بالخيار ثلاثا فجئت بها في أيام الخيار لأردها ، فقال البائع ليست هذه سلعتي ؟ قال القول قول المشتري لأن البائع قد ائتمنه على السلعة " أنظر : الإمام مالك بن انس ، المدونة ج ٣ ص ٢٣٠ ، ٢٣١ الإمام الشافعي ، الأم برواية الربيع المرادي ج ٣ ص ٤ ، ٥ ، ابن قدامه ، المغني ج ٤ ص ٢٣ ، نشر دار إحياء التراث العربي حيث جاء فيه " فصل : فإن قال : بعثك على أن تنفدني الثمن إلى ثلاث أو مدة معلومة وإلا فلا بيع بيننا فالبيع صحيح ، نص عليه ، وقال أبو حنيفة والثوري وإسحاق ومحمد بن الحسن ، وبه قال أبو ثور إذا كان الشرط إلى ثلاث وحكى مثل قوله عن ابن عمر وفي الخلى ج ٧ ص ٣١٤ ، " مسألة ١٤٤٣ ومن قال حين يبتع أو يبتاع لا خلافة ؟ فله الخيار ثلاث ليال بما في خلاهن من الأيام إن شاء بعيب أو غير عيب " وفي التاج المذهب يقول القاضي العنسي " واعلم أن خيار الشرط يصح في جميع المبيع أو بعضه إذا غيرت الأثمان في المختلف " أنظر : التاج المذهب ج ٢ ص ٤٠٤ ، وجاء في شرح النيل " هل يجوز بيع الخيار أو لا يجوز ، لأنه أي البيع على شرط الخيار بيع وشرط ؟ لأن ... إلخ " أنظر : أطفيش ، شرح النيل ج ٩ ص ٢٥٠ .

(ب) الشروط التي لا تتنافى مع حكم العقد ومقتضياته ، بل تؤيده ، كاشتراط دفع الثمن قبل تسليم المبيع ، فمثل هذه الشروط قال بصحتها فقهاء المذاهب الأربعة^(١) .

(ج) الشروط التي تحقق مصلحة العقد ذاته أو مصلحة لأطرافه طالما لا تنافي هذه المصلحة مع حكم العقد ومقتضياته، كاشتراط سكاني الدار المبيعة شهرا أو نحوه ، وقد ذهب إلى القول بصحتها كثير من فقهاء الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة^(٢) .

(د) ومن ذلك أيضا: ما قرره بعض الفقهاء من وقف نفاذ التصرفات الواردة على العين المؤجرة أو المرهونة على إجازة المستأجر، أو

(١) ابن نجيم ، البحر الرائق ج ٦ ص ٦ ، نشر دار المعرفة - بيروت ط ثانية ، ابن رشد ، بداية المجتهد ج ٢ ص ١٣٤ ، نشر دار الفكر العربي ، النووي ، روضة الطالبين ج ٣ ص ٧١ ، نشر دار الكتب العلمية ، الحجاوي ، الإقناع ج ٢ ص ١٣٣ .

(٢) أنظر في هذا المعنى ، الكساني ، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع ج ٦ ص ٤٥ ، وما بعدها ، العبادي ، الجوهرة النيرة ج ١ ص ٢٢٧ ، قاضي زادة ، نتائج الأفكار ، تكملة فتح القدير لابن الهمام ص ١٦٨ ، نشر دار الفكر ، الإمام مالك ، المدونة برواية سحتون ج ٣ ص ١٩٠ ، الباجي ، المنتقى بشرح الموطأ ج ٤ ص ٢١٢ ، الإمام الشافعي ، الأم برواية الربيع المرادي ج ٨ ص ١٩٦ ، النووي ، المجموع شرح المهذب ج ٩ ص ٤٤٦ ، ابن مصلح ، الفروع ج ٤ ص ٦١ ، المرداوي ، الإنصاف ج ٤ ص ٣٤٠ ، ابن تيمية الحراني ، الفتاوى الكبرى ج ٤ ص ١٠٢ ، نشر دار الكتب العلمية حيث جاء فيه " واختلفوا - أي الفقهاء - في استثناء بعض المنفعة كسكن الدار شهراً أو استخدام العين شهراً وركوب الدابة مدة معينة أو بلدة معينة مع اتفاق الفقهاء المشهورين وأتباعهم وجمهور الصحابة على أن ذلك ينفع إذا اشترى أمة مزوجة فإن منفعته بصفتها التي يملكها الزوج لم يدخل في العقد إلخ ... " .

الدائن المرتهن للعين المرهونة، وذلك احتراماً للعقد السابق، وحماية لحقوقهما^(١).

(هـ) ومن هذا القبيل أيضاً : ما ذكره الفقهاء، وهم بصدد الحديث عن عقد النكاح من أن الزوجة إذا اشترطت علي زوجها عند العقد عليها عدم سفره بها أو عدم نقلها من بلدها، وقبل الزوج هذا الشرط، فإنه يجب عليه الوفاء بالشرط للزوجة المشترطة وذلك إعمالاً للقاعدة "مقاطع الحقوق عند الشروط" طالما أن الشرط لا يحل حراماً ولا يحرم حلالاً^(٢).

(١) أنظر في هذا المعنى: ابن الهمام، فتح القدير ج ٧ ص ٦٩، حيث جاء فيه "وتقدم أن المختار في بيع المرهون والمستأجر أنه موقوف على إجازة المستأجر والمرتهن، فلو وصل إلى المالك بوفاء الدين أو الأبراء أو فسخ الإجازة أو إتمام المدة، تم البيع، ولو لم يميزا فللمشتري خيار الفسخ إذا لم يعلم وقت البيع بهما وإن علم فذلك عند محمد، وقيل هو ظاهر الرواية وعند أبي يوسف ليس له فسخ إذا علم" وأنظر: قدرى باشا، مرشد الحيران المادة ٣٩٣ نشر دار العربية للتوزيع والنشر حيث جاء فيه "بيع المرهون والمستأجر ينعقد موقوفاً على إجازة المرتهن والمستأجر فإن أجاز المستأجر البيع أو انقضت المدة أو انفسخت الإجازة نفذ البيع" وأنظر: سليم رستم، شرح مجلة الأحكام العدلية، حيث جاء فيه المادة ٥٩٠ "لو باع الأجر المأجور بدون إذن المستأجر يكون البيع نافذاً بين البائع والمشتري، وإن لم يكن نافذاً في حق المستأجر" أ. هـ.

(٢) أنظر في تفصيل هذه الشروط والوفاء بها : العلامة : عبد العزيز البخاري، كشف الأسرار، ج ٤ ص ١٧٤. العز بن عبد السلام، قواعد الأحكام، ج ٢ ص ١٠٦، ١٠٥، نشر دار الكتب العلمية، القرافي، أنوار البروق في أنواع الفروق، ج ١ ص ٦٢، نشر عالم الكتب، الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج ٣ ص ٢٢، نشر دار الكتب العلمية، سعد الدين التفتازاني التلويح علي التوضيح ج ١ ص ٢٨١، نشر مكتبة صبيح وأولاده بمصر، محمد بن مفلح، الفروع، ج ١ ص ٤٦٠، نشر عالم الكتب، محمد بن بهادر الزركشي، البحر المحيط، ج ٢ ص ١٠، نشر دار الكيتي، الحموي، غمز عيون البصائر، مطبوع مع الأشباه والنظائر لابن نجيم، ج ٤ ص ٤١، نشر دار الكتب العلمية، الصنعاني، سبل السلام ج ٢ ص ٣، نشر دار الحديث، القاهرة، أبو العباس الصاوي، بلغة السالك، ج ١ ص ٢٥٨، نشر دار المعارف.

ويتضح مما سبق عرضه:

للشروط التي أجازها الفقهاء والتي تتعلق بعضها ببعض آثار العقد على وقوع المشروط يمكن القول بجواز تأخير انتقال الملكية إلى المشتري إلى حين تسجيل العقد ، لأن في ذلك تحقيق للمصلحة التي اعتبرها الشارع الحكيم ، وفي القواعد الفقهية التي سقناها ، ما يدل بجلاء ووضوح على تقرير هذا المبدأ لاسيما والفقهاء يقولون " إن تصرف الإمام على الرعية منوط بالمصلحة " وأن الإمام له تقييد المباح " وغير ذلك مما تقدم ذكره . الله أعلم ..،

ثالثا : حكم اشتراط الشكلية في العقود
توطئة:

يقرر علماء الفقه الإسلامي : أن الأصل في كافة العقود هو إقرار مبدأ الرضائية ، ومعني الرضائية : أن قيام الرضا بين المتعاقدين كاف لإبرام التصرف الذي يزعم أطراف العقد القيام به ، ومعلوم أن الرضا يتخذ أشكالا وصورا مختلفة في صدور التعبير عن الإرادة ، فقد يتم التعبير عن الرضا باللفظ ، وهو ما يسمى بالرضا الشفهي ، وقد يكون الرضا بالكتابة أو الإشارة المفهمة أو حتى بمجرد التعاطي في بعض صور المعاملات في الفقه الإسلامي ، بل ويمكن التعبير عن الرضا بالصمت أو باتخاذ موقف لا تدع ظروف الحال شكاً في دلالة علي حقيقة المقصود منه ، ولذا اعتبر الشارع صمت البكر عن الكلام في معرض الزواج رضاءً منها بالزوج المعروف عليها ، ولذا يقرر الفقهاء في القاعدة الشهيرة أن (السكوت في معرض الحاجة بيان) ، وقد أقر الشارع الحكيم مبدأ الرضائية لمصلحة أطراف العقد ، وتأميناً لحريتهم^(١) .

(١) د. محمد وحيد الدين سوار ، الشكل في الفقه الإسلامي ص ١٠ ، نشر مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع - عمان ، الأردن ، د. محمود جمال الدين زكي ، نظرية الالتزام ص ٤٦ ، داسماعيل غانم ، النظرية العامة للالتزام ص ٣٥ ، وانظر : موقع قانون كوم علي شبكة الإنترنت تحت عنوان : الشكلية في القانون www.canon com . .

ولكن قد تطرأ بعض الظروف التي تتطلب من العاقدين إفراغ رضائهما في صورة معينة أو في شكل محدد أو قالب مخصوص ، وذلك نظرا لما لهذا العقد من أهمية خاصة عن غيره من سائر العقود .

فالزواج مثلاً عقد يتطلب الإيجاب والقبول من أطرافه ، ولا يتطلب أي إجراء آخر ، لكن لما لهذا العقد من أهمية خاصة في النظام غلاجماعي خاصة من منظور الفقه الإسلامي ، فقد أولاه الشارع أهمية خاصة ، وأجاز إفراغه في ورقة مكتوبة ، لولي الأمر أن يحمل الناس عليها حفاظا علي الأعراس وحماية للأنساب ، كما اشترط الشارع الحكيم إشهار هذا العقد ، وتطلب لهذا الإشهار ضرورة وجود شاهدين يحضران علي العقد ، وذلك حفاظا علي هذه العلاقة الشرعية الكريمة من الإنكار ، وصيانة لها من الجحود ، فقد يستنكر الناس حينما دخول رجل وامرأة في مكان مغلق دون وجود علاقة لا يعلمون عنها شيئا ، وقد ينكر الزوج أو الزوجة هذه العلاقة لأسباب معينة ، وقد يخرج الزوج عن زوجته سعيا في طلب الرزق ثم لا يعود بعد علوق نطفته التي استحالت أمشاجا في رحم زوجته ، وحينئذ تكون الزوجة في موقف حرج ، وتبقي في نظر المجتمع محل استهجان ، وقد يتطلب توريث الزوجة أو الطفل من زوجها في حال الوفاة إيجاد شهود علي الزواج ، أو اشتراط كون العقد مكتوبا في ورقة رسمية أو عرفية مهورية بتوقيع الزوجين والشهود ومن تولي إبرام العقد لهما من العلماء والمختصين ، ومثل هذا وغيره من قبيل اشتراط الشكلية في العقود الهامة التي يكون من شأنها الحفاظ عليها^(١) .

(١) أنظر في تفصيل ذلك علي شبكة الإنترنت : موقع إسلام أون لاين ، النشرة الأسبوعية ، مقال بعنوان موقف الفقه من الشكلية www.islamonline.com .
وانظر :مقال بعنوان الشكل وأثره في الأقوال والأفعال علي شبكة الإنترنت ، موقع جوار كوم www.gewar.com .

معني الشكلية :

ومما سبق يتضح أن الشكلية يراد بها :إفراغ العقد في صورة معينة ، أو في شكل معين ، نظرا لما لهذا العقد من أهمية خاصة تتطلب إفراغ إرادة أطرافه في قالب خاص .

ويسمي هذا الشكل في نظر الفقه الإسلامي بالعقد الشكلي ، وفي نظر رجالات القانون بالعقد الرسمي .

صور الشكلية :

قد تكون الشكلية مطلوبة لانعقاد التصرف ، وقد تكون مطلوبة لإثباته ، كما أن هذه الشكلية قد تكون في صورة الاعتداد باللفظ ، وقد تكون في غير اللفظ كما في المراسم والأفعال التي لا بد من انضمامها إلي التراضي . ونشير إلي كل صورة من صور هذه الشكلية في عجلة سريعة ، تاركين التفصيل إلي موضعه من المراجع المتخصصة^(١) .

(١) وهذه الشكلية تبدو في مظهرين :لفظي وغير لفظي ، فأما الأول فيتجلى في النطاق التعاقدي في حرص الفقهاء علي فرض معينات الألفاظ ، وفي عقود معينة علي سبيل الاستثناء ، وهو يبدو في النطاق غير التعاقدي في إجماع الفقهاء الذي يكاد ينعقد علي وجوب استعمال لفظ "أشهد" في الشهادة ، أما الثاني فيتجلى في اشتراط الرأي السائد في الفقه الإسلامي للإشهاد في عقد النكاح والتسليم في العقود العينية، والإعلام المنشيء في بعض التعبيرات ، راجع في تفصيل ذلك : د. محمد وحيد الدين سوار / الشكل في الفقه الإسلامي ، ص ٣٦ . ، نشر مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان - الأردن ، د. عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ، ج ١ ص ٤٨ ، د. محمود جمال الدين زكي ، نظرية الالتزام ، ص ٤٦ ، د عبد الحفي حجازي ، النظرية العامة للالتزام ص ٣٢ .

١- الشكلية المطلوبة لانعقاد التصرف:

تتجلى هذه الشكلية في بعض العقود التي اشترط الفقهاء لفظا معيناً لانعقاد العقد فيها ، كما في عقد النكاح ، فقد اشترط الشافعية والحنابلة أن يكون عقد النكاح بلفظ "التزويج أو الإنكاح" ولا ينعقد بدونهما .

واشترط الأحناف لفظ "السلم" و"المفاوضة" في عقدي الشركة والسلم^(١).

واشترط الظاهرية لفظ البيع لعقد البيع ولفظ (لا خلاصة) لثبوت خيار الشرط^(٢).

(١) ويعلل الأحناف هذه الخصوصية في لفظ "المفاوضة" عادة بحماية العاقد من الجهل بأحكام شركة المفاوضة ، جاء في البدائع " لاتصح المفاوضة إلا بلفظ المفاوضة ... لأن للمفاوضة شرائط لا يجمعها إلا لفظ المفاوضة أو عبارة أخرى تقوم مقامها ، والعوام قلما يقفون علي ذلك ، وهذه العقود في الأعم الأغلب تجري بينهم ، " أنظر : البدائع ج٦ ص ٦٢ ، السرخسي ، المبسوط ج ١١ ص ١٥٤ ، وعلل زفر خصوصية لفظ السلم بكونه واردا علي خلاف القياس ، وإذن فهو وارد علي سبيل الاستثناء والاستثناء لا يتوسع فيه ، أنظر : البدائع ج ٥ ص ٢٠١ ، جاء في كشف الأسرار " لأن عند أبي حنيفة :المفاوضة ليست مشروعة أصلا حتي قال: إن كان في الدنيا عقد فاسد فهو المفاوضة " أنظر: عبد العزيز البخاري ، كشف الأسرار ج ٢ ص ٦٦، ٦٥ .

(٢) جاء في المحلي " إن الأسماء كلها توقيف مكن الله تعالي لاسيما أحكام الشريعة ولا يجوز البيع إلا بلفظ البيع او بلفظ الشراء ولا يجوز بلفظ الهبة ولا بلفظ الصدقة ولا بشيء غير ما ذكرنا أصلا " أنظر : ابن حزم ، المحلي ج ٩ ص ٤٦٤ ، المسألة ١٨٢٧. وبمخصوص "لا خلاصة" لشرط الخيار قال ابن حزم في المحلي ج ٩ ص ٤٦٤ : "فإن قال لفظا غير لا خلاصة ، كان يقول : لا خديعة أو لا غش أو لا كيد أو لاغبين أو لا مكر أو لا عيب أو لا ضرر أو علي السلام أو نحو هذا لم يكن له الخيار المجعول لمن قال لا خلاصة " .

واشترط الجمهور تأدية الشهادة بلفظ "أشهد" وعدم صحتها بغير هذا اللفظ^(١).

ومن الشكلية المطلوبة لانعقاد التصرف في الفقه الإسلامي أيضا :
اشترط الإشهاد علي عقد النكاح، فقد أوجب جمهور الفقهاء ضرورة الإشهاد علي النكاح كشرط لانعقاد العقد وإلا فلا ينعقد العقد^(٢).

(١) وهذا ماذهب إليه جمهور الفقهاء من الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة ، قال الكاساني في البدائع ج٦ ص٢٧٣ " وأما الشرائط التي ترجع إلي نفس الشهادة فأنواع، منها: لفظ الشهادة، فلا تقبل بغيره من الألفاظ كلفظ الإخبار والإعلام ونحوهما ، وإن كان يؤدي معني الشهادة تعبدا غير معقول المعني ، وجاء في مجلة الأحكام الشرعية علي مذهب الإمام احمد بن حنبل " يشترط لقبول الشهادة أن يقول الشاهد "أشهد أو شهد ، فلو قال أعلم ، أو أتيقن ، أو قال أنا شاهد بكذا لم تقبل " المادة ٢١٩٠ من مجلة الأحكام الشرعية تأليف الشيخ: حمد بن عبد الله القاري دراسة وتحقيق د. عبد الوهاب إبراهيم أبو سليمان ، د. محمد إبراهيم أحمد علي، مطبوعات تهامة عام ١٤١٠ / ١٩٨١م ص٦٣٢. وانظر مع هذا الشيخ أحمد إبراهيم : طرق القضاء ف ٢٢٨ ص٣٠٩. المحاسني ، شرح المجلة ج٣ ص٤٠٣ ، سليم باز، شرح المجلة ج٢ ص٤٠٢.

(٢) جاء في البدائع : "ولنا ما روي عن رسول الله صلي الله عليه وسلم أنه قال "لا نكاح إلا بشهود" وروي "لا نكاح إلا بشاهدين" وعن عبد الله بن عباس رضي الله عنهما عن رسول الله صلي الله عليه وسلم أنه قال " الزانية التي تنكح نفسها بغير بينة ط ولو لم تكن الشهادة شرط لم تكن زانية بدونه" راجع :الكاساني ، البدائع ج٢ ص٢٥٢، وجاء في المغني " وقال يزيد بن هارون : أمر الله تعالي بالإشهاد في البيع دون النكاح ، فاشترط أصحاب الرأي الشهادة للنكاح ولم يشترطوها للبيع ، ووجه الأول أنه قد روي عن النبي صلي الله عليه وسلم أنه قال " لا نكاح إلا بولي مرشد وشاهدي عدل " ولأنه يتعلق به حق غير المتعاقدين وهو الولد فاشترطت الشهادة فيه لثلا يحده أبوه فيضيع نسبه ، بخلاف البيع " أنظر : ابن قدامة ، المغني ج٧ ص٢٣٩، نشر دار هجر للطباعة ، مصر ، وأنظر : القرافي ، الفروق ؛ ج٣ ص١٨١ ، حيث يقول " إن النكاح عظيم الخطر ، جليل المقدار .. والقاعدة أن الشيء إذا عظم قدره شدد فيه ، وكثرت شروطه .. ولذلك شدد الشرع في النكاح ، فاشترط الصداق ، والشهادة والولي وخصوص الألفاظ دون البيع ."

ومن هذا القبيل أيضا :

اشترط الفقهاء القبض في عقد الهبة ، فمن الفقهاء من جعل قبض الموهوب شرطا لانتقال الملك فيه ، وهم :الأحناف ، وأما قبل القبض فالعقد عندهم غير لازم ، يجوز للواهب الرجوع فيه .

ومن الفقهاء من جعل القبض شرطا للزوم وانتقال الملك، وهم:الشافعية والحنابلة^(١).

ب - الشكلية المطلوبة لإثبات التصرف :

- يري جمهور الفقهاء أن الشكلية المطلوبة لإثبات التصرف في سائر العقود هي : الإشهاد^(٢). بمعنى أن الشهادة تأتي في المقام الأول لاعتبار العقد من الناحية الشكلية صحيحا ، وأما الكتابة :فتأتي في المرتبة التالية لإثبات العقود من الناحية الشكلية لكن بعد الإشهاد.

وقد قال الفقهاء في تقديم الإشهاد علي الكتابة من ناحية اعتبار الشكلية في العقد "إن مقتل عثمان لم يكن إلا بسبب الخط، لأنهم صنعوا خاتمهم، وكتبوا مثل كتابته حتي جري ما جري^(٣)، ثم إن الخط يزور، ويفتعل،

(١) عقد الهبة عند النفية لا ينتقل إلي ملك الموهوب له إلا بالقبض ، أما قبل القبض ، فالملك للواهب ، وله أن يرجع في هبته ، فإذا قبضت الهبة انتقل الملك إلي الموهوب له ، راجع : الكاساني ، البدائع ، ج٦، ص١٢٣، المرغيناني ، الهداية ، شرح بداية المبتدي ، مطبوع مع شرح فتح القدير؛ ج٧ ص١٣-١٧، وعند الشافعية = والحنابلة: لا تلزم الهبة ولا تنتقل إلا بالقبض، بإذن الواهب، فقبل القبض يجوز للواهب الرجوع ، ولا ينتقل الملك ، راجع : الشيرازي ، المهذب ، ج١ ص٤٧٧.، ابن قدامة: المغني ، ج٥ ص٥٩٢-٥٩٢، ونص المادة ٨٩٩ من مجلة الأحكام الشرعية للقاري .
(٢) وذلك علي خلاف الوضع في الفقه القانوني ، الذي يري إعطاء الكتابة المقام الأول في الإثبات باعتبارها وسيلة فعالة وثابتة لإثبات عنصر الشكل الذي يتطلبه القانون .
(٣) ابن القيم ، الطرق الحكمية ، ص٧١.، ابن عابدين ، تنقيح الفتاوي الحامدية ، ص٩٢.

أي من شأنه ذلك ، وهذا يقتضي عدم العمل ، والاعتماد عليه ، وإن لم يكن مزورا في نفس الأمر ، كما هو ظاهر ، أي لأن الشأن فيه أنه محل اشتباه ، ثم إن القاضي يقضي بالحجة ، والحجة هي البيئة والإقرار ، والنكول ، وأما الصك ، فلا يصلح حجة ، لأن الخط يشبه الخط^(١) .

أقول:

إن الأدلة التي ذكرها المتقدمون من الفقهاء كانت من وحي الظروف الاجتماعية والاقتصادية التي كانوا يعيشونها ، ذلك أن الأدلة التي جاء بها الفقهاء لتسويغ عدم العمل بالخط أدلة قاصرة تخفي وراءها عوامل أخرى أكثر جدية ، ويأتي العرف في مقدمة هذه العوامل ، ذلك أن الدليل الذي استند إليه الفقهاء في عدم التعويل علي الخط بإمكان المشابهة والتزوير ، يبدو قصوره إذا ما عرفنا أن القوانين الحديثة تعول علي الخط كوسيلة للإثبات من الدرجة الأولى رغم عدم انتفاء التزوير والمشابهة في العصر الحديث ، بل ثمة من الدلائل ما يشير إلي أن الحضارة الحديثة قد ساعدت علي التفتن في التزوير إلي مدي بعيد ، فإمكان تزوير الكتابة يبدو إذن قاصرا علي تعليل ازورار الفقهاء عن الكتابة وإيثار الشهادة عليها .

أضف إلي ذلك : أن الكتابة إذا وضفت بأنها وسيلة معيبة ، وهي لا تخلوا من الطعن فيها ، سواء علي الصعيد الأخلاقي أو النفساني أو الفني^(٢) .

(١) الحموي ، غمز عيون البصائر ، مطبوع مع أشبه ابن نجيم ، ج ٢ ص ٣١٥ ، ابن عابدين ، تنقيح الفتاوي ، ص ٩٣ .

(٢) في هذا المعني : د. محمد وحيد الدين سوار ، الشكل في الفقه الإسلامي ، ص ١٨٥ ، وما بعدها ، الشيخ / أحمد إبراهيم ، طرق القضاء ، ص ٦٢ ، د. أحمد نشأت ، رسالة الإثبات ، ج ٢ ص ١٠٣ ، ط : سابعة ، القاهرة ١٩٧٢ م

وإذا كنا قد انتهينا إلي أن الكتابة تعتبر وسيلة شكلية لإثبات التصرف بشكل عام ، ومنه التصرف الواقع في عقد بيع العقار وتسجيله ، فيجدر بنا أن ننبه إلي أن الكتابة تقف جنبا إلي جنب مع الشهادة^(١) ، وهما في مرتبة واحدة في نظرنا ، لأن ما يمكن أن يوجه إلي الكتابة من مطاعن يمكن أن يوجه إلي الشهادة ، فقد يعتبر الشهادة عيب في الإثبات يتمثل في العيب الأخلاقي ، فقد يشهد الشاهد زورا ، ثم قد يعتري الشهادة نسيان الشاهد ، وعدم دقته في أداء الشهادة أو ملاحظته أو انشغال ذهنه بأمر آخر ، ثم بعد ذلك لو افترضنا لدي الشهود ثبات الذاكرة ، ووضوحها ، فإنهم لن يستعيدوا قط إلا ما قاله الأطراف ، وما صنعوه ، ويبقى بعد ذلك أن نعرف : هل قصد الأطراف فعلا من الأقوال والأعمال التي واجهها الشهود واسترعت انتباههم المعني الشرعي أو القانوني ، والقوة الملزمة التي أعطها هؤلاء لها؟^(٢).

وننتهي مما سبق :

إلي أن إيثار الفقهاء للشهادة علي الكتابة كان لعامل أخلاقي ، عندما قالوا بالندب ، والاستحسان ، فقد ساد في عصرهم حسن الذمة ، والتدين من المتعاملين في عصرهم ، وكان ذلك العهد قريبا من قوله عليه الصلاة والسلام "الدين المعاملة"^(٣)

(١) باعتبارهما معا من الوسائل الشكلية المعتبرة في إثبات الحقوق الناشئة عن التصرفات المختلفة ، كالبيع ، والإجارة والرهن وغيرها .

(٢) أنظر في هذا المعني : د . محمد وحيد الدين سوار ، الشكل في الفقه الإسلامي ، ص ١٩٠ ، د . محسن محمد عبد العزيز ، اشتراط الشكلية في العقود دراسة مقارنة ، ص ١١٤ ، ط : دار البيان ، مصر ، د . أحمد نشأت ، رسالة الإثبات ، ص ١٠٥ ، المستشار / جميل بسيوني - الإثبات شرعا ووضعا ، ص ٢١ ، من مطبوعات مجمع البحوث الإسلامية ، الأزهر الشريف ، القاهرة ، مصر .

(٣) عبد الرحمن بن حسن الجبرتي ، عجائب الآثار في التراجم والأخبار ج ٣ ص ١٠٣ ، نشر : دار الجيل ، بيروت

وهذا من أبلغ ما يمكن أن يقال في الخض علي الصدق والإخلاص ، والوفاء في المعاملة ، وجري العمل علي ذلك في الشريعة الإسلامية ، ولليمين فيها أهمية عظمي، .

علي أن هذا العامل الأخلاقي في إثبات الفقهاء لاعتبار الشهادة علي الكتابة في الشكلية والإثبات يسانده مساندة الفقه الإسلامي لحضارة الزمن ، فقد وردت آية المدائنة في كتاب الله الكريم ، وهي تكاد تكون صريحة في جعل الكتابة لازمة في الديون الآجلة ، ومع ذلك خضع الفقه الإسلامي لحضارة زمنه، فأثر الشهادة علي الكتابة^(١).

- وقد قرر الفقيه الحنفي الدمشقي العلامة :ابن عابدين أن ما يوجد في دفاتر التجار إذا مات أحدهم وقد كتب بخطه ما عليه في دفتره الذي يقرب من اليقين أنه لا يكتب فيه علي سبيل التجربة والهزل ، فيعمل به ، والعرف جار بينهم بذلك فلو لم يعمل به يلزم ضياع أموال الناس إذ غالب بياعتهم بلا شهود ، خصوصا ما يرسلونه إلي شركائهم ، وأمنائهم في البلاد ، لتعذر الإشهاد في مثله ، فيكتفون بالملكتوب في كتاب أو دفتر ، ويجعلونه فيما بينهم حجة^(٢).

(١)د. عبد الرزاق السنهوري ، مصادر الحق في الفقه الإسلامي ، ج٢ ص٤٠ ، حاشية رقم ١ ، وقرن دز محمد زكي عبد البر ، مصادر الحق في الفقه الإسلامي للدكتور عبد الرزاق السنهوري ، تجربة حاسمة في أسلوب دراسة الفقه الإسلامي ، بحث منشور بمجلة أضواء الشريعة ، تصدرها كلية الشريعة بالرياض ، العدد ٨ ، جمادي الآخرة ١٣٩٧هـ ، ص٦٠٤،٦٠٥ .

(٢)أنظر : ابن عابدين :رسالة العرف ، ص١٤٣ .الشيخ / أحمد إبراهيم ، طرق القضاء ، ص٤٤ .

وختاماً لهذه المسألة:

يكفي أن نقرر هنا أن المذهب الحنبلي يعول علي الخط ، ويعتبر الكتابة دليلاً قوياً في الإثبات ، واعتبار الشكل فيها عنصراً مهماً.

_ جاء في مجلة الأحكام الشرعية علي مذهب الإمام أحمد: "للوارث أن يعمل بخط مورثه في دين كتبه لنفسه علي غيره في الحلف مع شاهده إذا علم منه الصدق والأمانة .مثلاً :لو وجد بخط أبيه الذي يعلم صدقه وأمانته أن (لي علي زيد كذا) فللوارث أن يدعي به ، فإذا أقام به شاهداً واحداً فله أن يحلف عليه، ولكن ليس له أن يشهد به اعتماداً علي خط أبيه"^(١).

كل هذا في الخط المكتوب دون شهود ، فما بالك بالخط المكتوب أمام شهود، ثم ما بالك بالخط المكتوب والذي أقر المتعاقدان أمام كاتب العدل - وهو الموظف المستول بما يعتبر فيه من عدالة وأمانة - بما فيه من بيانات، إن هذا العقد إذا أقر أطرافه أمام كاتب العدل ، أو من يقوم مقامه كان حجة في الإثبات قوية لا تحتاج إلي دليل آخر لصدق ما جاء فيه.

ج - الشكلية اللفظية في العقود:

من أنواع الشكلية التي تطلب الفقهاء وجودها في بعض العقود : الشكلية اللفظية، وذلك نلحظه واضحاً في عقد النكاح، حيث يشترط الشافعية والحنابلة أن يقع عقد النكاح بلفظ "النكاح أو التزويج أو ترجمة

(١) أنظر : مجلة الأحكام الشرعية علي مذهب الإمام أحمد للقاري ، المادة ٢٢٨٢. ويؤيد هذا : ما جاء في المادة ٥٦ من قانون البيئات السوري ، حيث يقول "كل كتابة تصدر عن الخصم ، ويكون من شأنها أن تجعل وجود العقد المدعي به قريب الاحتمال ، ويترتب علي وجود هذه الكتابة جواز الإثبات بالشهادة في الالتزامات التعاقدية حتي لو كان المطلوب تزيد قيمته علي خمسمائة ليرة سورية .

معانيهما " أما لفظ الهبة والإمكان والإملاك والتمليك وغيرها فلا يقع به عقد الزواج^(١) .

ومن الشكلية المتطلبة في بعض العقود غير النكاح : عقد(السلم) ، فقد اشترط الشافعية ومن وافقهم أن يقع العقد بلفظ السلم ، حتي قال السيوطي رحمه الله " ليس لنا عقد يختص بصيغة خاصة إلا النكاح والسلم"^(٢) .

د - الشكلية غير اللفظية في العقود:

ومن صور الشكلية التي اعتبرها علماء الفقه الإسلامي : الشكلية غير اللفظية في بعض العقود ، وأبرز صور هذه الشكلية : ما أورده الفقهاء في عقد الزواج من اشتراط شكلية الإشهاد ، إذ لا يكفي عند جمهور الفقهاء في عقد النكاح : الإيجاب والقبول من طرفي عقد النكاح، بل لابد عندهم من انضمام شهادة الشاهدين إلي هذا الرضا لكي ينتج أثره الشرعي ، وذلك درءا لتهمة المعاشرة غير المشروعة عن الزوجين .

ويعبر عن هذا المعني : الإمام الكاساني في البدائع فيقول " ولن الحاجة مست إلي دفع تهمة الزنا عنه ، ولا تندفع إلا بالشهود ، لأنها لا تندفع إلا بظهور عقد النكاح وإشهاره ، ولا يشتهر إلا بقول الشهود"^(٣) .

(١) أنظر : الإمام الشافعي : الأم ، ج ٥ ص ٣٣ ، السيوطي ، الأشباه والنظائر ، ص ٣٤٣ ، ابن القيم : إعلام الموقعين ، ج ١ ، ص ٢٥٢ .
 (٢) الإمام السيوطي ، الأشباه والنظائر ، ص ٣٤٣ .
 (٣) العلامة : الكاساني ، البدائع ، ج ٢ ص ٢٥٢ ، وفي هذا المعني : ابن نجيم ، البحر الرائق ، ج ٣ ص ٨٨ ، ابن الهمام ، فتح القدير ، ج ٢ ص ٣٤٧ ، البابرتي ، العناية علي الهداية ، مطبوع مع فتح القدير ، نفس الجزء والصفحة

وهناك معانٍ أخرى لا اشتراط الشكلية في عقد النكاح، منها إتاحة الفرصة للعاقدين للتفكير والتبصر في نتائج هذا العقد الخطر ومراعاة مصلحة الولد من الحفاظ علي النسب، وغير ذلك من المعاني التي نحيل إليها في مراجعتها المعتمدة عند علماء الفقه الإسلامي منعا للإطالة^(١).

ومن صور الشكلية غير اللفظية في العقود التي تتطلبها علماء الفقه الإسلامي أيضا:

التحكيم^(٢):

فقد اشترط الفقهاء الإشهاد علي عقد التحكيم^(٣).

والتحكيم عبارة عن عقد يبرم بين أطراف النزاع يتفقون بمقتضاه علي حل النزاع القائم بينهم بواسطة محكمين.

والتحكيم مؤسسة حقوقية ثابتة في الفقه الإسلامي، لقوله تعالي "فابعثوا حكما من أهله وحكما من أهلها"^(٤) في شأن النزاع بين الزوجين.

(١) راجع علي سبيل المثال: السرخسي، المبسوط، ج ١١ ص ١٥٤، الشيرازي المهذب، ج ٢، ص ٤٢، ابن قدامة: المغني، ج ٧ ص ٣٣٩، البهوتي: كشف القناع، ج ٦ ص ٩٣، نشر: مكتبة النصر الحديثة، الرياض.

(٢) وقد حرصت النظم القانونية علي إخضاع عقد التحكيم لشكليات معينة بصورة متشددة عما وجدناه في الفقه الإسلامي، فاشتراط الشكلية، في الإشهاد، والكتابة، فقد نصت المادة (٥٠٩) من قانون أصول المحاكمات السوري علي أن: "التحكيم لا يثبت إلا بالكتابة".

(٣) أنظر في هذا التفصيل: الجصاص الحنفي: أحكام القرآن، تفسير الآية ٣٥ من سورة النساء، والقرطبي في تفسير نفس الآية، الإمام الشافعي، أحكام القرآن، تفسير نفس الآية، وراجع عند الفقهاء: ابن قدامة، المغني ج ٧ ص ٣٣٩. الشيرازي، المهذب ج ٢ ص ٤٢، البهوتي، كشف القناع، ج ٦ ص ٣٠٩، البهوتي، شرح المنتهي/ ج ٣ ص ٤٦٧، نشر المكتبة السلفية.

(٤) سورة: النساء، من الآية (٣٥).

- وقد أخذت مجلة الأحكام الشرعية علي مذهب الإمام أحمد بالتحكيم حيث جاء فيها "يصح أن يحكم الخصمان رجلا يرتضيانه ليحكم بينهما"^(١).

وقد أخذت مجلة الأحكام العدلية بالتحكيم في المواد من ١٨٤٢ إلى ١٨٥١.

وبعد:

فهذه إلماعة موجزة عن الشكلية ، وكيفية صورها ومواضع اشتراطها في العقود عند علماء الفقه الإسلامي .

ونحن من وجهة نظرنا نعتقد أن عقد بيع العقار لا يقل أهمية عن عقد النكاح، نظرا لما تحتله الثروة العقارية من مكانة بالغة تؤثر علي اقتصاد الأمة ، إضافة إلي أن المال من الكليات الخمس التي أمرنا الشارع بالحفاظ عليها ، وعدم التفريط فيها أو التقصير في حفظها ، .

لكل هذا :

نقرر باطمئنان : ضرورة استلزام الشكلية في عقد بيع العقار ، فيلزم توافر الشكل فيه وهو ضرورة إفراغه في قالب معين أمام كاتب العدل ، ومن يقوم مقامه في هذه الوظيفة ، كالقاضي في بعض الأحوال ، ولا مانع من اعتبار هذه الشكلية ركنا في العقد ، بحيث لا يعترف بانعقاده ، ولا ينتج آثاره إلا بعد تسجيله وتوثيقه أما الجهات المختصة .

(١) الشيخ / أحمد القاري :مجلة الأحكام الشرعية علي مذهب الإمام أحمد، المادة ٢٠٩١. وانظر المادة ٢٠٩٥. حيث جاء فيها: "لا يقبل قول المحكم برضاء الخصمين بحكمه ، فينبغي للمحكم أن يشهد عليهما بالرضا بحكمه قبل أن يحكم بينهما ، وأن يشهد علي نفسه بحكمه .

وحتى لا نغالي في اعتبار الشكلية، فنحن لا نمانع من وجهة نظرنا، بل نميل إلي اعتبار الشكلية أمراً متطلباً لإثبات التصرف، وليس انعقاده، حفاظاً علي مظهر الضائية في الفقه الإسلامي وحتى لا نسلب العقد أهم خصائصه. هذا... ولئن كان علماء الفقه الإسلامي قد اشترطوا الشكلية في عقد الزواج متمثلاً في ضرورة وجود الشهود وضرورة كونه بلفظ النكاح أو التزويج عند بعضهم، وذلك استثناء من الأصل العام وهو عدم اشتراط الشكلية، لئن كان ذلك فإنه من الأشبه والأولي قياس عقد بيع العقار علي عقد النكاح والعلة الجامعة بينهما هي المحافظة علي الكليات الخمس التي أمر بها الشارع الحكيم وهي المقاصد الضرورية التي دعي الإسلام إلي حفظها، إذ أن المال العقاري من أنفس الأموال وأغلاها، ويترتب عليه آثار اقتصادية بالغة الأهمية، يناط بها استقرار المعاملات بين الناس واطمئنانهم علي حقوقهم، فكما تحوط الإسلام لعقد النكاح، فإن عقد بيع العقار أحري أن يتحوط له.

وعلى ذلك :

نرى أنه ليس في نظم التوثيق والتسجيل العقاري المعاصرة وما ترتب عليها في الجملة مخالفة للشريعة الإسلامية، بل أنه نرى أنها نظم دعت إليها المصلحة التي اعتبرها الشارع الحكيم كما دلت علي ذلك آية المداينة (١).

والله أعلى وأعلم ..

(١) المرجع الشيخ / علي الخفيف، المرجع السابق ص ٥٦٠، محمد عبد الجواد، المرجع السابق ص ٢٩٣ وما بعدها. وفي هذا المعني: د. محمد وحيد الدين سوار: الشكل في الفقه الإسلامي ص ١٠، ٣٩، ٧٢، وانظر موقع قانون كوم علي شبكة المعلومات الدولي تحت عنوان الشكلية في القانون. www.canon.com.

رابعاً : اشتراط التسجيل لنقل الملكية من المصالح التي يفوض النظر فيها إلى الإمام

تمهيد :

لقد ذكرنا في المطلب الأول من هذا المبحث عند حديثنا عن استجابة الفقه الإسلامي للمتغيرات أن الفقه الإسلامي لا يمانع من اشتراط التسجيل لنقل الملكية العقارية بناءً على القاعدة الفقهية القائلة " لا ينكر تغير الأحكام بتغير الأزمان " (١) .

وقد رأينا أن هذا الأمر يعد من المصالح التي يفوض فيها النظر إلى الإمام أو من يقوم مقامه، ولكن ما هو الأساس الفقهي والأصولي الذي يمكن أن يستند إليه القول باعتبار اشتراط التسجيل لنقل الملكية العقارية من المصالح المعتبرة؟ وما هي الصور التي يمكن قياس ذلك عليها في الفقه الإسلامي وأصوله؟

هذا ما سوف نراه في السطور القادمة :

أولاً : الأساس الفقهي والأصولي لاعتبار اشتراط التسجيل من المصالح المعتبرة. لقد اعتد الفقهاء بالاستنباط للأحكام في الوقائع التي لا نص فيها ولا إجماع بناءً على مصلحة عادية لا دليل على اعتبارها ولا إلغائها وهو ما يعرف بالمصالح المرسله ومنها شق الترع والأنهار وإقامة الجسور ونحو هذا فكل هذا مما يفوض النظر فيه إلى الإمام بناءً على المصلحة (٢).

وهو من قبيل المناسب المرسل الذي يقوم عليه الاستصلاح .

والمناسب المرسل ينقسم إلى أقسام ثلاثة :

(١) الزركشى ، البحر المحيط ج ١ ص ٣٢٨ نشر دار الكنتى .
(٢) ابن حجر الفتاوى الفقهية الكبرى ج ٣ ص ٣٤٨ نشر المكتبة الإسلامية .

١- إما أن يعتبره الشارع بأي نوع من أنواع الاعتبارات^(١) .

٢ - وإما أن يلغيه^(٢) .

٣ - وإما أن يسكت عنه .

والقسم الثالث (المسكوت عنه) هو القسم الذي يعبر عنه العلماء بالمصلحة المرسله^(٣) .

ورغم اختلاف العلماء في حجية المصلحة المرسله ، إلا إنه لا يخلو مذهب من المذاهب الفقهية إلا أخذ بهذه المصلحة إجمالاً ولو في جزء من أحكامه الفقهية^(٤)

والمالكية والحنابلة^(٥) يأخذون بالمصلحة المرسله^(٦) وقد اشترطوا شروطاً للأخذ بها يمكن إجمالها في ثلاثة :

- (١) حتى ولو بدليل خاص كان ذلك من قبيل القياس ودخل في عمومه .
- (٢) حتى ولو بدليل خاص كان الأخذ به باطلاً وكان مناهضةً لقصد الشارع .
- (٣) يراجع في حجية المصلحة المرسله : الزركشي ، البحر المحيط ج ٧ ص ٣٢٨ نشر دار الكتبى ، تقي الدين أبو البقاء الفتوحى ، شرح الكوكب المنير ص ٥٢٣ ، نشر مطبعة السنة المحمدية ، الشيخ / محمد أبو زهرة ، أصول الفقه ص ٢٦٠ .
- (٤) الشيخ / محمد أبو زهرة ، أصول الفقه ص ٢٦١ ، الموسوعة الفقهية الكويتية ج ٣ ص ٣٢٤ نشر وزارة الأوقاف الكويتية .
- (٥) الشاطبى ، الاعتصام ج ٣ ص ٣٠٧ ، ابن النجار ، شرح الكوكب المنير ص ٥٢٢ - ٥٢٧ .
- (٦) وكذلك يرى الأخذ بالمصلحة المرسله الإمام الشافعي وأبو حنيفة إلا أن أكثرهم في ذلك الإمام مالك لأنه هو الذي حمل لواء الأخذ بالمصلحة المرسله ويليه في هذا الإمام أحمد وهما يعتبران المصالح المرسله أصلاً قائماً بذاته أما الإمامان أبو حنيفة والشافعي فقد أقلوا من الأخذ بالمصالح المرسله إلا أن لهم اجتهادات مبنية على أساس الأخذ بالمصلحة المرسله ولكن ليس باعتبارها أصلاً قائماً بذاته ولكن باعتبارها تابعاً لدليل آخر كالقياس والاستحسان . انظر في تفصيل هذا : الأمدى ، الإحكام في أصول الأحكام ج ٤ ص ٣٩٤ ، الإسئوى ، نهاية السؤل ج ٣ ص ١٣٦ ، الشوكاني ، إرشاد الفحول ص ٢٤٢ ، د/ زكى الدين شعبان ، أصول الفقه ص ١٦٢ .

أولها : الملازمة بين المصلحة التي تعتبر أصلاً قائماً بذاته وبين مقاصد الشارع ، فلا تنافي أصلاً من أصوله ، ولا تعارض دليلاً من أدلته القطعية ، بل تكون متفقة مع المصالح التي يقصد الشارع إلى تحصيلها ، بأن تكون من جنسها، ليست غريبة عنها ، وإن لم يشهد لها دليل خاص .

ثانيها : أن تكون معقولة في ذاتها جرت على الأوصاف المناسبة المعقولة التي إذا عرضت على أهل العقول تلقتهما بالقبول .

ثالثها : أن يكون في الأخذ بها دفع حرج لازم لو لم يؤخذ بالمصلحة المعقولة في موضعها لكان الناس في حرج وهذه شروط معقولة ، تمنع الأخذ بهذا من أن يخلع الربقة^(١) ويجعل النصوص خاضعة لأحكام الأهواء والشهوات باسم المصالح . وقد اعتبر المالكية والحنابلة المصالح المرسلة أصلاً قائماً بذاته وأما الحنفية والشافعية فلم يعتبروا المصالح المرسلة أصلاً قائماً وأدخلوه في باب القياس ، فإن لم يكن للمصلحة نص يمكن ردها إليه فإنها ملغاة لا تعتبر .

الأدلة :

- استدلال المالكية والحنابلة على الأخذ بالمصلحة المرسلة بما يلي :

الدليل الأول:

أن الصحابة سلكوا ذلك المسلك وهو الأخذ بالمصلحة المرسلة، ومن

ذلك :^(٢).

(١) أي ربقة الإسلام ، والمقصود من السياق [أي لتلا يخرج المخالف لها عن إطار حدود الإسلام وقواعده]

(٢) انظر في إيراد هذه الأدلة ، الشاطبي ، الاعتصام ج ٢ ص ٢٨٧ - ٣٠٢ ، ابن النجار، شرح الكوكب المنير ص ٥٢٠ - ٥٢٩ .

(أ) أن الصحابة جمعوا القرآن في مصاحف ولم يكن ذلك في عهد الرسول صلى الله عليه وسلم ، وما دفعهم إلى هذا إلا المصلحة وهي حفظ القرآن من الضياع وذهاب تواتره بموت حفاظه من الصحابة وأن ذلك تحقيق لقوله تعالى ﴿ إنا نحن نزلنا الذكر وإنا له لحافظون ﴾^(١) .

(ب) قرر الخلفاء الراشدون تضمين الصناعات ، مع أن الأصل أن أيديهم على الأمانة، ولكن وجد أنهم لو لم يضمّنوا لاستهانوا ولم يقوموا بحق المحافظة على ما تحت أيديهم من أموال الناس ، وقد صرح على بن أبي طالب رضى الله عنه بأن الأساس في التضمين كان المصلحة وقال " لا يصلح الناس إلا ذاك "^(٢) .

(ج) وكان عمر بن الخطاب رضى الله عنه ، يشاطر الولاية الذين يتهمهم أموالهم لاختلاط أموالهم الخاصة بالأموال التي استفادوها بسُلطان الولاية ، لأنه رأى في ذلك صلاح الولاية ، ومنعهم من استغلال سلطان الولاية لجمع المال وجر المغنم من غير حل فالمصلحة العامة هي التي دفعته إلى ذلك ولم يكن فيها ظلم لأنه كان يتعرف أموالهم قبل الولاية وبعد الولاية يتعرف هذه الأموال ، فإذا لم يبدوا سبباً معقولاً سائغاً يشاطرهم تلك المشاطرة العادلة في ذاتها الواقية للظلم في المستقبل^(٣) .

(د) ولقد أراق عمر - رضى الله عنه - اللين المغشوش بالماء تأديباً للغشاشين وذلك من باب المصلحة كي لا يغشوا من بعد^(٤) .

(١) سورة الحجر الآية (٩) .

(٢) الشاطبي ، الاعتصام ج ٢ ص ٢٨٩ .

(٣) الشاطبي ، الاعتصام ج ٢ ص ٢٩٠ .

(٤) الطبري ، تاريخ الطبري ، ج ٤ ص ١٦٣ وما بعدها ، الشاطبي ج ٢ ص ٢٩٩ .

(هـ) وقد قرر الصحابة قتل الجماعة بالواحد إذا اشتركوا في قتله لأن المصلحة تقتضي ذلك، ووجهها أن القتل معصوم الدم ، وقد قتل عمداً، فإهدار دمه داع إلى منع القصاص ، لأنه يكفي أن يذهب الدم هدراً باشتراك اثنين في قتله إذا قلنا إن الجماعة لا تقتل بالواحد فكل من يريد أن ينجو من القصاص يشترك غيره معه ، فينجوان معاً ، ويذهب دم القتل ، فكانت المصلحة داعية إلى قتل الجماعة بالواحد وروى أن جماعة قتلوا واحداً بصنعاء فقتلهم عمر - رضى الله عنه □ به وقال : " لو اجتمع عليه أهل صنعاء لقتلتهم به " (١) .

الدليل الثاني :

إن المصلحة إن كانت ملائمة لمقاصد الشارع ومن جنس ما أقره من مصالح ، فإن الأخذ بها يكون موافقاً لمقاصده ، وإهمالها يكون إهمالاً لمقاصده ، وإهمال مقاصد الشارع باطل في ذاته ، فيجب الأخذ بالمصلحة على أساس أنها أصل قائم بذاته وهو ليس خارجاً على الأصول ، بل هو متلاق معها غير مناف لها (٢) .

الدليل الثالث (٣) :

أنه إذا لم يؤخذ بالمصلحة في كل موضع تحققت ما دامت من جنس المصالح الشرعية ، كان المكلف في حرج وضيق وقد قال تعالى ﴿ وما جعل

(١) الشاطبي ، الاعتصام ج ٢ ص ٢٩٤ ط مطبعة المنار - مصر .

(٢) المرجع السابق ج ٢ ص ٢٩٥ .

(٣) انظر في إيراد هذه الأدلة من كتب المحدثين من الفقهاء والأصوليين الشيخ محمد أبو زهرة ، أصول الفقه ص ٢٦٠ وما بعدها ، د/ جلال الدين عبد الرحمن ، المصالح المرسله ص ١٧ - ٥٨ .

عليكم في الدين من حرج ^(١) ولو لم يؤخذ بالمصالح المرسله لضاق الأمر على الناس وهو لا يتفق مع مقاصد الشريعة ^(٢).

- واستدل المانعون للأخذ بالمصلحة بما يلي :
الدليل الأول:

إن المصلحة التي لا يشهد لها دليل خاص تكون نوعاً من التلذذ والتشهي ، وما هكذا تكون الأصول الإسلامية ، وقد قال الغزالي في بيان هذا الدليل بالنسبة للاستحسان والمصالح المرسله " إننا نعلم قطعاً أن العالم ليس له أن يحكم بهواه وشهوته من غير نظر في دلالة الأدلة ، والاستحسان من غير نظر في أدلة الشرع حكم بالهوى المجرد " ويقول في المصالح المرسله " وإن لم يشهد لها الشارع فهي كالاستحسان " ^(٣).

الدليل الثاني :

أن المصالح إن كانت معتبرة فإنها تدخل في عموم القياس وإن كانت غير معتبرة فلا تدخل فيه ، ولا يصح أن يدعى أن هناك مصالح معتبرة ، ولا تدخل في نص أو قياس ، لأن ذلك يؤدي إلى القول بقصور النصوص القرآنية والأحاديث النبوية عن بيان الشريعة بياناً كاملاً .

(١) سورة الحج من الآية (٧٨) .

(٢) ذلك أن مصالح الناس ووسائلها غير منضبطة وليست محدودة فهي متغيرة بتغير الأزمان والظروف ومن ثم لا يمكن حصرها في عدد معين ، والنصوص وما حمل عليها من الأقيسة محصورة ، فإذا لم نعتبر المتجددة بإيجاد الأحكام المناسبة لها ووقفنا عند المصالح التي قام الدليل على اعتبارها لضاق الأمر على الناس ووضعوا في الحرج لفوات الكثير من مصالحهم . انظر في تفصيل هذا : د/ محمد منصور حسن حمزة ، دراسة أصولية في الأدلة الشرعية ص ٣١٥ وما بعدها طبعة خاصة سنة ١٤٢٢هـ / ٢٠٠١ م .

(٣) الغزالي ، المستصفى ج ١ ص ١٩٤ .

الدليل الثالث :

إن الأخذ بالمصلحة من غير اعتماد على نص قد يؤدي إلى الانطلاق من أحكام الشريعة ، وإيقاع الظلم بالناس باسم المصلحة كما فعل ذلك بعض الملوك الظالمين . تحرير محل النزاع :

يتفق جمهور الفقهاء على أن المصلحة معتبرة في الفقه الإسلامي يجب الأخذ بها ما دامت ليست شهوة ولا هوى ولا معارضة فيها للنصوص ، بيد أن الشافعية والحنفية يشددون في وجوب إلحاقها بقياس ذي علة منضبطة ، فلا بد أن يكون ثمة أصل يقاس عليه وأن تكون العلة الجامعة المنضبطة وعاءً للمصلحة ، وقال المالكية والحنابلة إن الوصف المناسب الذي تتحقق فيه المصلحة وإن لم يكن منضبطاً يصلح علة للقياس ، وإذا كان يصلح علة فالمصلحة المرسله من نوعه ، فتكون ثابتة أصلاً ، كما أمكن القياس بالوصف المناسب وهو الحكمة من غير التفات إلى كونه منضبطاً ولهذا القرب بين الوصف المناسب والمصلحة المرسله قد ادعى بعض المالكية (١) أن الفقهاء جميعاً يأخذون بالمصلحة المرسله ، وإن سموها وصفاً مناسباً أو ادخلوها في باب القياس .

(١) وهو الإمام القرافي حيث يقول " المصلحة المرسله في جميع المذاهب عند التحقيق لأنهم يقسمون ويفرقون بالمناسبات ، ولا يطلبون شاهداً بالاعتبار ، ولا يعنى بالمصلحة المرسله إلا ذلك ، وما يؤكد العمل بالمصالح المرسله أن الصحابة عملوا أموراً لمطلق المصلحة ، لا لتقديم شاهد بالاعتبار ، نحو كتابة المصحف ، ولم يتقدم نظر ، وولاية لعهد من أبي بكر لعمر رضى الله عنهما ولم يتقدم فيها أمر ولا نظر ، ولذلك ترك الخلافة شوري ، وتدوين الدواوين ، وعمل السكة للمسلمين واتخاذ السجن وهذه الأوقاف التي بإزاء مسجد رسول الله ﷺ وة بها في المسجد عن ضيقه فعله عثمان" . انظر القرافي ، شرح التحرير ج ٣ ص ٣٨١ .

وننتهي من ذلك:

إلى أن الفقهاء الأربعة أخذوا بالمصالح المرسلة وإن اختلفوا في الأخذ بها من حيث الشروط كما تقدم ولكن أكثر من اخذوا بالمصالح المرسلة هم المالكية والحنابلة .^(١)

والذي يهمننا هنا : هو بيان أن اشتراط التسجيل للعقار من حيث الاحتجاج به كسند للملكية - لا من حيث اعتبار العقد منعقداً أو عدمه - لأن العقد ينعقد بإرادة طرفيه في الشريعة الإسلامية حتى ولو كان شفها ولا يحتاج إلى إجراء آخر ، ولأن الأصل المقرر في العقود هو مبدأ الرضائية - أقول :

إن اشتراط التسجيل العقاري للاحتجاج بسند الملكية على كافة الناس ولاعتباره سبباً مسوغاً لسماع الدعوى أمام المحاكم يعد من المصالح المرسلة التي يفوض النظر فيها إلى الإمام فإن رأى حمل الناس على ذلك لأمر فيه مصلحتهم من استقرار الأملاك وعدم المنازعة فيها والقضاء على الخلافات التي قد تنشأ عنها فله ذلك وقد رأينا أن المجوزين للأخذ بالمصالح المرسلة قدموا أمثلة من هذا القبيل فنحيل إليها لعدم التكرار ، ففي جمع القرآن ، وتضمين الصناع ، وقتل الجماعة بالواحد ما يدل بجلاء على صحة نظرنا في اعتبار المصلحة قائمة في الأخذ بالتسجيل العقاري وحمل الناس عليه لأنه مصلحة متعلقة بالمال وهو إحدى الكليات الخمس التي جاءت الشريعة بمقتضاها . والله أعلم .

(١) الشيخ محمد أبو زهرة أصول الفقه ص ٢٦٥ ، وقد ذكر صوراً أخذ بها الإمام مالك أو اعتبرها من المصالح المرسلة . أنظر: ص ٢٦٦ ، ٢٦٧ وما بعدهما ، وانظر د/ محمد منصور حمزة ، دراسات أصولية في الأدلة الشرعية ص ٣١٣ - ٣١٩ .

ثانياً : الصور الفقهية التي يمكن أن يقاس عليها ضرورة اشتراط التسجيل لنقل الملك فى العقار :

لقد أورد الإمام مالك بعض الصور والمسائل التي أجاز فيها الأخذ بالمصلحة المرسله وهى قريبة جداً من مسألتنا هذه ومنها:

١ - إجازته البيعة للمفضول^(١) ، لأن بطلانها يؤدي إلى ضرر وفساد واضطراب في الأمور وفوضى ، وفوضى ساعة يرتكب فيها من المظالم مالا يرتكب في استبداد . سنين وقد أثر عنه أنه قال في عدم عهد عمر بن عبد العزيز في الخلافة من بعده لرجل صالح لها بدل يزيد بن عبد الملك " أنه كانت البيعة ليزيد بن عبد الملك من بعده ، فخاف عمر إن ولي رجلاً صالحاً أن لا يكون ليزيد بُدُّ من القيام فتقوم فتنة، فيفسد ما يصلح " ^(٢) .

٢ - ومنها إذا خلا بيت المال وارتفعت حاجات الجند ، وليس فيه ما يكفيهم ، فللإمام أن يوظف على الأغنياء ما يراه كافياً في الحال إلى أن يظهر في بيت المال مال ، أو يكون فيه ما يكفي ، ثم له أن يجعل هذه الوظيفة في أوقات حصاد الغلات وحين الثمار لكي لا يؤدي تخصيص الأغنياء إلى إيجاش قلوبهم ، ووجه المصلحة أن الإمام العادل لو لم يفعل لضعفت شوكته ، وصارت الديار عرضة للفتن واستيلاء الطامعين فيها ^(٣) .

(١) المقصود أن مبايعة الإنسان المفضول مع وجود من هو أفضل منه وأصلح للإمامة جائزة وذلك لأن القول ببطلانها سيؤدي إلى اضطراب الأمور والفوضى بين الناس نتيجة لاختلافهم .

(٢) الشاطبي ، الاعتصام ج ٢ ص ٣٠٥ .

(٣) الشاطبي ، الاعتصام ج ٢ ص ٣٩٨ .

٣ - ومنها إنه لو طَبَّقَ^(١) الحرام الأرض أو ناحية من الأرض يعسر الانتقال منها ، وانسدت طرق المكاسب الطيبة ، ومست الحاجة إلى الزيادة عن سد الرمق ، فإنه يسوغ لأحد الناس إذا لم يستطيعوا تغيير الحال وتعذر الانتقال إلى أرض تقام فيها الشريعة ، ويسهل الكسب الحلال ، أن ينالوا كارهين من بعض هذه المكاسب الخبيثة دفعاً للضرر وسداً للحاجة ، إذ لو لم يتناولوا لكانوا في ضيق وأكبر مشقة ... بل لهم أن يتناولوا منها ما هو فوق الضرورة إلى موضع سد الحاجة إذ لو اقتصروا على ذلك لتعطلت المكاسب والأعمال^(٢).

أقول :

فمن مثل هذه الصور التي قامت فيها الحاجة إلى استساغة القول بتوافر المصلحة المرسلة التي تميز للإمام أن يفرض ما يرى فيه المصلحة ، وأن يقرر فرض تقنين يلزم الناس فيه بإفراغ محرراتهم العقارية " من عقود ونحوها " في شكل رسمي كتسجيلها واتخاذ إجراءات لقيدها تجعلها حجة على الكافة فهذا من الأمور التي يتحقق فيها المصلحة خاصة وقد رأينا أن الحنابلة والمالكية يعتبرون المصالح المرسلة أصلاً قائما بذاته ولا يشترطون له انضباط الوصف.

وعلى هذا نقرر اطمئنان:

أن اشتراط التسجيل للاعتداد بملكية العقار واعتباره حجة على الكافة من المصالح المرسلة التي يفوض النظر فيها إلى الإمام.

(١) طبق الحرام : أي عم كل مناطق الأرض وأرجاء الدنيا . أو بعضها .

(٢) الشيخ أبو زهرة ، أصول الفقه ص ٢٦٧ .

المبحث الثاني

إجراءات التسجيل العقاري في القانون ١١٤ لسنة ١٩٤٦ (١)

تضمن قانون الشهر العقاري رقم ١١٤ لسنة ١٩٤٦ أحكاماً تتعلق بوجود تسجيل التصرفات التي ترد على حقوق عينية عقارية وإجراء التسجيل يتم في مأموريات الشهر العقاري المختصة، وهو إجراء لاحق على إبرام التصرف.

وبناءً على ذلك، فإن التصرف الواجب الشهر هو تصرف يقوم صحيحاً أولاً، ثم يستوجب القانون شهره بطريقة التسجيل حتى يترتب عليه أثر معين يحدده القانون والمحركات التي يجب شهرها هي العقود المنشئة للحقوق العينية العقارية، أو الناقلة، أو المغيرة، أو المزيله لها، والأحكام المثبتة لهذه العقود وكذلك العقود والأحكام الكاشفة عن الحقوق العينية العقارية وعقود الإيجار والمخالصات بالأجرة، ورتبت على عدم التسجيل في الطائفة الأولى عدم إنتاج الأثر بالنسبة إلى الغير وقيماً بين المتعاقدين، وفي الطائفة الأخرى عدم إنتاج الأثر بالنسبة إلى الغير فقط مادة (١)، (٢).

- ويتم شهرها وتسجيلها على النحو التالي: يجب أن يشتمل طلب الشهر والتسجيل على ما يلي:

- ١- البيانات الدالة على شخصية كل طرف وعلى الأخص اسمه ونسبه ولقبه وسنه وجنسيته، ومحل إقامته واسم أبيه وجده لأبيه.
- ٢- بيان صفات من يقومون مقام غيرهم ومدى سلطاتهم.

(١) الوسيط في شرح القانون المدني ٤ / ٤٥٢ - ٤٦٩ وما بعدها، الوسيط في النظرية العامة للالتزامات ص ٩٤، موسوعة دائرة المعارف القانونية ١ / ٥٠٦.

٣- البيانات اللازمة والمفيدة في تعيين العقار وعلى الأخص بيان موقعه ومساحته وحدوده، فإن كان من الأراضى الزراعية وصب ذكر اسم الناحية والحوض ورقم القطعة وإن كان من أراضى البناء أو العقارات المبنية ذكر اسم القسم والشارع والحارة إن وجد .

٤- موضوع المحرر المراد شهره، وبيان المقابل أو مقدار الدين إن وجد .

٥- البيانات الخاصة بالتكليف إذا كان موضوع المحرر يقتضى تغييراً في دفاتر التكليف .

٦- البيانات الخاصة بأصل حق الملكية ، أو الحق العيني محل التصرف، ويجب أن تشمل هذه البيانات على اسم المالك السابق أو صاحب الحق العيني ، وطريق انتقال الملكية أو الحق العيني منه ورقم وتاريخ شهر عقد التمليك إن كان قد شهر .

٧- بيان الحقوق العينية المقررة على العقار المتصرف فيه وعلى الأخص ارتفاعات الرى والصرف .

وتعيد مأمورية الضرائب نسخة من الطلب المؤشر عليها برأيها في قبول إجراء الشهر ، أو بيان ما يجب أن يستوفى فيه .

- ويقدم صاحب الشأن بعد التأشير على الطلب بقبول إجراء الشهر مشروع المحرر المراد شهره للمأمورية المختصة ومعه الصورة المؤشر عليها من هذا الطالب .

- تؤشر المأمورية على مشروع المحرر لصلاحيته للشهر بعد التثبت من مطابقة البيانات الواردة فيه لبيانات الطلب الخاص به .

* تقدم المحررات التى تم التأشير على مشروعاتها بصلاحياتها للشهر بعد توقيعها أو بعد التصديق على توقيعات ذوى الشأن فيها إن كانت عرفية لمكتب الشهر المختص .

* يحصل التأشير على المحررات الواجب شهرها بطريق التسجيل ، وعلى قوائم القيد في حالة المحررات الواجب شهرها بطريق القيد .

* يتم التصوير والحفظ وغير ذلك من الإجراءات طبقاً للائحة التنفيذية لقانون تنظيم الشهر العقارى المنصوص عليها في المادة (٨) من هذا القانون .

(المواد (٢٢) ، (٢٦) ، (٢٨) ، (٢٩) ، (٣٢)) . من قانون تنظيم الشهر العقارى .

الفصل الثالث

الآثار المترتبة على التسجيل العقارى فيما بين المتعاقدين والغير في الفقة والقانون

المبحث الأول

الآثار المترتبة على التسجيل العقارى فيما بين المتعاقدين في الفقة والقانون
أولاً : في الفقة^(١) .

مما تقدم يتبين لنا أنه لا يمكن الجزم أن التسجيل هو الطريق الوحيد لصيانة المال العقارى لكنه قد يكون في بعض الأحيان الطريق الوحيد لصيانة المال والمحافظة عليه، خصوصاً ، وأن التوثيق العقارى المعمول به الآن في بعض الدول العربية لا يضمن صحة البيانات المسجلة بطريقة مطلقة فليست البيانات المدرجة بالسجل الشخصى أو الصك تحوز الحجية المطلقة.

ولذا يتعين الحفاظ على المال العقارى وصيانته من الضياع بتسجيله تسجيلاً عينياً بحيث يحوز البيان المدرج في السجل العيني الحجية المطلقة على الكافة .

- والحفاظ على المال العقارى يستلزم توثيقه واتخاذ طرق الحفاظ عليه متى كان السبيل الذى نسلكه متعيناً ولا يحيص عنه وليس ذلك أمراً مبتدعاً بل كل ذلك من اتساع نظرة الفقة الإسلامى لاحتواء القول بوجوب تسجيل العقار واتباع خطوات معينة لا تخالف أصول الشريعة .

(١) يراجع في ذلك : درر الحكام ح١ / ٤٧ ، تبين الحقائق ١ / ١٣٩ ، بريقة محمودية ح ٤٨/٣ ، نشر دار إحياء الكتب العربية للسيوطى ، الأشباه والنظائر للسيوطى مطبوع مع غمزيون البصائر للحموى ١/٢٩٨ - شهر العقار وتسجيل التصرفات العلى الخفيف ص ٥٥٦ / ٥٦٠ - أصول الفقة لأبى زهرة ص ٣٤٥ .

- فقد كان أبو حنيفة يرى عدم لزوم تزكية الشهود في دعوى المال، ما لم يطعن الخصم فيهم ، وكان ذلك بسبب صلاح الناس في زمانه، أما صاحبه فقد رأى غير ذلك فرأى لزوم تزكية الشهود سراً وعلناً وذلك لأنهما عاشا زمناً غير زمن الإمام. ويترتب على التسجيل العقاري : منع الغضب ، والسلب وما في معناهما .

مما كان وسيلة لضياح المال كالتقصير في أمر تسجيل العقار، وتوثيق العقد لأنه في معنى إضاعة المال .

كذلك فإن التسجيل العقاري ترتب عليه الحد من وقوع الفواحش والسرقات وأعمال القرصنة .

وكذلك يترتب عليه عدم الإضرار بالمصلحة العامة وذلك أن الأموال العقارية تمثل ثروة اقتصادية هائلة يؤدي ضياعها إلى الإضرار بالمصالح العامة ومعلوم أن درء المفسد مقدم على جلب المصالح .

كذلك فإن التسجيل العقاري يحد من الجحود والنكران والتزوير الذي قد يقع في كثير من الأحيان.

ثانياً : القانون^(١)

التسجيل لازم لانتقال ملكية العقار بالتصرف القانوني سواء تعلق الأمر بعقد أو وصية بحيث لا ينتقل إلا بالتسجيل ومن تاريخه دون أثر

(١) يراجع في ذلك : نظام الملكية للدكتور مصطفى محمد الجمال ص ٣٨٩ - ٣٩٥ ، ط : شركة سعيد رأفت سنة ١٩٨٥ ، موسوعة دائرة المعارف القانونية لياسر محمود نصار ٥٠٦/١ وما بعدها - إصدار المجموعة الدولية للمحاماه سنة ١٩٩٨ - الإصدار المدني ، الوسيط في شرح القانون المدني العقود التي تقع على الملكية (البيع والمقايضة) لعبد الرازق أحمد السنهوري ٤/٤٣٢ ط : دار إحياء التراث العربى بيروت - لبنان.

رجعى. وأهم العقود التى تنقل الملكية هى البيع والمقايضة والهبة والشركة والقرض، والدخل الدائم والصلح والمرتب مدى الحياة والأصل أن العقد بذاته له القدرة على نقل الملكية فى القانون الحديث دون الحاجة إلى إجراء آخر .

ولكن لكى يمكن انتقال الملكية بالعقد يجب أن يكون محلها معيناً بالذات فإذا كان هذا المحل معيناً بالنوع فقط وجب أن يتم إفرازه حتى يمكن أن تنتقل الملكية وإذا كان العقد ينقل الملكية على هذا النحو فقد استلزمت طبيعة العقارات تعليق انتقال ملكيتها على تسجيل العقد المقصود به انتقالها بحيث إذا لم يتم هذا التسجيل فإن الملكية لا تنتقل سواء فيما بين المتعاقدين أو بالنسبة للغير.

وقد كان العمل فى مصر بالقانون المدنى القديم الذى يأخذ بالقاعدة المعمول بها فى فرنسا فى هذا الوقت ، ومقتضاها " أن الملكية تنتقل بين المتعاقدين بالعقد وحده دون لزوم التسجيل ، أما بالنسبة للغير فلا تنتقل إلا بالتسجيل " وقد كان المقصود بالغير، كل من يدعى اكتساب حق على العقار من الحقوق واجبة الشهر بشرط أن يكون اكتسابه لهذا الحق بعوض، وليس المقصود به كل من كان أجنبياً عن العقد. وقد ظلت هذه القاعدة سارية حتى صدر قانون التسجيل فى ٢٦ يونيو سنة ١٩٢٣، ثم قانون الشهر العقارى فى ١١ أغسطس سنة ١٩٤٦، وقد أخذ كل من هذين القانونين بقاعدة جديدة فجعل الملكية لا تنتقل إلا بالتسجيل سواء فيما بين المتعاقدين أو بالنسبة للغير، وبذلك صار العقد الوارد على حق عقارى غير قادر على نقل الملكية حتى فيما بين المتعاقدين وأصبح من اللازم تسجيل العقد حتى يتم نقل الملكية، غير أن هذا الحكم الجديد لا يسرى على العقود التى تكون ثابتة

التاريخ قبل اول يناير سنة ١٩٢٤ فهذه العقود وفقاً للمادة ٥٤ من قانون تنظيم الشهر العقارى المقابلة للقانون ١٤ من قانون التسجيل تظل خاضعة لنظام القانون المدنى القديم . بمعنى أن هذه العقود تنقل الملكية فيما بين المتعاقدين دون الغير .

- وقد نص القانون الجديد في المادة ٩٣٤ على أنه : في المواد العقارية لا تنتقل الملكية ولا الحقوق العينية الأخرى سواء كان ذلك فيما بين المتعاقدين أم كان في حق الغير إلا إذا روعيت الأحكام المبينة في قانون تنظيم الشهر العقارى .

- ويتضح من قانون الشهر العقارى أن التصرفات والأحكام الواجبة التسجيل تشمل جميع التصرفات التى من شأنها إنشاء الحقوق العينية العقارية الأصلية أو نقلها أو تغييرها أو زوالها مثل التصرفات المنشئة للحقوق العينية العقارية الأصلية ، ومثل التصرفات الناقلة لمثل هذه الحقوق كعقد البيع ، وعقد المقايضة وعقد الهبة والوصية ومثل التصرفات المغيرة لعقد يجعل الملكية قابلة للتصرف فيها مثلاً بعد أن كانت مقترنة بشرط مانع من التصرف ، ونقل التصرفات المزيلة كعقد ينهى حق الإنتفاع في عقار قبل انقضاء مدته أو ينهى حق اتفاق ولو لم تكن له مدة محددة .

ويلحق بهذه التصرفات الأحكام النهائية المثبتة لشيء مما تقدم كالحكم الذى يصدر بثبوت الشفعة، وكحكم مرسى المزاد.

- ويترتب على عدم تسجيل التصرفات والأحكام المشار إليها أن الحقوق التى تناولها لا تنشأ ولا تنتقل ولا تنفذ ولا تزول لا بين ذوى الشأن ولا بالنسبة لغيرهم، كما جاء في المادة (٩) من قانون الشهر العقارى.

✻ مجلة الشريعة والقانون ✻ العدد الرابع والعشرون المجلد الثاني (٢٠٠٩ - ١٤٣٠) ✻ (١٨١٧)

كذلك فإن التصرفات والأحكام النهائية المقررة لحق من الحقوق
العينية الأصلية، لعقد القسمة وعقد الصلح والإقرار للغير بملكية
العقار الخ، تكون منتجة لآثارها فيما بين أطرافها. مادة (١٠) من
قانون الشهر العقاري .

المبحث الثاني

الآثار المترتبة على التسجيل العقاري بالنسبة للغير في الفقة والقانون^(١)
أولاً : في الفقه :

إن مبدأ عدم انتقال الملك بالنسبة للمال العقاري بالنسبة للغير من الأمور التي سكت عنها الشارع وتركها خاضعة لما يراها أهل الحل والعقد على مر الأزمنة وليس فيما اطلعت عليه من نصوص من الكتاب والسنة ، ولا فيما أجمع عليه علماء الأمة ما يخالف هذا المبدأ ، بل إن بعضاً من أقوال الفقهاء يؤيد هذا المبدأ.

ومن المعروف أن الفقة الإسلامي قد اشتمل على جميع القواعد والأحكام في جميع فروع القانون المختلفة، وأن هذه القواعد حكمت جميع العلاقات سواء منها الدولية أو المحلية على مستوى الأفراد أو الجماعات لقرون طويلة، لكن بالرغم من ذلك فقد قرر الفقهاء المعاصرين أن الفقهاء قرروا وسائل لشهر التصرفات العقارية فهو ينقل عن الأحناف أنهم نصوا على أن مكتسب المال بمقتضى عقد فاسد يمكنه أن يتصرف في هذا المال لصالح الغير، ولا يمكن للمالك الحقيقي أن يسترده من المتصرف إليه ، فالتصرف الثاني الذي يعقده المكتسب يطهر عقده من العيب اللاحق به ، ويجعل تصرفه صحيحاً ، ومن ثم يترتب على التسجيل العقاري بالنسبة للغير، أن مكتسب المال أن يتصرف عن الغير في هذا المال ، كما لا يمكن للمالك الحقيقي استرداده من المتصرف إليه ، وكذلك يجوز للشخص أن ينقل

١ يراجع - " نظام السجل العيني وإدخاله الإقليم المصري ص ١٦٤ ، الوسيط في النظرية العامة للالتزامات للدكتور حمدي عبد الرحمن ص ٩٤ ، ط : - دار النهضة - القاهرة ١٩٩٩ الأولى نظام الملكية أ . د . مصطفى محمد الجمال ص ٣٨٩ - ٣٩٥ .

لغيره حقوقاً أكثر مما يملك سعيًا وراء فكرة الثقة العامة التي لم ينشأ نظام السجل العيني إلا لتحقيقها - وهذا بالنسبة للفقهاء .

ثانياً : بالنسبة للقانون :

تبين مما تقدم أن المواد العقارية والحقوق العينية الأخرى لا تنقل الملكية سواء كان ذلك فيما بين المتعاقدين أم كانت حق الغير إلا إذا روعيت الأحكام المبينة في قانون تنظيم الشهر العقاري، وتقدم أيضاً أن جميع التصرفات التي من شأنها إنشاء الحقوق العينية العقارية الأصلية ، والعقود المنشئة لحق انتفاع أو استعمال، والتصرفات الناقلة، والمزيلة، والمغيرة، والأحكام النهائية المثبتة، يترتب على عدم تسجيلها أن الحقوق التي تتناولها لا تنشأ ولا تنتقل ولا تنفذ ولا تزول لا بين ذوى الشأن ولا بالنسبة إلى غيرهم مادة (٩) من قانون الشهر العقاري، وكذلك جميع التصرفات والأحكام النهائية المقررة لحق من الحقوق العينية الأصلية ، يترتب على عدم تسجيلها أن الحقوق التي تتناولها لا تكون حجة على الغير مادة (١٠) من قانون الشهر العقاري.

فإذا تعلق الأمر بقسمة رضائية فإن هذه القسمة لا يحتج بها على الغير إذا الغير في هذا المقام هو كل من تلقى حقاً عينياً على العقار وهو لا يزال شائعاً وقام بشهر عقده.

والله أعلى وأعلم ،،

خاتمة البحث

ختاماً لهذا البحث أتوجه إلى الله العليّ القدير بالشكر وحده على عظيم نعمته، وكبير منته، وأحمده أن وفقني لإتمام هذا البحث ، الذي أحسبه جهداً متواضعاً وعملاً قليلاً إذا ما أضيف إلى قائمة الجهود التي بذلها العلماء المجتهدون والباحثون المشتغلون بالشريعة وفقهها العريق.

وقبل أنه أذكر في ختام هذا البحث أهم النتائج التي توصلت ، إليها والتوصيات التي أنتوى الإشارة إلى أهمها ، ينبغي أن أشير إلى أمرين هامين.

أولهما: إنني لا أدعي أن ما توصلت إليه في أمر التسجيل العقاري هو نهاية المطاف وأن ملف البحث في هذا الموضوع قد وصل إلى الكلمة الأخيرة، ذلك أن العلم كله حقائق إضافية يضاف بعضها إلى بعض ، ولعله أن يأتي من بعدي من هو أقدر مني على فهم الموضوع وقواعده وأصوله وأنظمته وأسسها، فيضيف إليه جديداً ، وإنني لأشد الناس به سعادة، وأكثرهم به اغتباطاً، فالعلم لا يعرف الكلمة الأخيرة وصدق الله العظيم إذ يقول " وما أوتيتم من العلم إلا قليلاً"^(١).

وثانيهما: إن كل ما توصلت إليه من نتائج وتأصيلات فقهية للموضوع إنما هو نتاج جهد وفكر ، ولا يجبر على فكر ، ولا يصادر اجتهاد، إذ كل ما توصلت إليه إنما هي مسائل تقبل الرأي والرأي الآخر، فمن وافقني من القراء والباحثين فيما توصلت إليه فليسأل الله لي المزيد من التوفيق والعون على البحث فيما يستجد من وقائع وأحداث تشغل بال الأمة

(١) سورة الإسراء من آية (٨٥).

الإسلامية ، ومن خالفني في فكر أو رأي فليسد إلى نصيحتة^(١) ولا يبخل بها علي، فإنما العلم رحم بين أهله .. وتواصل الأفكار وتلاقح الأفهام سبب قوي لإثراء الفقه الإسلامي وعقول الباحثين فيه، وإنى لأشد الناس سعادة بكل ما يصلني من نقد أو تعقيب أو تعليق على أي مسألة أو تأصيل توصلت إليه أو فكرة قد انتهت إليها.

وقبل أن ألقى القلم منتهياً من هذا البحث أسجل أهم النتائج والتوصيات التي أنتهت إليها.

أولاً: نتائج البحث:

١ - فكرة التسجيل العقاري ليست فكرة مسحدثة كما قد يتبادر إلى بعض الأذهان، بل هي فكرة قديمة تمتد عروقها في بطون التاريخ، فقد حظيت باهتمام القوانين القديمة، سواء في ظل بلاد ما بين النهرين أم في مصر القديمة في العهود الفرعونية، أم في ظل القانون الروماني، وقد أخذت هذه الفكرة صوراً وإشكالات متعددة لإظهار هذا التصرف العقاري تختلف من نظام إلى آخر تبعاً لاختلاف الأزمان والأمكنة، وكانت هذه الصور والأشكال في تلك الأزمنة شرطاً في تكوين عقد البيع ووجوده، فلا يكون له تمام إلا به، حتى جاءت الشريعة الإسلامية ، فحررت المعاملات المدنية والتجارية عموماً من كل الشكليات والإجراءات التي تعوق حركتها، وقررت الرضائيه في العقود بوجه عام وفي عقد البيع بوجه خاص، وجعلت من عقد البيع

(١) الحديث تميم الداري قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم (الدين النصيحة لمن يا رسول الله ؟ قال لله ولكتابه ولرسوله ولائمة المسلمين وعامتهم) الحديث أخرجه مسلم في صحيحه الحديث رقم ١٢٦٥ ج ١ ص ٧٥ . وأنا واحد من عامة المسلمين فوجب إسداء النصح إلي من كل من يراه من العامة والخاصة.

عقدًا ناقلًا للملكية بمجرد انعقاده، وفي الوقت ذاته فإن الشريعة دعت إلى توثيق التصرفات العقارية بتسجيلها بالكتابة أو توثيق بعضها بالرهن أو بالإشهاد، وجعلته أمراً مستحسناً، بل وقد يرتقي به الأمر إلى الوجوب عند الحاجة إليه.

٢- إن نظم التوثيق والتسجيل العقاري بوجه عام ليست غريبة على الشريعة الإسلامية، ولا فقها العريق وليست مقتبسة فيها من نظم أخرى، بل هي نظام قائم بذاته، والعمل بهذه النظم منبثق من كتاب الله ﷺ في قوله تعالى " يا أيها الذين آمنوا إذا تداينتم بدين إلى أجل مسمى فاكتبوه"^(١).

٣- وإن ما انتهت إليه النظم الحديثة ما هو إلا أثراً وتطوراً لما جاءت به آية المدائنة، وندبت إليه، وما نظام التسجيل والتوثيق المعمول به في المملكة إلا امتداداً لهذا التطور وقريب الشبه من نظام المحاضر والسجلات المعمول به في العصور الإسلامية السابقة، بل هو اقتباس منه، مع ملاحظة تلك التطورات التي طرأت نتيجة لتقدم العصور.

٤- إن الشريعة الإسلامية جاءت معللة بمصالح العباد في الأحوال والمعاش، وإن أصولها تقتضي وجوب الاستجابة للمتغيرات، لذلك فإن الأخذ بالقواعد الحديثة والمعاصرة التي تحكم التوثيق والتسجيل العقاري أمر تدعو للاستجابة له أصول الشريعة ومبادئها، ويستوي في نظرنا أن تكون هذه القواعد مستنبطة من الفقه الإسلامي أو مستوحاة من النظم القانونية الأخرى، ما دامت لا تتعارض مع المبادئ العامة للدين الإسلامي وقواعده الثابتة.

(١) سورة البقرة، من آية (٢٨٢).

٥- إن توثيق وتسجيل التصرفات العقارية في سجلات مخصوصة بغرض شهرها وإعلان الغير بكافة الحقوق الواردة على العقار موضوع تلك التصرفات، جاء الاهتمام به في الدولة الإسلامية في وقت مبكر، حيث قامت دولة الخلافة العثمانية في عام ٩٥٥هـ بمسح شامل لأراضي الدولة الإسلامية ، ورصد حدود هذه الأرض وأصحاب الأملاك عليها، بهدف الوصول للعديد من الأغراض الإدارية والمالية والتي حققت في عهود قريية ميزة الشهر وفق إجراءات محددة تحفظ حقوقه الخاصة والعامة.

٦- بالنسبة لمشروعية التسجيل العقاري، فقد عرضت لأراء الفقهاء في هذه المسألة ، وانتهيت إلى ترجيح القول بالنسبة إلى تسجيل العقار وهو رأي الجمهور وذلك لأن الترجيح ينبغي أن يكون وفق الأصول والقواعد المتعارف عليها في الترجيح ، وإن كنت قد ذهبت حسب رأيي الشخصي إلى أن القول بوجود التسجيل العقاري وهو ما ذهب إليه جماعة من العلماء هو الذي يتماشى مع ضرورة هذا العصر الذي نعيش فيه وقد أوردت هنالك الأدلة من الكتاب والسنة وبعض النقول عن الفقهاء فلنتراجع هنالك في موضوعها منعاً للتكرار .

٧- بالنسبة لنظام اشتراط التسجيل العقاري لنقل الملك في الفقه الإسلامي فقد أخضعتة لعدة مبادئ وقواعد فقهية وقد رأيت كذلك أن الأصوليين وضعوا قواعد أصولية يندرج تحتها نظام التسجيل العقاري فهو يندرج تحت الضروريات متى كان الإنسان محتاجاً إلى سكن يأويه، يوارى عورته ويلم شعته، ويندرج تحت الحاجيات متى كان ذلك في إطار المحافظة على المال، ويندرج تحت التحسينات

(الكماليات) متى كان ذلك في إطار تحريم الغش والخداع والمخاطرة بالمال... وهكذا، وأما المصالح المعتبرة فهي باب كبير يتسع لتأصيل هذا النظام عند الأصوليين خاصة الحنابلة ومن وافقهم من الأصوليين.

ومن القواعد الفقهية رأينا أن القاعدة الفقهية القائلة " لا ينكر تغير الأحكام يتغير الأزمان " وكذا قاعدة " تصرف الإمام على الرعية منوط بالمصلحة وغيرها من القواعد تتسع لاحتواء نظام التسجيل العقاري.

٨- وأما عن حكم تقييد وإرجاء بعض ما للتصرفات والعقود من آثار ، فقد رأينا أن كثيراً من النصوص من كتاب أو سنة يتسع لاحتوائها وأن قريحة رجال الفقه الإسلامي قد أسعفتهم عندما قرروا في الفقه الإسلامي أحكاماً تتسع لاحتواء هذه القاعدة مثل قاعدة الشروط التي اشتهر الحنابلة بها انطلاقاً من الحديث الشريف " المسلمون عند شروطهم " وحديث " لا ضرر ولا ضرار " وغيرهما.

٩- وأما القواعد الفقهية التي يندرج تحتها مبدأ إرجاء بعض آثار العقود والتصرفات فقد رأينا أن قاعدة " لا ضرر ولا ضرار " وقاعدة " المشقة تجلب التيسير " وقاعدة " درء المفسد مقدم على جلب المصالح " وقاعدة " الحاجة تنزل منزلة الضرورة " وغيرها يندرج تحتها المبدأ سالف الذكر.

١٠- وأما قاعدة " المشقة تجلب التيسير " وقاعدة " درء المفسد مقدم على جلب المصالح " وقاعدة الشروط " المسلمون عند شروطهم " فهي

تتسع لاحتواء مبدأ إرجاء بعض ما للتصرفات والعقود من آثار وغيره من مبادئ التسجيل العقاري .

١١- ومن حيث اشتراط الشكلية في العقود رأينا أن الفقه الإسلامي لا يشترط هذه الشكلية من حيث الأصل اللهم إلا في بعض العقود الخطيرة مثل عقد الزواج ويمكن أن يقاس عليها أمر تسجيل العقار من حيث أنه الزواج يتعلق بالعرض، والتسجيل يتعلق بالمال وكلاهما من الكليات الخمس.

١٢- وقد ظهر لي واضحاً أن اشتراط التسجيل لنقل الملكية يعد من المصالح التي يفوض النظر فيها للإمام وأوردنا تطبيقات متعددة عليها.

توصيات البحث

أولاً: ضرورة استعجال الأخذ بالسجل العيني ووضعه موضع التنفيذ ذلك أن القواعد التي يقوم عليها نظام التوثيق الحالي، إنما تصلح للتطبيق في زمن تسود فيه الأمانة ، وتنتشر فيه محاسن الأخلاق ، وأما في هذا الزمن الذي ساءت فيه الأخلاق وخرجت فيه الذم وكثرت فيه المنازعات وازدادت فيه قيمة الثروة العقارية، فإنه يلزم له تطبيق قواعد التسجيل العيني لضمان ثبات الحقوق واستقرارها.

ثانياً: أرى أن تطبيق نظام التسجيل العيني سهل وميسور، لأن الملكية العقارية ليست مركبة أو معقدة ، ومازالت بكراً وخاماً بوجه عام ، لم يجر فيها أي عمل من أعمال المسح والتحديد وتثبيت الحقوق على الوجه الذي فعلته الدولة العثمانية هذا من ناحية، ومن ناحية أخرى فإن تقدم الأساليب الفنية التي تتطلبها أعمال التحرير بالنسبة للمملكة فهي جهود ضئيلة بالنسبة إلى تلك الجهود التي كلفت الدولة العثمانية زمناً طويلاً.

ثالثاً : لا تعارض بين مبدأ اشتراط التسجيل وبين القواعد الفقهية الشرعية، بل هو يتسق مع الإطار العام الذي تسير عليه الأصول الشرعية وتتسع لاحتوائه.

ثبت المراجع

وفيما يلي ثبت بأهم المراجع التي رجعت إليها خلال كتابتي لهذا

البحث (١).

أولاً: القرآن الكريم

ثانياً: كتب التفسير

- الألوسي ، شهاب الدين السيد محمود ، روح المعاني في تفسير القرآن الكريم والسبع المثاني ط ١ ، دار الطباعة المنيرية - القاهرة.
- البغوي، الحسين بن مسعود الفراء ، معالم التنزيل ط. دار المعرفة بيروت سنة ١٤٠٧هـ/١٩٨٧م ١٩٣٦م ، ط: ٢ .
- الجصاص، أبو بكر أحمد بن علي الرزاي، أحكام القرآن الكريم، نشر دار الفكر بيروت سنة ١٤١٤ هـ / ١١٩٩٣م.
- ابن الجوزي، عبد الرحمن بن علي بن محمد ، زاد المسير في علم التفسير.
- الرازي، محمد بن عمر بن الحسين التيمي، مفاتيح الغيب ، أو التفسير الكبير، نشر دار الغد العربي، القاهرة ، نشر دار الفكر - بيروت.
- الشافعي ، محمد بن إدريس صاحب المذهب ، أحكام القرآن ، نشر: دار الكتب العلمية بيروت سنة ١٤١٢هـ سنة ١٩٩٢م بتحقيق الشيخ عبد الغني عبد الخالق.
- الطبري ، محمد بن جرير ، جامع البيان عن تأويل أي القرآن ، نشر: دار القار بيروت سنة ١٤٠٥هـ.

(١) ملاحظة أشرت إلى المؤلفين بألقابهم ، أولاً ثم أوردت الاسم بعد اللقب، ثم ذكرت الكتاب بعد المؤلف، لأن الكتاب يعرف بمؤلفه ، والعكس ليس صحيحاً، مع العلم أن إيراد المراجع إنما هو حسب ورودها في البحث.

- ابن العربي، محمد بن عبد الله المعروف بابن العربي، أحكام القرآن، ط: دار الكتب العلمية بيروت، ط أولى، بدون تاريخ.

ثالثاً: كتب السنة والآثار والتخريج:

- ابن الجوزي: عبد الرحمن بن محمد بن علي أبو الفرج - التحقيق في أحاديث الخلاف □ طبعة دار الشروق المصرية سنة ١٩٩٤م ط أولى.

- الحاكم، أبو عبد الله - المستدرک علی الصحیحین، ط دار الحديث بتحقيق شعيب الأرنؤوط.

- ابن حنبل، أحمد بن محمد الشيباني، المسند، ط دار الحديث، بتحقيق حمزة أحمد الزين، ط دار صادر للنشر والطباعة - بيروت.

- البستي، محمد بن حبان أبو حاتم، الثقات، نشر دار الفكر ط أولى سنة ١٣٩٥/١٩٧٥م.

- البخاري، محمد بن إسماعيل بن إبراهيم، صحيح أبي عبد الله البخاري ط دار ابن كثير اليمامة بتحقيق مصطفى ديب البغا.

- البيهقي، أحمد بن الحسن بن علي بن مسعود، سنن البيهقي، ط مكتبة دار الباز، مكة المكرمة سنة ١٤١٤هـ/١٩٩١م.

رابعاً: كتب الفقه:

أولاً: الفقه الحنفي

- ابن عابدين: محمد أمين الشهير بـ (ابن عابدين) رد المختار على الدر المختار، المعروف بحاشية ابن عابدين ط دار الكتب العلمية، بيروت.

- حيدر: علي حيدر، درر الحکام شرح مجلة الأحكام، نشر دار الكتب العلمية، بيروت، نشر دار الحيل، بيروت.

❖ مجلة الشريعة والقانون ❖ العدد الرابع والعشرون المجلد الثاني (٢٠٠٩ - ١٤٣٠) ❖ (١٨٢٩)

- رستم ، سليم ، شرح مجلة الأحكام العدلية ، نشر دار إحياء التراث العربي ، بيروت سنة ١٤٠٦ هـ / ١٩٨٦ م.

- ابن نجيم ، زين العابدين بن إبراهيم، الأشباه والنظائر على مذهب أبي حنيفة النعمان، مطبوع مع غمز عيون البصائر للحموى ط دار الكتب العلمية، بيروت ط أولى سنة ١٤٠٥ / ١٩٨٥ م.

- دامادا افندي، عبد الرحمن بن محمد شيخى زادة، مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر ، ط إحياء التراث العربي بيروت.

- البابرتي، أحمد بن محمود البابرتي، العناية شرح الهداية مطبوع مع شرح فتح القدير ط دار الفكر ، بيروت.

- الزيلعي، عثمان بن علي الزيلعي، تبين الحقائق شرح كنز الدقائق ط دار الكتاب الإسلامي ط ثانية ، بدون تاريخ.

- السرخسي □ أبو بكر محمد بن أحمد بين سهل ، المبسوط، نشر دار المعرفة ، بيروت سنة ١٤٠٩ هـ / ١٩٨٩ م.

ثانياً: الفقه المالكي:

- الخرشبي، محمد بن عبد الله ، شرح الخرشبي، على مختصر سيدي خليل نشر دار الفكر ، بيروت.

- الدسوقي ، محمد بن أحمد بن عرفة ، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير لسيدي أحمد الدردير نشر دار الكتبة العلمية.

- الباجي، أبو السيد سليمان بن خلف - المتقى بشرح الموطأ ، ط دار الكتاب الإسلامي ط ثانية ، القاهرة.

- الخطاب، أبو عبد الله محمد بن عبد الله المغربي، مواهب الجليل شرح مختصر خليل، نشر دار الفكر بيروت، ط ثالثة سنة ١٣٩٨هـ، بتحقيق وتعليق الشيخ محمد عليش.

- الزرقاني، سيدي عبد الباقي، شرح الزرقاني على مختصر أبي الضياء سيدي خليل، ط دار الفكر، بيروت سنة ١٣٩٨هـ/١٩٧٨م.

ثالثاً: الفقه الشافعي:

- ابن أبي الدم: إبراهيم بن عبد الله، آداب القضاء، نشر دار الفكر دمشق، ط ثانية بتحقيق محمد الزحيلي.

- الخطيب، محمد ابن أحمد الشربيني، معنى المحتاج إلى معرفة الفاظ المنهاج، نشر دار الفكر، بيروت.

- الأنصاري، زكريا بن محمد بن أحمد، أسنى المطالب شرح روضة الطالب نشر دار الكتاب الإسلامي.

- الجمل، سليمان بن عمر بن منصور العجيلي الأزهرى، فتوحات الوهاب بتوضيح شرح منهج الطلاب، نشر دار الفكر، بيروت.

- الشافعي، الإمام محمد بن إدريس صاحب المذهب، الأم برواية الربيع المرادي، نشر دار المعرفة، بيروت.

- العبادي - أحمد بن قاسم، حاشية ابن قاسم العبادي على تحفة المحتاج لابن حجر الهيثمي، ط دار إحياء الكتب العربية - القاهرة.

- النووي، يحيى بن زكريا السابق، المجموع شرح المهذب ط المطبعة المنيرية، القاهرة بدون تاريخ.

رابعاً: الفقه الحنبلي:

- الرحيباني ، مصطفى بن سعيد بن عبده ، مطالب أولى النهى بشرح غاية المنتهى
نشر دار الكتاب الإسلامي.

- البهوتي ، منصور بن يونس، شرح منتهى الإرادات نشر دار الكتب العلمية ،
وله أيضاً كشف القناع عن متن الإقناع ، نشر دار الكتب العلمية.

- ابن تيمية ، شبح الإسلام أبي العباس تقي الدين أحمد بن عبد الحلیم ، الفتاوي
الكبرى ، نشر دار الكتب العلمية ، بيروت ط أولى سنة ١٤٠٨هـ / ١٩٨٧م.

- ابن قدامة ، موفق الدين أبي محمد بن عبد الله بن أحمد بن محمود بن قدامة ،
المغني ، على مختصر الخرقى ط دار الكتاب العربي بيروت سنة ١٤٠٣هـ -

١٨٣م.

- ابن القيم ، شمس الدين ، الطرق الحكمية في السياسة الشرعية ، ط مكتبة دار
البيان ، بلا معلومات أخرى.

- المرادوي ، علاء الدين أبي الحسن علي بن سليمان ، الإنصاف في معرفة الراجح
من الخلاف ، ط دار إحياء التراث العربي، بيروت.

خامساً: الفقه الظاهري:

٨٣- ابن حزم ، أبو محمد علي بن سعيد ، المحلى بالآثار ، ط دار
الكتب العلمية، بيروت.

سادساً: كتب الفقه الشيعي:

(أ) الشيعة الإمامية

- المحقق الحلبي، جعفر بن حسن الهذلي، شرائع الإسلام في مسائل الحلال
والحرام ط مؤسسة مطبوعاتي اسماعيليان ط ثانية سنة ١٤٠٨ ، نشر دار

الأضواء ، بيروت سنة ١٤٠٣هـ / ١٩٨٣م.

(١٨٣٢)

التسجيل العقاري كشرط لنقل الملكية وأثره فيما بين المتعاقدين والغير

- **الجبعي العاملي**، زين الدين بن علي ، الروضة البهية شرح اللمعة الدمشقية نشر دار إحياء التراث العربي ، بيروت سنة ١٤١٢هـ/ ١٩٩٢م ط ثانية.

- **الحسيني العاملي** ، محمد بن الجواد بن محمد ، مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة، ط مطبعة الفيحاء دمشق ، سنة ١٣٣١هـ.

(ب) الشيعة الزيدية:

- **القاضي العنسي**، أحمد بن قاسم ، التاج المذهب لأحكام المذهب ط مكتبة اليمن الكبرى بدون تاريخ و ط دار إحياء الكتب العربية ، مصر.

- **الشوكاني** ، محمد بن علي ، السيل الجرار ، ط المجلس الأعلى للشئون الإسلامية ، مصر.

- **المرتضى**، أحمد بن يحيى ، البحر الزخار نشر دار الكتاب الإسلامي.

كتب الفقه الإباضي:

- **أطفيش**، محمد بن يوسف ، كتاب شرح النيل وشفاء العليل، نشر مكتبة الإرشاد جدة.

- **الثميني** ، ضياء الدين ، متن النيل، مطبوع مع كتاب شرح النيل نفس الطبعة السابقة.

خامساً: كتب أصول الفقه وقواعده

- **البخاري**: عبد العزيز بن أحمد البخاري - كشف الأسرار على أصول البزدوى نشر دار الكتاب الإسلامي بيروت بدون تاريخ.

- **ابن أمير الحاج** ، محمد بن محمد ، التقرير والتحبير في شرح التحرير ط: دار الكتب العلمية ، بيروت ط ثانية سنة ١٤٠٣/ ١٩٨٣م.

- **الفتازاني**، مسعود بن عمر ، شرح التلويح على التوضيح لمتن التنقيح ، ط مكتبة محمد علي صبيح - مصر.

❖ مجلة الشريعة والقانون ❖ العدد الرابع والعشرون المجلد الثاني (٢٠٠٩ - ١٤٣٠) ❖ (١٨٣٣)

- الحموى، أحمد بن محمد، غمز عيون البصائر، مطبوع مع أشباه ابن نجيم
ط: دار الكتب العلمية، القاهرة.

- الزركشي، محمد بن بهادر، البحر المحيط، نشر دار الكتب، مصر، ط أولى
سنة ١٤١٤هـ/ ١٩٩٤م.

- السيوطي، جلال الدين بن عبد الرحمن، الأشباه والنظائر سنة ١٤٠٣هـ،
ط دار الكتب العلمية، بيروت ط أولى سنة ١٤٠٣هـ.

- ابن القيم، محمد بن أبي بكر، إعلام الموقعين عن رب العالمين ط دار
الكتب الحديثة سنة ١٣٩٨هـ.

- ابن عباس، علي الحنبلي، القواعد والفوائد الأصولية ط مطبعة السنة
المحمدية، القاهرة سنة ١٣٧٥هـ/ ١٩٥٦م.

- ابن نجيم، إبراهيم بن نجيم الأشباه والنظائر مطبوع مع غمز عيون البصائر،
ط دار الكتب العلمية، بيروت.

- عزام، د/ عبد العزيز محمد عزام، القواعد الفقهية ط مكتب الرسالة سنة
١٩٩٨ م عين شمس - القاهرة.

- الزرقا، مصطفى أحمد، القواعد الفقهية، نشر دار الكتاب الإسلامي سنة
١٩٨٤م.

سادساً: كتب اللغة والمعاجم والتاريخ والتراجم:

- الطائي: محمد بن عبد الله بن مالك الطائي، إكمال الإعلام بثليات الكلام
ط جامعة أم القرى، مكة المكرمة، ط أولى سنة ١٤٠٤/ ١٩٨٤م ط أولى
بتحقيق سعد الغامدي.

التسجيل العقاري كشرط لنقل الملكية وأثره فيما بين المتعاقدين والغير (١٨٣٤)

- ابن فارس : أبو الحسن أحمد، معجم مقاييس اللغة ، نشر دار الحيل ، بيروت.
- مجموعة من أعضاء مجمع اللغة الغربية بالقاهرة ، المعجم الوسيط ، نشر دار الدعوة.
- الزخشري ، محمود بن عمر ، الفائق، ط دار الكتب العلمية.
- ابن منظور ، أبو الفضل جمال الدين محمد ، لسان العرب نشر دار صادر ، بيروت.
- مكرم ، عبد الواحد، معجم مصطلحات الشريعة والقانون ، مكتبة دار الثقافة والنشر.
- المطرزي، ناصر بن عبد السيد أبو المكارم، المغرب في ترتيب المعرب نشر دار الكتاب العربي.
- المعلوف ، لويس المعلوف اليسوعي، المنجد، ط ١٩٠٨ م.
- الهروي ، أبو منصور محمد بن أحمد الأزهرى، الزاهر ط وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية ، الكويت ط أولى سنة ١٣٩٩ هـ.
- الأتابكي، جمال الدين يوسف بن تغبردى، النجوم الزاهرة في ملوك مصر القاهرة، نشر المؤسسة المصرية العامة لتأليف والترجمة.
- ابن الأثير ، محمد بن الجزرى، أسد الغابة من معرفة الصحابة ط دار الشعب بتحقيق محمد إبراهيم البنا.
- الأصبهاني ، أحمد بن عبد الله ، حلية الأولياء ، ط دار الكتاب العربي ، بيروت ط رابعة سنة ١٤١٥ هـ.

❖ مجلة الشريعة والقانون ❖ العدد الرابع والعشرون المجلد الثاني (٢٠٠٩ - ١٤٣٠) ❖ (١٨٣٥)

- الذهبي، محمد بن أحمد بن قايماز، سير أعلام النبلاء ط مؤسسة الرسالة، بيروت ط ٩ سنة ١٤٠٣هـ.

- الزركلي، خير الدين، الأعلام ط ثانية سنة ١٣٧٤هـ القاهرة - و ط دار العلم للملايين ط ٩ نوفمبر سنة ١٣٩٥م.

سابعاً: كتب القانون :

- الجراح : شفيق ، دراسات في تاريخ الحقوق والمؤسسات الحقوقية في بابل ، نشر دار الفكر ، دمشق ط ١٩٧٢م.

- شحاته : شفيق ، نظرية الالتزامات في القانون الروماني ط المطبعة العالمية، القاهرة سنة ١٩٦٣م.. بدر ، محمد عبد المنعم ، القانون الروماني ط سنة ١٩٤٩م بلا معلومات أخرى.

- البدر اوي، عبد المنعم ، القانون الروماني بالاشتراك مع محمد عبد المنعم ط سنة ١٩٤٩م.

- السقا: ، محمود ، معالم في تاريخ القانون المصري الفرعوني ، ط أولى ط ، مطبعة القاهرة الحديثة عام ١٩٧٠م.

- السنهوري، عبد الرازق أحمد ، الوسيط في شرح القانون المدني نشر دار إحياء التراث العربي.

- حيدر ، شاكرا ناصر ، أحكام الأراضي والأموال غير المنقولة ط مطبعة المعارف ، بغداد سنة ١٣٦٣هـ.

- عبد الجواد، محمد ، ملكية الأراضي في ليبيا مطبوعات جامعة القاهرة - فرع الخرطوم سنة ١٣٩٤هـ.

- عبد الحكيم ، عبد المجيد، دراسة في قانون التسجيل العراقي مع المقارنة بقوانين البلاد العربية التي تتبع نظام التسجيل العقاري، معهد البحوث والدراسات العربية ، القاهرة سنة ١٩٧٣هـ.
- الزحيلي، محمود مصطفى ، وسائل الإثبات ، نشر دار البيان ط أولى - دمشق.
- عمران، محمد على الوسيط في دراسة الأنظمة ط ثانية بدون تاريخ.
- زكي ، محمود جمال الدين ، دروس في مقدمة الدراسات القانونية ١٩٦٥م.
- الحفناوي، عبد المجيد، أصول التشريع في المملكة العربية السعودية.
- الهلالي، أحمد نجيب، شرح القانون المدني ط ثالثة ، مطبعة الفجالة ، القاهرة سنة ١٩٥٤م.
- غانم إسماعيل ، - الوجيز في عقد البيع المطبعة العالمية ، القاهرة.
- سلطان، أنور ، شرح عقد البيع والمقايضة مطبعة دار نشر الثقافة الإسلامية، الإسكندرية سنة ١٩٠٢هـ.
- عبد التواب، معوض - السجل العيني علما وعملا، نشر دار الفار العربي القاهرة عام ١٩٨٩م.
- السقا ، محمود معالم تاريخ القانون المصري ط ١ القاهرة الحديثة عام ١٩٧١م.
- الجارحي ، مصطفى عبد السيد ، أحكام الظاهر في السجل العيني المصري، دار النهضة العربية ، القاهرة ط سنة ١٩٨٨م.
- مجيد ، مصطفى ، شرح قانون لتسجيل العقاري مطبعة المعارف بغداد عام ١٩٧٨م.

ثامناً: الدوريات والمجلات العلمية والموسوعات :

- الكويت ، موسوعة الفقه الإسلامي ، نشر وزارة الأوقاف الكويتية.
- توحيد مصطلحات الشهر العقاري في البلاد العربية مطبوعات المنظمة العربية للثقافة والعلوم ، جامعة الدولة العربية ط عام ١٩٧٣ م.
- مجموعة أحكام النقص المدني المصرية ، المكتب الفني محكمة النقص المصرية.
- حسنى □ عبد المنعم ، المدونة الذهبية.
- الأوقاف ، موسوعة المفاهيم الإسلامية نشر وزارة الأوقاف المصرية، المجلس الأعلى للشئون الإسلامية.
- الأوقاف، موسوعة جمال عبد الناصر الفقهية نشر وزارة الأوقاف المصرية ، المجلس الأعلى للشئون الإسلامية.
- خلف ، أحمد ، مجموعة أحكام النقص المدني في خمسة وخمسين عاماً.
- العمروسي ، أنور، تعليق على نصوص القانون المدني بأحكام محكمة النقص المصرية.

تاسعاً: الرسائل والأبحاث العلمية المتخصصة:

- الخفيف : على الخفيف، شهر العقار وتسجيله ، بحث منشور ضمن منشورات جامعة الدول العربية وثائق ونصوص ١٠ لسنة ١٩٧٣ م.
- الخفيف - السابق - الملكية في الشريعة الإسلامية ، نشر : دار الفكر العربي ، القاهرة .
- سعيد ، الهادي ، النظام التونسي في التسجيل العقاري بحث منشور ضمن منشورات جامعة الدول العربية وثائق ونصوص ١٠ لسنة ١٩٧٣ م.

- العنابي ، محمود ، نظام الشهر العيني العقاري ، منشور ضمن منشورات جامعة الدول العربية ، وثائق ونصوص ١٠ عام ١٩٨٣ م.
- مصطفى ، حامد ، نظام التسجيل العقاري في المملكة العربية السعودية ، بحث منشور ضمن منشورات جامعة الدول العربية وثائق ونصوص - ١٠ - لسنة ١٩٦٣ م.
- فرج ، توفيق حسن ، المدخل للعلوم القانونية ط ١٩٧٠ م.
- حيدر ، مراد محمود □ حق العلو والسفل بين الفقه الإسلامي والقانون المدني ، رسالة ماجستير من كلية الشريعة الإسلامية بالقاهرة سنة ١٩٩٨ م.
- حيدر، مراد محمود ، ملكية الطوابق والشقق ، بحث منشور ضمن سلسلة قضايا فقهية معاصرة المقرر تدريسه على طلاب كلية الشريعة والقانون بالقاهرة وما يعادها بفروع جامعة الأزهر ، الجزء الثاني - المعاملات.
- الفضلي، أحمد مذكرات في التوثيق محاضرات ألقيت على دبلوم الأحوال الشخصية بكلية الشريعة والقانون بالقاهرة - بدون تاريخ.
- أبو زهرة ، محمد ، الملكية ونظرية العقد، نشر دار الفكر العربي - القاهرة سنة ١٩٧٧ م.
- وجيه ، منصور محمود، نظام السجل العيني وإدخاله في الإقليم المصري رسالة دكتوراه من جامعة القاهرة سنة ١٩٦١ م.
- أبو النجا □ إبراهيم عبد الموجود ، السجل العيني في التشريع المصري، رسالة دكتوراه من جامعة الإسكندرية سنة ١٩٧٨ م.

مجلة الشريعة والقانون العدد الرابع والعشرون المجلد الثاني (٢٠٠٩ - ١٤٣٠) (١٨٣٩)

- محمد، أبو النجا إبراهيم ، السجل العيني في التشريع المصري، مطابع جريدة سفير - الإسكندرية عام ١٩٧٨ م.

- حيدر ، مراد محمود ، التكييف الشرعي والقانوني للمسئولية عن أضرار الجوار غير المألوفة ، رسالة دكتوراه من كلية الشريعة عام ٢٠٠٣ م.

- يوسف ، والمرصفي ، محمد عبد العزيز يوسف ، وكمال الدين المصرفي، بحث في تشريعات البلاد العربية التي تبع نظام الشهر الشخصي بحث منشور ضمن منشورات جامعة الدول العربية - ١٠ - سنة ١٩٧٢ م.

- جوار :تبسيط تسجيل العقارات، بحث منشور ضمن سلسلة تبسيط القوانين والتشريعات والإجراءات التي تنظم عمليات التأسيس والنمو والتصفية للمنشآت الصغيرة والمتوسطة بمصر منشور على شبكة المعلومات الدولية " الإنترنت" مكتبة جوار الالكترونية www.jewar.com.

- قانون كوم، هل يستطيع قانون التسجيل العقاري إنعاش سوق متباطئ مقال منشور على شبكة المعلومات الدولية "الإنترنت" موقع قانون كوم www@comon.com

- الجارحي، مصطفى عبد السيد، أحكام الظاهر في السجل العيني دراسة مقارنة في القانون المصري نشر دار النهضة العربية- القاهرة. ٢١٧-
النعاجي ، سالم خليفة ، عرض خاص لنظام التسجيل العيني في الجمهورية العربية الليبية بحث منشور ضمن منشورات جامعة الدول العربية وثائق ونصوص - ١٠ - لسنة ١٩٧٣ م.

التسجيل العقاري كشرط لنقل الملكية وأثره فيما بين المتعاقدين والغير (١٨٤٠)

- المنجي، محمد، عقد البيع الابتدائي منشور بمجلة العلوم القانونية والاقتصادية التي تصدرها كلية الحقوق جامعة عين شمس - القاهرة سنة ١٩٦٥م.

- سعيد محي الدين ، وغالي ، محمد فؤاد ، المرجع في أحكام التوثيق والشهر العقاري والرسوم المتعلقة به.

فهرس الموضوعات

الصفحة	الموضوع
١٦٧٢	المقدمة
١٦٧٧	المبحث التمهيدي: التطور التاريخي لنظام التسجيل العقاري
١٦٩٤	الفصل الأول: تعريف التسجيل العقاري وحكمه وأدلة مشروعيته
١٦٩٤	المبحث الأول: تعريف التسجيل العقاري
١٧٠١	المبحث الثاني: الحكم الشرعي للتسجيل العقاري
١٧٠٦	المبحث الثالث: أدلة مشروعية التسجيل العقاري
١٧٢٥	الفصل الثاني: إجراءات التسجيل العقاري في الفقه والقانون
١٧٢٨	المبحث الأول: إجراءات التسجيل العقاري في الفقه
١٧٢٨	أولاً: مدي استجابة الفقه الإسلامي لمتطلبات العصر
١٧٤٥	ثانياً: حكم تقييد وإرجاء بعض ما للتصرفات والعقود من آثار
١٧٥١	المطلب الأول: النصوص الشرعية من الكتاب والسنة
١٧٥٥	المطلب الثاني: القواعد الفقهية
١٧٨٦	ثالثاً: حكم اشتراط الشكلية في العقود
١٨٠٠	رابعاً: اشتراط التسجيل لنقل الملكية من المصالح التي يفوض النظر فيها إلى الإمام
١٨١٠	المبحث الثاني: إجراءات التسجيل العقاري في القانون
١٨١٣	الفصل الثالث: الآثار المترتبة على التسجيل العقاري فيما بين المتعاقدين والغير في الفقه والقانون
١٨١٣	المبحث الأول: الآثار المترتبة على التسجيل العقاري فيما بين المتعاقدين في الفقه والقانون
١٨١٨	المبحث الثاني: الآثار المترتبة على التسجيل العقاري بالنسبة للغير في الفقه والقانون
١٨٢٠	خاتمة البحث
١٨٢٧	ثبت المراجع
١٨٤١	فهرس