

**الباب الأول**  
**الأحكام العامة للملكية**  
**في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي**

## الأحكام العامة للملكية في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي

تعبر فكرة الملكية في معناها البسيط المستمد من الواقع الذي عاشه الإنسان منذ بدأ الخليقة عن اختصاص الشخص بشئ من الأشياء اختصاصاً يكفل له السيطرة على منفعه وكيانه<sup>(١)</sup>.

وسوف نتناول في هذا الباب تعريف الملكية، وخصائصها، وأقسامها، وعناصرها، وأسباب كسبها، وطبيعتها في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي وذلك في فصلين متتاليين نتناول في أولهما تعريف الملكية، وأقسامها، وعناصرها، وأسباب كسبها، ثم نتناول في ثانيهما خصائص الملكية وطبيعتها.

### الفصل الأول

#### تعريف الملكية، وأقسامها، وعناصرها، وأسباب كسبها

سوف نقسم هذا الفصل إلى أربعة مباحث نتناول في أولهم تعريف الملكية، ثم نتناول في ثانيهم أقسامها، ثم نتناول في ثالثهم عناصرها، وأخيراً نتناول في المبحث الرابع أسباب كسبها.

### المبحث الأول

#### تعريف الملكية في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي

#### *The Ownership Definition in Islamic jurisprudence and in the Positive law*

نعرض لتعريف الملكية في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي في مطلبين متتاليين نعرض في أولهما لتعريف الملكية في الفقه الإسلامي، ثم نتناول في ثانيهما تعريفها في القانون الوضعي.

### المطلب الأول

#### تعريف الملكية في الفقه الإسلامي

#### *The Ownership Definition in Islamic jurisprudence*

أولاً: تعريف الملكية لغة:

يقال له ملكه احتواه<sup>(٢)</sup>، والملكية تدل على الاستئثار بالأشياء، فمعنى الملك كما ذكرت قواميس اللغة: احتواء الشئ والقدرة على الاستبداد به والتصرف بانفراد<sup>(٣)</sup>.

(١) الدكتور مصطفى الجمال - نظام الملكية في القانون اللبناني والمقارن - الناشر المكتب الشرقي للنشر والتوزيع - بيروت - لبنان - ص ٣٢.

(٢) القاموس المحيط باب الكاف فصل الميم - الهيئة العامة للكتاب - طبعة ١٩٧٧م.

(٣) الدكتور عبد السلام داود العبادي - المرجع السابق - ص ١٢٧.

وفي لسان العرب لابن منظور: "الملكُ والمُلْكُ والملِكُ: احتواء الشئ والقدرة على الاستبداد به"<sup>(١)</sup>. وفي المعجم الوسيط: "الملكية: الملك أو التملك، يقال بيدي عقد ملكية هذه الأرض"<sup>(٢)</sup>.

ثانياً: تعريف الملكية اصطلاحاً:

إن الباحث في كتب الفقه يجد أن العلماء قد عرّفوا الملك بتعريفات شتى في ثنايا الكتب

الفقهية، والباعث على هذا الاختلاف هو أن الملك قد أشكل ضبطه على كثير من الفقهاء<sup>(٣)</sup>، وأدى هذا إلى اختلافهم في التعريف الشرعي للملك.

وسأعرض لبعض تعريفات الملك في المذاهب الأربعة:

فقد عرّفها الكمال بن الهمام من فقهاء الحنفية بقوله: "الملك هو القدرة على التصرف ابتداءً إلا لمانع"<sup>(٤)</sup>.

وعرّفها ابن نجيم الحنفي بقوله: "الملك هو الاختصاص الحاجز"<sup>(٥)</sup>.

وعرّفها القرافي من فقهاء المالكية بأنها: "حكم شرعي مقدر وجوده في عين أو منفعة يقتضي تمكين من أضيف إليه من الأشخاص من الانتفاع بالعين أو بالمنفعة أو بالاعتياض عنها ما لم يوجد مانع من ذلك"<sup>(٦)</sup>.

وعرّف بعض الفقهاء الملك بأنه: "مصلحة مستحقة شرعاً"<sup>(٧)</sup>.

كما عرف الملكية آخرون بأنها: "حيازة الشيء متى كان الحائز قادراً وحده على التصرف فيه والانتفاع به عند عدم المانع الشرعي"<sup>(٨)</sup>.

كما عرّفها الزركشي من فقهاء الشافعية بأنها: "القدرة على التصرفات التي لا تتعلق بها تبعة ولا غرامة دنيا ولا آخرة"<sup>(٩)</sup>.

وعرّفها ابن تيمية الحراني من فقهاء الحنابلة بأنها: "القدرة الشرعية على التصرف في الرقبة"<sup>(١٠)</sup>.

وعرّفها من الفقهاء المعاصرين الشيخ مصطفى الزرقا بإنها: "اختصاص حاجز شرعاً يسوغ صاحبه التصرف إلا لمانع"<sup>(١١)</sup>.

- 
- (١) لسان العرب لابن منظور - ط ١ - دار صادر - بيروت - عام ١٤١١ (هـ) - ج ١٠ - ص ٤٩٢.
  - (٢) المعجم الأوسط للطبراني أبو القاسم بن أحمد - دار الحرمين - القاهرة - عام ١٤١٥ (هـ) - ج ٢ - ص ٨٩٣.
  - (٣) انظر الفروق للقرافي - ج ٣ - ص ٢٠٨.
  - (٤) فتح القدير - الإمام الشوكاني محمد بن علي بن محمد - الطبعة الأولى - دار إحياء التراث - بيروت - عام ١٤٠٠ (هـ) / ١٩٨٠ م - ص ٧٤.
  - (٥) البحر الرائق لأبن نجيم الحنفي - طبعة دار الكتب العربية الكبرى - ج ٥ - ص ٢٧٨.
  - (٦) الفروق للقرافي - ج ٢ - ص ٢٠٨ (6).
  - (7) الملكية في الشريعة الإسلامية - للشيخ علي الخفيف - الناشر دار النهضة العربية - عام ١٩٩٠ م - ج ١ - ص ١١٨ (7).
  - (8) الدكتور محمد يوسف موسى - الأموال ونظرية العقد في الفقه الإسلامي - عام ١٩٥٢ م - ص ١٦٥ (8).
  - (9) الدكتور عبد السلام العبادي - المرجع السابق - ص ١٣٢ (9).
  - (10) الفتاوى الكبرى لأبن تيمية - دار الكتب العلمية - بيروت - لبنان - ج ٣ - ص ٣٤٧. والقواعد النورانية الفقهية لشيخ الإسلام ابن تيمية - مطابع السنة المحمدية - القاهرة - ص ٢١٨.
  - (١١) الدكتور فريد محمد الخطيب - تحويل الملكية العامة إلى ملكية خاصة - عام ٢٠٠١ م - ص ٨٠.

وقد عرّف الدكتور محمد بلتاجي الملكية بإنها: "ما أثبتته الشارع من حق فردي في الاختصاص الحاجز بالشيء من حيث أستعماله واستغلاله والتصرف فيه في نطاق الحدود الشرعية التي قررها"<sup>(١)</sup>.

ونستنتج من التعريفات السابقة للملكية أن تعريفها يجب أن تتجلى فيه الأمور التالية:

(١) أنه اختصاص أو علاقة يختص الإنسان فيها بشئ.

(٢) أن موضوع هذا الاختصاص: القدرة على الانتفاع والتصرف بهذا الشيء.

٣) أن هذا الانتفاع والتصرف قد يمنع منهما مانع.

٤) أن هذا الانتفاع والتصرف قد يتم أصالة أو وكالة.

وعليه فإن تعريف الملكية المختار هو: "علاقة شرعية بين الإنسان والشئ المملوك تخول صاحبها الانتفاع والتصرف وحده ابتداءً إلا لمانع".

### المطلب الثاني تعريف الملكية في القانون الوضعي *The Ownership Definition in the Positive law*

لم تُعرف القوانين الوضعية العربية الملكية بحجة أن القوانين لا تعني عادة بالتعاريف، ومع ذلك نصت هذه القوانين على ما استنبطه بعض شراح القوانين من تعريفات ارتضوها للملكية.

فالمادة (٨٠٢) من القانون المصري تنص على أنه: "لمالك الشئ وحده في حدود القانون حق استعماله واستغلاله والتصرف فيه".

ومن هذا النص يتضح أن الملكية في تصويرها عبارة عن حق المالك في الاستئثار بالشئ، وذلك باستعماله، واستغلاله، والتصرف فيه في حدود القانون<sup>(١)</sup>.

وهذا التعريف يختلف عن التعريف الذي كان موجوداً بالتقنين المدني المصري القديم الذي كان يعرف الملكية في المادة (١١/٢٧) بقوله: "الملكية هي الحق للمالك في الانتفاع بما يملكه والتصرف فيه بطريقة مطلقة"، وهذا التعريف الأخير يتفق مع ما أورده المشرع في التقنين المدني الفرنسي في المادة (٥٤٤) من أن حق المالك حق مطلق بالرغم من أن هذا النص نفسه قد أضاف عبارة بشرط ألا يستعمله استعمالاً تحرّمه القوانين واللوائح<sup>(٢)</sup>.

وهذا هو نص المادة (٥٤٤) من التقنين المدني الفرنسي: "الملكية هي الحق للمالك في الانتفاع بما يملكه والتصرف فيه بطريقة مطلقة، بشرط ألا يستعمله استعمالاً مخالفاً للقوانين واللوائح".

والمادة (٨٠٢) من القانون المصري تطابقها المادة (٧٦٨) من القانون المدني السوري والمادة (٨٦١) من القانون المدني الليبي.

(١) انظر الدكتور فريد محمد الخطيب - المرجع السابق - ص ٨٠.  
(٢) الدكتور عبد الرزاق السنهوري - الوسيط في شرح القانون المدني - الطبعة الثالثة - دار النهضة العربية - القاهرة - عام ١٩٨١م - ج ٨ - فقرة ٢٩٧ - ص ٤٩٣.

(٣) الدكتور عبدالرازق حسن فرج - المرجع السابق - ص ١٥.  
أما القانون العراقي فقد نصت المادة (١٠٤٨) منه على أن: "الملك التام من شأنه أن يتصرف به المالك تصرفاً مطلقاً فيما يملكه، عيناً ومنفعة واستغلالاً، فينتفع بالعين المملوكة وبغلتها وثمارها ونتائجها، ويتصرف في عينها بجميع أنواع التصرفات الجائزة".

ويعرف قانون الملكية والحقوق العينية العقارية اللبناني الملكية العقارية في المادة (١١) منه بقوله: "هي حق استعمال عقار ما والتصرف والتمتع به ضمن حدود القوانين والقرارات والأنظمة".

ويتضح من هذه المواد أنها لا تحوي تعريفاً للملكية بالمعنى المراد وإن كانت توضح السلطات التي يتمتع بها المالك على ما يملك.

وقد استخلص الدكتور عبد الرزاق السنهوري من نص المادة (٨٠٢) من القانون المدني

المصري تعريفاً للملكية فقال: "إن حق ملكية الشيء هو حق الاستئثار باستعماله واستغلاله والتصرف فيه على وجه دائم، وكل ذلك في حدود القانون".

وعرّفها الدكتور عبد السلام داود العبادي بأنها: "اختصاص أو استئثار إنسان بشئ يقتضي أن له وحده حق استعماله واستغلاله والتصرف فيه ابتداءً إلا لمانع في حدود القانون".

وبالتالي نحن نرى أن الملكية: "حق يخوّل صاحبه جميع السلطات على شئ معين وذلك في حدود القانون".

## المبحث الثاني

### أقسام الملكية في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي

#### *The Ownership Sections in Islamic jurisprudence and in the Positive law*

ينقسم الملك في جملته إلى ملكية تامة وملكية ناقصة، وهو بنوعيه ينقسم إلى أنواع عدة باعتبارات مختلفة، فهو ينقسم باعتبار محله وصاحبه وصورته، وسوف نتناول في هذا المبحث بيان أنواع الملكية بهذه الاعتبارات المختلفة.

وبناءً على ذلك سنقسم هذا المبحث إلى ثلاثة مطالب نتناول في أولهم أقسام الملك باعتبار محله، ثم نتناول في ثانيهم أقسام الملك باعتبار صاحبه، وأخيراً نتناول في المطلب الثالث أقسام الملك باعتبار صورته.

## المطلب الأول

### أقسام الملك باعتبار محله

ينقسم الملك باعتبار محله إلى الأقسام التالية:

١- ملك عين ومنفعة.

٢- ملك عين بدون منفعة.

٣- ملك منفعة بدون عين.

٤- ملك الانتفاع.

٥- ملك الدين.

(١) ملك عين ومنفعة:

من الأمور المسلّم بها أن من ملك عيناً فإن ملكه لها يكون شاملاً لملك رقبته ومنفعتها، فإذا ملك الإنسان عيناً بسبب من أسباب التملك الشرعي فإنه يكون مالكا لمنفعتها أيضاً، فملك العين ما شرع إلا للحصول على منفعتها بشكل تام.

وقد نصت المادة (٥) من مرشد الحيران على أن: "الأعيان المملوكة رقبة ومنفعة هي ما كان لمالكها حق التصرف فيها عيناً ومنفعة"، وإذا ملك الإنسان العين والمنفعة سمي ذلك بالملك التام، وقد جاء هذا التعبير في اصطلاح الفقهاء، فقد جاء في حاشية ابن عابدين قوله: "المراد بالملك التام المملوك رقبة ويدا" (١)، وقد قصد هذا المعنى فقهاء الحنابلة (٢) وفقهاء الشافعية والملكية (٣).

ويتضح مما سبق أن الملك التام هو ملك الرقبة والمنفعة معاً.

ويكون الملك ناقصاً إذا كان للعين دون منفعتها، أو كان للمنفعة بدون العين، وبناءً على ذلك نجد أن الملك الناقص يشتمل على نوعين:

١- ملك العين وحدها دون منفعتها.

٢- ملك المنفعة وحدها دون العين.

وذلك لأن التصرف فيهما لا يكون كما لو كانتا مملوكتين معاً.

(٢) ملك العين بدون منفعة:

الأصل أن ملك العين يستتبعه ملك المنفعة، حيث إن الملك ما شرع إلا من أجل الانتفاع بتلك العين وذلك في حدود الشرع، إلا أن الشريعة الإسلامية أجازت ملك العين وحدها، وهذا النوع يوجد حين تكون العين مملوكة لشخص والمنفعة مملوكة لشخص آخر، وهو أقل أنواع الملك الناقص وجوداً؛ لأنه جاء على خلاف الأصل، ويوجد هذا الملك في نوعين من أنواع الوصية:

الأول: أن يوصي شخص بمنفعة عين من أعيان تركته لآخر لمدة معينة بعد وفاته، فيملك الموصي له منفعة العين بالوصية - إذا قبلها - في حين يملك الورثة رقبته بالإرث وذلك إلى حين انتهاء المدة المعينة، فتعود المنفعة للورثة ويصبح ملكهم لها ملكاً تاماً.

الثاني: أن يوصي شخص بمنفعة عين من أعيان تركته لآخر لمدة معينة بعد وفاته ويوصي برقبته لشخص آخر، فيكون لهذا الشخص ملكية العين دون منفعتها حتى انتهاء المدة المعينة، فتصبح العين ومنفعتها ملكاً له<sup>(٤)</sup>.

ومما سبق يتضح أن انفكاك المنفعة عن العين إنما هو انفكاك مؤقت ينتهي بالمدة التي حدد بها ثم يعود الملك تاماً شاملاً للعين والمنفعة.

(١) حاشية رد المختار علي الدر المختار شرح تنوير الأبصار - لابن عابدين - دار الفكر - بيروت - لبنان - عام ١٤١٥هـ/ ١٩٩٥م - ٢/٢٦٣.

بكشاف القناع للإمام منصور بن إدريس البهوتي - مكتبة النصر الحديثة - الرياض - ١/٤٢٦-٤٢٧ (٢)

(٣) حاشية السوقي علي الشرح الكبير للإمام الدريدي - إحياء الكتب العربية - مطبعة عيسى الحلبي - القاهرة - عام ١٣٥٦هـ - ١/٤٣١.

(٤) انظر القواعد لابن رجب الحنبلي - ص ٤١. والأشباه والنظائر - الإمام السيوطي جلال الدين عبد الرحمن - ط ١ - مؤسسة الكتب الثقافية - عام ١٤١٥هـ/ ١٩٩٤م - ص ٣٧٩.

ومن خصائص هذا النوع أن صاحب الملك هنا - أعني مالك العين - ليس له الانتفاع بأي وجه، وليس له التصرف في العين تصرفاً يضر بمالك المنفعة، وليس له أن يبيع العين لغير مالك المنفعة عند الحنفية<sup>(١)</sup>.

(٣) ملك المنفعة بدون العين:

ملك المنفعة هو اختصاص يبيع لمن ثبت له أن يستوفي المنفعة بنفسه، وأن يملكها لغيره مع المحافظة على عينها، فالمستأجر للأرض أو الدار يملك المنفعة بعقد الإجارة ويختص بها، وهذا الاختصاص حاز لغيره عنها، وللمستأجر أن يستوفيه بنفسه، وأن يملكها لغيره بعوض أو بغير عوض ما لم ينفق المتعاقدان على خلاف ذلك.

وملك المنفعة يكتسب من عدة طرق منها<sup>(٢)</sup>:

١- الإجارة: فقد اتفق الفقهاء على أن المستأجر مالك لمنفعة العين المؤجرة خلال الإجارة.

٢- الإعارة: وقد ذهب جمهور الحنفية والمالكية إلى أن المستعير يملك المنفعة، وذهب الشافعية وجمهور الحنابلة إلى أن الإعارة إباحة للمنافع وليست تملكاً لها<sup>(٣)</sup>.

٣- الوصية: بالمنافع كما ذكرت آنفاً في ملك العين بدون المنفعة.

٤- الوقف: وذلك كما إذا وقف شخص عيناً على شخص أو مجموعة أشخاص، فإن هؤلاء يملكون المنفعة دون العين، والراجح عند الحنابلة أن الموقوف يملك للموقوف عليه إلا أن يكون مما لا يملك كالمساجد<sup>(٤)</sup>.

#### (٤) ملك الانتفاع:

فرق جمهور الفقهاء بين ملك المنفعة وملك الانتفاع.

فذهبت الحنابلة والشافعية والمالكية إلى ذلك، وبيّنوا أن من ملك المنفعة ملك الانتفاع والمعوضة، ومن ملك الانتفاع لم يملك المعوضة<sup>(٥)</sup>.

وجاء في تهذيب الفروق أن: "تمليك الانتفاع عبارة عن الإذن للشخص في أن يباشر هو بنفسه فقط كإذن في السكنى ونحو ذلك، فلمن أذن له في ذلك أن ينتفع بنفسه فقط، ويمتنع في حقه أن يؤجر أو يعاوض بطريق من طرق المعاوضات أو يسكن غيره".

وتمليك المنفعة عبارة عن الإذن للشخص في أن يباشر هو بنفسه أو يمكن غيره من الانتفاع بعوض كالإجارة، وبغير عوض كالعارية، فهو تمليك مطلق في زمن خاص حسبما تناوله عقد الإجارة أو شهدت به العادة في العارية.

وملك الانتفاع ينشأ بطريق الإباحة الخاصة كأن يبيح رجل لآخر لبس ملابسه أو الأكل من طعامه، ويثبت بإباحة الشارع الانتفاع بالأشياء التي تتعلق بها حق الكافة، فخضعت للانتفاع جميع الناس أو فريق منهم دون أن يجوز تملكها لأحد منهم خاصة كما في الأسواق والطرق والانهار.... الخ.

(١) الأشباه والنظائر لابن نجيم الحنفي - مكتبة نزار مصطفى الباز - الرياض - ط ١ - عام ١٤١٧ (هـ) ١٩٩٦م - ص ٣٥٢.  
مؤسسة شباب الجامعة - عام - الشريعة الإسلامية تاريخها ونظريتها الملكية والعقود - أبو العينين بدران الدكتور بدران (2) ص ٣١٢ - ١٩٨٦م  
حاشية ابن عابدين ٥/٦٧٧، حاشية الدسوقي ٣/٤٣٣. كشف القناع ٢/٣٣١. وبدائع الفوائد لابن القيم ١/٣. والأشباه والنظائر (3) لابن نجيم - ص ٣٥٣  
المهذب في فقه الإمام الشافعي - الإمام أبي اسحق الفيروز أبادي الشيرازي - ط ٣ - مطبعة الحلبي - عام ١٣٩٦ (هـ) ١٩٧٦م - (4) ١/٤٥٠.  
(5) الفوائد لابن القيم ١/٣.

#### (٥) ملك الدين:

يتحقق ملك الدين فيما إذا كان لشخص في ذمة آخر مبلغ من المال وجب بسبب من الأسباب الشرعية، فهو كئتمن الشئ المشتري وبدل القرض المقترض، ولا يسمى ديناً إلا إذا كان المبلغ التزاماً في الذمة.

غير أن مالية الديون مما اختلف فيه العلماء:

فجمهور الفقهاء يعتبرون الديون في الذمم أموالاً؛ ذلك لأنهم لا يشترطون في المال أن يكون عيناً مادية يمكن إحرازها وادخارها.

أما الحنفية لا يعتبرون الديون في الذمم أموالاً؛ لأن الديون ما دامت في ذمة المدين فإنما هي أوصاف وأعراض شاغلة لها، ولا يتصور قبضها، وإنما يقبض ما يعادلها ويساويها، فإذا وفيت الديون كان المقبوض حقاً لصاحبه<sup>(١)</sup>، ومع هذا فإن جماهير الحنفية يرون أن الديون تعتبر محلاً للملك، وهم يوافقون بذلك رأي جمهور الفقهاء.

وقد اختلف الفقهاء في اعتبار المنافع أموالاً على قولين:

الأول: ذهب الحنفية إلى عدم اعتبار المنافع أموالاً وذلك كسكنى الدار وركوب السيارة؛ لأنه لا

يمكن إحرزها، وكل ما لا يمكن إحرزه فلا يعد مالاً.

وقد وجه للحنفية بسبب قولهم هذا نقداً شديداً؛ لأن فيه إهدار للحقوق وضياعاً للمصالح.

**الثاني:** اعتبار المنافع أموالاً، وهو مذهب الجماهير من الشافعية والحنابلة والمالكية.

والواقع أن القول بمالية المنافع أولى بالأخذ والاعتبار؛ لأن الأعيان لا تقصد لذاتها وإنما تقصد لمنافعها بل إن العين الخالية من المنفعة لا يعتد بها.

### المطلب الثاني

#### أقسام الملك باعتبار صاحبه

ينقسم الملك باعتبار صاحبه إلى:

أ- ملكية خاصة

ب- ملكية عامة

ج- ملكية بيت المال

#### أ - الملكية الخاصة: *The Private Ownership*

هي التي يكون مستحقها وصاحبها فرداً أو جماعة على سبيل الاشتراك، لهم الاستئثار بمنافعها والتصرف في محلها<sup>(٢)</sup>، مثال ذلك ملكية السيارة والدار.

(١) جاء في فتح القدير ٥/٢٥٠ والدين مال حكماً لا حقيقة.

(٢) كتاب الأموال - أبي عبيد القاسم بن سلام- دار إحياء التراث الإسلامي - الدوحة - عام ١٩٨٧م - ص ٢١٣.

#### ب - الملكية العامة *The Public Ownership*:

هي ما كانت لمجموع أفراد الأمة، أو ما كانت لجماعة من الجماعات التي تتكون منها الأمة بوصف أنها جماعة، بحيث يكون الانتفاع بالأموال التي تتعلق بها لهم جميعاً بدون أن يختص بها أحد منهم<sup>(١)</sup>.

والأساس في قيام الملكية العامة أنه إذا تعلق حاجة الجماعة في الانتفاع بأشياء معينة فإنه لا يجوز أن تقع ضمن دائرة التملك الفردي وإنما تحجر أعيانها وتباح منافعها، وذلك كما في الأنهار الكبيرة والطرق والجسور والأراضي المتروكة حول القرى لتستعمل من قبل أهلها للزراعة والحصاد وغيرها كالميادين العامة ومواقف السيارات بالمدن، قال أبو يوسف في كتابه الخراج: "الفرات ودجلة لجميع المسلمين فهم فيهما شركاء"<sup>(٢)</sup>.

على أنه إذا زال تعلق حاجة الجماعة بهذه الأشياء جاز للحاكم بعد تقدير ذلك أن يتصرف فيها كما يتصرف في أموال بيت المال وفق مصلحة الجماعة، فقد قرر الفقهاء أنه إذا حول الطريق العام فاستغنى عن موقعه الأصلي فإن الحاكم يبيعه لبيت المال ويصبح ملكاً خاصاً<sup>(٣)</sup>.

والشريعة الإسلامية قد جعلت ميزاناً واضحاً للتمييز بين ما يجوز أن يقع ضمن دائرة التملك الفردي وما لا يجوز، فقد قال رسول الله: "المسلمون شركاء في ثلاث: الماء والكلأ والنار"<sup>(٤)</sup>، وفي رواية زاد "الملح"<sup>(٥)</sup>.

فهذا الحديث يعد من القواعد الأساسية في هذا الجانب، فهو يدل على أن هذه الأمور لا يجوز أن تقع تحت طائلة التملك الفردي، وإنما الواجب بفاؤها شركة بين جميع الأمة، ينتفع بها أفرادها بدون أن يضر أحدهم بمصالح أخيه، حيث إن نفعها ضروري لمجموع الأمة، ولا غنى

لأفرادها عنها.

## صور الملكية العامة في الشريعة الإسلامية:

هناك صور عديدة للملكية العامة في الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية، وسوف نعرض لبعض هذه الصور فيما يلي:

### ١- ملكية المرافق العامة:

كالأنهار الكبيرة والشوارع والطرق، وهي التي تمنع طبيعتها من أن تقع تحت طائلة التملك الفردي، فقد قال أبو يوسف كما ذكرت آنفاً: "الفرات ودجلة لجميع المسلمين فهم فيهما شركاء".

وقال ابن قدامة في المغني: "وما كان في الشوارع والطرق والرحاب بين العمران فليس لأحد إحيائه سواء كان واسعاً أو ضيقاً، وسواء ضيق على الناس أو لم يضيق؛ لأن ذلك يشترك فيه المسلمون، وتتعلق به مصلحتهم، فأشبهه مساجدهم" (٦).

- 
- (١) الشيخ علي الخفيف - المرجع السابق - ص ٧٥.  
(٢) الخراج - أبي يوسف المكتبة الأزهرية للتراث - عام ١٤٢٠ (هـ) / ١٩٩٩ م - ص ٩٧ - ٩٨.  
(٣) الدكتور عبد الله بن عبدالعزيز المصلح - قيود الملكية الخاصة - ص ١٠٥.  
(٤) انظر سنن أبي داود ٢/٢٤٩. والخراج لأبي يوسف - ص ٩٦. والبيهقي ٦/١٥٠. ونيل الأوطار شرح منتقى الأخبار للإمام الشوكاني محمد بن علي بن محمد ط ٤ - دار الحديث - عام ١٤١٧ (هـ) / ١٩٩٧ م - ٥/٣٤٣.  
(٥) نيل الأوطار - ٥/٣٤٩.  
(٦) المغني مع الشرح الكبير للإمام ابن قدامة - ط ١ - دار الحديث - القاهرة - عام ١٤١٦ (هـ) / ١٩٩٦ م - ٥/٤٢٦ (٦)

### ٢- الحمى:

وهو عبارة عن تخصيص قطعة أرض لا يملكها أحد لمصلحة عامة كأن تكون مرعاً لإبل الصدقة وخيل الجهاد، وميادين التدريب العسكري والقواعد العسكرية.

وقد حمى النبي النقيع (١) في المدينة، وحمى عمر الربيعة والشرف، فقد أخرج البخاري والبيهقي وغيرهما عن زيد بن أسلم عن أبيه أن عمر بن الخطاب استعمل مولى له يدعى هنياً على الحمى، فقال له يا هنى: أضم جناحك على المسلمين واتق دعوة المظلوم، فإن دعوة المظلوم مستجابة، وأدخل رب الصريمة (٢) ورب الغنيمة، وإياى ونعم ابن عوف ونعم الغنيمة أن تهلك ماشيتهما، يأتيني ببنية فيقول: يا أمير المؤمنين، أفتاركهم أنا لا أباً لك؟ فالماء والكلاء أيسر من الذهب والورق، وأيم الله أنهم ليرون أني قد ظلمتهم إنها لبلادهم، فقاتلوا عليها في الجاهلية وأسلموا عليها في الإسلام، والذي نفسي بيده لولا المال الذي أحمل عليه في سبيل الله ما حميت عليهم من بلادهم شبراً (٣).

فبالحمى تصبح الأرض ملكاً لجماعة المسلمين، ومنفعتهم مصروفة لهم، فالحمى نقل الأرض من الإباحة إلى الملكية العامة لتبقى محجورة لمصلحة المسلمين.

### ٣- الأراضي الموقوفة لمصلحة المسلمين:

ترك النبي أراضي فدك وبني النضير ونصف خيبر لمصلحة جماعة المسلمين، ومثل هذا فعل عمر بأرض السواد في العراق، فالأراضي التي فتحت عنوة ووقفت على جماعة المسلمين وفرض عليها الخراج تعتبر من الملكية العامة (٤).

### ٤- ويذكر الفقهاء من أنواع الملكية العامة :

الغنيمة قبل قسمتها، فلا يجوز أن يستحوذ بعضهم بها دون بعض<sup>(٥)</sup>.

٥- الحاجات الأساسية التي وجدت بدون مجهود يقدمه الأفراد لإيجادها كالماء والكلاء والنار والملح:

فلا يجوز أن يستأثر بها فرد ليضيق بها على الآخرين.

هذه هي بعض صور الملكية العامة في الشريعة الإسلامية.

ج- ملكية بيت المال:

ملكية بيت المال هي الملكية التابعة للدولة، وهذه الملكية يكون صاحب الاختصاص فيها هو بيت المال، يتصرف فيها تصرف الملاك الخاصين في أملاكهم بالبيع والإفناق والهبة، بشرط أن تتحقق مع هذا مصلحة الجماعة المسلمة.

فإذا وجد مال للمسلمين ولم يتعين مالكة فإن بيت المال هو الجهة التي تختص بأخذه، قال الماوردي في الأحكام السلطانية: (وأما القسم الرابع فيما اختص ببيت المال من دخل وخراج، فهو كل مال استحققه المسلمون ولم يتعين مالكة منهم فهو من حقوق بيت المال، فإذا قبض صار بالقبض مضافاً إلى حقوق بيت المال سواء أدخل إلى حرزه أم لم يدخل؛ لأن بيت المال عبارة عن الجهة لا عن المكان، وكل حق وجب صرفه في مصالح المسلمين فهو حق على بيت المال)<sup>(٦)</sup>.

(١) البخارى فى المساقاة ٥/٤٤. والمسند للإمام أحمد بن حنبل - مؤسسة قرطبة- مصر - عام ١٩٤٧م - ٤/٢٨. وسنن أبي داود للإمام الحافظ أبي داود - دار إحياء السنة النبوية - ٢/١٦٠. اخرج أبو داود والحاكم والبيهقي عن الصعب بن جثامة ان الرسول صلى الله عليه وسلم حمى النقيع وقال: (لا حمى إلا لله ولرسوله) نيل الأوطار ٥/٣٤٦.

(٢) الصريمة تصغير صرمة وهي ما بين العشرين الى الثلاثين من الإبل.

لفظ البخارى- الجهاد- ٦/١٧٥ عن زيد بن أسلم عن أبيه (3)

الدكتور عبدالسلام العبادى - المرجع السابق - ١/٢٠٨ (4)

(5) ابن عابدين - المرجع السابق - ٤/١٥٩.

(٦) الأحكام السلطانية والولايات الدينية لأبو الحسن الماوردي - دار ابن خلدون، الإسكندرية - ص ٢١٣.

موارد بيت المال:

وبيت المال له موارد لكي يقوم بمهامه المنوطة به، والتي أنشئ في الإسلام لتحقيقها، ومن هذه الموارد ما يلي:

(١) الزكاة: والزكاة مورد من موارد بيت المال لها ديوان خاص ومصرف خاص تختلف فيه عن الموارد المالية الأخرى، وقد نظم الإسلام هذه الفريضة وبين مقاديرها وأوقات أدائها، بحيث يشعر الأغنياء بأنهم حراس على المال حتى يؤديوا منه حقوق الفقراء، ويشعر الفقراء بأن لهم في أموال الأغنياء حقاً ثابتاً، وهذا يشيع روح الإخوة الإسلامية بين أبناء الأمة.

(٢) ضريبة الأرض الزراعية (الخراج): وهو ما يوضع من الضرائب على الأرض الزراعية أو محصولاتها، وأطلق الخراج في البلاد الإسلامية في الغالب على ضرائب الأطنان التي تعرف بالخراجية تمييزاً لها عن الأطنان التي عرفت بالعشورية، وهي التي يجب فيها العشر أو نصفه مما سقته الماء أو سقى بما فيه مؤنة على الإنسان من دلو ومضخة ونحو ذلك<sup>(٧)</sup>.

(٣) الفئ: وهو كل مال وصل من المشركين من غير قتال، ولا بايجاف خيل ولا ركاب، والأصل فيه وفي توزيعه قول الله: مَا أَفَاءَ اللَّهُ عَلَى رَسُولِهِ مِنْ أَهْلِ الْقُرَى فَلِلَّهِ وَلِلرَّسُولِ وَلِذِي الْقُرْبَىٰ وَالْيَتَامَىٰ وَالْمَسَاكِينِ وَابْنِ السَّبِيلِ كَيْ لَا يَكُونَ دُولَةً بَيْنَ الْأَغْنِيَاءِ مِنْكُمْ وَمَا آتَاكُمُ الرَّسُولُ فَخُذُوهُ وَمَا نَهَاكُمْ عَنْهُ فَانْتَهُوا وَاتَّقُوا اللَّهَ إِنَّ اللَّهَ شَدِيدُ الْعِقَابِ (١).

(٤) خمس الغنائم: وقد بين الله مصرفه بقوله في سورة الأنفال: وَعَلَّمُوا أَنَّمَا غَنِمْتُمْ مِنْ شَيْءٍ فَأَنَّ لِلَّهِ خُمُسَهُ وَلِلرَّسُولِ وَلِذِي الْقُرْبَىٰ وَالْيَتَامَىٰ وَالْمَسَاكِينِ وَابْنِ السَّبِيلِ إِنْ كُنْتُمْ أَمْنًا بِاللَّهِ وَمَا أُنزِلْنَا عَلَىٰ عَبْدِنَا يَوْمَ الْفُرْقَانِ يَوْمَ التَّفَقَّى الْجَمْعَانِ وَاللَّهُ عَلَىٰ كُلِّ شَيْءٍ قَدِيرٌ (٢).

(٥) الجزية: وهي ضرب من الخراج، يضرب على الأشخاص لا على الأرض، والأصل فيها قوله: **فَاتَلُوا الَّذِينَ لَا يُؤْمِنُونَ بِاللَّهِ وَلَا بِالْيَوْمِ الْآخِرِ وَلَا يُحَرِّمُونَ مَا حَرَّمَ اللَّهُ وَرَسُولُهُ وَلَا يَدِينُونَ دِينَ الْحَقِّ مِنَ الَّذِينَ أُوتُوا الْكِتَابَ حَتَّى يُعْطُوا الْجِزْيَةَ عَنْ يَدٍ وَهُمْ صَاغِرُونَ** (٣).

والجزية تؤخذ من عجم أهل الكتاب ومن المجوس بالإجماع.

(٦) العشر: قال أبو يوسف في كتاب الخراج (٤): "حدثنا عاصم بن سليمان عن الحسن، قال: كتب أبو موسى الأشعري إلى عمر بن الخطاب أن تجاراً من قبلنا من المسلمين يأتون أرض الحرب فيأخذون منهم العشر، فكتب إليه عمر خذ أنت منهم كما يأخذون من تجار المسلمين، وخذ من أهل الذمة نصف العشر، ومن المسلمين من كل أربعين درهماً درهماً، وليس فيها دون المائتين شيء، فإن كانت مائتين ففيها خمسة دراهم وما زاد فبحسابه" (٥).

(٢) والخراجية ما يجب فيها قدر معين باعتبار مساحتها، أو الخارج منها. فالإمام هو الموكل في تقدير ذلك. وأول من فرض الخراج عمر بن الخطاب رضي الله عنه لما حبس أرض السواد بعد مشاوره كبار المهاجرين والأنصار.

(١) سورة الحشر - آية (٧).

(٢) سورة الأنفال - آية (٤١).

(سورة التوبة - آية ٢٩) (3)

الخراج لأبي يوسف - ص ١٤٥ : ١٤٦ (4)

(5) وعن الشعبي (أول من وضع العشر في الإسلام عمر، ومن هذا يتضح أن عمر بن الخطاب أول من اتخذها في الإسلام وجعل الناس فيها علي ثلاث درجات، مسلمين يؤخذ منهم ربع العشر، وذميين ويؤخذ منهم نصف العشر وحريين ويؤخذ منهم كما يأخذون من المسلمين لأن الأمر فيما بيننا وبينهم مبنى على المجازاة والمعاملة بالمثل .

### المطلب الثالث

#### أقسام الملك باعتبار صورته

ينقسم الملك باعتبار صورته إلى الملك المتميز والملك الشائع:

##### ١- الملك المتميز:

هو ما كان موضوعه أو محله معيناً، فهو الذي يتعلق بشئ محدود غير مختلط بملك الغير، فله حدود تفصله عما سواه، وذلك كأن يملك الإنسان سيارة وحده، أو كتاباً، أو داراً بأكملها.

##### ٢- الملك الشائع أو المشاع:

هو الملك المتعلق بجزء نسبي غير معين من مجموع الشئ سواء أكان ذلك الجزء كبيراً أو صغيراً، نتيجة اشتراك فيه دون إفراز، وذلك كأن يملك الإنسان جزءاً في أرض، وذلك الجزء غير معين بل مشاع فيها، وكمن يملك نصف الدار، أو ربع سيارة، وهذا ما يسمى بالحصصة الشائعة في الشئ المشترك.

والملك الشائع كالمتميز في جواز التصرف فيه بالبيع.

##### أقسام الملك الشائع:

##### والملك الشائع نوعان:

الأول: مشاع غير قابل للقسمة: وهو الذي لا يمكن الانتفاع به بعد القسمة الانتفاع الذي كان مراداً قبلها.

الثاني: مشاع قابل للقسمة: وهو ما يمكن الانتفاع به بعد القسمة الانتفاع الذي كان مقصوداً منه قبلها.

هذا ومقتضى الشيوع: أن يكون كل جزء من المال المشترك غير مخصوص بأحد من أصحاب الحصص بل تتعلق به ملكيات جميعهم.  
وللشركاء الانتفاع بالمال المشترك، فإذا لم يتفقوا على طريقة الانتفاع وطلب أحدهم القسمة أو طلبوها جميعاً وكان المال قابلاً للقسمة قسم بينهم ويجبر الممتنع عليها.  
وبالتالي ينتج عن ذلك أنه متى قسم المال المشترك بين الشركاء زال الشيوع من الملك، وأصبحت الملكية في هذه الحالة ملكية متميزة .

### المبحث الثالث

#### عناصر الملكية

#### *The Elements of the Ownership*

إن حق الملكية يتميز عن غيره من سائر الحقوق بعناصر وسلطات واسعة يتمتع بها صاحبه، وسوف نتناول في هذا المبحث عناصر الملكية والسلطات التي تعطيها لصاحبها وذلك في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي وذلك في مطلبين متتاليين نتناول في أولهما عناصر الملكية في الفقه الإسلامي، ثم نتناول في ثانيهما عناصرها في القانون الوضعي.

#### المطلب الأول

#### عناصر الملكية في الفقه الإسلامي

#### *The Elements of the Ownership in Islamic jurisprudence*

يتضح من خلال تعريف فقهاء الشريعة الإسلامية للملكية أن المالك يتمتع بكافة المميزات والسلطات على ملكه، وله أن ينتفع به بكل أوجه الانتفاع المشروعة، وعناصر الملكية يقصد بها المكنت أو السلطات أو المزايا التي تثبت للمالك على ملكه، ويتحقق بها انتفاعه بهذا الملك، وقد أثبت فقهاء الشريعة سلطات المالك على الشيء المملوك، وإن لم يذكروا عناصر الملكية الثلاثة مجتمعة كما فعل القانون الوضعي، وهذه العناصر الثلاث للملكية هي الاستعمال والاستغلال والتصرف.

ومن الفقهاء من اقتصر على ذكر عنصر التصرف فقط مستغنياً به عن ذكر باقي العناصر، ويبدو ذلك في قولهم (المالك قدرة شرعية على التصرف)، ومن الفقهاء من ذكر عنصر الانتفاع والمعاوضة، وفي ذكر ما قالوه غناء عن ذكر باقي العناصر، إذ أن باقي العناصر لا تخرج عن مجال الانتفاع، فالاستعمال، والاستغلال، والتصرف كلها من دروب الانتفاع بمعناه الواسع.

وفي جميع الأحوال فإن اقتصار فقهاء الشريعة على ذكر عنصر واحد فقط من عناصر الملكية لم يكن إغفالاً لباقي العناصر، بل هو على سبيل الاستغناء، فذكر عنصر الانتفاع وحده يكفي ذلك لتحقيق باقي العناصر، بل إن عدم ذكر فقهاء الشريعة لكافة عناصر الملكية يكاد يكون أمراً مقصوداً؛ لأن هذه العناصر تتسع وتضيق على حسب ما تتعلق به من عين أو منفعة أو حق،

فمن الحقوق المملوكة ما لا يقبل التصرف لا بالاسقاط، ولا بالتمليك كالإستحقاق في الوقف، ومنها ما يقبل الاسقاط ولا يقبل التمليك كحق الشفعة، ومنها ما يقبلها كحق التعلي، وأن منها ما لا يقبل الاستغلال ويقتصر الانتفاع به على مجرد الاستعمال كحق المرور، وبالتالي لم يكن ثبوت العناصر الثلاثة أمراً لازماً لثبوت الملك، بل يكفي لثبوته شرعاً أن يكون هناك اختصاص مصاحب له على وضع يمنع غيره من التدخل فيه<sup>(١)</sup>.

ونعرض فيما يلي لعناصر الملكية الثلاثة:

(١) عنصر الاستعمال.

(٢) عنصر الاستغلال.

(٣) عنصر التصرف.

(١) الدكتور ابراهيم مجاهد يوسف - الشرط المانع من التصرف كقيد على الملكية - عام ١٩٩٨م - ص ٦٣.

(١) عنصر الاستعمال:

يقصد بعنصر الاستعمال استخدام الشيء فيما هو قابل له للحصول على منافعه، أي فيما أعد له، كاستعمال الدابة لركوبها، والثياب للملبس، والدار للسكنى، وهكذا، والاستعمال قد يكون من المالك نفسه أو من الغير، ولكن استعمال المالك لمملكه ليس كاستعمال الغير له، فالمالك مسلط على ملكه، وله استعماله حتى ولو أدى ذلك إلى إهلاكه، بل له أن يستعمله أو لا يستعمله حسب القيود الشرعية، ولكن عند استعمال الغير للملك يجب أن يكون في الحدود المتفق عليها، وبالوسيلة والكيفية المناسبة لطبيعة الشيء محل الاستعمال، وللمالك أن يعترض على هذا الغير إذا استعمل الشيء بطريقة غير مشروعة وبخلاف المتفق عليه، أي أن استعمال المالك لمملكه مطلق في حين أن استعمال الغير مقيد بما هو متفق عليه.

(٢) عنصر الاستغلال:

يقصد به القيام بالأعمال اللازمة للحصول على ثمار الشيء سواء كانت ثمار طبيعية أم متولدة، وسواء كانت مستغلة بعمل مادي أم بطبيعتها، وثمار الشيء تختلف عن منتجاته، إذ الثمار متجددة، وبصفة دورية، ولذا فلا تُنقص من أصل الشيء بأخذها، أما المنتجات فتُنقص من أصل الشيء المملوك، وتنتج بصفة غير دورية، مثل الأحجار التي تؤخذ من الأرض والأشجار التي تؤخذ من الغابة.

(٣) عنصر التصرف:

حكم الملك في الشريعة الإسلامية هو ولاية التصرف للمالك في المملوك بإختياره، وليس لأحد أن يجبره عليه إلا لضرورة، ولا لأحد ولاية المنع عنه إلا إذا تعلق به حق الغير، فيمنع من التصرف من غير رضا صاحب الحق، وغير المالك لا يكون له التصرف في ملكه من غير إذنه ورضاه إلا لضرورة<sup>(١)</sup>.

وبالتالي فإن للمالك أن يتصرف في ملكه بأي تصرف شاء، لكن إذا تعلق بحق المالك حق للغير كحق صاحب العلو على صاحب السفلى فإن الإمام أبي حنيفة رحمه الله يجعل أي تصرف من المالك في ملكه إذا تعلق به حق للغير تصرف محرم سواء تضرر الغير بهذا التصرف أم لا، أما الصاحبان فيقرران أن أي تصرف في الملك لا يحرم إلا إذا تعلق به حق للغير وتضرر الغير بهذا التصرف، فحق الغير لا يمنع من التصرف لعينه، بل لما يتضرر به، فأبي تصرف يتضرر منه الغير حرام<sup>(٢)</sup>، فإن انتفى الضرر فلا حرمة للتصرف وحق التصرف هذا ثابت للمالك من طبيعة حقه ذاته، إذ لصاحب الملك حق جامع لجميع مزايا الملك، والتصرف فيما يملكه، وسلطة التصرف كما هي للمالك، فإن هذا المالك يمكن أن يرتبها لآخر يتصرف في ملكه كيفما شاء،

حيث إن التصرف في حق الإنسان بإذنه مباح.

- (١) بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع - الإمام الكاساني علاء الدين أبو بكر بن مسعود - ط١ - مكتب البحوث والدراسات - دار الفكر - بيروت - لبنان - عام ١٤١٧ (هـ) ١٩٩٦ م - ج ٦ - ص ٢٦٤.  
(٢) الكاساني - المرجع السابق - ج ٦ - ص ٢٦٥.

## المطلب الثاني

### عناصر الملكية في القانون الوضعي

#### *The Elements of the Ownership in the Positive Law*

إن عناصر الملكية في القانون الوضعي لا تختلف عنها في الشريعة الإسلامية إختلافاً جوهرياً، فتعريف الملكية فيهما متقارب، وكذلك خصائص الملكية فيهما متقاربة كما سأوضح إن شاء الله في الفصل الثاني من هذا الباب، ولقد جاء في تعريف القانون المدني المصري للملكية في المادة (٨٠٢) بأنها: (لمالك الشيء وحده في حدود القانون حق استعماله واستغلاله والتصرف فيه)، فجمع التعريف بين عناصر الملكية الثلاثة وهذه العناصر هي:

(١) عنصر الاستعمال.

(٢) عنصر الاستغلال.

(٣) عنصر التصرف.

#### (١) عنصر الاستعمال *The Use Element*:

ويكون باستخدام الشيء بحيث يمكن الحصول على منفعته التي أعد لها أو يمكن استخدامه فيها وذلك حسب ما تسمح به طبيعة الشيء، فاستعمال الأرض بزراعتها أو البناء عليها، واستعمال الدور للسكنى، والكتاب للقراءة، وهكذا.

والاستعمال قد يكون بواسطة المالك وله أن يستعمله حتى ولو أدى ذلك إلى إهلاكه، وقد يكون الاستعمال بواسطة الغير، فيظل هذا الغير ملتزم بأن يستعمل الشيء على الوجه الذي أعد له، وأن يديره إدارة حسنة، وللمالك أن يعترض على أي استعمال غير مشروع أو غير متفق مع طبيعة الشيء أو الشروط المتفق عليها.

#### (٢) عنصر الاستغلال *the Exploitation Element*:

يقصد به القيام بالأعمال اللازمة للحصول على ثمار الشيء التي يكون قابلاً لإنتاجها، وثمار الشيء تختلف عن منتجاته كما ذكرت آنفاً، فالثمار هي بحسب الأصل ما ينتجه الشيء في مواعيد دورية دون أن يؤدي أخذها إلى نقص أصل الشيء؛ لأنها متجددة، مثال ذلك محصول الأرض، أما منتجات الشيء فهي كل ما ينتجه الشيء في مواعيد غير دورية أو يترتب على أخذها نقص أصل الشيء، مثال ذلك ما يستخرج من المناجم، والمحاجر<sup>(١)</sup>.

بيد أن هذا التقسيم بين الثمار والمنتجات لا يصدق إلا على الثمار بطبيعتها، فهناك ثمار كانت بحسب الأصل منتجات إلا أن المالك أعدها لأن تكون ثماراً، فالأحجار التي تقطع من

المحاجر والمعادن التي تستخرج من المناجم والأشجار التي تقطع من الغابات تعتبر ثماراً إذا كانت المحاجر والمناجم والغابات قد أعدت للاستغلال، ولكنها تعتبر منتجات إذا لم يكن هناك مثل هذا الأعداد، فالعبرة في تحديد الثمار تكون بحسب ما ينتج الشيء وأعداد المالك له، وإن كانت هذه التفرقة بين الثمار والمنتجات ليس لها أي أثر على حق المالك.

(١) الدكتور ابراهيم مجاهد يوسف - المرجع السابق - ص ٦٦.

### ٣) عنصر التصرف *The Disposal Element*:

يقصد به ما يملكه المالك من أعمال مادية وقانونية على الشيء المملوك، والأعمال المادية ما يترتب على الشيء من أعمال حسية تغير صورته أو تؤدي إلى هلاكه، أما الأعمال القانونية فتكون بتقرير حق عيني على الشيء أو نقل ملكيته، والإختلاف بين العمل المادي والعمل القانوني يبدو في أن الأول يرد على ذات الشيء وعينه، في حين أن الثاني يرد على حق المالك وإن كان ينعكس على ذات الشيء في النهاية، إذ أن حق المالك لا يتصور وجوده إلا بوجود شيء مملوك، والشيء المملوك لا تثبت له صفته بكونه مملوكاً إلا بوجود مالك له.

وحق التصرف وإن كان يرد على الحقوق المالية التي تقبل الإنتقال غير أن سلطة التصرف في الشيء المملوك تخوّل المالك حق نقل الانتفاع الكامل بالشيء للغير، وهذا الأمر لا يتحقق لأصحاب الحقوق العينية الأخرى غير حق الملكية، فالمالك وحده هو الذي يستطيع أن يتصرف في الشيء مادياً إلى حد إهلاكه، وعلى هذا النحو تعتبر سلطة التصرف المادي عنصراً خالصاً لحق الملكية يميزه عن غيره من الحقوق العينية، فجميع الحقوق العينية الأصلية الأخرى تخوّل لصاحبها سلطة الانتفاع على شيء مملوك للغير على نحو يتفاوت مداه من حق لآخر.

هذا وإن كانت سلطة التصرف ليست حكراً على المالك وحده بل تثبت لأي حق عيني آخر، غير أن سلطة التصرف للمالك أوسع مدى من سلطة الغير، فتشمل الرقبة والمنفعة معاً، في حين أن سلطة الغير لا تكون إلا في حدود الانتفاع فقط ولا تمتد إلى رقبة الشيء، أما المالك هو وحده الذي يملك التصرف في الرقبة، وإذا تقرر للغير حق من الحقوق على الشيء كحق انتفاع مثلاً فإن حق المالك يتقيد بما تقرر لهذا الغير من حق.

### المبحث الرابع

#### أسباب كسب الملكية

#### *The Ownership Reasons*

إن الإسلام ينظر للإنسان على أنه مخلوق له دوافعه الفطرية وغرائزه الاجتماعية، وإن من بين هذه الدوافع والغرائز غريزة التملك وحب المال، وهي التي تدفع الإنسان إلى الكسب والتعمير وحب البقاء.

قال سبحانه وتعالى: **وَإِنَّهُ لِحُبِّ الْخَيْرِ لَشَدِيدٌ** (١)، أي شديد المحبة للمال – فالخير هنا يعني المال، وكلام النبي يوضح هذا المعنى إذ يقول: لو كان لابن آدم واديان من مال لابتغى وادياً ثالثاً، ولا يملأ جوف ابن آدم إلا التراب، ويتوب الله على من تاب.

لذا عندما أقر الإسلام الملكية الخاصة، فإنما أقر ميلاً طبيعياً إلى تملك نتائج العمل، وإذا كان المال في نظر الإسلام ضرورياً للحياة البشرية ودعامة وجود المجتمع وبه قيامه وبه حياة الإنسان وبقائه فإن سعي الإنسان إلى تحصيله واقتنائه إنما هو بحكم فطرته وغريزته؛ لأن فيه رزقه وسد حاجته، والحصول عليه واجب تجنباً للهلكة وبعداً عن الفناء، وهذا ما يساير الفطرة

(١) سورة العاديات – آية (٨).

ولقد أقر الإسلام الملكية الفردية حينما تكون الوسيلة إلى التملك وسيلة مشروعة، وجعل ذلك ضرورة اجتماعية، وفي إقرار الملكية الفردية تحقيق للعدالة بين الجهد والجزاء فوق مسابرة للفطرة واتفاقه مع الميول الأصلية في النفس البشرية – وفي الوقت ذاته يتفق مع مصلحة الجماعة بتحفيز الفرد على بذل أقصى جهد لتنمية الحياة.

وقد جاءت الآيات صريحة قاطعة في إقرار هذا الحق، فالله سبحانه وتعالى يضيف الأموال لأصحابها فيقول: لِلرَّجَالِ نَصِيبٌ مِّمَّا اكْتَسَبُوا وَلِلنِّسَاءِ نَصِيبٌ مِّمَّا اكْتَسَبْنَ (١)، وقال: وَأَنْتُمْ الْيَتَامَىٰ أَمْوَالُهُمْ وَلَا تَنْبَذُوهَا بِالْحَبِيبِ بِالطَّيِّبِ وَلَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَهُمْ إِلَىٰ أَمْوَالِكُمْ (٢)، وقال أيضاً: وَإِنْ نُبْنُتُمْ فَلَكُمْ رُءُوسُ أَمْوَالِكُمْ لَا تَظْلِمُونَ وَلَا تُظْلَمُونَ (٣).

وقال النبي: إن دماءكم وأموالكم عليكم حرام كحرمة يومكم هذا في شهركم هذا في بلدكم هذا (٤).

وقال: لا يحل مال امرئ مسلم إلا بطيب نفس (٥)، وفي حديث معاذ بن جبل عندما بعثه النبي إلى اليمن، قال له النبي: فإن هم أطاعوك لذلك، فأعلمهم أن الله قد فرض عليهم صدقة تؤخذ من أغنيائهم فترد على فقرائهم، فإن هم أطاعوك لذلك فإياك وكرائم أموالهم .. (٦).

ولقد أوجب الإسلام على كل إنسان وهو بصدد كسبه للمال أن يسلك في ذلك الطرق المشروعة، وأن يبتغي الحلال في كسبه وحياته للثروة، وحذره من أن يقارف عملاً محرماً ويجعله وسيلة لكسبه وطريقاً لتحصيل المال بل أمر الإسلام الإنسان بالبعد عما فيه شبهة صيانة لماله وتطهيراً لنفسه، فإذا ما سلك الإنسان الطريق الصحيح واصطبغت الملكية بالصبغة الشرعية أضفى عليها الإسلام الحماية، وكفل لها الاحترام، وأوصد الأبواب في وجه الطامعين فيها، ووضع العقوبات الرادعة لكل من تمتد يده بالاعتداء على هذه الملكية، وبهذا تصان الحقوق، وتحفظ الأموال عن أن يعبت بها عابث أو يطمع فيها طامع، ولخطورة هذا الأمر سوف نتناول محل الملكية لبيان ما يجوز وما لا يجوز تملكه بشئ من الإيجاز، ثم نتناول بعد ذلك أسباب كسب الملكية في الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية حتى نتضح الرؤيا أمامنا، لا سيما ونحن بصدد بحث أحد الموضوعات الهامة التي تمس بحق مصون – أي حق الملكية – ألا وهو موضوع نزع الملكية الخاصة للمنفعة العامة.

وسوف نقسم هذا المبحث إلى ثلاثة مطالب متتالية نتناول في أولهم محل الملك، ثم نتناول في ثانيهم أسباب كسب الملكية في الفقه الإسلامي، وأخيراً نتناول في المطلب الثالث أسباب كسب الملكية في القانون الوضعي.

(١) سورة النساء – آية (٣٢).

(٢) سورة النساء – آية (٢).

(٣) سورة البقرة – آية (٢٧٩).

(٤) البخاري – كتاب الحج – باب حجة الوداع.

(٥) مسند الإمام أحمد بن حنبل (٢٣٤٩٦).

## المطلب الأول

### محل الملك

من المسلم به أن الملك هو اختصاص يمكن صاحبه شرعاً من أن يستبد بالتصرف والانتفاع عند عدم المانع الشرعي<sup>(١)</sup>.

وهناك من الأشياء ما يجوز شرعاً تملكها، ومنها ما لا يجوز تملكها، والأشياء التي لا يجوز أن تكون محلاً للملك هي:

(١) الأعيان التي لا منفعة فيها؛ لأن الملك قد شرع من أجل الانتفاع به، فقيامه على أعيان لا منفعة فيها عبث لا يقبله شرع ولا عقل، وذلك مثل الحشرات من الذباب والبعوض وهوام الأرض المؤذية من العقارب والحيات، ونحوهما من سائر الحشرات السامة.

ولكن ذهب بعض فقهاء الأحناف إلى أن هوام الأرض إذا أمكن الانتفاع بها للأدوية فإنه يجوز أن تكون محلاً للملك، وهذا يتفق والتطور العلمي الذي أدى إلى تصنيع كثير من هذه الحشرات والهوام المؤذية إلى أمصال يستفاد بها في مقاومة الأمراض المختلفة، ومن ثم فإنها تكون مالملاً مضموناً بالتعدي لما لها من قيمة بين الناس.

(٢) الأعيان والمنافع المحرمة؛ لأن الملك يدور مع حل الانتفاع وجوداً وعدمًا، فما حل الانتفاع به صح تملكه، وما حرم الانتفاع به لم يصح تملكه.

ومن الأشياء التي حرّم الشارع الانتفاع بها الخمر والخنزير والميتة وأدوات اللهو المحرم، ومن ثم لا يصح أن تكون محلاً للملك المسلم.

هذه هي الأشياء التي لا يجوز أن تكون محلاً للملك أصلاً، وما عدا ذلك فإنه يقبل التملك والتملك، ولكن هناك بعض الأعيان قد يعرض لها بحكم طبيعتها ما يحول بينها وبين التملك الفردي كالأعيان الآتية:

أولاً: الأعيان التي تعلق بها حق العامة من الطرق والقناطر والسكك الحديدية والمتاحف وغيرها مما هو مخصصاً للمنافع العامة، فلا يجوز أن تقع تحت طائلة التملك الفردي؛ لأنها ملك لمجموع الأمة، مرصودة لمنافعها العامة، وهي لا يمكن أن تؤدي وظيفتها إلا إذا كانت ممنوعة من التملك الفردي، لكن متى زالت عنها صفتها العامة فإنها تعود لطبيعتها الأصلية وهي قابليتها للتملك الفردي.

ثانياً: الأعيان التي تعلق بها حق الله تعالى كالمساجد والوقف الخيري وأماكن بيت المال، فهذه لا يصح تملكها لأحد من الناس إلا إذا رأت المحكمة حل الوقف أو استبدال شيء منه لضرورة أو مصلحة راجحة<sup>(٢)</sup>، كما لو تخرب الموقوف وتهدم، أو أصبحت نفقاته أكثر من غلاته، فإنه يجوز بيعه واستبداله بعين أخرى، وكما لو رأت الجهة المشرفة على الأموال العامة أن المصلحة في بيعها.

ويتضح مما سبق أن غير هذه الأعيان من الأموال تكون قابلة للملك والتملك بالأسباب

الشرعية والقانونية المنصوص عليها.

(١) الدكتور رمضان السيد الثرنباصي - المدخل لدراسة الفقه الإسلامي - كلية الحقوق - جامعة الإسكندرية - مطابع السعدني - عام ٢٠٠٦م - ص ٣٨٢.  
(٢) الدكتور رمضان السيد الثرنباصي - نفس المرجع - ص ٣٨٣.

## المطلب الثاني

### أسباب كسب الملكية في الفقه الإسلامي *Islamic jurisprudence The Ownership Reasons in*

حتى نتمكن من معرفة أسباب كسب الملكية في الفقه الإسلامي يشترط أن نعرف أولاً أنواع الملكية في هذا الفقه العتيق، وبعد أن نعرف أنواع الملكية نستطيع أن نتعرف على سبب كل نوع من هذه الأنواع، وبذلك نستطيع الحصول على تصوير دقيق لأسباب الملكية.

والملكية في الفقه الإسلامي تنقسم كما بينا قبل ذلك إلى قسمين:

(١) ملكية ناقصة (*the incomplete ownership*): ويطلق عليها الفقهاء ملك المنفعة.

(٢) ملكية تامة (*the complete ownership*): ويطلق عليها الفقهاء ملكية الرقبة.

وسوف نتعرف على سبب كسب كل من هذين النوعين من الملكية وذلك في فرعين متتاليين نتناول في أولهما أسباب ملك المنفعة (الملك الناقص)، ثم نتناول في ثانيهما أسباب ملك الرقبة (الملك التام).

## الفرع الأول

### أسباب ملك المنفعة (الملك الناقص)

ملك المنفعة هو الملك الواقع على منافع العين دون رقبته، وملك المنفعة يستفاد بأسباب أربعة وهي: الوقف، والوصية، والإعارة، والإجارة .

أولاً: الوقف (*The Wakf*):

إن الموقوف عليه له أن ينتفع بالموقوف إما بالاستغلال أو بالاستعمال إذا نص على أن له أن ينتفع به كيفما شاء، وإذا نص على إحداهما دون الآخر كأن ينص على الاستعمال ويمنع من الاستغلال، أو العكس، فليس للموقوف عليه إلا ما نص عليه؛ لأن الشروط التي يشترطها الواقفون في الوقف هي التي تنظم طريق الانتفاع، وبمقتضاها يتمكن المنتفع من الموقوف (١).

ولذا ورد عند كثير من الفقهاء أن شرط الواقف كنص الشارع؛ لأن الوقف يأتي من قبله فيلزم العمل بشرطه (٢).

ثانياً: الوصية (*The Will*):

إن الأصل في ملكية الأعيان أن يستتبعه ملك المنفعة؛ لأن الملك ما شرع في الأصل إلا لأجل الانتفاع بالعين انتفاعاً قد أقره الشرع على وجه الاختصاص.

(١) الدكتور عدنان خالد التركماني - ضوابط الملكية في الفقه الإسلامي - ص ١٨.

(٢) كشاف القناع ٢٥٩-٤/٢٥١ والقواعد لابن رجب ٢٠٩.

غير أن الشريعة قد أجازت أن تمتلك الرقبة دون منفعتها في حالات نادرة؛ لأنها أقل أنواع الملك الناقص وجوداً لوروده على خلاف الأصل، وذلك عن طريق الوصية في صورتين:

الصورة الأولى: أن يوصي شخص بمنفعة عين من أعيان تركته مدة معلومة أو مطلقاً، ويوصي برقيبتها لشخص آخر، فيملك الموصي له الأول منفعة العين بالوصية، في حين يملك الآخر رقيبتها دون منفعتها حتى انتهاء المدة، فتصبح العين ومنفعتها ملكاً له.

الصورة الثانية: أن يوصي شخص بمنفعة عين من أعيان تركته مدة معلومة لشخص آخر، على أن يبقى ملك الرقبة للورثة، ففي هذه الحالة يستحق الموصي له بالمنفعة الانتفاع بها طيلة المدة، وبعدها تعود المنفعة للورثة، ويصبح ملكهم لها ملكاً تاماً<sup>(١)</sup>.

ثالثاً: الإجارة (*the Lease*): اتفق الفقهاء رحمهم الله تعالى على أن المستأجر يملك منفعة العين المؤجرة خلال مدة الإجارة، وله أن يستوفي المنفعة بنفسه وبغيره.

كما يجوز للمستأجر أن يؤجر العين التي استأجرها؛ لأن المنفعة أصبحت مملوكة له، فيجوز أن يستوفيه بنفسه أو عن طريق نائبه، حتى أن الحنابلة أجازوا تأجيرها من المالك نفسه بمثل الأجرة أو دونها أو أكثر منها، ولم تكن هناك حيلة للربا كبيع العينة، بينما منع الحنفية ذلك خشية التحايل على الربا<sup>(٢)</sup>، إلا بنفس الأجرة التي استأجر بها<sup>(٣)</sup>، وإذا أجزها من غير مالكتها بزيادة عما استأجر تصدق بالفضل.

رابعاً: الإعارة: ذهب جمهور الحنفية إلى أن المستعير يملك المنفعة؛ لأن المنافع قابلة للملك كالأعيان، والتمليك نوعان بعوض وبغير عوض، والأعيان تقبل النوعين، فكذا المنافع، غير أن المستعير وإن كان مالكاً للمنفعة إلا أنه لا يملك أن يؤجرها لغيره؛ لأن الإجارة لازمة بخلاف العارية، وشاركهم في ذلك المالكية<sup>(٤)</sup>.

بينما ذهب الشافعية وجمهور الحنابلة والكرخي من الحنفية إلى أن الإعارة إباحة للمنافع وليست تملكاً لها، ولهذا فإن المستعير لا يملك أخذ العوض عليها فلا يملك نقلها إلى غيره<sup>(٥)</sup>.

## الفرع الثاني

### أسباب الملك التام

والملك التام هو الواقع على رقبة العين ومنافعها معاً، وتنقسم أسبابه إلى أربعة أسباب تتضح فيما يلي:

السبب الأول: سبب منسئ للملك على الأعيان بعد أن كان غير ثابتاً فيها، وهذا هو الاستيلاء على الأشياء المباحة ووضع اليد عليها وهو ما يسمى احراز المباحات.

والأشياء المباحة قبل حيازتها ووضع اليد عليها لم تكن مملوكة لأحد ولم يكن هناك ملك واقع عليها، وبالإستيلاء ووضع اليد تثبت الملكية عليها، وهي ملكية حادثة، ويسمى هذا سبباً فعلياً من أسباب كسب الملكية، وهذا السبب لم يكن ناشئاً عن قول أو عقد بل ناشئاً عن فعل وعمل.

(١) نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج للرملي ٦/٥١.

(٢) المبدع شرح المقنع - أبي اسحق برهان الدين إبراهيم بن محمد بن مفلح الحنبلي - المكتب الإسلامي - عام ١٣٩٤ (هـ) / ١٩٧٤م - ٢/٢٠٩. والكافي في فقه ابن حنبل لابن قدامة - ط ٣ - دار الكتب الإسلامية - بيروت - عام ١٤٠٢ (هـ) / ٢/٢٣٥. ومنار السبيل للإمام أحمد بن حنبل - الإسكندرية - دار العقيدة - عام ١٤٢٨ (هـ) / ٢٠٠٧م - ١/٤١٨.

(٣) المغنى لابن قدامة ٥/٤٧٨.

(٤) الكافي ٢/٨١١.

(٥) المغنى لابن قدامة ٥/٢٣٧.

والاستيلاء على المباح يشتمل على أربعة أنواع:

## النوع الأول: إحياء الموات:

الأراضي الموات: هي الأراضي التي تعذر زراعتها لانقطاع الماء عنها أو لغلبته عليها أو لكون تربتها غير صالحة للإنبات<sup>(١)</sup>.

ويشترط لاعتبار الأرض مواتاً أن يتوافر فيها شرطان<sup>(٢)</sup>:

الشرط الأول: أن تكون بعيدة عن العمران، وهذا البعد قدره الإمام أبو يوسف بنحو ثلاثمائة ذراع إلى أربعمائة<sup>(٣)</sup>، أما الأراضي الداخلة في العمران لا تعتبر مواتاً.

الشرط الثاني: ألا تكون مملوكة لأحد أو تعلق بها مصلحة الأمة، كأن يكون في تربتها معادن، أو تعلقت بها مصلحة أهل القرية، كأن تكون قريبة من العمران؛ لأنها إن كانت قريبة من العمران انتفع بها في غير الزراعة، فتتعلق بها مصالحهم، فتكون منها طرق ومسائل ماء وملقى قمامة وملقى تراب، وغير ذلك من مصالح العمران، وهذا ما اتفق عليه الفقهاء رحمهم الله تعالى.

أما اشتراط إذن الإمام من عدمه، فقد اختلف فيه الفقهاء إلى مذهبين:

المذهب الأول: اشتراط الإذن به، وقال أبو حنيفة<sup>(٤)</sup>، ورواية عن الحنابلة، وقول عند المالكية إذا حصلت المنازعة بين الناس من أجل إحياء الأرض وجب إذن الإمام، وإذا لم تحصل المنازعة بين الناس على الإحياء فلا يشترط إذن الإمام، وذلك من أجل فض المنازعات ودرء المفساد الحاصلة أو المتوقعة، وبما أن الأرض الموات تحت نظر الإمام فالأمر يعود إليه تحقيقاً للمصلحة.

المذهب الثاني: عدم اشتراط الإذن، وبه قال جمهور الفقهاء<sup>(٥)</sup> وصاحباً أبي حنيفة؛ لأن الأراضي الموات عين مباحة، فلا يفتقر تملكها إلى إذن الإمام، كأخذ الحشيش والحطب، ولأنه قال: من أحيا أرضاً ميتة فهي له، وهذا الحديث واضح في عدم اشتراط إذن الإمام.

ولكن الناظر في هذا الزمان الذي طغت فيه الماديات والشهوات، وانحرف فيه كثير من الناس عن منهج رب الأرض والسموات، يجعل من الضروري وجوب إذن الإمام، لا سيما في حالة وقوع منازعات بين الناس على إحياء الأرض.

وإحياء الأرض وجعلها صالحة للزراعة أو للانتفاع يكون بإزالة السبب الذي جعلها غير صالحة وغير نافعة، فإذا كان مواتها بسبب غمر المياه لها فأحياؤها بإقامة السدود الواقفة للمياه، وإذا كان مواتها بسبب قلة المياه، فأحياؤها بشق الأنهر أو بوضع آلات دفع المياه، وإذا كان مواتها بسبب فساد تربتها فأحياؤها بكون بكريها وسقيها وإزالة الأحجار عنها حتى تصير صالحة للإنبات وقابلة للزراعة، وإذا أرادوا بإحياء الأرض إقامة بنيان عليها أو قرية فأحياؤها ببناء الجدران وتقسيمها بيوتاً ودوراً ونحو ذلك.

(١) نهاية المحتاج ٥/٣٣١.

(٢) الدكتور عدنان خالد التركماني - المرجع السابق - ص ٢١.

(٣) الدكتور رمضان السيد الثرنباصي - المرجع السابق - ص ٣٨٧.

(٤) حاشية ابن عابدين ٦/١٣٢.

(٥) المهذب ١/٤٣٠. والمغني لابن قدامة ٦/١٥١.

والإحياء سبب للملكية عند عامة الفقهاء ما دامت الأرض لا مالك لها لقول الرسول: من أحيا أرضاً ميتة فهي له<sup>(١)</sup>.

أما التحجير فلا يعتبر من أسباب الملك، وهو أن يضع الشخص علامة في الأرض الموات تدل على سبقه إليها، أو يشرع في إحيائها، فيعد من التحجير وضع سور حول الأرض أو

خط خطوط حولها تدل على سبق وضع يده عليها، ومنها أن يقطع أشواكها؛ لأن ذلك شروع في الإحياء وليس إحياء، ولكنه بهذا الشروع يصير أحق الناس به لما روي عن النبي أنه قال: من سبق إلى ما لم يسبق إليه مسلم فهو أحق به (٢).

واتفق الفقهاء على أن المتحجر إذا مضى على تحجيره ثلاث سنوات لا يصبح صاحب حق، لقول رسول الله: فمن أحيا أرضاً ميتة فهي له، وليس لمتحجر حق بعد ثلاث سنوات (٣).

لأن المتحجر بعد هذه المدة دون إحياء قد يضيق على الناس في حق مشترك بينهم؛ لأن الجميع لهم الحق في إحيائها وإملاكها بهذا الإحياء، فجاء هذا فمنع الناس عنها، وما أحياها ولا ترك الناس يحيونها، فكان في هذا الإمساك ظالماً.

ومن ناحية أخرى فإن الإحياء شرعه الإسلام من أجل تحقيق مصلحة عامة بعمارة الأرض، وفي هذا المنع تفويت لهذه المصلحة، فينبغي أن يمنع منه.

وقد ذهب ابن قدامة من فقهاء الحنابلة إلى أن يترك تحديد المدة لرأي الإمام، فقال رحمه الله تعالى: "إذا طالت المدة بعد التحجير ولم يحيه فينبغي أن يقول السلطان له إما أن تحييه وإما أن تتركه ليحييه غيرك؛ لأنه ضيق على الناس في حق مشترك بينهم، فلا يمكن من ذلك، فإن طلب الإمهال لعذر مدة يسيرة كالشهرين أو الثلاثة أجيب إلى طلبه؛ لأنه يسير، فإن ضربت له مدة وانقضت ولم يعمر، فلغيره أن يعمره ويملكه؛ لأن المدة ضربت له لينقطع حقه بمضيها" (٤).

وإن الملك بالإحياء كالملك بسائر أسباب الملكية متى ثبت لشخص لا يزول عنه إلا بانتقاله بسبب من أسباب الملكية الأخرى، فإذا لم تنتقل الملكية بسبب آخر، فإنها تظل ثابتة لمن أحيا ولو صارت الأرض بعد ذلك مواتاً بإهمالها وعدم تعهدها بالحرث والسقي، وهذا ما ذهب إليه جمهور الفقهاء رحمهم الله تعالى (٥).

أما الإمام مالك رحمه الله تعالى رأى أن الإحياء إذا ذهب بعودة الأرض مواتاً قبل أن ينتقل الملك إلى غير المحيي تنتهي الملكية، ويكون في هذه الحالة لأي شخص إمتلاكها بالإحياء؛ لأن الإحياء علة الملك، فإذا ذهب الإحياء ذهب الملك لدوران الحكم مع علته وجوداً وهدماً.

(١) سنن أبي داود ٣/١٧٨ ومسند الإمام أحمد ٤/٣٠٤.

(٢) سنن أبي داود ٣/١٧٧.

(٣) كتاب الخراج لأبي يوسف - ص ٦٥.

(٤) المغنى ٦/١٦٧-١٦٨ وكشاف القناع ٤/١٩٣.

(٥) المغنى ٦/١٤٧.

## النوع الثاني: الاستيلاء على المعادن والكنوز:

والاستيلاء على المعادن والكنوز ينقسم الى قسمين:

القسم الأول: ملكية المعادن في الفقه الإسلامي:

تعريف المعادن في اللغة: المعدن من العدن، وهو الإقامة، ومنه يقال: عدن في المكان إذا أقام فيه، والمعادن هي المواضع التي تستخرج منها جواهر الأرض كالذهب والفضة والنحاس

والرصاص.

المعدن في الفقه: يطلق الفقهاء لفظ المعدن ويريدون به أحد معنيين<sup>(١)</sup>:

الأول: الأماكن التي أودعها الله جواهر الأرض من ذهب وفضة ونحوهما.

الثاني: ما يخرج من جواهر الأرض بعمل وتصفية من الذهب والحديد ونحوهما.

وقسم الفقهاء المعادن إلى قسمين:

١- معادن ظاهرة ٢- معادن باطنة

وعرّفوا المعادن الظاهرة بقولهم: هي المعادن التي لا تحتاج إلى مؤونة من أجل تحصيلها، بينما المعادن الباطنة هي التي يحتاج تحصيلها إلى طلب وعمل ومؤونة، وقسموها إلى جامدة ومائعة.

وأخذ الفقهاء في اعتبارهم في بيانهم لأحكام المعادن أنواع الأراضي التي توجد فيها المعادن، وقسموها إلى ثلاثة أنواع:

١- أراضي بيت المال ٢- أراضي أفراد ٣- أراضي مباحة

واتفق الفقهاء على أن المعادن الموجودة في الأرض التابعة لبيت المال مملوكة له والنظر فيها للإمام<sup>(٢)</sup>.

أما المعادن الموجودة في غير الأرض التابعة لبيت المال فقد ذهب المالكية في المشهور إلى أن المعادن لا تتبع الأرض التي فيها بل هي لجميع المسلمين، يفعل الإمام فيها ما فيه مصلحة لهم؛ لأن النبي أقطع بلال بن الحارث معادن القبيلة، مما يدل على أن أمر المعادن للإمام؛ لأن المعادن أقدم من ملك المالكين، وملكهم عرض لظاهر الأرض دون ما في جوفها، فبقى ما في جوفها فينأ للمسلمين يتولاه عنهم ولي أمرهم، وينفق في مصالحهم<sup>(٣)</sup>.

أما جمهور الفقهاء فقد ميزوا بين المعادن الموجودة في الأرض المملوكة، والمعادن الموجودة في الأرض المباحة، وذلك على النحو التالي:

(١) المعادن الموجودة في الأرض المملوكة:

انقسم الجمهور بخصوص ملكية المعادن الموجودة في الأرض المملوكة إلى مذهبين:

(١) المغني ٥/٥٧٤ ونهاية المحتاج ٥/٣٤٩. وشرح فتح القدير ٢/٢٣٢.

(٢) حاشية ابن عابدين ٦/٤٣٣.

(٣) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ١/٤٤٦-٤٤٧.

المذهب الأول: ذهب الحنابلة وبعض الشافعية إلى أن المعادن الجارية مباحة لا تملك بملك الأرض، أما المعادن الجامدة فتملك بملك الأرض سواء كانت ظاهرة أم باطنة<sup>(١)</sup>.

المذهب الثاني: ذهب الحنفية وبعض الشافعية إلى أن المعادن التي تظهر في الأرض المملوكة تملك بملك الأرض سواء كانت ظاهرة أم باطنة؛ لأنها أجزاء من الأرض كترابها فتملك بملكها؛ لأن من ملك أرضاً ملك عمقها.

(٢) المعادن الموجودة في الأرض المباحة:

ميز جمهور الفقهاء بين نوعين من المعادن:

الأول: المعادن الظاهرة:

اتفق فقهاء الحنفية والشافعية والحنابلة على أن المعادن الظاهرة لا تملك بالإحياء، ولا يجوز للحاكم أن يقطعها لأحد من المسلمين؛ لأن في ذلك ضرراً بهم وتضييقاً عليهم لتعلق مصالح كافة المسلمين بها؛ ولأن أبيض بن حمال استقطع النبي ملح مأرب، فأقطعه إياه، قال:

فلما ولى، قيل: يارسول الله أتدري ما قطعت له؟ إنما أقطعت الماء العذ، قال: فرجعه منه<sup>(٢)</sup>.

الثاني: المعادن الباطنة:

فقد اختلف الفقهاء فيها على مذهبين:

المذهب الأول: ذهب الشافعية والحنابلة في المشهور والمالكية<sup>(٣)</sup> إنها لا تملك بالإحياء؛ لأن النبي علّق الملك في الموات على الإحياء وهو عمارة، بينما استخراج المعادن فيه تخريب فلا يكون سبباً للملك.

المذهب الثاني: ذهب الشافعية في قول ورواية عن الإمام أحمد اختارها ابن قدامة والحنفية إلى أنه يملكها بالإحياء؛ لأن النبي أقطع بلال بن الحارث معادن القبيلية<sup>(٤)</sup>.

القسم الثاني: ملكية الكنوز في الفقه الإسلامي:

والكنز هو ما دفن في باطن الأرض من أموال بفعل الإنسان، وهو إما أن يكون إسلامياً أو جاهلياً.

فالذي يميز الكنز الإسلامي عن غيره وجود علامة أو كتابة تدل على أنه دفن بعد ظهور الإسلام مثل آية من القرآن الكريم أو كلمة من الشهادة أو اسم ملك إسلامي، والكنز بهذه الصورة تجري عليه أحكام اللقطة باتفاق الفقهاء.

أما الكنز الجاهلي فهو الذي قام الدليل على أنه دفن قبل الإسلام، كأن وجد عليه علامة صنم أو اسم أحد ملوكهم، فإذا وجده واجد فعليه الخمس لبيت المال.

(١) كشف القناع ٤/١٨٩.

(٢) الدكتور عدنان خالد التركماني- المرجع السابق - ص ٢١.

(٣) حاشية السوقي على الشرح الكبير ٤٤٦-١/٤٤٧.

(٤) كشف القناع ٤/١٨٨. والمغني ٦/١٥٤.

### النوع الثالث: حيازة الأشياء المباحة:

إن الأشياء المباحة كالماء والكلأ والنار وأحطاب الجبال وفواكهها التي لا مالك لها وأحجارها مادامت غير مملوكة لأحد، هذه كلها مباحة وحيازتها سبب لمليتها، فأول محتاز لها هو المالك الأول لها؛ لأن هذه الحيازة أنشأت ملكيته عليها، وهذه قاعدة عامة لكل الأشياء المباحة تطبق على ما ينطوي عليه عمومها من جزئيات.

### النوع الرابع: الغنائم الحربية:

إن أموال المحاربين تعتبر من المباحات؛ لأن ملكيتهم عليها غير محترمة، وإن احرار المباحات الذي هو من أسباب الملكية المشروعة تدخل فيها الغنائم الحربية<sup>(١)</sup>.

والشرع الإسلامي بمبادئه السامية قد منع الغزو الداخلي، فأما الحرب التي تشن مع الأعداء الخارجيين الذين يريدون النيل من الوطن والدين، فإنها سائغة ومشروعة، بل هي واجبة من أجل إعلاء كلمة الله، وإذلال الشرك وأهله، وهي من أسباب التملك في العرف الدولي وقوانين الأمم منذ القديم حتى الآن.

وضع اليد مدة طويلة:

قد تبين لنا مما سبق أن وضع اليد على المباح يعتبر سبباً للملكية لصالح واضع اليد، ولا يعتبر وضع اليد في الفقه الإسلامي سبباً للملكية إلا في هذه الحالة فقط.

وبالتالي فالشرع الإسلامي لا يعتبر وضع اليد مدة طويلة مثبتاً للملكية في غير حالة

المباحات، كما لا يعتبر في الوقت ذاته ترك المطالبة بالحق مدة طويلة مسقطاً لذلك الحق؛ لأن الحق في الشرع الإسلامي لا يزول مهما تقادم ومهما تطاول به الزمن، فمضي المدة لا يعطي حقاً لوضاع اليد، ولا يسقط حق صاحب حق.

#### السبب الثاني: العقود (The Contracts):

العقود جمع عقد وأصلها في اللغة: الجمع بين أطراف الشيء وربطها.

والعقد في اصطلاح الفقهاء هو: إرتباط إيجاب بقبول على وجه مشروع يظهر أثره في محله.

والعقود بصورة عامة هي من أعظم أسباب الملكية، وأعمها وقوعاً، وأهمها وأعظمها شأناً في الاعتبارات المدنية؛ لأن بها يتجلى الإدراك والنشاط الإنساني في المضمارين الإقتصادي والحقوقى، بخلاف الأسباب الأخرى للملكية، فإنها قليلة الوقوع بالنسبة إلى العقود التي تستلزمها حاجات الإنسان في معظم حركاته وأعماله اليومية المتكررة.

وإن الكلام عن العقود باعتبارها من أهم أسباب كسب الملكية يقتضي تقسيمها إلى قسمين من حيث تكوينها ونشأتها وهما العقود الإختيارية والعقود الإلزامية ويتضح ذلك فيما يلي:

(1) نهاية المحتاج ٨/٧٢ .

#### القسم الأول: العقود الإختيارية (The Optional Contracts):

إن الركن الفعال في العقود الإختيارية هو الرضا، وهو القاعدة العامة لنقل الأموال في الشريعة الإسلامية لقول الله: يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ (١).

وإن العقود التي تبني على الرضا والإختيار كثيرة، مثل عقود البيع والإجارة والهبة، وعقود أنواع الشركات، وعقود العمل المختلفة.

#### القسم الثاني: العقود الإلزامية (The Compulsory Contracts):

إن الأصل العام الذي وضعته الشريعة الإسلامية لنقل الأموال هو الرضا بإنشاء العقود الناقلة للملكية، غير أنه قد ينتزع الملك من صاحبه بغير رضاه في سبيل النفع العام أو النفع الخاص بغية رفع الأذى والضرر عن الغير، بحيث تكون المنفعة التي ينالها المالك من بقاء العين في ملكه أقل من الضرر الذي ينال غيره من هذا البقاء.

والأحوال التي ينتزع فيها الملك من غير رضا صاحبه ترجع إلى حالتين:

الحالة الأولى: نزع الملكية لمنافع الكافة:

كنزع ملك الأفراد للطرق العامة، أو شق الترع، أو بناء وتوسيع المساجد، أو إقامة الساحات العامة من أجل إقامة الأسواق، أو إقامة الحدائق، أو بناء المدارس والمستشفيات إذا كانت تقتضيها المصلحة العامة بنظر ولي الأمر العادل الذي أقامته الأمة لتحقيق مصالحها ودفع المفساد عنها، وسوف نتحدث عن هذه الحالة بالتفصيل في موضعه إن شاء الله تعالى باعتبارها موضوع هذا البحث.

وقد ذهب الفقهاء إلى أنه إذا ضاق المسجد على الناس وبجاوره أرض لرجل تؤخذ بالقيمة كرهاً؛ لأنه لما ضاق المسجد الحرام أخذ الصحابة بعض ما حوله من الأراضي بالإكراه وأدخلوها في المسجد، وهذا من الإكراه الجائز شرعاً.

والأصل في هذا العمل هو ترجيح منفعة الكافة على منفعة الأحاد، كما أنه لا يترتب على

الأخذ من المالك ضرر كبير به، لأنه يعوض بالقيمة المقدرة من قبل أهل الخبرة العدول.

الحالة الثانية: نزع الملكية لمنافع الخاصة أو الأحاد:

إن التملك الجبري لمنافع الأحاد يكون بأحد طريقتين:

الطريق الأول: التملك الاضطراري:

كمن اضطر إلى طعام الغير وطلبه منه فمنعه، فإذا قدر عليه المضطر وأخذه فإنه يأخذه مضموناً سواء كان معه ثمن يدفعه في الحال أو لم يكن معه؛ لأن ضرر المضطر من أجل الحفاظ على حياته لا يندفع إلا من هذا الطريق<sup>(٢)</sup>، وبلا شك أن ضرر المضطر أكبر من ضرر صاحب المال الذي يؤخذ منه بقيمته وتدفع له عاجلاً أو آجلاً.

(١) سورة النساء - آية (٢٩).

(٢) القواعد لابن رجب - ص ٧٢.

وتقتضي مكارم الأخلاق أن يدفع للمضطر الطعام مجاناً، ولكن إن شحت به النفس فطريق التملك الاضطراري يصبح الوحيد لحفظ الحياة.

الطريق الثاني: التملك القهري لدفع الضرر وذلك يكون في حالتين:

الأولى: نزع الملك لقضاء دين على صاحبه قد امتنع عن أدائه مطلقاً وظلماً، فالقاضي في هذه الحالة يحجر عليه ويمنعه من التصرف في ماله، ويبيعه، فينصف منه غرماءه، وهذا هو الذي ذهب إليه جمهور الفقهاء رحمهم الله تعالى، وقد خالفهم في ذلك أبو حنيفة الذي قال يكتفي الحاكم بالحجر عليه والحبس حتى يعطى ما عليه أو يموت محبوساً، فيبيع القاضي حينئذ ماله ويقسمه على الغرماء<sup>(١)</sup>.

ومما لا شك فيه أن نزع ملك المدين لقضاء ما عليه من دين إنما كان لمصلحة الأحاد وهم الغرماء.

الثانية: الشفعة: وللشفعة وجهين الأول أنها أثر من آثار عقد البيع، والثاني الذي عليه أكثر الفقهاء أنها سبب من أسباب الملكية، وهي على أية حال ليست سبباً إختيارياً، بل هي نزع الملك جبراً عن صاحبه.

والشفعة شرعاً<sup>(٢)</sup>: حق امتلاك العقار المبيع جبراً عن مشتريه بما قام عليه من الثمن.

وقد ثبتت الشفعة دعواً للضرر المتوقع؛ لأن المالك القديم قد يتضرر بسبب المشتري الجديد الذي سيتصل به حتماً، وهو لا يدري أهو عدل فتؤمن بوائقه أم باغ فتتقى بوادره، فشرع له من منطلق هذا الاحتمال حق إمتلاك ما اشتراه جبراً عنه، وفي ذلك دفع لأذى محتمل بدون ضرر كبير بالبائع أو المشتري؛ لأن البائع سيأخذ ثمن نصيبه، وبالتالي يكون قد حصل على غرضه، والمشتري تدفع له التكاليف التي وضعها، وبالتالي يتحقق في هذا الإجراء النفع للشفيع ودفع الضرر المتوقع له.

ولقد قرر الفقهاء رحمهم الله تعالى أن الشفعة تثبت على خلاف الأصل والقياس، وإنها أمر استثنائي من الأصل العام القاضي بالألا ينتقل الملك من صاحبه إلى غيره إلا بطيب نفس منه ورضاه، وفي الشفعة يملك العقار جبراً عن صاحبه وهو المشتري؛ لأنه بمقتضى عقد البيع صار هو المالك، ومع ذلك ينزع منه ملكه جبراً عنه.

بيد أن في تقرير مبدأ الشفعة إضراراً بالمالك الأصلي، لأنه إذا علم الراغبون في الشراء

أنهم إذا اشتروا نزع ملكهم منهم فلا يقدمون على الشراء، وبالتالي إذا كان المالك مضطراً للبيع كان بين حالين:

الأول: إما احتمال الضرر النازل به الذي اضطره إلى البيع، وفي ذلك أذى له.

الثاني: وإما الترغيب في المبيع الذي أعرض الناس عنه بعرضه بثمن بخس، وفي ذلك أذى له أيضاً.

وقد أجاب ابن القيم رحمه الله تعالى على هذا بقوله: "إن حكمة الشارع قد اقتضت رفع الضرر عن المكلفين ما أمكن، فإن لم يمكن رفعه إلا بضرر أعظم منه أبقاه على حاله، وإن أمكن رفعه بالتزام ضرر دونه رفعه به".

(١) بداية المجتهد ونهاية المقتصد لابن رشد الحفيد - دار الفكر للنشر والتوزيع - بيروت - لبنان ٢٠١٤. والمقتنع ٢/١٣٦. ونهاية المحتاج ٣/٣٨٧.  
(٢) القواعد لابن رجب ٢٨٥.

وبالتالي إذا أراد الشريك بيع نصيبه وأخذ عوضه كان شريكه أحق به من الأجنبي، وهو يصل إلى غرضه من العوض من أي طرف كان، فكان الشريك أحق بدفع الضرر عنه من الأجنبي<sup>(١)</sup>.

السبب الثالث: الخلافة:

الخلافة: هي حلول شخص محل شخص آخر، أو شئ جديد محل قديم، وهي نوعان:

١- خلافة شخص عن شخص، وتتجلى في أمرين<sup>(٢)</sup>:

أ- الإرث ب- الوصية

٢- خلافة شئ عن شئ، وهي التعويض.

(١) خلافة شخص عن شخص:

أ- الإرث:

الميراث شرعاً هو انتقال مال الغير إلى الغير على سبيل الخلافة<sup>(٣)</sup>، وبالتالي فالإرث خلافة يحل بها الوارث محل المورث في ملكية تركته، ولقد تولى الله في كتابه الكريم بيان هذا الجانب من التشريع الإسلامي بياناً مفصلاً بأحكام جزئية، وما ذلك إلا لأنها أحكام ثابتة لا تتبدل ولا تتغير بتغير الزمان والمكان.

وقد حرم الإسلام كل إجراء يؤدي إلى الإخلال بقواعد الميراث، وتوعد على ذلك بالعذاب المهين، فبعد أن بين الله تعالى قواعد الميراث والمستحقين في التركة وأنصبتهم، قال سبحانه: تَلْكَ حُدُودُ اللَّهِ وَمَنْ يُطِعِ اللَّهَ وَرَسُولَهُ يُدْخِلْهُ جَنَّاتٍ تَجْرِي مِنْ تَحْتِهَا الْأَنْهَارُ خَالِدِينَ فِيهَا ذَلِكَ الْفَوْزُ الْعَظِيمُ \* وَمَنْ يَعْصِ اللَّهَ وَرَسُولَهُ وَيَتَعَدَّ حُدُودَهُ يُدْخِلْهُ نَارًا خَالِدًا فِيهَا وَلَهُ عَذَابٌ مُهِينٌ<sup>(٤)</sup>.

وعلى هذا فإن الإرث سبب من أسباب التملك ثبت بحكم الشريعة دون حاجة إلى سابق اتفاق أو وصية، ولا يتوقف التملك على قبول الوارث بعد وفاة المورث، ولا يرد برده، وهذا ما عبر عنه الفقهاء رحمهم الله تعالى بأن الإرث جبري، فلا يؤثر فيه إسقاط الوارث، كما لا يؤثر فيه قصد المورث إلى حرمان ورثته أو بعضهم، بل للجميع الحق في ثلثي تركته، أما الثلث الباقي فقد ترك الشرع الإسلامي حرية التصرف فيه زيادة في الأجر للمورث، بشرط ألا يكون لأحد الورثة نصيب في هذا الثلث كيلا يتخذ هذا التصرف وسيلة إلى التفضيل في الإرث إلا إذا أجازته الورثة.

وإن من شرط استفادة الورثة من تركة مورثهم ألا يكون على المتوفى دين يستغرق التركة،

فإن كان، فإنه يقدم استيفاؤه من التركة على الإرث، ويمنع تملك الورثة.

وبالمقابل لا يكون الوارث مسئولاً بأمواله فيما إذا زاد الدين عن التركة؛ لأن الإرث شرع سبباً للملك لا للتغريم، إذ لا يعقل أن الإنسان يغرم تبعات تصرف صادر من غيره لم يكن له به دخل ولم يتكفل به.

(١) إعلام الموقعين لابن القيم الجوزية - ط٣ - دار الحديث - عام ١٤١٧هـ/١٩٩٧م - ٢/١٣٩.

(٢) ابن عابدين ٦/٤٦٣.

(٣) الدكتور أحمد فراج حسين - نظام الإرث في التشريع الإسلامي - كلية الحقوق جامعة الإسكندرية - دار الجامعة الجديدة للنشر - عام ٢٠٠٣م - ص ١٠.

(٤) سورة النساء - آيات (١٣-١٤).

ولكن إذا أراد الورثة دفع الدين كله من أموالهم الخاصة فلهم ذلك بحريتهم، وحينئذ تسلم لهم التركة إذا سلمت للغرماء ديونهم كاملة، أما إذا أرادوا أن يدفعوا إلى الغرماء من الدين بما يعادل التركة ويتملكوها، فليس لهم ذلك إلا إذا رضي الغرماء لتعلق حقهم بهذه التركة.

وأخيراً فإذا مات الإنسان ولم يوجد له وارث، فمال تركته إلى بيت المال؛ لأن بيت المال وارث من لا وارث له، والمال مال الله والعباد عباد الله، فيعود إليهم ليصرف في مصالحهم<sup>(١)</sup>.

ب- الوصية:

الوصية هي تصرف مضاف إلى ما بعد الموت بطريق التبرع<sup>(٢)</sup>، ولقد بين رسول الله الوصية ومقدارها والغاية منها بقوله<sup>(٣)</sup>: إن الله تبارك وتعالى تصدق عليكم بثلاث أموالكم في آخر أعماركم زيادة في أعمالكم فضعوه حيث شئتم، فهذا المقدار قد سمح للإسلام للإنسان أن يتصرف فيه دون زيادة عليه، وقد علل رفضه زيادة الوصية عن الثلث في قوله لسعد بن أبي وقاص: إنك إن تدع ورثتك أغنياء خير من أن تدعهم عالة يتكفون الناس<sup>(٤)</sup>.

وقد شرط عليه الصلاة والسلام ألا يكون للوارث نصيب من هذا الثلث إلا إذا رضي الورثة بذلك، وما ذلك إلا من باب سد الذريعة للتفضيل بين الورثة<sup>(٥)</sup>.

٢) خلافة شئ عن شئ ( التعويض أو التضمين ):

إذا أتلّف إنسان مال الآخر بأن أحرقه، أو غصب من آخر شيئاً، أو امتنع عن تسليم محقّقه حتى تلفّ ضمنه، بأن يُعوض المضرور عن الضرر الذي باشره على ماله أو تسبب في إتلافه، وعندئذ يملك المعوض له ذلك العوض ملكاً مستنداً إلى سبب الخلافة؛ لأن هذا العوض خلف عما تضرر فيه من مال أو منفعة أو عضو أو جسم، ويدخل في ذلك الدية وأرش الجنائيات، فكل ذلك يملك بسبب الخلافة<sup>(٦)</sup>.

السبب الرابع: التوليد من المملوك:

من القواعد المقررة في الفقه أن ما يتولد أو ما ينشأ من المملوك مملوك، فمالك الأصل هو أولى الناس بفرع أصله سواء كان ذلك ما ينتج بكسب مالك الأصل وعمله أو ما يحصل بطبعه دون عمل من مالك الأصل أو تسببه، فثمرة الشجرة وولد الحيوان ولبن الحيوان كلها مملوكة لصاحب الأصل، وإذا تولد شئ من مشترك فهذا المتولد الحاصل يكون مشتركاً بين المالكين للأصل بنسبة حصصهم فيه.

وتنتاج المغصوب تجري على هذا الأساس، فولد الدابة المغصوبة، وثمر الشجر المغصوب ملك لمالك المغصوب منه دون الغاصب؛ لأنه مالك الأصل، والغاصب ليس بمالك بل ظالم، أما إذا زرع الأرض غاصبها أو حصد الزرع بألة مغصوبة فإن المحصول للغاصب دون مالك الأرض أو الآلة؛ لأن نماء البذر كان نتيجة للجهد، ولكنه يضمن لمالك الأرض النقصان

## الحاصل وأجرة الآلة<sup>(٧)</sup>.

- (١) ابن عابدين ٦/٧٥٧.
- (٢) الدكتور رمضان الشرنباصي- أحكام الميراث والوصايا والوقف في الفقه الإسلامي- كلية الحقوق جامعة الإسكندرية مطابع السعدي- عام ٢٠٠٦م- ص ٢٣٠.
- (٣) ابن ماجة ٢/٩٠٤ ومسنن الإمام أحمد ٦/٤٤١.
- (٤) ابن ماجة ٢/٩٠٤ والبخاري ٣/١٦٤ ومسلم ٣/١٢٥٠ وسنن الترمذي للإمام الترمذي محمد بن عيسى - دار إحياء التراث العربي - بيروت - لبنان ٣/٢٩١. والسنن الكبرى للإمام النسائي - ط١- دار الكتب العلمية - بيروت - عام ١٤١١(هـ)/١٩٩١م - ٥/٢٤١.
- (٥) بداية المجتهد ٢/٢٥٠: ٢٥١ وابن عابدين ٦/٦٤٩.
- (٦) القواعد لابن رجب - ص ٥٦: ٥٧، وبداية المجتهد ٢/٢٤٠.
- (٧) القواعد لابن رجب - ص ٢٧: ٢٨، وبداية المجتهد ٢/٢٤١، وابن عابدين ٦/٤٣٦.

### المطلب الثالث

#### أسباب كسب الملكية في القانون الوضعي

#### *The Ownership Reasons in the Positive law*

إن المشرع حدد أسباب كسب الملكية ثم أوردها في القانون المدني على سبيل الحصر، وهي سبعة أسباب: الاستيلاء (المادة ٨٧٠)، والميراث (المادة ٨٧٥)، والوصية (المادة ٩١٥)، والالتصاق (المادة ٩١٨)، والعقد (المادة ٩٣٢)، والشفعة (المادة ٩٣٥)، والحيازة (المادة ٩٤٩)، ثم يضاف إليها سبب آخر وهو أحكام رسو المزداد.

ويصنف الفقه أسباب كسب الملكية في إطار ثلاثة تقسيمات، أو طوائف مختلفة وهي: التصرفات القانونية، والوقائع القانونية، والمصادر المختلطة أو المركبة.

**فالتصرف القانوني:** هو الإرادة المتجهة إلى ترتيب أثر قانوني معين، فجوهر التصرف القانوني هو الإرادة المحضة، بحيث تكون الإرادة هي ذات التصرف، ويندرج تحت هذا التقسيم سببان من أسباب كسب الملكية، هما العقد والوصية.

**والواقعة القانونية:** هي الواقعة أو الفعل المادي الذي يترتب القانون عليه أثراً معيناً، فجوهر الواقعة هو العمل المادي حتى ولو وجدت ثمة إرادة في إتيانه، بحيث قد توجد تلك الإرادة كما في الأفعال الاختيارية مثل إتيان الفعل المادي المكون لواقعة الالتصاق، وقد لا توجد تلك الإرادة كما في الوقائع الطبيعية مثل حدوث واقعة الموت التي يترتب القانون عليها أثراً معيناً هو الميراث، وعلى ذلك يندرج تحت هذا التقسيم سببان آخران من أسباب كسب الملكية هما: الميراث والالتصاق.

**والمصدر المختلط أو المركب:** هو الذي يقوم على الجمع بين جوهر الواقعة القانونية وجوهر التصرف القانوني، بحيث لا يترتب الأثر القانوني المتولد عنه إلا بوجود واقعة أو عمل مادي معين، ثم اتجاه الإرادة إلى توليد هذا الأثر.

ويندرج تحت هذا التقسيم الأسباب الثلاثة المتبقية من أسباب كسب الملكية وهي الاستيلاء والشفعة والحيازة، ففي الاستيلاء لابد من وجود عمل مادي هو وضع اليد مقترناً بالإرادة في التملك الفوري، وفي الشفعة لابد من وجود وقائع مادية مثل الشيوخ أو الجوار، بالإضافة إلى حصول بيع العين المشفوع فيها، وهو ما يعتبر واقعة مادية بالنسبة إلى الشفيع، ولا بد كذلك من اتجاه إرادة الشفيع إلى الأخذ بالشفعة وإعلانه ذلك، وفي الحيازة لابد من وجود أعمال أو وقائع مادية مثل وضع اليد ومضي المدة، ومن توافر إرادة في اكتساب الحق العيني.

وهناك سبب آخر وهو أحكام رسو المزداد، وسوف نتناول هذه الأسباب في ثمانية فروع،

وذلك على

النحو التالي:

- الفرع الأول: العقد.
- الفرع الثاني: الوصية.
- الفرع الثالث: الميراث.
- الفرع الرابع: الالتصاق.
- الفرع الخامس: الاستيلاء.
- الفرع السادس: الشفعة.
- الفرع السابع: الحيازة.
- الفرع الثامن: أحكام رسو المزاد.

## الفرع الأول

### العقد

#### *The Contract*

الأصل في القانون المدني أن العقد يعتبر مصدراً مكتسباً للملكية وللحقوق العينية الأصلية الأخرى، ويعرّف الفقه العقد بأنه تبادل طرفان التعبير عن إرادتين متطابقتين مع مراعاة ما يقرره القانون فوق ذلك من أوضاع معينة لانعقاده (المادة ٨٩ مدنى).

والقاعدة هي عدم كفاية العقد بذاته لتوليد الحقوق العينية الأصلية في العقار، فمنذ صدور قانون التسجيل سنة ١٩٢٣م أصبح التسجيل في الشهر العقاري شرطاً جوهرياً لتوليد هذه الحقوق يضاف إلى العقد، أي أن مصدر هذه الحقوق مصدراً مزدوجاً يجمع بين العقد وهو تصرف قانوني، وبين واقعة التسجيل وهي واقعة قانونية، بمعنى أن المصدر الحقيقي هو العقد المسجل.

وقد نص قانون الشهر العقاري على هذه القاعدة، فنص على أن: "جميع التصرفات التي من شأنها إنشاء حق من الحقوق العينية العقارية الأصلية أو نقله أو تغييره أو زواله، وكذلك الأحكام النهائية المثبتة لشيء من ذلك يجب شهرها بطريق التسجيل، ويدخل في هذه التصرفات الوقف والوصية"<sup>(١)</sup>.

وبالتالي يترتب على عدم التسجيل أن الحقوق المشار إليها لا تنشأ ولا تنتقل ولا تتغير ولا تزول لا بين ذوي الشأن ولا بالنسبة إلى غيرهم ولا يكون للتصرفات غير المسجلة من الأثر سوى الإلتزامات الشخصية بين ذوي الشأن (المادة ٩/١ و٢).

ومؤدى نص المادة (٩) من القانون ١١٤ لسنة ١٩٤٦م بتنظيم الشهر العقاري أن ملكية العقار لا تنتقل إلى المشتري إلا بتسجيل عقد البيع، وأن العقد الابتدائي لا ينشئ إلا الإلتزامات الشخصية بين طرفيه، فإذا تصرف البائع في ذات العقار مرة ثانية، فإنه يكون قد تصرف فيما يملك تصرفاً صحيحاً؛ لأن العبرة في انتقال الملكية هي بأسبقية التسجيل<sup>(٢)</sup>.

وإذا كان لا يترتب على عقد البيع الابتدائي نقل ملكية العقار إلا أنه يولد في ذمة البائع إلتزاماً بتسليمه للمشتري الذي من حقه الحيازة والانتفاع به والبناء عليه على سبيل البقاء والقرار<sup>(٣)</sup>.

(١) دكتور محمد المنجى - دعوى ثبوت الملكية - الطبعة الأولى - عام ١٩٩٠م - دار المعارف بالأسكندرية - ص ١٤٣.  
(٢) وتقول محكمة النقض في هذا الصدد: "مؤدى نص المادة التاسعة من القانون رقم ١١٤ لسنة ١٩٤٦ بتنظيم الشهر العقاري - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - أن الملكية لا تنتقل إلى المشتري إلا بتسجيل عقد البيع، وأن العقد الذى لم يسجل لا ينشئ إلا الإلتزامات الشخصية بين طرفيه. فإذا لم يسجل المشتري عقده، فلا تنتقل إليه الملكية، ويبقى العقار على ملك البائع، فإذا تصرف بالبائع بعد ذلك فى ذات العقار، فإنه يكون قد تصرف فيما يملك تصرفاً صحيحاً وإن كان غير ناقل للملكية بدوره،

طالما لم يتم تسجيل العقد، وتكون العبرة في انتقال الملكية إلى أي من المشتريين بأسبقية التسجيل".  
(٣) وتقول محكمة النقض في هذا الصدد: "عقد البيع غير المسجل، وإن كان لا يترتب عليه نقل ملكية العقار المبيع إلى المشتري، إلا أنه يولد في ذمة البائع التزاماً بتسليم المبيع، ويترتب على الوفاء بهذا الإلتزام أن يصبح المبيع في حيازة المشتري، وله أن ينتفع به بجميع وجوه الانتفاع، ومنها البناء على سبيل البقاء والقرار".

وإذا توصل المشتري إلى تسجيل عقده بالرغم من عدم سبق تسجيل سند سلفه فإنه لا يكون من شأن التسجيل على هذه الصورة اعتبار المشتري مالكا<sup>(١)</sup>.

ولقد سوى قانون الشهر العقاري بين التصرفات المنشئة والتصرفات المقررة للملكية من حيث وجوب تسجيلهما، إلا أنه فرق بين النوعين في أثر عدم التسجيل، فالتصرفات المنشئة لا تكون حجة بين المتعاقدين ولا بالنسبة للغير إلا بالتسجيل، أما التصرفات المقررة فيجوز الاحتجاج بها بين المتعاقدين بغير حاجة إلى التسجيل.

### الفرع الثاني

#### الوصية *The Will*

يعرف الفقه الوصية بأنها: "تصرف في التركة مضافاً إلى ما بعد الموت"، وهي مصدر أو سبب من أسباب كسب الملكية، وهي تصرف قانوني تتجه فيه الإرادة إلى ترتيب أثر قانوني معين هو الإيلاء بحق الملكية، أو بأحد الحقوق العينية المتفرعة عن الملكية ( المادة ٩١٦ مدني ).

والوصية تصرف مضاف إلى ما بعد الوفاة، وتسري عليها أحكام القانون الساري وقت الوفاة لا وقت تحرير الوصية<sup>(٢)</sup>، كما أن الكتابة ليست ركناً لانعقاد الوصية ولكنها مطلوبة لسماع الدعوى بالوصية عند الإنكار، فلو أقر الورثة بالوصية سمعت الدعوى وقضي بالوصية<sup>(٣)</sup>.

ويشترط للزوم الوصية قبول الموصي له بعد وفاة الموصي، وإذا رد الموصي له الوصية فإن هذا الرد يقتصر على ما وردت فيه دون غيره<sup>(٤)</sup>.

والملكية لا تنتقل إلى الموصي له إلا بالتسجيل، إلا أن الوصية غير المسجلة ترتب في ذمة الورثة إلتزامات شخصية بتسليم العقار الموصي به وعدم التعرض للموصي له<sup>(٥)</sup>.

ويحدد مقدار الوصية بثالث التركة كحد أقصى لصحة ونفاذ الوصية دون حاجة إلى إجازة الورثة، وفي حالة تعدد الوصايا تتحدد قيمتها جملة بالتلث، ويقسم بين أصحاب الوصايا بالمحاصة<sup>(٦)</sup>.

(١) وتقول محكمة النقض في هذا الصدد: "حق ملكية المبيع لا ينتقل فيما بعد المتعاقدين ولا بالنسبة للغير إلا بالتسجيل، فلا تنتقل الملكية لمشتري لم يسجل عقد البيع الصادر إليه، ومن ثم لا يكون لهذا المشتري أن ينقل الملكية لمن أشتري منه، لأنها لا تؤول إليه إلا بتسجيل عقده، ولذلك فقد اورد المشرع بالمادة ٢٣ من قانون الشهر العقاري، نصاً يقضى بأنه لا يقبل فيما يتعلق بأثبات أصل الملكية أو الحق العيني إلا المحررات التي سبق شهرها. فإذا توصل المشتري إلى تسجيل عقده أو تسجيل الحكم الصادر بصحته ونفاذه رغماً من أن سند البائع له لم يكن قد تم شهره، فإنه لا يكون من شأن التسجيل على هذه الصورة اعتبار المشتري مالكاً إذ من غير الممكن أن يكون له من الحقوق أكثر مما هو للبائع له الذي لم تنتقل إليه الملكية بسبب عدم تسجيل سنده".

(٢) وتقول محكمة النقض في هذا الصدد: "الوصية بطبيعتها تصرف مضاف الى ما بعد الموت، فلا يكون لها وجود قانوني إلا بعد حصول الوفاة وموت الموصي مصرأ عليها، وتكون محكمة بالقانون الساري وقت الوفاة لا وقت تحرير الوصية".

(٣) وتقول محكمة النقض في هذا الصدد: " الوصية وفقا للفقرة الأولى من المادة الثانية من القانون رقم ٧١ لسنة ١٩٤٦ "تتعقد

بالعبارة أو بالكتابة، فإذا كان الموصي عاجزاً عنهما، انعقدت الوصية بإشارته المفهومة".  
(٤) وتقول محكمة النقض في هذا الصدد: "أن المشرع أخذ بالرأي المعمول به في المذهب الخفي من أن وقت قبول الموصي له الوصية إنما يجب أن يكون بعد وفاة الموصي، حتى يثبت للموصي له الملك، وأن رد الوصية إنما يقتصر على ما ردت فيه دون غيره من الأموال الموصى بها، والتي قبلها الموصي له".  
(٥) وتقول محكمة النقض في هذا الصدد: "المقرر أن الملكية لا تنتقل إلى الموصي له إلا بالتسجيل، إلا أن الوصية غير المسجلة بمجرد وفاة الموصي ترتب في ذمة الورثة باعتبارهم ممثلين للتركة لإتزامات شخصية منها إلزامهم بتسليم العقار الموصى به، وإلزامهم بعدم تعرضهم له فيه".  
(٦) وتقول محكمة النقض في هذا الصدد: "أن المشرع جعل ثلث تركة المتوفى حد أقصى لنفاذ وصاياه، دون حاجة إلى إجازة الورثة، بحيث إذا لم يجزوا الزيادة خلص لهم الثلثان الباقيان، فلا تنفذ في حقهما هذه الزيادة، مما يقضى - في حالة تعدد الوصايا - تحديد قيمتها جملة، لمعرفة ما إذا كان الثلث يتسع لها، فتنفذ جميعاً دون حاجة إلى إجازة، وإلا قسم الثلث بين أصحاب الوصايا بالمحاصة".

## الفرع الثالث

### الميراث *the Inheritance*

يعرّف الفقه الميراث بأنه: استخلاف الوارث مورثه بعد موته على تركته، أي انتقال جميع مال الميت إلى الوارث، وهو مصدر أو سبب من أسباب كسب الملكية، فالموت واقعة قانونية خالصة يرتب القانون على مجرد حدوثها أثراً معيناً هو الميراث.

ومن المسلم به قانوناً أن الميراث سبب هام من أسباب كسب حق الملكية، فالورثة يخلفون مورثهم - كل بنصيبه الشرعي في الإرث - على ملكية ما ترك من أشياء وأعيان، أي من منقولات وعقارات.

وتعيين الورثة وتحديد أنصبتهم في الإرث من الأحكام التي تتعلق بالنظام العام، والتحليل على مخالفة هذه الأحكام يكون باطلاً بطلاناً مطلقاً لا تلحقه الإجازة، ويحكم القاضي به من تلقاء نفسه في أية حالة كانت عليها الدعوى.

وتقول محكمة النقض في هذا الصدد: "إن كون الإنسان وارثاً أو غير وارث، وكونه يستقل بالإرث أو يشاركه فيه غيره، إلى غير ذلك من أحكام الإرث وتعيين الورثة وانتقال الحقوق في التركات بطريق الإرث لمن لهم الحق فيها شرعاً، كل هذا مما يتعلق بالنظام العام، والتحليل على مخالفة هذه الأحكام باطلاً بطلاناً مطلقاً لا تلحقه الإجازة، ويحكم القاضي به من تلقاء نفسه في أية حالة كانت عليها الدعوى"، وتحرير التعامل في التركات المستقبلية يأتي نتيجة لهذا الأصل، فلا يجوز قبل وفاة أي إنسان الاتفاق على شيء يمس بحق الإرث عنه، سواء من جهة إيجاد ورثة غير من لهم الميراث شرعاً، أو من جهة الزيادة أو النقصان في حصصهم الشرعية، أو من جهة التصرف في حق الإرث قبل استحقاقه لصاحبه، فجميع هذه الاتفاقات وما شابهها مخالفة للنظام العام.

واكتساب الملكية بالميراث من الوقائع المادية التي يجوز اثباتها بكافة طرق الإثبات<sup>(١)</sup>.

## الفرع الرابع

### الالتصاق

يعرّف الفقه الالتصاق بأنه: اتحاد شئيين اتحاداً مادياً، إما بفعل الطبيعة أو بفعل الإنسان، بحيث لا يمكن فصل أحدهما عن الآخر دون تلف، فيمتلك صاحب الشئ الأصلي الشئ الفرعي بسبب هذا الاتحاد الذي يسمى اصطلاحاً الالتصاق.

والالتصاق إما أن يكون بمنقول، وإما أن يكون بعقار، والالتصاق بعقار إما أن يكون طبيعياً، وإما أن يكون صناعياً.

ففي الالتصاق بمنقول تثبت الملكية لمن بيده حيازة الشيء الناتج عن اتحاد المنقولين عملاً بقاعدة الحيازة في المنقول سند الحائز (المادة ٩٧٦ مدني).

(١) وتقول محكمة النقض في هذا الصدد: "الملكية بالميراث من الوقائع المادية، وكذلك الحال بالنسبة لوضع اليد، فيجوز اثبات أيهما بكافة طرق الإثبات، ومن ثم فلا تترتب على المحكمة إن هي اعتمدت في تحقيق كل منهما - بوصفه سبباً مستقلاً لاكتساب الملكية - على تحقيق أجراه الخبير وأقوال شهود سمعهم دون حلف يمين".

وفي الالتصاق بعقار تثبت الملكية لمالك العقار - باعتباره هو المالك الأصلي - الذي يمتلك الشيء الفرعي الملتصق به بحكم الالتصاق، وهذا الالتصاق إما أن يكون طبيعياً، وإما أن يكون صناعياً كما ذكرت آنفاً.

والالتصاق الطبيعي بعقار هو الذي يحدث بفعل الطبيعة دون تدخل من جانب الإنسان، وهو قاصر على ما يحدث من التصاق بالأرض نتيجة تراكم الطمي، حيث يكون ملكاً للملاك المجاورين (المادة ٩١٨ مدني).

والالتصاق الصناعي بعقار هو الذي يحدث بفعل الإنسان وتدخله، وبمقتضاه يتحد منقول بعقار اتحاداً يتعذر معه فصله عنه دون تلف، وبهذا الاتحاد يصبح المنقول عقاراً بطبيعته، مثل إقامة أبنية أو غراس أو منشآت على سطح الأرض أو في جوفها.

والالتصاق واقعة يترتب عليها مركزاً قانونياً هو اكتساب صاحب الأرض ملكية ما يقام عليها من مبان أو غراس<sup>(١)</sup>، وقريبة أن كل ما على الأرض أو تحتها من مبان أو غراس يكون ملكاً لمالك الأرض - قريبة بسيطة يجوز اثبات عكسها<sup>(٢)</sup>.

وإقامة المستأجر منشآت بالعين المؤجرة بغير إذن المؤجر يجعل للمالك الخيار بين الإزالة أو الإبقاء، والبناء الذي يقيمه المستأجر دون إذن المؤجر يكون مملوكاً لصاحب العين معلقاً على شرط واقف هو إعلان رغبته في تملك البناء، ويعد مملوكاً للمستأجر تحت شرط فاسخ هو ظهور رغبة المؤجر في تملكه<sup>(٣)</sup>.

وبناء الشريك على الشيوع على جزء من العقار الشائع لا يعد بانياً في ملك غيره، مناط ذلك أن يكون القدر الذي بنى عليه معادلاً لنصيبه فيه، فإذا جاوزه اعتبر بانياً في ملك غيره<sup>(٤)</sup>.

وهناك استثناء من قواعد الالتصاق حيث يجوز للقاضي إجبار الجار الملاصق على التنازل عن جزء صغير من أرضه للجار الذي جار على هذا الجزء بحسن نية وهو بيني، وذلك مقابل تعويض عادل<sup>(٥)</sup>.

(١) وتقول محكمة النقض في هذا الصدد: "الالتصاق - طبقاً لما تقضى به القواعد العامة - واقعة يرتب القانون عليها مركزاً قانونياً، هو اكتساب صاحب الأرض ملكية ما يقام عليها من مبان أو غراس ما لم يتفق على خلاف ذلك.

(٢) وتقول محكمة النقض في هذا الصدد: "وإن كل الأصل أن كل ما على الأرض أو تحتها من بناء أو غراس أو منشآت أخرى ملكاً لمالك الأرض، إلا أنه يجوز اثبات عكس ذلك، حيث يجوز للأجنبي أن يقيم الدليل على أنه هو الذي أقام هذه المنشآت على نفقته، دون سابق اتفاق مع صاحب الأرض، فإذا نجح في إثبات ذلك تملك صاحب الأرض المنشآت بالالتصاق، مقابل أن يعرض الباني وفقاً للأحكام التي أوردها المشرع في هذا الخصوص، كما يجوز للأجنبي أن يثبت أن هناك اتفاقاً بينه وبين صاحب الأرض يخوله الحق في إقامة المنشآت وتملكها، وفي هذه الحالة يجب إعمال هذا الاتفاق".

(٣) وتقول محكمة النقض في هذا الصدد: "إن البناء الذي يقيمه المستأجر من ماله الخاص دون إذن من المؤجر يكون ملكاً لصاحب العين المؤجرة معلقاً على شرط واقف هو إعلان رغبته في تملك البناء، ويعد مملوكاً للمستأجر تحت شرط فاسخ هو ظهور رغبة المؤجر في تملكه".

(٤) وتقول محكمة النقض في هذا الصدد: "لئن كان من المقرر في قضاء هذه المحكمة، أن لكل من الشركاء على الشيوع حق ملكية حقيقية في حصته الشائعة، وأنه إذا تمكن أحدهم من البناء على جزء من العقار الشائع فإنه لا يعد بانياً في ملك غيره، وكل ما للشريك الآخر أن يطالب من أقام البناء بقسمة العقار الملوك لهما على الشيوع، ثم يرتب حقه على ما يظهر من نتيجة القسمة. إلا

أن مناط ذلك أن يكون القدر الذى بنى عليه معادلاً لنصيبه فيه، فإذا جاوزه اعتبر بانياً فى ملك غيره، بالنسبة لما أقامه على ما يجاوز حصته فيه".  
(٥) وتقول محكمة النقض فى هذا الصدد: "أنه إذا كان مالك الأرض، وهو يقيم عليها بناء قد جاوزها إلى جزء صغير من الأرض المملوكة للجار الملاصق، وكانت هذه المجاوزة من البانى قد وقعت بحسن نية، فإنه يجوز للقاضى استثناء من قواعد الالتصاق التى تقضى بتمليك هذا الجزء لصاحب الأرض الملاصقة - أن يجبره على أن ينزل للبانى عن ملكية الجزء المشغول بالبناء مقابل تعويض عادل".

## الفرع الخامس

### الاستيلاء

#### *The Appropriation*

يعرّف الفقه الاستيلاء بأنه: وضع شخص يده على شئ غير مملوك لأحد بنية تملكه، ويعتبر الاستيلاء واقعة مختلطة، فلا هو تصرف قانوني خالص كالعقد أو الوصية، ولا هو واقعة قانونية خالصة كالميراث والالتصاق، ولكنه واقعة مختلطة إذ يختلط فيها عنصر الحيازة المادية مع عنصر إرادة التملك في الحال، والحيازة قرينة على هذه الإرادة، ولكنها قرينة بسيطة غير قاطعة<sup>(١)</sup>.

والاستيلاء قد يكون على المنقول، وقد يكون على العقار، وسأوضح ذلك فيما يلي:

#### أولاً: الاستيلاء على المنقول (*The Movable Appropriation*):

تنص المادة ٨٧٠ مدني على أنه: "من وضع يده على منقول لا مالك له بنية تملكه ملكه"، كما تنص المادة ٨٧١ مدني على أنه: "يصبح المنقول لا مالك له إذا تخلى عنه مالكة بقصد النزول عن ملكيته".

ويتضح من هاتين المادتين أن المنقولات التي لا مالك لها نوعان: إما أنها منقولات لم يسبق تملكها، مثل الأشياء المشتركة بين الناس كميّاه البحار والهواء، وإما أنها منقولات متروكة أي كانت مملوكة في الأصل ثم تخلى صاحبها عنها قاصداً إسقاط ملكيته لها، فتصبح بذلك مباحة لا مالك لها، مثل بقايا الطعام أو الشراب.

#### ثانياً: الاستيلاء على العقار (*The Real Estate Appropriation*):

تنص المادة ٨٧٤ مدني على أن:

- (١) الأراضي غير المزروعة التي لا مالك لها، تكون ملكاً للدولة.
- (٢) ولا يجوز تملك هذه الأراضي أو وضع اليد عليها إلا بترخيص من الدولة وفقاً للوائح.
- (٣) إلا إذا زرع مصري أرضاً غير مزروعة أو غرسها أو بنى عليها تملك في الحال الجزء المزروع أو المغروس أو المبني ولو بغير ترخيص من الدولة، ولكنه يفقد ملكيته بعدم الاستعمال مدة خمس سنوات متتالية خلال الخمسة عشرة سنة التالية للتملك".

ويتبين من هذه المادة أن الأصل في العقارات أنها لا تدخل في نطاق الاستيلاء، إذ لا تتصور سائبة، ولأن مبدأ دوام الملكية يقضي بأن الملكية تبقى وتدوم للمالك.

ولكن البند الثالث من هذه المادة يبدو غير ملائماً في هذا الوقت نظراً لاختلاف ظروف الزمان والمكان حيث إنه قد يؤدي إلى كثير من المنازعات بين الأفراد والدولة أو بين الأفراد بعضهم وبعض لا سيما وأن الدولة تقوم الآن باستصلاح وزراعة الأراضي بنفسها عن طريق الوزارات المختصة مما يؤدي إلى إحياء الأراضي الموات وزيادة الرقعة الزراعية.

ويختلف معنى الاستيلاء كسبب لكسب الملكية في القانون المدني (المادة ٨٧٤ مدني) عن معنى الاستيلاء في قانون نزع ملكية العقارات للمنفعة العامة أو التحسين، فالمعنى الأول يستهدف عقاراً لا مالك له، بينما المعنى الثاني يستهدف عقاراً له مالك، ولكن اقتضت المنفعة العامة الاستيلاء عليه.

(١) الدكتور عبدالرزاق السنهوري - الوسيط - ج ٩ - ص ١٢.

## الفرع السادس

### الشفعة *The Pre-emption*

الشفعة من أسباب كسب الملكية في العقار، حيث يرخص المشرع لصاحب الرخصة ( الشفيع ) الذي يملك عقاراً آخر ( المشفوع به ) الحلول محل المشتري ( المشفوع منه ) في شراء العقار محل النزاع (المشفوع فيه)، وذلك في الحالات وبالشروط المنصوص عليها في القانون المدني ( المادة ٩٣٥ مدني ).

والحكمة من الشفعة هي تحقيق مزيتين:

**الأولى:** هي اتقاء أذى المالك الجديد، فالشخص قد يطمئن إلى جاره أو إلى شريكه في الملك، فإذا قام هذا الجار أو الشريك ببيع ملكه إلى أجنبي نتج بالضرورة عن ذلك بعض الأذى والضرر لذلك الشخص، لذلك منحت الشريعة الإسلامية - التي أخذ عنها القانون المدني هذه الأحكام - حق الشفعة كوسيلة لدفع الأذى عنه.

**الثانية:** هي منع تجزئة العقارات إلى قطع صغيرة وبيعها للغير إذ يؤدي استعمال حق الشفعة إلى ضم هذه الأجزاء إلى الجار أو الشريك، فيمنعان تجزئتها<sup>(١)</sup>.

وتحدد طبيعة الشفعة بأنها رخصة استثنائية؛ لأن فيها تقييداً لحرية التعاقد ولحق الملكية، فبمقتضاها يجبر الشخص على التخلي عن العقار الذي اشتراه، ويجد البائع نفسه قد باع لشخص غير الذي أراد البيع له، لذلك أحاط المشرع الشفعة بقيود عديدة، ونص على وجوب استعمالها في مواعيد قصيرة وإلا سقط الحق فيها، وهي متصلة بشخص الشفيع، ولا تقع إلا على العقارات، وغير قابلة للتجزئة، فللشفيع أن يطلب كل العقار المشفوع إذا توافرت لديه شروط الشفعة، وليس له أن يطلب جزء منه ويترك الباقي<sup>(٢)</sup>.

ولمالك الرقبة حق الشفعة عند بيع حق الانتفاع لحكمة تواخاها المشرع هي جمع شتات الملكية برد حق الانتفاع إلى مالك الرقبة، وتحقيقاً لذلك فضله على سائر الشفعاء.

وللمالك على الشفيع أن يطلب الشفعة في العقار المجاور ولو لم يشترك معه باقي شركائه، ولا يؤثر في ذلك احتمال أن تسفر القسمة عن حرمانه من الجزء المجاور للعقار المشفوع<sup>(٣)</sup>.

ويتضح مما سبق أنه يشترط للأخذ بالشفعة أن يكون الشفيع مالكاً لما يشفع به، أي أنه لا يكفي أن يكون حائزاً أو واضع اليد بنية التملك ما دام لم يتم له التملك<sup>(٤)</sup>.

ويشترط أن يكون عقد ملكية العين المشفوع بها مسجلاً، أما عقد ملكية العين المشفوع فيها

يكفي أن يكون ابتدائياً<sup>(٥)</sup>.

- (١) الدكتور رمضان أبو السعود - الوجيز في الحقوق العينية الأصلية - كلية الحقوق - جامعة الإسكندرية - ص ٢٣١.
- (٢) دكتور محمد المنجي - المرجع السابق - ص ١٥٣.
- (٣) وتقول محكمة النقض في هذا الصدد: "المالك على الشيوع يملك بقدر نصيبه في كل ذرة من العقار المشاع، ومن ثم فإنه يجوز له أن يطلب الشفعة في العقار المجاور، ولو لم يشترك معه في طلبها باقي شركائه في الملك، ولا يؤثر في ذلك احتمال أن تسفر القسمة فيما بعد عن حرمانه من الجزء المجاور للعقار المشفوع به، لأن القانون إنما يشترط أن يكون الشفيع مالكا لما يشفع به وقت بيع العقار المشفوع، وأن يبقى مالكا لحين الأخذ بالشفعة، وبقاء الجوار ليس شرطاً لبقاء الاستحقاق".
- (٤) وتقول محكمة النقض في هذا الصدد: "متى كان الحكم قد قضى برفض دعوى شفعة قد حصل من تحقيق النزاع القائم بشأن ملكية الشفيع للأرض التي يشفع بها، أن الشفيع عجز عن إقامة الدليل على ملكيته لهذه الأرض بأى سبب من أسباب الملك بالتقادم أو بالعقد المسجل حتى تاريخ رفع الدعوى، وأنه غير محق في طلب الشفعة لعد قيام سببه لديه، فإن الحكم لا يكون قد أخطأ في القانون. ذلك أن من شرائط الأخذ بالشفعة أن يكون الشفيع مالكا لما يشفع به، ولا يكفي أن يكون حائزاً أو واضع اليد بنية التملك دون أن يتم له التملك، إذ مجرد حيازة الشفيع لا يعنى عن إثبات ملكيته".
- (٥) وتقول محكمة النقض في هذا الصدد: "من المقرر أن ملكية الشفيع للعقار الذي يشفع به، يجب أن تكون ثابتة وقت بيع العقار الذي يشفع فيه، وأن الشفعة جائزة في العقار المبيع ولو كان عقد البيع لم يسجل، حيث إن حق الشفعة الذي ينشأ من يوم البيع، لا يمكن تعليقه على حصول تسجيل العقد، أو القول بتولده من يوم التسجيل فقط".

## الفرع السابع

### الحيازة

#### The Possession

تعتبر الحيازة من أهم أسباب كسب الملكية في القانون، وقد تكسب الحيازة الحائز ملكية العقار أو الحق العيني عليه بمضي مدة معينة على الحيازة، بحيث يعتبر المصدر المكسب لهذه الملكية مصدراً مركباً يجمع بين واقعة الحيازة وواقعة مضي المدة القانونية على الحيازة، أي التقادم، والتقادم المكسب للملكية إما تقادم قصير يتم بمضي خمس سنوات، وإما تقادم طويل يتم بمضي خمس عشرة سنة، وسوف نوضح ذلك فيما يلي:

أولاً: اكتساب الملكية بالتقادم القصير:

إن الحائز يكتسب ملكية العقار بالتقادم القصير إذا كان بيده سبب صحيح، وتنص المادة ٩٦٩ مدني على أنه: "إذا وقعت الحيازة على عقار أو على حق عيني عقاري مقترنة بحسن النية ومستندة إلى سبب صحيح فإن مدة التقادم المكسب تكون خمس سنوات، ولا يشترط توافر حسن النية إلا وقت تلقي الحق، والسبب الصحيح سند يصدر من شخص لا يكون مالكا للشئ أو صاحباً للحق الذي يراد كسبه بالتقادم، ويجب أن يكون مسجلاً طبقاً للقانون".

ويتبين من هذه المادة أن أول شروط اكتساب الحائز ملكية العقار بالتقادم القصير أن يكون بيده سبب صحيح، ويعرّف الفقه المقصود بالسبب الصحيح الذي يكسب الحائز ملكية العقار بالتقادم القصير بأنه: تصرف قانوني يصدر من غير المالك، ويكون من شأنه نقل الملكية كما لو كان صادراً من المالك.

ويعرّف القضاء المقصود بالسبب الصحيح الذي يكسب الحائز ملكية العقار بالتقادم القصير بذات المعنى الذي ذهب إليه الفقه بأنه: "تصرف قانوني يستند إليه واضع اليد في حيازته للعقار، ويكون من شأنه نقل الملكية كما لو كان صادراً من المالك".

وبناءً على ذلك يشترط في السبب الصحيح الذي يكسب الحائز ملكية العقار بالتقادم القصير أربعة شروط، وهي<sup>(١)</sup>:

(١) أن يكون السبب الصحيح تصرفاً قانونياً.

(٢) أن يكون السبب الصحيح تصرفاً من شأنه نقل الملكية.

٣) وأن يكون السبب الصحيح صادراً من غير المالك.

٤) وأن يكون السبب الصحيح مسجلاً.

فيجب أن يكون من شأن هذا التصرف بحسب طبيعته نقل الملكية أو الحق العيني، وبمعنى آخر يجب أن يكون من التصرفات الناقلة، وعلى ذلك لا يعتبر سبباً صحيحاً التصرفات الكاشفة كالقسمة، فالقسمة تصرف قانوني ولكنه غير ناقل للملكية، إذ يقتصر على الكشف عن الملكية، ومن ثم لا يصلح سبباً صحيحاً سواء كانت قسمة اختيارية أو قسمة قضائية.

(١) دكتور محمد المنجي - المرجع السابق - ص ١٨٧.

كما يجب أن يكون التصرف صادراً من غير مالك؛ لأنه إذا كان التصرف صادراً من المالك فإن المتصرف إليه يكسب الملكية أو الحق العيني بمقتضى ذات التصرف دون حاجة للاستناد إلى الحيازة أو التقادم، وتعليل ذلك أن المشرع إنما يحمي بالتقادم القصير الحائز الذي يتلقى الملكية من غير المالك، وعلى وجه الخصوص في حالة حسن النية، أما الحائز الذي يتلقى الملكية من نفس المالك فلا يحتاج إلى مثل هذه الحماية، ويترتب على هذا الشرط أن من يتلقى الملكية بمقتضى تصرف قانوني صادر من المالك لا يستطيع أن يتفادى ما يلحق هذا التصرف من عيوب بالاستناد إلى الأثر المكسب للملكية بالتقادم القصير.

كما يجب أيضاً أن يكون التصرف مسجلاً، حيث إنه يشترط في السبب الصحيح أن يكون من شأنه نقل الملكية، ومقتضى ذلك أن يكون هذا التصرف مسجلاً، لأن التصرف في ذاته لا يرتب هذا الأثر، وإنما يرتبه التسجيل.

ويترتب على ذلك أن التصرف القانوني غير المسجل لا يصلح سبباً صحيحاً، فإذا وضع المشتري لعقار من غير مالك يده على العقار وهو حسن النية ولم يسجل عقد البيع فإنه لا يستطيع أن يملك العقار بالتقادم المكسب القصير إلا إذا سجل العقد، ويلاحظ أن اشتراط تسجيل السبب الصحيح على هذا النحو يؤدي إلى ندرة اكتساب الملكية بالتقادم القصير من الناحية العملية، لأن التسجيل لا يتم في الشهر العقاري إلا إذا كان سند ملكية البائع نفسه مسجلاً.

وإثبات السبب الصحيح بشروطه السابقة يقع على عاتق الحائز طبقاً للقواعد العامة في الإثبات<sup>(١)</sup>.

ويشترط لاكتساب ملكية العقار بالتقادم القصير أن تكون حيازة الحائز مقترنة بحسن النية، وتنص المادة ١/٩٦٩ مدني على أنه: "إذا وقعت الحيازة على عقار أو حق عيني عقاري وكانت مقترنة بحسن النية".

ويتبين من هذه الفقرة أن ثاني شروط اكتساب الحائز ملكية العقار بالتقادم القصير أن تكون حيازته مقترنة بحسن النية.

ويمكن تعريف حسن النية هنا بأنه غلط يقع فيه الحائز يدفعه إلى الاعتقاد بأنه يتلقى الملكية أو الحق العيني من المالك أو صاحب الحق<sup>(٢)</sup>.

وينتفي حسن النية بعلم الحائز بعيوب سند المتصرف، فعلم الحائز بالعيوب التي تشوب سند من تلقى منه الملكية أو الحق العيني، كأن يكون باطلاً أو قابلاً للإبطال أو قابلاً للفسخ أو معرضاً للإلغاء بأي وجه من الوجوه ينفي عن الحائز حسن النية الواجب توافره.

وتقدير توافر حسن النية نتيجة الغلط الواقع فيه الحائز يدخل في السلطة التقديرية لقاضي الموضوع، فهو الذي يقدر من نصوص العقد ومن الظروف والملابسة لتحريره ما إذا كان الغلط مغتوراً فيستقيم مع حسن النية، أو غير مغتور فينفي حسن النية.

والشرط الثالث لاكتساب ملكية العقار بالتقادم القصير أن تستمر حيازة الحائز خمس

سنوات، وتنص المادة ٩٦٩/١ مدني على أنه: "إذا وقعت الحيازة على عقار أو على حق عيني عقاري، وكانت مقترنة بحسن النية ومستندة إلى سبب صحيح فإن مدة التقادم المكسب تكون خمس سنوات".

(١) الدكتور عبدالرزاق السنهوري - الوسيط - ج ٩ - ص ١١٠٤.  
(٢) وقد يكون الغلط الذي يقع فيه الحائز غلطاً في الواقع أو غلطاً في القانون. ومن قبيل الغلط في الواقع أن يتعامل الحائز مع مالك سابق للعقار تكون ملكيته قد أبطلت أو فسخت والحائز يجهل ذلك، ويعتقد أن المتصرف لا يزال مالكا للعقار، ومن قبيل الغلط في القانون أن يتعامل الحائز مع شخص سند ملكيته للعقار هبه في صورة عقد بيع ابتدائي ورد فيه أن البائع وهب الثمن للمشتري، فيعتقد الحائز أن الهبة بهذا الشكل صحيحة دون ورقة رسمية، ثم يتبين بعد أن يشتري العقار من الموهوب له أن الهبة باطلة، لأنها هبة مكشوفة ولا بد من كتابتها في ورقة رسمياً.

ثانياً: اكتساب الملكية بالتقادم الطويل:

تنص المادة ٩٦٨ مدني على أنه: "من حاز منقولاً أو عقاراً دون أن يكون مالكا له، أو حاز حقاً عينياً على منقول أو عقار دون أن يكون هذا الحق خاصاً به، كان له أن يكسب ملكية الشيء أو الحق العيني إذا استمرت حيازته دون انقطاع خمس عشرة سنة".

ويتبين من هذه المادة أن الحائز يكتسب الملكية بالتقادم الطويل إذا وردت حيازته على الحقوق العينية وحدها، وعلى رأسها حق الملكية في المنقول والعقار على السواء.

فالعقارات قابلة للتملك بالتقادم المكسب الطويل، وهي العقارات المستقرة بحيزها وثابتة فيه ولا يمكن نقلها منه دون تلف (المادة ٨٢/١ مدني)، ويدخل في ذلك العقارات الأصلية بهذا المعنى، والعقارات بالتخصيص، وهي المنقولات التي يضعها صاحبها في عقار يملكه رسداً على خدمة هذا العقار أو استغلاله (المادة ٨٢/٢ مدني).

ويجب أن يكون المنقول أو العقار قابلاً للتعامل فيه وقابلاً للحيازة، حيث إن القاعدة أن الشيء الذي لا يجوز التعامل فيه لا يكون قابلاً للتصرف فيه ولا يجوز تملكه بالتقادم، والشيء لا يكون قابلاً للتعامل فيه في ثلاث حالات:

الحالة الأولى: لا يكون قابلاً للتعامل فيه بطبيعته حيث لا يصلح أن يكون محلاً للتعاقد مثل الشمس والهواء والبحار والمحيطات.

الحالة الثانية: لا يكون الشيء قابلاً للتعامل فيه بالنظر إلى الغرض الذي خصص له مثل الأموال العامة، فهي مخصصة للمنفعة العامة، وهذا التخصيص يتنافى مع جواز التصرف فيها أو تملكها بالتقادم.

وقد قضت محكمة النقض في هذا الصدد بأن: "وضع اليد على الأموال العامة - مهما طال مدته - لا يكسب الملكية إلا إذا وقع بعد انتهاء تخصيصها للمنفعة العامة"، إذ من تاريخ هذا الانتهاء فقط تدخل في عداد الأملاك الخاصة، فتأخذ حكمها، ثم يثبت وضع اليد عليها بعد ذلك المدة الطويلة المكسبة للملكية بشرائنها القانونية.

أما أموال الدولة الخاصة (الدومين الخاص) هي المنقولات والعقارات التي للدولة أو للأشخاص الاعتبارية العامة والتي لا تكون مخصصة لمنفعة عامة بالفعل أو بمقتضى قانون أو مرسوم أو قرار من الوزير المختص.

وهذه الأموال في الأصل قابلة للتعامل فيها، وتحكمها قواعد القانون الخاص، وما يقوم عليها من فكر قانوني مبناه جواز تملك هذه الأموال واكتساب الحقوق العينية عليها بالتقادم.

الحالة الثالثة: لا يكون الشيء قابلاً للتعامل فيه لعدم المشروعية لمخالفة القانون أو النظام العام أو الأداب، مثل الأهلية والحالة المدنية والمخدرات وبيوت القمار والدعارة.

ولكن توجد استثناءات على هذه القاعدة، فتوجد أشياء غير قابلة للتصرف فيها، ومع ذلك يجوز تملكها بالتقادم، مثل العقار غير القابل للتصرف فيه بموجب شرط مانع من التصرف واردة

في عقد أو وصية، فهذا العقار لا يجوز التصرف فيه، ومع ذلك يجوز تملكه بالتقادم المكسب الطويل خمس عشرة سنة.

كذلك يجب أن يكون العقار قابلاً للحيازة؛ لأن التملك بالتقادم يفترض قابلية الشيء للحيازة وخضوعه لها مدة طويلة، والأصل أن الشيء القابل للتعامل فيه يكون أيضاً قابلاً للحيازة، ولكن قد يوجد شيء قابل للتعامل فيه ومع ذلك لا يكون قابلاً للحيازة، مثل المجموع من المال كالتركة، فهي قابلة للتعامل فيها ولكنها غير قابلة للحيازة<sup>(١)</sup>.

## الفرع الثامن

### أحكام رسو المزاد

#### *The Provisions of awarding the Auction*

لقد عدد المشرع أسباب كسب الملكية ثم أوردها في القانون المدني على سبيل الحصر وهي سبعة: الاستيلاء، والميراث، والوصية، والاتصاق، والعقد، والشفعة، والحيازة. وهذه الأسباب السبعة يضاف إليها من الناحية العملية سبب ثامن هو أحكام رسو المزاد، وتظهر أحكام رسو المزاد في البيوع الجبرية التي يتم فيها بيع أموال المدين في المزاد العلني جبراً عنه، والتي يجب رسو المزاد فيها حتماً على صاحب آخر عطاء<sup>(٢)</sup>.

هذه هي أسباب كسب الملكية في القانون الوضعي وتتفق في جملتها مع الأسباب التي ذكرها الفقهاء، ولا تختلف عنها إلا في الحيازة والاتصاق الذي لم يعرض له الفقهاء؛ لأنه في حقيقته ليس سبباً أصيلاً ومستقلاً، ومن ثم كان الأجدر به أن يكون خاصة من خصائص الملك لا سبباً من أسبابه.

وأما الحيازة التي تعتبر من أهم أسباب كسب الملكية في القانون الوضعي ليست سبباً للملك في الشريعة الإسلامية ولو تقادم العهد عليها، بل يظل الشيء الذي وقعت عليه الحيازة ملكاً لصاحبه الأصلي، وغاية الحيازة الطويلة أنها تمنع من سماع الدعوى ضد الحائز متى توافرت شروطها سداً لباب التزوير وقطعاً للدعوى الكاذبة<sup>(٣)</sup>.

فلو استولى شخص على قطعة أرض مملوكة لغيره، وقام بزراعتها واستثمارها مدة طويلة، ثم جاء صاحبها وطالب واضع اليد برفع يده عنها لأنها ملكه، فإن أقر الحائز بذلك الحق حكم به، وإن أنكر وكانت مدة وضع يده قد استمرت فترة طويلة، ولم يكن للمدعي عذر يمنعه من المطالبة بحقه طوال مدة وضع يد الحائز عليها لا تسمع دعوى المدعي.

أما إذا لم تكن المدة طويلة، أو كان للمدعي عذر يمنعه من المطالبة كأن كان غائباً أو مسجوناً أو فاقداً للأهلية وليس له ولي، فإن الدعوى تسمع، وأرجح الأقوال في حد المدة الطويلة للحيازة خمس عشرة سنة.

بيد أن عدم سماع الدعوى لا يترتب عليه شرعاً أن يكون الملك ثبت للحائز ظاهراً وباطناً، بل يثبت له في الظاهر فقط قطعاً للتنازع، فيكون حلالاً له فيما بينه وبين الناس يسري عليه ما يسري على سائر الأملاك، أما بينه وبين الله تعالى فيكون حراماً إن لم يكن مالكاً على الحقيقة<sup>(٤)</sup>.

(١) الدكتور عبدالرزاق السنهوري - المرجع السابق - ج ٩ - ص ٩٩٦.

(٢) وتقول محكمة النقض في هذا الصدد: " أسباب كسب الملكية الواردة في القانون المدني على سبيل الحصر، وهي وفقاً للمواد ٨٧٠ وما بعدها من القانون المدني - الاستيلاء والاتصاق والميراث والوصية والعقد والشفعة والتقادم المكسب، فضلاً عن أحكام رسو المزاد في البيوع الجبرية".

(٣) الدكتور أحمد فراج حسين - المرجع السابق - ص ٣٧.

(٤) الدكتور أحمد فراج حسين - المرجع السابق - ص ٣٨.

## الفصل الثاني

### خصائص الملكية وطبيعتها

سوف نتناول في هذا الفصل خصائص الملكية وطبيعتها في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي وذلك في بحثين متتاليين نتناول في أولهما خصائص الملكية، ثم نتناول في ثانيهما طبيعتها وذلك في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي

#### المبحث الأول

#### خصائص الملكية

#### *The Characteristics of the Ownership*

إن الحديث عن خصائص الملكية في الفقه الإسلامي يختلف عنه في القوانين الوضعية، ففي الفقه الإسلامي نجد أن هناك خصائص عامة للملكية، ثم نجد أن لكل قسم من أقسام الملكية خصائصه التي تميزه عن القسم الآخر، حيث إن الملكية لها أقسام في الفقه الإسلامي وهي الملكية التامة والملكية الناقصة، بينما عند القانونيين نجد أنه لا يوجد إلا قسمين واحداً ألا وهو الملكية التامة، وبالتالي فالحديث عن خصائص الملكية عندهم لا يكون إلا عن خصائص الملكية التامة.

لذا سوف نعرض لخصائص الملكية في الفقه الإسلامي بأقسامها المختلفة، ثم نعرض بعد ذلك لخصائص الملكية في القانون الوضعي، وأخيراً نعرض بعد ذلك لخصائص الملكية بصفة عامة في الفقه الإسلامي وهي الخصائص التي تشترك فيها الأقسام المختلفة للملكية والمقارنة بينها وبين خصائص الملكية في القانون الوضعي.

وبناءً على ذلك سوف نقسم هذا المبحث إلى ثلاثة مطالب نتناول في أولهم خصائص الملكية بأقسامها المختلفة في الفقه الإسلامي، ثم نتناول في ثانيهم خصائص الملكية في القانون الوضعي، وأخيراً نتناول في المطلب الثالث مقارنة بين خصائص الملكية في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي.

#### المطلب الأول

#### خصائص الملكية في الفقه الإسلامي

#### *The Characteristics of the Ownership in Islamic jurisprudence*

إن المتتبع لرخائر الفقه الإسلامي يجد أن فقهاءنا رحمهم الله تعالى لم يجمعوا خصائص الملكية في بحث مستقل، وإنما تظهر هذه الخصائص للباحث في غضون الأحكام الفقهية في شتى المباحث والمناسبات التي تتصل بالملكية كالوقف، والإجارة، وإحياء الموات، والبيع، والصلح، وغيرها سواء كانت ملكية تامة أو ناقصة.

والملكية في الشريعة الإسلامية تنقسم إلى قسمين كما ذكرنا آنفاً ألا وهما الملكية التامة والملكية الناقصة، وسوف نتناول في هذا المطلب خصائص كل قسم من هذه الأقسام وذلك في فرعين متتاليين فيما يلي:

## الفرع الأول

### خصائص الملكية التامة

#### *The Characteristics of the complete ownership*

قبل أن نتناول خصائص الملكية التامة في هذا الفرع فإن من الحكمة والمنطق أن نبين أولاً مفهوم الملكية التامة حتى تضح لنا الرؤية عند الحديث عن هذه الخصائص، وبالتالي فالملكية التامة: هي التي يكون فيها العين ومنفعتها مملوكتين معاً لشخص واحد في وقت واحد، وهو ما يسمى في لغة الفقهاء بملك الرقبة والمنفعة معاً مثل ملكية عين الدار ومنفعتها - وهي السكنى - فهي ملكية تامة. (1)

وفيما يلي نتناول هذه الخصائص على النحو التالي:

**الخاصية الأولى: الملكية التامة تخوّل صاحبها كل أنواع التصرف الشرعي (الملكية التامة جامعة مانعة):**

هذه الخاصية هي لب الملك وغايته وفائدته وموضوعه، فهي تخوّل للمالك السلطات التي تمكنه من الحصول على المزايا المشروعة التي يمكن الحصول عليها من الشيء المملوك، أي الاستعمال والاستغلال والتصرف، فللمالك أن يمارس هذه السلطات على الشيء المملوك (2)، حيث إن الملك يثبت من أجل الحصول على جميع الفوائد المشروعة التي يمكن الحصول عليها من الأشياء المملوكة بحسب أنواعها.

وتتعدد أيضاً صور الانتفاع بالأشياء المملوكة، ويمكن تقسيمها إلى صورتين:

**الأولى: تصرفات مادية:** تؤدي إلى استهلاك الشيء المملوك كما هو الحال في الطعام والشراب، أو تؤدي إلى الانتفاع بالشيء المملوك مع بقاء عينه كاستعمال الألبسة والسيارات واتخاذ أدوات الزينة المسموح بها شرعاً.

**الثانية: تصرفات اعتبارية تقديرية:** أي أن أثارها إنما كانت باعتبار الشارع وذلك كنقل ملكية الأعيان أو منافعها، إما بعوض أو بغير عوض كالبيع والإعارة وغير ذلك (3).

ويجب أن ننوه بداية على أن الانتفاع بالأشياء المملوكة ملكاً تاماً عن طريق استعمالها أو استغلالها أو التصرف فيها ليس مطلقاً في الشريعة الإسلامية، بحيث يتصرف المالك في ملكه كيف شاء وكيفما يحلو له، وإنما تصرفه مقيد بقيود وضعتها الشريعة، فهناك الكثير من القيود التي يتقيد بها المالك، فلا يوجد حق مطلق في الشريعة الإسلامية، وإلا تعارض هذا مع مبدأ العقيدة القائم على العبودية والطاعة، فالمكلف يجب أن يلتزم بالأوامر والحدود التي وضعها الشرع، ويجتنب كل ما نهى الله عنه، وتترتب المثوبة أو العقاب على كل تصرف يقوم به الإنسان كما سنبين ذلك عند الحديث عن قيود الملكية للمنفعة العامة.

وهناك أمر آخر لا بد أن ننوه عنه ألا وهو أن هذه المزايا والمكناات والسلطات التي تخوّل للمالك على الشيء المملوك مقصورة على المالك وحده دون غيره، فلا يجوز لغيره أن يشاركه فيها، وبناءً عليه فلا يحق لغير المالك أن ينتفع بالشيء المملوك لغيره إلا في حدود معينة أجازت فيها الشريعة لغير المالك أن يتصرف أو يستفيد من الشيء المملوك.

(1) الدكتور محمد ياسر حسني - بيع ملك الغير دراسة مقارنة بين القانون الوضعي والشريعة الإسلامية - عام 2008م - ص 232.

(2) الدكتور عبدالرازق حسن فرج - المرجع السابق - ص 36.

### الخاصية الثانية: الملكية التامة شاملة للرقبة والمنفعة معاً:

إذا ملك الإنسان عيناً من الأعيان بسبب من أسباب الملكية التامة فإنه يملك منفعتها بذلك الملك؛ لأن ملكية العين تستلزم ملكية المنفعة إما حالاً أو مآلاً دون العكس، أي أن ملك المنفعة لا يستتبع ملك العين؛ لأن الشخص قد يملك منافع شئ دون أن يملك عينه كما في الإجارة والوصية بالمنافع والوقف والعارية.

ومن المسلم به أن ملكية الأشياء ليست مقصودة لذاتها وإنما الغاية الأساسية منها هي الانتفاع بها حالاً أو مآلاً، وملكية الرقبة ما أقرت إلا لتكون سنداً لكمال الانتفاع الحر والتصرف المشروع ضمن القيود التي حددتها الشريعة، وفي ذات الوقت لا يمكن أن يتصور إنفكاك حق الانتفاع عن ملكية الرقبة بصورة مؤكدة؛ لأن ذلك نوع من العبث التي تنزهت عنه الشريعة السماوية، وإنما يقر الشرع ذلك الإنفكاك على سبيل الإستثناء في حالات عارضة ومؤقتة ينتهي بها الأمر إلى عودة تبعية المنافع للعين، فتعود إلى ملكية الرقبة ثمرتها الأصلية وهي المنافع.

وعلى هذا لا يوجد في الفقه الإسلامي من أسباب الملكية ما يوجب إمتلاك الرقبة وحدها دون منافعها إلا في صورتها الوصية بالمنافع كأن يوصي بالرقبة لشخص وبالمنفعة لشخص آخر، أو بالرقبة للورثة وبالمنفعة لشخص آخر، فإذا انتهت المدة عادت ملكية المنفعة لتتصل بملكية الرقبة بعد إنفصال مؤقت، وهذا الإنفكاك المؤقت قد تسومح به احتراماً للوصية؛ لأنها مبنية على التسامح وتشجيعاً لأعمال البر في نهاية الحياة<sup>(١)</sup>.

أما إذا كانت الوصية بالمنافع وحدها دون توقيت لجهات دائمة ولغير شخص معين فإنها تخرج عن الوصية وتعتبر في معنى الوقف الدائم الذي تسقط فيه الملكية عن الرقبة، وترصد المنفعة بصورة دائمة على الجهة الخيرية الدائمة التي خصصها لها الواقف.

فإذا أوصى إنسان ببستانه مثلاً إلى الفقراء أبداً أو لشخص معين، ومن بعده لجهة بر لا تنقطع، كان ذلك وقفاً مضافاً إلى ما بعد الموت بحكم الضرورة نظراً إلى التأييد الوارد وإن كان بلفظ الوصية؛ لأن العبرة في العقود للمقاصد والمعاني لا للألفاظ والمباني؛ لأنه في حال تأييد المنافع لجهة البر لم يبق لملكية الورثة في الرقبة معنى ما دامت المنفعة المقصودة من الأعيان ليست لهم بشكل دائم.

الخاصية الثالثة: إن أول ملكية تثبت على شئ لم يكن مملوكاً قبلها إنما تكون دائماً ملكية تامة:

إن أول ملكية تثبت على الشئ الذي لم يكن مملوكاً من قبل تكون دائماً شاملة لرقبة الشئ ومنافعه معاً، فالملكية الأولى تكون بصورة دائمة تامة، فلا يمكن أن تثبت على الشئ ناقصة مقصورة على ملك الرقبة وحدها أو المنفعة وحدها دون الرقبة.

والملكية الأولى هي التي تثبت على الشئ بسبب منشئ الملكية إما عن طريق إحراز المباحات أو التولد من المملوك، وإذا ثبتت الملكية الأولى على الشئ بأحد أسبابها المنشئة لا يتصور بعدها أن يتعلق بذلك الشئ ملك جديد إلا بالسبب الناقل للملكية دون المنشئ لها؛ لأن كل ملك يثبت على شئ مملوك سابقاً إنما يكون من قبيل تبدل المالك وهذا هو معنى نقل الملكية.

(١) الدكتور عدنان خالد التركماني - المرجع السابق - ص ٦٢.

ثم إن المالك الأول يمكن أن تنتقل من يده الملكية بصورة تامة – العين والمنفعة معاً – فتثبت للثاني ملكية تامة كما في البيع والهبة وغيرهما من الأسباب التي توجب ملكاً تاماً.

كما يمكن أن تنتقل من يده ملكية المنفعة وحدها كما هو الحال في الإجارة والعارية، ويمكن

أيضاً أن تنتقل من يده ملكية الرقبة وحدها دون المنفعة كما في صورتى الوصية بالمنفعة لشخص وبالرقبة لآخر أو الورثة، فثبتت بذلك للمالك الجديد ملكية ناقصة بأحد أسبابها.

ويتضح مما سبق أن الملكية التامة تنشأ بالأسباب الناقلة للملكية أو المنشئة لها، فتنشأ أولاً بأحرار المباحات والتولد من المملوك ثم تنتقل بعد ذلك إلى مالك جديد بواسطة العقود أو الخلافة كما في خلافة شخص عن آخر في ملكه كالميراث أو الوصية، أو خلافة شئ عن شئ كما هو الحال في ضمان المتلفات المثلية.

أما الملكية الناقصة - رقية أو منفعة - فلا تقوم إلا بالأسباب الناقلة للملكية؛ لأن ملكية الرقبة وحدها أو المنفعة وحدها تكون بصورة دائمة مسبقة بملكية تامة<sup>(١)</sup>.

الخاصية الرابعة: إن ملكية العين لا تقبل التوقيت بخلاف ملك المنفعة:

إن ملكية العين متى ثبتت بأحد أسبابها ثبتت مؤبدة، ومع هذا فإنه يمكن أن يطرأ على الملكية التامة انتقال من يد إلى أخرى بسبب جديد ناقل للملكية كالبيع والإرث، فإن لم يطرأ عليها ناقل بواسطة عقد جديد أو خلافة لا تنتهي الملكية السابقة بعد ثبوتها؛ لأن من شروط صحة البيع عدم التوقيت أو التعليق على شرط ينافي مقتضاه، فإذا وجد الشرط المؤقت كأن يقول البائع بعتك هذه الدار سنة فسد.

وهناك تساؤل يطرح نفسه في هذا المقام ألا وهو إذا كانت ملكية العين لا تقبل التأقيت فما هو حكم العمري والرقبي؟

إن من الحكمة قبل الإجابة على هذا التساؤل لابد أن نعرف العمري والرقبي أولاً؛ لأن الحكم على الشئ فرع عن تصوره.

العمري: هو نوع من أنواع الهبة وصورته أن يقول مالك العين لآخر: أعمرتك داري هذه، أو هي لك عمري، أو عمرك، أو ماعشت، أو مدة حياتك، أو ماحييت أو نحو هذا، وسميت عمري لتقيدها بالعمر، إما بعمر صاحب العين، أو بعمر الشخص الآخر وهو المعمر له.

الرقبي: هو أيضاً نوع من أنواع الهبة وصورته أن يقول مالك العين لشخص آخر: أرقبتك هذه الدار، أو هي لك حياتك على أنك إن مت قبلي عادت إلي، وإن مت قبلك فهي لك ولعقبك، فكأنه بهذا يقول لأصاحبه: هي لأخرنا موتاً، وبذلك سميت رقبى؛ لأن كل واحد منهما يرقب موت صاحبه<sup>(٢)</sup>.

(١) الدكتور عبد السلام العيادي - المرجع السابق - ص ٣٧٥.

(٢) الدكتور عدنان التركماني - المرجع السابق - ص ٦٥.

وقد اتفق الفقهاء على جواز العمري<sup>(١)</sup>، واختلفوا في الرقبى، فقال بجوازها الجمهور، وخالفهم في ذلك الإمام مالك<sup>(٢)</sup> الذي قال بعدم جوازها.

ومع اتفاق الأئمة الأعلام على جواز العمري، إلا أنهم اختلفوا فيما يملكه المعمر له على مذهبين:

المذهب الأول: ذهب جمهور الفقهاء<sup>(٣)</sup> إلى القول بأن العمري تنتقل الملك إلى المعمر له، ثم لورثته من بعده، واحتجوا لمذهبهم بالآتي:

١- حديث جابر كما في رواية مسلم<sup>(٤)</sup> أن رسول الله قال: أيما رجل أعمر رجلاً عمري له ولعقبه فقال: قد أعطيتكها وعقبك ما بقي منكم أحد، فإنها لمن أعطيتها، وإنها لا ترجع إلى

صاحبها من أجل أنه أعطى عطاء وقعت فيه المواريث .

٢- وفي رواية أخرى عند مسلم أيضاً<sup>(٥)</sup>، أن جابر بن عبد الله كان يقول: قال رسول الله : العمري لمن وهبت له.

٣- حديث زيد بن ثابت أن النبي صلى الله عليه وسلم: جعل العمري للوارث<sup>(١)</sup>.

4- حديث جابر رضي الله عنه أن رسول الله قال: يا معشر الأنصار أمسكوا عليكم أموالكم ولا تعمروها، فإنه من أعمار شيئاً حياته فهو له حياته وموته. (7)

المذهب الثاني: ذهب إليه الإمام مالك رحمه الله أن العمري هي تملك المنافع، فلا تملك بها رقبة المعمر بحال، ويكون للمعمر له السكنى، فإذا مات عادت إلى المعمر، وهو المالك الأول سواء قال له أعمرتك داري أو قال هي لك ولعقبك، ففي الحالة الأولى ترجع إلى المعمر بمجرد إنتهاء حياة المعمر له، أما في الحالة الثانية - لك ولعقبك - فإنها تنتقل إلى ورثة المعمر له ما لم ينقطعوا، فإذا انقرضوا رجعت الدار إلى المالك الأول -المعمر- أو ورثته الذين كانوا يرثونه وقت موت المعمر لا وقت الرجوع<sup>(٨)</sup>.

واحتج المالكية لما ذهبوا إليه بالأدلة الآتية:

(١) استدلوا على رجوع المعمر إلى المالك الأول في حالة قول المعمر: أعمرتك داري بما روي عن ابن عمر رضي الله عنهما أنه ورث من حفصة بنت عمر دارها، وكانت حفصة قد أسكنت بنت زيد بن الخطاب ما عاشت، فلما توفيت بنت زيد قبض عبد الله بن عمر المسكن ورأى أنه له.

(٢) واستدلوا على رجوع المعمر إلى المالك الأول بعد انقراض العقب - في مثل قوله: هي لك ولعقبك بما يلي:

المغني - ج ٥ - ص ٦٨٦-٦٨٨ (1)

حاشية الدسوقي على الشرح الكبير - ج ٤ - ص ٩٧ (2)

(3) الدكتور عبدالله المصلح - قيود الملكية الخاصة - ص ١٣٠.

(٤) صحيح مسلم ٣/١٢٤٥ - وابن ماجه ٢/٧٩٦.

صحيح مسلم ٣/١٢٤٦ (5)

ابن ماجه ٢/٧٩٦ (6)

(7) مسند الإمام أحمد ٣/٣١٧.

(٨) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ٤/٩٧.

(أ) بما رواه مسلم عن جابر أنه قال<sup>(١)</sup>: إنما العمري التي أجازها رسول الله أن يقول: هي لك ولعقبك، فأما إذا قال: هي لك ما عشت فإنها ترجع إلى صاحبها.

(ب) ما جاء في الموطأ عن يحيى بن سعيد عن عبد الرحمن بن القاسم أنه سمع مكحولاً الدمشقي يسأل القاسم بن محمد عن العمري وما يقول الناس فيها، فقال القاسم بن محمد: ما أدركت الناس إلا وهم على شروطهم في أموالهم وفيما أعطوا، قال يحيى: سمعت مالكا يقول: وعلى ذلك الأمر عندنا أن العمري ترجع إلى الذي أعمارها إذا لم يقل هي لك ولعقبك.

الخاصية الخامسة: الملكية التامة لا تقبل الإسقاط وإنما تقبل النقل:

من المتفق عليه أن ملكية الأعيان تثبت مؤبدة ولا تنتقل عن المالك إلى غيره إلا بسبب من الأسباب الناقلة للملكية كالبيع والهبة، غير أن هناك تساؤل يطرح نفسه في هذا المقام ألا وهو:

هل يزول الملك بالاسقاط؟ بأن يخرج الشيء عن ملك المالك لا إلى مالك، أو الإعراض عنه، بأن يترك المالك العين دون استعمال أو استفادة.

انقسم الفقهاء في هذه المسألة إلى مذهبيين:

المذهب الأول: مذهب جمهور الفقهاء:

ذهب الجمهور إلى القول بأن ملكية الأعيان لا تقبل الاسقاط، فلو أن إنساناً اسقط ملكيته عن شيء أو أعرض عنه فإنه يبقى ملكاً له كما لو صاد إنساناً صيداً أو أحيا أرضاً فاطلق صيده أو ترك أرضه حتى غدت خراباً، فيبقى الصيد أو الأرض على ملكه، ولو أن شخصاً آخر صاد ما أطلقه الأول أو أحيا ما تركه الأول، فإن لأول في كلا الحالتين استرداد الصيد أو الأرض من الثاني، والأصل في عدم جواز اسقاط الملك هو أن الإسلام منع السوائب وأمثالها مما كانت قد اعتادته العرب في جاهليتها لقوله تعالى: مَا جَعَلَ اللَّهُ مِنْ بَحِيرَةٍ وَلَا سَائِبَةٍ وَلَا وَصِيلَةٍ وَلَا حَامٍ وَلَكِنَّ الَّذِينَ كَفَرُوا يَفْتَرُونَ عَلَى اللَّهِ الْكَذِبَ وَأَكْثَرُهُمْ لَا يَعْقِلُونَ (2)

وإذا كان الأصل عند جمهور الفقهاء هو أن اسقاط الملكية لا يجوز غير أنهم استثنوا من هذا الأصل بعض الأشياء فاجازوا اسقاط الملكية عنها لاعتبارات خاصة كحث الشارع على تحرير الرق وأعمال البر أو الرأفة بالحيوان أو التعالي عن بعض المحقرات ويتضح ذلك فيما يلي (3):

١- عتق الرقيق: فقد أجاز الفقهاء اسقاط ملكية الرقيق بالعتق تقريباً إلى الله تعالى به، أو كفارة عن ذنب قد اقترفه كالإفطار في رمضان، أو الظهار، أو تعويضاً للمجتمع الذي قتل أحد أفراده.

٢- الوقف: وقد استثنى بعض الفقهاء من هذا الأصل الوقف على اعتباره أنه اسقاط لملكية العين لا إلى مالك.

غير أن الوقف ليس اسقاطاً لملكية عين لا إلى مالك بل هو في حقيقته وغايته تبرع بالمنفعة على وجه الدوام والاستمرار مع حبس العين على ملك الواقف، أو الموقوف عليهم، أو على حكم ملك الله تعالى.

٣- الدواب المسيبة: واستثنى الحنابلة من هذا الأصل أيضاً الدواب المسيبة إذا تركها أصحابها في مكان يعد مهلكة لها، في هذه الحالة يسقط ملك مالكا عنها، ويحق لمن وجدها أن يملكها.

صحيح مسلم ٣/١٢٤٦ (1)

(سورة المائدة - آية ١٠٣) (2)

(3) الدكتور عدنان التركماني - المرجع السابق - ص ٧٠.

واستدلوا لهذا الاستثناء بما أخرجه البيهقي (1) أن رسول الله قال: من وجد دابة قد عجز عنها أهلها أن يعلفوها فسيبوها فأخذها فأحياها فهي له.

وأخرج البيهقي أيضاً أن الشعبي قد قضى في رجل سيب دابته، فأخذها رجل فأصلحها، أنه إن كان سيبها في كلاً وماء وأمن، فصاحبها أحق بها، وإن كان سيبها في مفازة ومخافة فالذي أخذها أحق بها (2).

٤- المحقرات: التي أعرض عنها أصحابها، والتي يغلب على الظن أن فاقدها لا يسأل عنها ولا يطلبها، فإن واجدها يملكها مثل ما يجده الكئاس من الرغيف وكسرة الخبز والثمرة والعصا والسوط والحبل.

وحجة الذين قالوا بسقوط ملكية تارك هذه الأشياء ما رواه جابر بن عبد الله رضي الله

عنهما أن رسول الله رخص في العصا والسوط والحبل يلتقطه الرجل ينتفع به<sup>(٣)</sup>.

٥- الحجارة الملقاه بين الأزقة التي تركت رغبة عنها، أو قطع الخشب التي بقيت عن البناء وتركها أصحابها رغبة عنها فيملكها أخذها، أما إذا تساقطت هذه الأشياء من البناء أثناء العمارة أو في حالة تساقط بعض أجزائه نتيجة للأمطار ولم يدر بها المالك، لا يحل لأحد أخذها، وكذلك لو كانت من ملك يتيم، أو وقف، أو محجور عليهم؛ لأنه لا يتصور من أحد هؤلاء الإعراض عنها<sup>(٤)</sup>.

#### المذهب الثاني: مذهب جمهور المالكية:

وذهب جمهور المالكية إلى التفرقة ما بين الثابت من الأملاك بأسباب فعلية كما في الصيد والإحياء، فإن الملك يزول عنه بزوال هذه الأسباب، فيزول ملك الصيد بتوحشه وانفلاته، ويزول ملك الأرض المحيية إذا عادت الأرض مواتاً ثانية، أما الثابت بالأسباب القولية كالبيع فإن ملك صاحب الشئ لا يزول عنه إلا بسبب ناقل للملكية<sup>(٥)</sup>.

وسبب التفرقة بين هذين النوعين من الأملاك عند جمهور المالكية أن الملك الحاصل عن طريق الأسباب الفعلية أضعف من الملك الحاصل بالأسباب القولية، فالملك الناتج عن الأسباب القولية أقوى لأنه مبني على ملك سابق، بينما الملك الناتج عن الأسباب الفعلية لا يبنى على هذا الأساس، لذا كان أضعف منه، وبالتالي فإن الملك يزول عنه بمجرد زوال الفعل الذي كان سبباً في الحصول عليه.

#### الخاصية السادسة: مالك العين لا يضمنها إذا أتلّفها:

إن مالك العين ملكاً تاماً إذا أتلّفها لا يضمن مثلها إن كانت مثلية ولا قيمتها إن كانت قيمية؛ لأنه لا فائدة من هذا الضمان إذ أنه إن ضمن ضمن لنفسه فكأنه بذلك يعطي يده اليمنى ليده اليسرى، وذلك لا معنى له، وهو عبث تنزهت عنه الشريعة.

وليس معنى ذلك أن الذي أتلّف ماله يعفى من كل تبعية لاتلافه بل أنه مسئول ديانة عما أتلّفه، وقد يستحق التعزير على عمله، وقد يؤدي عمله هذا به إلى اثبات سفهه أو نقصان عقله، فيمنع من التصرف بماله، ويتولاه عنه غيره لعجزه عن القيام بمصالحه<sup>(٦)</sup>.

(١) سنن البيهقي ٦/١٩٨.

(٢) سنن البيهقي ٦/١٩٨.

(٣) أبو داود ٢/١٣٨. والسنن الكبرى للنسائي ٦/١٩٥.

(٤) نهاية المحتاج ٨/١٢٧.

(٥) الفروق للقرافي ٤/١٨.

ص ٧٥ - الملكية ونظرية العقد - دار الفكر العربي - القاهرة - عام ١٩٧٦م - زهرة محمد أبو الشيخ (٦)

## الفرع الثاني

### خصائص الملكية الناقصة

#### *The Characteristics of the incomplete ownership*

الملكية الناقصة في الفقه الإسلامي: هي التي يقتصر محلها إما على مادة الشئ ذاته، وإما على منفعتة<sup>(١)</sup>.

ويتضح من هذا التعريف أن الملك الناقص يجري على واحد من ثلاثة:

- ملكية الرقبة وحدها.

• ملكية المنفعة وحدها.

• ملك الانتفاع وحده.

ونتناول في هذا الفرع خصائص كل نوع من أنواع الملكية الناقصة على النحو التالي:

أولاً: خصائص ملكية الرقبة وحدها:

إن ملكية الرقبة في الفقه الإسلامي تختص بعدة خصائص نتضح فيما يلي:

(١) ملكية الرقبة هي ملكية دائمة لا تقبل الإسقاط، وإنما تقبل النقل:

إن مالك الرقبة لا يسقط حقه في العين على رأي جمهور الفقهاء، وإنما ملكيته للعين تقبل النقل بأحد الأسباب الناقلة للملكية كالبيع والهبة، وقد بينا الرأي الفقهي في إسقاط ملكية الرقبة حين الحديث عن خواص الملكية التامة.

(٢) ملكية الرقبة هي ملكية دائمة لا تقبل التوقيت:

إن مالك الرقبة يملكها على الدوام والاستمرار، ولا يجوز توقيتها بزمن معين كالسنة مثلاً، لأن شرط توقيت الملك ينافي مقتضى العقد الذي هو التأبيد، بخلاف ملك المنفعة، حيث إن الأصل فيه التوقيت.

(٣) انقطاع حق مالك الرقبة عن منفعتها:

إن مالك الرقبة وحدها لا يملك حق الانتفاع بأي وجه من وجوه الانتفاع لا بنفسه ولا بغيره، حيث كانت المنافع الناشئة عن الرقبة مملوكة لغيره كما هو الحال في الإجارة وصورتي الوصية، ففي الإجارة نجد أن المؤجر قد سقط حقه في منفعة العين التي أجرها حتى نهاية المدة، وكذلك الأمر في الوصية بالمنافع لشخص وبالرقبة لشخص آخر أو للورثة، فالورثة في العين الموصي بمنافعها ليس لهم الحق في منافعها حتى انتهاء مدة الوصية<sup>(٢)</sup>.

(١) الأشباه والنظائر للسيوطي - ص ٣٢٦.

(٢) الدكتور عدنان التركماني - المرجع السابق - ص ٧٤، ٧٥.

• منع مالك الرقبة من التصرف فيها تصرفاً يضر مالك المنفعة:

إن تصرفات مالك الرقبة التي يمكن أن تضر بمالك المنفعة هي بيعه لتلك العين أو هبتها للغير، وقد اتفق الفقهاء على جواز البيع؛ لأن هذا البيع لا يضر بمالك المنفعة، وتنتقل ملكية الرقبة للمالك الجديد وهي محملة بحق ملك المنفعة عند جمهور الفقهاء<sup>(١)</sup>، أما الحنفية فقالوا<sup>(٢)</sup> أنه جائز في حق البائع والمشتري، وموقوف في حق المستأجر حتى إذا انقضت المدة يلزم المشتري البيع، وليس له أن يمتنع عن الأخذ، وليس للبائع أن يأخذ المبيع من يد المستأجر من غير إجازته البيع.

وعدة الجمهور فيما ذهبوا إليه أن مالك الرقبة إذا باعها فقد صادف البيع محله؛ لأن الرقبة ملك للمؤجر، وإنما حق المستأجر في المنفعة، ومحل البيع العين، ولا حق للمستأجر فيها، لذا كان البيع نافذاً من غير إجازة المستأجر، وعدة الحنفية أن البائع غير قادر على تسليمه للمبيع لتعلق حق المستأجر به، وحق الإنسان يجب صيانته عن الإبطال ما أمكن، فقال بالجواز في حق

المشتري وبالتوقف في حق المستأجر صيانة للحقين ومراعاة للجانبين.  
أما بيع مالك الرقبة لمالك منفعتها فقد اتفق الجميع على جوازه لعدم وجود تناف في الملكية.

(٥) انتهاء ملكية الرقبة إلى ملكية تامة:

إن ملكية الرقبة وحدها ينتهي بها الحال في نهاية الأمر إلى ملكية تامة بعد انتهاء مدة الانتفاع من مالك المنفعة، ففي صورتها الوصية بالرقبة لشخص وبالمنفعة لآخر، أو بالمنفعة لشخص وبالرقبة للورثة، فإن ملكية الموصي له بالرقبة وملكيتها الورثة سوف تشمل المنفعة أيضاً بعد انتهاء حق المنتفع بالمنفعة، وتعود بعد ذلك ملكية المنفعة لتتبع ملكية الرقبة بعد ذلك الانفكاك المؤقت.

ثانياً: خصائص ملكية المنفعة وحدها:

إن ملكية المنفعة وحدها في الشريعة الإسلامية تختص بخصائص ليست للملك التام ولا لملك الرقبة وحدها، وأهم هذه الخصائص ما يلي:

(١) تعلق حق مالك المنفعة بالعين:

إن المنتفع في ملك المنفعة يتعلق حقه بالعين، ولكن العين ملكاً لغيره، وإنما استفاد ذلك الحق من مالك العين، لذا يحق للمعير بيع العين المعارة؛ لأنه يبيع حقه الذي لا يشاركه فيه أحد ولو كان مالك المنفعة أو حق الانتفاع في العين المعارة.

وقد ذهب جمهور الفقهاء إلى أن للمعير الحق في استرداد العين متى شاء سواء كانت العارية مؤقتة أو مبددة، ولكن شرط الحنابلة في صحة رجوع المعير متى شاء ألا يكون قد أذن للمستعير في شغل العين بشئ يستتضر المستعير برجوعه<sup>(٣)</sup>.

أما الإمام مالك رحمه الله تعالى فقد فرق بين نوعين من العارية، فإن كانت العارية مؤقتة فليس له حق في الرجوع حتى انتهاء المدة المحددة، وإن كانت مطلقة فليس له الرجوع أيضاً، بل يجب عليه أن يتركها قدر ما ينتفع بها الانتفاع المعتاد.

(١) المهذب ١/٤١٤.

(٢) كشف القناع ٤/٣١.

(٣) المهذب ١/٣٧٠، وبدائع الصنائع ٨/٣٩٠٣، وكشاف القناع ٤/٦٥.

والدليل على أن المعير يملك المنفعة أو حق الانتفاع وأن حقه متعلق بالعين أنه إذا تلفت العين المعارة بطلت العارية؛ لأن حقه متعلق بمنافعها، فإذا تلفت سقط حقه، وكذلك الحكم في الإجارة<sup>(١)</sup>، وإذا كان حق مالك المنفعة متعلق بالعين لذا كان مطالباً بالمحافظة على العين المنتفع بها محافظته على ماله لكي يعيدها إلى مالكها صحيحة سليمة كما أخذها، وهذا ما تقتضيه مكارم الأخلاق ومبدأ التعاون بين المسلمين، فإذا كان المعير قد دفع ماله لمن يحتاجه لقضاء حاجته فلذا كان جزاء الإحسان يقتضي أن يقبله المستعير بالإحسان إلى العين المعارة بالمحافظة عليها وصيانتها وردها سليمة كما أخذها، ولكن اختلف الفقهاء حول ما إذا أهمل المستعير العين المعارة حتى تلفت؟

فقد ذهب الحنابلة والشافعية إلى القول بأن المستعير ضامن مطلقاً سواء تعدى أولم يتعد، وعمدتهم في ذلك ما يلي:

(١) حديث سمرة الذي قال فيه: أن النبي قال: على اليد ما أخذت حتى تؤديه .

(٢) حديث صفوان الذي جاء فيه أن النبي استعار منه يوم حنين ادراعاً، فقال اغصباً يا محمد؟

قال: بل عارية مضمونة (٢).

(٣) إن المستعير أخذ ملك غيره لنفع نفسه منفرداً بنفعه من غير استحقاق ولا إذن في اتلاف، فكان مضموناً (٣).

بينما ذهب الحنفية (٤) والمالكية إلى القول بأن العارية أمانة في يد المستعير حال الاستعمال، لذا كان من الواجب عليه المحافظة على الأمانة والحرص على العارية، فإذا أصابها تلف أو هلاك من غير تعد منه أو تقصير فلا يكون مسئولاً عنها؛ لأنه بمنزلة صاحبها.

أما إذا خرج عن طبيعته واستهان بها ولم يحافظ عليها فهلكت أو تلفت كان مسئولاً عنها، غير أن المالكية حملوا المستعير مسئولية ضمانها إذا كانت العارية مما يغاب عن عين صاحبها، فإن كانت مما لا يغاب فلا يضمن.

وعمدتهم في ذلك ما يلي:

(١) روى عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن النبي قال: ليس على المستعير غير المغل ضمان (٥).

(٢) إن المستعير قد قبض العارية بإذن مالِكها، فكانت عنده أمانة كالوديعة.

(٣) أما قول النبي أن العارية مؤداة فهو حجة للحنفية ومن قال بقولهم؛ لأن كون العارية مؤداة معناه أنها أمانة، وهذا ما جاء في صريح قول الله: إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَنْ تُؤَدُّوا الْأَمَانَاتِ إِلَىٰ أَهْلِهَا (٦).

والرأي الراجح هو ما ذهب إليه الحنفية والمالكية بأن العارية إذا تلفت من غير تعد أو تقصير تلفت على ملك صاحبها، وإن تلفت بتعد أو إهمال من المستعير كان ضمانها عليه.

(١) المغنى ٥/٥٠١، وكشاف القناع ٤/٢٧.

(٢) أبو داود ٣/٢٩٦ ومسنن الإمام أحمد ٣/٤٠١.

ص ٧٨ - المرجع السابق - الدكتور عدنان التركمانى (3)

بدائع الصنائع ٨/٣٩٠٤ (4)

(5) البيهقي ٦/٩١.

(٦) سورة النساء - آية (٥٨).

## ٢) ملك المنفعة يقبل التقييد:

إن ملك المنفعة يقبل التقييد بالشروط في أوجه الانتفاع وفي زمانه ومكانه بخلاف الملك التام، فإنه لا يقبل التقييد لا بزمان ولا بمكان ولا بصفة ولا بنوع ولا في أوجه الانتفاع إلا بالمقدار الذي يضر بالغير، لأن الملك التام إذا طرأ عليه التقييد بهذه الأشياء كان منافياً لمقتضى الملك الذي يبيح لصاحبه جميع أنواع التصرفات من استغلال أو استعمال أو تصرف بخلاف ملك المنفعة، فإنه يقبل التقييد على النحو التالي:

(أ) التقييد بالزمان:

إن ملكية المنفعة تقبل التقييد بالزمان؛ لأن الزمن يعد معياراً للمنفعة المملوكة، فيملك المنتفع بقدر ما يكون منها ضمن المدة المحددة في عقد المنافع كالإجارة. وبالتالي فإن صاحب المنفعة وهو المستأجر يملك المنفعة ضمن المدة المتفق عليها في العقد، فإذا انتهت المدة انتهى حقه الثابت في العين المؤجرة (١).

(ب) التقييد بالمكان:

إن ملكية المنفعة تقبل التقييد بالمكان كمن أعار سيارته لشخص على أن يمشى بها في طريق دون غيره كان له ذلك؛ لأن منح المنفعة كان من جهة مالك الرقبة، فله الحق في تقييدها.

### ج) التقييد بأوجه الانتفاع:

إذا أعار شخص أرضاً لشخص آخر للزراعة أو أجره إياها على أن يزرعها نوعاً خاصاً من المزروعات, يجب على المستعير أو المستأجر أن يتقيد بوجه الانتفاع على حسب الشروط, لقوله: المؤمنون عند شروطهم.(2)

٣) إرث ملك المنفعة:

ذهب جمهور الفقهاء وهم الشافعية(3) والحنابلة(4) والمالكية إلى القول بأن المنفعة تورث كما تورث الأعيان, بينما ذهب الحنفية(5) إلى القول بأن المنفعة لا تورث.

ومبنى الخلاف بين الحنفية والجمهور قائم على كيفية انعقاد الإجارة, فالحنفية قالوا: إن الإجارة تتعقد ساعة فساعة على حسب حدوث المنافع شيئاً فشيئاً, لذا فإن ما يحدث من المنافع في يد الوارث لا يملكه المورث لعدمها, والملك صفة الموجود لا المعدوم, فلا يملكها الوارث؛ لأنه إنما يملك ما كان على ملك المورث, فما لم يملكه يستحيل وراثته, أما الجمهور فقالوا: إن منافع المدة تكون موجودة للحال كأنها أعيان قائمة, فأشبهه بيع العين لذا تورث المنافع كما تورث الأعيان.

والرأي الراجح هو ما ذهب إليه جمهور الفقهاء في إرث المنفعة؛ لأن المستأجر قد ملك المنافع بسبب قام به وهو العقد, لذا لزمته الأجرة في حياته من ماله وبعد مماته من ماله كما لو حفر بئراً فوق وقع فيه شئ بعد موته فإنه يضمنه؛ لأن سبب ذلك كان منه في حال الحياة, لذا فإن المستأجر قد ملك المنفعة كملكه لعين قائمة, لذا فإن الورثة تنتقل إليهم ملكية مورثهم سواء كانت منافع أو أعيان.

(١) المعنى ٥/٤٤٢ وابن عابدين ٦/٣١.

(٢) المعنى ٥/٥٠١ وابن عابدين ٦/٢٩.

(٣) نهاية المحتاج ٥/٣١٧.

(٤) المعنى لابن قدامة ٥/٤٦٧ - ٤٦٨.

(٥) بدائع الصنائع ٦/٢٦٧٢.

### ثالثاً: خصائص حق الانتفاع:

إن الحديث عن خصائص حق الانتفاع يتطلب بداية أن نتعرض لأمرين هامين وهما الفرق بين التملك والإباحة، والفرق بين ملك المنفعة وحق الانتفاع، حتى يتضح الفرق بين ملك المنفعة وحق الانتفاع والإباحة، ثم بعد ذلك نبين ونوضح خصائص حق الانتفاع وذلك على النحو التالي:

#### (١) الفرق بين التملك والإباحة:

إن للإباحة معنيين أحدهما خاص والآخر عام:

المعنى الأول: المعنى الخاص للإباحة:

عرف الزركشي الإباحة بقوله: " تسليط من المالك على استهلاك عين أو منفعة، ولا تملك فيها ".

يتضح من هذا المفهوم أن الإباحة إذن من المالك لغيره باستهلاك الشئ أو باستعماله دون أن يتملك المباح له العين أو المنفعة المباحة، وعرفت مجلة الأحكام العدلية الإباحة بأنها: "

الترخيص والإذن لواحد أن يأكل أو يتناول شيئاً بلا عوض".

والإباحة بهذا المفهوم قد تكون في أحد أمرين:

الأول: إذن باستهلاك العين: كما إذا أباح مالك الطعام لغيره أن يأكل منه، أو يأذن مالك الحديقة لغيره أن يأكل من ثمرها.

الثاني: إذن باستعمال العين فقط: كما لو أباح لغيره أن يستعمل شيئاً من ملابسه، أو سيارته، أو كتبه.

وفي كلا الحالتين ليس للمباح له أن يتصرف بالعين أو المنفعة تصرف الملاك، فليس له الحق في أن يبيع ما قدم إليه من طعام، أو يهبه لغيره، أو يبيع لغيره أن يستعمل ما أباحه له من ثياب أو غيره، وإنما حق المباح له قاصر على الاستهلاك والاستعمال بنفسه.

ويتضح مما سبق أن الإباحة ما هي إلا ترخيص من المالك قابل للرجوع عنه متى شاء.

ومحل الإباحة الأملاك التي ينتفع بها انتفاعاً مشروعاً، أما الأملاك التي تباح للانتفاع بها انتفاعاً غير مشروع كأن يعيره جاريتته أو خادمته ليفجر بها، أو يعطيه ماله ليتلفه، أو يحرقه، أو يشرب به خمراً، أو يعيره داره ليتخذها للهو والمجون لا يجوز شرعاً، لأن كل هذا من باب الإعانة على الإثم الذي نهى الله عنه في قوله: **وَتَعَاوَنُوا عَلَى الْبِرِّ وَالتَّقْوَىٰ وَلَا تَعَاوَنُوا عَلَى الْإِثْمِ وَالْعُدْوَانِ** (١)، وهذا هو ما اتفق الفقهاء على تحريمه (٢).

المعنى الثاني: المعنى العام للإباحة:

الإباحة بالمعنى العام تكون بإباحة الشارع للإنسان أن ينتفع أو يملك، وإباحة الشارع تكون لأحد أمرين:

(سورة المائدة - آية ٢) (١)

كشاف القناع ١/٦٣، ونهاية المحتاج ١/٣٧١، والقواعد لابن رجب ٢٠٩/ (٢)

الأمر الأول: تكون للانتفاع فقط دون الاستهلاك، كما في الانتفاع بالطرق والجسور العامة، ويكون للمباح له حق الانتفاع فقط.

الأمر الثاني: تكون للملك، كما في الإباحة بإحراز المباحات من صيد، أو حشيش، أو حطب.

ويتضح مما سبق أن الإباحة الخاصة لا تكون سبباً للملك وإنما للانتفاع فقط، أما الإباحة العامة فقد تكون سبباً للملك كما قد تكون سبباً للانتفاع فقط، وبهذا يتضح لنا الفارق بين الإباحة والملك.

(٢) الفرق بين ملك المنفعة وحق الانتفاع:

إن جمهور الفقهاء يفرقون بين ملك المنفعة وحق الانتفاع من ثلاث نواحي:

(أ) من حيث المعنى.

من حيث المنشأ (ب)

من حيث الأثر (ج)

الناحية الأولى: من حيث المعنى (in terms of the concept):

إن ملك المنفعة يفترق عن حق الانتفاع من حيث المعنى بأن ملك المنفعة فيه ذلك الاختصاص الحاجز، كحق المستأجر في منافع المأجور، وحق الموقوف عليه في منافع الوقف،

وحق صاحب العمل في منافع أجيره الخاص، ففي كل ذلك معنى الملكية وقوتها وسلطتها ومكنتها

فلذا نجد أن الفقهاء قد اتفقوا على أن المستأجر مالك لمنفعة المأجور، فلذا يحق له التصرف فيها بالانتفاع بنفسه أو بغيره بشرط المماثلة في الانتفاع، كما يحق له تأجيره بنفس الأجرة أو بغيرها وبنفس المقدار أو بأزيد عند الجمهور، أما حق الانتفاع المجرد فهو من قبيل الرخصة بالانتفاع الشخصي دون التملك، من ذلك حق انتفاع المستعير بالعين المعارة<sup>(1)</sup>.

الناحية الثانية: من حيث المنشأ ( *in terms of the Origin* ):

إن ملك المنفعة ينشأ بأحد أسباب تملكها وهي الإجارة، والوقف، والوصية بالمنافع، والإعارة على رأي من يرى أنها تملك للمنافع كالحنفية.

أما حق الانتفاع المجرد فهو أعم سبباً من ملك المنفعة، لأنه يثبت بأحد العقود الأربعة السابقة بالإضافة إلى سببين آخرين هما<sup>(2)</sup>:

أولاً: كون الأشياء المنتفع بها مخصصة للانتفاع الكافة، كانتفاع الناس جميعاً بالطرق العامة والجسور، أو مخصصة للانتفاع فريق منهم كانتفاع أهل قرية معينة بما جاورها من الأرض لتكون مرعى القمامات وغيرها.

(1) بدائع الفوائد لابن القيم 1/3 .

(2) الدكتور عدنان التركماني - المرجع السابق - ص 85 .

وفي كلا الحالتين لا يحق لأحد أن يملكها دون الآخرين، بل للجميع حق الانتفاع بها على قدم المساواة، ولذا يتضح أن ما يتعلق بالأشياء العامة أو الخاصة من الحقوق إنما هو من قبيل الانتفاع لا من قبيل المنفعة، فلذا لا يملك أحد أن يؤجر طريقاً أو يمنع أحد من المرور فيه، كما لا يحق لأحد أن يملك ما جاور القرية أو يؤجرها لأحد، إنما يحق له كما يحق لغيره الانتفاع بالاستعمال دون الاستغلال .

ثانياً: كون المنفعة مباحة من مالك خاص كإباحة استعمال سيارته، أو داره، أو دابته فيما هو مشروع، فهذه الصورة هي التي ينشأ عنها مجرد حق الانتفاع دون ملك المنفعة.

الناحية الثالثة: من حيث الأثر ( *in terms of the effect* ):

إن ملك المنفعة يعطي صاحبه حق التصرف في المنفعة تصرف الملاك في أملاكهم ضمن حدود العقد الذي ملك به المنفعة، فيحق له تملك المنفعة التي ملكها لغيره بأمره أو هبتها أو إعارتها، ولا يقيد في تصرفه شيء سوى المماثلة لما ملكه من المنفعة في وجه الانتفاع.

بينما صاحب حق الانتفاع ليس له حق سوى الانتفاع بنفسه أو بوكيله؛ لأنه ليس له سوى حق الاستعمال دون الاستغلال.

خصائص حق الانتفاع:

يتضح مما سبق أن حق الانتفاع له خصائص يتميز بها وأهم هذه الخصائص ما يلي:

(1) حق الانتفاع بالمعنى الخاص لا يحصل به الملك:

ذهب جمهور الفقهاء<sup>(1)</sup> إلى أن من ملك عيناً أو منفعة فله الحق في الاستغلال والاستعمال، أما مالك الحق في الانتفاع بالمعنى الخاص فلا يملك المعاوضة كقطعام الضيف الذي يقدمه له المضيف؛ لأنه إباحة محضة لا يحصل به الملك، غير أن الشافعية وبعض فقهاء المالكية<sup>(2)</sup> قالوا إن الضيافة تملك لأنها بالتقديم الحقت بالمباحات، والمباحات تملك بالاستيلاء.

## ٢) الانتفاع حق شخصي:

إن مالك الانتفاع له حق شخصي، فالضيف الذي يقدم له الطعام أو الذي يأذن له صاحب حديقة أن يتناول من ثمرها ما شاء ليس له أن يطعم غيره؛ لأن هذا من قبيل الإباحة، والإباحة يسمح فيها للمباح له الحق في الانتفاع دون أن يملك الإباحة لغيره.

وعلى هذا فإن المستعير لا يملك الإعارة؛ لأن حقه في الانتفاع فقط وهو قاصر عليه، فلا يستطيع أن يملكه لغيره؛ لأنه لم يملكه بخلاف مالك المنفعة والعين، فلهما ذلك؛ لأنهما مالكان، فلهما مطلق الصلاحية في التصرف استعمالاً واستغلالاً وتصرفاً.

(١) بدائع الفوائد لابن القيم ١/٣.

(٢) الفروق للقرافي - ٣/٢١٣.

## ٣) حق الانتفاع بالمعنى العام يحصل به الملك:

قد رأينا أن الإباحة بالمعنى العام تكون بإباحة الشارع للإنسان أن يملك كما في الإباحة بأحراز المباحات من صيد، أو حشيش، أو حطب، أو ماء، ففي هذه الحالة إذا احرز الإنسان شيئاً منها يصبح مالكاً لما احززه، وله الحق بعد حيازته أن يتصرف فيه تصرف الملاك في أملاكهم، فإن من صاد صيداً، أو جمع حطباً ملكه، وله بعد ذلك أن يتصرف بما حازه ببيع، أو هبه، أو إجازة، أو غيرها من التصرفات.

## ٤) حق الانتفاع يتساوى فيه الجميع:

إن حق الانتفاع يكون في الأشياء المنتفع بها والمخصصة لانتفاع جميع الناس كانتفاعهم بالطرق العامة والجسور، أو مخصصة لانتفاع فريق منهم دون الآخرين، كانتفاع أهل قرية معينة بما جاورها من الأرض لتكون محلاً لانتفاع جميع أهل القرية، وفي كلتا الحالتين لا يحق لأحد أن يملك هذه الأماكن دون الآخرين أو يمنع الآخرين من الاستفادة، بل للجميع حق الانتفاع على قدم المساواة.

## المطلب الثاني

### خصائص الملكية في القانون الوضعي

#### *The Characteristics of the Ownership in the Positive law*

يُخوّل حق الملكية لصاحبه سلطات معينة من حيث الاستعمال والاستغلال والتصريف، وهذه السلطات تنقرر للمالك على الشيء الذي يرد عليه حقه، وليس لأصحاب الحقوق العينية الأخرى المتفرعة عن حق الملكية إلا بعض تلك السلطات، ومن أجل هذا كان حق الملكية حقاً جامعاً.

ومن ناحية أخرى فإن تلك السلطات تثبت للمالك وحده دون غيره، فيعتبر حق الملكية من هذه الناحية حقاً مانعاً، لأن للمالك وحده أن يستأثر بجميع ما يخوّل له الحق من مزايا، وإذا كان حق الملكية مانعاً على هذا النحو، أي مقصوراً على صاحبه وحده فإن هذا يستتبع بالضرورة أن يكون جامعاً؛ لأن سلطات الحق لن تكون إلا لصاحبه وحده.

وإذا كان حق الملكية حقاً جامعاً مانعاً، غير أن هناك ما يحد من حق المالك في الاستئثار

وحده باستعمال السلطات التي يخولها له حق الملكية، ومن ذلك ما يقرره القانون، أو الاتفاق من قيود، من أجل ذلك لم يكن حق الملكية حقاً مطلقاً.

وإذا كان للمالك وحده كل السلطات التي يخولها الحق فإنها تظل ثابتة له ما بقى الشيء الوارد عليه الحق، ومن أجل هذا كان حق الملكية حقاً دائماً.

ونعرض فيما يلي لتلك الخصائص حتى نبين ونوضح مدى ما يتمتع به حق الملكية من خصائص تميزه عن غيره من الحقوق لا سيما ونحن بصدد بحث أخطر الموضوعات التي تمس هذا الحق ألا وهو نزع الملكية الخاصة للمنفعة العامة وذلك في أربعة فروع متتالية نتناول في أولهم مدى كون حق الملكية حقاً جامعاً، ثم نتناول في ثانيهم مدى كون حق الملكية حقاً مانعاً، ثم نتناول في ثالثهم مدى كون حق الملكية حقاً مقيداً، وأخيراً نتناول في الفرع الرابع مدى دوام حق الملكية وذلك على النحو التالي:

## الفرع الأول

### الملكية حق جامع

#### *The Ownership is an Inclusive Right*

الملكية حق جامع بمعنى أنها تخوّل للمالك سلطات أوسع من سائر الحقوق العينية الأخرى، فتخوّل استعمال الشيء واستغلاله والتصرف فيه، ولا يحد من هذه السلطات إلا ما يفرضه القانون أو الاتفاقات من قيود أو تشترطه الإدارة حيث يجوز لها ذلك<sup>(١)</sup>.

فيجوز للسلطة الإدارية أن تقوم بالاستيلاء مؤقتاً على العقار لتحقيق منفعة عامة، فيمتنع على المالك طوال فترة الاستيلاء – بالرغم من بقاء الشيء في ملكيته- التمتع بسلطاته الجامعة الشاملة عليه، وبجانب هذه القيود القانونية، قد توجد قيود اتفاقية من شأنها أن تحد من سلطات المالك الجامعة، أو منع إستعمالها طوال مدة معينة كما هو الحال في حالة شرط المنع من التصرف.

كما أنه لا يوجد ما يمنع من تجزئة سلطات المالك على ملكه، بحيث لا يبقى له سوى حق التصرف في العين ذاتها، وذلك كما في حالة ما إذا خوّل المالك للغير حقاً بالانتفاع على الشيء المملوك له، فيكون على الشيء الواحد حقان، حق الرقبة وحق الانتفاع، وشخصان هما صاحب حق الانتفاع ومالك الرقبة، أي أن المالك يحتفظ بذات الشيء دون منفعه من استعمال أو استغلال<sup>(٢)</sup>.

ويترتب على القول بأن الملكية حق جامع أن من يدعي سلطة من هذه السلطات، أو أن هناك قيداً يحد منها، يكون مدعياً خلاف الأصل، وعليه أن يثبت ادعائه، إذ لا يكلف المالك في الأصل باثبات ادعائه؛ لأن حقه جامع لكل السلطات حتى يثبت العكس.

كما يترتب على ما سبق أن أي حق من الحقوق المتفرعة عن الملكية يكون حقاً مؤقتاً عارضاً، فحق الانتفاع وحق الاستعمال وحق السكنى إنما هي حقوق مؤقتة، ولا يجوز أن تجاوز مدتها حياة أصحابها، وإذا انقضى أي حق من الحقوق المتفرعة عن حق الملكية عاد لحق الملكية ما كان قد انتقص منه، فتجتمع في يد المالك كل عناصر الملكية من جديد.

(١) عبدالرزاق السنهوري - المرجع السابق - ج ٨ - فقرة ٣٢٥ - ص ٥٢٩.

(٢) الدكتور عبدالرازق حسن فرج - المرجع السابق - ص ٢٤.

## الفرع الثاني

### الملكية حق مانع

#### *The Ownership is a Preventive Right*

يقصد بكون الملكية حقاً مانعاً أنها حق مقصور على المالك وحده دون غيره، وهذا ما عبرت عنه المادة ٨٠٢ من التقنين المدني المصري بقولها: "لمالك الشيء وحده في حدود القانون حق استعماله واستغلاله والتصرف فيه"، فلا يجوز لغير المالك أن يشارك المالك في ملكه، ولا أن يتدخل في شأن من شئون هذه الملكية إلا برضاء المالك، وللمالك أن يحتج بحقه قبل الكافة ويمنع الغير من المشاركة فيه حتى ولو لم يؤد هذا إلى إلحاق أى ضرر بالمالك.

وقد اتجه القضاء الفرنسي في هذا الشأن إلى تحويل المالك الحق في المطالبة بالتعويض ممن يمر خلال أرضه حتى ولو كانت هذه الأرض غير مسورة، أو حتى ممن يستعمل المجال الجوي لتلك الأرض، كأن يمد فيه أسلاكاً كهربائية مثلاً، طالما كان ذلك في حدود الارتفاع الذى يمكن القول بأنه يتبع مالك الأرض.

وعلى ذلك لا يمكن أن يكون الشيء الواحد مملوكاً لأكثر من واحد في الوقت نفسه، وإن كان من الممكن أن يشترك أكثر من واحد في ملكية الشيء، فيملك كل واحد منهم جزءاً شائعاً منه، وهذا يكون في حالة الملكية الشائعة غير المفترزة<sup>(١)</sup>.

وليس معنى كون حق الملكية مقصوراً على صاحبه أنه يلتصق به ولا ينفك عنه، وإنما يجوز أن ينتقل منه إلى غيره بأسباب نقل الملكية.

## الفرع الثالث

### الملكية حقاً مقيداً وليست حقاً مطلقاً

#### *The Ownership is a Restrictive Right not an absolute right*

وإذا كان حق الملكية حقاً جامعاً مانعاً، غير أن هناك ما يحد من حق المالك في الاستئثار وحده باستعمال السلطات التي يخولها له حق الملكية، ومن ذلك ما يقرره القانون، أو الاتفاق من حالات تجيز لغير المالك الاستفادة من العين المملوكة في حدود معينة، ومن هذه القيود التي تحد من سلطات المالك ما يقرره القانون من حقوق الشرب والمجرى والمسيل والمرور وكذلك جواز نزع الملكية للمنفعة العامة جبراً عنه بعد أن يدفع له تعويضاً عادلاً.

فقد جاء التقنين المدني الفرنسي سنة ١٨٠٤م مشبعاً بالنزعة الفردية، فجعل الملكية حقاً مطلقاً إلى أبعد الحدود، وانتقلت هذه النزعة إلى التقنين المدني المصري القديم، حيث عرفت المادة (١١) من هذا التقنين الملكية بأنها: "الحق للمالك في الانتفاع بما يملكه والتصرف فيه بطريقة مطلقة".

(١) الدكتور عبد الرزاق السنهوري - المرجع السابق - ج ٨ - ص ٥٣٢.

غير أن هذه النزعة الفردية أخذت تتكشم، وظهرت آراء واتجاهات جديدة تعلي من شأن الجماعة، وتعلن أفكاراً اشتراكية تراعي مصلحة الجماعة قبل كل شيء، فإذا تعارضت مصلحة

الجماعة مع مصلحة الفرد، قدمت مصلحة الجماعة، لذلك حملت الملكية بأعباء جماعية وأصبح ينظر إليها على أنها وظيفة اجتماعية<sup>(١)</sup>.

وقد نص التقنين المدني المصري الحالي في المادة ٨٠٢ على أن: (لمالك الشيء وحده في حدود القانون حق استعماله واستغلاله والتصرف فيه).

وبالتالي قد قيد المشرع المصري في التقنين المدني الحالي حق المالك على ملكه، فلم يجعله حقاً مطلقاً، حيث إنه حق له وظيفة اجتماعية، ويترتب على ذلك النتائج الآتية:

(١) إذا تعارض حق الملكية مع مصلحة عامة، فالمصلحة العامة هي التي تقدم، فما ينبغي أن تقف الملكية حجر عثرة في سبيل تحقيق المصلحة العامة، ومثل ذلك نزاع الملكية للمنفعة العامة في مقابل تعويض عادل.

(٢) إذا تعارض حق المالك مع مصلحة خاصة هي أولى بالرعاية من حق المالك فإن هذه المصلحة الخاصة هي التي تقدم بعد أن يعرض المالك تعويضاً عادلاً.

ويتضح من ذلك أن القيد هنا قد تقرر للمصلحة الخاصة، لا للمصلحة العامة، وبالتالي يطلب من المالك أن يمتنع عن استعمال حقه فيما يضر الغير ضرراً غير مشروع، وتطبيقاً لذلك يجب على المالك ألا يغلو في استعمال حقه إلى حد يضر بملك الجار، والحد المقصود هنا هو مضار الجوار غير المألوفة، وتطبيقاً لذلك يجوز للملاك المجاورين أن يستعملوا المسقاة أو المصرف المملوك لجارهم فيما تحتاج إليه أراضيهم من ري أو صرف.

#### الفرع الرابع

#### الملكية حق دائم

#### *The Ownership is a permanent right*

يقصد بكون الملكية حقاً دائماً أنها تبقى مابقي الشيء المملوك موجوداً، ولا تدوم بالنسبة إلى شخص المالك، فالملكية تبقى مابقي الشيء وتزول بزواله، أما بالنسبة إلى شخص المالك فإنه لا يبقى على الدوام، إذ أن الملكية تنتقل من شخص إلى آخر، فيتغير شخص المالك حتى ولو كان شخصاً معنوياً، فإذا كان شخصاً طبيعياً ومات فإن الملكية تنتقل بعد وفاته إلى ورثته، أو إلى من أوصى له، كما تنتقل الملكية بين الأحياء بالعقد.

وخصيصة الدوام هذه هي التي تميز حق الملكية عن سائر الحقوق العينية المتفرعة عنه، فهي تعني عدم سقوط حق الملكية بمضي المدة<sup>(٢)</sup>.

ولا يختلف المنقول عن العقار في هذا الصدد، فكلاهما لا يزول بالتقادم المسقط، وكلاهما يكتسب بالتقادم المكسب، فإذا كان عدم الاستعمال مصحوباً بحيازة الشيء حيازة قانونية مستوفية لأركانها وشروطها فإنه يمكن أن يكتسب الملكية، غير أن المنقول يختص بحكم في هذا الصدد نصت عليه المادة ٨٧١ مدني بقولها: "يصبح المنقول لا مالك له إذا تولى عنه مالكة بقصد النزول عن ملكيته"<sup>(٣)</sup>.

(١) الدكتور ابراهيم مجاهد يوسف - المرجع السابق - ص ٥٦.

(٢) الدكتور محمد علي حنبولة - المرجع السابق - ص ٥٥.

(٣) الدكتور عبد الناصر فكري محمد - مبدأ دوام حق الملكية وأثر مضي المدة في انقضائه في القانون المدني المصري والشريعة الإسلامية - ص ٣٦٩.

هذا ويترتب على اعتبار الملكية حقاً دائماً ما يلي<sup>(١)</sup>:

أولاً: الملكية باقية ببقاء الشيء:

فحق الملكية يبقى مادام الشيء باقياً، فهو مرتبط به وجوداً وعدماً، ولا ينقضي إلا بهلاكه،

ويظل حق الملكية باقياً حتى ولو تغير شخص المالك، وفي هذا يختلف حق الملكية عن غيره من الحقوق العينية الأخرى كحق الانتفاع والاستعمال والسكنى والحكر والارتفاق فكل من هذه الحقوق تنقضي بعد فترة معينة قد يحددها القانون أو الاتفاق.

ثانياً: الملكية لا تسقط بعدم الاستعمال:

ومؤدى ذلك أنه مهما طالّت المدة التي لم يستعمل المالك فيها حقه لا تزول عنه الملكية، أي أنها لا تسقط بالتقادم المسقط، بخلاف الحقوق الشخصية التي يرد عليها هذا النوع من التقادم، ويستفاد ذلك من نصوص القانون التي نصت على سقوط بقية الحقوق العينية دون حق الملكية بعدم الاستعمال، فدل ذلك على عدم سقوط الملكية بعدم الاستعمال مهما طالّت المدة التي لم يستعمل المالك فيها ملكه، ولا يحول هذا دون اكتساب الملكية بالتقادم المكسب إذا ما توافرت في الحيازة شروطها القانونية.

ثالثاً: الملكية لا تقبل التاقيت:

ذهب جانب من الفقه إلى القول بأنه مادام حق الملكية حقاً دائماً فإنه لا يجوز توقيته، وذلك بإضافته إلى أجل واقف أو فاسخ وإلا كانت الملكية مؤقتة، والتأقيت لا يتفق مع كون الملكية حقاً دائماً يبقى ما بقى الشيء، هذا فضلاً عن أن التأقيت يتنافى مع ما للمالك من سلطات على الشيء، وبصفة خاصة سلطته في التصرف.

### المطلب الثالث

#### مقارنة بين خصائص الملكية في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي

يستبين مما سبق أن تعريف الملكية في الفقه الإسلامي لا يختلف عن تعريفها في القانون، بل يتفقان إلى حد كبير، وكذلك خصائص الملكية في الفقه الإسلامي هي ذاتها خصائصها في القانون الوضعي، فالملكية حق يخول صاحبه سلطات تمكنه من الحصول على كافة مزايا الشيء المملوك، وهذه السلطات مقصورة عليه وحده دون غيره، وله أن يمنع غيره من أية ميزة على ملكه، وهو ما يطلق عليه أن الملكية حق جامع مانع، وتلك الخاصيتين للملكية تتحققان في الشريعة والقانون .

ويتفق القانونيون مع فقهاء الشريعة في كون حق الملكية ليس حقاً مطلقاً من كل قيد، بل وردت عليه قيوداً سواء في الشريعة أو القانون، منها عدم الإضرار بالغير وفقاً للمبدأ العام لا ضرر ولا ضرار ، وقيوداً لحماية المالك نفسه من الإضرار بملكه، فأباح الشريعة وكذلك القانون حق الحجر على السفهاء، وكذلك على المالك التقيد بما يفرضه ولي الأمر من قيود على الملك ولو كان ذلك بنزعه للمصلحة العامة أو الخاصة إذا كانت أولى بالرعاية من مصلحة المالك نفسه، إلى غير ذلك من القيود التي سنتعرض لها في الباب الخامس من هذا البحث إن شاء الله تعالى.

(١) الدكتور عبدالرازق حسن فرج - المرجع السابق - ص ٣٣.

وكذلك فإن الملكية حق دائم سواء في الشريعة أو القانون، فتبقى بدوام العين محل الملك وتبقى بفنائها، أما بالنسبة لعدم استعمال العين فقد اختلف فيه مذاهب الفقهاء في الشريعة الإسلامية، فمنهم من جعل ترك العين وطرحها بمثابة تخلي عن ملكيتها، فتنتهى به الملكية، وهذا هو رأي الاحناف، والمشهور عند الشافعية أن هذا الترك يعد إذناً للغير بأن ينتفع بالمتروك دون أن يمتلكه، في حين نجد المالكية قد فرّقوا بين الملكية المبتدأة بالأسباب الفعلية كالاستيلاء، وبين

الملكية المبتدأة بالأسباب القولية كالبيع، ففي الحالة الأولى تنتهي الملكية بعدم الاستعمال، وفي الحالة الثانية لا تنتهي الملكية بعدم الاستعمال، بل تبقى لصاحبها؛ لأن الملك المبني على أسباب قولية كالبيع أقوى من الملك المبني على أسباب فعلية كالاستيلاء، والحنابلة يرون أن الملكية تنتهي بعدم الاستعمال في الدواب إذا تركت في مكان يغلب هلاكها فيه، ولا تنتهي بترك ما عدا ذلك بل تستمر لصاحبها، وعلى ذلك فإن الغالب الأعم لدى فقهاء الشريعة الإسلامية بقاء الملك ولو لم يستعمله صاحبه بل تركه بشرط ألا يكون مقصد المالك بهذا الترك وعدم الاستعمال تنازله عن ملكه وتمليكه للغير.

وهذا الوضع يشبه إلى حد كبير الوضع في القانون الوضعي حيث نجد أن الملكية تدوم ولو لم يستعملها صاحبها، فمهما طالمت مدة ترك العين ولم تستعمل من المالك فإنها تبقى ولا تسقط ملكيتها، ولا يجوز بالتالي لأحد أن يدعي تملكه لشيء مملوك للغير بدعوى أن مالكة تركه بدون استعمال مدة طويلة، وإنما يستطيع الغير أن يتمسك بحقه قبل المالك إذا قام بعمل مادي هو حيازته للشيء المتروك بقصد تملكه بحيازة مستوفية للأركان والشروط القانونية، ومضت على هذه الحيازة المدة التي يشترطها القانون، فالملكية لا يمكن أن يلحقها التقادم المسقط وإن جاز كسبها بالتقادم المكسب.

غير أن هناك اتجاه في فقه القانون المدني يرى أن عدم سقوط حق الملكية بعدم الاستعمال أمر محل نظر، فلكل حق وظيفة، وما شرع الحق إلا ليكون حافزاً على عمل منتج، فهو ليس غاية في ذاته، وإنما وسيلة أمن وعمل، ومن يقعد عن مزاولته حقه يكون جديراً بأن يفقده، وقد يأتي الشارع فيقرر سقوط الملكية بعدم الاستعمال على الأقل فيما يتعلق بوسائل الانتاج، وذلك تمشياً مع ما للملكية من وظيفة اجتماعية<sup>(1)</sup>.

وينضح مما سبق أنه لا يوجد ثمة فارق بين خصائص الملكية في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي.

## المبحث الثاني

### طبيعة الملكية في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي

#### *The Nature of the Ownership in Islamic jurisprudence and in the Positive law*

سنتحدث في هذا المبحث عن طبيعة الملكية في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، وبناءً عليه سوف نقسم هذا المبحث إلى مطلبين متتاليين نتناول في أولهما طبيعة الملكية في الفقه الإسلامي، ثم نتناول في ثانيهما طبيعتها في القانون الوضعي.

(1) الدكتور ابراهيم مجاهد يوسف - المرجع السابق - ص 61.

## المطلب الأول

### طبيعة الملكية في الفقه الإسلامي

#### *The Nature of the Ownership in Islamic jurisprudence*

إن الملكية الخاصة في الفقه الإسلامي لها أدلة من القرآن الكريم والسنة النبوية تضيء عليها طابع المشروعية، ولذلك سوف نتناول في هذا المطلب أدلة مشروعية الملكية الخاصة في الشريعة

الإسلامية حتى تضح لنا الرؤية أثناء الحديث عن طبيعة الملكية، والتكليف الشرعي لها، وبالتالي سوف نقسم هذا المطلب إلى ثلاثة فروع متتالية نتناول في أولهم أدلة مشروعية الملكية الخاصة في الشريعة الإسلامية باعتبارها المحور الأساسي لهذا البحث، ثم نتناول في ثانيهم الحديث عن طبيعتها في الشريعة الإسلامية، وأخيراً نتناول في الفرع الثالث التكليف الشرعي للملكية.

### الفرع الأول

#### أدلة مشروعية الملكية الخاصة في الشريعة الإسلامية

إن الشريعة الإسلامية لم تكتف بإقرار الملكية الخاصة بل نراها شجعت عليها تشجيعاً يتصف بالاعتدال وإقامة التوازن بين متطلبات الإنسان الروحية والجسدية، فهي لم تراع الجانب الروحي من الإنسان فقط، بل راعت أيضاً الجانب الجسدي الذي جعل المال سبباً في إقامته، وذلك لإقامة التوازن بين شطري الإنسان المتلازمين، وأن المتتبع لنصوص الشريعة في القرآن الكريم والسنة النبوية الشريفة يجدها تعتني بهذه الجوانب إعتناءً كبيراً، وكل هذه النصوص سوف نجد فيها الدلالة التامة على الاعتراف بالملكية الخاصة وإقرارها.

وسأورد الأدلة على ذلك من القرآن الكريم والسنة النبوية الشريفة، وذلك فيما يلي:

#### أولاً: نصوص القرآن الكريم:

سأتناول نصوص القرآن الكريم على حسب موضوع الآيات، حيث إن هناك آيات تذكر الأموال بصفة عامة، وهناك آيات تذكر الأموال غير المنقولة، وهناك آيات تذكر الأموال المنقولة، وسأوضح ذلك على النحو التالي:

#### (أ) آيات تذكر الأموال بصفة عامة:

لقد وردت عدة آيات في القرآن الكريم تضيف الأموال إلى مالكيها في مناسبات مختلفة، منها قوله تعالى: وَأَتُوا النِّتَامَى أَمْوَالَهُمْ وَلَا تَتَّبِعُوا الْخَبِيثَ بِالطَّيِّبِ وَلَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَهُمْ إِلَى أَمْوَالِكُمْ إِنَّهُ كَانَ حُوبًا كَبِيرًا<sup>(١)</sup> وقوله سبحانه: وَلَا تُؤْتُوا السُّفَهَاءَ أَمْوَالَكُمُ الَّتِي جَعَلَ اللَّهُ لَكُمْ قِيَامًا وَارْزُقُوهُمْ فِيهَا وَاكْسُوهُمْ وَقُولُوا لَهُمْ قَوْلًا مَعْرُوفًا \* وَابْتَلُوا النِّتَامَى حَتَّى إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ فَإِنْ آنَسْتُمْ مِنْهُمْ رُشْدًا فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ وَلَا تَأْكُلُوهَا إِسْرَافًا وَبِدَارًا أَنْ يَكْبَرُوا<sup>(٢)</sup> وقول الله: إِنَّ الَّذِينَ يَأْكُلُونَ أَمْوَالَ النِّتَامَى ظُلْمًا إِنَّمَا يَأْكُلُونَ فِي بُطُونِهِمْ نَارًا وَسَيَصْلُونَ سَعِيرًا<sup>(٣)</sup> وقوله تبارك وتعالى: وَلَا تَقْرَبُوا مَالَ النِّتَامَى إِلَّا بِالَّتِي هِيَ أَحْسَنُ حَتَّى يَبْلُغَ أَشُدَّهُ<sup>(٤)</sup> وقول الله: إِنَّ الَّذِينَ آمَنُوا وَهَاجَرُوا وَجَاهَدُوا بِأَمْوَالِهِمْ وَأَنْفُسِهِمْ فِي سَبِيلِ اللَّهِ<sup>(٥)</sup> وقول الله سبحانه وتعالى: إِنَّ اللَّهَ اشْتَرَى مِنَ الْمُؤْمِنِينَ أَنْفُسَهُمْ وَأَمْوَالَهُمْ بِأَنْ لَهُمُ الْجَنَّةُ<sup>(٦)</sup> وقول الحق تبارك وتعالى: مَثَلُ الَّذِينَ يُنْفِقُونَ أَمْوَالَهُمْ فِي سَبِيلِ اللَّهِ كَمَثَلِ حَبَّةٍ أَنْبَتَتْ سَبْعَ سَنَابِلٍ فِي كُلِّ سَنَابِلٍ مِنْهُ حَبَّةٌ وَاللَّهُ يُضَاعِفُ لِمَنْ يَشَاءُ وَاللَّهُ وَاسِعٌ عَلِيمٌ<sup>(٧)</sup>

(١) سورة النساء - آية (٢).

(٢) سورة النساء - آية (٥، ٦).

(٣) سورة النساء - آية (١٠).

(٤) سورة الإسراء - آية (٣٤).

(٥) سورة الأنفال - آية (٧٢).

(٦) سورة التوبة - آية (١١١).

(٧) سورة البقرة - آية (٢٦١).

فهذه الآيات الكريمة وغيرها تنسب الأموال بصفة عامة إلى مجموع الناس أو أفرادهم، وقد بين المفسرون أن الإضافة في أموالكم وأموالهم وماله تفيد الاختصاص، وهو يشمل كما هو واضح من نصوص الآيات الكريمة اختصاص الملكية واختصاص التصرف.

#### (ب) آيات تذكر الأموال غير المنقولة:

هناك آيات كريمات تضيف البيوت إلى أصحابها اضافة تملك واختصاص، ومن هذه الآيات قول الله : وَيَسْتَأْذِنُ فَرِيْقٌ مِنْهُمْ النَّبِيَّ يَقُولُونَ إِنَّ بُيُوتَنَا عَوْرَةٌ وَمَا هِيَ بِعَوْرَةٍ إِنْ يُرِيدُونَ إِلَّا فِرَارًا(١)، وقوله تعالى: قل لو كنتم في بيوتكم لبرز الذين كتب عليهم القتل إلى مضاجعهم(٢)، وقول الحق جل وعلا: لَيْسَ عَلَى الْأَعْمَى حَرْجٌ وَلَا عَلَى الْأَعْرَجِ حَرْجٌ وَلَا عَلَى الْمَرِيضِ حَرْجٌ وَلَا عَلَى أَنْفُسِكُمْ أَنْ تَأْكُلُوا مِنْ بُيُوتِكُمْ أَوْ بُيُوتِ آبَائِكُمْ أَوْ بُيُوتِ أُمَّهَاتِكُمْ أَوْ بُيُوتِ إِخْوَانِكُمْ أَوْ بُيُوتِ أَخْوَاتِكُمْ أَوْ بُيُوتِ أَعْمَامِكُمْ أَوْ بُيُوتِ عَمَّاتِكُمْ أَوْ بُيُوتِ أَخْوَالِكُمْ أَوْ بُيُوتِ خَالَاتِكُمْ أَوْ مَا مَلَكَتْمْ مَفَاتِحَهُ أَوْ صَدِيقِكُمْ لَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ أَنْ تَأْكُلُوا جَمِيعًا أَوْ أَشْتَاتًا فَإِذَا دَخَلْتُمْ بُيُوتًا فَسَلِّمُوا عَلَى أَنْفُسِكُمْ تَحِيَّةً مِنْ عِنْدِ اللَّهِ مُبَارَكَةٌ طَيِّبَةٌ كَذَلِكَ بَيَّنَّ اللَّهُ لَكُمْ الْآيَاتِ لَعَلَّكُمْ تَعْقِلُونَ(٣)، وقال تبارك وتعالى: فَخَسَفْنَا بِهِ وَبَدَارِهِ الْأَرْضَ(٤).

### (ج) آيات تذكر الأموال المنقولة:

قال الله : أَوْلَمْ يَرَوْا أَنَّا خَلَقْنَا لَهُمْ مِمَّا عَمِلَتْ أَيْدِينَا أَنْعَامًا فَهُمْ لَهَا مَالِكُونَ \* وَذَلَّلْنَاهَا لَهُمْ فَمِنْهَا رَكُوبُهُمْ وَمِنْهَا يَأْكُلُونَ \* وَلَهُمْ فِيهَا مَنَافِعُ وَمَشَارِبٌ أَقْلًا يَشْكُرُونَ(٥)، وقال تعالى: وَالْأَنْعَامَ خَلَقْنَا لَكُمْ فِيهَا مَنَافِعَ وَمِنْهَا تَأْكُلُونَ \* وَلَكُمْ فِيهَا جَمَالٌ حِينَ تُرِيحُونَ وَحِينَ تُسْرِحُونَ \* وَتَحْمِلُ أَنْفَالَكُمْ إِلَىٰ بَلَدٍ لَمْ تَكُونُوا بِالْغَيْهِ إِلَّا لِيُنْفِقَ الْإِنْفُسُ أَنْ رِبْكُمْ لِرَأْءُوفٍ رَحِيمٍ(٦).

فهذه الآيات الكريمات تضيف الأمتعة والأنعام التي خلقها الله تعالى إلى مالكيها من الناس، فقال : فهم لها مالكون(٧)، أي مملكون بتمليك الله تعالى إياهم. ثانياً: نصوص السنة النبوية الشريفة:

هناك الكثير من الأحاديث النبوية الشريفة التي تبين وتوضح ملكية الأموال وحرمتها، منها ما يلي:

١- قال النبي في خطبة حجة الوداع: فإن دماءكم وأموالكم وأعراضكم حرام عليكم كحرمة يومكم هذا في بلدكم هذا في شهركم هذا(٨).

(١) سورة الاحزاب - آية (١٣).  
(٢) سورة آل عمران - آية (١٥٤).  
(٣) سورة النور - آية (٦١).  
(٤) سورة القصص - آية (٨١).  
(٥) سورة يس - آيات (٧١، ٧٢، ٧٣).  
(٦) سورة النحل - آيات (٦٥ و٦٧).  
(٧) سورة يس - آية (٧٢).  
(٨) البخاري في العلم ١/١٥٨ عن أبي بكر، ابن ماجة في الفتن ٢/١٢٩٨ عن أبي هريرة .

2- عن أبي هريرة رضي الله عنه قال: قال النبي : كل المسلم على المسلم حرام، دمه وماله وعرضه(١).

٣- عن أبي هريرة رضي الله عنه قال: قال النبي : أمرت أن أقاتل الناس حتى يقولوا لا إله إلا الله، فمن قالها فقد عصم مني ماله ودمه ونفسه إلا بحقه وحسابه على الله(٢).

٤- عن ابن عباس رضي الله عنهما أن رسول الله قال: لو كان لابن آدم واديان من ذهب لابتغى

ثالثهما، وفي رواية ثانية ولا يملأ جوف ابن آدم إلا التراب ويتوب الله على من تاب<sup>(٣)</sup>.

وقد أمر الإسلام بالمحافظة على النفس والابتعاد عن الهلاك، وأمر أيضاً بما يؤدي إلى ذلك، ولا طريق لذلك إلا بالملكية الفردية، فالإنسان الذي قدر الله عليه في هذه الحياة أن يأكل ويشرب وحاجته كل يوم إلى الغذاء متجددة، لا يتأتى كل ذلك إلا بالحياسة لما يحقق له ذلك، فالملكية الفردية ليست داخلية في دائرة الجواز فحسب، بل إن الإنسان مأموراً بها في سبيل المحافظة على حياته.

بالإضافة إلى ما سبق فإن تحريم الإسلام للسرقة والغش والغصب، وفي أمره بأداء الأمانات إلى أهلها، ورد الأموال إلى أصحابها، ومعاينة السارق والغاصب والغاش والخائن ما يدل على حماية الإسلام للملكية الفردية.

## الفرع الثاني

### الشريعة الإسلامية طبيعة الملكية في

### *The Nature of the Ownership in Islamic Shariaa*

لقد وردت في القرآن الكريم آيات عديدة تبين وتوضح طبيعة الملكية في الشريعة الإسلامية والتي من خلالها تظهر حقيقة الطبيعة المتميزة للملكية في الشريعة الإسلامية، والتي يأتي في مقدمتها التسليم بأن المالك الحقيقي لهذا الكون بما فيه هو الله، وأن النعم التي يحيا في ظلها العباد ما هي إلا منح من الله تبارك وتعالى، وسأذكر بعض الآيات الكريمة التي تبين وتوضح أن المالك الحقيقي لهذا الكون بما فيه هو الله، وأن الإنسان ما هو إلا خليفة الله في أرضه وذلك على النحو التالي:

#### (أ) آيات تبين أن الله هو المالك الحقيقي:

جاءت آيات كثيرة في القرآن الكريم تبين أن الله تعالى هو المالك لهذا الكون بكل ما فيه من جماد وحيوان ونبات وإنسان، فهو الذي خلقه وصوره وأبدع خلقه، وهو أعلم به، قال: **يَعْلَمُ مَنْ خَلَقَ وَهُوَ اللَّطِيفُ الْخَبِيرُ**<sup>(٤)</sup>.

(١) صحيح مسلم ٤/١٩٨٦، أبو داود ٥/١٩٦. الترمذي ٦/١٧٤.  
البخاري في الاعتصام بالكتاب والسنة ١٣/٢٥٠. ابن ماجه ١/٢٢٧. مسلم ١/٥١: ٥٢. النسائي ٥/١١ (2)  
(3) البخاري في الرقاق ١١/٢٥٣. مسلم ٢/٧٢٥. الترمذي ٧/٨٨.  
(٤) سورة الملك - آية (١٤)

ومن هذه الآيات الكريمات قول الله: **وَتَبَارَكَ الَّذِي لَهُ مُلْكُ السَّمَاوَاتِ وَالْأَرْضِ وَمَا بَيْنَهُمَا وَعِنْدَهُ عِلْمُ السَّاعَةِ وَإِلَيْهِ تُرْجَعُونَ**<sup>(١)</sup>، وقوله تبارك وتعالى: **الرَّحْمَنُ عَلَى الْعَرْشِ اسْتَوَى \* لَهُ مَا فِي السَّمَاوَاتِ وَمَا فِي الْأَرْضِ وَمَا بَيْنَهُمَا وَمَا تَحْتَ الثَّرَى**<sup>(٢)</sup>، وقوله: **وَلِلَّهِ مُلْكُ السَّمَاوَاتِ وَالْأَرْضِ وَاللَّهُ عَلَى كُلِّ شَيْءٍ قَدِيرٌ**<sup>(٣)</sup>، وقوله سبحانه وتعالى: **قُلْ لِمَنْ مَا فِي السَّمَاوَاتِ وَالْأَرْضِ قُلْ لِلَّهِ**<sup>(٤)</sup>.

#### (ب) آيات توضح أن الله استخلف الإنسان في الأرض:

لقد اقتضت حكمة الله سبحانه وتعالى أن يستخلف الناس في هذه الأرض، وأن يسخر لهم ما في السماوات والأرض من نعم، وقد وردت في القرآن الكريم عدة آيات تبين وتوضح هذا

المعنى منها قوله سبحانه وتعالى: هُوَ أَنْشَأَكُمْ مِنَ الْأَرْضِ وَاسْتَعْمَرَكُمْ فِيهَا<sup>(٥)</sup> أي جعلكم عمارة لها، وقوله: وَلَقَدْ مَكَّنَّاكُمْ فِي الْأَرْضِ وَجَعَلْنَا لَكُمْ فِيهَا مَعَايِشَ قَلِيلًا مَا تَشْكُرُونَ<sup>(٦)</sup>، أي جعلنا لكم فيها مكاناً وقراراً، أو ملكناكم فيها وأقدرناكم على التصرف فيها، وقال: وَادْكُرُوا إِذْ جَعَلْنَا خُلَفَاءَ مِنْ بَعْدِ عَادٍ وَبَوَّأْنَا فِي الْأَرْضِ تُتَخَذُونَ مِنْ سُهُولِهَا قُصُورًا وَتَنْحِتُونَ الْجِبَالَ بُيُوتًا فَادْكُرُوا آيَةَ اللَّهِ وَلَا تَعْتُوا فِي الْأَرْضِ مُفْسِدِينَ<sup>(٧)</sup>.

يتضح من هذه الآيات أن الله تعالى جعل الناس خلفاء في الأرض، وجعلها لهم منزلاً، حيث يبنون عليها الدور والقصور، ثم ذكرهم الله تعالى بنعمه عليهم مما يستوجب شكره سبحانه وتعالى على هذه النعم.

وقال سبحانه: وَهُوَ الَّذِي جَعَلَكُمْ خَلَائِفَ الْأَرْضِ وَرَفَعَ بَعْضَكُمْ فَوْقَ بَعْضٍ دَرَجَاتٍ لِيُبْلِغَكُمْ فِي مَا آتَاكُمْ إِنَّ رَبَّكَ سَرِيعُ الْعِقَابِ وَإِنَّهُ لَغَفُورٌ رَحِيمٌ<sup>(٨)</sup>، وقال: اللَّهُ الَّذِي خَلَقَ السَّمَاوَاتِ وَالْأَرْضِ وَأَنْزَلَ مِنَ السَّمَاءِ مَاءً فَأَخْرَجَ بِهِ مِنَ الثَّمَرَاتِ رِزْقًا لَكُمْ وَسَخَّرَ لَكُمُ الْفُلْكَ لِتَجْرِيَ فِي الْبَحْرِ بِأَمْرِهِ وَسَخَّرَ لَكُمُ الْأَنْهَارَ \* وَسَخَّرَ لَكُمُ الشَّمْسَ وَالْقَمَرَ دَائِبِينَ وَسَخَّرَ لَكُمُ اللَّيْلَ وَالنَّهَارَ \* وَأَتَاكُمْ مِنْ كُلِّ مَا سَأَلْتُمُوهُ وَإِنْ تَعُدُّوا نِعْمَةَ اللَّهِ لَا تُحْصُوهَا إِنَّ الْإِنْسَانَ لظَلُومٌ كَفَّارٌ<sup>(٩)</sup>.

(ج) آيات تذكر استخلاف الله للناس في الأموال الخاصة:

قد وردت آيات كريمة صريحة في تقرير الاستخلاف الإلهي بخصوص الأموال الخاصة منها قول الله: أَمِنُوا بِاللَّهِ وَرَسُولِهِ وَأَنْفِقُوا مِمَّا جَعَلَكُمْ مُسْتَخْلِفِينَ فِيهِ<sup>(١٠)</sup>.

قال القرطبي في تفسير هذه الآية: (إنها دليل على أن أصل الملك لله سبحانه، وأن العبد ليس له فيه إلا التصرف الذي يرضى الله، فيثبته على ذلك بالجنة، ثم قال: هذا يدل على أنها ليست بأموالكم في الحقيقة، وما أنتم فيها إلا بمنزلة النواب والوكلاء، فاغتنموا الفرصة فيها بإقامة الحق قبل أن تزال عنكم إلى من بعدكم)<sup>(١١)</sup>.

(١) آية (٨٥) - سورة الزخرف (1).

(٢) آيات (٥، ٦) - سورة طه (2).

(٣) آية (١٨٩) - سورة آل عمران (3).

(٤) سورة الأنعام - آية (١٢).

(٥) سورة هود - آية (٦١).

(٦) سورة الأعراف - آية (١٠).

(٧) سورة الأعراف - آية (٧٤).

(٨) سورة الأنعام - آية (١٦٥).

(٩) سورة إبراهيم - آيات (٣٢ و٣٣ و٣٤).

(١٠) سورة الحديد - آية (٧).

(١١) الجامع لأحكام القرآن - الإمام القرطبي أبي عبد الله محمد بن أحمد الأنصاري - دار الحديث - القاهرة - عام ١٩٩٦ م -

أما ابن كثير فقال: مِمَّا جَعَلَكُمْ مُسْتَخْلِفِينَ فِيهِ، أي مما هو معكم على سبيل العارية، فإنه قد كان في أيدي الناس قبلكم ثم صار إليكم، فأرشد الله تعالى إلى استعمال ما استخلفهم فيه من المال في طاعته، فإن فعلوا وإلا حاسبهم عليه وعاقبهم لتركهم الواجبات فيه<sup>(١)</sup>.

وقال الله: وَلَيْسَتَنَّوَفِ الَّذِينَ لَا يَجِدُونَ نِكَاحًا حَتَّى يُعْزِبَهُمُ اللَّهُ مِنْ فَضْلِهِ وَالَّذِينَ يَبْتُغُونَ الْكِتَابَ مِمَّا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ فَكَاتِبُوهُمْ إِنْ عَلِمْتُمْ فِيهِمْ خَيْرًا وَأَتَوْهُمْ مِنْ مَالِ اللَّهِ الَّذِي آتَاكُمْ<sup>(٢)</sup>.

وقد بين الألويسي أن المراد من هذه الآية الكريمة هو أمر السادة بإعانة العبيد في مال الكتابة، إما بإعطائهم شيئاً مما في أيديهم، أو يحطون عنهم شيئاً من مال الكتابة، ثم بين أن إضافة المال إلى الله تعالى ووصفه بآيائه تعالى إياهم للحث على الامتثال بالأمر بتحقيق الأمور به، فإن ملاحظة وصول المال إليهم من جهته سبحانه مع كونه عز وجل هو المالك الحقيقي له من أقوى

الدواعي إلى صرفه إلى الجهة المأمور بها<sup>(٣)</sup>.

(د) الاستخلاف الإلهي على الأرض محدود:

إن الاستخلاف الإلهي للإنسان على هذه الأرض ليس استخلاقاً دائماً، بل هو استخلاق محدود بما وضعه الله تعالى للناس من آجال، ومحدود أيضاً بنهاية الحياة على هذه الأرض، لأن الدنيا زائلة لا محالة، وقد وردت آيات كريمات تبين هذا المعنى، نذكر منها قول الله تعالى: وَكَمْ أَهْلَكْنَا مِنْ قَرْيَةٍ بَطَرَتْ مَعِيشَتَهَا فَتِلْكَ مَسَاكِنُهُمْ لَمْ يَسْكُنْ مِنْ بَعْدِهِمْ إِلَّا قَلِيلًا وَكُنَّا نَحْنُ الْوَارِثِينَ<sup>(٤)</sup>، وقول الله: إِنَّا نَحْنُ نَرِثُ الْأَرْضَ وَمَنْ عَلَيْهَا وَإِنَّا يُرْجَعُونَ<sup>(٥)</sup>، وقوله تبارك وتعالى: وَمَا لَكُمْ أَلَّا تُنْفِقُوا فِي سَبِيلِ اللَّهِ وَلِلَّهِ مِيرَاثُ السَّمَاوَاتِ وَالْأَرْضِ<sup>(٦)</sup>.

فقد بين المفسرون أن ميراث السماوات والأرض ملك الله سبحانه وتعالى، وراجع إليه، وما استخلفوا فيه سيؤول إليه بالميراث، فالآيات الثلاث الكريمات تبين وراثته الله سبحانه وتعالى لكل ما في أيدي الناس، فكان الناس يجمعون ما يجمعونه وديعة عندهم، أو عارية من الله تعالى لهم، فله الحق في استردادها في أي وقت شاء<sup>(٧)</sup>.

(هـ) بيان الشريعة لأصول استخلاف الإنسان:

إن الاستخلاف الإلهي ليس استخلاقاً مطلقاً بدون قيد، بل إن الشريعة قد بينت أصوله وقواعده، فلم يترك الإسلام أمر الناس على هذه الأرض فوضى دون تنظيم، بل قيدهم بقيود حددت مدى هذا الاستخلاف، ووضحت طريقة الانتفاع والتمتع بما سخره الله تعالى لصالح البشرية جميعاً.

ويقول ابن العربي في أحكامه: (فخلقه سبحانه الله وتعالى الأرض وإرساؤه الجبال ووضع البركة فيها وتقدير الأقوات بأنواع الثمرات وأصناف النباتات، إنما كان لبني آدم تقديماً لمصالحهم وأهبة لسد مفاقرهم)<sup>(٨)</sup>.

(١) تفسير القرآن العظيم لابن كثير - ٤/٣٠٥

(٢) سورة النور - آية (٣٣).

(٣) روح المعاني للعلامة الألويسي ١٨/١٥٥ - ١٥٧.

(سورة القصص - آية (٥٨) (4)

(سورة مريم - آية (٤٠) (5)

(6) سورة الحديد - آية (١٠)

(٧) تفسير القرطبي ١٧/٢٣٩ .

أحكام القرآن لابن العربي ١٥-١/١ (8)

وقد أبانت الشريعة أن المستخلفين في هذه الأرض ليسوا أحراراً في التصرف فيما استخلفوا فيه يفعلون كما يحلو لهم، بل هم مخلوقون لغاية أساسية وهي عبادة الله تعالى، وعبادة الله تعالى لا تقتصر على أداء المناسك المعروفة، بل إن عبادة الله تعالى تقتضي اتباع أوامره والابتعاد عن نواهيه والوقوف عند حدوده، فإن لم يفعلوا ذلك فقد أخلوا بشرط الاستخلاف لهذه الأرض، ولا يجنون من هذه المخالفة إلا سخط الله تعالى عليهم.

وقد بين الله تعالى ذلك في كتابه الكريم حيث قال: وَهُوَ الَّذِي جَعَلَ لَكُمْ خَلَائِفَ الْأَرْضِ وَرَفَعَ بَعْضَكُمْ فَوْقَ بَعْضٍ دَرَجَاتٍ لِيُبْلِغَكُمْ فِي مَا آتَاكُمْ إِنَّ رَبَّكَ سَرِيعُ الْعِقَابِ وَإِنَّهُ لَغَفُورٌ رَحِيمٌ<sup>(١)</sup>.

قال أبو السعود رحمه الله: (يبلوكم فيما آتاكم من المال والجاه، أي يعاملكم معاملة من يبتليكم لينظر ماذا تعملون من الشكر وضده، وقال: "سريع العقاب"، أي عقابه سريع الإتيان لمن لم يراعي حقوق ما آتاه الله تعالى ولم يشكره، وإنه لغفور رحيم لمن راعاه كما ينبغي)<sup>(٢)</sup>.

وقد بيّن النبي هذا المعنى في حديثه حيث قال: لا تزول قدم عبد يوم القيامة حتى يُسأل عن أربع، عن عمره فيم أفناه، وعن شبابه فيم أبلاه، وعن ماله من أين اكتسبه وفيم أنفقه، وعن علمه ماذا عمل فيه<sup>(٣)</sup>، وهذا الحديث فيه دلالة واضحة على أن العبد قد قيده شريعة الله في ماله كسباً وانفاقاً.

### الفرع الثالث

#### التكليف الشرعي للملكية

يثور التساؤل حول التكليف الشرعي لاختصاص الإنسان بالأشياء من أجل الانتفاع بها، بعدما بينت الآيات الكريمة أن كل ما في الكون مملوك لله سبحانه وتعالى؟  
لقد اختلف العلماء في الإجابة على هذا التساؤل على رأيين:

الرأي الأول: ذهب إليه جمهور علماء المسلمين وهو أن الله سبحانه وتعالى مالك أعيان الأشياء وأن العباد لا يملكون سوى الانتفاع بها على الوجه المأذون به شرعاً، فهي منحة ربانية من الله لعباده.

قال ابن رجب: واعلم أن ابن عقيل ذكر في الواضح في أصول الفقه إجماع الفقهاء على أن العباد لا يملكون الأعيان، وإنما مالك الأعيان خالقها سبحانه وتعالى، وأن العباد لا يملكون سوى الانتفاع بها على الوجه المأذون فيه شرعاً<sup>(٤)</sup>.

الرأي الثاني: رأى بعض المحدثين خلاف ما رآه جمهور الفقهاء في التكليف الشرعي لاختصاص الإنسان بالأشياء من أجل الانتفاع بها، وقالوا: إن الملكية وظيفة اجتماعية، وملك الإنسان للأشياء إنما هو من باب النيابة عن المجتمع، والقائم على هذا الحق هو ولي الأمر.

(١) سورة الأنعام - آية ١٦٥).

(٢) تفسير أبي السعود - القاضي أبي السعود العمادي - الناشر مكتبة الرياض الحديثة - السعودية - ٢/٣١٦.

(٣) الترمذي ٧/١٣٥.

(٤) الفواعل لابن رجب الحنبلي - ص ٢٠٨ - القاعدة السادسة والثمانون.

قال الشيخ سيد قطب<sup>(١)</sup>: "إن الفرد أشبه شئ بالوكيل في هذا المال عن الجماعة، وإن حيازته له إنما هي أصلاً حق للجماعة، والجماعة مستخلفة فيه عن الله الذي لا مالك لشيء سواه، ثم يقول: وشرط بقاء هذه الوظيفة هو الصلاحية للتصرف، فإذا سفه التصرف كان للولي أو للجماعة إسترداد حق التصرف، قال تعالى: وَلَا تُؤْتُوا السُّفَهَاءَ أَمْوَالَكُمُ الَّتِي جَعَلَ اللَّهُ لَكُمْ قِيَامًا وَارزُقُوهُمْ فِيهَا وَاكْسُوهُمْ<sup>(٢)</sup>، فحق التصرف مرهون بالرشد وإحسان القيام بالوظيفة".

وقال الشيخ محمود شلتوت رحمه الله<sup>(٣)</sup>: "ونظراً لأن فائدة المال تعم المجتمع كله وتقضي حاجته، أضافه الله تعالى - تنويهاً بشأنه - تارة إلى نفسه، وتارة أخرى إلى الجماعة، وجعله بتلك الإضافة ملكاً لها ليرشد إلى أن الاعتداء على مال الجماعة أو التصرف السيئ فيه هو اعتداء على الجميع".

وقد ذهب بعض علماء الإسلام المحدثين إلى القول بأن الملكية في الشريعة الإسلامية حق ذو وظيفة اجتماعية، فيقول الشيخ محمد أبو زهرة<sup>(٤)</sup>: "وقد رأينا بعض الذين يكتبون في المسائل الإسلامية يقول: إن الملكية وظيفة اجتماعية، ولا نرى مانعاً من استعمال هذا التعبير، ولكن يجب أن يعرف أنها بتوظيف الله تعالى لا بتوظيف الحكام؛ لأن الحكام ليسوا دائماً عادلين، فلو كانوا عادلين دائماً كعمر بن الخطاب أو عثمان بن عفان أو الصديق أو علي بن أبي طالب أو عمر بن عبد العزيز لقلنا: إن التوظيف منهم سيكون دائماً في دائرة العدل والحق وما شرعه الله تعالى،

ولكن إذا صادفنا عادلاً فسنجد غيره مراراً، ولذلك كان من الأجدى والأصون أن يستمر الذي يتولى التوظيف هو الأحكام الشرعية التي وضعها اللطيف الخبير".

غير أن القول بأن الملكية استخلاف إلهي ومنحة ربانية قول تدعمه الآيات الكريمة والأحاديث النبوية الشريفة وأقوال الفقهاء والمفسرين.

ومن جهة أخرى فإن الإتجاه إلى القول بأن الملكية استخلاف إلهي ومنحة ربانية فيه ربط بين أحكام الملكية والعقيدة الإسلامية من أن الله تعالى هو الخالق، وهو المالك، وهو المعبود، وهو المتصرف، وهو الذي يضع القواعد الناظمة لتصرف العباد فيما وضعه الله تعالى تحت أيديهم، ومنحهم بفضله وكرمه حق الاستمتاع والانتفاع بها.

وإن من فوائد تركيز القرآن الكريم على ملكية الله سبحانه لكل ما في الكون أن يعلم الناس وهم يملكون الأموال أنها في الحقيقة ليست ملكاً لهم، وأن سلطتهم عليها محدودة، وهم ليسوا إلا مستخلفين فيها، فلا يظلمون، ولا يظغون، بل عليهم الإنفاق في وجوه الخير من مال الله الذي آتاهم، قال: وَأَنْفَقُوا مِمَّا جَعَلَكُمْ مُسْتَخْلَفِينَ فِيهِ<sup>(٥)</sup>.

ويثور التساؤل حول مركز ملكية الإنسان للأشياء - أعياناً ومنافع - من ملكية الله سبحانه وتعالى؟ لقد اتضح مما سبق أن ملكية الإنسان كانت باستخلاف من الله تعالى المالك الحقيقي الذي عين لهذه الملكية أسباب قيامها، وطرق الانتفاع بها، وكيفية انتقالها، فالأفراد يملكون الأعيان والمنافع يتمكن من المالك الحقيقي وتسليط منه واستخلاف.

(١) الشيخ سيد قطب - العدالة الاجتماعية في الإسلام - ص ٩١.

(٢) سورة النساء - آية (٥).

(٣) الشيخ محمود شلتوت - الإسلام عقيدة وشريعة - ص ٢٢٧.

(٤) الشيخ محمد أبو زهرة - التكافل الاجتماعي في الإسلام - الناشر دار الفكر العربي - القاهرة - عام ١٩٦٤م - ص ٢١: ٢٢.

(٥) سورة الحديد - آية (٧).

ولكن ملكية الإنسان تختلف عن ملكية الله سبحانه وتعالى، فالله سبحانه هو الذي خلق وابدع، واستخلف واستعمر، ورزق واعطى ومنع، وهو الذي يرث ويسترد، وهو الذي يتصرف في ملكه إيجاباً وإعداماً، إماتة وإحياء، تبديلاً وتغييراً، فهو صاحب السيطرة المطلقة، والإستيلاء الكامل، والخضوع التام من خلقه، فملكه سبحانه وتعالى ملكية حقيقية أصلية دائمة.

أما ملكية الإنسان فهي استخلاف إلهي ومنحة ربانية موقوتة، تقوم حيث شرعها الله، وتمتنع حيث منعها، وإذا قامت قامت بالكيفية التي يريد، وإلى الوقت الذي حدده، فهي مقيدة بما قيدها به الشارع الحكيم أسباباً واستعمالاً وانتقالاً، فالبشر مقيدون في ملكيتهم بقواعد وشروط الاستخلاف الإلهي، وهم ليسوا مالكين لما تحت أيديهم بالمعنى الواضح من ملكية الله سبحانه وتعالى للكون، فليس لهم إلا التصرف والانتفاع بالقدر الذي أجازته الشريعة.

وهذا ما قرره الفقهاء، فالناس من الناحية الحقيقية ليسوا ملاكاً، بل الملك لله الواحد القهار، ولكنهم مالكون بالمعنى الذي بينته الشريعة لملكية البشر أسباباً واستعمالاً وانتقالاً، وهي ملكية موقوتة مقيدة، شرعها الله سبحانه وتعالى لأن بها تنظيم حياتهم، وتحقيقاً للانتفاع الكامل بما خلق الله لهم، بعيداً عن الصراع والمشاحنة والتزاحم، وانسجاماً مع الفطرة التي فطرهم الله عليها، من رغبة في الحيازة وحرصاً على التملك.

## المطلب الثاني

### طبيعة الملكية في النظم الوضعية المعاصرة

لقد ثار جدل طويل بين المذاهب الوضعية حول حق الملكية منذ أوائل القرن السادس عشر حتى يومنا هذا، وتمخض هذا الخلاف عن مذهبين وضعيين في العالم، أحدهما عرف بالمذهب الفردي، وثانيهما عرف بالمذهب الجماعي، وسوف نستعرض طبيعة الملكية عند كلا المذهبين وفي القوانين الوضعية العربية، ثم نعرض لموقف بعض العلماء المسلمين المحدثين من طبيعة الملكية وذلك في أربعة فروع متتالية:

الفرع الأول: طبيعة الملكية في المذهب الفردي.

الفرع الثاني: طبيعة الملكية في المذاهب الجماعية.

الفرع الثالث: طبيعة الملكية في القوانين الوضعية العربية.

الفرع الرابع: موقف بعض العلماء المسلمين المحدثين من طبيعة الملكية.

## الفرع الأول

### طبيعة الملكية في المذهب الفردي

ذهب أنصار المذهب الفردي إلى القول بأن حق الملكية الفردية، وحرية التملك، وحرية التصرف، وكافة حقوق الإنسان وحرياته ما هي إلا حقوق طبيعية مستمدة من ذاته باعتبار إنسانيته، وليست هذه الحقوق منحة؛ لأن الإنسان كان يتمتع بهذه الحقوق منذ عهد الفطرة الأولى، فهي بهذا الاعتبار امتيازات طبيعة مطلقة وسابقة في وجودها على القانون، بل على الجماعة أيضاً، حيث إنها تستند إلى الحالة الطبيعية، فليس القانون هو أساس الحق بل الحق هو أساس القانون، وليست هناك وظيفة للقانون إلا حماية هذا الحق وتمكين أصحابه من التمتع به، بل وأكثر من ذلك فإن الجماعة مسخرة لخدمة الفرد وحمايته وتمكينه من التمتع بحقه الكامل الذي لا تحده حدود ولا تقيدته قيود<sup>(١)</sup>.

(١) الدكتور عبد الله بن عبدالعزيز المصلح - قيود الملكية الخاصة - ص ١٨٢.

وينضح من ذلك أن الملكية الفردية في نظر المذهب الفردي حقاً طبيعياً مطلقاً يعطي صاحبه كافة سلطات الاستعمال والاستغلال، فهو يستعمله كما يريد، وفي أي وقت شاء.

ويرى أنصار المذهب الفردي أن الدولة لا يجوز لها أن تتدخل في نشاط الفرد إلا بالقدر الذي تضمن معه منع التعارض بين صاحب الحق وغيره حتى تضمن التوافق اللازم لتحقيق الخير المشترك للأفراد جميعاً.

ويرى أنصار المذهب الفردي أن الدولة إذا احتاجت إلى نزع الملكية لصالح الكافة فإن لها ذلك، ولكن بشروط محددة لكي تضمن معها مصلحة المالك وهي<sup>(١)</sup>:

(١) وضع تعويض عادل لصاحب الملك.

(٢) أن يكون نزع الملكية تحت مراقبة القضاء وإشرافه.

(٣) اعتبار هذا التدخل استثناءً على الأصل العام الذي لا يجوز القياس عليه ولا التوسع فيه؛ لأن هذا التدخل ضرورها تقدر بقدرها.

والمذهب الفردي يعادي الملكية العامة ولا يسمح للدولة أن تمتلك الأموال إلا إذا كانت لا تقبل في طبيعتها أن تدخل تحت طائلة التملك الفردي أو تخضع له، وبالتالي نجد أن المذهب الفردي يقدر الفرد وحقوقه، ويعتبره غاية في ذاته، وأن كلاً من القانون والجماعة والدولة ليست إلا مسخرة لخدمة مصالحه، وضمن حريته، وتنشيط مواهبه، وحماية حقوقه.

## الفرع الثاني

### طبيعة الملكية في المذاهب الجماعية

تعددت مواقف المذاهب الجماعية من الملكية الخاصة، فبعضها - المذاهب الشيوعية - يذهب إلى القول بوجود القضاء على الملكية الخاصة وإحلال الملكية العامة محلها تماماً، وعلى ذلك فلا مجال للبحث في طبيعة الملكية الخاصة فيها.

وبعضها الآخر - المذاهب الاشتراكية المعتدلة - يعترف بقدر من الملكية الخاصة، ويقدم وزناً للمصالح الفردية، ولكنه لا يقدها تقديس المذهب الفردي، بل يقيدتها بكثير من القيود، كما أنه يشجع الملكية العامة، ويثق بقدرة الدولة على التدخل في النواحي الاقتصادية بما يحقق مصلحة الجماعة وأفرادها<sup>(٢)</sup>.

والذي يسود في كثير من الدول التي تأخذ بالاشتراكية المعتدلة بصدد الملكية ما عرف بالمذهب الاجتماعي الذي يقول بأن الملكية وظيفة اجتماعية، بل يعتبر جميع الحقوق وظائف اجتماعية.

وبالتالي نجد أن المذهب الاجتماعي يقوم على أساس أن الإنسان كائن اجتماعي، لا يعيش إلا في مجتمع، وأن هذا المجتمع لا بد أن يقيم بين أفرادها تضامن اجتماعي تنظمه قواعد القانون، وهذا التضامن الاجتماعي هو أساس القانون الذي يحرص بمختلف قواعده على منع كل ما يؤدي إلى الإخلال به، وعلى إيجاب كل ما يصونه ويدعمه.

(١) الدكتور عبد الله بن عبدالعزيز المصلح - المرجع السابق - ص ١٨٣ و ١٨٤.

(٢) الدكتور عبد السلام داود العبادي - المرجع السابق - ص ٤٢٠.

وعليه فالجماعة هي صاحبة الحق في تحديد واجبات وحقوق أفرادها، فليست الحقوق ميزات طبيعية يتصرف فيها الأفراد وفق أهوائهم، وإنما هي سلطات ومكنات منحتها الجماعة للأفراد الذين يعيشون في المجتمع ليقوموا بأداء واجباتهم ووظائفهم الاجتماعية.

فليس الحق في نظر هذا المذهب إلا وظيفة اجتماعية منحتها الجماعة لأفرادها؛ لأن فيه مصلحة الجماعة، فعلى الأفراد أن يستعملوه على وجه يحقق الصالح العام، وللدولة - لأنها تمثل الجماعة - الحق في فرض القيود عليه، بل وإلغائه إذا رأت في ذلك مصلحة الجماعة، ولا يجوز للشخص أن يستعمل حقه بقصد الإضرار بغيره حتى ولو لم يقصد ذلك إذا كان استعماله لا يتفق مع الغاية التي أنشئ من أجلها.

ويتضح من ذلك أن حق الملكية في نظر هذا المذهب وظيفة اجتماعية منحها المجتمع لأصحابه ليسهم به في تحقيق التضامن الاجتماعي الذي هو المبرر الأساسي لمنح كل الحقوق؛ لأنه هو المصلحة الحقيقية للجماعة.

## الفرع الثالث

### طبيعة الملكية في القوانين الوضعية العربية

إن الملكية الفردية مبدأ أساسي وجوهري يقوم عليه النظام القانوني والاقتصادي في البلاد العربية، ولكن معظم القوانين الوضعية العربية مع اعترافها بالملكية الفردية إلا إنها اتجهت بها وجهة اجتماعية، وقررت بصددها جملة من الأمور جعلتها ينظر إليها على أنها حق فردي ذو

وظيفة اجتماعية، ومن هذه الأمور:

- (١) الحد من إطلاق الملكية الفردية بتقرير عدد من القيود تهدف إلى أن يكون تصرف المالك تصرفاً فيه مصلحة المجتمع، أو على الأقل ليس فيه ضرر بهذه المصلحة<sup>(١)</sup>.
- (٢) اتجاه كثير من البلاد العربية إلى نقل عدد من الملكيات الخاصة إلى الملكية العامة، وذلك للبعد بها عن الاستغلال الذي كان يعرض مصالح المجتمع للخطر.
- (٣) زيادة الأعباء الملقاة على عاتق المالك من أجل تحقيق الصالح العام.
- (٤) توزيع الأراضي الزراعية على صغار الفلاحين لزيادة عدد الملاك، مما يساعد في تحقيق المصلحة الاجتماعية، ويؤدي إلى البعد بهم عن الاستغلال، ويدفعهم إلى الجد والعمل، وكذلك تجزئة الملكيات الكبيرة، وتحديد حد أقصى للملكيات الزراعية ونزع الزائد منها.

هذا وقد كانت المادة ١١٦٢ من المشروع التمهيدي للقانون المصري تنص على أنه: (لمالك الشيء ما دام ملتزماً بحدود القانون، أن يستعمله، وأن ينتفع به، وأن يتصرف فيه، دون أي تدخل من جانب الغير، بشرط أن يكون ذلك متفقاً مع ما لحق الملكية من وظيفة اجتماعية)<sup>(٢)</sup>.

وقد ورد ذلك في نصوص دستور سنة ١٩٥٦م، ودستور سنة ١٩٥٨م، ودستور سنة ١٩٦٤م، ودستور سنة ١٩٧١م، فالمادة ٣٢ من دستور ١٩٧١م تنص على أن: "الملكية الخاصة تتمثل في رأس المال غير المستغل، وينظم القانون أداء وظيفتها الاجتماعية في خدمة الاقتصاد القومي، وفي إطار خطة التنمية، دون انحراف أو استغلال، ولا يجوز أن تتعارض في طرق استخدامها مع الخير العام للشعب".

(١) الملكية في قوانين البلاد العربية: ج ١ ص ٢٥: ٢٦. والقانون المصري يقرر أنه لمالك الشيء وحده حق استعماله واستغلاله والتصرف فيه، وله الحق في كل ثماره ومنتجاته وملحقاته، ولا يجوز أن يحرم أحد من ملكه، إلا في الأحوال التي يقرها القانون، وبالطريقة التي يرسمها، ويكون ذلك في مقابل تعويض عادل، والمالك حر التصرف في ملكه؛ إذا شاء نزل عنه إلى غيره، بمقابل أو بغير مقابل، وإذا شاء استبقاه لينقل عنه بعد موته لورثته ولمن أوصى لهم. انظر الوسيط - الدكتور السنهوري - ج ١ ص ٩٧: ٩٨.

(٢) الدكتور عبدالسلام داود العبادي- المرجع السابق - ص ٤٢٤.

وتنص المادة ٣٤ من هذا الدستور على أن: "الملكية الخاصة مصونة، ولا يجوز فرض الحراسة عليها، إلا في الأحوال المبينة في القانون، وبحكم قضائي، ولا تنزع الملكية إلا للمنفعة العامة، ومقابل تعويض، وفقاً للقانون، وحق الإرث فيها مكفول".

وينص دستور سنة ٢٠١٢م ودستور سنة ٢٠١٤م على أن: "الملكية الخاصة مصونة، تؤدي وظيفتها الاجتماعية في خدمة الاقتصاد الوطني دون انحراف أو احتكار، وحق الإرث فيها مكفول، ولا يجوز فرض الحراسة عليها إلا في الأحوال المبينة في القانون، وبحكم قضائي؛ ولا تنزع إلا للمنفعة العامة، ومقابل تعويض عادل يُدفع مقدماً، وذلك كله وفقاً لما ينظمه القانون".

ويتضح من هذه المواد من الدستور أنها تقرر أمرين هاميين:

الأول: اعتراف الدستور بالملكية الخاصة غير المنحرفة، ولا المستغلة، والتي لا تتعارض طرق استخدامها مع الخير العام للشعب، وحق الإرث فيها مكفول، ولا يجوز فرض الحراسة عليها إلا في الأحوال التي نص عليها القانون، وبحكم قضائي، وأنها لا تنزع إلا للمنفعة العامة، ومقابل تعويض عادل يُدفع مقدماً وفقاً للقانون.

الثاني: إن الملكية الخاصة ذات وظيفة اجتماعية، فلم تعد الملكية الخاصة ذات طابع فردي بحت، وبذلك أصبح هذا المبدأ أصلاً عاماً يعمل به في جميع الأحوال التي تكون الملكية فيها ذات طابع اجتماعي، ولو لم يرد فيها نص قانوني.

وبالتالي نجد أن الدستور اعتبر بذلك أن مبدأ الملكية الخاصة حق ذاتي ذو وظيفة اجتماعية، وأصبح من اللازم على المشرع الوضعي أن يسن القواعد التي من شأنها تحقيق هذه الوظيفة الاجتماعية للملكية في خدمة الاقتصاد القومي وذلك في إطار خطط التنمية، وهذا يتفق مع ما تقرر من أن الحقوق لم تعد مطلقة يتصرف فيها أصحابها كما يشاؤون، وهو يعتبر الموقف الوسط بين اعتبار الملكية حقاً مطلقاً وبين إلغائها إلغاءً نهائياً.

#### الفرع الرابع

#### موقف بعض العلماء المسلمين المحدثين من طبيعة الملكية

اختلفت آراء بعض علماء المسلمين في الوقت الحاضر حول طبيعة الملكية على ضوء الخلاف الذي قام حول طبيعة الملكية في النظم الوضعية والدراسات التي قامت حولها إلى ثلاثة آراء نعرض لها فيما يلي:

الرأي الأول: الملكية حق فردي مطلق:

ذهب بعض المحدثين إلى القول بأن الشريعة الإسلامية تأخذ بفكرة الملكية المطلقة، وبالنشاط الفردي الحر، فالأفراد في نظر هؤلاء يعتبرون أحراراً في الاستيلاء على جميع ما يرغبون في الاستيلاء عليه من ثروات طبيعية ومعنوية، كما أن لهم الحق الكامل والحرية التامة في التصرف فيها، واستثمارها كما يشاءون<sup>(١)</sup>.

ويتضح من ذلك أن هذا المذهب يتفق تماماً مع ما ذهب إليه أنصار المذهب الفردي من اعتبار الملكية حق فردي مطلق.

(١) الدكتور عبد الله بن عبد العزيز المصلح - المرجع السابق - ص ١٩٢: ١٩٣.

ولكن من المعلوم أن أساس الشريعة التكليف ومنع كل ما يضر بالفرد والجماعة على حد سواء، وأن من قواعد الشريعة التوفيق بين مصلحة الفرد ومصلحة الجماعة عن طريق تلك القيود التي وضعتها الشريعة على التصرف، فجعلت من الملك حقاً مقيداً يلتزم المالك عند الانتفاع به والتصرف فيه بما هو مقيد به، وتلك القيود قد رسم معالمها التشريع الإسلامي وبيّنها الفقهاء رحمهم الله تعالى في أبواب الوقف والإجارة وغيرها، والتي تجعل من الملكية خيراً محضاً، لا كما يصوره المذهب الفردي على أنه حق مطلق ومقدس يخول صاحبه جميع أنواع التصرفات ولو أدت إلى الإضرار بالآخرين .

الرأي الثاني: الملكية وظيفة اجتماعية:

ذهب أنصار هذا الرأي إلى أن طبيعة الملكية في الشريعة الإسلامية وظيفة اجتماعية، حيث قال الدكتور أحمد شلبي في كتابه السياسة والاقتصاد تحت عنوان (المال مال الله، وملكيته الخاصة وظيفة اجتماعية): "يقر الإسلام حق الملكية الفردية، ولكن المقصود بذلك هو ملكية الفرد بالنسبة للأفراد الآخرين، فالمالك الحقيقي لكل شئ هو الله سبحانه وتعالى"<sup>(١)</sup>.

ويقول الأستاذ سيد قطب رحمه الله في كتابه العدالة الاجتماعية في الإسلام: "وأول مبدأ يقره الإسلام بجوار حق الملكية الفردية أن الفرد أشبه شئ بالوكيل في هذا المال عن الجماعة، وأن حيازته له إنما هي وظيفة أكثر منها امتلاكاً، وأن المال في عمومته إنما هو أصلاً حقاً للجماعة، والجماعة مستخلفة فيه عن الله الذي لا مالك لشيء سواه، والملكية الفردية تنشأ من بذل الفرد جهداً خاصاً لحيازة شئ معين من هذه الملكية العامة التي استخلف الله عز وجل فيها الإنسان"<sup>(٢)</sup>.

ويقول الشيخ علي الخفيف في كتابه الملكية في الشريعة الإسلامية: "إن المال مال الله، والناس جميعاً عباد الله، منحهم هذا المال ليكون لهم جميعاً، فهو وإن ربط باسم شخص معين، لكن الجميع عباد الله، فاختصاص الإنسان بشئ منه إنما هو نوع من الخلافة والولاية تلقاها عن المجتمع الذي يعتبر صاحب الولاية الأولى على جميع ما في الأرض، وإذا كانت خلافة كانت وظيفة اجتماعية، لها مع ذلك صفة الاختصاص التي أضفت عليها صفة الحق حين تكون خاصة".

ومن هذا يتبين أن الإسلام إنما ينظر إلى الملكية بنظرتين: باعتبارها حقاً لصاحبها، وباعتبارها وظيفة اجتماعية، المالك فيها عامل وخازن، وعليه أن يعمل في هذا المال بما يستطيعه في نطاق إرادته ومواهبه وقوته، وله بحكم ذلك ثمرة عمله ابتداءً بقدر حاجته وما به طيب عيشه، وأما ما فضل بعد ذلك فهو من حق صاحب المال، ويجب أن يوجه فيما أرشد إليه ماله، فلا يجوز اختزانه واكتنازه دون استثمار، كما لا يجوز أن يمنع عن ذي الحاجة وعمما تتطلبه مصالح الدولة عند ظهور حاجتها إليه.

وقال الشيخ علي الخفيف في بحثه المقدم إلى المؤتمر الأول لمجمع البحوث الإسلامية<sup>(٣)</sup>: (ومن ذلك يتبين أن الملكية وبخاصة الفردية ووظيفة اجتماعية، المالك فيها أمين وخازن فيما يحوزه من مال الله تعالى أو من مال مجتمعه، فإذا ما تجاوز ما وضع له في القيام عليه من حدود، فتلك جرثومة الفساد ومصدر ما يأتيه الناس في أموالهم من مظاهر طغيان وفساد).

(١) الدكتور أحمد شلبي - السياسة والاقتصاد - الطبعة الثالثة - مطبوعات مكتبة النهضة المصرية - عام ١٩٧٤م - ص ١٩٦.  
(٢) الشيخ سيد قطب - العدالة الاجتماعية في الإسلام - ص ١١٤.  
(٣) المؤتمر الأول لمجمع البحوث الإسلامية/١١٥. القاهرة.

واستدل أنصار هذا الاتجاه بأدلة من الكتاب والسنة وأقوال الصحابة على ما ذهبوا إليه،  
ومن هذه الأدلة ما يلي:

### أولاً: أدلتهم من القرآن الكريم:

استندوا إلى عدة آيات من القرآن الكريم منها قول الله تعالى: **وَلِلَّهِ مُلْكُ السَّمَاوَاتِ وَالْأَرْضِ وَمَا بَيْنَهُمَا يَخْلُقُ مَا يَشَاءُ وَاللَّهُ عَلَىٰ كُلِّ شَيْءٍ قَدِيرٌ**<sup>(١)</sup>، وقوله سبحانه وتعالى: **لِلَّهِ مُلْكُ السَّمَاوَاتِ وَالْأَرْضِ وَمَا فِيهِنَّ وَهُوَ عَلَىٰ كُلِّ شَيْءٍ قَدِيرٌ**<sup>(٢)</sup>، وقوله: **وَلَمْ يَكُنْ لَهُ شَرِيكٌ فِي الْمُلْكِ**<sup>(٣)</sup>، وقوله: **أَلَمْ تَرَوْا أَنَّ اللَّهَ سَخَّرَ لَكُمْ مَا فِي السَّمَاوَاتِ وَمَا فِي الْأَرْضِ وَأَسْبَغَ عَلَيْكُمْ نِعْمَهُ ظَاهِرَةً وَبَاطِنَةً وَمِنَ النَّاسِ مَن يُجَادِلُ فِي اللَّهِ بِغَيْرِ عِلْمٍ وَلَا هُدًى وَلَا كِتَابٍ مُنِيرٍ**<sup>(٤)</sup>، وقوله سبحانه وتعالى: **وَسَخَّرَ لَكُمْ مَا فِي السَّمَاوَاتِ وَمَا فِي الْأَرْضِ جَمِيعًا مِنْهُ إِنَّ فِي ذَلِكَ لَآيَاتٍ لِّقَوْمٍ يَتَفَكَّرُونَ**<sup>(٥)</sup>، وقوله تبارك وتعالى: **وَأَنْفِقُوا مِمَّا جَعَلَكُمْ مُسْتَخْلِفِينَ فِيهِ**<sup>(٦)</sup>، وقوله: **وَأَتَوْهُمْ مِنْ مَالِ اللَّهِ الَّذِي آتَاكُمْ**<sup>(٧)</sup>.

فهذه الآيات وأمثالها تدل على أن المالك الحقيقي لكل شئ هو الله تعالى الذي منح المجتمع البشري ملكية الانتفاع.

وقال سبحانه وتعالى: **وَجَعَلَ فِيهَا رَوَاسِيًا مِنْ فَوْقِهَا وَبَارَكَ فِيهَا وَقَدَّرَ فِيهَا أَقْوَاتَهَا فِي أَرْبَعَةِ أَيَّامٍ سِوَاءٍ لِلنَّاسِ لِلسَّائِلِينَ**<sup>(٨)</sup>، فهذه الآية الكريمة تدل على أن الرزق قدر في الأرض لكل سكان الأرض، وكلمة "سواء" تفيد الشمول للجميع جميعاً دون أن يختص بالرزق أحد على أحد، وكلمة "السائلين" تعني الساعين للرزق والطالبن له المبتغين من فضل الله.

أما اختصاص إنسان بشئ معين من الملك، فذلك باعتبار أن الإنسان نائباً عن المجتمع في إدارة الملك، وهو ما سمي في الدراسات الإسلامية قيام بوظيفة اجتماعية، كذلك التي ينوب فيها مدير مؤسسة عن المساهمين في إدارتها في حدود دستور معين<sup>(٩)</sup>.

وقال : **وَلَا تُؤْتُوا السُّفَهَاءَ أَمْوَالَكُمُ الَّتِي جَعَلَ اللَّهُ لَكُمْ قِيَامًا وَارْزُقُوهُمْ فِيهَا وَاكْسُوهُمْ** (١٠)،  
فإنه سبحانه وتعالى لم يقل ولا تؤتوا السفهاء أموالهم، وإنما قال أموالكم، لبيان أن السفه الذي حدث من المالك أفقده السلطة على المال وأعاد الأموال إلى المجتمع، ولا يبقى للمالك السفه إلا ما قرره الآية الكريمة من رزق وكسوة<sup>(١١)</sup>.

- 
- (١) سورة المائدة - آية (١٧).
  - (٢) سورة المائدة - آية (١٢٠).
  - (٣) سورة الإسراء - آية (١١١).
  - (٤) سورة لقمان - آية (٢٠).
  - (٥) سورة الجاثية - آية (١٣).
  - (٦) سورة الحديد - آية (٧).
  - (٧) سورة النور - آية (٣٣).
  - (٨) سورة فصلت - آية (١٠).
  - (٩) الدكتور أحمد شلبي - المرجع السابق - ص ١٩٦.
  - (١٠) سورة النساء - آية (٥).
  - (١١) الدكتور أحمد شلبي - المرجع السابق - ص ١٩٧.

### ثانياً: أدلتهم من السنة النبوية:

قال النبي : إن الله عند قوم نعماً أقرها عندهم ما كانوا في حوائج الناس ما لم يملوهم، فإن ملوهم نقلها إلى غيرهم ، ومعنى ذلك أن الملكية في الإسلام ليست مطلقة، وإنما هي استغلال شئ باسم المالك الحقيقي، وحسبما يريد هذا المالك، وقد وضع هذا المالك الحقيقي نظاماً وقوانيناً لمن استخلفهم في الإشراف على ما يملكون، ومن هذه النظم:

- (١) تحريم كنز المال.
- (٢) تحريم الرشوة.
- (٣) تحريم ودم الإسراف ومدح الاعتدال.
- (٤) تحريم الاحتكار وانتهاز الفرص للإثراء غير المشروع.

### ثالثاً: أدلتهم من أقوال الصحابة:

قال عمر بن الخطاب : المال مال الله والعباد عباد الله ، وجاءت آيات قرآنية تؤيد هذا المعنى منها قوله تعالى: **لِلَّهِ مُلْكُ السَّمَاوَاتِ وَالْأَرْضِ وَمَا فِيهِنَّ**.

فهذه مجمل الأدلة التي استدلت بها أنصار الرأي القائل بأن طبيعة الملكية وظيفية اجتماعية.  
غير أنه يؤخذ على أنصار هذا المذهب أنه يفتح المجال أمام الحكام الظالمين إلى الاستيلاء على أموال الناس بحجة أن أصحابها لم يقوموا بحقها، أو أنهم أساءوا استعمالها، وفتح هذا الباب على مصراعيه كان طريقاً أمام الحكام الشيوعيين، أو الذين يأخذون بالاشتراكية على مختلف مسمياتها للتأميم، أو الاستيلاء على أموال الناس بغير حق، مما كان سبباً في تأخر البلاد، فبدلاً من أن يسعى الحكام إلى تنمية الثروة في البلاد، فقد أخذوا في إفقارها، وجعلها عالية على الدول

الأخرى<sup>(١)</sup>.

الرأي الثالث: الملكية حق ذو وظيفة اجتماعية:

يرى بعض العلماء المحدثين كالشيخ محمد أبو زهرة في كتابه التكافل الاجتماعي أن الملكية في الشريعة الإسلامية ليست حقاً مطلقاً يعطى صاحبه حق الاستبداد كما هو الحال في المذهب الفردي، كما لا يمكن اعتباره وظيفة اجتماعية، بمعنى أنه ليس حقاً لصاحبه، بل صاحبه عبارة عن موظف أو وكيل يحوز الثروة لمصلحة المجتمع، مما يؤدي الأمر إلى إنكار الجانب الشخصي في الملكية، وإعطاء الدولة سلطات مطلقة على حقوق الأفراد.

بل قالوا بأن الملكية حق ذو وظيفة اجتماعية؛ وذلك لأن الباحث في الشريعة الإسلامية يجد أن الدولة كالفرد يتلقى كلاً منهما الحق من الله تعالى، فالفرد في نظر الشريعة الإسلامية عبداً لله وليس عبداً للدولة، والله سبحانه وتعالى هو الذي منح الفرد حقه، وهو الذي منح الدولة حق الطاعة على الرعية ما دامت هذه الدولة مراعية لحق الله تعالى، قال الله تعالى: يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَطِيعُوا اللَّهَ وَأَطِيعُوا الرَّسُولَ وَأُولِي الْأَمْرِ مِنْكُمْ فَإِنْ تَنَازَعْتُمْ فِي شَيْءٍ فَرُدُّوهُ إِلَى اللَّهِ وَالرَّسُولِ إِنْ كُنْتُمْ تُؤْمِنُونَ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ ذَلِكَ خَيْرٌ وَأَحْسَنُ تَأْوِيلًا<sup>(٢)</sup>.

(١) الدكتور عبد الله بن عبد العزيز المصلح - المرجع السابق - ص ٢٠٩.

(٢) سورة النساء - آية (٥٩).

فإن خرج الحاكم عن الحق فلا تجب على الرعية طاعته، قال القاسم<sup>(١)</sup>: ومن بديع الجواب قول بعض التابعين لبعض الأمراء من بني أمية لما قال له: أليس الله أمركم ان تطيعونا في قوله: وَأُولِي الْأَمْرِ مِنْكُمْ ، فقال له: أليس قد نزلت عنكم - يعني الطاعة - إذا خالفتكم الحق بقوله: فَإِنْ تَنَازَعْتُمْ فِي شَيْءٍ فَرُدُّوهُ إِلَى اللَّهِ وَالرَّسُولِ إِنْ كُنْتُمْ تُؤْمِنُونَ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ<sup>(٢)</sup>، وكان الله يقول: فَإِنْ لَمْ يَعْمَلُوا بِالْحَقِّ فَلَا تَطِيعُوهُمْ، وردوا ما تخالفتكم فيه إلى حكم الله ورسوله.

وقد بينت السنة أن طاعة الحكام واجبة ما داموا يرعون حق الله في تنفيذ أحكامه، فإن خالفوا هذه الأحكام فلا طاعة، قال النبي: لا طاعة لمخلوق في معصية الخالق<sup>(٣)</sup>.

وقد قال أول الخلفاء الراشدين أبي بكر الصديق: أطيعوني ما أطعت الله فيكم، فإذا عصيت الله ورسوله فلا طاعة لي عليكم<sup>(٤)</sup>.

وبناءً عليه فلا تملك الدولة أن تمنع الفرد حقاً من حقوقه، لأن حقها ليس بأقوى من حق الفرد؛ لأن كلاً من الدولة والفرد يتلقيان الحق من الله تعالى، فإذا كان الفرد يستعمل حقه في الحدود التي رسمها الشرع فلا تملك الدولة منعه إلا إذا تعدى على حق غيره، أو أساء استعمال حقه على وجه يضر بالآخرين، فلها منعه في هذه الحالة فقط.

وبالتالي يتضح لنا أن الدولة طالما أنها لم تكن هي المانحة للحق فلا تملك أن تسلب الفرد حقه؛ لأن الذي منح الحق هو الذي يستطيع أن يسلبه من صاحبه، وهو الله سبحانه وتعالى، أما الدولة فليس من وظائفها إلا رعاية حق الفرد في حدود المصلحة العامة، وتمكينه منه على وجه لا يضر غيره من الأفراد أو الأمة.

وبناءً عليه فإذا تدخلت الدولة في حالة إضرار صاحب الحق بالآخرين فإنما تتدخل في حق ثابت مقرر من الله تعالى الذي منحها ذلك الحق في حدود رسم معالمها الشارع الحكيم، وترجع كلها إلى مقتضيات الضرورة، وكفالة الصالح العام، وتطهيرها للمجتمع من الاستغلال والفساد، فالشريعة هي أساس الحق، وليس الحق هو أساس الشريعة.

وإذا كانت الشريعة هي أساس الحق، فالأصل في الحق التقييد؛ لأن صاحب الحق مقيد في الأصل بما قيده به الشريعة، ووسائل التقييد في الشرع كثيرة منها النصوص الشرعية، ومنها القواعد العامة، كما سنوضح ذلك عند الحديث عن قيود الملكية الخاصة للمنفعة العامة.

ويتضح من هذه الآراء الثلاثة لبعض العلماء المحدثين إزاء طبيعة الملكية الفردية ما يلي:

أن الرأي القائل بأن الملكية الفردية في الإسلام حق مطلق بحيث يستطيع صاحبها أن يتصرف فيها كما يحلو له ولو أدى به ذلك إلى الإضرار بالآخرين، هذا القول لا تقره الشريعة، وليس له أساس يستند عليه من كتاب أو سنة.

(١) محاسن التأويل للشيخ محمد جمال الدين القاسمي - دار الفكر - بيروت - لبنان - ٥/٢٥٦

(٢) سورة النساء - آية (٥٩).

(٣) مسند الإمام أحمد - ٥/١٦٦

(٤) البداية والنهاية - لابن كثير - ط ٥ - دار الحديث - عام ١٤١٨ (هـ) / ١٩٩٨ م - ج ٦ - ص ٣٠١.

أما الرأي الثاني القائل بأن الملكية في الشريعة الإسلامية وظيفة اجتماعية، فقد اتضح أن أهم ما يؤخذ على هذا الرأي أنه تبرير لأعمال الحكام الظالمين الذين يستولون على أموال الناس بحجة أن أصحابها لم يقوموا بحققها لكونهم نواباً عن المجتمع في إدارة هذا الحق ووكلاء عنه، وفي هذا الرأي وجد دعاء الاشتراكية وتأميم الأموال بغيتهم، مما كان سبباً في تأخر البلاد ووقوعها في براثن الفقر والحرمان .

والشريعة ترفض هذا الرأي كالذي سبقه، إذ لا مكان فيها لتصور فكرة الحق ، فهي كذلك لا تجيز أن يحرم صاحب الحق من حقه ما دام في دائرة الشريعة، إذ الحق فيها منحة موهوبة من الخالق سبحانه وتعالى، له فيه أصلاً المنع والمنح، والعبد ليس عليه إلا أن يمتثل الأمر ويجتنب النهي ويقف عند الحد.

وبالتالي فإن القول الحق هو أن المال مال الله، والعباد عباد الله، وأن كل ما في الكون هو لله ومن الله، ومن فضل الله على خلقه أن منحهم حقوقاً، ومنها حق الملكية، منحه الله ضمن قيود أبانتها الشريعة، وليس لأي أحد أن يسلب هذا الحق الممنوح من الله عن طريق تشريعاته وقوانينه إلا ما ألغته الشريعة .