



أسباب الملكية

دراسة مقارنه بين الشريعة والقانون

م.م رقية علي كاظم

المُلخَص

إن للتراث الفقهي الضخم الذي صنعه السابقون أثراً في حركة الفقه في الحاضر والمستقبل، شأنه في ذلك شأن سائر العلوم والمعارف التي تشكل رصيذاً يمد الأجيال البشرية التالية بالعتاء . لقد حمل المسلمون رسالتهم السامية ليلبغوها للعالم أجمع، فاقترن قيام أول دولة إسلامية برسالة إنسانية عبّرت عن خصائص الإسلام كمفهوم متجدد في اتجاه التقدم من اجل الإنسانية، حيث إن الإسلام لا يقتصر على العبادة فقط ،وعليه فإن الإسلام يقرّ جميع أنواع الملكية المعروفة، فهو يقر الملكية الفردية التي تتصل بفرد معين لا يشاركه فيها غيره، أو تتصل بأفراد معينين بالذات يملكونها شركة بينهم على طريق الشيوع بأنصبة متساوية أو مختلفة . كما يقر الملكية الجماعية المحدودة أو الواسعة النطاق، وقد عرفت الشريعة الإسلامية مختلف صور الملكية : الفردية والجماعية . فالتشريع المالي الإسلامي يحرص على مداومة استثمار المالك للمال الذي بين يديه ؛ ومداومة استثمار المالك له تعود بالنفع عليه وعلى المجتمع في زيادة الدخل، ويساعد على تحقيق خطط تنمية الدولة . وعرف القانون المدني العراقي حق الملكية بأنه: "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 التصرفات الجائزة"، ومن ذلك نستنتج ان لاسباب الملكية عدة صور في التشريع الاسلامي والقانوني: (الالتصاق، الاستيلاء، العقد: وهو من أكثر أسباب كسب الملكية في الواقع العملي. وتختلف أحكام العقد سبباً من أسباب كسب الملكية تبعاً لما إذا كان الشيء منقولاً أو عقاراً، بالحيازة وغير ذلك .

الكلمات المفتاحية : الملكية، الشريعة، القانون

Summary

The huge jurisprudential heritage that the predecessors made has an impact on the movement of jurisprudence in the present and the future, as is the case with all other sciences and knowledge that constitute an asset that provides the following human generations with giving. The Muslims carried their lofty message to convey it to the whole world. Islam as a renewed concept in the direction of progress for the sake of humanity, as Islam is not limited to worship only, and accordingly Islam recognizes all known types of property, it recognizes individual property that is related to a specific individual who does not share it with others, or it relates to specific individuals in particular who own it as a partnership between them on Spread by equal or different shares. It also recognizes limited or large-scale collective ownership, and Islamic Sharia defines various forms of ownership: individual and collective. Islamic financial legislation is keen to keep the owner investing the money in his hands; Because it is originally God's money and the group's money, and the owner's continuous investment in it will benefit him and the community in increasing the income, and helping to achieve the state's development plans. The Iraqi Civil Code defines the right of ownership as: "full ownership, through which the owner completely disposes of what he owns in kind, benefit and exploitation, so he benefits from the owned property, its mule, its fruits and its offspring. And he disposes of it in all permissible actions." From this we conclude that the reasons for ownership are several points In Islamic and legal legislation: (Attachment, seizure, contract: It is one of the most common reasons for acquiring ownership in practice. The provisions of the contract differ as one of the reasons for acquiring ownership depending on whether the thing is movable or real estate, possession and so on.

Key words: Islamic Law, The law, Royalism .

المقدمة

الحمد لله رب العالمين الذي يُعطي الكثير بالقليل ويعطي من سألَه ومن لم يسأله تحنناً منه ورحمة. والصلاة والسلام على أشرف الأنبياء والمرسلين محمد وعلى آله الطيبين الطاهرين وأصحابه المنتجبين، وبعد ...

أن للتراث الفقهي الضخم الذي صنعه السابقون أثراً في حركة الفقه في الحاضر والمستقبل، شأنه في ذلك شأن سائر العلوم والمعارف التي تشكل رصيдаً يمد الأجيال البشرية التالية بالعطاء.

لقد حمل المسلمون رسالتهم السامية ليبلّغوها للعالم أجمع، فاقترن قيام أول دولة إسلامية برسالة إنسانية عبّرت عن خصائص الإسلام كمفهوم متجدد في اتجاه التقدم من أجل الإنسانية، حيث إن الإسلام لا يقتصر على العبادة (الصوم والصلاة والحج والزكاة والجهاد وتحسين الخلق والتهذيب)، وإنما يدعو أيضاً إلى حماية المجتمع والدفاع عن استقلاله، وصيانة كرامة الإنسان، ومنع الاستعمار من نهب الثروات الطبيعية للدول الأخرى، كما يحارب التخلف والتبعية والشعور بالنقص تجاه الدول المتقدمة .

والنشاط الاقتصادي كان وما زال يشكّل الحجر الأساس في كثير من النظريات الفكرية والسياسية، وقد أولاه الإسلام اهتماماً يليق بمنزلته عبر التشريعات الكثيرة التي ضمنت الحقوق وأرست قواعد العدل والمساواة والتكافل، فتوالت المؤلفات والبحوث التي حاولت أن تسلط الضوء على هذا النشاط المهم، فتنوع الكتابات بتنوع أوجه النشاط الاقتصادي .

وهذا البحث مساهمة في تسليط الضوء على أحد جوانب النشاط الاقتصادي في الإسلام، وهو (اسباب الملكية دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون) إذ حاولت فيه أن أجمع ما تفرق في المصادر والمراجع المعتمدة حول هذا الموضوع، لأقدم فكرة عامة عن الملكية في الإسلام وأسباب تحصيلها وحمايتها.

المطلب الاول

مفهوم الملكية

أولاً : التعريف لغة:

الملك لغةً : من (مَلَكَهُ) يَمْلِكُهُ (مِلْكاً)، بكسر الميم، وهذا الشيء (مِلْكٌ) يميني و(مِلْكٌ) يميني، والفتح أفصح، و(مَلَكَ) المرأة إذا تزوجها .

و(المملوك)، العبد، و (مَلَكَهُ) الشيء (تمليكاً)، إذا جعله ملكاً له، يقال : مَلَكَهُ المأل، والملك فهو (مُملَكٌ) ^(١) .

و(الملاك) بالفتح والكسر : قوام الشيء ونظامه وما يعتمد عليه فيه، وقالوا : لأذهبنَ فإما هلكاً وإما مُلكاً ومَلَكاً وَمِلْكاً، أي إما أن أهلك وإما أن أملك ^(٢) .

ثانياً : التعريف اصطلاحاً:

إما تعريف الملكية اصطلاحاً، ففي الفقه الإسلامي عبارات عديدة في تحديد معنى كلاً منها، مختلفة المبنى متقاربة المعنى وذلك كله راجع إلى اختلاف وجهات النظر التي ذهب إليها رجال الفقه الإسلامي عند وضعهم تعريف الملك أو حق الملكية ^(٣) .

فمنهم من نظر إلى واقع معنى الملك ومنشئته، ومنهم من نظر إليه من حيث وصفه أو حكمه الذي أقرته الشريعة الإسلامية ورتبت عليه آثاراً ونتائج تلتزمه ولا تتخلف عنه، ومنهم من نظر إليه من حيث الارتباط أو الاتصال القائم بين الإنسان

والشيء المملوك ويترتب عليه كل الآثار من جواز التصرف فيه وغيره، وكذلك منهم من نظر إليه من جهة الآثار المترتبة على ثبوته ك... القدرة على التصرف والتمكن من الانتفاع به أو أخذ العوض عنه وغير ذلك^(٤).

عرّف القرافي - رحمه الله - حق الملك بأنه " حكم شرعي مقدر في العين أو المنفعة يقتضي تمكن من يضاف إليه انتفاعه بالمملوك والعوض عنه، من حيث هو كذلك " ^(٥).

ويراد بالحكم الشرعي هنا أحد الأحكام التكليفية الخمسة التي تفيد، اقتضاء الفعل، أو تركه، أو التخيير، وهو الإباحة الخاصة، كالاستيلاء والبيع والهبة وغيرها، ولكي يؤكد القرافي مراده عاد فعرّف (الملك) بأنه : " إباحة شرعية في عين أو منفعة تقتضي تمكن صاحبها من الانتفاع بتلك العين أو المنفعة، أو أخذ العوض عنها من حيث هي كذلك " ^(٦).

ويتضح من عبارة التعريف، أن الملك أو حق الملكية ليس صفة ناشئة عن طبيعة الأشياء، أي : ليس طبيعياً ولا ناشئاً عن اصطلاح الناس فيه، وكذلك ليس نتيجة لتعارفهم عليه، وإنما هو حكم شرعي لا يكون إلا بعد إقرار الشارع لوجوده بأسباب شرعية كالعقود الناقلة للملكية والهبة والميراث وغيرها، وأساس ذلك اتفاق الفقهاء على أن الحقوق كلها ومنها حق الملكية أو الملك حقوق شرعية، يثبتها الشارع لأربابها، ولا يترتب عليها من الآثار والأحكام شيء، إلا ما رتبته الشارع عليها^(٧).

ونقل السيوطي عن ابن السبكي - رحمه الله - تعريفه للملك بذات تعريف المالكية^(٨).

عرف ابن قدامة المقدسي - رحمه الله - (الملك) بأنه : " عبارة عن حكم يحصل به

تصرف مخصوص" (٩) .

وعرّف العاملي - رحمه الله - (الملك) تعريفاً موافقاً لتعريف المالكية والشافعية
اذ جاء في تعريف للملك بأنه " حكم شرعي مقدر في العين أو المنفعة يؤثر تمكين
المضاف إليه من الانتفاع به والعوض من حيث هو كذلك " (١٠) .

ويلاحظ أن وصف الملك بالحكم الشرعي يأتي بناءً على أنه تابع لأسباب
الشرع التي منحتة الشرعية، أما إذا كان الأمر متعلقاً بإذن الشارع، وهذا التعلق
عدمي وليس وصفاً حقيقياً، لذلك كان حكماً اعتبارياً مقدرًا (١١) .

المطلب الثاني

اسباب الملكية في الشريعة الإسلامية

الاول : اسباب الملكية عند المذاهب الإسلامية عدا الامامية:

إن الإسلام يقرّ جميع أنواع الملكية المعروفة، فهو يقر الملكية الفردية التي تتصل بفرد معين لا يشاركه فيها غيره، أو تتصل بأفراد معينين بالذات يملكونها شركة بينهم على طريق الشيوخ بأنصبة متساوية أو مختلفة . كما يقر الملكية الجماعية المحدودة أو الواسعة النطاق، وقد عرفت الشريعة الإسلامية مختلف صور الملكية : الفردية والجماعية^(١٢).

لقد أقر الإسلام في إطار نظريته للمال الملكية الفردية، وقد جاءت الآيات القرآنية لتؤيد هذه الحقيقة، وقد رتبت على هذه الملكية فرائضاً، وندبت إلى الصدقات، مما يزول معه كل شبهة في إقرار الملكية الفردية وأقر أسباب كسبها، وهذا المبحث مكرس للبحث عن أسباب الملكية الفردية التي أقرتها الشريعة الإسلامية والتي يمكن إجمالها بما يأتي^(١٣):

١. وضع اليد على الشيء المباح الذي لا مالك له، كالصيد وأشجار الغابات، وإحياء الأرض الموات .

٢. العقود الناقلة للملك من مالك إلى مالك آخر، كالبيع، والهبة والوصية .

٣. الميراث بأن يخلف شخص شخصاً آخر فيما كان يملكه بسبب القرابة أو

الزوجية أو الولاء على وفق ما بينه الشرع الحنيف .

٤ . الشفعة، وهي استحقاق الشريك انتزاع حصة شريكه المنتقل عنه من يد من انتقلت إليه . أو تملك البقعة جبراً على المشتري بما قام عليه . أو هي حق تملك قهري يثبت للشريك القديم على الحادث فيما ملك بعوض^(١٤) .

وأجل السيوطي أسباب التملك بقوله : "أسباب التملك ثمانية : المعاوضات، والميراث، والهبات، والوصايا، والوقف والغنيمة، والإحياء، والصدقات" . ثم أورد أسباباً أخرى للتملك مقرونة بشروط مختلف فيها بين المذاهب^(١٥) .

وهذه الملكية مصانة في نظر الإسلام ولكنها متوافقة مع مجموعة من التكاليف المفروضة التي أقرتها الشريعة الإسلامية، والتي جوزت لولي الأمر أن يتدخل ليجبر الأفراد للعمل بها، وأن سلطة ولي الأمر تتناسب مع تمسك الأفراد بهذه التكاليف، فإذا تصاعد التمسك بها قلت الحاجة إلى التدخل، وإذا هبط التمسك بها تصاعد دور ولي الأمر^(١٦) .

اذ توجب الشريعة الإسلامية على مالك المال أن يوجه نشاطه وكفايته إلى استثمار ماله في نطاق الوجوه المشروعة للاستثمار على نحو يفي بحاجاته وحاجات من يعوله وفاءً بغير عدوان على مصلحة الجماعة . فالإسلام يحارب الفقر والتخلف الاقتصادي ، فإذا أبقى المالك ماله عاطلاً بغير استثمار يعود بالنفع عليه وعلى المجتمع، وكان هذا التعطيل متعمداً وطال أمره، فإنه يكون جاحداً لنعمة الله فيما آتاه من مال ؛ لأن هذا التعطيل يؤدي إلى فقر صاحبه، وبالتالي إلى فقر المجتمع، لذا جاز لولي الأمر أن يتدخل ليحمل المال على استثمار ماله^(١٧) .

وروي عن عمرو بن شعيب : «أن النبي - صلى الله عليه وسلم - أقطع ناساً

من جهينة أرضاً فعطلوها وتركوها، فأخذها قوم آخرون فأحيوها، فخاصم فيها الأولون إلى عمر بن الخطاب، فقال : لو كانت قطعية مني أو من أبي بكر لم أرددها، ولكنها من رسول الله - صلى الله عليه وسلم - وقال : من كانت له أرض فعطلها ثلاث سنين لا يعمرها فعمرها غيره فهو أحق بها»^(١٨).

فالتشريع المالي الإسلامي يحرص على مداومة استثمار المالك للمال الذي بين يديه ؛ لأنه أصلاً مال الله، ومال الجماعة، ومداومة استثمار المالك له تعود النفع عليه وعلى المجتمع في زيادة الدخل، ويساعد على تحقيق خطط تنمية الدولة .

وقد أوجبت الشريعة الإسلامية على المالك أن يُمنع من استعمال ماله على نحو يلحق الضرر بالمجتمع، وقد أجمل هذا التكليف أمر رسول الله - صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - في قوله : «لا ضرر ولا ضرار»^(١٩)، وهذا يفيد وجوب منع الضرر الخاص والعام، ودفع وقوعه بطرق الوقاية الممكنة ورفع بعد وقوعه بما يمكن من التدابير التي تزيله وتمنع تكرره، ولولي الأمر أن يتخذ الإجراءات الكفيلة بتنفيذ هذا التكليف وحماية المجتمع من خطر سوء استغلال حق الملكية، وذلك لأن جميع الحقوق التي أثبتتها الشارع مقيدة بمنع الضرر عن الآخرين، وأساسها دفع الضرر وجلب المصالح والموازنة بينها . فحق الملك والامتلاك والاستغلال والاستيلاء على الأشياء المباحة بأصل الخلق والتكوين مستمد من أحكام الشرع الإسلامي، وأن الله تعالى عندما يعطي هذه الحقوق قيدها بعدم الضرر ؛ لأنه إن كان فيها ضرر للغير كان فيها اعتداء، والاعتداء منهى عنه بقوله تعالى : ﴿وَلَا تَعْتَدُوا إِنَّ اللَّهَ لَا يُحِبُّ الْمُعْتَدِينَ﴾^(٢٠) (٢١) .

وفي هذا دليل على تحريم الإضرار على أي صفة كان، وهذا الحديث قاعدة من قواعد الدين تشهد له الكليات والجزئيات^(٢٢) .

الثاني : اسباب كسب الملكية عند الامامية :

في التشريع الإسلامي أسباب الملكية تنحصر في أربعة أسباب :

١- السبب الأول : إحراز المباحات، فالاحراز هو الاستيلاء بقصد التملك . و لكل إنسان أن يستولي على ما يقدر من المباحات ، وما استولى بهدف التملك فقد ملكه (٢٣).

أما المباح فهو المال الذي لم يدخل في ملك شخص و لا يوجد مانع شرعي من تملكه، كصيد الأسماك في البحر، و جني الفواكه في الأشجار الغير المملوكة، إلخ (٢٤).

فالاستيلاء على المباح هو سبب من أسباب التملك . و ملكية المباحات بالاحراز لا تنهض إلا على شرطين جوهرين : الأول أن لا يكون قد سبق إلى احراز المباح شخص سابق . فالقاعدة الفقهية تقول : " من سبق إلى مباح فقد ملكه (٢٥) " . و الشرط الثاني أن يكون القصد من احراز المباح هو التملك (٢٦).

٢- السبب الثاني من أسباب الملكية حسب رأي التشريع الإسلامي فهو العقد أو العقود و هو من أعظم أسباب الملكية و أكثرها وقوعاً (٢٧).

و العقد يأتي بمعنى الربط أي جمع طرفي حبلين و نحوهما و شد أحدهما بالآخر، حتى يتصلا فيصبحا كقطعة واحدة، و العقدة هي الموصل الذي يمسكها و يوثقها . في الفقه، و هو ما يهمننا، العقد هو ارتباط إيجاب بقبول على وجه مشروع يثبت أثره في محله (٢٨).

و العقد هو ضرب من تصرفات الإنسان، و التصرف في لغة الفقهاء هو كل ما يصدر من شخص بإرادته و يرتب الشرع عليه نتائج حقوقية . بيد أنه يشترط لتكون

العقود سبب من أسباب الملكية توفر شرطين مهمين هما الأهلية و الاختيار. (٢٩)

٣- السبب الثالث من أسباب الملكية فهو الخلفية.

و الخلفية نوعان : خلفية شخص عن شخص، و هي الإرث . و خلفية شيء عن شيء، و هي التضمن أو التعويض.

فأما الإرث فهو خلفية يحل بها الوارث محل المتوفي في ملكية أمواله المخلفة و في المسؤوليات المالية بتلك الأموال أو التركة . و الإرث جبري و لا يسقط باسقاط الوارث (٣٠).

و أما خلفية شيء عن شيء فتسمى التعويض أو التضمن . فلو أتلّف أحدٌ لآخر شيئاً أو ألحق بغيره ضرراً ففي ذلك يجب عليه ضمان ما أتلّفه و تعويضه (٣١).

٤- و أخيراً هناك التولد من المملوك كسبب رابع و أخير من أسباب الملكية حسب رأي الفقه الإسلامي . و التوليد من المملوك يعني به أن ما يتولد أو ينشأ من المملوك مملوك . فصاحب الأصل هو أولى بفرعه، و مثال ذلك مالك الأشجار فهو أولى بثمر شجرته من غيره (٣٢).

المطلب الثالث

اسباب الملكية في القانون

الاول : الملكية في التشريع القانوني:

يُعد حق الملكية عند فقهاء القانون من الحقوق المدنية، بل يعدّ من أهمها وأوسعها نطاقاً، وعن هذا الحق الجامع تتفرع كل أنواع الحقوق العينية، فمن له حق الملكية على شيء كان له حق استعماله، وحق التصرف فيه، ولذلك يستجمع هذا الحق كل السلطات التي يعطيها القانون للشخص على الشيء^(٣٣)

وبما أن حق الملكية من الحقوق العينية، اكتفى رجال القانون في العصر القديم في تعريفه تعريفاً موضوعياً بتعريف أصله وهو الحقوق العينية التي هي : " سلطة يعطيها القانون لشخص معين على شيء معين " وبموجبها يستطيع الشخص أن يستخلص لنفسه ما للشيء من فوائد اقتصادية^(٣٤).

أما ما جاء في كثير من كتب القوانين المدنية من التعريفات لحق الملكية، فذلك ليس تعريفاً للملكية بمعناه الموضوعي بحيث حدد معناه وماهيته وعين طبيعته، لأنها بدلاً من تعريف الملكية بالمعنى السابق اكتفت ببيان أهم عناصره وتعيين سلطة مالكة له، وهذا واضح من ملاحظة النصوص الآتية:

جاء في تعريف الملكية في كل من القانون المدني المصري الجديد (المادة ٨٠٢)، والقانون المدني السوري الجديد (المادة ٧٦٨)، والقانون المدني الليبي الجديد (المادة ٨١١) : (أن لمالك الشيء وحده في حدود القانون حق استعماله واستغلاله والتصرف فيه)^(٣٥).

وكذلك جاء في القانون المدني العراقي الجديد (المادة ١٠٤٨) (أن الملك التام من شأنه أن يتصرف به المالك تصرفاً مطلقاً فيما يملكه عيناً ومنفعة واستغلالاً، فينتفع بالعين المملوكة وبغلتها وثمارها ونتاجها ويتصرف في عينها بجميع التصرفات الجائزة) (٣٦).

وعرف القانون المدني العراقي حق الملكية بأنه: "الملك التام، من شأنه أن يتصرف به المالك تصرفاً مطلقاً فيما يملكه عيناً ومنفعة واستغلالاً، فينتفع بالعين المملوكة، وبغلتها وثمارها ونتاجها. ويتصرف في عينها بجميع التصرفات الجائزة" (٣٧).

ومن خلال هذا التعريف يتبين لنا إن حق الملكية هو من أهم الحقوق العينية وأوسعها نطاقاً لأنه يخول صاحبه سلطات كاملة على الشيء وهي الإستعمال والإستغلال و التصرف. ومن ثم فإن العقارات التي يتصرف بها صاحبها على وجه الملكية، ينقل بموجبها رقبته ومنفعتاتها وحقوقها كافة، ويتصرف في عينها بجميع التصرفات الجائزة.

كما إن حق الملكية هو أساس الحقوق العينية الأصلية وهذا الحق يتسم بخصائص عديدة منها:

١ - الملكية حق جامع: يعد حق الملكية حقاً مطلقاً من حيث مضمونه ؛ لأنه يجمع بين يدي المالك كل السلطات على الشيء المملوك، وهي الإستعمال والإستغلال والتصرف. وهذه الخاصية هي التي تجعل حق الملكية الحق الأساس الذي تتفرع منه باقي الحقوق العينية الأصلية الأخرى (٣٨).

٢ - الملكية حق دائم: المقصود بدوام حق الملكية هو أن هذا الحق يبقى ما دام

محلّه باقياً، ويجب أن يتمتع حق الملكية بهذه الخاصية لكي يتمكن المالك من التصرف بمحل هذا الحق، فضلاً عن ذلك أن هذا الحق لا يُفقد بالترك أو بعدم الإستعمال، كما إنه لا يجوز توقيته بمدة معينة، وكل اتفاق يقضي بخلاف ذلك يكون باطلاً^(٣٩).

٣- الملكية حق مانع: المقصود بالحق المانع أنه حق مقصور على صاحبه، فللمالك وحده حق الإستثمار بمزايا ملكه، فيمنع غيره من مشاركته في هذه المزايا، إلا أنه يجوز للمالك أن يرتب على عقاره حق انتفاع للغير أو حق ارتفاق^(٤٠).

ولا تنتقل الملكية بمجرد التراضي وتوافر الشروط القانونية التي يتضمنها العقد عندما يبرم، وإنما لابد من تسجيل العقد، وهذا ما نص عليه القانون المدني العراقي وقانون التسجيل العقاري من أن "بيع العقار لا ينعقد إلا إذا سجل في الدائرة المختصة واستوفى الشكل الذي نص عليه القانون"^(٤١).

الثاني: كسب الملكية في القانون العراقي:

ان اسباب كسب الملكية في القانون العراقي هي :

أ- الاستيلاء : وهو سبب قديم من أسباب كسب الملكية في المنقول كما في النهب والسلب والغنائم من خلال الحروب والغزوات، أما الآن فإنه يعني وضع شخص يده على شيء مباح لا مالك له بنية تملكه أو حيازته، ومن شروطه^(٤٢):

١- الإحراز : ويعني السيطرة أو وضع اليد على الشيء حقيقة كما في حصد الكلاً وقطع الأشجار ومسك الصيد وأخذ الماء .

٢- مالاً مباحاً ومنقولاً : كالنباتات والماء والنار والحيوانات البرية والبحرية

والتي ليس لها مالك وأصبحت مباحا لكل من يجزها .

٣- أن يكون الإحراز بنية التملك : كمن ينصب شبابه لأغراض الصيد في البحر فتقع فيها سمكة أو في البر فيقع فيها طائر، أما نشر الشبكة لأجل التجفيف ويقع فيها صيد فلا يكون له، مع توفر الإهلية القانونية لمالك الصيد ولا يصح لفاقد الإهلية^(٤٣) .

ب- الكنز : وهو ما يدفنه الإنسان تحت الأرض من النقود أو الحلي أو السبائك الذهبية والتي تختلف عن معادن باطن الأرض التي هي من أصل الخلقة والطبيعية للأرض، والكنز لا يعتبر جزءا من الأرض التي دفن فيها أثر حادث معين، وتنطبق عليه (الحيازة في المنقول سند الملكية)، لهذا يعتبر الكنز المخبوء تحت الأرض والذي لا يستطيع أحد إثبات ملكيته لصاحب العقار وللدولة إذا كانت الأرض عائدة لها ولصاحب حق الوقف، ويشترط فيه^(٤٤) :

◀ أن يكون منقولاً

◀ أن يكون مدفوناً أو مخبئاً .

◀ إلا تعود ملكيته إلى أحد .

الآثار القديمة : الآثار لا تعبر ملكاً مباحاً لمن يعثر عليها بل هي من أملاك الدولة ولا تتبع ملكية مالك الأرض ولا تجوز حيازتها وتملكها من أحد ويجب إخبار الدولة عنها وبخلافه يعتبر مخالفاً للقانون ويتحمل كافة العقوبات الجزائية^(٤٥) .

ج- الإلتصاق:

يعرّف الإلتصاق ؛ على تملك صاحب الشيء ما أتصل بملكه اتصالاً يتعذر معه

فصله دون تلف، ومن شروطه أن يكون الشئان مملوكين لشخصين مختلفين ثم ألصقا بدون رضا أحد المالكين أو كليهما، فإذا جاء النهر بطمي على أرض الغير فهو ملكه، وإذا أقام شخص منشآت على أرض الغير دون رضاه تملكها الأخير بالإلتصاق ، والإلتصاق أما أن يكون بالعقار أو المنقول، والأول يكون بفعل الطبيعة أو بفعل الإنسان، فلاإلتصاق بفعل الطبيعة كما في طمي النهر والبحيرات والشواطئ والجزر فهذه ملك الدولة لأن البحر والبحيرات عائدة لها، أما إذا تحول النهر من مجراه القديم إلى مجرى جديد وترك شاطئاً فيجوز تملكه بأجر المثل لإحتمال عودة النهر إلى مجراه القديم^(٤٦).

أما الإلتصاق بفعل الإنسان كما في البناء أو الغراس أو إقامة منشآت لا تعود لصاحب الأرض، فالمفروض لصاحب المواد نزعها، لكن، لأنها أندمجت بالعقار ولا يمكن قلها دون تلف فلصاحب العقار تملكها بالإلتصاق مع التعويض، لكن، لو تم البناء أو الغراس بحسن نية وبزعم سبب شرعي فإنه يخضع للقاعدة الواردة في م ١١٢٠ من قانون مدني عراقي والتي تقضي بتملك صاحب الأكثر الأقل قيمة بين الأرض والمنشآت^(٤٧).

أما الإلتصاق بالمنقول، حيث حلت مكانها قاعدة (الحيازة في المنقول سند الملكية)، فإذا ألصق منقولان لمالكين مختلفين بحيث لا يمكن فصلهما دون تلف أو نفقة فاحشة ولم يكن هناك اتفاق بين المالكين وإنما حصل قضاء وقدر تملك صاحب المنقول الأكثر قيمة المنقول الآخر بقيمته وكما ورد بالمادة / ١١٢٥ من ق م ع، ومثله إلتصاق سائلان أو كميتان من الحنطة بفعل حادث أو غلط^(٤٨).

د- الشفعة :

عرّفت المادة ١١٢٨ من القانون المدني العراقي الشفعة بأنها " حق تملك العقار المبيع ولو جبرا على المشتري بما قام عليه من الثمن والنفقات المعتادة". والشفعة نظام اسلامي يكاد ان يكون الاجماع منعقدا على الاخذ به على انها قد ثبتت على خلاف الاصل لأنها تؤدي الى تملك العقار المشفوع جبرا على المشتري ولهذا فهي تعتبر قيда على حرية التصرف بالنسبة للبائع وللمشتري ولكن المشرع قد اثبتها لمصلحة راجحة وقد راعى المشرع العراقي هذه المصلحة فاقر نظام الشفعة لانه اصبح جزءا من تقاليد القانونية وان كان قد ضيق نطاق الاخذ به . اما الحكمة من تقرير الشفعة فهي وسيلة لتقليل عدد الشركاء في الشيء الشائع والتخلص من ضرر الشركة او القسمة وما يقتضي ذلك من نفقات وإجراءات وبالتالي انتهاء حالة الشيع (٤٩) .

الخاتمة ونتائج البحث

نستنتج مما تقدم ان اسباب كسب الملكية هي :

١- الاستيلاء: وهو وسيلة لكسب ملكية الأشياء التي لا مالك لها؛ أي الأشياء المباحة، ويكون بوضع اليد عليها بقصد تملكها. وتعدّ المنقولات مجالاً لاكتساب الملكية ابتداءً بالاستيلاء؛ وذلك لأن العقارات لا يمكن أن تكون من غير مالك.

٢- الإلتصاق: وهو إتصال شيئين مملوكين لشخصين مختلفين أو اندماجهما معاً بحيث لا يمكن فصل أحدهما عن الآخر دون تلف، ويتمّ بفعل الإنسان أو بفعل الطبيعة.

٣- العقد: وهو من أكثر أسباب كسب الملكية في الواقع العملي. وتختلف أحكام العقد سبباً من أسباب كسب الملكية تبعاً فيما إذا كان الشيء منقولاً أو عقاراً.

٤- الحيازة: وهي وضع اليد على شيء ماديّ بقصد تملكه أو اكتساب حقّ عينيّ عليه، وذلك في فترة زمنية معيّنة.

٥- الميراث: ويقصد به انتقال الحقّ إثر وفاة صاحبه إلى الوارث شرعاً وقانوناً.

٦- الوصية: وهي تصرف إرادة منفردة مضاف إلى ما بعد الموت، يهدف إلى نقل ملكية شيء أو حقّ آخر إلى الموصى له.

* هوامش البحث *

- (١) الرازي، محمد بن أبي بكر (ت ٦٦٦ هـ)، مختار الصحاح، المركز العربي للثقافة والعلوم، بيروت - لبنان، ٢٠٠٣ : ٤٦١ .
- (٢) ابن منظور، محمد بن مكرم (ت ٧١١ هـ)، لسان العرب، دار إحياء التراث العربي، بيروت - لبنان، ١٩٩٩ : باب (ملك) : ١٠ / ١٨٤ .
- (٣) ينظر: علي الخفيف، الملكية في الشريعة الإسلامية مع المقارنة بالشرائع الوضعية، ط ١، مطبعة لجنة البيان العربي، القاهرة، ١٩٦٦ : ١٦ .
- (٤) ينظر : م . ن : ١٧ .
- (٥) القرافي، أحمد بن إدريس بن عبد الرحمن أبو العباس شهاب الدين الصنهاجي (ت ٦٨٤ هـ)، الفروق : ٣ / ٣٠٨ .
- (٦) المصدر نفسه : ٣ / ٣٠٨ .
- (٧) ينظر : محمد أبي زهرة، الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية : الطبعة الأولى القاهرة، ١٩٣٩ م : ٦٢ .
- (٨) السيوطي، جلال الدين عبد الرحمن (ت ٩١١ هـ)، الأشباه والنظائر، - مصر ١٣٧٨ هـ : ٣٤٣ .
- (٩) المقدسي، موفق الدين أبي مُحَمَّد بن عبد الله بن قدامة (ت ٦٣٠ هـ)، المغني، دار الكتاب العربي للنشر والتوزيع، بيروت، ٢٠٠٢ : ٦ / ١٤ .
- (١٠) العاملي، عبد الله بن مكي (ت ٧٨٦ هـ)، القواعد والفوائد، تحقيق : عبد الهادي الحكيم، مؤسسة الاعلمي، بيروت، ٢٠٠٦ : ٣ / ١٣٣ .
- (١١) ينظر : علي الخفيف، الملكية في الشريعة الإسلامية : ١٨ .
- (١٢) يُنظرُ : علي عبد الواحد وافي، قصة الملكية في العالم، مكتبة نهضة مصر، ١٣٧٧ هـ - ١٩٥٨ م : ١٢٤ .
- (١٣) د. أحمد إبراهيم، المعاملات الشرعية المالية، دار النهضة، القاهرة، ١٣٥٤ هـ - ١٩٣٦ م : ٣٧ .
- (١٤) يُنظرُ : شيخ زاده، عَبْد الرَّحْمَن بن شيخ مُحَمَّد بن سليمان داماد، (ت ١٠٧٨ هـ)، مَجْمَعُ الْأَثَرُ فِي شَرْحِ مُلْتَقَى الْأَبْحَرِ، المطبعة العثمانية، ١٣٢٧ هـ : ٢ / ٤٧١ .
- (١٥) شيخ زاده، مَجْمَعُ الْأَثَرُ فِي شَرْحِ مُلْتَقَى الْأَبْحَرِ : ٢ / ٤٧١ .
- (١٦) يُنظرُ : د. مُحَمَّد عَبْدَ اللَّهِ العربي، النظم الإسلامية الاقتصادية والحكومية والدولية، مطبوعات

- معهد الدراسات الإسلامية، مصر، ١٩٧١م : ١٣٤ .
- (١٧) يُنظَرُ : علي عبد الرسول، مبادئ الاقتصاد في الإسلام والبناء الاقتصادي للدولة الإسلامية، دار الفكر العربي، بيروت، ١٩٦٩م : ١٤ .
- (١٨) المصدر نفسه : ١٤ .
- (١٩) البخاري، أبو عبد الله محمد بن إسماعيل (ت ٢٥٦هـ)، صحيح البخاري، دار الكتاب العربي، بيروت، ٢٠٠٦ : ١١٠ .
- (٢٠) سورة البقرة : من الآية ١٩٠ .
- (٢١) يُنظَرُ : علي عبد الرسول، مبادئ الاقتصاد في الإسلام والبناء الاقتصادي للدولة الإسلامية : ٦٣ .
- (٢٢) يُنظَرُ المصدر نفسه : ٦٤ .
- (٢٣) الأنصاري : محمد علي، الموسوعة الفقهية الميسرة، نشر مجمع الفكر الإسلامي، ايران، ٢٠٠٨ : ٥٤ .
- (٢٤) المصدر نفسه، ص ٥٤ .
- (٢٥) حبيب، رجاء محمد جواد، المحقق الحلي وآراؤه الفقهية، رسالة ماجستير، جامعة الكوفة - كلية الفقه - النجف الأشرف ٢٠٠٩م : ٣٩ .
- (٢٦) المصدر نفسه : ٣٩ .
- (٢٧) المصدر نفسه : ٣٩ .
- (٢٨) زين الدين، محمد امين، كلمة التقوى، دار المحجة، بيروت، ٢٠١٣م : ٩٥ .
- (٢٩) زين الدين، محمد امين، كلمة التقوى : ٩٥ .
- (٣٠) المصدر نفسه : ٩٥ .
- (٣١) سميسم، علي، فقه الموضوعات الحديثة، مؤسسة البصائر، بيروت، ٢٠٠٦ : ٢٩ .
- (٣٢) المصدر نفسه : ٣٠ .
- (٣٣) ينظر : عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، مطبعة لجنة التأليف والترجمة والنشر، القاهرة، ١٩٥٣م : ٨ / ٤٧٧ .
- (٣٤) المصدر نفسه : ٨ / ١٧٩ .
- (٣٥) المصدر نفسه : ٨ / ١٨٢ .
- (٣٦) محمود سعد الدين الشريف، شرح القانون المدني العراقي، مطبعة العاني، بغداد، ١٣٧٤ هـ -

١٩٥٥ م : ١ / ٢٦٢ .

- (١) المادة (١٠٤٨) من القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١ المعدل.
- (٣٨) انظر د. حسن كيره، الموجز في أحكام القانون المدني، الحقوق العينية الأصلية أحكامها ومصادرها، منشأة المعارف، الإسكندرية، ١٩٧٥، ص (٦٤).
- (٣٩) انظر حامد مصطفى، القانون المدني العراقي، الملكية وأسبابها : ١ / ٥٠ .
- (٤٠) انظر د. عبد المنعم فرج الصده، حق الملكية، الطبعة الثالثة، شركة ومكتبة مصطفى البابي الحلبي وأولاده، مصر، ١٩٦٧، ص (١٧)
- (٤١) راجع المواد (٥٠٨) والفقرة (٢) من المادة (١١٢٦) من القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١ المعدل. والفقرة (٢) من المادة (٣) من قانون التسجيل العقاري رقم (٤٣) لسنة ١٩٧١ المعدل.
- (٤٢) د. غني حسون طه، الوجيز في العقود المسماة، عقد البيع، مطبعة المعارف، بغداد، ١٩٧٠، ص ١٧١
- (٤٣) د. كمال قاسم ثروت، شرح أحكام عقد البيع، ط ٢، مطبعة الرصافي، بغداد، ١٩٧٦، ص ١٤٠
- (٤٤) د. حسن علي الذنون، شرح القانون المدني العراقي، عقد البيع، مطبعة الرابعة، بغداد، ١٩٩٣، ص ١٥٢ .
- (٤٥) المصدر نفسه، ص ١٥٣ .
- (٤٦) حامد مصطفى، القانون المدني العراقي، الملكية وأسبابها، الجزء الأول، شركة التجارة والطباعة المحدودة، ٢٠٠٥ ص ٧٨
- (٤٧) المصدر نفسه، ص ٧٨ .
- (٤٨) المصدر نفسه، ص ٧٨
- (٤٩) حامد مصطفى، القانون المدني العراقي، الملكية وأسبابها، مصدر سابق، ص ٧٩ .

* المصادر والمراجع *

- خير ما نبدي به القرآن الكريم .
- (١) ابن منظور، محمد بن مكرم (ت ٧١١ هـ)، لسان العرب، دار إحياء التراث العربي، بيروت - لبنان، ١٩٩٩ : باب (ملك) : ١٠ / ١٨٤ .
- (٢) أحمد إبراهيم، المعاملات الشرعية المالية، دار النهضة، القاهرة، ١٣٥٤ هـ - ١٩٣٦ م : ٣٧ .
- (٣) الأنصاري : محمد علي، الموسوعة الفقهية الميسرة، نشر مجمع الفكر الإسلامي، إيران، ٢٠٠٨ : ٥٤ .
- (٤) البخاري، أبو عبد الله محمد بن إسماعيل (ت ٢٥٦ هـ)، صحيح البخاري، دار الكتاب العربي، بيروت، ٢٠٠٦ : ١١٠ .
- (٥) حامد مصطفى، القانون المدني العراقي، الملكية وأسبابها، الجزء الأول، شركة التجارة والطباعة المحدودة، ١٩٥٣، ص (٥٠) .
- (٦) حامد مصطفى، القانون المدني العراقي، الملكية وأسبابها، الجزء الأول، شركة التجارة والطباعة المحدودة، ٢٠٠٥ ص ٧٨ .
- (٧) حبيب، رجاء محمد جواد، المحقق الحلي وآراؤه الفقهية، رسالة ماجستير، جامعة الكوفة - كلية الفقه - النجف الأشرف ٢٠٠٩ م : ٣٩ .
- (٨) حسن علي الذنون، شرح القانون المدني العراقي، عقد البيع، مطبعة الرابعة، بغداد، ١٩٩٣، ص ١٥٢ .
- (٩) حسن كيره، الموجز في أحكام القانون المدني، الحقوق العينية الأصلية أحكامها ومصادرها، منشأة المعارف، الإسكندرية، ١٩٧٥، ص (٦٤) .
- (١٠) الرازي، محمد بن أبي بكر (ت ٦٦٦ هـ)، مختار الصحاح، المركز العربي للثقافة والعلوم، بيروت - لبنان، ٢٠٠٣ : ٤٦١ .
- (١١) زين الدين، محمد امين، كلمة التقوى، دار المحجة، بيروت، ٢٠١٣ م : ٩٥ .
- (١٢) سميسم، علي، فقه الموضوعات الحديثة، مؤسسة البصائر، بيروت، ٢٠٠٦ : ٢٩ .
- (١٣) السيوطي، جلال الدين عبد الرحمن (ت ٩١١ هـ)، الأشباه والنظائر، مطبعة مصطفى البابي الحلبي، الطبعة الأخيرة، القاهرة - مصر ١٣٧٨ هـ : ٣٤٣ .
- (١٤) شيخ زاده، عَبْد الرَّحْمَن بن شيخ مُحَمَّد بن سليمان داماد، (ت ١٠٧٨ هـ)، جَمْعُ الْأَنْهَرِ فِي شَرْحِ مُلْتَقَى الْأَبْحَرِ، المطبعة العثمانية، ١٣٢٧ هـ : ٢ / ٤٧١ .

- (١٥) العاملي، عبد الله محمد بن مكّي (ت ٧٨٦ هـ)، القواعد والفوائد، تحقيق: عبد الهادي الحكيم، مؤسسة الاعلمي، بيروت، ٢٠٠٦: ٣/ ١٣٣.
- (١٦) عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، مطبعة لجنة التأليف والترجمة والنشر، القاهرة، ١٩٥٣ م: ٨/ ٤٧٧.
- (١٧) عبد المنعم فرج الصده، حق الملكية، الطبعة الثالثة، شركة ومكتبة مصطفى البابي الحلبي وأولاده، مصر، ١٩٦٧، ص (١٧)
- (١٨) علي الخفيف، الملكية في الشريعة الإسلامية مع المقارنة بالشرائع الوضعية، ط ١، مطبعة لجنة البيان العربي، القاهرة، ١٩٦٦: ١٦.
- (١٩) علي عبد الرسول، مبادئ الاقتصاد في الإسلام والبناء الاقتصادي للدولة الإسلامية، دار الفكر العربي، بيروت، ١٩٦٩ م: ١٤.
- (٢٠) علي عبد الرسول، مبادئ الاقتصاد في الإسلام والبناء الاقتصادي للدولة الإسلامية: ٦٣.
- (٢١) علي عبد الواحد وافي، قصة الملكية في العالم، مكتبة نهضة مصر، ١٣٧٧ هـ - ١٩٥٨ م: ١٢٤.
- (٢٢) غني حسون طه، الوجيز في العقود المسماة، عقد البيع، مطبعة المعارف، بغداد، ١٩٧٠، ص ١٧١
- (٢٣) القرافي، أحمد بن إدريس بن عبد الرحمن أبو العباس شهاب الدين الصنهاجي (ت ٦٨٤ هـ)، الفروق، دار إحياء التراث العربية، ط ١، القاهرة - مصر، ١٣٤٦ هـ: ٣/ ٣٠٨.
- (٢٤) كمال قاسم ثروت، شرح أحكام عقد البيع، ط ٢، مطبعة الرصافي، بغداد، ١٩٧٦، ص ١٤٠
- (٢٥) محمد أبي زهرة، الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية: الطبعة الأولى القاهرة، ١٩٣٩ م: ٦٢.
- (٢٦) مُحَمَّد عَبْدَ اللَّهِ العربي، النظم الإسلامية الاقتصادية والحكومية والدولية، مطبوعات معهد الدراسات الإسلامية، مصر، ١٩٧١ م: ١٣٤.
- (٢٧) محمود سعد الدين الشريف، شرح القانون المدني العراقي، مطبعة العاني، بغداد، ١٣٧٤ هـ - ١٩٥٥ م: ١/ ٢٦٢.
- (٢٨) المقدسي، موفق الدين أبي مُحَمَّد بن عبد الله بن قدامة (ت ٦٣٠ هـ)، المغني، دار الكتاب العربي للنشر والتوزيع، بيروت، ٢٠٠٢: ٦/ ١٤.

