الفصل الأول

ملكية العقار طبيعتها وخصائصها

في هذا الفصل يتناول الباحث تعريف الملكية من الناحية اللغوية، والاصطلاحية، وكذلك طبيعة الملكية وخصائصها كلّ ذلك من الناحية الفقهية والقانونية، وذلك من خلال ثلاثة مباحث. المبحث الأول: تعريف الملكية و العقار. المبحث الثاني: طبيعة الملكية. المبحث الثالث: خصائص الملكية.

المبحث الأول

تعريف الملكية و العقار والقيد

يتناول الباحث في هذا المبحث تعريف الملكية، وتعريف العقار في ثلاثة مطالب من الناحية اللغوية، والفقه الإسلامي، وفي التشريعات الحديثة كما سيأتي: –

المطلب الأول: تعريفات الملكية والعقار والقيد في اللغة والفقه الإسلامي.

الفرع الأول: التعريف اللغوي.

أولاً: الملكية الميم واللام والكاف مجتمعة (ملك) مادة وأصل يدل على الاحتواء والتفرد بالشيء، وتأتي مثلثة الفاء أي بفتح الميم وضمها وكسرها، قال ابن منظور: "المِلْكُ والمُلْكُ والمِلْك احتواء الشيء

UNIVERSITI SAINS ISLAM MALAYSIA
ISLAMIC SCIENCE UNIVERSITY OF MALAYSIA
جامعة العلوم الإسلامية الماليزية

والقدرة على الاستبداد به مَلَكه يَمْلِكه مَلْكا ومِلْكا و مُلْكا وتَمَلُّكا" [75]، ومنه اشتقت الملكية قال الفيروز آبادي: "الملكية من ملَكَهُ يَمْلِكُه مِلْكا مُثَلَّثَةً ومَلَكَةً محرَّكةً ومَمْلُكَةً بضم اللامِ او يُثَلَّثُ: احْتَواهُ قادِرا على الاسْتِبْدادِ به. ومالَهُ مِلْكٌ مُثَلَّثا ويُحرَّكُ وبضمتينِ: شيء يَمْلِكُهُ. وأمْلَكَهُ الشيءَ ومَلَّكَهُ إياهُ تَمْليكا"[(76)]. و"الملك ما يحويه الإنسان من ماله"[(77)] أي ما يملكه ويتصرف فيه، قال تعالى: (لِلَّهِ مُلْكُ السَّمَاوَاتِ وَالْأَرْضِ)[78].

أيضا جاء في تاج العروس: الملك ضربان ملك هو التملك والتولي، وملك هو القوة على ذلك تولى، أم لم يتول، وأملكه الشيء إياه تمليكاً بمعنى واحد أي جعله ملكاً له، ويقال لي في هذا الوادي ملك أي مرعى، ومشرب، ومال وغير ذلك مما يملكه، وملكه، يملكه، تملكا استبد به وتملكه ملكه قهرا [79].

وجاء في القاموس المحيط: "ملكه يملكه ملكا وملكة احتواه قادراً على الاستبداد به، أما كلمة "ملكية" فهي مصدر صناعي صيغ من المادة منسوباً إلى الملك "[80].

ومما سبق يستنتج الباحث أن تلك المعاني كلها تدور حول حيازة الشيء والقدرة على الاستبداد به.

إذاً الملك اسم صيغ من المادة المنسوبه إلى المصدر، وهو الملك، ويدلُّ على الاستئثار بما يتعلق من الأشياء.

ثانياً: العقار: ع ق ر (والعقار: الأرض)[81]

---

[75] ابن منظور، مُحَمَّد بن مكرم. لسان العرب. بيروت: دار صادر10. ص491.

[76] الفيروز ابادي، مُحَمَّد بن يعقوب. د.ت. القاموس المحيط. ص1232.

[77] ابن دريد، أبو بكر مُحَمَّد بن الحسين الازدي. 1987م. جمهرة اللغة. الناشر بيروت: دار العلم للملايين. الطبعة الأولى. ج2 ص69.

[78] القرآن. سورة الشورى. 42: 49.

[79] الموسوعة الفقهية الكويتية، (الكويت: وزارة الاوقاف والشئون الاسلامية، ط2، 1427هـ.) ج 39، ص 31.

[80] الفيروز ابادي، مُحَمَّد بن يعقوب، القاموس المحيط. مرجع سابق. ص1232.

UNIVERSITI SAINS ISLAM MALAYSIA
ISLAMIC SCIENCE UNIVERSITY OF MALAYSIA
جامعة العلوم الإسلامية الماليزية

جاء في كتاب لسان العرب " العقر والعقار المنزل والضيعة: يقال ماله دار ولا عقار وخص بعضهم بالعقار النخل بقال للنخل من بيت المال عقار "[82].

جاء في كتاب الصحاح المنير: " العقار كل ملك ثابت له أصل كالدار والنخل "[83].

ثالثاً: القيد:

يعرف القيد في اللغة، ويطلق على أنّه "ما يعقل الشيء ويحيط به أو ببعضه، فيمنع خروجه وفوته وتصرفه أو دخول شيء عليه، أو يلزمه بسلوك معين "[84].

الفرع الثاني: تعريفات الملكية والعقار والقيد في الفقه الإسلامي

أولاً: الملكية استعمل فقهاء الشريعة الإسلامية كلمة المِلكية أو المِلك، ويعنون بذلك عموماً ملك الأعيان سواء أكانت المنافع والحقوق، وإن كانت حقوقاً غير مالية. وقد ذكرت الموسوعة الفقهية الكويتية هذا الخلاف في التعبير عن معنى الملك وعزته إلى خلاف استعمال بين قدماء الفقهاء ومحدثيهم: "وَفِي الاصْطِلاحِ: يُعَبِّرُ الْفُقَهَاءُ الْمُحْدَثُونَ بِلَفْظِ الْمِلْكِيَّةِ عَنِ الْمِلْكِ، لَكِنَّ الْفُقَهَاءَ قَبْلَهُمْ يُعَبِّرُونَ بِلَفْظِ الْمِلْكِ" [85]، وعليه فإن تعاريفهم الكثيرة، وإن اختلفت وتنوعت في ألفاظها ومبانيها، فإنها عند التحقيق متقاربة في معانيها.

---

[81] الأزدي. أبو محمد عبدالله بن محمد. 1996 م. *كتاب الماء (معجم طبي لغوي)*. تحقيث د هادي حسن حمودي. ط الاولى. الناشر وزارة التراث القومي والثقافة – سلطنة عمان =. ج3.ص58.

[82] ابن منظور. لسان العرب. مرجع سابق ج4 ص97 باب العين والهمزة.

[83] الفيومي، احمد بن محمد بن علي المتوفى نحو 770هـ. . *المصباح المنير في غريب الشرح الكبير*. الناشر المكتبة العلمية – بيروت – ج2.ص421.

[84] ابن منظور. *لسان العرب*. مرجع سابق. ج2. ص371.

[85] الموسوعة الفقهية الكويتية، ، 1427 هـ. الكويت: وزارة الاوقاف والشئون الاسلامية. ط2 ج39، ص31. صادر عن الكويت.

UNIVERSITI SAINS ISLAM MALAYSIA
ISLAMIC SCIENCE UNIVERSITY OF MALAYSIA

فنجد ذلك عند القرافي من المالكية إذ ذكر في تعريفه: " تمكن الإنسان شرعاً بنفسه، أو بنيابة من الانتفاع بالعين، أو المنفعة ومن أخذ العوض أو تمكنه من الإنتفاع خاصة وقد تبنت هذا التعريف الموسوعة الفقهية الكويتية[86] وزاد القرافي في شرح هذا التعريف ملخصاً رأي الفقهاء بقوله: "الملك في اصطلاح الفقهاء حكم شرعي مقدر في العين أو المنفعة يقتضي تمكين من يضاف إليه من انتفاعه بالمملوك، والعوض عنه من حيث هو كذلك"[87] وعرف ابن تيمية الملك تعريفاً مبسطاً وجامعاً بقوله: "الملك هو القدرة الشرعية على التصرف في الرقبة بمنزلة القدرة الحسية"[88].

ولتعميم الفائدة يرى الباحث إدخال بعض التعريفات لعدد من المذاهب لتوسعة مجال البحث ولنرى أن الفقه الإسلامي يأخذ من بعضه بعضاً كيف لا والمصدر واحد وإن اختلفت الآراء في مسائل فرعية ودليل الاجتهاد الذي أوجده التشريع الإسلامي.

1- الملكية عند الحنفية: من تعريفات الحنفية صدر الشريعة عبيد الله بن مسعود في كتابه شرح الوقاية في مسائل الهداية أنه:- "اتصال شرعي بين الانسان وبين شيء يكون مطلقاً لتصرفه فيه، وحاجزاً عن تصرف الغير"[89].

---

[86] الموسوعة الفقهية الكويتية. مرجع سابق. ص31.

[87] القرافي، احمد بن ادريس. 1998م. *الفروق او انوار البروق في انواء الفروق*. تحقيق خليل المنصور. بيروت: دار الكتب العلمية. ج3. ص365.

[88] ابن تيمية، احمد بن عبد الحليم الحراني. 1987م. *الفتاوى الكبرى*. تحقيق: محمد عبدالقادر عطا ومصطفى عبدالقادر عطا. بيروت: دار الكتب العلمية، ج4، ص106.

[89] بن محمود، عبيدالله بن مسعود. ت 747هـ – 1346 م. *شرح الوقاية في مسائل الهداية*. مكتبة الملك عبدالله بن عبدالعزيز الجامعية. ج.2 ص196.

UNIVERSITI SAINS ISLAM MALAYSIA
ISLAMIC SCIENCE UNIVERSITY OF MALAYSIA

2- **الملكية عند الشافعية**: عرفها تاج الدين عبد الوهاب بن علي السبكي في كتابه القواعد المشتملة على الأشباه والنظائر بقوله: "والمختار في تعريفه أنه أمر معنوي: حكم شرعي بقدر عين أو منفعة يقتضي تمكن من ينسب إليه في انتفاعه والعوض عنه من حيث هو كذلك"[90].

3- **الملكية عند الإباضية**: لم أجد تعريفاً نصياً للملكية عند فقهاء الإباضية، وإنما وردت تعاريف مرادفة دالّة على معنى الملكية كقولهم: "الحق ما ثبت من الله تعالى، وما علم من دليل قطعي وهو قسمان: حقّ الله، وحقّ العباد الذي تتعلق به مصلحة خاصة لشخص أو فئة من الناس"[91].

وكما هو واضح فإن مدار هذه التعريفات كلّها حول مدى اعتبار الوصف الشرعي أي أن وصف الملكية المعتبر هو وصف مقدر بالوضع لا بالطبع ضمن أسباب وشروط حددها الشارع كالبيع، والهبة وغيرها، وهذا الوصف يخصص المعنى اللغوي، ويحدّ من تعديه وشموليته إذ ليست كلّ حيازة واستبداد بالشيء هو في نظر الشارع الحكيم ملك له، فالغصب لا يعدّ سببا للملك في نظر الشارع الحكيم، واقتران وصف الشرعية بالقدرة ليقيد من مفهوم الحق إذ ليس كلّ حقّ في شيء هو من المقدور على الاستبداد به كالمرهون فهو، وإن لحق به وصف الحقّ لصاحبه فإنّه غير مقدور له على الاستبداد والتصرف فيه، ويمنع من دخول ما ليس بحقّ من الدخول فيه، إذ ليس كلّ مقدور عليه، ومستبدّ به هو حقّ في نظر الشارع كالمغصوب، والمسروق، وكل مكتسب بغير وجه مشروع كالتحايل، والرشوة وغير ذلك مما يعدّ ملكاً في نظر القانون الوضعي.

---

[90] السيوطي، عبدالرحمن بن ابي بكر، جلال الدين السيوطي ت 911هـ. 1990م . الأشباه والنظائر للسيوطي، الناشر دار الكتب العلمية، الطبعة الاولى 1411هـ الموافق ص316.

[91] معجم مصطلحات الاباضية، مجموعة من الباحثين2012م. سلطنة عُمان: وزارة الاوقاف والشؤون الدينية. ج1، ص 266.

UNIVERSITI SAINS ISLAM MALAYSIA
ISLAMIC SCIENCE UNIVERSITY OF MALAYSIA

ثانياً العقار

بالنظر إلى التعريف اللغوي للعقار وما أورده فقهاء الشريعة الإسلامية فما وجده الباحث عند الإباضية من تعريف لبعض أجزاء العقار هو: "المال أرض غرست نخلاً أو شجراً ويكثر استعمال هذا المصطلح عند أهل الداخل، ويرد بكثرة في عقود القضاء والوثائق العُمانية، وكثير ما أطلق على النخيل في العرف العُماني حتى اليوم" [92]، كما جاء تعريف للحجرة:"البيوت الملتفة حول بعض عند العُمانيين، والتي تحيط بها أسوار: وأبواب فهي كالحصون " [93].

كما ورد عند الحنفية " العقار هو الثابت الذي لا يمكن نقله من محلّ إلى آخر كالدور والاراضي " [94]، وعند المالكية " العقار اسم للأرض وما اتصل بها من بناء، وشجر " [95]، وعند الشافعية العقار الأرض، والبناء، والشجر " [96]، وعند الحنابلة " أرض، ودور، وبساتين ونحوها كمعاصر وطواحين "[97].

فمن هذه التعاريف يمكن القول في تعريف العقار هو كلّ ما يملكه الإنسان من الأراضي، وما أنشئ عليها من المباني والمنشآت.

ثالثاً:القيد

ويعرف القيد في اصطلاح فقهاء الشريعة الإسلامية بأنّه "هو الأمر المخصص للأمر العام " [98]، و"هو الحكم الذي يرد على خلاف الأصل ليمنع الأخذ به في حال أو أحوال معينة "[99]، القيود التي ترد على

---

92 مجموعة من الباحثين. *معجم مصطلحات الاباضية*. مرجع السابق- ج2. ص892.

93 مجموعة من الباحثين. *معجم مصطلحات الاباضية*. مرجع السابق- ج1. ص892.

94 القرافي، *الفروق أو انوار البروق*. مرجع سابق. ج4. ص367.

95 بن محمود، *شرح الوقاية في مسائل الهداية*. مرجع سابق. ج 2 ص198.

96 السيوطي، *الأشباه والنظائر*. مرجع سابق. ص316.

97 ابن تيمية، *القواعد النورانية الفقهية*. مرجع سابق. ص218.

98 السالمي، *كتاب طلعة الشمس على شمس الأصول*. مرجع سابق. ج 1 ص38.

UNIVERSITI SAINS ISLAM MALAYSIA
ISLAMIC SCIENCE UNIVERSITY OF MALAYSIA

حق التملك هي تلك التي تفيد منع كسب الملكية على الأفراد أو بعض منهم، وتلك التي تفيد جواز نزع هذه الملكية عن أصحابها بعد ثبوتها لهم، ولذا يتناول الباحث في هذه الإطروحة القيود التي تمنع تملك العقار أو العين في الفقه الإسلامي من منظور المذهب الإباضي والتشريع الحديث في سلطنة عمان وذلك على الطرق المقررة لكسب الملكية وهي الحيازة، والشفعة، والشراء، والوصية، والهبة، والميراث، وكذلك ما ترد على سلطة المالك في استعمال، واستغلال، وتصرف بعقاره من قيود.

والمبدأ المأخوذ به في أصول الفقه الإسلامي "المطلق يجري في إطلاقه: والمقيد في موضع تقييده "[100]، ولذا فإنّ ما يمكن أن تُحاط به الملكية من قيود في الشريعة الإسلامية، يجب أن يستند إلى حكم شرعي، يستمدّ من الأدلة والمصادر المتعددة في أصول هذه الشريعة، وكذلك للقيود القانونية.

ولتبيين مفهوم القيد بالاستعراض الموجز لقيود الملكية، يتمُّ على أساس معرفة هذه القيود بتبيين مفهومها، وذلك بإشارات الباحث إلى هذه القيود الواردة على الملكية يتبين أن المقصود بالقيد في اللغة " يطلق على ما يعقل الشيْ ويحيط به أو ببعضه، فيمنع خروجه وفوته وتصرفه، أو دخول شيء عليه، أو يلزمه بسلوك معين"[101]. فالأصل أنّ التملك مطلق يرد على أنواع الأعيان، ويأتي القيد؛ ليمنع الملك الفردي لبعضها، أو ليحدد مقداره في بعضها الآخر، كما أن الأصل هو ثبوت سلطات المالك كاملة، على الشيء المملوك، فيكون له استعماله، واستغلاله، والتصرف فيه بحرية كاملة، ثم يأتي القيد حكماً يحرمه من بعض هذه السلطات، أو يفرض لها شروطاً تحدّ من مداها وإطلاقها.

---

[99] السالمي، *كتاب طلعة الشمس على شمس الأصول*. مرجع سابق. ج1 ص89.

[100] ابن منظور، *لسان العرب*. مرجع سابق. ج 2. ص93.

[101] السالمي، *كتاب طلعة الشمس على شمس الأصول*. مرجع سابق. ج1 ص89.

UNIVERSITI SAINS ISLAM MALAYSIA
ISLAMIC SCIENCE UNIVERSITY OF MALAYSIA

المطلب الثاني: التعريف في التشريع الحديث.

اولاً: تعريف الملكية.

لم تعرف القوانين الحديثة الملكية تعريفاً دقيقاً ومع ذلك فإنّ الشراح حاولوا وضع تعاريف لها، فقد عرفها قانون المعاملات المدنية العُمانيّ في المادة رقم 798: "حقّ الملكية هو سلطة المالك في أن يستعمل الشيء المملوك له، وأن يستغله، وأن يتصرف فيه بجميع التصرفات الجائزة شرعاً"[102].

جاء في المادة (125) من مجلة الأحكام العدلية ما نصّه: " الملك ما ملكه الإنسان سواء كان أعياناً، أو منافع"[103]، كما جعل القانون المدني الأردني الملكية حقاً يعطي صاحبه سلطة تمكنه من جميع التصرفات الشرعية كما هو مدون في المادة (1018) حيث تقول: " حقُّ الملكية هو سلطة المالك في أن يتصرف في ملكه تصرفاً مطلقاً عيناً، ومنفعة، واستغلالا وأن لمالك الشيء وحده أن ينتفع بالعين المملوكة، وغلتها، وثمارها، ونتاجها. ويتصرف في عينها بجميع التصرفات الجائزة شرعاً"[104].

فهذا التعريف كما هو واضح قد حاول الجمع والتوفيق بين مطلقية التصرف والشيء المملوك، وبين ضوابط الشريعة، إذ إنه استوعب كلّ عناصر الملكية، وهي السلطات الثلاث المقررة للمالك من استعمال واستغلال وتصرف، ويمكن تلخيص ما سبق فيما يلي:

1- هي الحقّ العيني الذي يجعل لصاحبه الحصول على كل منافع الشيء المملوك سواء أكان ذلك استعماله، أو استغلاله، أو بالتصرف فيه[105].

---

102 *الجريدة الرسمية لسلطنة عُمان*. 2013 م مرجع سابق. العدد 42/1012 لسنة.11

103 يونس، د. عبدالله مختار، الملكية في الشريعة الاسلامية، مؤسسة شباب الجامعة، الاسكندرية، ص 79.

104 الخياط، د.عبد العزيز، مقاصد الشريعة واصول الفقه، البنك الاسلامي الاردني، ص 50.

105 الشرقاوي، جميل.1980م. حق الملكية، الكتاب الاول، ط 1. ص16.

UNIVERSITI SAINS ISLAM MALAYSIA
ISLAMIC SCIENCE UNIVERSITY OF MALAYSIA
جامعة العلوم الإسلامية الماليزية

2- إنّ حقّ الملكية هو حقّ الاستئثار استعماله، واستغلاله، والتصرف فيه على وجه دائم، وكل ذلك في حدود القانون[106].

3- الحقّ الذي يخول صاحبه سلطة دائمة على شيء معين، يكون له وحده بمقتضاها حقّ استعماله واستغلاله، والتصرف فيه[107].

هذا وباطلاع الباحث على ما أورده من تعريفات لفقهاء القانون وجدهم لم يوردوا أي مانع كما أورده فقهاء الشريعة الإسلامية كالصغر، والجنون في التصرف كما أنهم قصروا الملكية على ملكية الأعيان المالية فقط دون المنافع والحقوق، فإنها لا تصلح محلا للملكية عندهم، وكذلك فإنَّ فقهاء القانون لم ينصوا على ثبوت السلطات الثلاث الاستعمال، والاستغلال، والتصرف ابتداء للمالك، لأنها قد تثبت لشخص على شيء بالوكالة، وهو لا يعتبر مالكا للشيء.

ويخلص الباحث إلى أنه يمكن تعريف الملكية بأنها سلطة مباشرة يثبتها لشخص معين على شيء مادي معين بذاته تخوله استعماله، واستغلاله، والتصرف فيه على سبيل الدوام.

ثانياً: العقار.

عَرَّفه قانون المعاملات المدنية في سلطنة عمان في المادة (54) بقوله: "كل شيء مستقرّ بحيزه ثابت فيه لا يمكن نقله منه دون تلف، أو تغيير هيئته فهو عقار، وكل ما عدا ذلك من شيء فهو

---

[106] السنهوري، عبدالرزاق أحمد. 1998 م. الوسيط في شرح القانون المدني، منشورات الحلبي الحقوقية. ط الثالثة الجديدة. حق الملكية مع شرح مفصل للأشياء والأحوال ج8، ص493.

[107] عرفه، د محمد على. 1955م – 1956م. موجز في حق الملكية، ط ص264.

منقول"[108]، كما عرفت المادة 55 من ذات القانون العقار بالتخصيص: " يعتبر عقاراً بالتخصيص المنقول الذي يضمه مالكه في عقار له رصداً على خدمته، واستغلاله، ويكون ثابتاً فيه "[109].

وفي رأي الباحث المتواضع أن العقار تعريفه هو كلّ ما لا يمكن نقله إلا بتغيير حالته فاذا تغيرت حالته فهو منقول وما كان ثابتاً ومستقراً فهو عقار وما ورد في القانون ممّا يسمّى عقارا بالتخصيص فهو لا يمكن أن يسمى عقاراً لأنه منقول خصص لمنفعة العقار كآلات الحراثة ومضخّات الماء.

وتجب الإشارة مما تقدم إلى أن العقار في نظر القانون نوعان وهما [110]:-

1- عقار بطبيعته: وهو كلّ شيء مستقر بحيزه ثابت فيه لا يمكن نقله منه دونَ تلف، بل تجب الإشارة ولا تقتصر العقارات بطبيعتها على الأراضي، بل تشمل أيضاً ما فوق الأرض من نبات، وأبنية، وما تحتها كالمناجم.

2- العقار بالتخصيص: وهو المنقول الذي يضعه صاحب العقار في عقار يملكه رصداً لخدمة هذا العقار، أو استغلاله.

إذاً فالعقار بالتخصيص هو منقول بطبيعته.

---

[108] الجريدة الرسمية لسلطنة عمان مرجع سابق العدد 42/1012.

[109] المرجع نفسه. العدد 42/1012.

[110] المرجع نفسه. العدد 42/1012.

UNIVERSITI SAINS ISLAM MALAYSIA
ISLAMIC SCIENCE UNIVERSITY OF MALAYSIA
جامعة العلوم الإسلامية الماليزية

المطلب الثالث: مقارنة التعريفات الفقهية والقانونية.

أولاً: عرُّفت ملكية العقار والقيود في اللغة كما تقدم بيانه والباحث يرى أن التعريف اللغوي للملكية يدور حيازة الشيء والقدرة على الاستبداد به والعقار كما عرفته القواميس يستخلص الباحث أنه ما كان ثابت في الأرض والقيد ما أورده صاحب كتاب لسان العرب ما يعقل الشيء ويحيط به هو الأقرب إلى الواقع والمراد من القيد.

ثانياً: ما ورد من تعريفات في الاصطلاح يتبين منها ما يلي:

1- أن التعريف في كتب الفقه الإسلامي بني على التعريف اللغوي فالفقهاء عند تعريفهم الملكية وهو ما ورد من تعريفات تناولها الباحث في المطلب الأول مع تقييد ذلك التعريف فلا يؤخذ على إطلاقه وفي القانون المدني في سلطنة عمان جاء التعريف غير واضح وإنما هو بيان ما يترتب على الملكية من سلطة للمالك لذلك لم يكن هناك تعريف دقيق وهذا من عادت القوانين لا تكون موسعة ولكن يصدر لبعضها كلمات تعريفية وليس من بينها قانون المعاملات المدنية في سلطنة عمان مما استدعى بالباحث بالرجوع إلى بعض المراجع في القانون والتي خلص الباحث إلى أنَّ الملكية سلطة مباشرة يثبتها لشخص معين على شيء معين مادي. ...الخ التعريف كما مر في البحث.

ومن ذلك يجد الباحث أن التعريف الفقهي أوسع وهو يدور مع اللغة مع بعض التقييد وفق ما أثبته ذلك سابقا وخصوصا أن قانون المعاملات المدنية في سلطنة عمان بموجب المادة والتي نصَّت على:

2- لم يعرف الفقه الإباضي تعريفا صريحا للعقار وإنما وردت بعض التعاريف لأجزاء منه كمسمى المال والنخلة والضاحية والحجرة لذلك استعان الباحث بمراجع فقهية من مذاهب أخرى وأتت كل التعاريف

متقاربة والتي خلص فيها الباحث أن العقار (هو كل ما يملكه الإنسان من الأراضي وما أنشيء عليها من المباني والمنشآت) أما في قانون المعاملات المدنية في سلطنة عمان فقد جاء التعريف دقيقاً حسب نصّ المادة 54 منه بأنه كل شيء مستق بحيزه ثابت فيه لا يمكن نقله دون تلف فهذا دقيق وإن كانت 55 من ذات القانون قد أضافت العقار بالتخصيص وهذا لا يدخل في العقار كما سبق للباحث أثبته من الدراسة لذلك تخلص هذه المقارنة إلى أن القانون المدني في سلطنة عمان أتى بتعريف يسهر تطبيقه على الواقع ويعطي إضافة جديدة لتعريف العقار.

3- ما أورده الباحث من تعريف للقيد إنما هو مبني على ما جاء في كتب أصول الفقه ولم يجد الباحث حسب استطاعته ومقدرته في العثور على تعريف للقيد الوارد على الملكية وكان اجتهاده بذلك التعريف السابق ذكره والقانون لم يرد فيه أي تعريف للقيد.

المبحث الثاني: طبيعة الملكية

يتناول الباحث في هذا المبحث طبيعة الملكية في مطلبين من ناحية الفقه الإسلامي، وفي التشريعات الحديثة في سلطنة عمان وذلك على النحو التالي:-

المطلب الأول: طبيعة الملكية في الفقه الاسلامي

يرى كثير من فقهاء الإسلام أنّ الأصل في الملكية في حقيقتها هي لله وحده، وإنما استخلف الإنسان في حق الانتفاع بها وفقَ ضوابط الشرع الحنيف، وقد لخصوا ذلك بقولهم: "المال مال الله، والبشر

UNIVERSITI SAINS ISLAM MALAYSIA
ISLAMIC SCIENCE UNIVERSITY OF MALAYSIA
جامعة العلوم الإسلامية الماليزية

مستخلفون فيه"[111]. فالمالك الحقيقي هو الله سبحانه وتعالى، وإنما استخلف الإنسان فيه بالتصرف والانتفاع قال الشربيني في معنى هذه الآية: "أي: من الأموال التي في أيديكم، فإنها أموال الله تعالى؛ لأنها بخلقه وإنشائه لها، وإنما موّلكم إياها، وخولكم بالاستمتاع بها، وجعلكم خلفاء في التصرّف فيها، فليست هي بأموالكم في الحقيقة، وما أنتم فيها إلا بمنزلة الوكلاء والنواب"[112]. واستدلُّوا بقوله تعالى: ﴿وَلِلَّهِ مِيراثُ السَّماواتِ وَالْأَرْضِ﴾[113]، قال أبو حيان في تفسير هذه الآية: – "إن الله تعالى لَهُ مُلْكُ جَمِيعِ مَا يَقَعُ مِنْ إرث فِي السموات وَالْأَرْضِ، وَإِنَّهُ هُوَ الْمَالِكُ لَهُ حَقِيقَةً، فَكُلُّ مَا يَحْصُلُ لِمَخْلُوقَاتِهِ مِمَّا يُنْسَبُ إِلَيْهِمْ مِلْكُهُ هُوَ مَالِكُهُ حقيقة، وإذا كان هُوَ مَالِكُهُ فَمَا لَكُمْ تَبْخَلُونَ بِشَيْءٍ أنتُمْ مُتَمَتَّعُونَ بِهِ لَا مَالِكُوهُ حَقِيقَةً[114]. وقَالَ رَسُولُ اللَّهِ – ﷺ –: (الْبِلَادُ بِلَادُ اللَّهِ، وَالْعِبَادُ عِبَادُ اللَّهِ، وَمَنْ أَحْيَا مِنْ مَوَاتِ الْأَرْضِ شَيْئًا فَهُوَ لَهُ، وَلَيْسَ لِعِرْقِ ظَالِمٍ حَقٌّ)[115].

وتعددت عبارات الفقهاء حول معنى الملك والملكية في الشريعة الإسلامية، والسبب يعود إلى أمور عدة منها تحديد عناصر الملكية، فما يعد عنصراً من عناصر الملكية عند بعضهم لا يعد كذلك عند الآخر، وهذا الذي صرح به القرافي في الفروق حين قال[116]: " اعلم أن الملك أشكل ضبطه على كثير من الفقهاء، فإنه عام يترتب على أسباب مختلفة: البيع، والهبة، والصدقة، والإرث وغيرها ولا يمكن أن

---

111 التيواجني، *اشعة من الفقه الاسلامي (الفقه والتشريع مدخلا وتاريخا)*. مرجع سابق. ج3 ص 15.

112 الشربيني، شمس الدين، محمد بن احمد الخطيب، السراج المنير في الاعانة على معرفة بعض معاني كلام ربنا الحكيم الخبير (القاهرة: مطبعة بولاق الاميرية، 1285 ه) ج4، ص203.

113 القرآن. سورةالحديد.57: 10.

114 ابو حيان، محمد بن يوسف بن على بن يوسف بن حيان. 1420 ه . *بحر المحيط في التفسير*. تحقيق. صدقي محمد جميل – بيروت – ن. دار الفكر. ج3، ص452.

115 الدار قطني، على بن عمر بن احمد بن مهدي. 2004 م. *سنن الدار قطني*. تحقيق: شعيب الأرناؤوط، حسن عبد المنعم شلبي عبد اللطيف حرز الله احمد برهوم. بيروت، مؤسسة الرسالة – لبنان. ج5. ص387.

116 أبو حيان. *بحر المحيط في التفسير*. مرجع سابق. ج3. ص452.

UNIVERSITI SAINS ISLAM MALAYSIA
ISLAMIC SCIENCE UNIVERSITY OF MALAYSIA

يقال هو التصرف، لأن المحجور عليه لا يتصرف، فهو حينئذ غير التصرف، فالتصرف والملك كلّ واحد منهما أعمّ من الآخر من وجه، وأخصّ من وجه، فقد يوجد التصرف بدون الملك كالوصي والوكيل، والحاكم وغيرهم يتصرفون ولا ملك لهم، ويوجد الملك بدون التصرف كالصبيان، والمجانين وغيرهم يملكون، ولا يتصرفون، ويجتمع الملك والتصرف في حق البالغين والراشدين... وهذا هو حقيقة قول الأعم من وجه، والأخصّ من وجه...، ولعلّ الإشكال يدور حول عنصري الحيازة، ومفاده هل تشترط الحيازة والتصرف في تعريف حقّ الملك أم تكفي الحيازة ؟ أو يكفي التصرف ؟".

فالحيازة عبر عنها بالملك نفسه، إلا أن الملك أعمّ من الحيازة، وكذا هو أعمّ من التصرف.

المطلب الثاني: طبيعة الملكية في التشريع الحديث

لقد تبنت القوانين الحديثة في أغلب الأقطار العربية مذهباً وسطاً في الملكية الخاصة لم تقل بالإطلاق على النظرية الفردية، ولا عدمها على المذهب الاشتراكي، ويعود النقاش والخلاف والتباين حول مسألة الملكية في التشريع الحديث إلى قدماء الفلاسفة، من أمثال أفلاطون وأرسطو، ففي حين يعتقد أفلاطون أن الملكية الخاصة سبب لعدم المساواة والانقسام، يرى أرسطو الملكية الخاصة سبباً؛ لتمكين الأفراد من الحصول على حقوقهم والاستفادة الكاملة من جهودهم، وعائد أعمالهم، فبالملكية الخاصة يمكن التحايل على ما يعرف الآن باسم "مأساة الملكية العمومية"، فالإنسان وفق نظرة أفلاطون يميل بطبعه للحط من الملكية المشتركة، وتبديدها أكثر مما يفعل مع الملكية الخاصّة، مما ينتج عنه استنفاذ الملكية العامة وتبديدها لصالح الملكية الخاصّة في آجال قصيرة، وبالتالي حرمان الأجيال اللاحقة من حقهم في تلك الملكية العامة، والثروات المعدنية خير مثال على ذلك، في حين برر أرسطو وجود الملكية الخاصة بطرح سؤالين مهمين يكمنان في الإجابة عنهما الحل، وهما:-

UNIVERSITI SAINS ISLAM MALAYSIA
ISLAMIC SCIENCE UNIVERSITY OF MALAYSIA
جامعة العلوم الإسلامية الماليزية

أولاً– ما الطريقة المثلى للتمييز والفصل بين الملكية الخاصة، والملكية العامة؟

ثانياً– كيف يمكن تعيين الملكية الخاصة، وتوظيفها داخل المجتمع[117]؟

وبقي هذان الاتجاهان يتنافسان عبر التاريخ ويتمظهران بمظاهر مختلفة حسب ثقافات الشعوب واتجاهاتها وحاجاتها، إلى عصرنا الحديث عصر الهيمنة الغربية حيث تبلور الاتجهان واستقر أمرهما في رؤيتين عامتين متمثلتين في المذهب الاشتراكي، والمذهب الرأس مالي.

فقد عَرَّفت الاشتراكية الملكية الخاصة بعدة تعريفات منها إنها: "سبب شرور الرأسمالية"[(118)]. وحصرها ماركس قبل ذلك في شرط الإنتاج بقوله: "نحن نحصر الملكية في شروط الإنتاج"[119]، وتكون الاشتراكية بهذا قد جنحت إلى الحدّ من الملكية الخاصّة؛ لصالح الملكية العامة، وعلى العكس من ذلك فقد وسَّعَتِ الرأسمالية من الملكية الفردية، وقللت من قيودها حتى غدت إحتكاراً أو شبهاً منه، وأصبحت شركات عابرة للقارات تمتلك الحجر، والمدر، والمال، والعباد.

وفي ظلّ هيمنة هذين الاتجاهين وسيطرتهما ظهرت القوانين العربية الحديثة، محاولة اتخاذ موقف توفيقي بين اختيار أحد هذين الاتجاهين، وبين موروث الفقه الإسلامي على اختلاف مذاهبه ويرى الباحث ذلك من خلال بحثه عن خصائص الملكية.

وقد ذهب قانون المعاملات المدنيةفي سلطنة عمان[120] رقم 29 لسنة 2013م إلى إيجاد بعض الخصائص المتعلقة بالملكية، فقد نصت المادة 799 على "

---

117 James O. Grunebaum. 2016 August 11 . Private Ownership. "http://en.m.wikipedia.org/wiki/Ownership

118 المرجع نفسه

119 المرجع نفسه.

120 *الجريدة الرسمية لسلطنة عمان*. 2013 م مرجع سابق. العدد 42/1012 لسنة.

UNIVERSITI SAINS ISLAM MALAYSIA
ISLAMIC SCIENCE UNIVERSITY OF MALAYSIA

1- مالك الشيء يملك كلّ ما يعد من عناصره الجوهرية بحيث لا يمكن فصله عنه دون أن يهلك أو يتلف، أو يتغير.

2- كلّ من ملك أرضاً ملك ما فوقها، وما تحتها إلى حدّ المفيد في التمتع بها علًوا وعمقاً إلا إذا نصّ القانون، أو قضى الاتفاق بغير ذلك ".

ومما تقدم يرى الباحث أن طبيعة الملكية في القوانين الحديثة في سلطنة عمان وغيرها من الدول العربية حاولت التوفيق بين المذهبين السائدين عالمياً والمشار إليهما أعلاه، وذلك راجع إلى طبيعة هذه البلدان، وما بها من ثقافة ومعاملات نابعة في التعامل من أحكام الفقه الإسلامي، وما لديها من موروث تاريخي؛ لذلك كان أغلب نصوص تلك القوانين معروضة على أحكام الفقه الإسلامي.

المبحث الثالث: خصائص الملكية

يتناول الباحث في هذا المبحث خصائص الملكية عموماً والعقار خصوصاً في مطلبين من جانب الفقه الإسلامي والتشريعات الحديثة في سلطنة عمان كما سيأتي: -

المطلب الاول: خصائص الملكية في الفقه الاسلامي

لقد جاء الإسلام؛ لينقذ الإنسان في بلاد العرب وغيرها من بلاد الدنيا من جاهلية وضلال، وليكون مجتمعاً مدنياً جديداً وفق منهج رباني المنشأ والغاية يكون فيه الإنسان خليفة الله في الأرض، يعمرها وفق المنهج الذي رسمه له سبحانه وتعالى المكون من الأوامر، والنواهي والتي هي في مجموعها التشريع الإسلامي.

UNIVERSITI SAINS ISLAM MALAYSIA
ISLAMIC SCIENCE UNIVERSITY OF MALAYSIA
جامعة العلوم الإسلامية الماليزية

والفقه الإسلامي قسم من أقسام الشريعة الإسلامية، ومن الطبيعي أن يصطبغ أي تشريع بالفلسفة التي أقيم على أساسها، وأن تؤثر فيه العوامل المختلفة لنشأته، وهذا ما حدث مع الفقه الإسلامي فوصفه بصفة الإسلاميّ تلحقه الخصائص العامة للإسلام من ربانية، وشمول، وتوازن وجمعه بين الثبات والمرونة، وأصالة واستقلال.

ومن ذلك ما جاء في كتب التشريع الإسلامية، في تفسير قوله تعالى: ﴿ إِنِ الْحُكْمُ إِلَّا لِلَّهِ يَقُصُّ الْحَقَّ وَهُوَ خَيْرُ الْفَاصِلِينَ ﴾[121]، وقوله: ﴿ذَلِكُمْ حُكْمُ اللَّهِ يَحْكُمُ بَيْنَكُمْ وَاللَّهُ عَلِيمٌ حَكِيمٌ﴾ [122]، وليس للعلماء المجتهدين عبر تاريخ الفقه الطويل، إلا التفريع والاستنباط وفق تلك الأصول والقواعد الربانية، كما أن التشريع الاسلامي رباني المصدر فهو رباني الغاية والهدف كما جاء في تفسير قوله تعالى: ﴿وَمَا خَلَقْتُ الْجِنَّ وَالْإِنْسَ إِلَّا لِيَعْبُدُونِ﴾ [123]. [124]

إن اتصاف التشريع الإسلامي بالشمول، وهو ما يعني استيعابه لكلّ جوانب حياة الإنسان وشواغله بالحكم الشرعي التكليفي ومنها ما كان متعلقاً بالمعاملات، سواء كانت فردية أو جماعية وهذا ورد في عموم التشريع الإسلامي، وإن انفصلت العلوم إلا أن علم الفقه داخل فيه عند من قرر ذلك. [125]

وقد اتّصف التشريع الاسلامي بالتوازن، وهذه الصفة منبثقة من الوسطية، فالإسلام من خلال أحكامه العقائدية، والعبادات، والتشريع الحياتي لما نظمه من علاقات أسرية، واجتماعية جاء تنظيمه في

---

[121] القرآن. سورة الانعام. 57: 6.

[122] القرآن. سورة الممتحنة. 60: 10.

[123] القرآن. سورة الذاريات. 51. 56.

[124] التيواجني. *اشعة من الفقه الاسلامي (الفقه والتشريع مدخلا وتاريخا)*. مرجع سابق. ج3. ص 16.

[125] التيواجني. *اشعة من الفقه الاسلامي (الفقه والتشريع مدخلا وتاريخا)*. المرجع السابق. ص 18.

UNIVERSITI SAINS ISLAM MALAYSIA
ISLAMIC SCIENCE UNIVERSITY OF MALAYSIA
جامعة العلوم الإسلامية الماليزية

المجال المالي فأباح حق التملك إلا أنه وضع له ضوابط أسبابها الحلال والحرام، وجعل هذه الضوابط، لمصلحة الجماعة وفي خدمتها، وجعل العقود رضائية مالم تتعارض مع الأهداف الأساسية، والبعيدة للتشريع الإسلاميّ.

وأعطى الفرد حقّ التملك، وسنّ قوانين تحمي هذا التملك، ولم يمنع إباحة التملك العام، والتملك المشاع، وقد شرّعت جميعها، وتنوعت لتتعاون على توفير أسباب الخير وإسعاد البشر في إطار من القيم والأخلاق.

إن المطلع على الفقه الإسلامي يجد فيه مجال المرونة واسعاً يستوعب كلّ جديد، ويتبين ذلك من خلال رفض التقليد، وتشريع الاجتهاد في الفقه دليل على استيعابه وقابليته؛ للتجديد وصلاحه لكل زمان ومكان، ويتضح ذلك من خلال القواعد الفقهية والتي صيغت للتيسير على المجتهدين والقضاة في استنباط الأحكام الشرعية مثل (لا ضرر و لا ضرار)[126]، و(المشقة تجلب التيسير)[127]، و(الضرر يزال)[128].

كما إنّ هناك خاصية في الفقه الإسلامي والشريعة الإسلامية بعمومها وهي خاصية الأصالة والاستقلالية إذ إنّ المتتبع لتطور الفقه الإسلامي يرى مبدأ الأصالة والاستقلالية؛ لأنَّ أيام نشأة الفقه الإسلاميّ لم تكن هناك أي من القوانين القديمة منتشرة؛ بل تجد أن أول كتاب ترجم في القانون إلى اللغة

---

126 مجموعة من الباحثين. *معجم القواعد الفقهية الإباضية*. مرجع سابق. ج2. ص435.

127 المرجع نفسه ص531.

128 المرجع نفسه ص531.

UNIVERSITI SAINS ISLAM MALAYSIA
ISLAMIC SCIENCE UNIVERSITY OF MALAYSIA

العربية بأيدي أقلام غير عربية في القرن الحادي عشر الميلادي فقط[129]، وكان الفقه الإسلامي قد بلغ قمة التطور واكتمل بناؤه وتحددت معالمه بالجهود المستقلّة لفقهاء الإسلام.

يتضح من خلال ما تقدم أنّ الفقه الاسلامي فقه مستقل عن كلّ ما عداه من أنظمة قانونية وضعية، فهو أصيل في مواضيعه، وأحكامه، ومنهجه، جامع بين الثبات والمرونة في تكييف الأحداث، والأوضاع المختلفة عبر الزمان والمكان، وكذلك هو قائم على الوسطية متوازن في الأحكام والاعتقاد، وأداء العبادات والتعاملات في جميع أمور الحياة، وهو رباني أي من عند الله عزّ وجلّ الخالق للكون، والعارف بما يصلحه.

وبالاستعراض ما تقدم خلص الباحث إلى أن الفقه الإسلامي في عموم تشريعه قد خصّ الملكية بخصائص مميزة كما ورد في هذا المطلب، وأن ملكية العقار لم تكن بمعزل عمّا جاء من التشريع الإسلامي بل جاءت الكتب المطولة في بيان أحكام الأموال، والأراضي وما يتعلق بها من حقوق، ورسم طرق التعامل فيها حتى تكون وفق المنهج السليم الذي خطه رب العزة ﷻ وما أراده من خير للبشرية.

المطلب الثاني: خصائص الملكية في التشريع الحديث

وردت للملكية خمس خصائص ذكرها فقهاء القانون، وهي[130]:

أولاً: حقّ جامع مانع ويعنى بذلك الانتفاع بالشيء، واستغلاله، والتصرف فيه فالانتفاع هو استعمال الشيء أي استخدامه في كلّ ما أعد له، والاستعمال إما شخصياً، أو تبرعاً وذلك بإجازته

---

[129] خلاف وفاء سيد احمد محمد. *قيود الملكية للمصلحة العامة في الفقه الاسلامي والقانون الوضعي*. ص92.

[130] المرجع نفسه. ص93 – 96.

UNIVERSITI SAINS ISLAM MALAYSIA
ISLAMIC SCIENCE UNIVERSITY OF MALAYSIA
جامعة العلوم الإسلامية الماليزية

للغير باستخدامه دون مقابل، وكذلك الاستغلال و يعني به استغلال المالك للشيء بالحصول على الثمار التي ينتجها، وقد تكون هذه الثمار تنتج دون تدخل المالك وإنما هو موجود في أصل الشيء المملوك كصوف الغنم، أما التصرف في الملكية وهو آخر عنصر لحق الملكية ويخول لمالك الشيء الحرية في تعديل أو تغيير ممتلكاته، و هذا التصرف إما أن يكون مادياً أو قانونياً:

أ- التصرف المادي: أي عندما يلحق التغيير بمادة الشيء المملوك مثال شق طريق في أرض زراعية.[131]

ب- التصرف القانوني: أي بيع الملك مقابل مبلغ أو دون مقابل (الهبة)[132].

فإذا كان حق الملكية حقّ جامع لكل السلطات فهو كذلك مانع، أي لا أحد يشارك أو يجبر مالك الشيء في طريقة استعماله، أو استغلاله، أو التصرف فيه مالم يوجد مانع أو اتفاق، أو نصّ قانوني يؤكد خلاف دلك.

ثانياً: حق دائم أي يرد على شيء معين فما دام هذا الشيء باقياً فملكيته باقية كذلك فهي تنتقل من مالك إلى آخر، ولا تزول إلا بهلاك محلها. إذن فالمعنى الصحيح لخاصية الدوام يفهم بالنظر إلى الملكية من زاوية معينة وهي صلة الحقّ بالموضوع، وليس بالمالك، وتخلص ما سبق فيما يلي:-

أ-حقّ الملكية يدوم ما بقي الشيء الذي يرد عليه.

ب-حقّ الملكية لا يسقط بعدم الاستعمال.

---

131 خلاف. *قيود الملكية للمصلحة العامة في الفقه الاسلامي والقانون الوضعي*. مرجع السابق. ص93 – 96.

132 خلاف. *قيود الملكية للمصلحة العامة في الفقه الاسلامي والقانون الوضعي*. مرجع السابق. ص 120.

UNIVERSITI SAINS ISLAM MALAYSIA
ISLAMIC SCIENCE UNIVERSITY OF MALAYSIA
جامعة العلوم الإسلامية الماليزية

ثالثاً: حقّ مطلق، يحتمل حقّ الملكية معنيين لوصفه بأنّه حقّ مطلق.

المعنى الأول: الملكية يمكن أن يحتج بها ضدّ الكافة وهي خاصية تشترك معها فيها الحقوق العينية.

المعنى الثاني: للمالك الحقّ في استعمال ملكه كيفما شاء، وعلى النحو الذي يراه، فالملكية اداً تعتبر أكثر الحقوق اتصافاً بالفردية لكن مقتضيات الحياة في المجتمع أدت إلى الحدّ من إطلاق الملكية قيدتها ببعض القيود والتي ستراد من خلال المباحث القادمة لأنها عنوان موضوع الأطروحة.

رابعاً: حقّ مانع أي أن حقّ الملكية حق مقصور على صاحبه، ويمكنه من الاستئثار بمزايا ملكه.

خامساً: حقّ الملكية لا يسقط بعدم الاستعمال إلا أن حقّ الارتفاق، وحق الانتفاع، وحق السكن ينتهي بعدم الاستعمال.

UNIVERSITI SAINS ISLAM MALAYSIA
جامعة العلوم الإسلامية الماليزية
ISLAMIC SCIENCE UNIVERSITY OF MALAYSIA