فلسفة قيود الملكية

أ.م. د. حسنين ضياء نوري الموسوي
كلية القانون/جامعة ميسان

الملخص

لتحديد طبيعة الملكية اهمية في اقرارالقيود المفروضة عليها، وذلك الموضوع يرتبط بالنظريات الفلسفية القانونية والاسلامية ذات العلاقة بالملكية العقارية والتي تحدد فرض القيود من عدمه،و تلك النظريات قد تتقارب في مناطق وتتباعد في مناطق اخرى. وبتحديد تلك النظريات ومضمونها يفهم الباحث والمشرع والقاضي طبيعة الملكية ويسعفه في ايجاد حلول دقيقة لمشاكل الملكية ، ويحدد لنا موقع النظرية الاسلامية للملكية ازاء النظريات القانونية،و يساعد المشرع في تحديد طبيعة الملكية وخصوصا في البلدان التي تمر بتغيرات سياسية واقتصادية واجتماعية كالعراق، وينعكس ذلك في التشريعات التي تتناول قيود الملكية ومنها القوانين المدنية (الفرنسي ،المصري ، العراقي).

Philosophy of Property Restrictions

Asst. prof. Dr. Hassanayn Dia Noori AL-Musawi
College of Law / University Misan

Abstract

To determine the nature of ownership is of great importance and it is related to the legal and Islamic philosophical theories related to real estate ownership, which determines the imposition of restrictions or not. These theories may converge in regions and diverge in other regions. Through the determination of these theories and their content , the researcher, legislator and judge understand the nature of ownership and enable to find accurate solutions to the problems of ownership .It also helps in determining the position of the Islamic theory of property among the legal theorie especially in countries that are undergoing political, economic and social changes such as Iraq. This is reflected in legislations that deal with the restrictions of ownership including civil restrictions (French, Egyptian and Iraqi)

المقدمة

اولاً : تعريف بموضوع البحث .

الانسان كائن اجتماعي مليء بالغرائز ومنها حب تملك الاشياء فما فتئ الانسان يسعى الى تملك العقارات والمنقولات ، والانسان يعمل ويبذل الجهد ليحصل على ما يروم وهذا يتفق مع شرعة العدل فالتملك مقابل بذل العرق و الجهد وبخلافه يعيش الانسان في حالة ياس وقنوط تشل حياة المجتمع ، ولا يتصور ان يعيش او ان يوجد الانسان الا في المجتمع لأنه كائن اجتماعي يانس بغيره ، ونتيجة لوجود الملكيات (سابقا- الاله ، الملك، القبيلة ، العشيرة ، الاسرة ، الفردية)(حاليا – الفردية ، العامة) من هنا بدأت المشكلات التي تثار من الملكية وحسب الزمن من حيث اقرارها للأفراد من عدمه واقتصارها على الملك والقادة او القيود المفروضة عليها وفي الوقت الحاضر تحديد طبيعة الملكية في ظل التغيرات الاقتصادية والاجتماعية والفلسفات المختلفة (الفردية، الاشتراكية، التضامن الاجتماعي) وفي ظل النظرية الفلسفية للملكية في الشريعة الاسلامية ونتاج ذلك من اثر ينعكس على مكنات الملك (استعمال ، استغلال، تصرف) وينعكس ذلك بتشريعات تتناول الملكية تعريفا يحدد طبيعة الملكية وعناصرها ومن ثم ما هي القيود الواردة عليها .

ثانياً : مشكلة البحث .

١- تحديد النظريات الفلسفية القانونية والاسلامية ذات العلاقة بالملكية العقارية لانها نظريات فلسفية تتعلق بتحديد دور القانون والشريعة في الحياة لا في الملكية فقط .

٢- النظريات الفلسفية القانونية والاسلامية هي نظريات ذات طابع اجتماعي واخلاقي وديني وقد يكون طابع بعضهاشخصياً مادياً بعيداً عن الجانب الاجتماعي ويدخل في مجال المصالح الخاصة بحيث يصعب تحديد موقفها من الملكية .

٣- ما هو اثر تلك الفلسفة على تحديد طبيعة الملكية ؟ اي من حيث فرض القيود من عدمه والتي قد تصل الى التأميم او الاستملاك .

٤- هل يوجد تقارب بين النظريات القانونية واثارها مع النظرية الفلسفية الاسلامية للملكية.

٥- ماأثر تلك النظريات الفلسفية في القوانين المدنية (الفرنسي ، المصري ، العراقي)؟ لا سيما إنَ تلك القوانين قد مرت بتغيرات سياسية واقتصادية واجتماعية تؤثر في تحديد **طبيعة الملكية .**

ثالثاً : اهمية البحث .

الملكية عنصر اساس في الوقت الحاضر فبتحديد النظريات الفلسفية القانونية والاسلامية ذات الصلة بالملكية ومضمونها فذلك يوضح الصورة ويبعد الضبابية عن الباحث والمشرع والقاضي في فهم الملكية وايجاد حلول دقيقة للمشكلات التي تثيرها الملكية، وفهم النظرية الاسلامية للملكية وموقعها ازاء النظريات الفلسفية القانونية وكيف انها نظرية توازي النظريات القانونية في تناول الملكية واثارها فهي نظرية دينية واخلاقية وواقعية وصالحة لحكم الحياة الحالية ، ويسعف المشرع في تحديد طبيعة الملكية اطلاقا او تقييدا او تأميما و على ضوء تشرعن القواعد القانونية التي تفرض القيود المتنوعة والتي قد تصل الى حد تأميم الملكية وقد تكون قاصرة على تقييد الملكية دون التأميم وخصوصا في البلدان التي تمر بتغيرات سياسية واقتصادية واجتماعية كالعراق الذي كان يعيش في الاربعينات في دولة تميل الى الاقتصاد الحر ومن ثم فترة الدساتير المؤقتة التي تميل الى الاشتراكية واخيرا الفترة من عام ٢٠٠٣ الى حد الان حيث السائد نظام الاقتصاد الحر ومن ثم ما طبيعة الملكية ومن ثم نطاقها من حيث الاطلاق والتقييد .

رابعاً : نطاق البحث .

في بحثنا نتناول تعريفاً للملكية في ظل الشريعة الاسلامية والقوانين المدنية الفرنسي والعراقي والمصري ومن ثم عناصر الملكية وخصائصها بالمقارنة بالشريعة الاسلامية ،النظريات الفلسفية القانونية ذات الصلة بالملكية وهي نظرية المذهب الفردي والمذهب الاشتراكي ومذهب التضامن الاجتماعي وانعكاساتها على الملكية، ونتطرق للنظرية الاسلامية في الملكية واثرها في الملكية ، ومن ثم ، نتناول نتائج ذلك على القوانين المدنية الفرنسي والمصري والعراقي بعد ان نتناول مقدمة تاريخية بسيطة عن الملكية بالنسبة للقوانين المذكورة .

خامساً : منهجية البحث .

اتبعنا المنهج المقارن في البحث لآراء الفقهاء المسلمين في تعريف الملكية وكذلك مقارنة موقف القوانين المدنية الفرنسي والمصري والعراقي في تعريف الملكية وقيود الملكية، واتبعنا المنهج التحليلي في تحليل الآراء الفلسفية في القانون والشريعة في الملكية وكذلك في تحليل نصوص القوانين المدنية الفرنسي والمصري والعراقي ذات الصلة بموضوع البحث، واتبعنا المنهج التاريخي في بيان نشأة الملكية في فرنسا ومصر والعراق.

سادساً : خطة البحث .

بعد الاطلاع على المصادر المتعلقة بموضوع البحث نتناوله بمبحث اول نتناول فيه ماهية حق الملكية وذلك بتعريف حق الملكية في المطلب الاول وذلك وفق الشريعة الاسلامية في الفرع الاول وتعريف حق الملكية وفق القانون في الفرع الثاني ومن ثم مطلب ثانٍ نتناول فيه خصائص و سلطات حق الملكية ونخصص فيه الفرع الاول الى خصائص الملكية والفرع الثاني الى عناصر حق الملكية .

ومن ثم نعرج على النظرية الفلسفية لتقيد الملكية في الفقه الاسلامي في المبحث الثاني ويتفرع الموضوع هنا الى تناول ان الخلافة في الارض مسؤولية انسانية في المطلب الاول ومطلب ثاني خاص بالتكافل الاجتماعي واجب اخلاقي ومطلب ثالث نتطرق فيه الى الملكية في ميزان المصالح المتعارضة واخيرا نمر على خلاصة فلسفة تقييد الملكية وفق الفقه الاسلامي في المطلب الرابع .

وبعد كمال ما اوردناه في المباحث المذكورة ننتقل الى الفلسفة القانونية لتقييد الملكية واثرها في القانون في المبحث الثالث في مطلب اول هو فلسفة تقييد الملكية وفق فقه القانون و ذلك بثلاث فروع الفرع الاول نخصصه للمذهب الفردي والفرع الثاني للمذهب الاشتراكي والفرع الثالث لمذهب التضامن الاجتماعي وختاما نتناول اثر فلسفة تقييد الملكية وفق فقه القانون في القانون في المطلب الثاني ونمر هنا على تقييد حق الملكية وفق القانون المدني الفرنسي في الفرع الاول والفرع الثاني نخصصه الى تقييد الملكية في القانون المدني المصري والفرع الثالث نتطرق فيه الى تقييد الملكية وفق القانون المدني العراقي .

المبحث الاول

ماهية حق الملكية

من نوافل القول في موضوعة بحثنا مقدمة تعريفية بموضوعة بحثنا تمكننا من فهم مضمون الملكية تعريفا وخصائص وعناصر لنتمكن من البحث في المبحثين الفلسفيين المقبلين ولتسعفنا في تحديد اثارهما على القوانين المدنية الفرنسي والمصري والعراقي فنتناوله بمطلبين الاول تعريف حق الملكية والثاني خصائص وسلطات حق الملكية وكما يأتي:

المطلب الاول

تعريف حق الملكية

لتحديد تعريف حق الملكية بصورة جامعة مانعة لا بد ان نحدد تعريفها وفق الفقه الاسلامي اولا وثانيا تعريفها وفق القانون ونتطرق لذلك بفرعين الاول تعريف حق الملكية وفق الفقه الاسلامي والثاني لتعريف حق الملكية وفق القانون و نتناول ذلك كما يأتي :

الفرع الاول

تعريف حق الملكية وفق الفقه الاسلامي

يقول الامام علي (ع): ((جعل سبحانه من حقوقه حقوقاً افترضها لبعض الناس على بعض... وأعظم ما افترض – سبحانه – من تلك الحقوق حق الوالي على الرعية وحق الرعية على الوالي فريضة فرضها الله سبحانه لكل على كل)) أي ان أساس الحقوق هو الله سبحانه وكل الحقوق مشتقة منه[١].

ويشير الامام السجاد (ع) في فلسفة الحقوق الإسلامية ان حق الله سبحانه (هو أصل الحقوق ومنه تتفرع سائر الحقوق) فلو ان جذر الشجرة حق الله سبحانه فان حقوق العباد هي أغصان تلك الشجرة[٢].

يرى آية الله العظمى السيد الخوئي (قدس) ان الملكية سلطنة اعتبارية ثبتت باعتبار المعتبر وجعله وليست منتزعة من الاحكام التكليفية ولا عرضا قام حقيقة بالملك او المملوك [٣].

ويرى الصدر الاول (قدس) الملكية من الامور الاعتبارية والمجعولة لا لبرهان على ذلك بل لوضوح ذلك بالوجدان و البحث في كون الملكية امراً اعتباريا او حقيقياً انما هو بحث على مستوى تاريخ مضى لا من يلتفت الى الملكيات الخارجية او التطورات الطارئة عليها في الزمن الطويل و نفيها تارة و اثباتها اخرى يجد بوجدانه كونها اعتبارية لا حقيقية ، ويرى آية الله العظمى السيد الحائري ان الملك نوع علاقة بين المالك والمملوك باستطاعتك ان تعبر عنه بنوع اضافة اعتبارية بين المالك والمملوك او بسلطنة اعتبارية او جدة اعتبارية [٤].

وعرف كمال الدين محمد بن عبد الواحد المعروف بـ(ابن همام) الملكية بانها : ((الملك هو قدرة يثبتها الشارع ابتداء على التصرف)) ، وعرف الملكية تاج الدين عبد الوهاب بن علي السبكي: ((حكم شرعي يقدر في عين أو منفعة يقتضي تمكين من ينسب إليه من الشفاعة والعوض عنه من حيث هو كذلك))[٥] .

وعرف الملكية القدسي ((اختصاص يمنع غير مالكه من الانتفاع به أو التصرف فيه إلا بتوكيل من مالكه أو بالإنابة عنه عن طريق الشارع))[٦].

وعرف الملكية شهاب الدين أبو العباس احمد بن إدريس (القرافي) ((حكم شرعي أو وصف شرعي مقدر في العين أو في المنفعة يقتضي تمكين من يضاف إليه من انتفاعه بالمملوك والمعاوضة عنه))[٧].

فملكية الإنسان ملكية اعتبارية وليست حقيقية لأن الملك لله سبحانه[٨].

أي ان للإنسان ملكية اعتبارية أي غير حقيقية لأن الملك لله (سبحانه وتعالى) والإنسان مستخلف فيه وفي مقابلها الملكية الحقيقية أو التكوينية لله (سبحانه وتعالى)[٩].

ويؤيد ذلك قوله تعالى ﴿إِذْ جَعَلَكُمْ خُلَفَاء مِن بَعْدِ قَوْمِ نُوحٍ﴾ ، ﴿هُوَ الَّذِي جَعَلَكُمْ خَلَائِفَ فِي الْأَرْضِ﴾ ، ﴿يَا دَاوُودُ إِنَّا جَعَلْنَاكَ خَلِيفَةً فِي الْأَرْضِ فَاحْكُم بَيْنَ النَّاسِ بِالْحَقِّ﴾ ، ﴿ اللّهُ الَّذِي خَلَقَ السَّمَاوَاتِ وَالأَرْضَ وَأَنزَلَ مِنَ السَّمَاءِ مَاءً فَأَخْرَجَ بِهِ مِنَ الثَّمَرَاتِ رِزْقاً لَّكُمْ﴾.

وعلى صعيد الملكية الخاصة فان الإسلام يقرر ان الملك لله (سبحانه وتعالى) وان دور الإنسان هو الخليفة المستأمن من قبل الله (سبحانه وتعالى) على مصادر الثروة ليدبر أمرها ويديرها وفق المصلحة العامة قوله تعالى: ﴿وَأَنفِقُوا مِمَّا جَعَلَكُم مُّسْتَخْلَفِينَ فِيهِ﴾ و قوله تعالى: ﴿وَآتُوهُم مِّن مَّالِ اللَّهِ الَّذِي آتَاكُمْ﴾[١٠].

وتقسم الملكية وفق خصائصها إلى ملكية خاصة وملكية عامة، فالملكية الخاصة هي ما كان فيها المالك واحداً أو أكثر له أو لهم كل منافع الشيء والتصرف فيه أما الملكية العامة هي التي تكون ملكاً لأبناء المجتمع كالطرق والجسور والحصون وأقرت ذلك الشريعة الإسلامية بشرط أن لا تمنع طبيعة الشيء أن يكون ملكاً عاماً أو خاصا[١١].

وعرفت الملكية الفردية بأنها اختصاص الشخص بشيء معين واستئثاره بمنافعه وله التصرف بملكه بشرط عدم الإضرار بالغير ويؤيد ذلك قوله تعالى ﴿هُوَ الَّذِي خَلَقَ لَكُم مَّا فِي الأَرْضِ جَمِيعاً﴾ ﴿أَلَمْ تَرَوْا أَنَّ اللَّهَ سَخَّرَ لَكُم مَّا فِي السَّمَاوَاتِ وَمَا فِي الْأَرْضِ وَأَسْبَغَ عَلَيْكُمْ نِعَمَهُ ظَاهِرَةً وَبَاطِنَةً﴾ وعرفت الشريعة الملكية الجماعية وهي الملكية الشائعة بين المسلمين دون استئثار أحد منهم بالملك ومن أمثلتها ملكية المساجد والوقف الخيري[١٢].

ويعرف آية الله العظمى الصدر الأول (قدس) ان الملكية الخاصة ((كل ملكية تعود إلى فرد أو مصلحة خاصة ويصبح بموجبها غير مسؤول عن دفع تعويض إلى الأمة أو الدولة في مقابل منفعة ذلك المال)) ويعرف الملكية العامة ((كل ملكية تعود إلى الدولة بوصفها المصب الإلهي في الأمة أو إلى الدولة الإسلامية))[١٣].

ويذهب آية الله العظمى محمد تقي اليزدي ملكية الدولة (يقصد الملكية العامة)، هي ملكية الحكومة الإسلامية فالحكومة تعتبر مالكة لتلك الأموال وفق الشريعة المقدسة وهذه الملكية ترتبط بـ(الشخصية الحقوقية للحكومة) – (في المصطلح القانوني الشخصية القانونية للدولة) – ولا ترتبط بالأشخاص الحقيقيين للحكومة –(يقصد الأشخاص المسؤولين عن إدارة الحكومة) – وتلك الأموال لا تباع ولا تشترى وأي تصرف فيها يتم بإذن الحكومة، أما الملكية الخاصة هي الأموال التي بيد الناس وهي ملك شخصي لهم ويحق لهم التصرف فيه على أساس ملكيتهم[١٤].

الفرع الثاني

تعريف حق الملكية وفق القانون

عرف كولان وكابيتان الملكية (سلطة استعمال الشيء والافادة منه بجميع فوائده التي يمكن الحصول عليها منه على نحو قاصر على المالك ومؤبد)[١٥]

وعرفت الملكية وفق المادة ٥٤٤ قانون مدني فرنسي ((الملكية هي الحق في الانتفاع بالشيء وفي التصرف فيه على نحو أشد ما يكون إطلاقاً بشرط أن لا يستعمل الشيء على وجه يحرمه القانون أو اللوائح)).

ويرى الأستاذ (Portalis) ان الملكية الفردية تدخل ضمن النظم الطبيعية بل النظم الإلهية وحقوق الملاك على أملاكهم هي حقوق مقدسة يجب أن تحترمها الدولة نفسها))[١٦].

وعرفها القانون المدني المصري الجديد المادة ٨٠٢ ((لمالك الشيء وحده، في حدود القانون، حق استعماله واستغلاله والتصرف فيه)) بخلاف القانون المدني المصري السابق الذي عرف الملكية في المادة ٢٧/١١ منه ((الملكية هي الحق للمالك في الانتفاع بما يملكه والتصرف فيه بطريقة مطلقة...)) متأثراً بالقانون الفرنسي آنذاك حيث جعل الملكية حقاً مطلقاً فلم يؤكد ذلك في القانون المدني الجديد مسايراً ما للملكية من وظيفة اجتماعية[١٧].

وعرفت الملكية وفق المادة ١١ من كتاب مرشد الحيران (الملك التام الذي من شأنه ان يتصرف به المالك تصرفا مطلقا فيما يملكه عينا و منفعة و استغلالا)[١٨]

وعرفت وفق المادة ١٠٤٨ قانون مدني عراقي ((الملك التام من شأنه أن يتصرف به المالك تصرفاً مطلقاً فيما يملكه عيناً ومنفعة واستغلالاً فينتفع بالعين المملوكة وبغلتها وثمارها ونتاجها ويتصرف في عينها جميع التصرفات الجائزة)).

ويعرف د صلاح الدين الناهي الملكية (حق عيني يكون بمقتضاه للمالك سلطة على الشيء المملوك تخوله التصرف فيه بجميع التصرفات في حدود القانون) ويرى الناهي انه تعريف وسط بين السلطة المطلقة والوظيفة الاجتماعية لان وظيفة الملكية تحددها الدساتير وفق المذهب الذي تتبناه الدولة[١٩]

تلك الملكية الخاصة اما الملكية العامة .

ونعرف الملكية بانها (حق عيني اصلي يخول مالكه التصرف به و استعماله و استغلاله وفق القانون)

فهو تعريف يحدد طبيعة الملكية بانها حق عيني اصلي وله خصائص وعناصر الحق العيني الاصلي علاوة على التأكيد على عناصره في التعريف بانه يخول مالكه التصرف بنوعيه المادي والقانوني والاستعمال والاستغلال وان لم تذكر وظيفة اجتماعية في التعريف فانه تقيد تلك السلطات بالقانون الذي يمثل المجتمع ومن ثم تتوافر الوظيفة الاجتماعية للحق وهو تعريف جامع مانع لحق الملكية .

فالملكية العامة ملكية الدولة والاشخاص المعنوية العامة للعقارات والمنقولات والمخصصة للمنفعة العامة وفق القانون.[٢٠]

فهي الاموال المملكة للدولة وهي على نوعين الاول ما تملكه الدولة او الاشخاص العامة وهي مشابهة لملكية الافراد وتدار وتستغل وفق احكام القانون الخاص تخضع لاختصاص القضاء العادي وهي تدر دخلاً للدولة لان الدولة تستثمرها تجاريا والنوع الثاني ويما تملكه الدولة او الاشخاص العامة وترصد للمنفعة العامة وتخضع لنظام قانوني خاص خلاف احكام القانون الخاص و بخلاف القضاء العادي.[٢١]

واشار القانون المدني المصري رقم ١٣١ لسنة ١٩٤٨ للملكية العامة وانها مخصصة للمنفعة العامة ولا يجوز التصرف بها او الحجز عليها و تزول الصفة العامة بزوال التخصيص للمنفعة العامةفي المواد (٨٧ و ٨٨) منه .[٢٢]

وحذا حذوه القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ في المواد (٧١ و ٧٢) منه.[٢٣]

المطلب الثاني

خصائص و سلطات حق الملكية

بعد ان اكملنا تحديد تعريف الملكية لا بد ان نبين خصائص و سلطات حق الملكية لاكتمال ماهية حق الملكية ونتطرق في الفرع الاول الى خصائص حق الملكية وفي الفرع الثاني الى سلطات حق الملكية وكما يأتي :

الفرع الاول

خصائص حق الملكية

١) حق جامع

اي يخول صاحبه جميع السلطات من تصرف مادي او قانوني واستعمال واستغلال الشيء [٢٤]

أي إن حق الملكية هو الحق الكامل الذي يخول صاحبه استعمال واستغلال الشيء أي الانتفاع به ويمكنه من التحكم بكيانه مادياً أو قانونياً[٢٥].

وأيدت ذلك المادة ٨٠٢ قانون مدني مصري ((لمالك الشيء وحده في حدود القانون حق استعماله واستغلاله والتصرف فيه))، وأيدت ذلك المادة ١٠٤٨ قانون مدني عراقي عند تعريف الملكية ((الملك التام من شأنه أن يتصرف فيه المالك...، عيناً ومنفعة واستغلالاً...)).

ومن ثم لا يكلف المالك إلا بإثبات ملكه وفقاً للطرق القانونية ومن يدعي خلال ذلك فعليه إثبات ذلك وإذن أي حق يتفرع عن الملكية حق مؤقت لأنه بانتهاء مدة الحق العيني المتفرع من حق الملكية (انتفاع، ارتفاق، استعمال...) رجع ويحكم القانون إلى المالك[٢٦].

وذهبت لذلك محكمة النقض المصرية في حكم سنة ١٩٨٧ ((حق الملكية يغاير في طبيعته وحكمه في القانون حق الانتفاع فحق الملكية هو جماع الحقوق العينية، إذ مالك العقار يكون له حق استعماله وحق استغلاله وحق التصرف فيه))[٢٧].

وفي الشريعة الاسلامية فملكية العين تجمع ملك الرقبة والمنفعة.

ملكية العين بطبيعته يتضمن ملك المنفعة لأن الملكية للأشياء الأساس منها المنفعة فلا أهمية للملكية لولا التصرف والانتفاع المشروع وهنا تكون الملكية تامة تشمل ملك العين و المنفعة[٢٨].

فلا يتصور انفصال الانتفاع عن الملك دائماً وإن أقر في استثناء أو مؤقتاً وعندها تعود المنفعة إلى مالك الرقبة [٢٩]

ومثال ذلك التولد من الشيء المملوك أو إحراز الشيء المباح، وبعد ثبوت الملك ابتداءً فانه ينتقل بسبب ناقل للملكية غير السبب المنشئ للملكية ابتداءً، وقد ينقل المالك ابتداءً العين والمنفعة معاً إلى الغير وأن ينقل أحدهما إلى الغير فنكون أمام الملك الناقص[٣٠].

اي انه تتفق الشريعة الاسلامية مع القانون بان حق الملكية حق جامع .

٢) حق مانع

أي انه حق مقصور على مالكه فلا يشاركه أحد فيه أي إن المالك يستأثر[٣١] بملكه ولا ينازعه أحد فيه، أي لا يمكن أن يكون الشيء مملوكاً في نفس الوقت لأكثر من شخص واحد لوقوع التعارض عند استخدام كل مالك لسلطاته في نفس الوقت ((مع الإشارة إلى وجود أحكام فقهية وتشريعية خاصة بالملكية الشائعة[٣٢] حيث يملك الشيء أكثر من شخص في آن واحد)) وحق الملكية لا تقتصر صفة المنع عليه فقط وانما تمتد إلى الحقوق العينية والشخصية لكنها أكثر سطوعاً في حق الملكية أكثر من الحقوق العينية الأخرى[٣٣].

وأيدت ذلك المادة ٨٠٢ قانون مدني مصري والمادة ١٠٤٨ قانون مدني عراقي.

وإذن تقتصر سلطة الاستعمال والاستغلال والتصرف على المالك دون غيره هذا هو الأصل لكن قد ينتقص ذلك القصر أو الاستئثار في حال إقرار حق منفعة على الشيء وذلك لا ينتقص من استئثار المالك لأنَ الحقوق العينية المترتبة على الشيء مؤقتة مهما طالت وتعود السلطات للمالك[٣٤].

وأيدت ذلك محكمة النقض الفرنسية في حكم عام ١٩٤٣ بأن أشار إلى أن للمالك أن يمنع أي شخص يعارضه في استخدام ملكه أو أن يشاركه فيه ويصل إلى حد منع الوقوف أمام عقاره أو تصويره[٣٥].

وفي الشريعة الاسلامية تكون ملكية العين مطلقة وجامعة ومقصورة على صاحبها .

فحق الملكية مطلق وجامع ومقصور على صاحبه ويظهر في الشريعة الإسلامية في حق الملكية التامة وفي القانون الوضعي في حق الملكية، وللمالك أن ينتفع بمزايا الشيء في نطاق مقتضاه والملكية ليست حق مطلق في الشريعة الإسلامية ومفيد بعدم الإضرار بالغير وفق قاعدة (لا ضرر ولا ضرار) وحق الملكية مقصور على مالكه وله مزايا الشيء في نطاق مقتضاه وفي الشريعة للمالك ذلك ولكن بقيود الشريعة كمشاركة الغير بمنافع الشيء إذا اقتضت الضرورة ذلك سهواً كحقوق الارتفاق[٣٦].

و من ثم حق الملكية حق مانع وفق الشريعة الاسلامية كما القانون .

٣) حق دائم:

قد يقصد به بقاء حق الملكية ذاته مادام الشيء محل الملكية باقي، ولا ينقضي إلا بهلاكه فهنا يختلط حق الملكية بذات الشيء ولا يقدح في ذلك تغيير الملاك لأنه يبقى حق الملكية على الشيء وان تغير المالك ومن ثم بتغير الملاك لا توجد فترة خلالها الشيء بلا مالك[٣٧].

ومن ثم حق الملكية[٣٨] يبقى ما بقى الشيء بخلاف الحقوق العينية المتفرعة فإنها مؤقتة[٣٩] والقانون لم يحدد وقت لانقضائه[٤٠].

أي إن حق الملكية بمثابة روح الشيء فبوجوده وجد الوجه القانوني للشيء وبزواله انعدم الوجه القانوني وبقى الوجه الفعلي.

وقد يقصد بالدوام إن حق الملكية[٤١] لا يسقط بعدم الاستعمال فمهما طالت مدة عدم استعمال المالك فلا يسقط حق الملكية بخلاف الحقوق العينية الأخرى التي تسقط بعدم الاستعمال[٤٢] وان كان يكتسب حق الملكية بالتقادم فان حق الملكية لا يسقط بالتقادم ومن ثم لا تسقط الملكية بعدم الاستعمال[٤٣].

وقد يقصد بالدوام عدم جواز تأقيت حق الملكية أي ان حق الملكية لا يقبل التأقيت بطبيعته لأن الملكية تخول صاحبها الاستعمال والاستغلال والتصرف فيه والتأقيت يحول دون ذلك[٤٤].

من ثم لا يجوز أن تقترن الملكية بأجل واقف أو فاسخ لأنه يتنافى مع طبيعة حق الملكية التي تخول المالك الاستعمال والاستغلال والتصرف[٤٥].

وفي الشريعة الاسلامية تكون ملكية العين دائمة و لا تقبل الاسقاط

فملكية العين تكون دائمة، أي ملك العين يكون مؤجراً ولا تنتهي ما لم تنتقل إلى مالك آخر، بخلاف ملكية المنفعة فهي مؤقتة أصلاً مثل عقد الإجارة والإعارة والوصية بالمنفعة لفترة محددة[٤٦].

وملكية العين يجوز نقلها ولا يجوز إسقاطها. فحتى لو أسقط المالك ملكيته فلا يسقط الملك ويبقى مالكاً، فلا يصح الإبراء عن الأعيان ويصح استثناءً إسقاط الملك للوقف وإسقاط ملكية الرقيق[٤٧].

ومن ثم حق الملكية في الشريعة الاسلامية والقانون حق دائم ولايقبل الاسقاط .

الفرع الثاني

سلطات حق الملكية

تخول الملكية صاحبه مجموعة سلطات جسيمة تصل الى حد انهاء وجوده المادي او ازالة الملك عن صاحبه وهو ما يجعل قيمة اقتصادية عالية لحق الملكية مقارنة ببقية الحقوق و تلك السلطات هي :

١) سلطة الاستعمال (I'usage)

ويقصد بهااستخدام الشيء وفق الغرض المعد له للحصول على منافعه عدا الثمار ويصدق ذلك على استخدام المالك للشيء مثل سكن البيت أو قيادة السيارة أو زراعة الأرض(٤٨).

ويرى الدكتور السنهوري انه لا يوجد تصرف مادي لأن الاستعمال هو التصرف المادي لأن الاستعمال يعني ترميم المنزل أو إعادة بناء الدار أو حفر البحيرات أو الجداول(٤٩).

اما في الشريعة الاسلامية فسلطة الاستعمال تكون باستخدام الشيء من خلال الانتفاع به وفق ما أعد له الشيء كزراعة الأرض أو السكنى في الدار(٥٠).

٢) سلطة الاستغلال (Iajuissance)

القيام بالأعمال اللازمة لاستحصال غلة الشيء سواء من قبل المالك مباشرةً بأن يزرع الارض للحصول على ثمارها أو استخدام السيارة للأجرة من قبل المالك للحصول على الأجرة أو حصول مالك المحجر على الأحجار من محجره لأجل بيعها و قد يكون الاستغلال بصورة غير مباشرة كايجار الدار او السيارة للحصول على اجرتها (٥١).

وفي الشريعة الاسلامية فسلطة الاستغلال هي إجراء الأعمال اللازمة للحصول على ثمار الشيء الطبيعية مثل كلأ الأرض أو نتاج الحيوان أو مستحدثة كنتاج الزراعة أو مرتبة كأجرة الدار ولا يترتب على الحصول على تلك الثمار نقض في أصل الشيء أما إذا ترتب على الحصول عليها نقض أصل الشيء فاننا نكون أمام المنتجات كالأشجار التي تؤخذ من الغابة أو الأحجار التي تؤخذ من الأرض(٥٢).

٣) سلطة التصرف (Ia disposition)

يعرف التصرف ((استخداماً تنفذ به مقوماته بصفة كلية أو جزئية، أو عمل يترتب عليه زوال كل أو بعض السلطات عليه))(٥٣).

ويعرفه ايضا ((تسلط المالك على رقبة الشيء وكيانه المادي والقانوني جميعاً))(٥٤).

والتصرف قد يكون ماديا :

فالتصرف مادي وهو فعل ينصب على مادة الشيء يؤدي إلى إعدامها نهائياً أو جزئياً[٥٥]. أو هو التصرف المادي هو تسلط المالك على الكيان المادي للشيء يمكنه استهلاكه كلياً أو جزئياً[٥٦].

والتصرف قد يكون قانونيا :

فالتصرف القانوني وهو عمل يترتب عليه القضاء على حق المالك جزئياً أو كلياً[٥٧].

او التصرف القانوني هو تسلط المالك على رقبة الشيء تزيل الملك كلياً أو جزئياً[٥٨].

وسلطة التصرف القانوني والمادي تثبت للمالك وحده وهو مما يميز حق الملكية عن غيره من الحقوق العينية المتفرعة حيث لا يخول صاحبها تلك السلطة وقد تتقيد تلك السلطة وفق القانون او الاتفاق وهو خلاف الاصل مثل تقرير حق الارتفاق او المنفعة[٥٩]

ومن أمثلة التصرف المادي البناء على الارض او اعدام الشيء باستهلاكه التصرف القانوني بيع أو هبة الدار أو ترتيب حق منفعة عليها أو ترتيب حق ارتفاق[٦٠]

اما في الشريعة الاسلامية فالتصرف فهو على نوعين الأول التصرف المادي وهو يترتب عليه العمل الذي ينتج عنه أثر حسي في الشيء كتجزئته أو تغيره أو إتلافه والتصرف القانوني فهو عمل ينتج عنه أثر قانوني في الشيء بحيث يترتب نقل ملكية الشيء أو إثقاله بحق عيني من البيع أو الهبة وإن لم يشر إليها في التعريفات الإسلامية إلا اننا نستطيع استخلاصه من تلك التعريفات [٦١]

أي ان التصرف القانوني بترتب عليه إنشاء أو زوال الملكية أو الحق العيني.

المبحث الثاني

فلسفة تقييد الملكية وفق الفقه الاسلامي

بعد ان بينا ماهية حق الملكية نستطيع الان البحث في النظرية الفلسفية الاسلاميةفي الفقه الاسلامي المستندة الى القران الكريم والسنة النبوية الشريفة والمفعمة بالمفاهيم الاخلاقية والانسانية لتحديد اسس تقييد الملكية وسنجد ان اسس التقيد تقوم على ثلاث مسائل الاولى ان الخلافة في الارض مسؤولية انسانية وهو ما نتناوله في المطلب الاول والثانية ان اساس حق الملكية والتقييد هو التكافل الاجتماعي الاخلاقي ونتناوله في المطلب الثاني والمطلب الثالث نتناول فيه الموازنة بين الملكية الفردية والملكيات الاخرى تحت عنوان

حق الملكية في ميزان المصالح المتعارضة وبعد ذلك نلخص ما اوردناه في المطلب الرابع خلاصة فلسفة تقييد الملكية وفق الفقه الاسلامي و نتناول ذلك كما يأتي :

المطلب الاول

الخلافة في الارض مسؤولية انسانية

الإنسان مستخلف في الأرض وفي الثروة من قبل الله سبحانه وتعالى ليديرها ويدبر أمرها وفقاً للصالح العام وفق قوله تعالى : ﴿يَا دَاوُودُ إِنَّا جَعَلْنَاكَ خَلِيفَةً﴾ و ﴿وَأَنفِقُوا مِمَّا جَعَلَكُم مُّسْتَخْلَفِينَ فِيهِ﴾ و ﴿وَلِلّهِ مُلْكُ السَّمَاوَاتِ وَالأَرْضِ وَمَا بَيْنَهُمَا﴾ و ﴿وَآتُوهُم مِّن مَّالِ اللَّهِ الَّذِي آتَاكُمْ﴾. و الاستخلاف خلافة للجماعة البشرية الصالحة وفق قوله ﴿وَلاَ تُؤْتُواْ السُّفَهَاء أَمْوَالَكُمُ الَّتِي جَعَلَ اللّهُ لَكُمْ قِيَاماً﴾ معنى الآية ان الأموال في الكون رصدت لإقامة حياة الجماعة ومساعدتها على مواصلة حياتها الكريمة وتحقيق أهداف استخلاف الإنسان فقد منع الله سبحانه وتعالى من هدر الأموال في تلك الآية، وكذلك الجماعة محاسبة عن الاستخلاف أمام الله سبحانه وتعالى وفق قوله تعالى : ﴿اللّهُ الَّذِي خَلَقَ السَّمَاوَاتِ وَالأَرْضَ وَأَنزَلَ مِنَ السَّمَاءِ مَاءً فَأَخْرَجَ بِهِ مِنَ الثَّمَرَاتِ رِزْقاً لَّكُمْ وَسَخَّرَ لَكُمُ الْفُلْكَ لِتَجْرِيَ فِي الْبَحْرِ بِأَمْرِهِ وَسَخَّرَ لَكُمُ الأَنْهَارَ ۝ وَسَخَّر لَكُمُ الشَّمْسَ وَالْقَمَرَ دَآئِبَينَ وَسَخَّرَ لَكُمُ اللَّيْلَ وَالنَّهَارَ ۝ وَآتَاكُم مِّن كُلِّ مَا سَأَلْتُمُوهُ وَإِن تَعُدُّواْ نِعْمَتَ اللّهِ لاَ تُحْصُوهَا إِنَّ الإِنسَانَ لَظَلُومٌ كَفَّارٌ﴾[٦٢]

فملكية الإنسان ملكية اعتبارية وليست حقيقية لأن الملك لله سبحانه[٦٣].

أي ان للإنسان ملكية اعتبارية أي غير حقيقية لأن الملك لله (سبحانه وتعالى) والإنسان مستخلف فيه وفي مقابلها الملكية الحقيقية أو التكوينية لله (سبحانه وتعالى)[٦٤].

ويؤيد ذلك قوله تعالى ﴿إِذْ جَعَلَكُمْ خُلَفَاء مِن بَعْدِ قَوْمِ نُوحٍ﴾ ، ﴿هُوَ الَّذِي جَعَلَكُمْ خَلاَئِفَ فِي الْأَرْضِ﴾ ، ﴿يَا دَاوُودُ إِنَّا جَعَلْنَاكَ خَلِيفَةً فِي الْأَرْضِ فَاحْكُم بَيْنَ النَّاسِ بِالْحَقِّ﴾ ، ﴿ اللّهُ الَّذِي خَلَقَ السَّمَاوَاتِ وَالأَرْضَ وَأَنزَلَ مِنَ السَّمَاءِ مَاءً فَأَخْرَجَ بِهِ مِنَ الثَّمَرَاتِ رِزْقاً لَّكُمْ﴾.

فالملكية صفة اعتبارية لأنها في التعاريف المذكورة انفا أشار إليها بالاختصاص أو الحكم الشرعي أي سبب إقرارها من قبل المشرع لها ولآثارها أي حكم شرعي يقوم على إقرار الشارع فهي ذات صفة شرعية فلا حقيقة مادية ولا وجود لها، وحتى في مجال القانون فالملكية هي الحق في الاستعمال والاستغلال والتصرف فالحق ليس قانوناً وما هو إلا أمر يقر وفق اعتبار القانون وحكمه فالملكية وآثارها تعود إلى اعتبار الشريعة أو القانون[٦٥].

فكل فرد مكلف بأن يجيد عمله قوله تعالى ﴿وَقُلِ اعْمَلُواْ فَسَيَرَى اللّهُ عَمَلَكُمْ وَرَسُولُهُ وَالْمُؤْمِنُونَ﴾ والمؤمنون أجمعهم كجسد واحد إذا أصيب عضو منه تداعى له سائر الجسد قال الرسول (صلى الله عليه وآله وسلم): ((مثل المؤمنين في توادهم وتراحمهم وتعاطفهم كمثل الجسد إذا اشتكى منه عضو تداعى له سائر الجسد بالسهر والحمى)) و((المؤمن للمؤمن كالبنيان يشد بعضه بعضاً))[٦٦].

فالفرد يتقيد حقه بحقوق الجامعة رضاءً أو جبراً بقوة الحاكم والدين والإسلام لا يقر إلا الحرية الفردية غير المطلقة المقيدة بالمصلحة العامة[٦٧].

فالحكم في الشريعة الإسلامية يقوم على الشهادة وبأن الحكم لله سبحانه وتعالى قوله تعالى ﴿لِلّهِ مُلْكُ السَّمَاوَاتِ وَالأَرْضِ وَمَا فِيهِنَّ﴾ و ﴿وَهُوَ الَّذِي جَعَلَكُمْ خَلاَئِفَ الأَرْضِ وَرَفَعَ بَعْضَكُمْ فَوْقَ بَعْضٍ دَرَجَاتٍ﴾ والشريعة الإسلامية هي من تنظيم أمور الإنسان حياةً ومماتاً والحكم الإسلامي يقوم على أسس منها عدالة الحاكم وطاعة المحكومين وأمرهم شورى بينهم[٦٨].

اي ان الملك لله سبحانه وتعالى والانسان مستخلف في الارض لإعمارها والخلافة في الملكية مسؤولية تفرض على الانسان التقيد بالمصلحة العامة والخاصة و بخلافه يرضخ الى حكم الله سبحانه من خلال الحاكم .

الفرع الثاني

التكافل الاجتماعي واجب اخلاقي

العدل الذي يعتبر أساس الخلافة و يعتبر الوجه الاجتماعي للعدل الإلهي الذي نادى به الأنبياء وأكد عليه القرآن الكريم ويعتبر العدل الأصل الثاني لأصول الدين بعد التوحيد مباشرةً[٦٩].

لأن الفلسفة الإسلامية هنا توجب تحقيق المصلحتين مصلحة الفرد ومصلحة الجماعة لاستفادة الكل من نعم الله سبحانه وتعالى وعند التعارض تغلب مصلحة الجماعة لأنه لا حرم الأفراد من نعم الله سبحانه لأجل توافرها لشخص واحد فيقدم (الخير الكثير) على (الشر القليل) لأنه لا يضحي بمصلحة آلاف الأفراد لأجل مصلحة فرد واحد[٧٠].

فوضع الله سبحانه نوعين من القوانين للبشر (الفردية، الاجتماعية) النوع الأول ذو صبغة فردية يعني جعل الأحكام للإنسان باعتباره فرداً حيث لا يرتبط بالناس منها أحكام وجوبية ومنها تحريمية منها وجوب الصلاة وتحريم الخمر، النوع الثاني ذو صبغة اجتماعية ويقصد

بها الأحكام الخاصة بالإنسان باعتباره عضواً في الجماعة لأنه يعيش معهم مما يؤدي إلى نشوء علاقات تحتاج إلى التنظيم مثل حرمة غصب مال الغير ووجوب الوفاء بالعقود ، فالفردية تحقق مصلحة الفرد والاجتماعية تحقق مصلحة الجماعة وكل مصلحة تهدف إلى جلب المنافع ودرء المفاسد فعند التعارض بين المصلحتين فالأصل الكلي هنا تقديم مصلحة المجتمع وذلك مخالف لفلسفة المذهب الفردي الذي يغلب مصلحة الفرد أي ان الأصل الكلي مصلحة الفرد(٧١).

ففي الفكر الفردي ان الإنسان حر في القيام بأي عمل لكن بشرط عدم الإضرار بالآخرين ولكن في الفكر الإسلامي الأساس حرية الإنسان من خلال تأمين مصالح الإنسان أو على الأقل أن لا يوجد تعارض مع تلك المصالح، فتقييد حرية الإنسان مقرون لجلب المصالح ودفع المفاسد بخلاف المذهب الفردي حيث تكون المصالح والمفاسد منوطة بإرادة الإنسان وذوقه(٧٢).

إذ يجب تجسيد روح الأخوة في العلاقات الاجتماعية من خلال محو أشكال الاستغلال والتسلط، فالمؤمنون أخوة متكافئون في الكرامة الإنسانية والحقوق وذلك يفرض الإحساس بالمسؤولية وبالواجب ليكون أهلاً لتحمل الأمانة فالإنسان ليس مطلقاً في تصرفاته لأن ذلك يتنافى مع طبيعة الاستخلاف وهي تحقيق الحق والعدل ورفض الظلم(٧٣).

فالعدل أساس لنمو القيم الخيرة وبدونه يفقد المجتمع المناخ الرئيس لحياة تلك القيم فاستخلاف الإنسان حركة نمو الخير والعدل والقوة ونتيجة لذلك نجد الفقه الجعفري يعتبر العدل أحد أصول الدين لنصرة المظلوم والمستضعف ورد الجبارين والمتكبرين(٧٤).

وذلك ما يطلق عليه بأن للملكية وظيفة اجتماعية وأن يرى أحد الكتّاب بأنه ((لا نرى مانعاً من استعمال هذا القيد ولكن يجب أن يعرف انها بتوظيف الله تعالى لا بتوظيف الحكام)) وهنا يظهر دور الحاكم العادل لتقرير حدود وقيود الملكية من خلال الموازنة في حق المالك وحق غيره أو حقوق المجتمع(٧٥).

فأوجبت الشريعة الإنفاق مما تملكه قوله تعالى ﴿وَأَنفِقُوا مِمَّا جَعَلَكُم مُّسْتَخْلَفِينَ فِيهِ﴾ ونهت الشريعة عن سوء التصرف في الملكية وحاربت الشريعة تركز الأموال بيد فئة معينة ﴿كَيْ لَا يَكُونَ دُولَةً بَيْنَ الْأَغْنِيَاء مِنكُمْ﴾ ومصداق ذلك مساعدة الأنصار من أموالهم للمهاجرين قوله تعالى ﴿يُحِبُّونَ مَنْ هَاجَرَ إِلَيْهِمْ وَلَا يَجِدُونَ فِي صُدُورِهِمْ حَاجَةً مِّمَّا أُوتُوا وَيُؤْثِرُونَ عَلَى أَنفُسِهِمْ وَلَوْ كَانَ بِهِمْ خَصَاصَةٌ﴾ وذلك يؤكد أن الإسلام لا يهمل الجوانب الاقتصادية في حياة الإنسان(٧٦).

فلا يمكن أن يتمتع الفرد بحرية مطلقة دون حدود بمقابل مصلحة المجتمع العليا لتعارض المصلحتين في فروض فتنشأ مشكلات تحيل المجتمع إلى معركة دامية وهو السائد في المجتمع الرأسمالي فالشريعة الإسلامية تقر الحرية الفردية بجوار مصلحة الجماعة وهو ما نطلق عليه بالتكافل الاجتماعي(٧٧).

والتكافل الاجتماعي يؤسس على إحساس الفرد بأنه ملزم بواجبات إزاء المجتمع إذا لم يؤدها فان المجتمع سينهار وبالمقابل للفرد حقوق يضمنها له المجتمع وان لم يكن الأمر كذلك فالمجتمع يتهدم(٧٨).

فلا يجوز للمالك أن يضر الغير باستخدام ملكه فانه يكون قد تجاوز حدود حريته فالذي يرتفع بملكه إلى حد ليمنع الهواء والضياء عن جاره يمنع من ذلك ليتمكن جاره من الانتفاع بملكه(٧٩).

ومن ثم لا يتعسف الإنسان في ملكه بل يتقيد لأجل المصلحة الخاصة لتحقيق أهداف الاستخلاف في الأرض وهي تحقيق العدل ، فالشريعة الإسلامية تؤكد الحرية الفردية في إطار مصلحة الجماعة وهو التكافل الاجتماعي لتنظيم الحياة وتحقيق الرفاه والسعادة للمجتمع. فالتكافل الاجتماعي يقوم على قيم أخلاقية.

الفرع الثالث

الملكية في ميزان المصالح المتعارضة

تقر الشريعة الإسلامية الملكية الفردية غير المطلقة دون حدود أي يجعل الملكية الفردية أداة لبناء المجتمع لا لهدمه لتحقيق مصلحة المجتمع في إطار القيم الأخلاقية الإسلامية من خلال إقرار أن الملك لله سبحانه وتعالى وان الجماعة مستخلفة فيه من الله سبحانه وتعالى أي أن الملكية الفردية ذات طبيعة مزدوجة أي تجمع بين الفردية والاجتماعية(٨٠).

وإقرار الملكية الفردية هو تقدير لشخصية الإنسان وبخلافه يصاب الإنسان باليأس والقنوط لأنه لن يتذوق ثمرة جهوده ويصبح البنيان الإنساني كالجماد خالٍ من الحياة(٨١).

فالشريعة الإسلامية تقر الملكية الفردية ولكن بشروط أساسها أن الملك للجماعة نيابة عن الله سبحانه وتعالى ويوجد نوع من الملك يتشارك فيه أبناء المجتمع وفي ذلك تحقيق للصالح العام(٨٢).

الحق بالملكية الفردية عطية من الله سبحانه وتعالى وأعطيت احتراماً وتكريماً للإنسان قوله تعالى ﴿وَلَقَدْ كَرَّمْنَا بَنِي آدَمَ﴾ وما يؤكد ذلك قوله تعالى ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُواْ أَنفِقُواْ مِن طَيِّبَاتِ مَا كَسَبْتُمْ وَمِمَّا أَخْرَجْنَا لَكُم مِّنَ الأَرْضِ﴾ و قال الرسول محمد (صلى الله عليه وآله وسلم) ((لا يحل مال امرئ مسلم إلا بطيب من نفسه)) وقوله ((كل المسلم على المسلم حرام دمه وماله وعرضه)) ولكن يتقيد بالمصلحة العامة برقابة الحاكم وفق العدل(٨٣).

فيحاسب الفرد أمام الجماعة عن تصرفاته في ملكيته بحيث تنسجم تصرفاته مع الخلافة العامة ومن ثم لممثل الجماعة انتزاع الملكية الخاصة إذا اقتضت المصلحة العامة ذلك(٨٤).

وأجازت الشريعة انتزاع الملكية الخاصة لأجل المصلحة العامة ومنعت الاحتكار والإضرار بالغير وذلك تغليباً للمصلحة العامة على الخاصة(٨٥).

فللحاكم الشرعي تحديد حد أعلى للتملك للأراضي أو غيرها من مصادر الثروات لمنع الاحتكار ولضمان التوزيع العادل للثروات(٨٦).

إقرار الملكية الفردية وحرية الملك حيث تقر الشريعة الإسلامية الملكية الفردية بوسائل مشروعة ووفر لها وسائل الحماية وأن يعوض من تنتزع منه الملكية للمصلحة العامة وللمالك التصرف في ملكه في حدود الشرع وأساس ذلك أن الجهد يقابله الجزاء فمن حق الإنسان العمل لتحقيق طموحاته بالعيش الرغيد له ولأسرته وذلك لا يتقاطع مع أسس الشريعة الإسلامية وتتفق مع طبيعة الإنسان بالتملك المشروع وذلك يطور الفرد والمجتمع، ومن ثم، يعمل الفرد ويحصل على مقابل مجهوده ويمتلك ويرضي رغباته ولكن دون الإضرار بالمجتمع(٨٧).

فلا يجوز لأحد أن يستغل الآخرين أو يظلمهم أو ينهب ثرواتهم بل لابد من اتصاف السلوك بالقسط والعدل والتعاون على أساس الحب والاحترام لأن الله سبحانه يبغض السوء والشر(٨٨).

كذلك تمنع الدولة الإسلامية التصرفات التي ينجم عنها ظلم الآخرين فهناك قوانين خاصة بتحديد البناء بسبب حالة الجوار فيكون بناء البيوت تحجب النور والهواء عن الجار فيجب على الدولة الإسلامية تنظيم حالة البناء والجوار بين العقارات(٨٩).

فبالنسبة للملك الشخصي يتصرفون به على أساس ملكهم ولكن تصرفه مقيد بمراعاة الحدود والمقررات الشرعية بخلاف المذهب الفردي حيث الملك تصرفه مطلق والمذهب الاشتراكي حيث تنعدم الملكية الفردية والفلسفة الإسلامية هنا جلب المصالح ودفع المفاسد ومن ثم من حق الدولة الإسلامية التدخل في الملكية الشخصية من خلال تقييدها لتحقيق

مصلحة المجتمع ورغم ان الأفراد حصلوا على أموالهم بكد اليمين لأن التصرف مقيد بأحكام الإسلام(٩٠).

فالشريعة الإسلامية ترفض المذهب الفردي والمذهب الاشتراكي وتؤيد الموازنة بين الفرد والمجتمع مع ترجيح المجتمع عند التعارض مع الفرد(٩١).

ومن الأمثلة الواردة في الفقه الإسلامي فروع الأشجار الممتدة من الجار إلى دار جاره، وبناء الجار لحائط يسد الضوء عن الجار وكذلك روائح البهائم والخيل المنبعثة من الجار، وصوت الطاحونة المزعج للجار ففي كل هذه الفروض يلزم الجار بإزالة الضرر الفاحش أي يمتنع لمالك عن إساءة استخدام ملكه وهي قيود مقدرة للمصلحة الخاصة للجار أو غيره(٩٢).

ومن أمثلة القيود الواردة في الفقه الإسلامي على الملكية تغليب المصلحة العامة على المصلحة الخاصة جواز مرور الجار في أرض جاره في حالة انسحاب الأرض عن الطريق العام وكذلك بحار المروى والمصرف المملوك لغيره استخدامه لصرف مياه ملكه أو لريها مما زاد عن حاجة صاحبه(٩٣).

وكنتيجة تترتب على الوقائع وكنتيجة للاستخلاف والتكافل الاجتماعي هي ضرورة الموازنة بين المصالح المتعارضة لتحقيق دور الانسان في اعمار الارض وبخلافه تحل الفوضى والدمار في المجتمع فتتقيد الملكية ضمانا لتحقيق النظام في المجتمع ولتطور والحضارة .

الفرع الرابع

خلاصة فلسفة تقييد الملكية وفق الفقه الاسلامي

من الثابت في الشريعة الإسلامية أن الملك لله سبحانه وتعالى وأن الفرد مستخلف فيه يجب على الفرد أن يستعمل ملكه وينتفع به وفق ما قررته الشريعة الإسلامية تحقيقاً لمصالح المجتمع والفرد من خلال تغليب المصلحة العامة على الخاصة إذا تطلب الأمر ذلك وأكدت الشريعة على ذلك تحسباً من الهوى والنفس الأمارة بالسوء ووضع عقاب وجزاء لمن يحاول أن يخالف مقررات الشريعة الإسلامية أو قيود الملكية وذلك منعاً للإضرار بالغير وفق قاعدة (لا ضرر ولا ضرار)وأن لا يؤدي تقييد ملك الفرد أن يلحق ضرراً فاحشاً بصاحبه فيختار أهون الضررين وفق قاعدة (درء الضرر بالضرر الأخف)، وان يمنع على المالك المباحات ما تلحق ضرراً بالمجتمع تحت قاعدة (درء المفاسد أولى من جلب المنافع) وذلك انعكاس للوظيفة الاجتماعية للملكية، والقيود الواردة على الملكية نوعان، الأول يرد على حق الملك يحدد

بموجبها مقدار الملك ونوع ثانٍ ينصب على سلطات المالك في استعمال الملك والانتفاع به، وبالنسبة للقيد الأول فهو يتفق مع أهداف الشريعة الإسلامية للمحافظة على ثروة المسلمين وأمن البلاد قياساً على الذمي الذي إذا كان خروجه حربياً فان ملكه يعتبر للمسلمين فيئاً[٩٤].

وبالنسبة للقيد الثاني فان الملكية الخاصة مقررة للأفراد لكن بشرط عدم الإضرار بالغير وتلك القيود تتعلق باستعمال الشيء والانتفاع به ، وترجع في الشريعة هذه القيود إلى مضمون الحق فتحدد طريقة استعماله والانتفاع به كأفراد الطريق الخاص أو المروي الخاص فلا يتصور الانتفاع بالملك دون توافرهما هذا من جهة ومن جهة أخرى يتحدد استعمال انتفاع المالك لأنه قد تجاوز حدود ملكه لمنع الإضرار بالغير كالدخان أو الأصوات المزعجة الصادرة من الجار[٩٥].

فالشريعة لا تطلب من الفرد الامتناع عن الإضرار بالغير وهو التزام سلبي بل تطلب منه أموراً تحقق المنفعة للغير وهو التزام إيجابي قوله تعالى: ﴿وَالْجَارِ ذِي الْقُرْبَى وَالْجَارِ الْجُنُبِ وَالصَّاحِبِ بِالجَنبِ﴾ وقول رسول الله (صلى الله عليه وآله وسلم): ((ما زال جبريل يوصيني بالجار حتى ظننت انه سيورثه))[٩٦].

وذلك لا يكون بصورة مطلقة بل بقيود شرعية وهي على نوعين الأول يفوض بقوة الشرع أو القانون والثاني تفرضه إرادة الأفراد، وفي الوقت الحاضر تنوعت قيود الملكية بخلاف ما كان موجود من أنواع في الشريعة الإسلامية وذلك ناجم عن تطور الحياة[٩٧].

فيسمح المالك للغير الاتفاق بملكه ويمتنع عن الإضرار بغيره، الشريعة الإسلامية تقر الحق الفردي (الملكية الفردية) لأنها عنصر أساس في المجتمع والاقتصاد بجوار حق الجماعة (المصلحة العامة) لمنع المفسدة التي تقع على المجتمع عند تعارض الملكية الفردية مع المصلحة العامة وللحيلولة دون حصول ذلك يشرعن تدخل الحكم لمواجهة الضرر الذي يصيب المجتمع[٩٨].

الشريعة عندما تقرر الحق تقرره لمصلحة فيتقيد الفرد بذلك تحقيقاً لتلك المصلحة وبخلافه فان الفرد يخالف الشريعة فالحق لا يعتبر بذاته غاية بل وسيلة للوصول للمصلحة الشرعية ولو لم يكن الأمر كذلك لكان للفرد أن يتصرف بحرية والحاكم هو من يحاسب الفرد على مخالفته للمصلحة الشرعية والله سبحانه وتعالى هو منح الحاكم الطاعة على الرعية والحق للفرد قوله تعالى ﴿أَطِيعُواْ اللّهَ وَأَطِيعُواْ الرَّسُولَ وَأُوْلِي الأَمْرِ مِنكُمْ﴾ وتدخل الحاكم هنا تحقيقاً للمصلحة العامة، والتقيد بمصلحة الحق ملزمة على الفرد قوله تعالى ﴿وَكُلَّ إِنسَانٍ أَلْزَمْنَاهُ طَآئِرَهُ فِي عُنُقِهِ﴾و﴿مَنْ عَمِلَ صَالِحاً فَلِنَفْسِهِ وَمَنْ أَسَاء فَعَلَيْهَا﴾ ويعمل ذلك كتعاون

(إيجابي) تحقيق المصلحة العامة قوله تعالى ﴿وَتَعَاوَنُواْ عَلَى الْبرِّ وَالتَّقْوَى وَلاَ تَعَاوَنُواْ عَلَى الإِثْمِ وَالْعُدْوَانِ﴾ وابتعاداً عن الفساد والإثم (سلباً)[٩٩].

الشريعة الإسلامية ليست مجرد قواعد تنظيمية بل هي قواعد مصدرها السماء ممزوجة بالأخلاق والمُثل العليا فتحث على العدل والإحسان والتسامح والعفو والبر والتعاون، فالشريعة الإسلامية تطرقت إلى حقوق لا توجد في القانون لكونها تتصف بالتضامن والأخوة والمروءة والشجاعة والإيثار والأخوة والرحمة قوله تعالى ﴿إِنَّمَا الْمُؤْمِنُونَ إِخْوَةٌ﴾ و قول الرسول (صلى الله عليه وآله وسلم) ((المسلم أخو المسلم لا يظلمه ولا يسلمه)) وذلك الأساس هو ما تنشأ عنه قيود الملكية، وإذا كانت القاعدة خلقية قد تصبح شرعية ذات جزاء يفرض في الدنيا[١٠٠].

وتلك الأخلاق والمثل العليا تؤخذ من الله سبحانه وتعالى لأجل بناء مجتمع فاضل إنساني لتحقيق صالح الجماعة والفرد[١٠١].

والحاكم يستمد سلطاته من القرآن الكريم لتحقيق العدل قوله تعالى ﴿إِنَّ اللّهَ يَأْمُرُ بِالْعَدْلِ وَالإِحْسَانِ وَإِيتَاء ذِي الْقُرْبَى وَيَنْهَى عَنِ الْفَحْشَاء وَالْمُنكَرِ وَالْبَغْيِ يَعِظُكُمْ لَعَلَّكُمْ تَذَكَّرُونَ﴾﴿وَإِذَا حَكَمْتُم بَيْنَ النَّاسِ أَن تَحْكُمُواْ بِالْعَدْلِ﴾ وذلك العدل يقر لكل المسلمين وغير المسلمين لأن الإسلام عالمي ويجب أن يكون تصرف الحاكم يتميز بالعدل ووفق أحكام الشريعة العامة والخاصة[١٠٢].

وتبتعد الشريعة بالفرد عن الاستبداد بالحق وتحث على مشاركة الغير والمساواة ويصل بالفرد إلى مرحلة الإيثار قوله تعالى ﴿وَيُؤْثِرُونَ عَلَى أَنفُسِهِمْ وَلَوْ كَانَ بِهِمْ خَصَاصَةٌ﴾[١٠٣].

الشريعة الاسلامية دين عالمي مفعم بالقيم والاخلاق و المبادئ والمثل العليا لأنها اساس في الحياة وبخلافها فالحياة غابة ودمار ولكنها لا تحمل الانسان بالمثاليات فقط بل تحثه على تطبيقها في حياته لتجنب الظلم والالام والجور وغبن الحقوق ويتجسد بالملكية بتقيد المالك بحقوق الاخرين باعتبارهم اخوان له في الحياة الدنيا وان لا يستبد بملكه ويظلمهم دون سبب او دون أن يضحي بجزء من مكناته على ملكه او كل ملكه، ويتحدد ذلك وفق القران الكريم والسنة النبوية الشريفة التي تزخر بالقيم المثالية والتي تحث الشريعة على تطبيقها في الحياة، ليكون ذلك ضياء لحياة الانسان وتحقيقا للرفاه والسعادة.

المبحث الثالث

فلسفة تقييد الملكية وفق فقه القانون و اثرها في التشريع

بعد ان اكملنا ماهية الملكية و عرجنا على نظرية فلسفة تقييد الملكية في الفقه الاسلامي لاكتمال موضوعة تقييد الملكية لابد ان نتناول النظريات التي قيلت في علم القانون بصدد تقييد الملكية ومن ثم نتطرق الى اثر تلك النظريات في القوانين المدنية الفرنسي و المصري والعراقي لاكتمال مشهد فلسفة قيود الملكية من خلال بيان اثرها على الواقع ونتناول ذلك بمطلبين الاول نخصصه الى فلسفة تقييد الملكية وفق فقه القانون والثاني نخصصه الى اثر فلسفة تقييد الملكية وفق فقه القانون في القانون ونتناول ذلك كما يأتي :

المطلب الاول

فلسفة تقييد الملكية وفق فقه القانون

توجد نظريات فلسفية عدّة في علم القانون تحدد طبيعة القانون منها ذات صلة وثيقة بتقييد حق الملكية وهي نظرية المذهب الفردي حيث الاساس المذهب الفردي ونتناولها في الفرع الاول والفرع الثاني نعرج فيه على نظرية المذهب الاشتراكي حيث الاساس للملكية الجماعية وهو ما نمر عليه في الفرع الثاني واخيرا نتطرق الى نظرية مذهب التضامن الاجتماعي حيث تكون الملكية الفردية في مرحلة وسطية بين الفردية و والاشتراكية وهو ما نتناوله في الفرع الثالث وكما يأتي :

الفرع الاول

المذهب الفردي

في القرن الثامن عشر اصطبغت نظريات فلاسفة وفقهاء القانون بالصبغة الفردية من حيث اعتبار ان الإنسان مخلوق حرٌ وبتحقيق حريته يحصل الإنسان على سعادته وان القانون الطبيعي هو من يكفل حرية الإنسان ولا يجوز تقييد حرية الإنسان إلا بإرادته وللضرورة القصوى لأجل الصالح العام وذلك انعكاس لنظريات علماء الاقتصاد (الفيزيوقراطيين) الذين يقدسون الحرية الاقتصادية لأنها من تحقق سعادة الإنسان ومن ثم تترك الحرية للمعاملات الاقتصادية وأن لا تفرض القيود عليها إنشاءً وآثاراً وانعكاساً لنظريات فلاسفة وفقهاء السياسة المنادين بنظرية العقد الاجتماعي والتي فحواها أن الإنسان يولد حراً ويختار بإرادته الانضمام للجماعة وتلك النظريات أسهمت في تأسيس المذهب الفردي وتلقفته الثورة الفرنسية ومن نتائج المذهب الفردي أن الملكية ترتكز أساساً على حرية الإرادة بل تعتبر من أوضح صور حرية الإرادة[١٠٤].

واساسه فكرة (القانون الطبيعي) ويسمى المذهب المثالي هي مبادئ ومثل عليا أبدية أودعها الله في الكون يكشف عنها الإنسان بعقله السليم وهي ثابتة لا تتغير وصالحة لكل زمان ومكان وكأنها جزء من الطبيعة، عرفه اليونان والرومان وعرفه القانون الكنسي في القرون الوسطى واكتسب أهمية كبرى في القرن السابع عشر والثامن عشر والتاسع عشر ونادى به الفقهاء والفلاسفة منهم الهولندي (جروسيوس) والألماني (بيفندروف) والسويسري (بيرلاماكي) والانجليزي (كامبرلاند)، فهناك قانون طبيعي ليس من صنع البشر ولكنه من صنع قوة عليا تحرك العالم وتحكم وتوجه أعمال الناس وتلك القوة هي القوة الطبيعية والقانون الطبيعي غير محدد المعالم والقاضي يستلهم الأحكام من القانون الطبيعي أو ما يطلق عليه في القانون الوضعي (قواعد العدالة)[١٠٥].

ان القانون الطبيعي هو قانون ثابت بغض النظر عن الزمان والمكان موجود في روابط المجتمع نتوصل إليه من خلال العقل وهو قانون أزلي من القوانين الطليعية التي تحكم الطبيعة فتبصر الإنسان بالروابط الاجتماعية ليتوصل للقانون الطبيعي فعلى شاكلته ينشأ القانون الوضعي القانون الطبيعي مال نحو الكمال[١٠٦].

أي ان القانون أصله في الطبيعة وان الله أودعه إياها فكان القانون الطبيعي أو الإلهي هو أصل القوانين الوضعية فهي مبادئ مثالية سامية أعلى من النظم القانونية الوضعية وأشار للقانون الطبيعي واضعو تقنين نابليون ١٨٠٤ حيث جاء في ديباجته (يوجد قانون عالمي ثابت وهو مصدر كل القوانين الوضعية وهو ليس سوى ما يجمع عليه العقل البشري))[١٠٧].

وتأثرت به الثورة الفرنسية والتي كانت صدى لأفكار جان جاك روسو في الحرية والمساواة فأعلنت الثورة الفرنسية إعلان حقوق الإنسان المستند إلى القانون الطبيعي فنصت المادة الأولى منه (يولد الناس ويظلون أحراراً متساوين أمام القانون)، ونصت المادة الثانية منه ((الغاية من كل مجتمع سياسي هي المحافظة على حقوق الإنسان الطبيعية التي لا تزول وهذه الحقوق هي الحرية والملكية والأمن ومقاومة التعسف))[١٠٨].

ومن آثار المذهب الفردي تقلص دور القانون في تنظيم العلاقات القانونية ويقتصر دوره على رد الاعتداء على الحقوق ودور الدولة محصور في حفظ النظام وضمان احترام الحريات والحقوق ولا تتدخل إلا عند الضرورة لحماية المجتمع وحماية الحقوق الفردية والمصلحة العامة لا تتدخل في العدالة الاجتماعية والقيم الأخلاقية بل يقتصر مفهومها على ضبط النظام وتحقيق الاستقرار وحماية الحقوق والحريات العامة فالأساس المصلحة الفردية وضمان ممارستها وهو مهمة القانون الأولى والثانية حماية كيان المجتمع لتحقيق الخير العام

ومن أهم آثاره على الملكية الفردية فان الملكية حق مقدس لأنها حق منحته له الطبيعة وقبل وجود الدولة والمجتمع ومهمة الدولة حماية تلك الملكية ورد الاعتداء عنها فلا تفرض القيود عليها من قبل الدولة إلا في حالات الضرورة القصوى ولا يجوز لها انتزاعها للمصلحة العامة[١٠٩].

ونرى انه تتواجد النزعة الاجتماعية في المذهب الفردي على صعيد اقرار قيود الملكية القانونية الخاصة وتحديدا مضار الجوار والقيود الراجعة لحالات خاصة (مرور ومجرى و مسيل) بل ابعد من ذلك انه في ذلك المذهب اقرار للاستملاك للمنفعة العامة لأنه يقرها المذهب الاشتراكي و التضامن الاجتماعي و النظرية الفلسفية الاسلامية للملكية ولان اقرارها وفق القانون الممثل للمجتمع ، ومن ثم ، وحتى على صعيد المذهب الفردي فان اساس اقرارها مصلحة المجتمع ممثل بالقانون او ذلك قرار للتكافل الاجتماعي الاخلاقي وللموازنة ما بين المصالح المتعارضة ، بالرغم من ان القائلين بذلك المذهب ان اساسه تحقيق مصلحة الفرد او غاية نفعية تنظيم المجتمع لا التكافل الاجتماعي الاخلاقي، ولكن ابتعاد المذهب الفردي عن المذهب الاشتراكي من حيث ان المذهب الاشتراكي يقر التأميم وتحديد حدود اعلى للملكية ولا يقرها المذهب الفردي والشريعة الاسلامية ومذهب التضامن الاجتماعي ،اي الاختلاف على صعيد قيود الملكية القانونية المقررة للمصلحة العامة حيث تتوسع في المذهب الاشتراكي وتتقلص في المذهب الفردي.

الفرع الثاني

المذهب الاشتراكي

المذهب الاشتراكي تعود أسسه إلى المجتمعات القديمة ويحاكي القيم الإسلامية وشاعت تلك الأفكار في كتابات (أفلاطون) في كتابه (الجمهورية الفاضلة) حيث يصور المجتمع كمجتمع فاضل مشبع بالسعادة وتظهر فيه المصلحة الفردية ويتحمل كل فرد واجبه إزاء المجتمع وتلك الأفراد يوجد لها مثيل في الشريعة الإسلامية كاعتبار أن المجتمع هو الأساس وللفرد ممارسة حقوقه وحرياته بشرط أن لا تتقاطع مع المصلحة العامة وبرزت تلك النزعة في النصف الثاني من القرن التاسع عشر بسبب تركز رؤوس الأموال بيد أفراد محدودين وظهور روح الاستغلال وعظم الفجوة بين الطبقة الغنية والطبقة العاملة والطبقة الفقيرة وظهور المنظمات العمالية مما أدى إلى ذيوع المذهب الاشتراكي لمواجهة عيوب المذهب الفردي وذلك لتقديسه المفرط للحقوق والحريات الفردية واعتبار أن مصدرها الطبيعة ولتقليص دور الدولة في تنظيم أمور الحياة لتحقيق العدل والمساواة ولتقليل الفوارق الاقتصادية

وبسبب الحرب العالمية الثانية حيث آمنت به الشعوب المستعمرة للخلاص من عبء الاستعمار والظلم الاجتماعي والفساد السياسي للوصول إلى طريق التحرر والعدالة الاجتماعية وينظر المذهب الاشتراكي إلى أن الفرد كائن اجتماعي لا يعيش إلا في المجتمع وكل أفراد المجتمع متحدون يكونون وحدة متكاملة ولا يشكل الفرد كائناً مستقلاً بذاته عن المجتمع والمجتمع هو أساس الدولة ومصدر القانون فالمجتمع هو الأساس وتحقيق مصلحته هدف القانون وان تمت التضحية بالمصلحة الخاصة، ومن أسس المذهب الاشتراكي أنّ المجتمع هو الركن الرئيس والفرد يذوب في المجتمع والمجتمع يكون كوحدة متجانسة والفرد لا يكون فيه كائناً مستقلاً حر طليقاً في حقوقه وحرياته وإنما دوره الأساس يبرز في تضامنه الاجتماعي مع أبناء جنسه في المجتمع ويؤكد ذلك المذهب أن الحقوق والحريات تمنع في المجتمع ولا صحة للحقوق الطبيعية وان تنمح للشخص عند ولادته وتبقى معه وإن عاش مستقلاً عن المجتمع وأمام من يمارس حقوقه الطبيعية في حياته المنعزلة بل الحق وطبقة اجتماعية تزاول في إطار المجتمع والقانون يتسع دوره في ظل المذهب الاشتراكي فلا يقتصر دوره على التوفيق بين المصالح المتعارضة فقط بل تفرض قيود على الحقوق والحريات الفردية بل أبعد من ذلك تفرض أعباء عليها لأجل تحقيق الصالح العام لأن الحق وظيفة اجتماعية وذلك انعكاس للقيم الأخلاقية والعدالة الاجتماعية ومن ثم تتدخل الدولة في كل نواحي الحياة لتحقيق مصلحة المجتمع من خلال التأميم أو المشاركة مع القطاع الخاص أو قيود الملكية أو الاستملاك للمنفعة العامة(١١٠).

ومن آثار المذهب الاشتراكي زيادة الواجبات الإيجابية والسلبية بهيئة قواعد قانونية أي يتزايد عدد القواعد القانونية وذلك مؤثر على تعاظم دور الدولة، زيادة نطاق المصلحة العامة ليدخل فيها العدل الاجتماعي والقيم الأخلاقية مما قد يؤدي إلى التضحية بالمصلحة الفردية إزاء المصلحة العامة فتزداد سيطرة الدولة على نشاطات الأفراد الاجتماعية والاقتصادية والسياسية تحقيقاً للمصلحة العامة و بالنسبة للملكية فتعتبر هنا وظيفة اجتماعية لا حقاً مطلقاً فتفرض القيود على الملكية الفردية كقيود تحديد الحد الأعلى من الملكية الزراعية ونزع الملكية للمنفعة العامة واستعمال الغير للملكية الفردية مقابل التعويض أو التأميم لنقل ملكية وسائل الإنتاج بيد الدولة وذلك لتحقيق المصلحة العامة من خلال خلق التوازن بين مراكز القوة ومنع الاستغلال والطمع والاستئثار وهي العدالة الاجتماعية والقيم الأخلاقية التي يسعى القانون لتحقيقها(١١١).

المذهب الاشتراكي يقر التأميم و ملكية وسائل الانتاج للمجتمع ولا يقر الملكية الفردية الا في حالات خاصة وهنا يبتعد عن النظرية الاسلامية للملكية وعن المذهب الفردي ومذهب التضامن الاجتماعي حيث لا تقر تللك المذاهب التأميم والغاء الملكية الخاصة (الشريعة الاسلامية تقر التأميم استثناء) و ان اتفق مع المذاهب المذكورة في اقرار القيود القانونية للملكية الخاصة بمضار الجوار و التزامات الجوار الراجعة لحالات خاصة، اي ان المذهب الاشتراكي يتوسع في اقرار قيود الملكية القانونية المقررة للمصلحة العامة .

الفرع الثالث

مذهب التضامن الاجتماعي[١١٢]

نتيجة لتطور الحياة وردت قيود على حرية الأفراد و بالذات بعد الحرب العالمية الأولى لتدخل الدولة لتوفير حاجات الأفراد الضرورية ولحماية الطرف الضعيف في العلاقات القانونية من الطرف القوي ونتيجة لظهور المذهب الاشتراكي (مقابل المذهب الفردي) الذي يبرر تدخل الدولة في كل مفاصل الحياة واتساع مفهوم النظام العام وذلك أثر في الملكية فلا تستند الملكية كلياً على إرادة الأفراد بدليل أن المشرع ينظم الملكية نشوءً وآثاراً وزوالاً في ظل النظام العام[١١٣].

فالتضامن من أسس القانون لأن المجتمع لا يقوم إلا بالتضامن والوقائع لها نتائج إيجابية تؤكد على وجود القاعدة القانونية والسلبية تنكر وجود الحق الفردي فبالنسبة للنتيجة الإيجابية يجب أن يتجنب الفرد كل ما يخل بتحقيق التضامن الاجتماعي وان يسهم فيما يحققه وان ذلك هو أساس القانون الوضعي وكل إرادة تعمل بخلاف التضامن لا أثر لها وعلى الدولة الالتزام بالتضامن أيضاً من حيث إلزام الأفراد به وأن تتخذه كحجر أساس في التشريع والقضاء والإدارة وبالنسبة للنتيجة السلبية فالفرد ليست حقوقه مستمدة من ذاته كإنسان بل من المجتمع حيثما يقوم بأداء واجبه في التضامن الاجتماعي والحرية الفردية وظيفة اجتماعية يمارسها الفرد في المجتمع وفق التضامن الاجتماعي فالفرد غير مطلق في حرياته بل مقيد بموجب التضامن الاجتماعي والملكية وظيفة اجتماعية وليست حق فردي والملكية الفردية تقر للفرد إذا كانت لها وظيفة اجتماعية لأجل تحقيق التضامن الاجتماعي[١١٤].

فالفرد له الحصول على نتاج عمله وله ادخاره وأن يورثه لتزدهر الملكية الفردية وتمارس دورها في الإنتاج وذلك أساس في تحقيق التضامن الاجتماعي، فالملكية الفردية وظيفة اجتماعية يؤديها الفرد كواجب في المجتمع واستخدامها خلاف الوظيفة الاجتماعية غير

جائز للفرد ويحاسب الفرد إذا أساء استخدام ملكيته الفردية وأصابت الغير بضرر ولا يجوز للمالك الفرد أن يمنع الغير من أن يستعمل ملكه وفق التضامن الاجتماعي لأن الملكية وظيفة اجتماعية كمرور الأسلاك فوق أرضه أو أخذ المياه من أرضه أو المرور في أرضه مع التعويض[١١٥].

واساس ذلك المذهب نظرية التضامن الاجتماعي التي جاء بها الفقيه الفرنسي ليئو ديوكيو الذي يرى :

يرى ديوكي في كتابه (المطول في القانون الدستوري) ان الانسان كائن لا يعيش الا في المجتمع و لا يستطيع العيش بعزلة فالمجتمع كائن اجتماعي يتكون من مجموعة من الخلايا وتلك الخلايا هي افراد المجتمع ، والفرد يدرك ما يصدر عنه من افعال (الوقائع الاجتماعية) ومهمة القانون تنظيم افعال الفرد فتفرض عليه اعمال وتمنعه من بعضها وبدون تحديد سلوك الافراد سلبيا او ايجابيا لا يمكن الحياة في المجتمع او بالإمكان تطوره[١١٦] .

ويعتبر (ديجي) زعيم هذا المذهب وأكد عليه في الكثير من مؤلفاته فمذهبه واقعي وعلمي يعتمد على المشاهدة والتجربة ويشمل الوقائع لاستخلاص النتائج فيقرر أن المجتمع له وجود حقيقي والإنسان جزء منه وله ذاتية ذات استقلال عن المجتمع ولا يستطيع أن يشبع حاجاته إلا في المجتمع ولذلك يرتبط الفرد مع بقية أبناء المجتمع بموجب التضامن فالفرد يرتبط مع أفراد عائلته ويرتبط الفرد مع أفراد عشيرته ويرتبط مع أفراد مدينته ومع أفراد الأمة بموجب التضامن وذلك ناجم عن الاشتراك بروابط اللغة والقانون والدين والحكومة والتاريخ المشترك والاشتراك بالإنسانية وذلك هو التضامن الاجتماعي وذلك التضامن يكون على نوعين الأول تضامن الاشتراك عند اشتراك الأفراد للحصول على حاجة للكل في المجتمع والثاني تضامن تقسيم العمل وأساسه تباين الأفراد في احتياجاتهم وفي القدرة على نيلها فكل فرد يقوم وفق قدراته وإنتاج ما يحتاجه غيره ليبادل غيره بما ينتجه غيره[١١٧].

ويرى ديوكي أنه لا توجد علاقة حقيقية بين الانسان و الشيء لأنّ العلاقات لا تنشأ الابين الافراد وان سلمنا بوجودها وذلك لضمان حماية الملكية للفرد ولتنظيم استخدام الملكية [١١٨].

ونرى أنّ مذهب التضامن الاجتماعي يحتل مركزا وسطيا بين المذهب الفردي والاشتراكي لأنه يؤصل الملكية الفردية على اساس نظرية التضامن الاجتماعي وهنا يتفق مع المذهب الفردي و يبتعد عن المذهب الاشتراكي ومن ثم يقيد الملكية الفردية وفق حاجة المجتمع لان الفرد لا يعيش الا في المجتمع فيجب عليه التكافل لضمان حياة المجتمع وهنا

يتفق مع المذهب الاشتراكي ويبتعد عن المذهب الفردي ، وهي الوسطية في مذهب التضامن الاجتماعي والتي تتميز بالجانب الاخلاقي و تبتعد عن ماديات الحياة ، وهنا نجد ان مذهب التضامن الاجتماعي يقترب من فلسفة الشريعة الاسلامية للملكية فهي أيضا تعيش حالة الوسطين بين المذهبين الفردي والاشتراكي وان اختلف اساس تأصيل نظرية التضامن عن النظرية الاسلامية .

وبالنسبة لمذهب التضامن فكما بينا فهو كبداية يتفق مع المذهب الفردي والشريعة الاسلامية بإقرار الحرية للملكية الفردية ولكن عند التعارض فان الغلبة للمصلحة العامة ونلاحظ ان مذهب التضامن مشابه للشريعة الاسلامية في الافكار والاثار الا انه الاختلاف في الاساس فمذهب التضامن فكرة تضامن الاشتراك وتضامن تقسيم العمل بخلاف الشريعة التي تقيمه على اساس الاستخلافو التكافل الاجتماعي و تقييد الملكية الفردية وضمن تلك الاسس توجد فكرة تضامن الاشتراك وتضامن تقسيم العمل فتؤكد الشريعة و السنة النبوية على العمل وتقديس العمل وعلى ضرورة توفير حاجات المجتمع وعلى العمل بجد واعطاء الانسان مقابل جهدة ومن حقه التملك وبخلافه يعيش الانسان حالة الياس والقنوط وذلك يجافي العدالة بحصول الانسان على ما يقابل جهوده المبذولة ، فنلاحظ ان الشريعة الاسلامية تعالج احتياجات الانسان فتارة تقر الملكية الفردية وهو الاصل و تقر التقييد في التزامات الجوار والقيود الراجعة لحالات خاصة وهو الاستثناء وهنا تشابه الشريعة المذهب الفردي ومذهب التضامن الاجتماعي وتعالج عيوب المذهبين بصدد اقرار التأميم في حالات استثنائية وحرجة للمصلحة العامة اي في حالات قليلة وخاصة وهنا تقرب من المذهب الاشتراكي وتعالج عيوبه بإقرار التأميم كأصل فنرى ان الشريعة الاسلامية تعيش حالة الوسطية بين تلك المذاهب ونرى ان الملكية في الشريعة الاسلامية ملكية وسطية فهي فردية غير مطلقة واشتراكية غير مطلقة وتقترب كثيرا من مذهب التضامن الاجتماعي وان ابتعدت عنه في مجال اقرار التأميم استثناء .

المطلب الثاني

اثر فلسفة تقييد الملكية وفق فقه القانون في القانون

بعد ان اكملنا في ما اردناه من نظريات فلسفية في تقييد الملكية نصل الى اثرها في القانون وهو الجنبة الواقعية لتلك النظريات والبحث و سنتناول اثرها في القانون المدني الفرنسي في الفرع الاول تقييد الملكية وفق القانون المدني الفرنسي واثرها في القانون المدني

المصري في الفرع الثاني تقييد الملكية وفق القانون المدني المصري واثرها في القانون المدني العراقي في الفرع الثالث تقييد الملكية وفق القانون المدني العراقي و نتناول ذلك كما يأتي :

الفرع الاول

تقييد الملكية وفق القانون المدني الفرنسي

الملكية بدأت جماعية يشترك فيها جميع أفراد القبيلة ولا ينفرد بها أحد منهم كما في حياة البدو، وعندما تطورت الحضارة من البداوة إلى حضارة الزراعة فأصبحت الملكية عائلية، وبعد تطور طويل ظهرت الملكية الفردية مع بقاء بصمات للملكية العائلية تتمثل بالاشتراك بالميراث(١١٩).

فإذن الأمم البدائية عرفت الملكية الجماعية وذلك ناجم عن ذوبان الفرد في الجماعة قبيلة كانت أم أسرة(١٢٠).

وفي روما القديمة كانت الملكية جماعية عدا بعض الأشياء فكانت فيها الملكية فردية من المنقولات والعبيد وكانت الملكية تمتزج بالمعنى الديني وسيادة الدولة، وبدأت الملكية الفردية بالظهور نتيجة لإعطاء الدولة للأفراد أراضي مما استتبع الظهور الكامل للملكية الفردية(١٢١).

وفي العصور الوسطى وبسبب العادات الجرمانية التي تعد الملكية الجماعية للأراضي الزراعية والملكية الفردية للمنقولات ما لبثت أن اختفت الملكية الفردية للأراضي من جديد وبعد انتهاء الحروب واستقرار الدولة الرومانية وسيادة الملكية الإقطاعية للأراضي فوجدت الملكية الفعلية للحائز للأراضي (التابع) بمواد الملكية الأصلية لصاحب الملكية الإقطاعية (السيد) وبمرور الزمن تجردت الملكية الأصلية من مضمونها وأُصبحت الملكية الحقيقية بيد صاحب الملكية الفعلية(١٢٢).

ونتيجة لكتابات الفلاسفة في القرن الثامن عشر الداعية إلى اعتبار الفرد غاية لا وسيلة وان للإنسان حقوقاً نابعة من طبيعته الإنسانية والجماعة تسخر لضمان حرية الفرد وملكيته الخاصة(١٢٣).

حيث أصبحت الملكية حقاً مقدساً وفي مقدمة حقوق الإنسان الطبيعية ويجب احترامه وكفالته ويعتبر ذلك نهاية لصراع طويل وتاريخي للملكية الفردية(١٢٤).

ونتيجة لقيام الثورة الفرنسية قام الفلاحون بحرق سجلات ملكية الأراضي الزراعية وطالبوا بالقضاء على نظام الإقطاع وتم في عام ١٧٨٩ إصدار قانون من الجمعية الوطنية

قضت على نظام الإقطاع حيث نصت المادة (١٧) من إعلان حقوق الإنسان (المواطن الفرنسي): ((الملكية حق مقدس لا يجوز انتهاك حرمته، ولا يجوز حرمان صاحبه منه، إلا إذا قضت بذلك في وضوح ضرورة من مصلحة عامة ثبتت قانوناً وبشرط تعويض عادل يدفع مقدماً))، وانعكس ذلك في دستور فرنسا (١٧٩١)المادة (٨٧) منه بأن الملكية ((حق مقدس لا يجوز انتهاك حرمته)) وأثر ذلك في القانون المدني الفرنسي المادة (٥٤٤) منه ((الملكية هي الحق في الانتفاع بالشيء وفي التصرف فيه على نحو أشد ما يكون إطلاقاً بشرط ألا يستعمل الشيء على وجه يحرمه القانون أو اللوائح)) وأشار الفقيه الفرنسي (بورتاليس) بصدد ذلك النص ((لقد اعتبر دائماً مبدأ من المبادئ الحرة أن الملكية الفردية في التقنين المدني تدخل ضمن النظم الطبيعية بل النظم الإلهية وان حقوق الملاك على أملاكهم هي حقوق مقدسة يجب أن تحترمها الدولة نفسها))[١٢٥].

ولكن النزعة الفردية المتطرفة التي سادت أوربا في القرن التاسع عشر في أعقاب قيام الثورة الفرنسية واجهت انتقادات لاذعة أثرت في أساسها وفي حق الملكية المطلقة خصوصاً في ظل الصراع بين النظام الرأسمالي والنظام الاشتراكي المنتصر للطبقة العاملة من الشعب إزاء أصحاب رؤوس الأموال الذين يستأثرون بالسلطة ويتحكمون بمصير الشعوب لتحقيق مصالحهم الخاصة حيث أكدت التيارات الاشتراكية على الملكية العامة لوسائل الإنتاج لتستثمر بطريقة تحقق الصالح العام بخلاف التيارات الرأسمالية التي تؤكد على الملكية الفردية حيث الجماعة تستثمر للحفاظ عليها وضمانها واختلفت الدول في التيار الذي تعتنقه سواء أكان اشتراكياً أم رأسمالياً[١٢٦].

ولا مجال للنقاش بأن الملكية في الوقت الحاضر تضفي على الملكية وظيفة اجتماعية وذلك لنعكس بقيود تفرض على الملكية الفردية أساسها المجتمع لا الحاجات الاقتصادية فالفرد يزاول ملكه في إطار الجماعة وأن لا يتعارض مع النظام العام وانعكس في تأميم وسائل الإنتاج أي بنقل ملكية وسائل الإنتاج إلى المجتمع[١٢٧].

وانعكست فكرة التضامن وان لم تصل الى منطقة الاشتراكية في عبارة (..... بشرط ألا يستعمل الشيء على وجه يحرمه القانون أو اللوائح ....) من المادة ٥٤٤ من القانون المدني الفرنسي والتي تقيد الاستعمال والاستغلال و التصرف للمالك وفق القانون الذي يمثل مصلحة المجتمع اي التقيد بالمصلحة العامة وذلك يمثل تقييد لحق الملكية واعتناق لمذهب التضامن والذي يعزز ذلك وجود العديد من القيود القانونية الواردة على الملكية في القانون المدني الفرنسي ومنها المادة ١٣٧٠ الخاصة بمضار الجوار والمادة ٦٧٥ التي تقر حق

المطل القانوني والمادة ٦٨١ التي تقر حق المسيل القانوني والمادة ٦٨٢ التي تقر حق المرور و المادة ٦٤٦ التي تقر قيد وضع الحدود و غيرها ، كل تلك القيود علاوة على الواردة في المادة ٥٤٤ تعبر عن مصلحة المجتمع اي ان الملكية غير مطلقة بل مقيدة في ظل القانون المدني الفرنسي علاوة على الكثير من القوانين التي تقيد الملكية الفردية للمصلحة العامة وزيادة على الاستملاك للمنفعة العامة المادة ٥٤٥ من نفس القانون .[١٢٨]

الفرع الثاني

تقييد الملكية في القانون المدني المصري

تتميز بلاد وادي النيل بخصوبة ارضها و وفرة مياهها مما ادى الى ظهور الملكية الفردية الى جوار ملكية الفرعون. [١٢٩]

وتوجد اراء بان الاصل في الملكية في مصر فردية وراي اخر يرى ان الملكية في مصر جماعية و الملاحظ على نظام الملكية في مصر القديمة وجود الملكية الفردية الى جوار ملكية الاسرة والجماعة وملكية الاله . وكانت الملكية الفردية بارزة ولكنها مقيدة بقيود الري والمرور وغيرها وتسهر الدولة على رعايتها تجسيدا للوظيفة الاجتماعية للملكية ، [١٣٠]

وفي العهد الإسلامي كانت مصر أرضاً خراجية، فلم تنتزع الأراضي والمساكن من المصريين أي تركت الأراضي للمصريين مقابل دفع الخراج، فأصبح المسلمون الفاتحون مالكين لرقبة الأراضي وبقى للمصريين حق الانتفاع بها مقابل دفع الخراج، فكان المصريون ينتفعون بأراضيهم الزراعية من خلال تقسيم الحكومة للأراضي الزراعية ليهتم بزراعتها كل واحد حسب قابليته [١٣١].

وفي عهد العثمانيين كانت الأراضي ملكاً للأمير والقادة وكان المصريون لهم فقط الانتفاع بها أي حائزون يزرعون الأرض للحاكم لأنه يقوم بحمايتهم فكان الفلاح منتفعاً بالأرض التي يحوزها ويستغلها ولا يجوز له التصرف فيها وله أن ينقل حقوقه إلى ورثتهمع أنه كان السلاطين يمنحون أراضي إلى بعض المصريين ويكون لهم ملكية تامة لها ويتصرفون بها كل أنواع التصرفات[١٣٢].

وبصدور التقنين الأهلي ١٨٨٣ المادة ٦ منه الذي أشار إلى الأراضي المملوكة ومنها المملوكة ملكاً تاماً والأراضي الخراجية حيث اعتبرت الأراضي الخراجية مملوكة ملكاً تاماً لأصحابها[١٣٣].

وعلى صعيد التقنين المصري القديم المادة ٢٧/١١ فقد عرفت حق الملكية بأنه (هي الحق للمالك في الانتفاع بما يملكه والتصرف فيه بطريقة مطلقة).

وذلك النص يحاكي ما كان سائداً في فرنسا من أفكار تتعلق بقدسية حق الملكية وتحديداً نص المادة (٥٤٤) قانون مدني فرنسي التي عرفت حق الملكية ولكن جاء نص المادة (٨٠٢) من القانون المصري النافذ معرفاً لحق الملكية ((المالك الشيء وحده في حدود القانون حق استعماله واستغلاله والتصرف فيه))، والملاحظ على نص المادة (٨٠٢) بأنه اختلف عن نص المادة (٢٧/١١) بأنه قد ذكر سلطات الملك من استعمال واستغلال وتصرف بخلاف المادة (٢٧/١١) وهو إشارة إلى أن حق الملكية هو من أقوى الحقوق العينية لأنه لا يوجد حق يخول مالكه هكذا صلاحيات مثل حق الملكية وذكر نص المادة (٨٠٢) بأنه للمالك يزاول سلطات الملك ولكن في إطار القانون بخلاف نص المادة (٢٧/١١) التي أشارت إلى إطلاق حق الملكية أي أن حق الملكية أصبح غير مطلقٍ[١٣٤].

والتطور الحديث في حق الملكية فلا يوجد حق مطلق بل توجد وظيفة اجتماعية للحق وبخلافه فان الحق غير جدير بالحماية[١٣٥].

أي أن الأساس في مصر كانت الملكية الخاصة وعنصراً أساساً في الاقتصاد المصري وكان للملكية العامة وجود ولكن في إطار ضيق ولكن بسبب تطورات الملكية الناجمة عن إيجاد مساحة للعدالة الاجتماعية عن طريق توزيع الثروات وتقليص الدخول العالية لإزالة الفوارق بين الطبقات أدى إلى إتباع اقتصاد اشتراكي يؤمن بالملكية العامة كأساس من خلال قوانين التأميم والإصلاح الزراعي ولكن ذلك يعني إلغاء الملكية الخاصة بل يقتضي تقييدها بالمصلحة العامة[١٣٦].

والذي يؤكد وجود التضامن الاجتماعي في القانون المدني المصري النافذ ورود لفظ (... في حدود القانون ...) في المادة ٨٠٢ منه تعريف حق الملكية والذي يؤكد ذلك المادة ٨٠٧ الخاصة بمضار الجوار غير المألوفة والمادة ٨١٢ الخاصة بقيد المرور القانوني والمادة ٨١٩ الخاصة بحق المطل القانوني و المادة ٨٢١ الخاصة بقيد المنور القانوني و المادة ٨٠٩ الخاصة بقيد المجرى القانوني اضف الى أنّ المادة ٨٠٦ اكدت على تقيد المالك بقوانين المصلحة الخاصة والعامة وزيادة على المادة ٨٠٧ الخاصة بالاستملاك للمنفعة العامة وكل ذلك يجسد مصلحة المجتمع فحق الملكية غير مطلق بل يتقيد بالمصلحة العامة و الخاصة وذلك هو التضامن الاجتماعي .[١٣٧]

الفرع الثالث

تقييد الملكية وفق القانون المدني العراقي

بعد انتقال المجتمعات من عصر الرعي الى عصر الزراعة وجدت في وادي الرافدين صور متعددة لملكية الاراضي فوجدت الملكية الجماعية و العائلية بجوار الملكية الفردية ولخصوبة الارض ووفرة المياه في وادي الرافدين فقد وجدت قواعد عدّة تنظم احكام الاراضي وكانت الملكية الفردية مقدسة لكنها غير مطلقة ولا تقيد الا عند الاهمال في الزراعة بعد ان كانت الملكية للإله ومن ثم اصبحت للحاكم وعائلته وكانت انواع الاراضي المملوكة على ثلاثة انواع:

١-الاراضي المملوكة للملك .

٢-الاراضي المخصصة للمواطنين (الجنود والكهنة).

٣-الاراضي المخصصة للمزارعين الذين يزرعونها نيابة عن الملك .

وتحاسب شريعة حمورابي من يهمل الزراعة واكدت على حرية الملكية وذلك دليل الوظيفة الاجتماعية للملكية [١٣٨]

وفي المجتمع البابلي كانت الملكية الفردية موجودة وهي الغالبة وهي مطلقة وتخول صاحبها الاستعمال والاستغلال والتصرف ، وكانت ملكية الجماعة وملكية الاسرة موجودتين فالأرض تملكها الاسرة ممثلة بشيوخها بعد ان كانت الملكية للإله. [١٣٩]

في بداية الإسلام عدّت الأراضي المفتوحة ملكاًإلى بيت المال فملك بعضها المسلمون وفق شروط معينة ويفوض القسم الآخر إلى المستحقين بعد دفع الخراج أو العشر، وكانت أراضي العراق في عهد الإسلام خراجية وثبت ذلك في سجلات خاصة تتضمن اسم صاحب الأرض ومكانها وجنسها ومساحتها ومقدار الضريبة، وبعد قيام الدولة العثمانية في العراق في القرن الثامن الهجري قسمت الأراضي إلى ثلاثة أنواع الأول ملك للسلطان والأمراء والوزراء وهو ما يسمى (الخاص) والنوع الثاني ما يسمى (زعامة) وهي الأراضي المملوكة للقادة والنوع الثالث الأراضي المملوكة للجنود والمسماة (تيمار) وكان هؤلاء الملاك يفرضون الضرائب ويمنحون التفويض للأراضي الأميرية التي يملكونها[١٤٠].

وفي ظل القانون المدني العراقي النافذ رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ المعدل عرف الملكية وفق المادة (١٠٤٨) منه (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).

يرى د. صلاح الدين الناهي ان تعريف القانون المدني العراقي للملكية مقتبس من المادة ١١ من مرشد الحيران و يرى د. حامد مصطفى ان عبارة الملك التام دلالة على ان الملكية المقصودة بالنص هي الخاصة لا العامة و اضاف ان لفظ الاستغلال ورد زيادة لان لفظ المنفعة الوارد قبلا يشير للاستعمال و الاستغلال[١٤١]

و يرى د حسن ذالنون ان القانون المدني العراقي فقط اشار الى عناصر الملكية[١٤٢]

ويرى د شاكر ناصر تعريف الملكية وهو مقتبس من نص المادة (١١) من كتاب مرشد الحيران و أشار إلى عناصر الملكية دون بيان طبيعتها وبين أن حق الملكية مطلق مساير موقف القانون المدني الفرنسي المادة (٥٤٤) تعريف الملكية والمادة (٢٧/١١) من القانون المدني المصري الملغى حيث تسود النزعة الفردية المطلقة ولكن على أثر ظهور النظريات الاجتماعية التي تركز على تقيد الملكية ولاسيما نظرية التكافل الاجتماعي للفقيه الفرنسي (ديجي) وظهر المذهب الاشتراكي حيث أصبحت الملكية وظيفة اجتماعية وظهر ذلك في المادة (٨٠٢) من القانون المدني المصري وأشار لها القانون المدني العراقي في المادة (١٠٤٨) بعبارة (التصرفات الجائزة) أي ان للملكية وظيفة اجتماعية ومن ثم تغلب المصلحة العامة على الخاصة عند التعارض كإقرار أعمال الدولة فوق الأرض أو تحتها وفق المادة (١٠٤٩ ف٢) قانون مدني عراقي والمادة (١٠٥٠) قانون مدني عراقي الخاص بالاستملاك للمنفعة العامة ، وفي الفرض الأخير تحقق المصلحة العامة بصورة غير مباشرة ويتجسد ذلك في عدم جواز الإضرار بالغير وفق المادة (١٠٥١) قانون مدني عراقي وهو التزام سلبي وكذلك انتفاع الغير من ملك غيره وهو إلتزام إيجابي[١٤٣].

كحق المجرى لري الأرض أو حق الصرف لتصريف المياه من الأرض إلى المصرف العام وفق المادة (١٠٥٨ ف١) قانون مدني عراقي وحق المرور للأرض المحبوسة عن الطريق العام في أرض الغير وفق المادة (١٠٥٩) قانون مدني عراقي وبالمقارنة بين نص المادة (٨٠٢) قانون مدني مصري والمادة (١٠٤٨) قانون مدني عراقي نجد أن:

١-النص العراقي أكد على صفة الإطلاق بخلاف النص المصري الذي حدد الملكية برغم التطورات الاجتماعية على صعيد الملكية.

٢- النص المصري قدّم عبارة (في حدود القانون) قبل ذكر عناصر الملكية وفي النص العراقي أخّر عبارة (التصرفات الجائزة) بعد ذكر عناصر الملكية، ونفضل تعريف الملكية (حق الملكية هو حق بمقتضاه، يكون لشخص دون غيره، في حدود القانون، استعمال الشيء واستغلاله والتصرف فيه)[١٤٤].

ويعلق د سعيد المبارك على التعريف العراقي للملكية بانه لم يحدد طبيعة الملكية و لكن بين عناصره واضفى الصفة المطلقة على الملكية كما في تقنين نابليون عام ١٨٠٤المادة ٥٤٤ والقانون المدني المصري الملغي المادة (٢٧/١١) والاطلاق في التعريف ناجم ايضا عن ما كان سائد في تلك الفترة من افكار فردية تعطي الاطلاق لحق الملكية ، ولكن المشرع العراقي اطلق الملكية في بداية التعريف الا انه قيدها بعبارة (التصرفات الجائزة) اشعارا بوجود قيود ترد على الملكية .[١٤٥]

ويرى د. منذر الشاوي جاء القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ مسايراً للتطورات الاجتماعية والاقتصادية وكان متأثراً بالفكر الثوري فنظراً للملكية الخاصة بأنها حق مطلق ولكن التطورات الاقتصادية والاجتماعية التي شهدها العراق بعد ذلك خلقت فجوة بين الواقع الاقتصادي والاجتماعي وبين قواعد القانون المدني العراقي ومن ثم من الواجب تغير القواعد القانونية لأنها متغيرة بتغير الزمان والمكان أي مع تغير الظروف الاجتماعية والسياسية والاقتصادية، نتيجة لذلك وانسجاماً مع قانون إصلاح النظام القانوني العراقي رقم ٣٥ لسنة ١٩٧٧ أعد مشروع القانون المدني العراقي ينسجم مع الأفكار الاشتراكية والنظام الجمهوري السائد في العراق[١٤٦].

ونرى انه صفة الاطلاق اضيفت من المادة ١١ من مرشد الحيران التي تتميز بالإطلاق لحق الملكية ، ومن ما هو سائد في العراق عند تشريع القانون المدني من نظام سياسي واقتصادي .

وان لم توجد اشارة للوظيفة الاجتماعية في التعريف لكن نتوقع ان القانون المدني العراقي والدساتير العراقية توجد فيها مضامين تفرض الوظيفة الاجتماعية للملكية سواء الدساتير السابقة المفعمة بالمذهب الاشتراكي ام الدستور العراقي الدائم ٢٠٠٥ الذي ينحي نحو المذهب الفردي و ذلك وفق المادة (٢٥) منه (تكفل الدولة اصلاح الاقتصاد العراقي وفق اسسٍ اقتصاديةٍ حديثة وبما يضمن استثمار كامل موارده وتنويع مصادره وتشجيع القطاع الخاص وتنميته و المادة (٢٦)منه (تكفل الدولة تشجيع الاستثمارات في القطاعات المختلفة، وينظم ذلك بقانون) ، ففي نص المادة ١٠٤٨ قانون مدني عراقي وردت فيه عبارة (في حدود القانون) و كذلك في نفس القانون قرر قيود الملكية وفي ذلك اشارة الى فكرة الوظيفة الاجتماعية و كذلك في الدستور العراقي الدائم اشار للملكية ففي المادة (٢٣) منه(أولاً: الملكية الخاصة مصونةٌ ويحق للمالك الانتفاع بها واستغلالها والتصرف بها، في حدود القانون) وان قال انها مصونة انسجاما مع المذهب الفردي و اطلاق الملكية لان العراق في

حالة تحول نحو ذلك المذهب الفردي الا انه قيدها بان يكون تصرف و استعمال واستغلال المالك لملكه وفق القانون و ذلك فيه اقرار للوظيفة الاجتماعية واقرها كذلك وفق الدستور العراقي الدائم الاستملاك للمنفعة العامة المادة(٢٣)(ثانياً :لا يجوز نزع الملكية إلا لأغراض المنفعة العامة مقابل تعويضٍ عادل وينظم ذلك بقانون) اضف الى ان فكرة الوظيفة الاجتماعية تتفق مع روح الشريعة الاسلامية الواردة في الدستور العراقي الدائم المادة (٢):منه (اولاً: الاسلام دين الدولة الرسمي وهو مصدرٌ اساس للتشريعأ. لا يجوز سن قانونٍ يتعارض مع ثوابت احكام الاسلام).

الخاتمة

في مباحث الموضوع الثلاث تناولنا ما جادت به بطون الكتب ذات الصلة بموضوع البحث وخرجنا بخاتمة تتكون من استنتاجات ومقترحات وكما يأتي :

الاستنتاجات

١- يتفق الفقه الاسلامي على ان حق الملكية سلطة اعتبارية و ليست حقيقية لان الملك لله سبحانه وتعالى وإنّ الاثار التي تترتب على الملكية تترتب بفعل الشارع او القانون .

٢- تعريف الملكية وفق المادة ١٠٤٨ قانون مدني عراقي مقتبس من كتاب مرشد الحيران المادة ١١ وهو تعريف فيه تكرار وزيادة وتنقصه الدقة والاختصار لا سيما اننا بصدد تعريف لا بصدد تفسير لنظام قانوني .

٣- يتفق الفقه الاسلامي مع القانون بان الملكية تخول صاحبها الاستعمال والاستغلال والتصرف .

٤- يتفق الفقه الاسلامي مع القانون بان حق الملكية دائم وجامع ومانع ولا يسقط بالتقادم .

٥- وفق نظرية الاسلام في حق الملكية فان الانسان ليس بمالك بل مستخلف بالملك لان الملك لله سبحانه وتعالى، والاستخلاف مسؤولية لانه يفرض على الانسان التقيد بقيم اخلاقية عديدة كالتضحية في سبيل الاخرين والبر والاحسان والصدق والشجاعة والشهامة والمروءة ونكران الذات ويتجسد في الملكية بالتكافل الاجتماعي ، والشريعة لا تهمل الواقع فتؤكد على صعيد الملكية وانعكاسا للتكافل الاجتماعي الموازنة بين المصالح المتعارضة وفق قاعدة (لا ضرر ولا ضرار) و (درء الضرر بالضرر الأخف) و (درء المفاسد أولى من جلب المنافع) تحقيقا لمصلحة المجتمع لتحقيق دور الانسان في الارض وهو اعمار الارض لا خرابها او دمارها .

٦- توجد نظريات فلسفية عدّة في علم القانون تطرقت الى طبيعة القانون الوضعية والاجتماعية والميتافيزيقية ومنها نظريات ذات صلة وثيقة بالملكية وهي نظرية المذهب الفردي التي تمتد بجذورها للقانون الطبيعي ونظريات العقد الاجتماعي والتي تمجد الملكية الفردية على حساب المصلحة العامة حسب ما يقول روادها وذلك الكلام غير صحيح على اطلاقه لأنّ ذلك المذهب يقر تقييد الملكية بالقيود القانونية الخاصة و الاستملاك وفق القانون الذي يمثل المجتمع ومن ثم ذلك اقرار بمصلحة المجتمع ولكنها لا تقر التأميم والاسراف في القيود المقررة للمصلحة العامة بموجب القانون وهنا تقترب من النظرية الاسلامية للملكية ومن المذهب التضامني ومن هنا تبتعد عن المذهب الاشتراكي الذي يقر التأميم ويسرف في القيود المقررة للمصلحة العامة وهو الاصل بخلاف الشريعة الاسلامية ومذهب التضامن الذي يقر ذلك استثناء تغليب للمصلحة العامة وان اقر المذهبان ان الاصل حرية الملكية الفردية ولكن في حدود القانون وعند التعارض تغلب المصلحة العامة. ومذهب التضامن مشابه للشريعة الاسلامية في الافكار والاثار الا انه الاختلاف في الاساس.

٧- بالنسبة للقانون المدني الفرنسي فموقفه من الملكية وان ابتدأ فرديا الا انه انتهى بإقرار قيود الملكية كالتزامات الجوار وقيود الملكية لحالات خاصة تأثرا بأفكار التضامن الاجتماعي ، والقانون المدني المصري الملغى ابتداء فرديا كالقانون المدني الفرنسي وانتهى في القانون المدني النافذ يقر قيود الملكية كالتزامات الجوار وقيود الملكية لحالات خاصة اي يقر بالصفة الاجتماعية تأثرا بالتغيرات التي تمر بها مصر ، والقانون المدني العراقي النافذ عرف الملكية بطريقة تختلف عن القانونين المدنيين الفرنسي والمصري واقتبس من مرشد الحيران المادة ١١ تعريف الملكية وكان تعريف يشوبه عدم الدقة والتكرار والطاغي عليه الصفة الفردية وان اقر القانون المذكور قيود الملكية كالتزامات الجوار وقيود الملكية لحالات خاصة واقر بالاستملاك وذلك دلالة على الصفة الاجتماعية في الملكية التي بدأت فردية لكنها ذات مسحة اجتماعية .

المقترحات

١- اعادة صياغة المادة ١٠٣٨ من القانون المدني العراقي للأسباب المذكورة في متن البحث و الخاتمة و ان يكون النص بالشكل الاتي :

(حق عيني اصلي يخول مالكه التصرف به واستعماله واستغلاله وفق القانون)

٢- اصدار قانون يحدد نوع المذهب الذي تعتنقه الدولة العراقية ، لإزالة اللبس والغموض بصدد المذهب الذي تعتنقه الدولة العراقية والابتعاد عن الاجتهادات المختلفة بصدد تحديد نوع ذلك المذهب ، ليتم على ضوئه تعديل القوانين الحالية ليتلاءم مع ذلك المذهب وهو قضية مهمة لم يتم اتخاذ اجراء تشريعي بصددها من قبل مجلس النواب العراقي لحد الان .

٣- الرجوع لأحكام المعاملات المالية في الشريعة الاسلامية ذات الصلة بالقانون المدني – الحقوق العينية – الملكية في اعادة صياغة مواد القانون المدني العراقي دون التقيد بمذهب وبما يلائم المجتمع العراقي والمذهب القانوني الذي تأخذ به الدولة العراقية.

٤- ادخال مادة فلسفة القانون ومنها الفلسفة الاسلامية في التشريع كمادة تدرس في الدراسة الاولية لطلبة كلية القانون لا ان تدرس في الدراسات العليا ولو بطريقة مبسطة تلائم المستوى الفكري للطالب لأنها تحدد اساس القانون للطالب لتساعده في الفهم الحقيقي لدراسة القانون .

٥- التوسع في ادخال الفلسفة الاسلامية للتشريع ضمن الكتب المؤلفة في فلسفة القانون والكتب المنهجية لانها فلسفة كما لاحظنا في بحثنا توازي ما طرحته افكار الفقهاء القانونين المعاصرين فمن الجفاء حرمان المجتمع والطلبة من ذلك الفكر.

الهوامش

(١) آية الله محمد تقي مصباح اليزدي النظرية الحقوقية في الإسلام، ط٢، ج٢، دار الولاء للطباعة والنشر والتوزيع، (لبنان، ٢٠١٠)، ص١٤٦.

(٢) آية الله محمد تقي، المصدر نفسه، ص١١٦.

(٣) اية الله السيد كاظم الحسيني الحائري – فقه العقود – ج١– ط٣ – مطبعة خاتم الانبياء – (قم ، ١٣٢٨ هجري) – ص ١٨

(٤) اية الله السيد كاظم الحسيني الحائري – مصدر سابق – ص ٢٥–٢٦ . والدارج في الفقه الاسلامي الاشارة الى الملكية بالملك والملك هو الاكثر استخداما. د .ابراهيم عبداللطيف ابراهيم، الملكيات الثلاث ، ط ١ ، دائرة الشؤون الاسلامية والعمل الخيري ، (الامارات ، ٢٠٠٩) ، ص ١٢ .

(٥) علي الخفيف، الملكية، دار الفكر العربي، مصر، ١٩٩٦ ، ص ٢٠.

(٦) د.عبد المجيد محمود مطلوب، التزامات الجوار، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، عدد أول، سنة ثامنة عشر، مطبعة جامعة عين شمس، (مصر، ١٩٧٦)، ص٤٥٧، د. نزيه محمد الصادق المهدي، حق الملكية في الفقه الإسلامي مع مقارنة بالقانون الوضعي، مجلة القانون والاقتصاد، عدد خاص، السنة الخمسون، دار الهنا للطباعة، (مصر، ١٩٨٠)، ص١٩٢.

(٧) د.عبد المجيد محمود مطلوب، مصدر سابق، ص٤٥٩، د. نزيه محمد الصادق المهدي، مصدر سابق، ص١٩٣.

(٨) آية الله محمد تقي، المصدر نفسه، ص٣٣٧.

(٩) آية الله محمد تقي مصباح اليزدي، مصدر سابق، ج٢، ص٣٣٦ وص١٤٨.

(١٠) آية الله الصدر الأول (قدس)، الإسلام يقود الحياة، ط١، مكتبة الكلمة الطيبة، (بغداد، ٢٠١٢) ، ص٣.

(١١) علي الخفيف، مصدر سابق ، ص٥٩ ،٦٠.

(١٢) د. نزيه محمد الصادق المهدي، حق الملكية في الفقه الإسلامي، مصدر سابق، ص٢٠٠ – ٢٠٢.

(١٣) آية الله الصدر الأول (قدس)، مصدر سابق ، ص٦٩ – ٧٠.

(١٤) آية الله محمد تقي مصباح اليزدي، مصدر سابق ، ص٢٧٩ وص٢٨٥.

(١٥) د صلاح الدين الناهي ، الوجيز في الحقوق العينية الاصلية حق الملكية في ذاته خصائصه وعناصره ونطاقه وقيوده واسباب كسبه ،ج١–،شركة الطبع والنشر الاهلية،(بغداد، ١٩٦١)،ص٥، د صلاح الدين الناهي ،محاضرات في القانون المدني العراقي حق الملكية ذاته، مطبعة الرسالة ،(مصر ، ١٩٦١)،ص١٩

(١٦) د. عبد الرزاق احمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، حق الملكية، ط٣، ج٨، منشورات الحلبي الحقوقية، (لبنان، ٢٠٠٠)، ص٤٨٣.

(١٧) د. السنهوري، الوسيط ، ج٨ ، ص٤٩٣.

(١٨) مرشد الحيران الى معرفة احوال الانسان ، محمد قدري باشا ، ط٣،المطبعة الكبرى الاميرية ،(مصر،١٣٠٨ هجري)

(١٩) د صلاح الدين الناهي، الوجيز في الحقوق العينية، ص ٦ و د صلاح الدين الناهي، محاضرات في القانون المدني العراقي حق الملكية ذاته ، ص ١٩

(٢٠) د نواف كنعان ، القانون الاداري ، ج ٢ ، ط ١ ،دار الثقافة للنشر والتوزيع، (الاردن، ٢٠١٠) ، ص ٣٨٣.

(٢١) د حمدي القبيلات، القانون الاداري ، ج٢ ، ط١ ، دار وائل للنشر ، (الاردن،٢٠١٠)، ص١٧١,١٧٢. د نواف كنعان، القانون الاداري ،مصدر سابق، ص ٣٨١. فتخضع لاحكام

القانون الاداري والقضاء الاداري ومن صورها الشوارع و الساحات العامة وبنايات الوزارات والدوائر الحكومية . د نواف كنعان ، القانون الاداري ،مصدر سابق، ص ٣٨١.

()مادة ٨٧ – (١) تعتبر أموالا عامة ، العقارات والمنقولات التي للدولة أو للأشخاص الاعتبارية العامة ، والتي تكون مخصصة لمنفعة عامة بالفعل أو بمقتضى قانون أو مرسوم أو قرار من الوزير المختص.

(٢٢) وهذه الأموال لا يجوز التصرف فيها أو الحجز عليها أو تملكها بالتقادم. مادة ٨٨ – تفقد الأموال العامة صفتها العامة بإنهاء تخصيصها للمنفعة العامة. وينتهي التخصيص بمقتضى قانون أو مرسوم أو قرار من الوزير المختص أو بالفعل ، أو بانتهاء الغرض الذي من أجله خصصت تلك الأموال للمنفعة العامة.

(٢٣) مادة ٧١ – (١) تعد أموالا عامة ، العقارات والمنقولات التي للدولة أو للأشخاص المعنوية العامة ، والتي تكون مخصصة لمنفعة عامة بالفعل أو بمقتضى قانون .

(٢٤) وهذه الأموال لا يجوز التصرف فيها أو الحجز عليها أو تملكها بالتقادم. مادة ٧٢ – تفقد الأموال العامة صفتها بإنتهاء تخصيصها للمنفعة العامة . وينتهي التخصيص بمقتضى القانون أو بالفعل ، أو بانتهاء الغرض الذي من أجله خصصت تلك الأموال للمنفعة العامة.

(٢٥) د.عبدالمنعم فرج الصدة ،الحقوق العينية الاصلية، دراسة في القانون اللبناني والمصري، دار النهضة العربية ، (بيروت ،دون سنة طبع)،ص ١٧

(٢٦) همام محمد محمود، الحقوق العينية الأصلية، (حق الملكية)، الدار الجامعية الجديدة، (مصر، ٢٠٠٨)، ص٤٩.

(٢٧) د. السنهوري، الوسيط ، ج٨، ص٥٣٠.

(٢٨) د. محمد شكري سرور، موجز تنظيم حق الملكية في القانون المدني المصري، دار النهضة العربية، (مصر، ٢٠٠٠)، هـ١، ص١٣.

(٢٩) مصطفى احمدالزرقا، المدخل الفقهي العام، ج١، ط٢، دار القلم، سوريا، ٢٠٠٤، ص٣٥٩ – ٣٦٠ . علي الخفيف، مصدر سابق ، ص٥٩ –٦٠.

(٣٠)مصطفى احمدالزرقا، مصدر سابق ، ص٣٥٩ – ٣٦٠

(٣١) مصطفى احمدالزرقا، مصدر سابق ، ص٣٦١ – ٣٦٢.

(٣٢)الاستئثار: اختصاص شخص بمال معين أو قيمة معينة ولا يعني ذلك إن للشخص الانتفاع بالشيء أو القيمة فقط بل قد تقرر لغيره، وللمالك الاستئثار وان لم تتوافر لديه الإرادة كال مجنون والصغير غير المميز، والاستئثار يرد على المنقولات والعقارات وعلى الحقوق اللصيقة بالشخص

ويرد على الأداءات السلبية والإيجابية. د. توفيق حسن فرج، د. محمد يحيى مطر، الأصول العامة للقانون، الدار الجامعية، (مصر، ١٩٨٩)، ص١٩٦.

(٣٣) حيث انقسم الفقه القانوني الفرنسي والعربي بصدد طبيعة الشريك على حصته فقسم قال انه حق شخصي وقسم آخر قال انه حق عيني من نوع خاص والاتجاه الفقهي الراجح انه حق عيني وله سلطات الاستعمال والاستغلال والتصرف لكنه يتقيد بعدم الإضرار بغيره من الشركاء، لمزيد من المعلومات راجع بحث د. منصور مصطفى منصور، تحليل أثر قسمة الأموال الشائعة وحماية كل شريك من تصرفات غيره، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، عدد١، سنة٦، مطبعة جامعة عين شمس، مصر، ١٩٦٤، وبحث د. حسن كيرة، تصرف الشريك في جزء مفرز من الشيء الشائع، مجلة الحقوق للبحوث ، العدد الاول والثاني ، السنة الثالثة عشر ، مطبعة جامعة عين شمس ، (مصر ، ١٩٦٤)

(٣٤) د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط ، ج٨، ص٥٣٠ و٥٣٢.

(٣٥) د. محمد حسن قاسم، موجز الحقوق العينية الأصلية، ج١، ط١، منشورات الحلبي الحقوقية، (لبنان، ٢٠٠٦)، ص٢٠.

(٣٦) د. جورج ن. شدراوي، حق الملكية العقارية، المؤسسة الحديثة للكتاب، (لبنان، ٢٠٠٦)، ص٣٢.

(٣٧)علي الخفيف، مصدر سابق ، ص٦٦ – ٦٨.

(٣٨) د. السنهوري، الوسيط، ج٨، ص٥٣٤ – ٥٣٥، د عبدالمنعم فرج الصدة ،مصدر سابق ، ص ١٩، د. محمد شكري، مصدر سابق، ص١٩، د. همام محمود، مصدر سابق، ص٥٧، د. محمد حسن، مصدر سابق، ص٢١.

(٣٩) ويرى الدكتور السنهوري انه يجب التفرقة بين الملكية كحق متميز وعن الشيء محل الملكية أي الوجود القانوني الممثل بحق الملكية والوجود المادي الممثل بالشيء لأنه مصدر الحقوق العينية هو حق الملكية لا الشيء ويبقى حق الملكية وان تفرعت منه حقوق عينية لأنه مصيرها الزوال ورجوع حق الملكية كاملاً ويظل دائماً، فبهلاك الشيء أو التخلي عنه انتهى الوجود القانوني وبقى الوجود الفعلي فحق الملكية مرتبط بالوجود القانوني لا الوجود الفعلي –د. السنهوري، الوسيط، ج٨،ص٥٣٥، د. محمد شكري، مصدر سابق، ص١٩.

(٤٠) فالحقوق العينية الاخرى لا تتصف بدوام الملكية فحق الارتفاق يرتبط دوامه مع بقاء العقارين المرتفق والمرتفق به الا انه يجوز توقيته فينقضي بانتهاء الاجل او بانقضاء المنفعة للعقار المرتفق ، وحق المنفعة ينقضي بوفاة المنتفع او انقضاء الاجل ، اما الحقوق العينية التبعية فمؤقتة لأنها ترتبط بوجود الحق الشخصي و تنقضي بانقضائه ودوام الملكية من النظام العام ، .عبدالمنعم فرج الصدة ،مصدر سابق ، ص ١٩

(٤١) د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، ج٨، ص٥٣٥ و د عبدالمنعم فرج الصدة ،مصدر سابق، ص١٩

(٤٢) ويذهب جانب من الفقه الفرنسي إلى أن الملكية تسقط بعدم الاستعمال لأن عدم الاستعمال يحرم الشخص والمجتمع من منفعة الشيء وفي هذا الغرض يفضل أن عود الملكية للدولة، وإذا سلمنا بذلك الرأي فان الدوام لا يعتبر من طبيعة حق الملكة ذاته – د. محمد شكري، مصدر سابق، ص٢٠ – ٢١، و يذهب راي في الفقه البلجيكي ان لكل حق وظيفة والحق محفز للعمل المنتج فالحق ليس بذاته الغاية وانما وسيلة امن و عمل ومن يخالف ذلك يجب ان يفقد حقه وذلك تماشيا مع الوظيفة الاجتماعية للحق د .عبدالمنعم فرج الصدة ،مصدر سابق ، ص ٢٢

(٤٣)أي ان حق الملكية مستقل عن مزاولته فلا يسقط بعدم الاستعمال بخلاف الحقوق العينية المتفرعة فالقانون المدني المصري عالج حالات سقوط الحقوق العينية المتفرعة بعدم الاستعمال بخلاف حق الملكية. د. عبدالمنعم فرج الصدة ،مصدر سابق ، ص ٢٢و كذلك القانون المدني العراقي لكنه اعتبر التقادم بالنسبة للملكية مانع من سماع الدعوى لا مكسب للملكية تماشيا مع الشريعة الاسلامية التي لا تجيز سقوط الملكية بعدم الاستعمال والحيازة من قبل المتمسك بالتقادم بخلاف القوانين المدنية المصرية الذي اعتبره مكسب للملكية د. محمد طه البشير ، د. غني حسون طه، الحقوق العينية الاصلية ،ج١، مطابع وزارة التعليم العالي والبحث العلمي، ص٢٢٢.

(٤٤) د. السنهوري، الوسيط ، ج٨، ص٥٣٧ – ٥٣٨، د. محمد شكري، مصدر سابق، ص٢٠.

(٤٥) د عبدالمنعم فرج الصدة ، مصدر سابق ، ص ٢٣ .

(٤٦) د. حسن محمد قاسم، مصدر سابق، ص٢١.

(٤٧) مصطفى احمد الزرقا، مصدر سابق ، ص٣٦٣، علي الخفيف، مصدر سابق ، ص٥٧.

(٤٨)علي الخفيف،مصدر سابق ، ص٣٦٤ – ٣٦٥، مصطفى احمد الزرقا، مصدر سابق، ص٦٩.

(٤٩) د. السنهوري، الوسيط ، ج٨، ص٤٩٦ – ٤٩٧، د عبدالمنعم فرج الصدة ،مصدر سابق ، ص ٢٧ .

(٥٠) د. السنهوري، الوسيط، ج٨، ص٤٩٧و ص٥٠١.

(٥١) علي الخفيف، مصدر سابق ، ص ٨٠-٨٢

(٥٢) د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط ، ج٨، ص٤٩٩، ، د. نزيه محمد الصادق المهدي، الحقوق العينية الأصلية، المؤسسة الفنية للطباعة والنشر، (مصر، ٢٠١٠) ص٥و ٦، د. محمد حسن قاسم، مصدر سابق ، ص٢٨ – ٢٩. والثمار قد تكون طبيعية كالكلاء ونتاج الماشية والثمار الصناعية والتي تنتج بفعل الانسان كمحصول الارض الزراعية و الثمار المدنية كأجرة الدار ، فالثمار تتولد بصورة دورية دون نقص في اصل الشيء بخلاف المنتجات التي

يترتب على الاخذ منها نقص اصل الشيء كالمعادن في باطن الارض . د. يوسف محمد عبيدات ، الحقوق العينية الاصلية والتبعية ، ط١ ، دار المسيرة للنشر والتوزيع والطباعة ، (الاردن ، ٢٠١١) ، ص ٢٣,٢٢ .

(٥٣)علي الخفيف، مصدر سابق، ص ٨٠ –٨٢.

(٥٤) د. محمد شكري سرور، مصدر سابق ، ص١١.

(٥٥)همام محمد محمود ، مصدر سابق ، ص٤٧.

(٥٦) د. محمد شكري، مصدر سابق، ص١٢.

(٥٧) د. همام محمد، مصدر سابق، ص٤٧.

(٥٨) د. محمد شكري، مصدر سابق، ص١٢.

(٥٩) د. همام محمد، مصدر سابق، ص٤٧.

(٦٠) د.عبد المنعم فرج الصدة ، مصدر سابق، ص ٣٠

(٦١) د. محمد وحيدالدينسوار،حق الملكية في ذاته في القانون المدني،ط٢،دار الثقافة للنشر والتوزيع ،(الاردن،٢٠١٠)، ص ٤٤و٥٤.

(٦٢)علي الخفيف، مصدر سابق ، ص ٨٠ –٨٢.

(٦٣)الصدر الأول، مصدر سابق، ص٣٤ – ٣٥، مقارب للمعنى، د. عبد المجيد محمود، مصدر سابق، ص٤٧١.

(٦٤)آية الله محمد تقي، المصدر نفسه، ص٣٣٧.

(٦٥)آية الله محمد تقي مصباح اليزدي، مصدر سابق، ج٢، ص٣٣٦ وص١٤٨.

(٦٦)علي الخفيف، مصدر سابق ، ص٤٠، د. فتحي الدريني، الحق ومدى سلطان الدولة في تقييده، ط٣، مؤسسة الرسالة، سوريا، ١٩٨٤، ص٧٠ – ٧١.

(٦٧)سيد قطب، العدالة الاجتماعية في الإسلام، ط١٣، دار الشروق، لبنان، ١٩٩٣، ص٥٧، ٦٠.

(٦٨) محمد أبو زهرة، التكافل الاجتماعي في الإسلام، دار الفكر العربي، مطبعة المدني، مصر، ١٩٧٤، ص١٦.

(٦٩) سيد قطب، مصدر سابق، ص٨٠ . علي الخفيف، مصدر سابق ، ص٣٣ – ٣٤، د فتحي الدريني ، مصدر سابق ، ص٢٢، ١٦٣.

(٧٠)الصدر الأول، مصدر سابق، ص٣٥.

(٧١)آية الله محمد تقي، مصدر سابق، ص٢٧٨، مقارب للمعنى، د. نزيه محمد الصادق، حق الملكية في الفقه الإسلامي مصدر سابق، ص٢٣٨.

(٧٢)آية الله محمد تقي، مصدر سابق، ص٢٧٧ وص٢٧٨.

(٧٣) آية الله محمد تقي، مصدر سابق، ص٣٨٧، مقارب للمعنى، د. نزيه محمد الصادق، حق الملكية في الفقه الإسلامي مصدر سابق، ص٢٣٦.

(٧٤) الصدر الأول، المصدر نفسه، ص١٢٨ – ١٢٩.

(٧٥)ا لصدر الأول، المصدر نفسه، ص١٣٣.

(٧٦) د . محمد ابو زهرة، مصدر سابق ، ص١٩ – ٢٠.

(٧٧) سيد قطب، مصدر سابق ، ص٩١ – ٩٣، علي الخفيف، مصدر سابق ، ص٣٨ – ٣٩.

(٧٨) سيد قطب، مصدر سابق ، ص٥٢ – ٥٣.

(٧٩) د . محمد ابو زهرة، مصدر سابق ، ص٧.

(٨٠) د . محمد ابو زهرة، مصدر سابق ، ص١٨.

(٨١)سيد قطب، مصدر سابق ، ص٩٠ – ٩١، د فتحي الدريني ، مصدر سابق ، ص٢٣، ٢٤.

(٨٢)د . محمد ابو زهرة، مصدر سابق ، ص٢١، علي الخفيف، مصدر سابق ، ص٣٦.

(٨٣)سيد قطب، مصدر سابق ، ص٩٤.

(٨٤) د فتحي الدريني ، مصدر سابق ، ص٢١٢ – ٢١٣.

(٨٥)الصدر الأول، مصدر سابق، ص٣٥، مقارب للمعنى، د. نزيه محمد الصادق المهدي، حق الملكية في الفقه الإسلامي، ص٢٣٧، مقارب للمعنى، د. عبد المجيد محمود، مصدر سابق، ص٤٧٢.

(٨٦) د فتحي الدريني ، مصدر سابق ، ص٧٦.

(٨٧) الصدر الأول، المصدر نفسه، ص٦٧. وفق الشريعة الاسلامية يتدخل الحاكم بموجب الشرع في كل ما ينفع و يضر المسلمين وعلى صعيد الملكية لان الانسان مستخلف بالملك فللحاكم العادل التدخل لمنع مضار الملكية لضمان حق الجماعة محمد ابو زهرة ، مصدر سابق ، ص ٢١-٢٢ . فالشريعة توسع صلاحيات الحاكم العدل وفق الشرع الى اقصى حد لرعاية مصالح الجماعة والافراد كمواجهة تكدس الاموال بيد فئة من الافراد فيأخذ منهم ليعطي للفقير قوله تعالى (ما من مؤمن يسترعي الله رعية فلم يحفظها بنصيحة الا لم يجد رائحة الجنة) و (لا تأكلوا اموالكم بينكم بالباطل) سيد قطب ،مصدر سابق ، ص ٨٤-٨٦ وعدم صلاحية التصرف بالمال سبب لانتزاع التصرف فيه قوله تعالى (و لا تؤتوا السفهاء اموالكم) و ذلك ليس اقرار للاشتراكية بل اقرار لأحكام الشرع الاسلامي ان اصل الملك لله سبحانه وتعالى وان للملكية وظيفة اجتماعية وذلك يحقق العدالة الاجتماعية سيد قطب ،مصدر سابق ، ص ٩١-٩٢و من ثم فالشريعة تقر الملكية الجماعية من خلال اقرار (الحمى) د .فتحي دريني ،مصدر سابق، ص ١٥٠-١٥١. اي اقرار للتأميم استثناءً.

(٨٨) سيد قطب، مصدر سابق ، ص٨٩ – ٩٠، د . محمد ابو زهرة، مصدر سابق ، ص١٩، ا علي الخفيف، مصدر سابق ، ص٣٥ – ٣٦.

(٨٩)الصدر الأول، المصدر نفسه، ص١٢٢.

(٩٠)آية الله محمد تقي، مصدر سابق، ص٢٩٤، مقارب للمعنى، د. نزيه محمد الصادق، حق الملكية في الفقه الإسلامي، ص٢٣٨، مقارب للمعنى، د. عبد المجيد محمود، مصدر سابق، ص٤٧٤.

(٩١)آية الله محمد تقي، مصدر سابق، ج٢، ص٢٨٥ – ٢٨٨، مقارب للمعنى، د. نزيه محمد الصادق، حق الملكية في الفقه الإسلامي مصدر سابق، ص٢٣٨ و٢٤١.

(٩٢) الصدر الأول، مصدر سابق، ص٢٣.

(٩٣) د. نزيه محمد الصادق، حق الملكية في الفقه الإسلامي، ص٢٣٨.

(٩٤) د. عبد المجيد محمود مطلوب، مصدر سابق، ص٤٦٢ – ٤٦٣.

(٩٥) علي الخفيف، مصدر سابق ، ص ٨٧–٩١.

(٩٦)علي الخفيف، مصدر سابق ، ص٩٣ – ٩٤.

(٩٧) د فتحي الدريني ، مصدر سابق ، ص٨٠ – ٨١.

(٩٨)علي الخفيف، مصدر سابق ، ص٩٢–٩٣.

(٩٩) د فتحي الدريني ، مصدر سابق ، ٢٠ – ٢١.

(١٠٠) د فتحي الدريني ، مصدر سابق ، ص٧٣–٧٤.

(١٠١) د فتحي الدريني ، مصدر سابق ، ص٧٨ – ٧٩.

(١٠١) د فتحي الدريني ، مصدر سابق ، ص٩٠.

(١٠٢) د فتحي الدريني ، مصدر سابق ، ١٠٣ – ١٠٥.

(١٠٣) د فتحي الدريني ، مصدر سابق ، ص١٥٩.

(١٠٤) د. سليمان مرقس، نظرية العقد، دار النشر للجامعات المصرية، مصر، ١٩٥٦، ص٥٢ – ٥٤.

(١٠٥) د. عوض احمد الزعبي، مدخل إلى علم القانون، ط٢، إثراء للنشر والتوزيع، (الأردن، ٢٠١١)، ص٣٦–٣٧

(١٠٦) د. عبد الرزاق السنهوري، د. احمد حشمت أبو ستيت، أصول القانون أو المدخل لدراسة القانون، مطبعة لجنة التأليف والترجمة والنشر، مصر، ١٩٤١، ص٤٠.

(١٠٧) د. عبد القادر القادر، المدخل لدراسة العلوم القانونية، ط٣، دار الثقافة للنشر والتوزيع، (الأردن، ٢٠١١)، ص٢١.

(١٠٨)د .السنهوري، اصول القانون ، مصدر سابق ، ص٤٨ – ٤٩.

(١٠٩) د. عبد الباقي البكري، د. زهير البشير، المدخل لدراسة القانون، العاتك لصناعة الكتب، مصر، دون سنة طبع، ص١٦٧ – ١٦٩.

(١١٠) د. عبد الباقي البكري، د. زهير البشير ، مصدر سابق ، ص١٧١ – ١٧٤.
(١١١) د. عبد الباقي البكري، د. زهير البشير ، مصدر سابق ، ص١٧٦ – ١٧٨.
(١١٢) ومن المذاهب الاجتماعية ايضا) المذهب التاريخي:أشار له العالم الفرنسي (مونتسكو) (١٦٨٩ – ١٧٥٥) في كتابه (روح القوانين) وتبلور على يد العالم الألماني (سافيني) (١٧٧٩ – ١٨٦١) حيث يذهب الأخير إلى ((القانون جزء من التراث القومي وثمرة التطور التاريخي ومظهر من مظاهر الحياة الاقتصادية إذ ينشأ نتيجة تفاعل عوامل متعددة ومختلفة وينمو ويتطور ويساير المجتمع بتطور وتغير الظروف الاجتماعية فالقانون من خلق البيئة يتكون تلقائياً في ضمير الجماعة وثمرة لتطورها وليس من صنع إرادة واعية مدبرة)) و المذهب الغاية والكفاح: أسسه الفقيه الألماني (اهرنج) (١٨١٨ – ١٨٩٢) ويرى ان الظواهر الأدبية والاجتماعية ومن بينها القانون يتطور وينمو لتحقيق غاية اجتماعية من خلال العقل وهي حفظ المجتمع وتحقيق الخير العام، والإرادة البشرية تكافح باستمرار لتحقيق غاية القانون وهي تحقيق الصالح العام ، د. عوض احمد ، مصدر سابق ، ص ٣٨ –٣٩
(١١٣)د. حسن كيرة، أصول القانون المدني، ج١، الحقوق العينية الأصلية، حق الملكية، منشأة المعارف، مصر، دون سنة طبع، ص٢٥٥ – ٢٥٨.
(١١٤) د .السنهوري، اصول القانون ، مصدر سابق ، ص٦٣ – ٦٥. و ينتج عن الوظيفة الاجتماعية نتيجتين : ١- تغلب المصلحة العامة عند تعارضها مع الملكية الفردية ٢- تغليب المصلحة الاولى بالرعاية عند تعارض مصلحة خاصة مع الملكية الفردية . د. عبد المنعم البدراوي، الحقوق العينية الأصلية، الملكية والحقوق المتفرعة عنها، ط٣، مكتبة سيد عبد الله وهبة، مصر، ١٩٦٨.
(١١٥) د .السنهوري، اصول القانون ، مصدر سابق ، ص٦٥. ((الملكية ليست أبداً حقاً مطلقاً مقدساً ولا تمس، بل هي حق متغير باستمرار ويجب أن يتكيف مع الحاجات الاجتماعية التي يلبيها، فإذا حصل أن لا تستجيب الملكية الفردية للحاجة الاجتماعية فعلى المشرع أن يتدخل لتنظيم شكل آخر لتمليك الثروات. وفي البلد الذي يعترف فيه المشرع الوضعي بالملكية الفردية، فان للمالك دور اجتماعياً يؤديه ولا يمكن أن يدعي بحق آخر غير القيام بوظيفته الاجتماعية كمالك... ويمكن القول إن مفهوم حق الملكية كحق اختفى في الواقع ليحل محله مفهوم الملكية كوظيفة اجتماعية. فحائز الثورة ليس له أبداً حق عليها، هناك وضع يقيده بوظيفة اجتماعية معينة وتملكه بقدر ما يؤدي هذه الوظيفة الاجتماعية)) د .منذر الشاوي ، دولة القانون ، ط١، الذاكرة للنشر و التوزيع ، بغداد، ٢٠١٣ ، ص١٧٦.
(١١٦) د . منذر الشاوي ، فلسفة القانون ، ط١ ، دار الثقافة للنشر و التوزيع ، (الاردن ، ٢٠٠٩)، ص ١٢٣.

(١١٧) د .السنهوري، اصول القانون ، مصدر سابق ، ص٦٠ – ٦٢.

(١١٨) فيرى (ديجي): ((الملكية الخاصة لا تقيم علاقة بين الإنسان والشيء، وهي مجرد ظاهرة طبيعية، انها تحول العلاقة إلى أفكار، وهذا الاحتكار له مدلول اجتماعي، لأنه يتحدد كمنع موجه للجميع عدا المالك... فالملكية طريقة لتوزيع الأشياء بين الأفراد. وهي تنظم علاقات هؤلاء الأفراد فيما يتعلق باستعمال الأموال. ولا شك فان هذه العلاقة الاجتماعية التي تحددها سوف لا تقام بوساطة الشيء، غير انه لا يفقد طبيعته بذلك))د منذر الشاوي ، دولة القانون ، مصدر سابق ، ص١٧٣ – ١٧٤.

(١١٩) د السنهوري، الوسيط ، ج٨ ، مصدر سابق ، ص٤٨١.

(١٢٠) د حسن كيرة ، مصدر سابق ، ص١٥١.

(١٢١) د السنهوري، الوسيط ، ج٨ ، مصدر سابق ، ص٤٨١ – ٤٨٢.

(١٢٢) د السنهوري، الوسيط ، ج٨ ، مصدر سابق ، ص٤٨٢.

(١٢٣) د حسن كيرة ، مصدر سابق ، ص١٥٢.

(١٢٤) د حسن كيرة ، مصدر سابق ، ص١٥١، د عبدالمنعم فرج الصدة، مصدر سابق ، ص١٣.

(١٢٥) د السنهوري، الوسيط ، ج٨ ، مصدر سابق ، ص٤٨٣.

(١٢٦) د حسن كيرة ، مصدر سابق ، ص١٥٢ – ١٥٣.

(١٢٧) د عبدالمنعم فرج الصدة، مصدر سابق ، ص١٣ – ١٤. ليست الملكية وظيفة اجتماعية لانه انكار لفكرة الحق ذاته بسبب كون مركز الموظف يختلف عن مركز المالك لانه الموظف يحقق المصلحة العامة مباشرة بينما المالك يحقق مصلحته مباشرتا والمصلحة العامة بصورة غير مباشرة. د.علي هادي العبيدي ، الوجيز في شرح القانون المدني ، الحقوق العينية ، ط ٨، دار الثقافة للنشر و التوزيع ، (الاردن ، ٢٠١١) ، ص ٢٩.

(١٢٨) واكد على ذلك حكم نقض مدني فرنسي عام ١٩٧٨ مضمونه (اذا كان يحق لكل مالك حسب المادة ٥٤٤ التمتع بالشيء او التصرف به بشكل مطلق تماما ، فذلك بشرط ان لا يكون استعماله ممنوعا بالقوانين او الانظمة او من شانه ان يضر بحقوق الغير)

Francois Jacob, Alice Tisserand Marti, Guy Venandent, Georges Wiederkehr Xavier Henry

القانون المدني الفرنسي باللغة العربية – طبعة دالوز ٢٠٠٩– الطبعةالثامنة بعد المئة – (طباعة L.E.G.O.S.P.A ايطاليا) – (ايطاليا،٢٠١٢)، ص ٦٤٥.

واكد على ذلك حكم نقض مدني فرنسي عام ١٩٧٢ مضمونه (ان حق المالك بالتمتع بالشيء العائد له بشكل مطلق تماما ما لم يمنع القانون او الانظمة هذا الاستعمال يجد له حدا في الالتزام عدم الحاق اي ضرر بملكية الغير بشكل يجاوز الازعاجات العادية للجوار)

Francois Jacob, Alice Tisserand Marti, Guy Venandent, Georges Wiederkehr Xavier Henry, op. cite , p 646

واكد على ذلك حكم نقض مدني فرنسي عام ١٩٩٦ (ضرورة اقامة توازن عادل بين مصلحة جماعة من الاستفادة من مصنع لمعالجة نفايات صناعية و التمتع الفعلي لشاغل مسكن مجاور يحق احترام محل اقامته و حياته الخاصة و العائلية)

Francois Jacob, Alice Tisserand Marti, Guy Venandent, Georges Wiederkehr Xavier Henry, op. cite , p 646

تتقيد المصلحة الخاصة للمصلحة العامة وفق قانون الاثار رقم ١٧٨ لسنة ٢٠٠٤ و قانون التنظيم المدني رقم ٧٣-١٠٢٢ في ١٩٧٣ و القانون العام لملكية الاشخاص العمومين رقم ٤٦٠ لسنة ٢٠٠٦ و قانون البيئة رقم ٩١٤ لسنة ٢٠٠٠ و غيره .

Francois Jacob, Alice Tisserand Marti, Guy Venandent, Georges Wiederkehr Xavier Henry, op. cite

المادة ١٣٨٢ قانون مدني فرنسي (كل شخص يسبب ضرر للآخرين بخطئه يلزم إصلاحه) والمادة ١٣٧٠ من القانون المدني الفرنسي تذهب إلى (تنشأ التزامات مصدرها القانون متولدة عن الجوار نتيجة وقائع من الأشخاص بين الملاك تكون بمثابة شبه عقد أو شبه جريمة).

(١٢٩) د . منذر الفضل، تاريخ القانون، ط٢، دار ئاراس للطباعة والنشر، (العراق ، ٢٠٠٥)، ص ٩٤

(١٣٠) د . منذر الفضل، مصدر سابق ، ص ٩٥-٩٦ ، د . صوفي حسن ابوطالب ، تاريخ النظم القانونية والاجتماعية، دار النهظة العربية ، (مصر ، ١٩٧٦) ، ص ٣٤٢

(١٣١) د. محمد كامل مرسي، شرح القانون المدني ، ج٢، (الحقوق العينية الأصلية)، منشأة المعارف، الإسكندرية، ٢٠٠٥ ، ص ٧٣-٧٤

(١٣٢) د. محمد كامل مرسي ، مصدر سابق ، ص ٨٥-٨٨

(١٣٣) د السنهوري، الوسيط ، ج٨ ، مصدر سابق ، ص٤٨٨ – ٤٨٩.

(١٣٤) د عبدالمنعم فرج الصدة، مصدر سابق ، ص١٥.

(١٣٥) د السنهوري، الوسيط ، ج٨ ، مصدر سابق ، ص٤٩١.

(١٣٦) د حسن كيرة ،مصدر سابق، ص١٥٣ – ١٥٥.

(١٣٧)القانون المدني المصري رقم ١٣١ لسنة١٩٤٨ المعدل .

(١٣٨) د. منذر الفضل ، مصدر سابق ، ص ٨٠-٨١

(١٣٩) د .صوفي ابو طالب ، مصدر سابق ، ص ٤١٤

(١٤٠) مصطفى مجيد، شرح قانون التسجيل العقاري، ج١، العاتك لصناعة الكتاب، القاهرة، دون سنة طبع.، ص١٦ – ١٨.

(١٤١) د صلاح الدين الناهي ،محاضرات في القانون المدني العراقي حق الملكية ذاته ، ص ٢٧,٢٦,٢٤

(١٤٢)د حسن علي الذنون – شرح القانون المدني العراقي (الحقوق العينية الاصلية)- دون مكان طبع و سنة طبع و اسم مطبعة ، ص ٢٢.

(١٤٣) شاكر ناصر حيدر، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج١، الحقوق العينية الأصلية، حق الملكية، مطبعة المعارف، بغداد، ١٩٥٩، ، ص١٩٧ – ١٩٩.

(١٤٤) شاكر ناصر حيدر، مصدر سابق ، ص١٩٩ – ٢٠٠.

(١٤٥)د سعيد عبدالكريم المبارك، محاضرات في الحقوق العينية الاصلية، دار الطباعة الحديثة، (البصرة، ١٩٧٠)،ص١٠وص١٢.

(١٤٦) د منذر الشاوي ، دولة القانون ، مصدر سابق، ص١٨٢ – ١٨٤. وأشارت للملكية المادة ١٢٥ من مشروع القانون المدني العراقي ((للمالك في حدود القانون التصرف في ماله واستعماله واستغلاله طبقاً للغاية الاقتصادية والاجتماعية للملكية باعتبارها وظيفة اجتماعية)) فأصبحت الملكية ليست حقاً مطلقاً وله وظيفة اجتماعية واقتصادية فالاستعمال والاستغلال والتصرف يجب أن يضر بالغير وان يكون في إطار الغاية الاجتماعية والاقتصادية لحق الملكية وبخلافه تعد مخالفة للقانون ومتجاوزاً لحقه لأن الحقوق اجتماعياً نسبية وليست مطلقة . د . عبد الباقي البكري د زهير البشير ، مصدر سابق ، ص٢٢٧.

مصادر البحث

الكتب :

١- د.ابراهيم عبداللطيف ابراهيم ، الملكيات الثلاث ، ط ١ ، دائرة الشؤون الاسلامية والعمل الخيري ، (الامارات ، ٢٠٠٩).

٢- د. توفيق حسن فرج، د. محمد يحيى مطر، الأصول العامة للقانون، الدار الجامعية، (مصر، ١٩٨٩).

٣- د. جورج ن. شدراوي، حق الملكية العقارية، المؤسسة الحديثة للكتاب، (لبنان، ٢٠٠٦).

٤- د. حسن علي الذنون – شرح القانون المدني العراقي (الحقوق العينية الاصلية)- دون مكان طبع وسنة طبع واسم مطبعة.

٥- د. حسن كيرة، أصول القانون المدني، ج١، الحقوق العينية الأصلية، حق الملكية، منشأة المعارف، مصر، دون سنة طبع.

٦- د حمدي القبيلات ، القانون الاداري ، ج٢ ، ط١ ، دار وائل للنشر ، (الاردن،٢٠١٠).

٧- د سعيد عبدالكريم المبارك ، محاضرات في الحقوق العينية الاصلية ، دار الطباعة الحديثة ، (البصرة،١٩٧٠).

٨- سيد قطب، العدالة الاجتماعية في الإسلام، ط١٣، دار الشروق، لبنان، ١٩٩٣.
٩- د. سليمان مرقس، نظرية العقد، دار النشر للجامعات المصرية، مصر، ١٩٥٦.
١٠- شاكر ناصر حيدر، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج١، الحقوق العينية الأصلية، حق الملكية، مطبعة المعارف، بغداد، ١٩٥٩.
١١- د صلاح الدين الناهي ،محاضرات في القانون المدني العراقي حق الملكية ذاته، مطبعة الرسالة ،(مصر ، ١٩٦١).
١٢- د صلاح الدين الناهي ، الوجيز في الحقوق العينية الاصلية حق الملكية في ذاته خصائصه وعناصره ونطاقه وقيوده واسباب كسبه ،ج١-،شركة الطبع و النشر الاهلية ، (بغداد ، ١٩٦١).
١٣- د . صوفي حسن ابوطالب ، تاريخ النظم القانونية والاجتماعية ، دار النهظة العربية ، (مصر ، ١٩٧٦).
١٤- د. عبد الباقي البكري، د. زهير البشير، المدخل لدراسة القانون، العاتك لصناعة الكتب، مصر، دون سنة طبع.
١٥- د. عبد الرزاق السنهوري، د. احمد حشمت أبو شيت، أصول القانون أو المدخل لدراسة القانون، مطبعة لجنة التأليف والترجمة والنشر، مصر، ١٩٤١.
١٦- د. عبد الرزاق احمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، حق الملكية، ط٣، ج٨، منشورات الحلبي الحقوقية، (لبنان، ٢٠٠٠).
١٧- د. عبد القادر القادر، المدخل لدراسة العلوم القانونية، ط٣، دار الثقافة للنشر والتوزيع، (الأردن، ٢٠١١) .
١٨- د. عبد المنعم البدراوي، الحقوق العينية الأصلية، الملكية والحقوق المتفرعة عنها، ط٣، مكتبة سيد عبد الله وهبة، مصر، ١٩٦٨.
١٩- د عبدالمنعم فرج الصدة ،الحقوق العينية الاصلية ، دراسة في القانون اللبناني والمصري ، دار النهضة العربية ، (بيروت ،دون سنة طبع)
٢٠- علي الخفيف، الملكية، دار الفكر العربي، مصر، ١٩٩٦.
٢١- د . علي هادي العبيدي ، الوجيز في شرح القانون المدني ، الحقوق العينية ، ط ٨ ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، (الاردن ، ٢٠١١).
٢٢- د. عوض احمد الزعبي، مدخل إلى علم القانون، ط٢، إثراء للنشر والتوزيع، (الأردن، ٢٠١١).
٢٣- د. فتحي الدريني، الحق ومدى سلطان الدولة في تقييده، ط٣، مؤسسة الرسالة، سوريا، ١٩٨٤.
٢٤-اية الله السيد كاظم الحسيني الحائري – فقه العقود – ج١- ط٣ – مطبعة خاتم الانبياء – (قم ، ١٣٢٨ هجري) .

٢٥- محمد أبو زهرة، التكافل الاجتماعي في الإسلام، دار الفكر العربي، مطبعة المدني، مصر، ١٩٧٤.
٢٦- آية الله محمد باقر الصدر الأول (قدس)، الإسلام يقود الحياة، ط١، مكتبة الكلمة الطيبة، (بغداد، ٢٠١٢).
٢٧- آية الله محمد تقي مصباح اليزدي، النظرية الحقوقية في الإسلام، ط٢،ج١و ج٢، دار الولاء للطباعة والنشر والتوزيع، (لبنان، ٢٠١٠).
٢٨- د. محمد حسن قاسم، موجز الحقوق العينية الأصلية، ج١، ط١، منشورات الحلبي الحقوقية، (لبنان، ٢٠٠٦).
٢٩- د. محمد شكري سرور، موجز تنظيم حق الملكية في القانون المدني المصري، دار النهضة العربية، (مصر، ٢٠٠٠).
٣٠- د. محمد طه البشير ، د. غني حسون طه ، الحقوق العينية الاصلية ،ج١، مطابع وزارة التعليم العالي والبحث العلمي.
٣١- محمد قدري باشا، مرشد الحيران الى معرفة احوال الانسان، ، ط٣،المطبعة الكبرى الاميرية ،(مصر،١٣٠٨ هجري).
٣٢- د. محمد كامل مرسي، شرح القانون المدني ، ج٢، (الحقوق العينية الأصلية)، منشأة المعارف، الإسكندرية، ٢٠٠٥.
٣٣- مصطفى احمد الزرقا، المدخل الفقهي العام، ج١، ط٢، دار القلم، سوريا، ٢٠٠٤.
٣٤- مصطفى مجيد، شرح قانون التسجيل العقاري، ج١، العاتك لصناعة الكتاب، القاهرة، دون سنة طبع.
٣٥- د. منذر الشاوي، دولة القانون، ط١، الذاكر للطباعة والنشر، بغداد، ٢٠١٣.
٣٦- د . منذر الشاوي ،فلسفة القانون ، ط١، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، (الاردن ، ٢٠٠٩).
٣٧- د. منذر الفضل ، تاريخ القانون ، ط٢ ، دار ئاراس للطباعة والنشر ، (العراق ، ٢٠٠٥).
٣٨- د. نزيه محمد الصادق المهدي، الحقوق العينية الأصلية، المؤسسة الفنية للطباعة والنشر، (مصر، ٢٠١٠).
٣٩-د نواف كنعان، القانون الاداري،ج ٢، ط ١،دار الثقافة للنشر والتوزيع، (الاردن، ٢٠١٠) .
٤٠- د. همام محمد محمود، الحقوق العينية الأصلية، (حق الملكية)، الدار الجامعية الجديدة، (مصر، ٢٠٠٨).
٤١- د. يوسف محمد عبيدات، الحقوق العينية الاصلية و التبعية ، ط١ ، دار المسيرة للنشر و التوزيع و الطباعة ، (الاردن ، ٢٠١١).
٤٢- د.محمد وحيد الدينسوار، حق الملكية في ذاته في القانون المدني،ط٢،دار الثقافة للنشر والتوزيع ،(الاردن،٢٠١٠) .

البحوث :

٤٣- د. حسن كيرة، تصرف الشريك في جزء مفرز من الشيء الشائع، مجلة الحقوق للبحوث، العدد الاول والثاني ، السنة الثالثة عشر ، مطبعة جامعة عين شمس ، (مصر ، ١٩٦٤).
٤٤- د. عبد المجيد محمود مطلوب، التزامات الجوار، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، عدد أول، سنة ثامنة عشر، مطبعة جامعة عين شمس، (مصر، ١٩٧٦) .
٤٥ - د. منصور مصطفى منصور، تحليل أثر قسمة الأموال الشائعة وحماية كل شريك من تصرفات غيره، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، عدد١، سنة٦، مطبعة جامعة عين شمس، مصر، ١٩٦٤.
٤٦- د. نزيه محمد الصادق المهدي، حق الملكية في الفقه الإسلامي مع مقارنة بالقانون الوضعي، مجلة القانون والاقتصاد، عدد خاص، السنة الخمسون، دار الهنا للطباعة، (مصر، ١٩٨٠).

المصادر الاجنبية :

47-Francois Jacob, Alice Tisserand Marti, Guy Venandent, Georges Wiederkehr Xavier Henry .
القانون المدني الفرنسي باللغة العربية – طبعة دالوز ٢٠٠٩- الطبعةالثامنة بعد المئة –(طباعة L.E.G.O.S.P.A ايطاليا) – (ايطاليا،٢٠١٢)، ص ٦٤٥.