

مركز دراسات الدكتوراه : "اللغات والتراث والتهيئة الجالية"
تكوين الدكتوراه : اللغات والتراث والتهيئة الجالية
مختبر : التراث : دراسة و صيانة و إنقاذ
محور : الدراسات الإسلامية

أطروحة لنيل الدكتوراه في الآداب والعلوم الإنسانية

أثر التقادم في اكتساب الحقوق وإسقاطها

في الفقه المالكي

وتصبيقاته المعاصرة في القانون المغربي

إشراف الأستاذ:

الدكتور عبد العزيز فارج

إعداد الطالب الباحث:

عبد اللطيف الحسوني

رقم التسجيل : 85CED/14

الرقم الوطني : 9693742163

السنة الجامعية :

1440 - 1441 هـ

2019 - 2020 م



الإهداء

إلهم من قاله الله في حقهما: (وبالوالدين إحساناً)

والديهم الكريمين، أسألك الله تعالى أن يطيل عمرهما في طاعته ومحسنه
خاتمتهما ويرزقني برهما.

إلهم زوجتي الغالية التي ضحت بالغالي والنفيس من أجله إسعاديه
أسألك المولى أن يسعدنا في الدنيا والآخرة
إلهم أبنائك الكرام سيما وهاجر والياس.

إلهم إخوتي: محمد وفاطمة وهشام وعزالدين وأمينة.

إلهم من أعتز بإشرافه علمي مجتهد أستاذي الفاضل الدكتور عبد العزيز فارع
أسألك الله تعالى أن يحفظه في نفسه وأهله، ويسبق عليه نعمه الظاهرة
والباطنة.

إلهم شيخه العلامة الفقيه الأصولي سيدي محمد التاويل رحمه الله

إلهم أستاذي الفقيه الدكتور الجيلالي المرنيني أسألك الله تعالى أن ينفعنا
بعلمه وحفظه في أهله وذريته.

إلهم شيخه المحدث المسند سيدي إدريس الحمداوي أسألك الله تعالى أن
يبارك في علمه وحفظه في أولاده.

إلهم الأهل والأحباب والأصدقاء، القريب والبعيد.

إلهم كل من اهتم وساعد في إنجاز وإتمام هذا البحث المتواضع.

إلهم كل هؤلاء أهديه ثمرة جهدي وبأكورة عملي سائل المولى جل
جلاله أن يتولاني وإياهم بفضله وإحسانه إنه سميع مجيب.

عبد اللطيف الحسوني

شكر وتقدير

أتقدم بجزيل الشكر والثناء والعرفان إلى أستاذي المشرف فضيلة الدكتور سيدي عبد العزيز فارح حفظه الله الذي يرجع إليه الفضل بعد الله تعالى في إتمام هذا البحث وتصحيحه وتنقيحه، فقد حبانني أستاذي الفاضل بعناية علمية وأدبية خاصة، دلت لي الصعاب بلطف توجيهه، وحسن عنايته، وسعة صدره، ومتابعته وحرصه على مسيرة البحث.

أسأل الله تعالى أن يبارك في علمه ويرزقه الإخلاص في الأقوال والأفعال والأحوال، ويعظم له الأجر، ويجزل له الثواب.

والشكر البالغ الموصول إلى جامعة سيدي محمد بن عبد الله وإلى كلية الآداب والعلوم الإنسانية سايس فاس العامرة.

عميدا وأخصر تربوية وإدارية والحمد لله رب العالمين.

مقدمة

إن الحمد لله تعالى نحمده ونستعينه ونستغفره ونعوذ بالله من شرور أنفسنا ومن سيئات أعمالنا، من يهده الله فلا مضل له، ومن يضلل فلا هادي له، وأشهد أن لا إله إلا الله وحده لا شريك له، وأشهد أن محمدا عبده ورسوله.

أما بعد فإن أصدق الحديث كتاب الله تعالى، وخير الهدي هدي سيدنا محمد ﷺ، وشر الأمور محدثاتها، وكل محدثة بدعة، وكل بدعة ضلالة، وكل ضلالة في النار وبعد:

فإن من بين معاني شمولية رسالة الإسلام، أنها صالحة للزمان والمكان والحال مطلقا، دون قيد ولا شرط، إلى أن يرث الله الأرض ومن عليها، مع اتخاذ الأسباب إلى ذلك، يشهد لهذا قول الله عز وجل ﴿ مَا قَرَّبْنَا فِي الْأَلْطَفِ مِنْ شَيْءٍ ۗ ۱﴾، وقوله سبحانه ﴿ وَنَزَّلْنَا عَلَيْكَ الْكِتَابَ تِبْيَانًا لِّكُلِّ شَيْءٍ وَهُدًى وَرَحْمَةً وَبُشْرَىٰ لِلْمُسْلِمِينَ ۗ ۲﴾، يقول الطاهر بن عاشور رحمه الله في تفسير هذه الآية: (التبيان مصدر دال على المبالغة في المصدرية، ثم أريد به اسم الفاعل، فحصلت مبالغتان ... وكل شيء: يفيد العموم، إلا أنه عموم عرفي في ما مثله تجيء الأديان والشرائع ... وفي خلال ذلك كله أسرار ونكت من أصول العلوم والمعارف صالحة لأن تكون بيانا لكل شيء على وجه العموم الحقيقي إن سلك في بيانها طريق التفصيل، واستنير فيها بما شرح الرسول ﷺ، وما قفاه به أصحابه وعلماء أمته) ³، ومن القواعد المقررة أن "الأصل في الكلام الحقيقة" ⁴، إلا إذا دلت قرينة لفظية أو معنوية على إرادة المعنى المجازي.

1- سورة الأنعام، الآية 93.

2- سورة النحل، الآية 89.

3- التحرير والتنوير، الطاهر بن عاشور، دار التونسية للنشر، 1984، ج 14 ص 253.

4- الأشباه والنظائر، جلال الدين السيوطي، دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى، 1411 هـ 1990 م، ص 63.

الأشباه والنظائر، ابن نجيم، دار الكتب العلمية، ط 1، 1419 هـ 1999 م، ص 59.

وفي تفسير قوله جل جلاله ﴿ مَا كَانَ حَدِيثًا يُفْتَرَىٰ وَلَٰكِن تَصْدِيقَ الَّذِي بَيْنَ يَدَيْهِ وَتَفْصِيلَ كُلِّ شَيْءٍ وَهُدًى وَرَحْمَةً لِّقَوْمٍ يُؤْمِنُونَ ﴾¹، يقول الإمام القرطبي رحمه الله تعالى (تفصيل كل شيء مما يحتاج العباد إليه من الحلال والحرام والشرائع والأحكام)².

"وقد أبدع علماء المسلمين على مر العصور في إبراز شمولية رسالة الإسلام، فاجتهدوا في استنباط الأحكام وتنزيلها حسب ما اقتضاه واقع كل جيل منهم، في مختلف مناحي الحياة"³.

موضوع البحث:

إن من المواضيع التي تمس الحاجة إليها، وترتبط بحياة الناس ارتباطاً وثيقاً: الأمور المالية والمعاملات التجارية، والخدمات المتبادلة. وتنتج عنها فوائد من جهة، ومشاكل وآثار من جهة أخرى، من ذلك ما ينتج عن التعامل المالي من ترتيب الديون في الذمة، وهذا أمر موجود من قديم الزمان، إلا أنه في وقتنا الحاضر ازداد انتشاراً واستفحالا مما جعل الحاجة ماسة لبيان أحكامه.

ومن خلال إعمال النظر والبحث في كثير من مسائل المعاملات المالية وجدت أن موضوع " أثر التقادم في المعاملات المالية " جديرٌ بالدراسة، وذلك لما يأتي:

1- ارتباط هذا الموضوع بحياة الناس، وإجابته عن همومهم وأسئلتهم.

1 سورة يوسف، الآية 111.

2 الجامع لأحكام القرآن للقرطبي، مطبعة دار الكتب المصرية، 1358هـ 1939م، القاهرة، ج 9 ص 277.

3 نظرية صكوك الإجارة في الفقه الإسلامي وتطبيقاتها المعاصرة: الدكتور سالم أياط ص 1 مع شيء من التصرف.

2- تشعب أقوال أهل العلم وكثرتها في هذه المسألة، جعلني أرغب في جمع وتحرير القول فيه انطلاقاً من مذهبنا المالكي حتى أبرز لطلاب العلم أن الفقه المالكي فقه حي ومتطور، وقادر على مسيرة المستجدات وتنزيلها في كل زمان ومكان.

أهمية البحث وأهدافه:

تكمن أهمية هذا البحث في تعريف التقادم في المعاملات المالية في فقهاء المالكي الزاخر وبيان أثره في استحقاق الحقوق أو إبطالها، مع تطبيقات معاصرة. إلا أننا لا نجد مع - كامل الأسف - إلا في القانون الوضعي، لأن الشريعة الإسلامية السمحة قد بدلت بهذه القوانين فنحن كما قال القائل: استبدلنا العذب بالعذاب. فهذه القوانين - التي تلتقي في بعض جوانبها مع الفقه الإسلامي ولله الحمد - جعلني أقوم بدراسة هذا الموضوع في المذهب المالكي وتذييله بتطبيقات معاصرة من القانون المغربي فجاء عنوانه على النحو التالي: " أثر التقادم في اكتساب الحقوق وإسقاطها في الفقه المالكي وتطبيقاته المعاصرة في القانون المغربي " .

إشكالية البحث

يمكن حصر إشكالية هذا البحث في المسائل التالية:

- ما مفهوم التقادم؟.
- ما أثره على الحقوق المالية؟.
- هل تبطل الحقوق بمضي الزمن، إذا كانت هناك أعذار؟.

سبب اختيار الموضوع:

إن أهم الأسباب التي دفعتني لاختيار هذا الموضوع إنما تتمثل في أهميتها الكبرى التي تبرز من خلال ما يلي:

1- هذا الموضوع يجمع بين الأصالة والمعاصرة، فالناس في حاجة ماسة لمعرفة أحكام التقادم وآثاره في شرع الله، مع ما يجري به العمل من القوانين ذات الصلة.

2- من خلال بحثي واطلاعي المحدود في هذا الموضوع، لم أعث على بحث متكامل يتناول هذا الموضوع بشكل مفصل في الفقه المالكي، أو يستعرض جميع العناصر والجوانب التي شملها، بحيث لا توجد معالمه إلا متناثرة في ثنايا الكتب الفقهية المالكية، فجمع المتناثر وتقريبه للناس أمر مطلوب ومحتاج إليه، سيما في وقتنا الحاضر.

3- رد الاقتراءات عن الفقه المالكي بصفة خاصة، والفقه الإسلامي بصفة عامة التي تزعم بأنه جامد ولا يساير المستجدات، وأن القوانين الوضعية كانت سبابة في هذا المجال، فأنا أصبو إلى المساهمة في جمع ما استطعت من تراث الفقه المالكي، والاعتناء به والتركيز على أنه صالح لكل زمان ومكان، وقادر على مسايرة الوقائع والأحداث.

4- تحفيز الباحثين على جمع ما تفرق في بطون الكتب، ليكون لهم معيناً وزاداً على الاستزادة من العلم الشرعي النافع.

لا أنكر أن البحث تخللته صعوبات كبيرة، تمثلت أولاً: في قلة المصادر والمراجع المعاصرة، التي تناولت هذا الموضوع في إطاره الفقهي الرصين، باستثناء بعض المراجع التي تناولته من باب مقارنته بالقانون الوضعي، وثانياً: في استقراء كلام فقهاء المذهب خصوصاً إذا كان بينهم اختلاف شديد يصعب معه الترجيح أحياناً، إذا كان الباحث قليل البضاعة مثلي.

وثالثاً: في قلة التطبيقات المعاصرة للتقادم اللهم بعض التطبيقات اليسيرة التي توجد في بعض المجالات القانونية التي تصدر في نوبات متفرقات.

من باب الأمانة العلمية، لا أدعي الأسبقية إلى دراسة هذا الموضوع، إذ سبقني إلى التطرق إليه أساتذة كرام وباحثون أفاضل، إلا أنه يمكنني أن ألفت النظر إلى:

- إن هذه الجهود اقتصرت على بيان هذه النظرية الفقهية العامة بصورة شاملة، كما هو الشأن بالنسبة لمؤلفي الأستاذ الدكتور محمد سعيد المعيني، اللذين عنون الأول منهما ب: (أثر التقادم في الفقه الإسلامي دراسة مقارنة) حيث ركز على الجانب الجنائي. كما غلب على المؤلف الدراسة القانونية، ولم يركز على الدراسة الفقهية.

أما كتابه الثاني: (النظرية العامة للتقادم في الفقه الإسلامي دراسة مقارنة) فقد ركز فيه على الجانب المدني (الحيازة نموذجاً)، بحيث لم يتطرق إلى المباحث العامة والتفريعات الفقهية.

واقترنت مباحث أخرى على معالجة بعض جوانب التقادم، وإغفال الجوانب الأخرى، كما هو الشأن في رسالة الدكتور محمد عبد الجواد والتي عنونها ب: (الحيازة والتقادم في الفقه الإسلامي) حيث ركزت هذه الدراسة على الجانب الفقهي المقارن، وكان همه الأكبر جمع النصوص الفقهية من كتب المذاهب الفقهية المختلفة، دون ترجيح منه لبعض الآراء.

ثم وجدت رسالة تحت عنوان: (تقادم الدعوى الجنائية في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي) لمؤلفها الدكتور ساح السيد جاد، حيث قارن الأستاذ الباحث بين الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي.

وهذه الأخيرة لا تفيدنا في شيء لسببين:

- الأول: أنها خاصة بتقادم الدعوى الجنائية، بينما موضوع دراستنا خاص بالتقادم في المعاملات المالية وفي المذهب المالكي.

- الثاني: أنها دراسة مقارنة بالقانون الوضعي، وموضوعنا ليس دراسة مقارنة بحثة إنما تناول بعض التطبيقات المعاصرة للتقادم من القانون المغربي، لأنه حل محل الشريعة الإسلامية، وإن كانت بعض هذه التطبيقات المعاصرة تلتقي مع المذهب المالكي، إذ لازلنا نعتمد على الفقه المالكي في غالب الحقوق العينية ومدونة الأسرة. إذ لا بديل لنا عنه كلها أمعنا التمحيص في النوازل والقضايا المستجدة عبر العصور.

ثم وقفت على رسالة دكتوراه بعنوان "أحكام الحيازة والتقادم في الفقه الإسلامي دراسة مقارنة بالقانون الوضعي" للدكتور عبد اللطيف بن عبد العزيز بن عبد الرحمان بن عبد اللطيف آل الشيخ، وهذه الرسالة من أحسن المؤلفات في هذا الباب، إذ يستفاد في جوانب منها الخاصة بالفقه المالكي، إلا أن صاحبها لم يطل النفس في هذا الباب بل انساق مع الدراسة المقارنة، وشملت هذه الدراسة كذلك المذاهب غير السنية المشهورة كفقه الإباضية.

وبناء على ما سبق رأيت من الواجب علي الاهتمام بالمجهودات السابقة القيمة، لأنها تنير لي الطريق وإن كانت غير متكاملة وأبحث موضوع التقادم في الفقه المالكي وأثره في اكتساب الحقوق وإسقاطها، ثم أذيله ببعض التطبيقات المعاصرة من القانون المغربي وهذا ما جعل هذه الدراسة مختلفة تماما عن سابقتها، لأنها تجمع هذا الموضوع المتشعب المتناثر في ثنايا كتب فقهاء المالكية في موضوع متكامل، ولا أدعي الكمال لأنه عزيز.

منهج البحث:

يمكن تلخيص منهجي في هذه الرسالة المتواضعة في عدد من النقاط أجملها فيما يلي:

1- حرصت كل الحرص على وحدة الموضوع حتى يكون منسجما، وذلك بربط أبوابه وفصوله ومباحثه بعضها البعض، وذلك في حدود الطاقة والقدرة.

2- اعتمدت في هذا البحث على المنهج الاستقرائي، الوصفي، فقد رجعت حسب الاستطاعة إلى أغلب مصادر الفقه المالكي محاولا التوفيق بينها في كثير من الأحيان، كما تطلب البحث منهج تحليلي تأصيلي في دراسة الحيازة والتقدم والوقوف على الجوانب التطبيقية لهذا الأخير.

3- استقيت جميع معلومات هذه الدراسة المباركة من المصادر الأصلية للفقه المالكي، بدءا من المدونة الكبرى، ثم بقية كتب الفقه المالكي حتى المتأخرة منها.

4- عنيت بذكر اختلاف أقوال علماء المذهب محاولا الجمع بينها إن أمكن، وإلا صرت إلى الترجيح إن تعذر الجمع. فأسرد الأقوال المختلفة والآراء المتضاربة ثم أتبعها بقولي: "القول المختار".

5- رجعت إلى العديد من المراجع الحديثة التي اهتمت بهذا الموضوع، سواء الفقهية منها أو القانونية، وأفدت منها فيما يتعلق بموضوع بحثي، وإن كان استعمالها لها على سبيل الإرشاد أو الاسترشاد.

6- ترجمت لعدد من أعلام المذهب المالكي كلما رأيت أن الدراسة تتطلب ذلك.

7- قمت بعزو الآيات القرآنية الكريمة إلى سورها، وذلك بذكر اسم السورة التي وردت فيها ورقم الآية انطلاقا من رواية ورش عن نافع.

8- خرجت جميع الأحاديث النبوية الشريفة تخريجا علميا بذكر الكتاب والباب مع الاعتناء بذكر أقوال علماء الحديث عليها قدامى ومحدثين، إذا لم يكن الحديث في الصحيحين أو أحدهما لاتفاق الأمة على أن من أخرج له البخاري ومسلم فقد جاوز القنطرة.

9- اهتمت اهتماما بالغاً بتوضيح معاني الغريب من الأقوال أو المصطلحات الفقهية أو الأصولية.

10- أطلت النفس في نقل النصوص الفقهية التي مست الحاجة إلى نقلها وإن كانت طويلة في بعض الأحيان زيادة في البيان والإيضاح.

11- ذكرت بعض القواعد الفقهية والأصولية التي احتاج البحث إليها من غير تطويل ممل أو تقصير مخل.

12 ذكرت بعض التطبيقات المعاصرة للتقادم من كتب القانون المغربي، كما أشرت إلى بعض قرارات المجلس الأعلى للقضاء عند بحث بعض القضايا الفقهية الحديثة.

خطة البحث

تضمنت هذه الدراسة مقدمة ومدخلا وفصلا تمهيدا وبابين وخاتمة.

أما المقدمة فتطرق فيها لأهمية البحث، وإشكاليته، والدراسات السابقة، وصعوباته.

وأما المدخل فدار حول التقادم ونشأته في الفقه الإسلامي.

وخصصت الفصل التمهيدي لبيان أسباب كسب الملكية كما نص عليها غير واحد من الكتاب المعاصرين.

وذلك من خلال مبحثين:

عرفت في المبحث الأول المال والملك، وذكرت أقسامهما كل ذلك انتظمه مطلبان:

الأول في تعريف المال

والثاني في أقسام المال

والمبحث الثاني لتعريف الملك وأقسامه من خلال مطلبين:

الأول: في تعريف الملك

والثاني: في أقسام الملك

وبينت في المبحث الثالث أسباب الملكية من خلال خمسة مطالب.
المطلب الأول: الاستيلاء على الأموال المباحة.
المطلب الثاني: التولد عن المملوك.
المطلب الثالث: الخلفية.
المطلب الرابع: العقود الناقلة للملكية.
المطلب الخامس: الحيازة.

وعرفت في المبحث الرابع بالغصب وأحكامه في الفقه المالكي، لأننتقل بعد ذلك إلى الباب الأول حيث فصلت الكلام عن الحيازة ومشروعيتها وشروطها وموانعها وأقسامها ومجالاتها، كل ذلك من خلال ثلاثة فصول.

خصصت الفصل الأول لتعريف الحيازة ومشروعيتها وأركانها انتظم ذلك ثلاثة مباحث.

عرفت في المبحث الأول بالحيازة من خلال مطلبين:
المطلب الأول في تعريف الحيازة في اللغة.
والمطلب الثاني في تعريف الحيازة في الاصطلاح.

وأما المبحث الثاني فليبان مشروعية الحيازة من خلال مطلبين:
المطلب الأول في الأدلة النقلية.
المطلب الثاني في الأدلة العقلية.

وبينت في المبحث الثالث أركان الحيازة واندرج تحته أربعة مطالب.
المطلب الأول: الحائز
المطلب الثاني: المحوز عليه
المطلب الثالث: الشيء المحوز

المطلب الرابع: الحيابة أو الحوز

انتقلت بعد ذلك إلى الفصل الثاني حيث عرفت فيه شروط الحيابة وموانعها من خلال

مبحثين:

خصصت المبحث الأول لشروط الحيابة.

والمبحث الثاني لموانع الحيابة.

وأما الفصل الثالث فذكرت فيه أقسام الحيابة ومجالاتها ومددها وكيفية الشهادة على

الحيابة في الفقه المالكي، اندرج تحته ثلاثة مباحث:

المبحث الأول: في أقسام الحيابة في الفقه المالكي. وضم مطلبين:

المطلب الأول في أقسام الحيابة بالنظر إلى العلاقة بين الحائز المحوز عليه.

وضم المطلب الثاني أقسام الحيابة بالنظر إلى طبيعة الشيء المحوز.

وأما المبحث الثاني ففي مدد الحيابة في الفقه المالكي. وضم ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: المدة عند ابن القاسم

المطلب الثاني: المدة عند المواق

المطلب الثالث: المدة عند الشيخ خليل

المبحث الثالث: في مجالات الحيابة، واندرج تحته مطلبان:

المطلب الأول في العقارات.

المطلب الثاني في المنقولات.

وأما المبحث الثالث ففي الشهادة على الحيابة وكيفية الشهادة في الفقه المالكي، وضم أربعة

مطالب:

المطلب الأول في كيفية الشهادة على السماع.

المطلب الثاني: في صفة شهادة السماع في الفقه المالكي.

المطلب الثالث: مجال شهادة السماع بالنسبة للحيازة.

المطلب الرابع: في بيئة اليد وبيئة الخارج وحكم تعارضهما.

انتقلت بعد ذلك كله إلى الباب الثاني، بينت فيه أثر التقادم في اكتساب الحقوق

وإسقاطها، وتطبيقاته المعاصرة في القانون المغربي من خلال:

ثلاثة فصول:

عرفت في الفصل الأول الأحكام العامة للتقادم من خلال أربعة مباحث.

المبحث الأول في تعريف التقادم ومشروعيته. واندرج تحته مطلبان:

المطلب الأول في تعريف التقادم في اللغة والاصطلاح

والمطلب الثاني في مشروعية التقادم وحجتيته.

وأما المبحث الثاني ففي وقف التقادم وانقطاعه. من خلال مطلبين:

المطلب الأول في وقف التقادم.

والمطلب الثاني في انقطاع التقادم.

وبينت في المبحث الثالث مدد التقادم من خلال مطلبين.

المطلب الأول في مدد التقادم المختلفة.

والمطلب الثاني في كيفية حساب مدد التقادم.

وعرضت في المبحث الرابع مسائل التقادم في الفقه المالكي. وضم ذلك ستة مطالب:

المطلب الأول في تقادم الشفعة.

والمطلب الثاني في تقادم خيار العيب في البيع

والمطلب الثالث في تقادم اللقطة.

والمطلب الرابع في تقادم الضرر.

والمطلب الخامس في تقادم نفقة الزوجة والأقارب.

والمطلب السادس في تقادم الدين.

وأما الفصل الثاني فبينت فيه أثر التقادم في اكتساب الحقوق وإسقاطها من خلال

مبحثين:

خصصت المبحث الأول لبيان أثر التقادم في اكتساب الحقوق وإسقاطها في الفقه

المالكي.

والمبحث الثاني لبيان أثر التقادم في اكتساب الحقوق وإسقاطها في القانون المغربي.

وعرضت في الفصل الثالث لتطبيقات معاصرة للتقادم في القانون الوضعي المغربي.

من خلال مبحثين:

تحدثت في المبحث الأول عن تقادم الكمبيالة من خلال خمسة مطالب:

المطلب الأول في تعريف الكمبيالة.

والمطلب الثاني في أحكام التقادم الصرفي في الكمبيالة.

والمطلب الثالث في خصوصيات التقادم الصرفي في الكمبيالة.

والمطلب الرابع في مدد التقادم الصرفي في الكمبيالة.

والمطلب الخامس في آثار التقادم الصرفي وانقطاعه في الكمبيالة.

وأما المبحث الثاني في تقادم الشيك. وضم ثلاثة مطالب:

المطلب الأول في تعريف الشيك.

والمطلب الثاني في أحكام التقادم الصرفي في الشيك.

والمطلب الثالث في مدد التقادم الصرفي في الشيك

وأنتيت عملي بخاتمة تضمنت ما انتهت إليه من نتائج، بعد تتبع مسائل موضوع التقادم وأثره في اكتساب الحقوق وإسقاطها. وذيلته بجملته من الفهارس التكميلية المطلوبة أكاديميا من فهرس الآيات والأحاديث والأعلام والقواعد الفقهية والأصولية والموضوعات، وآخر دعوانا أن الحمد لله رب العالمين.

الفصل التمهيدي:

أسباب كسب الملكية في الفقه

الإسلامي.

المبحث الأول: في تعريف المال والملك وأقسامهما.

المال بطبيعته محل الملكية إلا إذا وجد مانع من الموانع، وهو في الغالب محل المعاملات المالية كالبيع والشراء والإيجار والشركة والوصية والهبة ونحوها، وهو عنصر ضروري من ضرورات الحياة التي لا يمكن للإنسان أن يستغني عنها فما هو المال وما هي أقسامه؟

المطلب الأول: في تعريف المال.

الفرع الأول: تعريف المال في اللغة.

استعمل العرب المال في عدة معان، وأطلقته على عدة أشياء تختلف من بلد إلى آخر، ومن قبيلة إلى أخرى.

فهو في لغة دوس اسم للثياب والعروض والمتاع. دون الذهب والفضة¹.

ومنه حديث أبي هريرة رضي الله عنه: "خرجنا مع رسول الله ﷺ عام خيبر فلم نغنم ذهباً ولا ورقاً إلا الأموال الثياب والمتاع .."².

فأطلق أبوهريرة رضي الله عنه الأموال على الثياب والمتاع، ولم يسم الذهب والورق مالا وهي لغة قومه دوس لأن أبا هريرة دوسي.

وفي لغة أخرى: المال: هو الصامت من الذهب والفضة خاصة³.

¹ أحكام القرآن للحافظ أبي بكر محمد بن عبدالله المعروف بابن العربي، تحقيق محمد عبدالقادر عطا دار الكتب العلمية : 2008، ج 8 ص 156.

² أخرجه البخاري في كتاب الأيمان والندور باب هل يدخل في الأيمان والندور الأرض والغنم والزروع والأمتعة وغيرهما.

³ الجامع لأحكام القرآن محمد بن أحمد بن أبي بكر بن فرح القرطبي، تحقيق أحمد البراوني وإبراهيم أطفيش، دار الكتب المصرية القاهرة الطبعة الثانية: 1384هـ، ج 8 ص 151.

وفي لغة البدو: المال هو الماشية من إبل وبقر وغنم¹، وبه فسر حديث النبي عن إضاعة المال²، وأن المراد به الحيوان، وقيل المال هو الإبل خاصة، ومنه قولهم (المال الإبل)³.

وقال ابن الأثير: (المال في الأصل ما يملك من الذهب والفضة ثم أطلق على كل ما يقتنى ويملك من الأعيان، وأكثر ما يطلق المال عند العرب على الإبل لأنها كانت أكثر أموالهم... وقد تكرر ذكر المال على اختلاف مسمياته في الحديث، ويفرق فيها بالقرائن)⁴.

قال الحافظ ابن عبد البر: (المعروف من كلام العرب أن كل ما تمول وتملك فهو مال)⁵.

ومجموع هذه التعاريف يفيدنا أن المال عند أهل اللغة: كل ما يقتنى ويحوزه الإنسان بالفعل سواء كان عينا أم منفعة، كالذهب والفضة أو الحيوان أو منافع الشيء كالركوب واللبس، والسكنى، أما ما لا يحوزه الإنسان فلا يسمى مالا في اللغة كالسمك في الماء والطير في الهواء والأشجار في الغابات والمعادن في باطن الأرض⁶.

الفرع الثاني: تعريف المال في الاصطلاح.

اختلفت أقوال الفقهاء في تعريفهم للمال وتباينت آراؤهم ولم يتفقوا على تعريف واحد.

¹ الجامع لأحكام القرآن ج 151/8 .

² ولفظه " وكره لكم قيل وقال وكثرة السؤال وإضاعة المال " أخرجه البخاري في كتاب الاستقراض وأداء الديون والحجر والتفليس باب ما ينهى عن إضاعة المال.

³ ينظر العذب الزلال في فقه الأموال لسماحة شيخنا العلامة الأصولي الفقيه سيدي محمد التاويل رحمه الله ص 6 مطبعة أميمة فاس الطبعة الأولى: 1435 هـ 2014 م.

⁴ النهاية في غريب الحديث والأثر، مجد الدين أبو السعادات المبارك بن محمد بن محمد بن محمد ابن عبد الكريم الشيباني الجزري ابن الأثير (المتوفى: 606هـ)، تحقيق: طاهر أحمد الزاوي - محمود محمد الطناحي، المكتبة العلمية - بيروت، 1399 هـ - 1979 م، 373/4.

⁵ الجامع لأحكام القرآن ج 151/8 .

⁶ الفقه الإسلامي وأدلته للدكتور وهبة الزحيلي 4 / 398 دار الفكر، دمشق الطبعة الرابعة

فعره الفقيه المالكي الحافظ أبو بكر بن العربي بقوله: (المال ما تمتد إليه الأطماع ويصلح عادة وشرعا للانتفاع به)¹.

في حين عرفه الإمام الشاطبي بقوله: (وأعني بالمال ما يقع عليه الملك واستبد به المالك عن غيره إذا أخذه من وجهه ويستوي في ذلك الطعام والشراب واللباس على اختلافها وما يؤدي إليها من جميع المتمولات)².

وهذان التعريفان وإن اختلفت ألفاظهما فإنهما يلتقيان في اعتبار الملكية والانتفاع عنصريين أساسيين لثبوت صفة المالية للشيء، وأن يكون مملوكا، وأن يكون منتفعا به.

فإن قول الشاطبي: (ما يقع عليه الملك) يعني بالضرورة إباحة الانتفاع به مع ذلك لما هو معلوم في الذهب من أن شرط الملك أن يكون الشيء منتفعا به انتفاعا شرعيا، أما الشيء الذي لا منفعة فيه، أو تكون منفعته محرمة شرعا كالخمر والكلب غير المأذون فيه، والميتة والخنزير لا يصح تملكه)³.

لما رواه جابر بن عبد الله رضي الله عنهما أنه سمع رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول عام الفتح وهو بمكة " إن الله ورسوله حرم بيع الخمر والميتة والخنزير والأصنام فقليل يا رسول الله أرأيت شحوم الميتة فإنها (فإنه) يطلى بها السفن ويدهن بها الجلود ويستصبح بها الناس فقال لا

¹ أحكام القرآن 388/1.

² الموافقات في أصول الشريعة: إبراهيم بن موسى بن محمد اللخمي الشاطبي ج 4/ص 33 تحقيق: أبو عبيدة مشهور بن حسن آل مشهور دار ابن عفان الطبعة الأولى: 1417هـ - 1997م.

³ شرح مختصر خليل: محمد بن عبد الله الخرشبي ج 4/ص 374 وبهامشه حاشية العدوي دار الفكر للطباعة بيروت بدون طبعة وبدون تاريخ.

هو حرام ثم قال رسول الله صلى الله عليه وسلم عند ذلك قاتل الله اليهود إن الله لما حرم شحومها جملوه (أجملوه) ثم باعوه فأكلوا ثمنه "1.

ويفهم من هذا الحديث أن هذه المذكورات وما شابهها يحرم تملكها ولا يصح الانتفاع بها إلا في حالة الضرورة الشرعية، وهذا المعنى هو الذي قصده ابن العربي رحمه الله بقوله: (ويصلح عادة وشرعا للانتفاع به) ومعناه يملك ويعد للانتفاع به انتفاعا شرعيا².

وعرفه الإمام الشافعي بقوله: (ما له قيمة يباع بها، ويلزم متلفه، وإن قلت وما لا يطرحه الناس مثل الفلاس وما أشبه ذلك)³.

وعرفه الشافعي أيضا بقوله: (ولا يقع اسم مال ولا علق إلا على ما له قيمة يباع بها، ويكون إذا استهلكها مستهلك أدى قيمتها وإن قلت وما لا يطرحه الناس من أموالهم مثل الفلاس وما أشبه ذلك)⁴.

وهذا التعريف يركز على عنصرين أساسيين كذلك لتحقق مالية الشيء وهما:

(1) كون الشيء له قيمة يباع بها وإن كانت قليلة.

(2) كون هذا الشيء مما يتولاه الناس ويقتنونه ولا يطرحونه، فالأشياء التي لا قيمة لها،

والأشياء التي يطرحها الناس لا تعتبر مالا.

¹ أخرجه البخاري : كتاب البيوع باب بيع الميتة والأصنام ومسلم : كتاب المساقاة باب تحريم بيع الخمر والميتة والخنزير والأصنام.

² ينظر العذب الزلال لشيخنا سيدي محمد التاويل ص 8.

³ الأشباه والنظائر في قواعد وفروع فقه الشافعية: الإمام جلال الدين عبد الرحمان السيوطي ص 258 مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده بمصر الطبعة الأخيرة 1378 هـ/1959 م .

⁴ الفقه الإسلامي وأدلته ج 4 ص 400.

وهكذا تتفق هذه التعاريف الثلاثة: (تعريف ابن العربي والشاطبي والشافعي) على شمول لفظ المال للأعيان والمنافع، فكلاهما له قيمة يباع بها ويلزم متلفه قيمتها، وكلاهما تتعلق به الأطماع ويعتد للانتفاع به، وكلاهما يقع عليه الملك ويستبد به المالك¹.

وذهب الحنفية إلى أن المال: هو ما يمكن حيازته وإحرازه وينتفع به عادة، أي أن المالية تتطلب توفر عنصرين:

(1) إمكان الحيازة والإحراز، فلا يعد مالا: ما لا يمكن حيازته كالأموال المعنوية مثل العلم والصحة والذكاء والشرف.

(2) إمكان الانتفاع به عادة: فكل ما لا يمكن الانتفاع به أصلا كالطعام المسموم أو الفاسد أو لحم الميتة، أو ينتفع به انتفاعا لا يعتد به عادة عند الناس كحبة قح أو قطرة ماء أو حفنة تراب، لا يعد مالا لأنه لا ينتفع به وحده، والعادة تتطلب معنى الاستمرار بالانتفاع بالشيء في الأحوال العادية، أما الانتفاع بالشيء حال الضرورة كأكل لحم الميتة عند الجوع الشديد فلا يجعل الشيء مالا، لأن ذلك ظرف استثنائي وهو ما يعبر عنه فقهاء بالاضطرار، وثبتت المالية بتمول الناس كلهم أو بعضهم .

وعرفه ابن عابدين الحنفي بأنه: (ما من شأنه أن يدخر للانتفاع به وقت الحاجة، أو هو ما يميل إليه الطبع ويمكن ادخاره لوقت الحاجة)².

والتأمل في تعريف الأحناف يجدهم قد حصروا الأموال في الأعيان المادية وأما المنافع والحقوق فليست أموالا عندهم وإنما هي ملك لا مال، بينما اعتبرها جمهور الفقهاء أموالا، لأن المقصود من الأشياء منافعها لا ذواتها.

¹ العذب الزلال في فقه الأموال لشيخنا ص 8.

² رد المحتار على الدر المختار: ابن عابدين، محمد أمين بن عمر بن عبد العزيز عابدين الدمشقي الحنفي ج 3 ص 4 دار الفكر- بيروت الطبعة الثانية 1412هـ- 1992م.

واختار بعض الفقهاء تعريفاً آخر للمال على مذهب الأحناف فعرّفه بأنه: (ما يمكن يمكن حيازته وحرزه وينتفع به عادة)¹.

فاستغنى عن كلمة الادخار بإمكان الحيازة والحرز، وهما ممكّنان في جميع الأموال، ما يدخر منها وما لا يدخر ولكنهما غير ممكّنين في المنافع لأنها لا تحاز ولا تحرز. وبهذا يتفق هذا التعريف مع التعريفين قبله في استبعاد المنافع من دائرة الأموال بالإضافة إلى شموله ما يدخر وما لا يدخر، وما تميل إليه الطباع وما تنفر منه، فكان تعريفاً جامعاً مانعاً على مذهب السادة الحنفية رحمهم الله.

وهكذا أيضاً تتفق هذه التعاريف على تحديد العناصر الضرورية للمالية الشيء وهي:

1- إمكان الحيازة والحرز حسب التعريف الأخير، أو إمكانية الادخار حسب التعريف الأول والثاني مما يعني:

أ- قصر المالية على الأعيان دون المنافع.

ب- أنه يكفي في تحقيق المالية مجرد إمكان الحرز وإن لم يقع حرز ولا حيازة بالفعل، فيشمل ذلك الأعيان التي لا يد لأحد عليها من ماء ومعادن في باطن الأرض وسمك في البحر وطيور في الهواء وغير ذلك، فذلك كله مال عند هؤلاء بخلاف اللغويين فالمال عندهم ما كان محوزاً محرزاً في يد حائز.

2- إمكانية الانتفاع بالعين انتفاعاً عادياً من لدن جميع الناس أو بعضهم فيخرج:

أ- ما لا ينتفع به كالميتة وغيرها .

¹ العذب الزلال ص 10.

ب- ما ينتفع به انتفاعا لا يعتد به عادة عند الناس كقطرة ماء.

التعريف المختار

بعد هذا العرض الموجز لتعاريف الفقهاء للمال تطمئن نفسي وينشرح صدري لتعريف جامع مانع وهو:

" ما تمتد إليه الأطماع ويصلح عادة وشرعا الانتفاع به " لأن المال عند جمهور الفقهاء يشمل الأعيان والمنافع".

المطلب الثاني: أقسام المال.

قسم الفقهاء المال إلى عدة أقسام يترتب عليها أحكام مختلفة بحسب كل قسم وسأكتفي ببيان قسمين رئيسين إن شاء الله تعالى .

الفرع الأول: باعتبار استقراره في محله وعدم استقراره.

وينقسم بهذا بحسب الاستقرار إلى قسمين:

عقار ومنقول وقد اختلف الفقهاء في التمييز بينهما:

فذهب الحنفية أن العقار هو المال الثابت الذي لا يمكن نقله من مكان إلى آخر كالدور والأراضي .

والمنقول هو ما يمكن نقله من مكان إلى مكان سواء بقي على صورته التي هو عليها كالحيوان والأثاث والنقود أو تغير بالنقل¹.

ويلاحظ أن البناء والشجر والزرع في الأرض لا يعد عقارا عند الحنفية إلا تبعا للأرض، فلو بيعت الأرض المبنية أو المشجرة أو المزروعة طبقت أحكام العقار على ما يتبع الأرض من

¹ رد المحتار لابن عابدين الحنفي 408/3.

البناء ونحوه، أما لو بيع البناء ونحوه، أو الشجر وحده من غير الأرض فلا يطبق عليها حكم العقار. إذن فالعقار عند الحنفية لا يشمل إلا الأرض خاصة، والمنقول يشمل ما عداها¹.

وقسم فقهاء المالكية الأموال إلى أصول وغيرها، وتشمل الأصول عندهم الأرض وما اتصل بها من بناء وشجر، وقسموها إلى رباع وهي الدور والحمامات والأبنية من كل ما له ربع وعتبة.

الفرع الثاني: باعتبار إباحة الانتفاع به وحرمة إلى: متقوم وغير متقوم.

المال المتقوم: كل ما يقدر الإنسان على إحرازه وأباح الشرع الانتفاع به كأنواع المطعومات والمنقولات والعقارات ونحوها.

وغير المتقوم: هو كل ما لا يقدر الإنسان على إحرازه² ولم يباح الشرع الانتفاع به إلا في حالة الضرورة الشرعية - والضرورة تقدر بقدرها-³.

¹ المصدر نفسه.

² كالطير في الهواء والسمك في الماء والمعادن في باطن الأرض.

³ كالخمر والخنزير بالنسبة للمسلم فهما غير متقومين شرعاً، ولا يباح للمسلم الانتفاع بهما إلا عند الضرورة الشرعية كدفع خطر جوع شديد أو عطش شديد يخشى معه الهلاك، ولا يجد المسلم شيئاً آخر سواهما فيباح له الانتفاع بأحدهما بقدر ما يدفع الهلاك عن نفسه، ينظر الأشباه والنظائر للإمام السيوطي ص 84.

المبحث الثاني: في تعريف الملك وأقسامه

المطلب الأول: تعريف الملك.

الفرع الأول: في اللغة.

إن الباحث في معاجم اللغة العربية يجد أن معنى الملك احتواء الشيء والقدرة على الاستبداد به والتصرف بانفراد

قال ابن منظور: (الملك احتواء الشيء والقدرة على الاستبداد به)¹.

وقال صاحب القاموس المحيط (ملكه يملكه ملكا مثلثة الميم وملكه محركة احتواه قادرا على الاستبداد به)².

وفي تاج العروس: (ملكه يملكه تملكا استبد به، نقله ابن سيده عن اللحياني، ولم يحكها غيره، وقال غيره، تملكه تملكا: ملكه قهرا)³.

فهذه التعاريف تفيدنا أن التملك هو الاستبداد بالشيء أو هو الملك قهرا.

والملكية مصدر صناعي صيغ من المادة منسوبا إلى الملك، ويدل على الاستئثار والاستبداد بما يتعلق من الأشياء⁴.

¹ لسان العرب ج10/492 مادة م-ل-ك .

² القاموس المحيط: محمد بن يعقوب الفيروز آبادي مجد الدين ج3/320 تحقيق محمد نعيم العرقسوسي الطبعة الثامنة مؤسسة الرسالة 1426هـ - 2005م .

³ تاج العروس من جواهر القاموس: محمد بن محمد بن عبد الرزاق المرتضى الزبيدي، طبعة الكويت - الطبعة الثانية بدون ذكر تاريخ الطبعة ولا السنة، ج3 ص180..

⁴ قيود الملكية الخاصة: الدكتور عبدالله بن عبدالعزيز المصلح دار المؤيد الطبعة الثانية 1435هـ، ص28 .

والمالكية تعبير عن العلاقة بين المال والإنسان، وذلك بالنظر إلى الإنسان¹.

والمملوكية: تعبير عن هذه العلاقة بالنظر إلى المال².

أما الملكية فهي تعبير عن هذه العلاقة بالنظر إلى نفسه.

ويؤخذ من هذه التعاريف: أن الملك هو احتواء الشيء والاستبداد به.

الفرع الثاني: تعريف الملك في الاصطلاح.

لقد عرف الفقهاء الملك بتعريفات كثيرة ومتقاربة في مرماها وإن اختلفت في معناها، فنما على سبيل المثال لا الحصر: (حكم شرعي مقدر في العين أو المنفعة يقتضي تمكن من يضاف إليه انتفاعه بالمملوك وال عوض عنه، من حيث هو كذلك)³.

وعرفه أيضا بقوله: (إباحة شرعية في عين أو منفعة تقتضي تمكن صاحبها من الانتفاع بتلك العين أو المنفعة أو أخذ العوض عنها من حيث هي كذلك)⁴.

¹ ينظر شرح التلويح على التوضيح، سعد الدين مسعود بن عمر التفتازاني ت793هـ، مكتبة صبيح- مصر، بدون طبعة وبدون تاريخ، ج 3 ص 174 بتصرف.

² ينظر الذخيرة: أبو العباس، شهاب الدين أحمد بن إدريس بن عبدالرحمان المالكي الشهير بالقراقي تحقيق محمد حجي، سعيد أعراب، محمد بوخبزة دار الغرب الإسلامي- بيروت الطبعة الأولى 1994م، ج2 ص60.

³ الفروق: أبو العباس، شهاب الدين أحمد بن إدريس بن عبدالرحمان القراقي دار إحياء التراث العربية الطبعة الأولى القاهرة- مصر 1346هـ، الفرق 180 بين قاعدة الملك والتصرف، ج 3 ص 308.

⁴ المصدر نفسه ج 3 ص 308.

ويتضح من عبارة القراني رحمه الله أن الملك ليس صفة ناشئة عن طبيعة الأشياء، ولا ناشئا عن اصطلاح الناس فيه، وكذلك ليس نتيجة لتعارفهم عليه، وإنما حكم شرعي لا يكون إلا بعد إقرار الشارع الحكيم لوجوده بأسباب شرعية كالعقود الناقلة للملكية والهبة وغيرها¹.

وزيادة في الإيضاح أقول إن الإنسان إذا حاز مالا بطريق من الطرق المشروعة أصبح مختصا به، واختصاصه هذا يمكنه من التصرف فيه والانتفاع به إلا إذا وجد مانع شرعي يمنع من ذلك كالصغر والسفه والجنون ونحوها، كما أن اختصاصه به يمنع الغير من التصرف فيه أو الانتفاع به إلا إذا وجد مسوغ شرعي يجيز له ذلك كالوكالة والولاية والوصاية، وهذا التصرف إنما يثبت بطريق النيابة الشرعية عن غيره، فيكون المجنون أو السفه أو القاصر ونحوهم هو المالك الحقيقي، إلا أنه ممنوع من التصرف في المال بسبب فقدان أهليته² أو نقصها³ ومتى زال المانع عاد له حقه في التصرف في المال.

المطلب الثاني: أقسام الملك.

قسم الفقهاء الملك إلى قسمين:

- ملك تام وآخر ناقص.

* الملك التام:

الملك التام هو ملك ذات الشيء ومنفعته معا، بحيث يثبت للمالك جميع الحقوق المشروعة.

ومن خصائصه: أنه ملك مطلق دائم لا يتقيد بزمان محدود ما دام الشيء محل الملك قائما

ولا يقبل الإسقاط، وإنما يقبل النقل، إذ لا يجوز أن يكون الشيء بلا مالك.

¹ ينظر كسب الملكية في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي: الدكتور محمد دوش حمادة الحديثي، مطبعة المنهل

2016م، ص 46 بتصرف.

² كمثل المجنون والمعته.

³ كمثل الصغير الذي لم يبلغ بعد.

وقد قرر الفقهاء النقل إما بالعقد الناقل للملكية كالبيع، أو الوصية أو الهبة أو الميراث، كما أنه يمنح صاحبه الصلاحيات التامة وحرية الاستعمال والتصرف التام فيما يملك فيجوز لصاحب الملك البيع والهبة أو الوصية أو الوقف، كما يجوز الإعارة والإجارة أنه يملك ذات العين والمنفعة معا¹.

* الملك الناقص:

عرف الفقهاء الملك الناقص بأنه: " ملك العين وحدها، أو المنفعة وحدها، ويسمى ملك المنفعة حق الانتفاع.

وملك المنفعة قد يكون حقا شخصيا للمنتفع²، وقد يكون حقا عينيا³، وهذا النوع يسميه الفقهاء حق الارتفاق ولا يكون إلا في العقار.

وهذا النوع ينقسم إلى ثلاثة أقسام:

1 ملك العين فقط ومعناه أن تكون العين لشخص ومنافعها مملوكة لشخص آخر.

2 ملك المنفعة الشخصي أو ما يسميه الفقهاء بحق الارتفاق وهناك خمسة أسباب لملك

هذا النوع وهي: الإجارة⁴ والإعارة⁵ والوصية والوقف⁶ والإباحة⁷.

¹ ينظر الفقه الإسلامي وأدلته: ج 4 ص 414 مع شيء من التصرف.

² أي: يتبع شخصه لا العين المملوكة.

³ أي يكون تابعا للعين دائما.

⁴ يقصد بها: تملك المنفعة بعوض

⁵ الإعارة هي تملك المنفعة بغير عوض فلهستعير أن ينتفع بالشيء بنفسه، وله أن يعيره لغيره.

⁶ سيأتي تعريفه لاحقا إن شاء الله.

⁷ ومعناها الإذن باستهلاك الشيء أو باستعماله، كالإذن بتناول الطعام أو الإذن الخاص باستعمال ملك شخص معين كركوب سيارته، أو السكن في داره وهو المقصود هنا.

ومن خصائص هذا النوع:

- 1 أنه يقبل التقييد بالزمان والمكان والصفة عند إنشائه : بعكس التام فيجوز مثلا لمن يوصي بمنفعة داره أن يقيد المنتفع بمدة شهر أو سنة.
- 2 أنه يقبل التوارث عند جمهور الفقهاء خلافا للأحناف فلا تورث المنفعة عندهم لأن الإرث يكون للمال الموجود عند الموت، والمنافع لا تعد مالا عندهم.
- 3 على المنتفع ما تحتاجه العين من نفقات إذا كان انتفاعه بها مجانا.
- 4 على المنتفع تسليم العين إلى مالكيها بعد استيفاء منفعته متى طلبها"¹.

¹ ينظر الحديث عن أقسام الملك في كتاب الفقه الإسلامي وأدلته: ج 4 ص: 418 بتصرف.

المبحث الثالث: أسباب الملكية في الفقه الإسلامي

بعد أن تطرقت إلى تعريف المال والمالك وأقسامهما، يحسن بي أن أذكر تعريفا للملكية عند فقهاء المالكية.

عرفها ابن عرفة بقوله: (استحقاق التصرف في الشيء بكل أمر جائز فعلا أو حكما لا بناية)¹ وعرفها العلامة الفقيه ابن معجوز بقوله: (الملكية حق عيني على شيء معين، تعطي صاحبها دون سواه الحق في استعمال ذلك الشيء، واستغلاله، والتصرف فيه، بدون تعسف وضمن الحدود التي رسمها القانون والنظام العام)².

ويتبين من خلال هذا التعريف ما يلي:

أن حق الملكية يحتوي على ثلاثة عناصر أساسية وهي: الاستعمال، والاستغلال والتصرف.

فلا بد للمالك من استعمال ملكه والانتفاع به كدار يسكنها، أو سيارة يركبها.

ويراد بالاستغلال: حق الانتفاع بغلة ذلك الشيء، كأخذ ثمار الأشجار، وكراء السيارة.

ويراد بالتصرف: حق المالك في أن يتصرف في ملكه بأي نوع من التصرفات المادية مثل:

البناء، أو الهدم، أو الإصلاح.

أو القانونية: كالبيع والهبة أو الرهن...³.

¹ شرح حدود ابن عرفة الموسوم " الهداية الكافية الشافية لبيان حقائق الإمام ابن عرفة الوافية " أبو عبد الله محمد الأنصاري الرصاع المتوفى سنة 894هـ القدس للنشر والتوزيع القاهرة الطبعة الأولى 1430هـ - 2009م ص 611 .

² الحقوق العينية : للعلامة ابن معجوز : ص : 61 .

³ ينظر : الحقوق العينية : ص 61 وما بعدها بتصرف .

وكما يقع حق الملكية على الشيء الذي يتقرر عليه هذا الحق منقولاً أو عقاراً¹، فكذلك يقع أيضاً على ما يتفرع عن ذلك الشيء من ثمار وتناج وغيرها، ويمتد بالنسبة للأرض إلى ما فوقها وما تحتها.

وعليه نقول: إن أسباب أو مصادر الملكية في الفقه الإسلامي أربعة وهي:

الاستيلاء على المباح، والتولد من الشيء المملوك، والعقود الناقلة للملكية، والخلفية وفيما يلي تفصيل هذه العناصر:

المطلب الأول: الاستيلاء على المباح.

نقصد بالمال المباح هو كل ما لا يدخل في ملك شخص معين، ولا يوجد أي مانع شرعي من تملكه، كصيد البحر، والماء في منابعه، والحطب والكلأ والشجر في البراري .

(ويتميز الاستيلاء على المباح بما يأتي:

1. إنه سبب منسئ للملكية على شيء لم يكن مملوكاً لأحد.

2. إنه سبب فعلي لا قولي: يتحقق بالفعل أو وضع اليد فيصح من كل شخص ولو

كان ناقص الأهلية كالصبي والمجنون والمحجور عليه، أما العقد فقد لا يصح من هؤلاء أو يكون موقوفاً على إرادة أخرى، وهو سبب قولي)².

ويشترط الفقهاء لإحراز المباح شرطين أساسيين وهما :

¹ سواء كان هذا العقار محفظاً أو غير محفظ.

² ينظر الفقه الإسلامي وأدلته : ج 4 ص 425 مع شيء من التصرف .

1. ألا يسبق إلى إحرازه شخص آخر، لما رواه الإمام البيهقي في السنن الكبرى من حديث أسمر بن مضرس قال: أتيت النبي ﷺ فبايعته فقال: " من سبق إلى ما لم يسبقه إليه مسلم فهو له "1.

2. نية التملك .

والاستيلاء على المباحات له أربعة أنواع :

أولاً: الاصطياد : والصيد: هو وضع اليد على شيء مباح غير مملوك لأحد، وهو يكون بأحد أمرين: الاستيلاء الفعلي على المصيد، أو الاستيلاء الحكمي : وهو اتخاذ فعل يعجز الطير أو الحيوان أو السمك عن الفرار، كاتخاذ الحياض الأسماك، أو الشباك، أو الحيوانات المدربة على الصيد كالكلاب والجوارح المعلمة وبنادق الصيد الحديثة.

والصيد سبب من أسباب الملكية، لكن يشترط فيه الاستيلاء الحكمي لا الحقيقي قصد التملك لقاعدة " الأمور بمقاصدها"²

ثانياً: الاستيلاء على المعادن والكنوز:

المعدن: ما يوجد في باطن الأرض من أصل الخلق والطبيعة، كالحديد والنحاس والذهب والفضة وغير ذلك.

والكنز: ما دفنه المتقدمون في باطن الأرض من الأموال، سواء في الجاهلية أو الإسلام.

¹ السنن الكبرى: كتاب إحياء الموات، باب من أحيا أرضاً ميتة ليست لأحد ولا في حق أحد فهي له. الجزء السادس ص 142 وأخرجه أيضاً في باب القاضي يقدم الناس الأول فالأول فلأول حق السبق والسبق أصل في الشريعة تحقيق محمد عبد القادر عطا. الجزء العاشر ص 139 وابن سعد في الطبقات الكبرى: في ترجمة أبي رفاعة العدوي واسمه تميم الجزء السابع ص 68 تحقيق إحسان عباس.

² الأشباه والنظائر في قواعد وفروع فقه الشافعية: الإمام جلال الدين عبدالرحمان السيوطي المتوفى سنة 911هـ ص 8 مطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده بمصر الطبعة الأخيرة 1378هـ - 1959م .

وفرق فقهاء المالكية بين المعادن والركاز¹، فالمعدن دفن أهل الإسلام، والركاز دفن الجاهلية² وحكمه أن فيه الخمس³.

واختلف قول علماء المالكية في حكم المعادن على ثلاثة أقوال في المذهب⁴ أشهرها أن المعادن لا تملك بالاستيلاء عليها، بل هي للحاكم والإمام يتصرف فيها حسبما تقتضيه المصلحة قال الدردير: (وحكمه أي المعدن من حيث هو لا بقيد العين للإمام أو نائبه يقطعه لمن يشاء أن يجعله للمسلمين)⁵.

وأما حكم الكنز⁶ فالفقهاء فرقوا بين الكنز الذي وجد بأرض المسلمين⁷، وبين الكنز الجاهلي⁸، فالكنز الإسلامي يعد لقطعة ولا يملكه واجده بحال، وحكمه حكم اللقطة فيجب تعريفه، فإن وجد صاحبه سلم إليه، وإلا انتفع به، لكن إن ظهر صاحبه بعدئذ وجب ضمانه⁹،

¹ الركاز: هو ما ركز في باطن الأرض سواء أكان خلق الله كالنحاس، أم كان بصنع الناس كالأموال التي يدفنها الناس فيها ينظر الشرح الكبير ج 1 / ص 490.

² حاشية الدسوقي على الشرح الكبير للعلامة محمد عرفة الدسوقي على الشرح الكبير لأبي البركات أحمد الدردير، وبهامشه الشرح المذكور مع تقريرات للعلامة المحقق محمد عليش دار الفكر 1422هـ - 2002م: ج 1/ص 489.

³ استنادا لما أخرجه مالك في الموطأ عن أبي هريرة رضي الله عنه أن رسول الله ﷺ قال: " جرح العجماء جبار والبئر جبار والمعدن جبار وفي الركاز الخمس " كتاب العقول: باب: جامع العقل .

⁴ ينظر الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي: ج 1/ ص 486 وما بعدها .
⁵ نفس المصدر والصفحة .

⁶ الكنز: هو ما دفنه الناس سواء في الجاهلية أم في الإسلام

⁷ هو: ما وجد به علامة أو كتابة تدل على أنه دفن بعد ظهور الإسلام مثل: كلمة الشهادة أو المصحف، أو آية قرآنية، أو اسم خليفة مسلم ينظر الفقه الإسلامي: ج 4 / ص 429 .

⁸ هو: ما وجد عليه كتابة أو علامة تدل على أنه دفن قبل الإسلام كمنقش صورة صنم أو وثن، أو اسم ملك جاهلي (ينظر الفقه الإسلامي وأدلته: ج 1/ ص 429) .

⁹ ينظر الشرح الكبير مع الدسوقي: ج 4/ ص 121 وبداية المجتهد ج 2 / ص 301 .

وأما الكنز الجاهلي: فرأى علماء المذهب فيه واضح، وهو أن خمسه لبيت مال المسلمين¹، والأربعة أنحاس الباقية فاختلف فيها، فقيل: إن كان في أرض مملوكة فهي لأول مالك لها، أو لورثته، وإلا فهي لبيت المال، وقيل: هي للواجد مطلقا سواء وجدها في أرض مملوكة أم لا، وقيل: إنها للواجد في أرض غير مملوكة أو في أرض ملكها بالإحياء².

ثالثا: الاستيلاء على الكلاً والآجام:

الكلاً: هو الحشيش النابت في الأرض بغير زرع، لرعي البهائم³.
وأما الآجام فهي الأشجار الكثيفة في الغابات أو الأرض غير المملوكة.

وحكم الكلاً: أنه مباح لجميع الناس، فلهم أخذه ورعيه والاستفادة منه، ولا يجوز لأحد أن يستبد به ويمنع الناس منه ولو كان صاحب الأرض والدليل على ذلك قوله ﷺ: "المسلمون شركاء في ثلاث: في الكلاً والماء والنار"⁴,

وقال الخطابي: الكلاً هو الذي ينبت في موات الأرض يرعاه الناس، وليس لأحد أن يحتص به⁵.

وأما الآجام فحكمها يختلف عن حكم الكلاً لأنها من الأموال المباحة التي توجد في أرض غير مملوكة لأحد، فلكل واحد الحق في الاستيلاء عليها، وأخذ ما يحتاجه منها، وليس لأحد منع الناس منها والدليل على ذلك هو نفس دليل إباحة الكلاً لأنهما باقيان على الإباحة الأصلية.

¹ وهو ما يعبر عنه في وقتنا الحاضر بجزينة الدولة .

² ينظر الفقه الإسلامي وأدلته : ج 4 / ص 430 بتصرف:

³ المصباح المنير : ص 138 بتصرف .

⁴ أخرجه أبو داود : كتاب : الإجارة ، باب : في منع الماء ، وصححه الشيخ الألباني في تعليقه على سنن أبي داود ، وابن ماجه : كتاب : الرهون ، باب المسلمون شركاء في ثلاث .

⁵ شرح سنن ابن ماجه للإمام محمد بن يزيد أبو عبدالله القزويني : ج 2 / ص 826 تحقيق محمد فؤاد عبدالباقي الناشر : دار الفكر ، بيروت

"لكن إذا استولى شخص على شيء منها وأحززه صار ملكا له، لكن لولي الأمر¹ تقييد المباح، بمنع قطع الأشجار، رعاية للمصلحة العامة، وإبقاء على الثروة الشجرية المفيدة"² لأن حاجة الإنسان إليها شديدة فذلك من باب المصلحة المرسله والله أعلم.

أما إذا كانت في أرض مملوكة لشخص فلا تكون مباحة، بل هي ملك لمن هي في يده، ولا يجوز لأي أحد أن يستولي على شيء منها إلا بإذنه والله أعلم³. لأن الاستيلاء على أرض مملوكة للغير من الغصب المحرم شرعا.

رابعا: إحياء الأرض الموات: هي الأرض التي لا عمارة فيها، ولا يملكها أحد، وإحيائها يكون بالبناء والغرس والزراعة والحرق وإجراء المياه فيها وغير ذلك⁴ وقد خصصت مبحثا كاملا للحديث عنها قريبا إن شاء الله.

ولكن تطور حياة الناس ووجود الدولة ونظمها وقوانينها، وحماية لممتلكات الناس والملك العام، فإنه تم الحد من الاستيلاء على المباحات، وعلى الأكام والآجام، وعلى أماكن الرعي والاحتطاب، ووضعت قوانين للترخيص للصيد البحري، وخصصت أوقات لذلك، وقوانين للرعي ومحميات وما شابه ذلك... فالمستولي على هذا النوع من الأراضي الموات في وقتنا الحاضر يحاكم بقوة القانون باحتلال الملك العام.

¹ المقصود به هنا الدولة في شخص المسيرين لها .

² الفقه الإسلامي وأدلته : ج 4/427 مع شيء يسير من التصرف .

³ المصدر نفسه بنفس الجزء والصفحة بتصريف كبير .

⁴ القوانين الفقهية في تلخيص مذهب المالكية : أبو القاسم محمد بن أحمد بن جزي الكلبي الغرناطي : راجعه وخرج أحاديثه محمد عبدالسلام محمد سالم ص 261 دار الاعتصام للطبع والنشر والتوزيع 2008 و المعونة على مذهب عالم المدينة ج 2/ ص 862 .

المطلب الثاني: التولد من المملوك.

ويقصد به أن ما يتولد من شيء مملوك مباح يكون مملوكا لصاحب الأصل، لأن مالك الأصل هو مالك الفرع، سواء أكان التولد بفعل مالك الأصل، أم بالطبيعة والخلقة¹.

ومثال التولد بفعل مالك الأصل، كما في حالة غرس الأشجار فتنج ثمارا يصبح مالكا لها، أو إذا قام ببذر الأرض فإنه يصبح مالكا للمحاصيل الزراعية، وذلك لأن حق الملكية يشمل غلة الشيء المملوك.

أما التولد أو الغلة أو الثمار الطبيعية فهي ما يغله الشيء مباشرة من غير أن يحتاج إلى عمل الإنسان، وذلك مثل ما تنبته الأرض من كلاب، وما يتولد عن الماشية والدواب من صوف ووبرٍ وشعر .

وأخيرا المنتجات وهي كل ما ينتج عن الشيء المملوك في فترات منتظمة أو غير منتظمة، ويترتب على ذلك الإنتاج أن يلحق بالشيء المملوك تلف أو نقص في هيأته، وذلك مثل الأشجار المثمرة حينما تقطع أو تقلع من الأرض، والأجار حينما تؤخذ من المقالع، والأنقاض التي تؤخذ بعد هدم الأبنية .

فكل هذه الثمار، والمنتجات وما يتولد عن الشيء المملوك تعتبر ملكا لصاحب الأصل الذي تفرعت عنه، لأن حق الملكية يشملها ويمتد إليها².

¹ الفقه الإسلامي وأدلته : ج 5 ص 510 .

² الحيازة والاستحقاق في الفقه المالكي والتشريع المغربي ص 24 مع شيء يسير من التصرف. والحقوق العينية في الفقه الإسلامي والتقنين المغربي ص 62 وما بعدها بتصريف .

المطلب الثالث: الخلفية.

ومعناها عند الفقهاء : أن يخلف شخص غيره فيما كان يملكه، أو يحل شيء محل شيء آخر، فهي قسمان إذا :

خلفية شخص عن شخص وهي: الإرث والوصية .
وخلفية شيء عن شيء وهي التضمين.

والإرث عرف بتعاريف منها : (خلافة الحي للميت في ماله بحكم الشرع) فهو إذا نصيب مقدر شرعا فهو سبب جبري للتملك يتلقى به الوارث بحكم الشرع ما يتركه المورث من أموال التركة.

والتضمين : هو إيجاب الضمان أو التعويض على من أتلّف شيئاً لغيره، أو غصب منه شيئاً فهلك أو فقد، أو ألحق ضرراً بغيره بجناية أو تسبب، ويدخل فيه الديات¹ وأروش الجنايات².

المطلب الرابع: العقود الناقلة للملكية.

وتعتبر هذه العقود عند الفقهاء من أوسع أسباب التملك، وتشمل عقود المعاوضات المالية كالبيع³، والإجارة⁴، والوصية، والهبة⁵ والوقف⁶، ونحوها، ويدخل في هذه العقود التي هي سبب مباشر للملكية حالتان:

¹ ينظر الفقه الإسلامي وأدلته : ج 4 / ص 431 بتصرف.

² أي الأعيان المالية المقدرة شرعا الواجبة على الجاني في الجراحات..

³ هو: نقل الملك بعوض ينظر مواهب الجليل في شرح مختصر خليل: ج 4 ص 4 .

⁴ عرفها ابن عرفة بقوله: (بيع منفعة ما أمكن نقله غير سفينة ولا حيوان لا يعقل بعوض غير ناشئ عنها بعضه يتبع بعض بتبعيها) شرح حدود ابن عرفة للرصاع : ص 512 .

⁵ الهبة: تملك بلا عوض ينظر : مواهب الجليل من أدلة خليل : الشيخ أحمد بن أحمد المختار الجكني الشنقيطي: ج 4 ص 174 دار الكتب العلمية - بيروت لبنان : 1426هـ/2005 م .

⁶ عرفه ابن عرفة بقوله: (إعطاء منفعة شيء مدة وجوده) ينظر: شرح حدود ابن عرفة : ص 538 .

- الأولى : العقود الجبرية التي تجرئها السلطة القضائية مباشرة، نيابة عن المالك الحقيقي كبيع الأموال المحتكرة، وبيع مال المدين جبرا عنه لوفاء ديونه، فالتملك في هذه الحالة يتمك عن طريق عقد بيع صريح بإرادة القضاء.

- الثانية: نزع الملكية الجبري. وله صورتان:

أ- الشفعة وهي في اصطلاح فقهاؤنا كما عرفها ابن عرفة بقوله: (استحقاق شريك أخذ مبيع شريكه بثمنه)¹.

ب- الاستملاك للصالح العام: وهو استملاك الأرض بسعرها العادل جبرا عن صاحبها للضرورة أو المصلحة العامة، كتوسيع مسجد، أو طريق أو بناء مدرسة أو مستشفى أو نحوها، والتملك من هذا الطريق يتمك بناء على عقد شراء جبري مقدر بإرادة السلطة. وعليه فالعقد المسبب للملكية إما أن يكون رضائيا أو جبريا، والجبري: إما صريح كما في بيع المدين، أو مفترض كما في الشفعة ونزع الملكية².

المطلب الخامس: الحيابة.

اتفق فقهاؤنا على أن الحيابة التي توفرت شروطها وانتفت موانعها، ومضت عليها المدة المعتبرة فإنها تكون سببا من أسباب لللك كما نص ذلك الشيخ خليل رحمه الله تعالى بقوله: (وإن حاز أجنبي غير شريك وتصرف ثم ادعى حاضر ساكت بلا مانع عشر سنين لم تسمع ولا بينته)³ وبما أن الكلام عليها طويل ومتشعب فقد خصصت لها بابا بكامله ذكرت بحول الله تعالى فيه كل ما يتعلق بها في الفقه المالكي في حدود طاقتي والله الموفق لا رب سواه.

¹ شرح حدود ابن عرفة للرباع ص 464 .

² ينظر: الحيابة والاستحقاق ص: 31 و الشافي في شرح مدونة الحقوق العينية الجديدة : الدكتور عبدالكريم شهبون ص: 108 وما بعدها، توزيع مكتبة الرشاد - سطات الطبعة الأولى: 1436هـ/2015م .

³ مختصر خليل: ص 242 .

المبحث الرابع: الغصب وأحكامه في الفقه المالكي.

المطلب الأول مفهوم الغصب.

يقصد بالغصب لغة: أخذ الشيء ظلماً، يقال غصب منه وغصب عليه بمعنى والاغتصاب

مثله¹.

والغصب عند العلماء أخص منه عند أهل اللغة فقد عرفه الحطاب بأنه: "أخذ المال قهراً

تعدياً بلا حراة"²، وحده ابن عرفة بقوله: "أخذ المال بغير منفعة ظلماً قهراً لا بخوف قتال"³.

وهذا التعريف الأخير يحدد خصائص الغصب وعناصره المكونة له، كما يمنع من دخول

غيره فيه.

وتتكون هذه العناصر من:

1: أخذ المال: والمراد بالأخذ ما يشمل الأخذ مباشرة أو بتسبب⁴، كالدلالة على مال الغير

والإكراه على غصبه، والشكاية إلى ظالم، والحيلولة بين الشخص وماله بالقوة، وإن لم يأخذه

الحائل فذلك كله يصدق عليه أخذ مال بالمعنى الواسع لكلمة الأخذ⁵.

¹ ينظر شرح الخرشي على خليل: ج 4 ص 366.

² مواهب الجليل: ج 5 ص: 274.

³ شرح حدود ابن عرفة: ص: 455.

⁴ حاشية العدوي على الخرشي: ج 4 ص: 367.

⁵ العذب الزلال في فقه الأموال: ص: 76.

وهذا التعريف يشمل العقار والمنقول لأن الجميع مال، واحترز به عن أخذ ما ليس بمال فلا يسمى ذلك غصبا مثل أخذ الخمر من يد المسلم، والميتة والدم، فهذه الأشياء لا يلزم أخذها ردها ولا غرمها وضماتها¹.

2: أن يكون هذا المال المأخوذ غير منفعة، واحترز بهذا عن أخذ المنفعة دون الرقبة كسكنى الدار واستعمال السيارة والثوب ونحو ذلك فإن ذلك لا يعد غصبا عند الفقهاء بل تعديا².

3: أن يكون الأخذ على وجه القهر والغلبة بواسطة الجاه والسلطان أو القوة³

واحترز به عن أخذه على وجه غير القهر والغلبة، فإنه لا يطلق عليه غصبا ولا تجري عليه أحكامه، وهو إما سرقة أو خيانة أو اختلاس⁴.

4: أن يكون الأخذ على وجه التعدي: بأن يكون على وجه غير شرعي.

واحترز به عن الأخذ قهرا بوجه شرعي فلا يعد غصبا، مثل أخذ الدين من المدين المماطل قهرا وأخذ الزكاة من تاركها كرها⁵.

5: أن لا يكون الأخذ على وجه التخويف بالقتل، وخرج من هذا التعريف ما أخذ بالتخويف بالقتل فهو حراة لا غصب⁶.

¹ ينظر الخرشني على خليل: ج 4 ص: 374 .

² المصدر نفسه ص: 367 بتصرف.

³ ينظر كتاب العذب الزلال في فقه الأموال لشيخنا العلامة سيدي محمد التاويل رحمه الله ص : 77 .

⁴ حاشية العدوي ج 4 ص : 367 مع شيء من التصرف

⁵ الخرشني: ج 4 ص : 367 .

⁶ المصدر نفسه .

المطلب الثاني: حكمه.

الغصب عمل محرم بالكتاب والسنة وإجماع المسلمين، معلوم تحريمه من الدين بالضرورة لما فيه من الاعتداء على أموال الناس وأكلها بالباطل مع ما يصحب ذلك من تخويف للآمنين وترهيبهم، ودليل تحريم الغصب متعدد:

فمن الكتاب العزيز: قوله تعالى: ﴿وَلَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ وَتُدْلُوا بِهَا إِلَى الْحُكَّامِ لِتَأْكُلُوا فَرِيضًا مِّنْ أَمْوَالِ النَّاسِ بِالْإِثْمِ وَأَنْتُمْ تَعْلَمُونَ﴾¹.

وجه الدلالة: هذا خطاب يشمل جميع أمة محمد ﷺ، وفيه دليل على تحريم أكل الأموال بغير الحق ويدخل فيه الغصب ومحمد الحقوق وما لا تطيب به نفس مالكة، أو ما حرّمته الشريعة وإن طابت به نفس المالك².

قوله تعالى: ﴿وَالسَّارِقُ وَالسَّارِقَةُ فَاقْطَعُوا أَيْدِيَهُمَا جِزَاءً بِمَا كَسَبَا﴾³.

وجه الدلالة: (فالسارقة نوع من أنواع الغصب، ولا عقوبة إلا على ترك واجب، أو فعل محرم، فدل ذلك على أن الغصب حرام)⁴.

¹ سورة البقرة من الآية: 187 .

² الجامع لأحكام القرآن الجزء 2 ص 338 بتصرف.

³ سورة المائدة: من الآية 40 .

⁴ المغني في فقه الإمام أحمد بن حنبل الشيباني: عبدالله بن أحمد بن قدامة المقدسي دار الفكر بيروت الطبعة الأولى 1405هـ ج 5 ص 374 .

ومن السنة النبوية الشريفة:

قوله ﷺ: " من أخذ شبرا من الأرض ظلها طوقه الله من سبع أرضين"¹.

وجه الدلالة: هذا الحديث فيه تغليظ ووعيد لمن ظلم أو غصب باعتباره قد ارتكب كبيرة من الكبائر².

قوله ﷺ: " على اليد ما أخذت حتى تؤدي"³.

وجه الدلالة: في الحديث دليل على وجوب رد ما قبضه المرء وهو ليس من حقه ، ولا يتحقق ذلك إلا بتسليمه في يده وهو عام في الغصب والعارية والوديعة وذكر في باب العارية وذلك لشموله لها⁴.

وعن أبي بكرة رضي الله عنه أن النبي ﷺ قال في خطبة يوم النحر بمنى: " إن دماءكم وأموالكم وأعراضكم بينكم حرام كحرمة يومكم هذا في شهركم هذا في بلدكم هذا"⁵.

الإجماع:

نقل ابن قدامة المقدسي رحمه الله إجماع العلماء على تحريم الغصب⁶.

¹ رواه البخاري : كتاب بدء الخلق، باب: ما جاء في سبع أرضين، ومسلم : كتاب المساقاة، باب: تحريم الظلم وغصب الأرض وغيرها .

² نيل الأوطار من أحاديث سيد الأخيار: محمد علي بن محمد الشوكاني تحقيق محمد منير الدمشقي الطباعة المنيرية ج 6 ص 51.

³ أخرجه أحمد، مسند البصريين حديث رقم : 19582 ، وابن ماجه : كتاب الأحكام باب العارية، والدارمي: كتاب البيوع باب في العارية مؤداة.

⁴ سبل السلام شرح بلوغ المرام من أدلة الأحكام: محمد بن إسماعيل الأمير الصنعاني تحقيق محمد ناصر الدين الألباني الجزء 1 ص 822 تفسير العارية مكتبة المعارف الطبعة الأولى 1427هـ - 2006 .

⁵ أخرجه البخاري : كتاب: باب الخطبة، باب : أيام منى و مسلم: كتاب الحج ، باب حجة النبي.

⁶ المغني : ج 5 ص 376 .

وإذا كان الغضب عملاً محرماً فإن الفقهاء اتفقوا على وجوب معاقبة الغاصب زجراً له، وحفاظاً لأموال الناس وصيانة لها من المعتدين، إلا أن الأمر موكول إلى اجتهاد الحاكم في نوع العقوبة وقدرها من حبس أو ضرب أو هما معاً .

ولا يجوز العفو عنه، ولا يسقط التعزير بعفو المغضوب منه عن الغاصب على الصواب¹.

لأن سقوط التعزير في هذه الحال يشجع الناس على الاعتداء والغصب.

آثار المترتبة عليه:

تترتب على الغضب آثار كثيرة عند الفقهاء منها :

1 رد المغضوب في حالة بقاءه:

أجمع الفقهاء على أنه يجب على الغاصب رد المغضوب بعينه إلى مالكه ما دام قائماً بعينه لم يفت، ولم يخلطه بغيره والدليل قوله تعالى: ﴿ إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَنْ تُؤَدُّوا الْأَمَانَاتِ إِلَىٰ أَهْلِهَا ﴾²، ولقول الرسول عليه السلام " لا يأخذن أحدكم متاع أخيه لآعبا ولا جادا، وإذا أخذ أحدكم عصا أخيه فليردها عليه"³، وحديث " على اليد ما أخذت حتى تؤديه"⁴.

2 نقل المغضوب لبلد آخر:

فرق فقهاء المالكية بين المثليات والمقومات في وجوب رد المغضوب إذا نقل لبلد آخر، فقد ذكر الخرخشي أن المثليات تفوت إذا نقلت من بلد الغصب لآخر مطلقاً وليس للمغضوب منه

¹ ينظر حاشية العدوي: ج 4 ص 368 والعذب الزلال في فقه الأموال لشيخنا العلامة الفقيه سيدي محمد التاويل رحمه الله ص : 82 بتصرف.

² سورة النساء : من الآية : 57 .

³ أبو داود : كتاب الأدب باب : من يأخذ الشيء على المزاح .

⁴ رواه الحاكم في المستدرک : كتاب البيوع : وقال هذا حديث صحيح الإسناد على شرط البخاري ولم يخرجه .

الحق في أخذها من يد الغاصب حيث وجدها، ولا يجوز إلزامه بردها للبلد الذي غصبت منه، وإنما له الحق أن يأخذ مثلها في بلد الغصب وهذا قول ابن القاسم وهو المشهور¹، وذهب أشهب إلى تخيير المغصوب منه بين أمرين:

إن شاء أخذها حيث وجدها جبراً على الغاصب، وإن شاء أخذ مثلها في بلد الغصب، وفرق أصبغ بين المكان القريب والبعيد، فقال في المكان القريب بقول أشهب، وقال في البعيد بقول ابن القاسم².

وخلاصة الكلام أن الغصب عمل محرم بالكتاب والسنة والإجماع وتترتب عليه آثار كثيرة

منها:

- رد المغصوب إلى المغصوب منه في حالة بقاءه، أما إذا نقل إلى بلد آخر فقد اختلف فيه

الفقهاء على نحو ما ذكرنا والله المستعان.

¹ الخرشبي على خليل: ج 4 ص : 371 بتصرف.

² المنتقى للباجي: ج 5 ص : 278 بتصرف .

الباب الأول:

**الحياسة مشروعيتها، شروطها، موانعها،
أقسامها، مجالاتها.**

الفصل الأول:

في تعريف الحيازة ومشروعيتها

وأركانها.

المبحث الأول: تعريف الحيازة

تمهيد.

قبل الدخول في تحليل الموضوع ينبغي التنبيه إلى أن الحقوق والأموال المتنازع فيها قد تكون حرة مطلقة لا يد لأحد عليها، وقد تكون بيد المتنازعين معاً، كدار يسكنها أو دابة يركبها، وقد تكون بيد ثالث غيرهما كأرض بيد محمد ادعاها رشيد وأحمد كل يدعيها لنفسه.

وقد تكون بيد أحد المتنازعين كدار يسكنها شخص فقام عليه من ينازعه فيها، وهذا القسم الأخير هو موضوع الحيازة التي يتحدث عنها الفقهاء في هذا الباب، بينما يتحدثون عن الأقسام الأخرى في باب الدعوى¹.

المطلب الأول: في اللغة.

الحيازة في اللغة: حوز والحاء والواو والزاي: أصل واحد وهو الجمع والمجمع، يقال لكل منهما مجمع وناحية حوز، وحوزة ويسمى فلان الحوزة أي الحوزة أي المجمع والناحية.

وكل من ضم شيئاً إلى نفسه فقد حازه حوزاً، الحوزي من الناس الذي يحاز عنهم ويعتزلهم².

قال ابن منظور رحمه الله: (الحوز من الأرض أن يتخذها الرجل ويبين حدودها فيستحقها ولا يمون لأحد فيها حق بعد ذلك الحوز)³.

¹ العذب الزلال في فقه الأموال لشيخنا سيدي محمد التاويل رحمه الله مع شيء من التصرف ص 27_28.

² معجم مقاييس اللغة : مادة ح- و- زج 2 ص 117-118.

³ لسان العرب مادة " حوز " ص 205.

وحزت الشيء أحوزه حوزاً، وحيازة ضمته وجمعته، وكل من ضم شيئاً إلى نفسه فقد حازه، وتحيز المال ضمه إلى الحيز¹.

والمعنى هنا الضم والجمع، وترد بمعنى قبض الملك والاستبداد به، قال صاحب القاموس المحيط: (الحوز: الجمع وضم الشيء كالحيازة)².

وقال صاحب العين: (حيز الدار ما انضم إليها من المرافق والمنافع وكل ناحية حيز على حدة)³.

والحوز والحيازة مترادفان عند الفقهاء ومعناهما وضع اليد على الشيء ومملكه والاستبداد به وضمه كما هو متبادر من التعاريف اللغوية.

المطلب الثاني: في الاصطلاح.

إذا كانت الحيازة في اللغة تأتي بمعنى الجمع والضم والتمسك والقبض، فإنها لا تتحقق إلا بوضع اليد على الشيء، والاستيلاء عليه، وهذا ما جاء في تعريف الفقهاء لها. وسأقتصر على تعريف المالكية رحمهم الله لأن موضوع هذه الدراسة محصور من الناحية الفقهية عليه، ومن جهة ثانية لكون فقهاء المذهب أكثر باعاً في هذا المجال من غيرهم، حيث فصلوا وحرروا وبينوا وأوضحوا كل ما يمكن أن يثار في مسألة الحيازة من أحكام.

¹ المصباح المنير في غريب الشرح الكبير: أبو العباس أحمد بن محمد بن علي الفيومي المقرئ ص 214 شركة القدس للتصدير القاهرة الطبعة الأولى: 1429 هـ / 2008 م.

² القاموس المحيط: محمد بن يعقوب الفيروز آبادي ص 655 شركة القدس للتصدير القاهرة الطبعة الأولى: 1433 هـ.

³ كتاب العين: أبو عبد الرحمن الخليل بن أحمد الفراهيدي، دار ومكتبة الرشد تحقيق: الدكتور مهدي الخزومي والدكتور إبراهيم السامرائي، ج 3 ص 275.

قال الشيخ الدردير رحمه الله في الشرح الصغير: (الحياسة وضع اليد على الشيء والاستيلاء عليه¹) وإلى هذا المعنى ذهب الإمام الدسوقي في حاشيته على الشرح الكبير².

وأورد الفقيه المالكي ميارة³ الفاسي في شرحه لتحفة ابن عاصم تعريفاً آخر أثناء ذكره لشروط الحياسة نقلاً عن الإمام المازري رحمه الله يقال: الحوز وضع اليد على الشيء المحاز⁴. فالحياسة إذن هي وضع اليد على الشيء مع ادعاء تملكه والتصرف.

وهذان التعريفان يحتاجان إلى قيد، لأن وضع اليد على الشيء والاستيلاء عليه قد يكون بطريق غير شرعي كما في حالة التعدي والغصب والسرقعة، وبالتالي فإن هذه الحياسة لا تنفع صاحبها وإن طال الزمن لأن من شروط الحياسة الصحيحة التي تترتب آثارها، أن لا تكون مرتكزة على سبب غير شرعي كالتعدي والغصب وذكر العلامة الفقيه المالكي أبو الشتاء الغازي الحسيني⁵ تعريفاً للحياسة في معرض حديثه عن الفرق بين الحوز والحياسة والملكية فقال رحمه الله: "اعلم أن لنا الحوز والملكية والحياسة:

فالحوز في اللغة مرادف للحياسة فمعناها واحد. وعندنا الحوز هو وضع اليد على الشيء سواء كان ذلك بطريقة شرعية أم لا كأن غصبه لمالكة، وهذا الحوز هو المعتبر في التبرعات والرهن.

¹ الشرح الصغير على أقرب المسالك لمذهب الإمام مالك أبو البركات أحمد الدردير وبهامشه حاشية العلامة أحمد الصاوي المالكي مطبعة عيسى الحلبي وشركاؤه، 699/5.

² حاشية الدسوقي 233/4.

³ محمد بن أحمد ميارة فقيه متفنن، له مؤلفات مفيدة تنبئ عن علو كعبه كشرحه على التحفة وعلى المرشد المعين واختصار شرح الخطاب على المختصر توفي سنة 1072هـ ينظر شجرة النور الزكية 303/1.

⁴ شرح الإمام محمد بن أحمد ميارة الفاسي على الأرجوزة الفقهية المسماة تحفة الحكام للقاضي أبي بكر محمد بن عاصم الأندلسي الغرناطي 162/2.

⁵ هو ولد شيخنا الفقيه العلامة أحمد الغازي الحسيني رحمه الله فقيه متفنن مطلع من خيرة علماء القرويين، ينظر الأجوبة المرضية عن النوازل الوقتية للدكتور عبد السلام اجميلي، ص 33.

والملكية هي إثبات الملك بشروطه المتقدمة، وهذه يكفي فيها الحوز عشرة أشهر، ومحلها هو ما جهل أصله أي لم يعرف لمن كان هذا الملك قبل حائزه المدعي ملكيته، وأما ما علم أصله لغير الحائز فلا تكفي الملكية وحدها بل لابد معها من الحيابة الآتية.

والحيابة هي وضع اليد على الشيء مع ادعاء تملكه والتصرف فيه عشرة أعوام فأكثر على عين المدعي الآن ملكيته وسكوته من غير عذر. ومحلها ما جهل أصل مدخل الحائز أو علم وكان ينقل الملك عن الأول مثل الشراء منه أو التبرع منه على الحائز أو على موروثه¹.

فهذا التعريف أوضح دلالة من التعريفين السابقين لأنه ذكر شروط الحيابة الشرعية والتي تتمثل في وضع اليد والدعاء والنسبة والتصرف والمدة وعلم المحوز عليه وسكوته مدة من الزمن بلا مانع كما تضمن قسمي الحيابة: الحيابة المجهولة الأصل والحيابة المعلومة الأصل.

فالحيابة إذن هي وضع اليد على الشيء²، والتصرف فيه تصرف المالك في ملكه والناس ينسبون إليه مع حضور المحوز عليه، وعلمه بملكته للمحوز وتصرف الحائز وسكوته بلا مانع أو عذر شرعي وعدم منازعته له طول مدة الحيابة.

¹ التدريب على تحرير الوثائق العدلية وثيقة وشرح: العلامة أبو الشتاء بن الحسن الغازي الحسيني، علق عليه ولده وتلميذه العلامة أحمد الغازي الحسيني 142/1 مطبعة الأمانة الرباط الطبعة الثانية 1415 / 1995م ينظر: الحيابة والاستحقاق في الفقه المالكي والتشريع المغربي جواد الهروس رسالة نال بها دبلوم الدراسات العليا المعمقة الطبعة الأولى 1430 هـ / 2009م.

² منقولاً كان أو عقاراً.

المبحث الثاني: مشروعية الحيابة وحكمها في الفقه المالكي

المطلب الأول: مشروعية الحيابة.

لقد فصل الفقه المالكي أحكام الحيابة تفصيلا لم يسبق إليه في حدود علمي، ووضح أصولها وضوابطها وما يمكن أن يثار بشأنها من قضايا ونوازل، وتحدث عن شروطها وموانعها والآثار المترتبة عليها، وقد اعتمد في الاستدلال على حجيتها ومشروعيتها على أدلة نقلية وأخرى عقلية.

الفرع الأول: الأدلة النقلية.

استدل فقهاء المالكية رحمهم الله تعالى على مشروعية الحيابة بحديثين شريفين:

- الحديث الأول: وفيه روايات:

الرواية الأولى: " من حاز شيئا عشر سنين فهو له " وهذه الرواية جاءت في المدونة عن ابن وهب عن عبد الجبار بن عمر عن ربيعة بن أبي عبدالرحمان عن سعيد بن المسيب¹ يرفع الحديث إلى رسول الله ﷺ أنه قال: " من حاز شيئا عشر سنين فهو له ". قال عبدالجبار: وحدثني عبدالعزيز بن المطلب عن زيد بن أسلم عن النبي ﷺ بمثله².

وقال أبو داود حدثنا هلال بن بشر حدثنا يحيى بن محمد بن قيس سمعت زيد بن أسلم أن رسول الله ﷺ قال: " من احتاز شيئا عشر سنين فهو له "³

¹ سيد التابعين وأحد فقهاء المدينة السبعة، جمع بين الفقه والحديث والزهد والعبادة والورع أخذ عن عدد كبير من الصحابة توفي سنة 91هـ في المدينة رحمه الله تعالى.

² المدونة الكبرى للإمام مالك تحقيق أبو مالك كمال بن سالم: 99/4 المكتبة التوفيقية القاهرة بدون ذكر تاريخ الطبعة.

³ المراسيل: باب جاء في القضاء ج 1 ص 286 تحقيق شعيب الأرنؤوط مؤسسة الرسالة- بيروت الطبعة الأولى 1408.

وأورد ابن فرحون في التبصرة والحطاب في شرحه على خليل رواية أخرى لهذا الحديث وهي: " من حاز شيئاً على خصمه عشر سنين فهو أحق به " ¹.

كما أورد ابن فرحون في تبصرة الحكام هذا الحديث بنفس الرواية مع تأخير لفظة (شيئاً) بعد (على خصمه) وقال: " والدليل على ما ذهب إليه ابن القاسم قوله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ " من حاز على خصمه شيئاً عشر سنين فهو أحق به " ².

وجاء في شرح الحطاب على مختصر خليل في فقه المالكية (وذكر ابن المسيب وزيد بن أسلم أن النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قال: " من حاز شيئاً عشر سنين فهو له " قال في التوضيح: وبهذا أخذ ابن القاسم ³ وابن وهب ⁴ وابن عبد الحكم وأصبغ ⁵ وقد أورد الإمام أبو داود هذا الحديث في كتاب المراسيل عن زيد بن أسلم برواية " من حاز عشر سنين فهو له " ⁶.

ويفيد الحديث برواياته أن من حاز شيئاً مدة عشر سنوات فإنه يصير أحق به، ولفظ "شيئاً" في الحديث نكرة تعم أي شيء، وهو يتناول العقار والمنقول، وزيادة في البيان أقول: إن

¹ مواهب الجليل لشرح مختصر خليل أبو عبد الله محمد بن محمد بن عبد الرحمان المغربي المعروف بالحطاب 229/5 دار الفكر الطبعة الأولى 1422 هـ ، 2009 م .

² تبصرة الحكام في أصول الأفضية ومناهج الأحكام: تأليف الإمام أبو عبدالله محمد بن فرحون اليعمري المالكي: 84/2 دار الكتب العلمية، بيروت لبنان الطبعة الأولى 1301 هـ .

³ هو عبد الرحمان بن القاسم المصري الفقيه الحافظ الحجّة وهو أثبت الناس في مالك ولد سنة 128 هـ وتوفي سنة 191 هـ تنظر ترجمته في ترتيب المدارك ج 1 ص 568.

⁴ هو عبد الله بن وهب بن مسلم المصري من أصحاب مالك توفي سنة 197 هـ. ترتيب المدارك ج 1 ص 554.

⁵ هو أصبغ بن الفرّج بن سعيد أبو عبد الله من فقهاء المالكية المشهورين توفي سنة 225 هـ ترتيب المدارك ج 1 ص 718.

⁶ المراسيل مع الأسانيد، أبو داود سليمان بن الأشعث السجستاني، تحقيق الشيخ شعيب الأرنؤوط مؤسسة الرسالة بيروت الطبعة الأولى، 1408 هـ، الجزء 1 ص 285 .

الحديث الذي في المدونة والذي في كتاب المراسيل لأبي داود إنما يتحدث عن حيازة الأشياء المباحة التي لا مالك لها، كما يشمل الأشياء غير المباحة، وهي التي تكون في ملك شخص من الأشخاص، لكن الروايتين الواردتين في مواهب الجليل وتبصرة ابن فرحون تدلان معا على أن المقصود بالحيازة هو حيازة الأشياء غير المباحة لأنها أضافت لفظة (على خصمه)، وهذا يؤكد ما ذهب إليه جمهور المالكية من ذكر الحديث في الاستدلال على حيازة غير المباح، أما حيازة الأشياء المباحة¹، أو ما يسمى عندهم بإحياء الأراضى الموات فإنهم يستدلون على مشروعيتها بأحاديث أخرى صحيحة صالحة للاحتجاج أحسن من هذا الحديث المرسل الذي اختلف في الاحتجاج به.

ومن أمثلة الأحاديث التي استدل بها المالكية، وتشهد في هذا المعنى لهذه الأحاديث قوله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: " من أعمار أرضا ليست لأحد فهو أحق بها " ² و "من أحيأ أرضا ميتة فهي له وليس لعرق ظالم حق" ³.

والحديث برواياته المختلفة يفيد أن الحيازة إذا استمرت عشر سنين فإنها تؤدي إلى انتقال ملكية المحوز إلى الحائز، ويكون هذا الأخير أحق به إذا توفرت شروط الحيازة الصحيحة وانتفت موانعها سنى لاحقا إن شاء الله تعالى أنه بمرور هذه المدة فإن دعوى المحوز عليه تسقط ولا حق له في المطالبة بالشيء المحوز.

وأحاديث الحيازة التي استدل بها المالكية كما قلنا آنفا مراسيل، وهي مرسل الإمام العلم سعيد بن المسيب والإمام زيد بن أسلم ولهذا آثرت أن أبين مذاهب العلماء في الاحتجاج بالحديث المرسل.

¹ حيازة المباح مثل الاستيلاء على اللقطة والركاز والماء المباح والكلاء.

² رواه البخاري في كتاب الحرث والمزارعة باب من أحيأ أرضا مواتا.

³ رواه أبو داود في كتاب الخراج باب في إحياء الموات .

أقوال العلماء في الحديث المرسل

ينقسم الحديث عند أهل العلم بالحديث إلى ثلاثة أقسام رئيسة: فهو إما صحيح وعرف بأنه " الحديث المسند الذي يتصل إسناده بنقل العدل الضابط عن العدل الضابط إلى منتهاه ولا يكون شاذاً ولا معللاً"¹.

والقسم الثاني هو الحديث الحسن وأول من شهره بهذا الاصطلاح الإمام أبو عيسى الترمذي في سننه حيث قال: حديث حسن صحيح، حسن غريب، وكان يريد به الحديث الذي لا يكون في إسناده من يتهم بالكذب، ولا يكون شاذاً²، وروي بطرق متعددة³، وعرف بتعاريف مختلفة تركتها طلباً للاختصار.

¹ التقييد والإيضاح شرح مقدمة ابن الصلاح: تأليف الحافظ زين الدين عبدالرحيم بن الحسين العراقي تحقيق الدكتور عبد الحميد هندراوي ص 18 المكتبة العصرية بيروت طبعة 1430 هـ / 2009 م . والمفصل في علوم الحديث ومصطلحه دراسة لمنهج علماء الحديث في نقل الخبر ونقده : الدكتور عبدالعزيز فارح ص 86 طبع وتصميم مطبعة أنفو برانت الليدو فاس طبعة 2011 م .

² الشاذ هو مخالفة الراوي الثقة لمن هو أوثق منه أو أرجح عدداً ينظر التقييد والإيضاح شرح مقدمة ابن الصلاح : الحافظ زين الدين عبدالرحيم بن الحسين العراقي : تحقيق: الدكتور عبدالحميد هندراوي المكتبة العصرية بيروت الصفحة 88 .

³ سنن الترمذي واسمه الحقيقي " الجامع المختصر من السنن عن رسول الله ﷺ ومعرفة الصحيح والمعلول وما عليه العمل " مؤسسة الرسالة ناشرون تخرّيج وتعليق عماد الطيار، ياسر حسن عزالدين ضلي الطبعة الأولى 1433 هـ - 2011 م ص 99.

وأجمع تعريف وقفته عليه للإمام الطيبي رحمه الله إذ حده بقوله: (الحسن مسند من قرب من درجة الثقة أو مرسل ثقة، وروي كلاهما من غير وجه وسلم من شذوذ وعلة وإنما سمي حسنا لحسن الظن بروايته)¹.

وقد اتفق العلماء على الاحتجاج به لأنه قسيم الحديث الصحيح في الصحة وإن كان دونه في القوة، ولذلك أدرجه الحاكم وابن حبان وابن خزيمة وغيرهم في نوع الصحيح².

قال الحافظ السيوطي رحمه الله في ألفيته معرفا بالحديث الصحيح والحسن:

حد الصحيح مسند بوصله ❁ بنقل عدل ضابط عن مثله

.....

ولم يك شذ ولا معللا ❁

المرتضى في حده ما اتصلا ❁ بنقل عدل قل ضبطه ولا

.....

شذ ولا علل وليرتب ❁³.

¹ قواعد التحديث من فنون مصطلح الحديث: تأليف الشيخ محمد جلال الدين القاسمي الدمشقي تحقيق محمد بهجة البيطار وتقديم الشيخ محمد رشيد رضا: ص 105 دار النفائس بيروت الطبعة الأولى 1407 هـ / 1987 م.

² قواعد التحديث ص 103.

³ ألفية السيوطي في علم الحديث : الحافظ جلال الدين عبدالرحمان بن أبي بكر السيوطي ص 6 و 11 دار السلام للطباعة والنشر والتوزيع والترجمة القاهرة الطبعة الأولى 1422 هـ / 2002 م.

القسم الثاني: الحديث الضعيف وهو الذي اختل فيه شرط من شروط الحديث الصحيح والحسن المذكورة آنفاً، قال الإمام النووي : "الضعيف ما لم يوجد فيه شروط الصحة، ولا شروط الحسن"¹

وقد اختلف العلماء في الاحتجاج به على ثلاثة أقوال:

أولها: أنه يعمل به مطلقاً وهو قول أبي داود صاحب السنن وأحمد لأنهما يريان أنه أقوى من آراء الرجال.

ثانيها: يعمل به في فضائل الأعمال بشروط منضبطة وهي: أن لا يكون الضعف شديداً، وأن لا يعتقد عند العمل به ثبوته، بل يعتقد الاحتياط، وأن يكون الحديث مندرجا تحت أصل معمول به أو قاعدة شرعية، هذا هو المعتمد عند الأئمة²، واختاره من المتأخرين الحافظ ابن حجر العسقلاني³.

¹ قواعد التحديث من فنون مصطلح الحديث : تأليف علامة الشام محمد جمال الدين القاسمي تحقيق شيخ مصطفى ص 153 مركز الرسالة للدراسات وتحقيق التراث مؤسسة الرسالة الطبعة الأولى 1433هـ / 2012 م والباعث الخيث شرح اختصار علوم الحديث : تأليف الحافظ ابن كثير شرح العلامة أحمد شاكر حققه علي بن حسن بن علي بن عبد الحميد الأثري ص 142 دار العاصمة للنشر والتوزيع الطبعة الأولى 1415 م .

² العمل بالحديث الضعيف: تأليف أبي عمر محمد بن عبد الملك الزغبى ص 45 دار التقوى للطبع والنشر والتوزيع الطبعة الأولى 1431 هـ / 2010 م .

³ ينظر تدريب الراوي في شرح تقريب النواوي ص 197 و قواعد التحديث ص 119 والعمل بالحديث الضعيف: تأليف أبي عمر محمد بن عبد الملك الزغبى ص 45 دار التقوى للطبع والنشر والتوزيع الطبعة الأولى 1431 هـ / 2010 م .

وينقسم الضعيف إلى عدة أقسام بحسب سبب الضعف، من ذلك: الشاذ¹، والمعلل² والمقلوب³ والمضطرب⁴ والمنقطع⁵ والمعضل⁶، وغيره .

والذي يهمني من هذه الأقسام كلها هو الحديث المرسل وعرف بتعاريف عديدة أجلها عندي هو (حديث التابعي الكبير الذي يرفعه إلى رسول الله ﷺ)⁷، فالتابعي الكبير الذي أدرك جماعة من الصحابة رضي الله عنهم وجالسهم وتلقى منهم وحفظ عنهم كسعيد بن المسيب إذا قال: قال رسول الله ﷺ فقد ذكر أهل العلم أن الحديث يسمى مرسلا، فإن انقطع قبل التابعي واحد أو أكثر قال الحاكم وغيره من المحدثين لا يسمى مرسلا بل يختص بالتابعي عن النبي ﷺ فإن سقط قبله فهو منقطع، وإن كان أكثر فهو معضل ومنقطع، والمشهور في الفقه والأصول أن الكل مرسل وبه قطع الخطيب البغدادي.

¹ مخالفة الثقة لمن هو أقوى منه ينظر تحرير علوم الحديث : عبدالله بن يوسف الجديع ج 2 ص 696 .

² العلة عبارة عن سبب غامض قادح مع أن الظاهر السلامة منه (تدريب الراوي ج 1 ص 135) .

³ هو الحديث الذي انقلب فيه على راو بعض متنه أو اسم راو في سنده أو سند متن آخر ينظر كتاب أستاذنا الدكتور عبد العزيز فارح حفظه الله ص 250 ومنهج النقد في علوم الحديث للدكتور نور الدين عتر ص 434 .

⁴ هو الذي يروى على أوجه مختلفة متقاربة (تدريب الراوي ص 141) .

⁵ هو ما لم يتصل إسناده على أي وجه كان انقطاعه (تدريب الراوي ج 1 ص 109) .

⁶ هو ما سقط منه قبل الصحابي اثنان فأكثر على التوالي ينظر : لغة المحدث منظومة في علم مصطلح الحديث أبو معاذ طارق بن عوض الله بن محمد ص 63 دار الحرمين للطباعة الطبعة الأولى 1422 / 2002 م و التقييد والإيضاح شرح مقدمة ابن الصلاح ص 118 .

⁷ ينظر : تدريب الراوي: ج 1 ص 103 و التقييد والإيضاح شرح مقدمة ابن الصلاح ص 64 .

وهذا اختلاف في الاصطلاح والعبارة، وأما قول الزهري وغيره من صغار التابعين قال النبي ﷺ فالمشهور عند من خصه بالتابعي أنه مرسل كالكبير، وقيل: ليس بمرسل، بل منقطع¹.

قال البيهقي رحمه الله ملخصا كلام العلماء:

(ومرسل منه الصحابي سقط)².

أي: سقط لصحابي وقال التابعي الكبير مباشرة قال: قال رسول الله ﷺ وفي تعريفه نظر لأن بين التابعي ورسول الله ﷺ تابعي أو أكثر ثم الصحابي، ولذلك فتعريف الحافظ السيوطي أدق ولله أعلم.

مذاهب العلماء في الاحتجاج بالحديث المرسل

اختلف العلماء في قبول الخبر المرسل (الحديث المرسل) وانقسموا إلى ثلاثة أقسام قسم أجاز مطلق العمل بالحديث المرسل، وقسم منع الاحتجاج به مطلقا، وقسم توسط وقبل الاحتجاج به بشروط مضبوطة.

القسم الأول:

القائلون بقبول العمل بالحديث المرسل مطلقا، هم جمع من الأئمة كأبي حنيفة ومالك وجمهور أصحابهما³ وأكثر المعتزلة، وابن القيم والحافظ ابن كثير⁴. فهؤلاء ذهبوا إلى الاحتجاج

¹ تدريب الراوي ص 102 .

² المنظومة البيقونية في مصطلح الحديث للإمام طه بن محمد البيهقي البيت 16 ص 5 دار السلام للطباعة والنشر والتوزيع والترجمة الطبعة السابعة 1430هـ / 2009 م وتبسيط شرح المنظومة البيقونية للمبتدئين تأليف عمرو عبد المنعم سليم ص 56 دار أهل الحديث والأثر للنشر والتوزيع الطبعة الأولى 1435 هـ / 2014 م.

³ المقصود بأصحاب أبي حنيفة رحمه الله محمد بن الحسن الشيباني ويوسف القاضي.

⁴ جامع التحصيل في أحكام المراسيل: الحافظ صلاح الدين أبو سعيد العلائي تحقيق حمدي عبد المجيد السلفي ص 27 دار العربية للطباعة الطبعة الأولى 1398هـ / 1978م.

بالحديث المرسل، وحجتهم في ذلك أن الراوي الثقة لا يسعه حكاية الحديث عن رسول الله ﷺ إذا لم يكن من سمعه منه ثقة. والظاهر من حال التابعين خاصة أنهم أخذوا الحديث عن الصحابة وهم عدول بالاتفاق، كما أن أهل تلك القرون كان غالب حالهم الصدق والعدالة بشهادة النبي ﷺ¹ حيث لم نطلع على ما يجرح الراوي فالظاهر أنه عدل مقبول الحديث².

فإن صح مخرج المرسل بمجيئه من وجه آخر مسندا أو مرسلا، أرسله من أخذ عن غير رجال الأول كان صحيحا، ويتبين بذلك صحة المرسل قال النووي رحمه الله (وهذا كله في غير مرسل الصحابي (أي مرسل التابعي)، أما مرسل الصحابي فمحكوم بالصحة على المذهب الصحيح³، وقيل إنه كمرسل غيره إلا أن يبين الرواية عن صحابي⁴.

القسم الثاني: القائلون بمنع الاحتجاج به مطلقا:

ذهب أكثر أهل الحديث إلى أن المرسل ضعيف لا يحتج به للجهل الساقط في الإسناد لاحتمال أنه تابعي، ثم يحتمل أنه ضعيف، وبتقدير كونه ثقة يحتمل أنه روى عن تابعي أيضا، ويحتمل أنه ضعيف، وهكذا إلى ما لا نهاية له عقلا.

¹ فيه إشارة إلى قول النبي عليه السلام " خير الناس قرني ثم الذين يلونهم ثم الذين يلونهم ثم يجيء أقوام تسبق شهادة أحدهم يمينه ويمينه شهادته " أخرجه البخاري في كتاب الشهادات باب لا يشهد على شهادة جور إذا شهد .

² قواعد التحديث من فنون مصطلح الحديث ص 235 وما بعدها والمفصل في علوم الحديث ومصطلحه لشيخنا الدكتور عبدالعزيز فارح ص 218 .

³ لأن الصحابة كلهم عدول عدلهم الله تعالى في كتابه الكريم وعدهم الرسول ﷺ والأحاديث في فضائلهم أكثر من أن تحصر والله المستعان.

⁴ تدريب الراوي في شرح تقريب النووي 1/ ص 107_ 108 بتصرف.

قال الإمام مسلم رحمه الله في مقدمة صحيحه: (..... والمرسل من الروايات في أصل قولنا وقول أصل العلم بالأخبار ليس بحجة)¹ قال الحافظ السيوطي: (ولهذا لم يصوب قول من قال: "المرسل ما سقط منه الصحابي" إذ لو عرف أن الساقط صحابي لم يرد"².

القسم الثاني:

القائلون بالاحتجاج بالمرسل بشروط مضبوطة: وهم جمع من الأئمة ومنهم الإمام الشافعي رحمه الله إذا صح مخرج المرسل بجيئه من وجه آخر مسندا أو مرسلا أرسله من أخذ عن غير رجال الأول³.

فهؤلاء قبلوا الاحتجاج بالمرسل بشرط الاعتبار في الحديث المرسل والراوي المرسل.

أما الاعتبار في الحديث فهو أن يعتضد بواحد من أربعة أمور:

أ- أن يروى مسندا من وجه آخر.

- أو يروى مرسلا بمعناه عن راو آخر لم يأخذ عن شيوخ الأول، فيدل ذلك على تعدد

مخرج الحديث.

- أو يوافقه قول بعض الصحابة.

- أو يكون قد قال به أهل أكثر العلم.

- وأما الاعتبار في راوي الحديث المرسل فأن يكون من روى عنه لم يسم مجهولا ولا

مرغوبا عنه في الرواية.

¹ صحيح مسلم أبو الحسن مسلم بن الحجاج القشيري النيسابوري مؤسسة الرسالة ناشرون الطبعة الأولى 1433هـ/2012م ص 75 .

² شرح المنظومة البيقونية في مصطلح الحديث: العلامة محمد بن عبد الباقي الزرقاني المصري المالكي تحقيق وتعليق الدكتور أشرف علي عبد الرحيم دار الفضيلة ص 119 .

³ تدريب الراوي ص 104 .

فإذا وجدت هذه الأمور كانت دلائل على صحة مخرج حديثه كما قال الشافعي، فيحتج به¹.

وكان الشافعي رحمه الله يفضل مرسل سعيد بن المسيب على غيره قال الحافظ السيوطي: "اشتهر عن الشافعي أنه لا يحتج بالمرسل إلا مراسيل سعيد بن المسيب، قال المصنف في المهذب وفي الإرشاد: والإطلاق في النفي والإثبات غلط، بل هو² يحتج بالمرسل بالشروط المذكورة ولا يحتج بمراسيل سعيد إلا بها أيضا" قال: وأصل ذلك أن الشافعي قال في مختصر المزني: أخبرنا مالك عن زيد بن أسلم عن سعيد بن المسيب أن رسول الله ﷺ نهى عن بيع اللحم بالحيوان، وعن ابن عباس أن جزورا نحرت على عهد أبي بكر فجاء بعناق فقال أعطوني بهذه العناق، فقال أبو بكر لا يصلح هذا، قال الشافعي: وكان القاسم بن محمد وسعيد بن المسيب وعروة بن الزبير وأبو بكر بن عبد الرحمن يحرمون بيع اللحم بالحيوان، قال: "وبهذا نأخذ ولا نعلم أحدا من أصحاب رسول الله ﷺ خالف أبا بكر الصديق وإرسال ابن المسيب عندنا حسن³.

واشتهر في كتب المصطلح أن الشافعي رحمه الله كان يعتمد على مراسلات سعيد بن المسيب لأنه تتبعها فوجدها حسانا، غير أنه من أهل العلم من يخطئ هذه المقولة، وقد وجدت نصا صريحا عن الحافظ السيوطي رحمه الله في شرحه لتقريب الإمام النووي ما يؤيد هذا الكلام قال رحمه الله: "وقال البلقيني: ذكر الماوردي في الحاوي أن الشافعي اختلف قوله في مراسيل سعيد، فكان في القديم يحتج بها بانفرادها لأنه لا يرسل حديثا إلا يوجد مسندا، ولأنه لا يروي إلا ما سمعه من جماعة أو من أكابر الصحابة، أو عضده قولهم، أو رآه منتشرا عند الكافة، أو وافقه فعل أهل العصر، وأيضا فإن مراسيله سبرت، فكانت مأخوذة عن أبي هريرة، لما بينهما من الوصلة والصحابة فصار إرساله كإسناده عنه، ومذهب الشافعي في الجديد أنه كغيره، ثم هذا

¹ منهج النقد: ص 371 - 372.

² هو الإمام النووي رحمه الله له كتاب في الفقه الشافعي يسمى المجموع شرح المهذب ينظر ترجمته في تذكرة الحفاظ للذهبي رحمه الله ج 4 ص 1472.

³ تدريب الراوي ص 104.

الحديث الذي أورده الشافعي من مراسيل سعيد يصلح مثالا لأقسام المرسل المقبول، فإن عضده قول صحابي وأفتى أكثر أهل العلم بمقتضاه، وله شاهد مرسل آخر أرسله من أخذ العلم عن غير رجال الأول، وشاهد آخر مسند¹.

فالظاهر والله أعلم أن الشافعي لا يقبل الحديث المرسل مطلقا، ولو مرسل سعيد إلا إذا اعتضد بعاضد، كما نقلت آنفا والعلم عند الله تعالى.

الترجيح

بعد ذكر اختلاف العلماء في الاحتجاج بالحديث المرسل على الأقوال الثلاثة السابقة يتخلص لي أن أرحم الأقوال هو القول الأول أعني قول مالك وأبي حنيفة - رحمهما الله - ومن وافقهما من العلماء لمجتبهما الدامغة والقوية والتي تتجلى في عدالة التابعين خاصة وشيوع الصدق فيهم وقد أثنى عليهم رسول الله ﷺ وشهد لهم بالخيرية لقوله عليه السلام "خير الناس قرني ثم الذين يلونهم ثم الذين يلونهم..."².

ومن أعلى التابعين سعيد بن المسيب فقد لقب بسيد التابعين وأجلهم، فقد زكاه جمع من أهل العلم والفضل، قال الحافظ السيوطي - رحمه الله - (سعيد بن المسيب بن حرب بن أبي وهب بن عمرو بن عائل بن مخزوم أبو محمد المخزومي المدني سيد فقهاء التابعين، روى عن أبيه وعن عمر واختلف في سماعه، وعن عثمان وعلي وأبي موسى وغيرهم وعنه الزهري ويحيى بن سعيد الأنصاري وآخرون. قال قتادة: " ما رأيت أحدا أعلم بالحلال والحرام منه".

وقال مكحول: " ما لقيت أعلم منه " .

وقال سليمان بن موسى: " إنه أفقه التابعين " .

¹ تدريب الراوي ص 105 والكلام المنقول عن الماوري هذا نفيس، وفيه تفصيل دقيق يرحل من أجل تحصيله والله المستعان .

² أخرجه البخاري في كتاب فضائل الصحابة، باب فضائل أصحاب النبي - ﷺ - .

وقال أحمد : " إنه أفضل التابعين " .

وقال ابن المديني : " لا أعلم أحدا في التابعين أوسع علما منه وهو عندي أجل التابعين " .

وقال أبو حاتم : " ليس في التابعين أنبل منه " .

وقال ابن حبان : " هو سيد التابعين " .

وقال الشافعي وأحمد وغير واحد : " مراسيل سعيد صحاح " مات سنة ثلاث وقيل أربع

وتسعين ومولده سنة خمس عشرة وقيل سبع عشرة وقيل إحدى وعشرين¹ .

وقال صاحب كتاب (جامع التحصيل في أحكام المراسيل) " ... ما روي عن ابن عمر

رضي الله عنهما أنه يرسل إلى سعيد بن المسيب يسأله عن قضايا أبيه عمر رضي الله عنه

وأحكامه مع علمه بأنه لم يدركه، ولم يختلف عليه اثنان في قبولها منه مرسله وقد قال أحمد بن

حنبل : " إذا لم يقبل سعيد بن المسيب فمن يقبل " ² .

وحديث الحيازة الذي نعتمد عليه في هذه الدراسة من مراسيل سعيد بن المسيب عن

رسول الله ﷺ أنه قال " من حاز شيئا عشر سنين فهو له " فكون هذا الحديث من مراسيله كاف

في صحة الاحتجاج به لأن المحدثين والفقهاء يكادون يجمعون على صحة مراسيله نظرا للأمر

التالية:

- علمه وتقواه كما سبق نقله عن الحافظ ابن عبد البر المالكي³ .

¹ كل النقول السابقة في توثيق ابن المسيب رحمه الله استفدتها من إسعاف المبطل رجال الموطأ جلال الدين

عبد الرحمان بن أبي بكر السيوطي ص 12 مطابع شركة الإعلانات الشرقية الطبعة الأولى 1389 هـ

11976/م .

² جامع التحصيل في أحكام المراسيل: أبو سعيد بن خليل بن كيكليدي أبو سعيد العلائي. تحقيق حمدي عبد

المجيد السلفي: ص 77 عالم الكتب، بيروت الطبعة الثانية ، 1407 هـ / 1986 م .

³ سبق توثيقه ص 50 .

- كونه من كبار التابعين وأعلمهم، وقد سبق أن نقلت بعض كلام أهل العلم في الثناء على علمه وزهده وتقواه، إضافة إلى أن الإمام الشافعي - رحمه الله - قد تتبع مراسيل سعيد بن المسيب فوجدها حسانا مسندة.

ومن جهة ثانية فإن هذا الحديث المرسل، تعضده الرواية الثانية لنفس الحديث عن زيد بن أسلم في المدونة وهي مرسل قوي يشهد لمرسل سعيد ويزيده قوة على قواعد المحدثين بالإضافة إلى الروایتين المذكورتين في تبصرة الحكام، ومواهب الجليل، وكلها عن زيد بن أسلم، وهو من كبار التابعين، وأحد الأعلام المشهود لهم بالفقه والحفظ، قال الحافظ السيوطي: (زيد بن أسلم المدني الفقيه أحد الأعلام مولى عمر أبو أسامة، وقيل أب عبد الله، روى عن أبيه و ابن عمر وجابر وأبي هريرة وخلق، وعنه بنوه أسامة وعبد الرحمان وعبد الله ومالك والسفيانان¹ وخلائق، قال يعقوب بن أبي شيبة: " ثقة من أهل الفقه العلم، وكان عالما بالتفسير له فيه كتاب، توفي في العشر الأولى من ذي الحجة سنة ست وثلاثين ومائة"² .

فحديث الحيازة الذي ندرسه تعددت مخرجه، بأن روي من جهتين مرسلتين جهة سعيد، وجهة زيد بن أسلم. وكلاهما تابعيان جليلان وثقتان فقيهان حافظان، وهذا أحد الأمور التي تقوي الحديث المرسل ليصبح حسنا من حيث الاحتجاج به والله أعلم .

بالإضافة إلى تلقي العلماء له بالقبول، وقد كان بعض أهل العلم بالحديث يحسن الحديث الضعيف بتلقي العلماء له بالقبول، وخير مثال على ذلك حديث " نهى النبي ﷺ عن بيع الكالئ بالكالئ " فقد روي من طرق كلها ضعيفة لا تخلو من مقال غير أن الفقهاء تلقوه بالعمل إذن جريان عمل المسلمين خلفا عن سلف يعد شاهدا قويا يرفع الحديث من الضعف إلى درجة الحسن والاحتجاج كما صرح بذلك الإمام النووي في تقريبه.

¹ المقصود بهما سفيان بن عيينة وسفيان الثوري.

² إسعاف المبطا ص 10 .

- احتجاج مالك رحمه الله بالحديث المرسل ومالك أمير المؤمنين في الحديث.
استدلال فقهاء المالكية على جواز الحيازة بهذا الحديث المرسل من دون أن يعارض
أحدهم في ذلك.

استدلواهم بالعرف، لأنه يكذب المحوز عليه في عدم المطالبة بحقه طول المدة كما نقل ذلك
الإمام الحطاب في شرحه على خليل¹.

وهكذا يتضح لنا بما لا يدع مجالاً للشك أن حديث الحيازة حديث محفوظ حسن بشواهد
التي قلمتها أنفاً والعلم عند الله تعالى.

الفرع الثاني الأدلة العقلية:

استدل المالكية - رحمهم الله - بالعرف إلى جانب استدلالهم بالأدلة النقلية، لأن
المتعارف عليه بين الناس أن الإنسان لا يترك ماله بيد شخص يتصرف فيه تصرف المالك في
ملكه، ويبقى ساكناً لا ينازعه ولا يحرك ساكناً، مع حضوره ببلد الحوز، وعلمه بملكه للشئ
المحاز، وعلمه بالحيازة من غير عذر شرعي يحول دون مطالبته بحقه، فإذا مرت المدة المعتبرة في
الحيازة مع توفر هذه الأمور وقام المحوز عليه يطالب بحقه، فإن العرف يكذبه في دعواه وتصبح
غير مسموعة للقاعدتين الفقهييتين: " المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً"² و " العادة محكمة"³.

¹ مواهب الجليل ج 6 ص 258 .

² الأشباه والنظائر على مذهب أبي حنيفة النعمان: زين العابدين بن إبراهيم بن نجيم : ج 1 ص 99 الناشر دار
الكتب العلمية بيروت لبنان الطبعة : 1400 هـ / 1980 م و شرح القواعد الفقهية : مصطفى الزرقا القاعدة
الثانية والأربعون المادة (43) ج 1 ص 133، وأصول الفقه : عبد الوهاب خلاف : دار القلم ، الطبعة
الثامنة، ص : 90 .

³ الأشباه والنظائر في قواعد وفروع فقه الشافعية للحافظ جلال الدين السيوطي ص 89 .

قال خليل - رحمه الله - (وإن حاز أجنبي غير شريك وتصرف ثم ادعى حاضر ساكت بلا مانع عشر سنين، لم تسمع¹ ولا بينته)² .

قال الخطاب معلقا على قول خليل: (بدليل أن السكوت في ذلك يعد كالإقرار المنطوق به من الطالب للمطلوب، بأنه لا حق له عليه ولا تباعة ولا طلب)³ . وقال في موضع آخر: (واعتمد أهل المذهب على الحديث المتقدم⁴ وعلى أن كل دعوى يكذبها العرف فإنها غير مقبولة، ولا شك أن بقاء ملك الإنسان بيد الغير يتصرف فيه عشر سنين دليل على انتقاله عنه والله أعلم)⁵ .

وقال الإمام القرافي في فروقه (وأما ما تكذبه العادة فقال مالك في الأحاديث سنين ولم يحد بال عشرة، وقال ربيعة عشر سنين تقطع الدعوى للحاضر، إلا أن يقيم بينة أنه أكرى أو أسكن أو أعار، ولا حيازة على غائب، وعن رسول الله ﷺ أنه قال: " من حاز شيئا عشر سنين فهو له"⁶، ولقوله تعالى ﴿ وَامْرُؤًا بِالْعُرْفِ ﴾⁷، فكل شيء يكذبه العرف وجب أن لا يأمر به بل يؤمر بالملك لحائزه لأنه العرف)⁸ .

¹ أي لم تسمع دعواه .

² مواهب الجليل من أدلة خليل: الشيخ أحمد بن أحمد المختار الجكني الشنقيطي دار الكتب العلمية 1426 هـ - 2005 - ج 4 ص 261.

³ مواهب الجليل 229/5.

⁴ يقصد رحمه الله اعتمدوا على صحته والعمل به .

⁵ المصدر نفسه 224/5 .

⁶ رأيت أن القرافي - رحمه الله - يجزم أن الرسول ﷺ قال " من حاز شيئا) وهذا يدل على أن الحديث صحيح عنده للاعتبارات السابقة والله تعالى أعلى وأعلم .

⁷ سورة الأعراف الآية: 199.

⁸ الفروق : 74/4 .

وأختم هذا الكلام بنازلة ذكرها إمام النوازل في عصره الإمام الوزاني - رحمه الله - : وهي أنه : (وقع السؤال عن حاز أرضا بالشراء وبقي يتصرف فيها نحو من عشرين سنة على عين بائعها، ثم قام يروم فسخ ذلك مدعيا الجهل .

فأجاب بما نصه : " إن دعوى القائم على الحائز أعلاه غير مسموعة والحالة هذه، وهي من أنواع الدعاوي غير المسموعة في تقسيم ابن الحاجب الدعاوي إلى ثلاثة أقسام لتكذيب العرف لها، والمقرر عند العلماء " أن كل دعوى ينفىها العرف وتكذبها العادة مرفوضة "، والقول قوله فيما يدعيه لما كان الحوز" ¹ .

فهذه النقول المستفيضة عن أئمة الفقه المالكي تفيد أن الحيازة التي تتوفر على شروطها² دليل وقرينة قوية على أن ذلك الشيء المحاز لمدعيه الحائز، فإذا قام شخص يطالب به مدعيا ملكيته بعد أن مرت المدة المعتبرة في الحيازة، فإن هذا الأخير يكون مدعيا لغير دليل، وكل دعوى تخالف العرف لا يلتفت إليها وتكون غير مسموعة³ للقواعد الفقهية التالية "المعروف عرفا كالمشروط شرطا" و "الثابت بالعرف كالثابت بالنص" و "العادة محكمة"⁴.

¹ المعيار الجديد. 394/9 - 395 .

² سأفرد لها مبحثا خاصا إن شاء الله تعالى .

³ ينظر الحيازة والاستحقاق في الفقه المالكي ص 80 .

⁴ أصول الفقه لعبد الوهاب خلاف ص 90.

المبحث الثالث: أركان الحيابة.

سأقسم هذا المبحث إلى ثلاثة مطالب، الأول يتعلق بأركان الحيابة، والثاني بشروطها، والثالث بأقسامها.

المطلب الأول: أركان الحيابة.

إذا كانت الحيابة هي أن يستولي الإنسان على مال ويبقى تحت يده وتصرفه، فلا بد لها من أركان أربعة تقوم عليها وهي: الحائز، والمحوز عليه، والشيء المحوز، والواقعة المادية والسيطرة الفعلية وهي المحوز أو الحيابة وهذه الأركان أسوقها كالتالي:

1- الحائز: وهو الواضع يده على الشيء المتنازع فيه المستولي عليه، والمتصرف فيه تصرف المالك في ملكه، كركوب الدابة، وسكنى الدار وغيرها، وهذا الحائز إما أن تربطه علاقة بالمحوز عليه، كقراءة الآباء والأبناء، أو أقل منها كقراءة الإخوة والأعمام والأخوال، أو أقل منها كقراءة الأصهار والموالي، والجميع إما أن يكونوا شركاء أو غير شركاء، وإما أن يكون أجنبيا لا تربطه أي رابطة.

2- المحوز عليه: وهو الذي يدعي ملكية ما في يد الحائز بعد مرور مدة الحيابة¹، وحضوره في بلد المحوز وسكوته بلا مانع أو عذر شرعي .

3- الشيء المحوز: وهو الشيء المستولى عليه، المتنازع فيه من قبل الحائز، والمتصرف فيه بأنواع التصرفات، وهو إما أن يكون عقارا² وإما أن يكون منقولا³.

¹ سيأتي الكلام على مدد الحيابة في مبحث مستقل إن شاء الله.

² - أي الأرض وما اتصل بها من بناء وشجر.

³ المنقولات كثيرة وهي الثياب والعروض والحيوان والسيارات وغيرها.

4- الحوز أو الحيازة: وهي الاستيلاء على الشيء المحوز، ووضع اليد عليه كما يسمى ذلك

الفقهاء.

والحيازة تكون بأحد ثلاثة أوجه: فأعلاها وأقواها التفويت بالبيع أو الهبة وغير ذلك من مظاهر التفويت، وأوسطها البناء والهدم والغرس والاستغلال، وأضعفها زراعة الأرض وسكنى الدار وغير ذلك¹.

¹ ينظر العذب الزلال في فقه الأموال لسماحة شيخنا العلامة الفقيه سيدي محمد التاويل رحمه الله ص 29، والحيازة والاستحقاق في الفقه المالكي ص 82 بتصرف.

الفصل الثاني:

شروط الحيازة وموانعها.

المبحث الأول: شروط الحيابة

لا يقضى بالحيابة إلا إذ توفرت فيها شروط خاصة في الحائز، والمحوز عنه، والحيابة (الحوز) وهذا محل اتفاق بين فقهاء المذهب، وهي على سبيل الإجمال: ثلاثة في الحوز، وهي: وضع اليد على الشيء، وكونه بوجه شرعي، وطول المدة.

وثلاثة في الحائز: وهي، التصرف في المحوز وادعائه ملكيته ونسبته إلى نفسه.

وأربعة في المحوز عنه: هي حضوره ببلد المحوز وعلمه وسكوته وانتفاء العذر عنه .

وواحد في المحوز: وهي كونه حقا آدميا¹ .

وفيما يلي تفصيل هذه الشروط :

الشرط الأول:

شروط خاصة في الحوز: وهو أن يضع يده على ذلك الشيء، أو أنه كان تحت يده وتصرفه إلى أن انتزع منه، وهذا الشرط من أهم شروط الحيابة وهو صريح قوله ﷺ " من حاز شيئا عشر سنين فهو له "، فهو ظاهر في انفراده بالحوز، ومفهومه أن غير الحائز لا يقضى له بمجرد الدعوى إلا لبينة أو إقرار² .

¹ ينظر الحقوق العينية في الفقه الإسلامي والتقنين المغربي، محمد ابن معجوز، الطبعة الثانية 1419هـ - 1992م، ص 311 والعذب الزلال ص 29 بتصريف.

² انظر غير مأمور شرح ميارة: 2/ 165 و العذب الزلال ص 30 .

قال الإمام المازري - رحمه الله - (تصح الحيازة بسبعة شروط وهي : الحوز وهو وضع اليد على الشيء المحاز، وأن ينسب اليد، وأن يتصرف فيه تصرف المالك في ملكه، وأن تطول المدة، وأن يكون حاضرا عالما بالغا رشيدا لم يمنعه من القيام مانع)¹ .

وفسر القرافي: اليد بالقرب والاتصال.

وترجع أهمية هذا الشرط إلى اتفاق علماء المذهب على أن الأصل في كل من بيده شيء أنه له²، وأن الظاهر فيما هو في يد الإنسان مما يصلح له أنه يملكه، وهذا هو الغالب³، وأن اليد أعم من الملك والحوز⁴، ويقرر الشيخ الدردير في شرحه الكبير أن الحيازة هي : "وضع اليد على الشيء والاستيلاء عليه، والتصرف يكون بواحد من أمور، سكنى أو إسكان أو زرع أو غرسه أو بيع، أو هدم أو بناء أو قطع شجر...."⁵.

والتعبير باليد أو الحوز استنبطه علماء الفقه المالكي - رحمهم الله تعالى - من المدونة التي تعتبر عمدهم في الفقه، فقد ورد فيها عند الكلام على الحيازة عبارات مثل : "الدار في يد رجل" ويجوزها أي وضع يده عليها، ويكرها ويهدمها ويبنى..."⁶.

¹ ينظر شرح ميارة : 284/3، فصل في حكم الحوز.

² المعيار الجديد 72/9 .

³ المصدر نفسه 40/7 .

⁴ المصدر نفسه بنفس الصفحة .

⁵ حاشية الدسوقي على الشرح الكبير 195/4 .

⁶ المدونة ج 13 ص 41 و 46 . بتصرف

فإن كان المتنازع فيه¹ بيد المتنازعين معا، فإنه يقسم بينهما بعد يمينهما إذا لم تكن لهما بينة أو تعادلت البيئات²، والدليل على ذلك حديث أبي موسى " أن رجلين ادعيا بعيرا على عهد رسول الله - ﷺ - فبعث كل واحد منهما بشاهدين فقسمه النبي ﷺ بينهما نصفين"³. وفي حديث آخر: " أن رجلين اختصما إلى رسول الله ﷺ في دابة ليس لواحد منهما بينة فجعلها بينهما نصفين"⁴.

أما إن كان المتنازع فيه بيد أحدهما ونازعه آخر فيه، وتساوت بينتهما في العدالة ولا يمكن بحال الترجيح بينهما، فإنهما تسقطان معا لتعارضهما وتصيران كالعدم، ويبقى الشيء بيد حائزه من المتداعين لأن اليد مرجحة عند التساوي مع اليمين على المشهور⁵.

وقد أفتى علماء المذهب أن الحيازة لا يقطع بها لصاحبها إلا إذا كان أصل المدخل مجهولا⁶، قال الإمام الوزاني في نوازل: (وقد تقرر في المذهب المالكي أن الحيازة قاطعة لكل دعوى فيما جهل أصله، وطول الأمد مظنة الجهل)⁷ وقال في النوازل الصغرى المسماة بالمنح السامية في النوازل الفقهية (...الحيازة لا ينتفع بها الحائز إلا إذا جهل أصل مدخل الحائز فيها،

¹ الشيء المحوز .

² مواهب الخلاق ج 2 ص 11 .

³ أخرجه أبو داود في كتاب الأفضية باب الرجلين يدعيان شيئا وليست لهما بينة..

⁴ أخرجه ابن ماجه في كتاب الأحكام باب الرجلان يدعيان السلعة وليس بينهما بينة .

⁵ ينظر حاشية الدسوقي ج 4 ص 221 مع شيء من التصرف .

⁶ بمعنى أنه لا يعرف سبب وضع الحائز يده على الشيء المحوز ولا الطريقة التي وصل بها ذلك الشيء إلى يده

⁷ المعيار الجديد ج 9 ص 584 .

أما إذا علم أصل مدخله فلا ينتفع بحيازته له، إلا أن يطول زمن ذلك جدا، كالتحسين سنة ونحوها، والقائم حاضر لا يغير ولا يدعي شيئا فإنها تنفعه، وإن لم يثبت ابتياعا ولا صدقة¹.

الشرط الثاني: أن تكون الحيازة تمت بوجه شرعي :

ويشمل ذلك ما لو اشترت منه أو من شخص آخر سماه أو قال ورثته، أو لم يقل شيئا واكتفى بقوله ملكي وحوزي، أما إذا كانت حيازته بوجه غير شرعي مثل السرقة والغصب فلا تنفعه الحيازة ولا يقضى له بها لقاعدة (المعدم شرعا كالمعدم حسا)² ولنصوص الكتاب والسنة النبوية الشريفة القاضية بوجوب رد المسروق والمغصوب إلى مالكة .

فن الكتاب العزيز قوله تعالى : ﴿ إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَنْ تُؤَدُّوا أَلْمَانَتِ إِلَىٰ أَهْلِهَا ﴾³.

ومن السنة النبوية : قوله ﷺ : " على اليد ما أخذت حتى ترده "⁴ وقوله عليه السلام : " وإذا أخذ أحدكم عصا أخيه فليردها "⁵.

وإذا وجب رد المحوز بوجه غير شرعي إلى مالكة لم يمكن الحكم له به لحيازته، وبهذا ينخص عموم قوله عليه السلام " من حاز شيئا عشر سنين فهو له " فإن ظاهره استحقاق كل حائز لما حازه، ولو كان بوجه غير شرعي، لكن يجب تخصيصه بما ذكر جمعا بين الأدلة، وتقديم الخاص على العام، قال المالكية " إلا أن تطول مدة الحيازة نحو خمسين سنة والقائم حاضر ساكت " .

¹ النوازل الصغرى المسماة بالمنح السامية في النوازل الفقهية : الفقيه أبو عبدالله محمد المهدي الوزاني: وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية مطبعة فضالة - المحمدية ، 1993/1413 ، ج4 ص364.

² تطبيقات قواعد الفقه عند المالكية من خلال كتابي إيضاح المسالك للونشريسي وشرح المنهج المنتخب للمنجور الصادق الغرياني دار ابن حزم القاعدة الثانية ص 38 الطبعة الأولى 1430 هـ 2010م.

³ من الآية 57 من سورة النساء .

⁴ رواه الترمذي في كتاب البيوع باب ما جاء في أن العارية مؤداة .

⁵ رواه أبو داود في كتاب الأدب باب من يأخذ الشيء على المزاح .

فإذا تمت حيازته بوجه شرعي مثل الهبة والصدقة والشراء، اعتبر ذلك سببا من أسباب نقل الملكية، ومعناه أنه يجب على الحائز أن يدعي الشيء، فإن اعترف له القائم بذلك فإنه يقضى له بذلك لحيازته وهبته وشرائه وثبوت ذلك بالبينة أو إقرار خصمه.

واختلف علماء المذهب في الذي ادعى أنه اشترى شيئا أو تصدق به عليه أو وهبه له ولم يثبت ذلك، فقيل يصدق الحائز في دعواه الهبة والشراء لأن طول مدة الحيازة قرينة دالة على صدقه¹ وقيل لا يصدق في دعواه مطلقا والحجة في عدم تصديقه قوله ﷺ "البينة على المدعي"²، والحائز يدعي الهبة والشراء فعليه أن يثبت ذلك، وقيل يصدق في دعواه الشراء ولا يصدق في دعواه الهبة والصدقة، وحجة أصحاب هذا القول هي أن انتقال الأملاك عن طريق التبرع كالهبة والصدقة قليل بخلاف انتقالها عن طريق الشراء، فإنه كثير وغالب، فمدعي الشراء يصدقه العرف ومدعي التبرع يكذبه العرف .

وقد رجح شيخنا العلامة الفقيه سيدي محمد التاويل - رحمه الله - رأي تصديقه في الشراء والهبة وما يقوم مقامهما فقال: (والراجح تصديقه في الشراء والهبة وما يقوم مقامهما، إلا أنه في دعوى التبرع لا شيء على الحائز لأنه يدعي انتقاله إليه بدون عوض، وأما في دعوى الشراء فإنه يصدق في أصل الشراء ولا يصدق في دفع الثمن إلا أن يثبت دفعه ببينة، وإلا حلف القائم أنه لم يقبض منه ثمنه، ويأخذه من الحائز إلا أن تطول المدة جدا إلى حيث لا يتبايع الناس لذلك الأجل، فيحلف على دفعه ويسقط عنه)³ .

وإذا تمت الحيازة بوجه شرعي لكنه لا ينقل الملك فإن هذه الحيازة لا تنفع، كما لو حاز المتنازع فيه على وجه الكراء أو المزارعة أو المساقاة وشبه ذلك من العقود التي لا تنقل الملك

¹ المعيار الجديد ج 9 ص 614 بتصرف .

² سبق تخريجه، ص 160.

³ العذب الزلال ص 34.

فإن هذه الحيابة لاغية ولا تنقطع بها حجة القائم ولو طال الزمن إلا إذا ثبت ذلك ببينة أو إقرار الحائز، ولا تكفي دعوى ذلك دون إثبات¹ .

الشرط الرابع: شروط خاصة الحائز وهي نسبة الحائز الملك لنفسه والناس ينسبونه إليه

وحضور المحوز عليه ببلد الحوز .

من شروط الحيابة الأساسية أن يدعي الحائز ملكية الشيء المحوز الذي في يده، والناس ينسبونه له بحضرة القائم، ولو مرة واحدة خلال مدة الحيابة²، وهذا الشرط لم يذكره كثير من الفقهاء المتأخرين لأن حديث الحيابة المشار إليه آنفا لم يشترطه، لأنه عام وشامل للحائز للملكية، والحائز المعترف بالملك للمحوز عنه، والحائز الذي لا يدعي شيئاً .

لكن الذي أفتى به المحققون من المتأخرين أنه لا بد أن يدعي الحائز ملكية ما يحوزه بأي وجه من الوجوه الشرعية، ولو بقوله (ملكي) من غير أن يبين سببه، أما إذا لم تكن له حجة إلا مجرد الحوز ووضع اليد، فإن ذلك لا ينفعه ولو طالت حيازته³ .

واختلف علماء المذهب هل يطالب الحائز ببيان سبب ملكه⁴؟ أم يكفي مجرد ادعاء الملك من غير بيان سببه؟ على أربعة أقوال.

¹ ينظر التسولي على التحفة ج 2 ص 232 .

² انخرشي على مختصر خليل وبهامشه حاشية الشيخ علي العدوي: الجزء السابع ص 243 .

³ حاشية الدسوقي: الجزء الرابع 235 والبهجة الجزء الثاني 358 و362 .

⁴ يعني من أين صار إليه الملك

القول الأول: لأبي الوليد ابن رشد، ومفاده أنه لا بد من بيان سبب ملكه من إرث وهبة وشراء وغير ذلك، أما مجرد دعوى الملك من غير أن يبين سببه فلا تنفع به حيازة إذا ثبت أصل الملك لغيره¹.

القول الثاني: وهو قول فريق من الفقهاء، وخلاصته أن الحائز لا يكلف بيان سبب ملكه ومن أين صار إليه، وهذا الرأي هو الراجح المعمول به²، قال الفقيه اليازغي بعدما سئل هل يكفي قوله حوزي وملكي، أو يكلف بيان من أين صارت له؟، فأجاب بأنه يكفي في جواب القائم عليه قوله: "ملكي وحوزي" ولا يكلف بيان سبب الملك ولا من أين صار له حتى يثبت القائم الاستحقاق كما يجب، فحينئذ يكلف الحائز بإثبات الموجبات، نص عليه ابن رشد وهو مذهب ابن القاسم في المدونة³.

وقد نصر هذا الرأي الفقيه الوزاني في المعيار الجديد⁴.

القول الثالث: لا يطالب ببيان سبب تملكه إلا إذا كان الحائز معروفا بالغصب، فحينئذ يجب عليه أن يبين من أين صار إليه ولا ينفعه قوله: "اشتريته" من القائم أو غيره أو ورثته، بل لا بد من إثبات ذلك بالأدلة فإن لم يثبته فعليه الكراء في جميع المدة التي بيده⁵، ويعزى هذا القول لابن عتاب وابن القطان، ونصت عليه الوثائق المجموعة⁶.

¹ البهجة الجزء الثاني ص 258 .

² ينظر حاشية الدسوقي الجزء الرابع ص 235 والبهجة الجزء الثاني 358 و362 .

³ المعيار الجديد ج 7 ص 258.

⁴ المعيار الجديد ج 7 ص 258.

⁵ ينظر مواهب الجليل ج 5 ص 225 و البهجة ج 2 ص 358.

⁶ البهجة ج 2 ص 358.

القول الرابع: لا يكلف الحائز بيان سبب ملكه إلا إذا ثبت أصل الملك للمدعي بينة أو إقرار الحائز نفسه، ومن نصر هذا الرأي الفقيه ابن فرحون المالكي فقال في التبصرة (فوجه لا يسأل الحائز عما في يديه من أين صار إليه وتبطل دعوى المدعي فيه بكل حال فلا يوجب يمينا على الحائز المدعي فيه، إلا أن يدعي عليه أنه أعاره إياه فتجب له عليه اليمين على ذلك، وهذا الوجه هو إذا لم يثبت الأصل للمدعي ولا أقر له به الحائز الذي حازه في وجهه العشرة أعوام ونحوها، ولو ادعى عليه ما في يديه أنه ماله وملكه قبل أن تنقضي مدة الحيابة عليه في وجهه لوجب عليه اليمين. ووجه يسأل الحائز عما في يديه من أين صار إليه ولا يصدق في ذلك مع يمينه ويكلف البينة، وهو إذا ثبت الأصل للمدعي أو أقر له به الحائز قبل أن تنقضي مدة الحيابة عليه، فيجب أن يسأل من أين صار إليه ويكلف البينة كل ذلك)¹.

أما إذا ادعى مجرد الحيابة وأنه وجد الشيء ساقطا فأخذه²، أو وجد العقار مهملا فخازه واعتمره، ولم يدع تملكه فإنه في هذه الحالة لا يقضى له به، ولا تنفعه طول الحيابة³ لأنها مجرد دليل على الملك في أصح قولي علماء المذهب، فيقضى به لمدعيه، ولا تثبت الملك وسأفرد لهذا الكلام مبحثا مستقلا إن شاء الله تعالى.

قال الشيخ عبد القادر الفاسي: (الصواب أن هذا الرجل حين اعترف أن تصرفه في تلك الأرض لم يستند لشيء، وإنما وجدها عارية عن وضع يد عليها فأخذ يتصرف فيها ولم يبحث عن أربابها، فكان ذلك تعديا منه، وإقداما على ما لا يحل له ولا لغيره بتلك، ولا تعتبر شرعا لأنها لم تستند لشيء)⁴.

¹ التبصرة ج2 ص85.

² مثل اللقطة مثلا.

³ التاودي على شرح التحفة 23/2 .

⁴ المعيار الجديد 616/3.

قلت: مضمون كلام الشيخ يستند إلى قوله ﷺ "على اليد ما أخذت حتى ترده" وقوله عليه السلام " وإذا أخذ أحدكم عصا أخيه فليردها " وعملا بالقاعدة الفقهية: "المعدوم شرعا كالمعدوم حسا"¹.

الشرط الخامس: تصرف الحائز فيما يحوزه

فلا يكفي الحيازة ووضع اليد على الشيء، بل لابد من تصرف الحائز فيه تصرف المالك في ملكه بأي وجه من وجوه التصرفات مثل البناء والهدم والهبة والبيع والصدقة والسكنى والغرس والازدراع وغير ذلك من التصرفات التي لا يقوم بها إلا مالك في ملكه لأن التصرف عنوان الملك وهو دال عليه فإذا عدم المدلول².

قال الشيخ خليل: (وصحة الملك بالتصرف)³.

وقد قسم ابن رشد - رحمه الله - تصرفات الحائز والقائم من حيث القوة إلى ثلاثة أقسام، أضعفها السكنى والازدراع، ويلها الهدم والبناء والغرس والاستغلال ويلها التفويت بالبيع والهبة والصدقة والنحلة والعقق والكتابة والتدبير والوطء، وما أشبه ذلك مما لا يفعله الرجل إلا في ماله، والاستخدام في الرقيق⁴، والركوب في الدواب والسكنى فيما يسكن، والازدراع فيما يزرع ولا استغلال في ذلك كله بالهدم والبنيان في الدور وكالغرس في الأرضين⁵.

فالذي يمعن النظر في كلام الفقيه ابن رشد، يلحظه يقسم هذه التصرفات باعتبار قوتها وضعفها إلى ثلاثة أقسام:

¹ تطبيقات قواعد الفقه عند المالكية ص 38.

² المعيار الجديد 280/7.

³ مختصر خليل ص 255 .

⁴ لم يعد للرقيق حكم في فقهاء الإسلام لأن الإسلام قضى عليه تدريجياً.

⁵ البيان والتحصيل: 146/11.

1- تصرفات قوية تنقل الملك، مثل: البيع والهبة والصدقة والحبس وغير ذلك.

وهذه التصرفات كافية في الحيازة مسقطه لدعوى القائم بمجرد وقوعها بحضور المالك وعلمه، وإن لم تمض مدة الحيازة حتى بين الأب وابنه، والشريك وشريكه إذا فوته الحائز وادعى تملكه، فإن حبس الأرض على أنها أرضه، أو تصدق بالثوب أو الحلي على أن الجميع ماله أو باع الدار على أنها داره، ففي ذلك كله يعتبر ذلك التصرف كافيًا في الحيازة بمجرد وقوعه¹.

إلا أنه ينبغي أن يقال إن هذا التفويت إذا كان بحضور المدعي فإن حقه يسقط بمجرد انقضاء المجلي، بشرط أن يكون عالماً بما وقع سائماً بغير عذر، لا فرق بين البيع والتبرع، ولا شيء له من ثمن ولا مضمون².

أما إذا كان في غيبة القائم، فقام ينكر ذلك علم بالتفويت فله الحيازة، إن شاء فسخ البيع وما معه من العقود واسترجع متاعه، وإن شاء أمضى ما فعله الحائز من البيع وما معه، إلا أنه في حالة البيع يكون الثمن له إذا أمضاه، وفي التبرع لا شيء له إذا أمضاه لوقوعه مجاناً، وإن لم يقيم إلا بعد طول فلا شيء له³.

لكنه اختلف علماء المذهب في المدة الطويلة التي يسقط بها الحق، وقد نلخص ابن رشد ذلك فقال: (إذا قام حين علم أخذ شيئاً، وإذا قام بعد العام لم يكن له إلا الثمن، وإن لم يقيم إلا بعد مدة الحيازة لم يكن له شيء واستحق الحائز الثمن بجيازته)⁴.

لكن الذي جرى عليه عمل الفقهاء هو أنه إذا قام بالفور فله الفسخ، وإن لم يقيم حتى مضت مدة تدل على رضاه لم يكن له إلا الثمن، ولو كان قيامه داخل السنة، وإن لم يقيم إلا بعد

¹ ينظر مواهب الجليل: 438/6 والتسولي 238/2.

² مواهب الجليل 438/2 والتاودي بنسودة على التحفة 63/2.

³ المرجعان نفسيهما بنفس الجزء والصفحة.

⁴ ينظر التسولي 63/2.

العام لم يكن له حق في ثمن ولا مئتمون¹، وقد رحمه شيخنا العلامة سيدي محمد التاويل -رحمه الله- في كتابه المستطاب العذب الزلال في فقه الأموال².

2- تصرفات متوسطة:

وهي البناء والهدم لغير إصلاح، والغرس وقلعه، والعمارة لغير الضرورة، لأن الحائز إذا قام بهدم ما يخشى سقوطه فإن ذلك لا يسقط ملك الحوز عليه، وكذلك الأمر في الإصلاح اليسير لأن المكري عادة ما يأمر المكثري به³.

وإنما يعتبر الهدم والبناء صحيحا إذا كان لتوسعة العقار مثلا، أو لزيادة عدد المساكن أو نحو ذلك قال الفقيه التسولي: (وهذا إذا هدم صحيحا له قدر وبال ليتوسع فيه أو يبني غيره مكانه أو ليزيده مسكنا آخر لا أن هدمه لخوف سقوط أو لأجل إصلاح حق، فإن ذلك لا يسقط حق القائم ولو مضت العشر أو أكثر لأن رب الدار يأمر المكثري بأن يصلح من كرائها)⁴.

وهذه التصرفات كافية في الحيازة على الأجنبي شريكا كان أو غير شريك، وفي ثبوت الحيازة بين الأقارب قولان في المذهب ذكرهما التسولي وهما كالآتي:

الأول: أنه لا يثبت بها الحوز من أحدهما على الآخر إلا أن تطول المدة جدا، واختلف الفقهاء في:

¹ التسولي ج 2 ص 63.

² ص 41.

³ شرح ميارة 165/2 وينظر الحيازة والاستحقاق ص 101..

⁴ البهجة 582/3

هل تنفع الحيازة بين الآباء والأبناء بالهدم والبناء والغرس أم لا على قولين نقلهما صاحب البيان والتحصيل وخلاصة كلامه أنها لا تنفع الحيازة ولا يجوز أحدهما على الآخر¹.

الثاني: أنه لا حيازة بينهما إلا إذا طالت المدة جدا²

وهذا الرأي رحمه شيخنا العلامة الفقيه سيدي محمد التاويل رحمه الله في كتابه العذب الزلال³.

الرأي المختار:

الذي أراه راجحاً والله أعلم هو أن الحيازة لا تنفع بين الآباء والأبناء، ولا يجوز أحدهما على الآخر، والحجة عندي أن الأبناء عادة يقومون بهذه الأعمال لصالح آبائهم، وكذلك الأمر بالنسبة للآباء والله تعالى أعلم.

3- تصرفات ضعيفة:

وتكون بازدياد الأرض وأخذ الثمار، وقد اتفق علماء المالكية على أن هذه التصرفات لا تنفع فيها الحيازة بين الآباء والأبناء، ولا في حيازة الأقارب سواء كانوا شركاء أو غير شركاء، ولا في حيازة الأجانب الشركاء وإن طالت السنين، وإنما تنفع السكنى والازدياد في حالة الأجانب غير الشركاء⁴.

¹ البيان والتحصيل 147/11.

² التسولي 238/2.

³ ص: 59.

⁴ مواهب الجليل 227/5 و التسولي 232/2 و تبصرة الحكام 86/2.

المبحث الثاني: موانع الحيابة في الفقه المالكي.

يشترط علماء المالكية - رحمهم الله تعالى- لكي تكون الحيابة عاملة ومانعة من سماع دعوى المدعي أن يكون المحوز عليه حاضرا في بلد الحوز، يرى الحائز يتصرف في المحوز بالبناء والهدم والازدراع والغرس وغير ذلك من أنواع التصرفات، وهذا ما نص عليه إمامنا مالك في المدونة بقوله (إذا كان حاضرا يراه يبني ويهدم ويكري فلا حجة له)¹.

وهذا يعني أنه إذا اختل شرط الحضور، وكان المحوز عليه غائبا فإنه يبقى على حقه، ولا تنفع الحيابة عليه ولو كان عالما بها، ويصدق في دعواه أنه كان عاجزا عن القدوم، وذلك لأن غيبته تعتبر عذرا ومانعا من موانع الحيابة، وإلى هذا أشار الإمام مالك - رحمه الله - بقوله (...وإن كان غائبا سئل الذي الدار في يديه فإن أتى بينة أو سماع قد سمعوا أن أباه أو جده قد اشترى هذه الدار، إذا كان أمرا قد تقادم فأراها له دون الذي أقام البينة أنها له، وإن لم يأت بالسماع ولا بالشهادة وكان الذي يطلب الدار غائبا فقدم فأقام البينة أنها له رأيتها له)².

ونلخص هذا الشيخ خليل - رحمه الله - قائلا: (وإن حاز أجنبي غير شريك وتصرف، ثم ادعى حاضر ساكت بلا مانع عشر سنين)، قال الإمام الخطاب شارحا ومبيننا قول خليل: (وقوله ثم ادعى حاضر) يعني: يشترط في كون الحيابة مانعة من سماع دعوى المدعي، أن يكون المدعي حاضرا، واحترز بذلك مما لو كان المدعي غائبا فإن له القيام إن طالت المدة³.

فهذه الغيبة من موانع الحيابة، إلا أن فقهاء المذهب قسموها إلى ثلاثة أقسام:

فالمحوز عليه إما أن تكون غيبته قريبة أو متوسطة بين القرب والبعد أو بعيدة جدا.

¹ المدونة الكبرى 99/4.

² المصدر نفسه.

³ شرح الخطاب على خليل 221/6.

1- الغائب غيبة بعيدة

وقد حدد فقهاء المذهب قدرها بأن تكون المسافة بين مكان الحيازة ومكان المحوز عليه (الغائب) سبعة أو ثمانية أيام¹ وإلى هذا أشار ابن عاصم في التحفة:

والبعد كالسبع والثمان ❁ وفي التي توسطت قولان²

فالغائب عن بلد المحوز بمثل هذه المسافة لا يسقط حقه في المطالبة متى حضر ولو طال مدة الحيازة، قال صاحب التحفة:

وقائم ذو غيبة بعيدة ❁ حجته باقية مفيدة³

وقد قدر العلماء هذه المسافة البعيدة كما بين الأندلس ومصر، لكن يستحب له الإشهاد بأنه باق على حجته إذا علم بالحيازة في غيبته، وإذا لم يشهد على بقاءه لم يضره ذلك⁴ قال ابن فرحون - رحمه الله - (...وقال مطرف وأصبغ: ونرى أن السبعة الأيام والثمانية، وما أشبه ذلك طولا من الغيبة وعذرا في ترك القدوم والطلب والتوكيل وإن كان عالما، إلا أننا نستحب له أن يشهد في غيبته إذا علم بحيازة ماله عنه، وإذا ترك الإشهاد لم يوهن ذلك حجته إلا أن يطول الزمان

¹ يعبر الفقهاء عن ذلك بقولهم: على سبعة مراحل أو ثمانية، والمرحلة مسيرة اليوم، ولذلك فقد اختلفوا في تحديد مدة الغيبة، لأنهم كانوا يحددون المسافات البعيدة والقريبة بالأيام بحسب وسائل النقل التي كانت متوفرة في عصرهم وهي الدواب وعلى هذا الأساس كانت نظرتهم متباينة في مدة القرب والبعد) ينظر الحيازة والاستحقاق ص 111.

² ينظر إحكام الأحكام على تحفة الحكام: للشيخ محمد بن يوسف الكافي على منظومة القاضي أبي بكر محمد بن محمد بن عاصم الأندلسي دار المعرفة الدار البيضاء بدون تاريخ الطبع الصفحة 294.

³ نفس المصدر والصفحة.

⁴ راجع غير مأمور التسوي 237/2 مع شيء من التصرف.

جدا مثل السبعين سنة أو الثمانين وما قاربها ويكون مع ذلك سماع مستفيض بأنها ملك للذين هي بأيديهم تداولها هم ومن كان قبلهم، بما يحازبه الملك فيكون ذلك كالحياز على الحاضر)¹ .
واعتر الفقهاء غيبة المرأة بعيدة دائما، بمعنى أن المرأة تبقى على حقها كيفما كانت غيبتها، وسواء علمت أم لم تعلم، وقد حكى ابن فرحون ما جاء في الغيبة التي تعذر بها المرأة عن بعض علماء المالكية فقال رحمه الله:

(ومغيب المرأة على مسيرة اليوم لا يقطع حجتها، لقوله عليه الصلاة والسلام " لا يحل² لامرأة تؤمن بالله واليوم الآخر تسافر مسيرة يوم إلا معها ذو محرم منها")³ .

وسواء كانت هذه المرأة بكرا غير معنسة ممنوعة من الخروج أو محجوبة ذات زوج غيور يمنعها من الخروج من منزلها إلا للضرورة القصوى، فلا تقابل أحدا ولا تعلم مصير أملاكها قال التسولي: (... أو كان المحوز عليه امرأة ذات زوج غيور عليها شديد الضبط لها مانع لها من الخروج، فإنه مع وجود واحد من هذه الأمور غير ساكت ولا يسقط حقه)⁴
وإلى هذا الرأي مال ابن فرحون بقوله: (أو امرأة محجوبة أو غير محجوبة)⁵ .

2- الغائب غيبة متوسطة

ويقصد بها الغيبة الوسط بين القرب والبعد كمسافة الثلاثة أيام أو الأربعة فما فوقها إلى السبع، فالقائم يبقى على حقه إذا لم يعلم بالحوز من غير خلاف - فيما علمت - واختلف الفقهاء فيما علم بالحوز هل يقطع حجته؟ على قولين:

¹ تبصرة الحكام 101/2 .

² أخرجه البخاري في كتاب أبواب تفصير الصلاة باب في كم يقصر الصلاة .

³ تبصرة الحكام 101/2 .

⁴ البهجة 360/2 .

⁵ ينظر البصرة 84/2 .

أولهما لابن حبيب وابن القاسم أنه إذا كان عالماً فلا حق له بعد ذلك إذا لم يثبت عجزه عن التوكيل أو القدوم.

وثانيهما هو الذي رجه ابن القاسم عن مالك: أن حقه لا يسقط ولا تعمل عليه الحيازة، لأنه قد يكون معذوراً في غيبته، وعذره لا يتبين، ورجح هذا القول جماعة من الفقهاء كابن عبد البر¹ والتسولي والرهوني وقد ذكر القاضي أبو الوليد هشام بن عبد الله الأزدي المالكي في معين الحكام أن به الفتوى².

إلى أشار ابن عاصم رحمه الله تعالى:

والبعد كالسبع وكالثمان ❁ وفي التي توسطت قولان³

3- الغائب غيبة قريبة

فإن كانت غيبة القائم على الحائز قريبة، - وقد حدد فقهاؤنا مسافتها عن بلد الحوز باليوم أو اليومين -، فلا يخلو الحال إما أن يعلم الغائب بجيازة الأجنبي أو لا يعلم.

فإن كان عالماً فهو كالحاضر في انقطاع حجته وعدم سماع دعواه وبينته وهذا مشروط بالأمن لا مع الخوف، والقدرة على القدوم أو التوكيل لا مع العجز عنهما، وإلا كان الغائب على هذه المسافة كالبعيد الذي تسمع دعواه ولا تنقطع حجته⁴.

وإن كان غير عالم فهو باق على حقه مهما طال الزمن أو قصر.

¹ حكاه عنه الرهوني: 510/7.

² حاشية الرهوني 51/7 والتبصرة 83/2 وتوضيح الأحكام 43/4.

³ ينظر إحكام الأحكام على تحفة الحكام: للشيخ محمد بن يوسف الكافي على منظومة القاضي أبي بكر محمد بن محمد بن عاصم الأندلسي دار المعرفة الدار البيضاء بدون تاريخ الطبع.

⁴ ينظر حاشية الرهوني 510/7 بتصرف.

والمرأة حكمها حكم الغائب غيبة طويلة وقد تقدمت الإشارة إلى ذلك قريبا¹.

ثانيا: كون المحوز عليه من ذوي الفضل والإحسان إلى الناس

من الأعدار التي ذكرها فقهاء المالكية - رحمهم الله - كون المحوز عليه كثير المال، له أملاك كثيرة متفرقة في أماكن مختلفة، وهو من أهل الفضل والإحسان إلى الناس، فإذا ما حيزت عليه أملاكه فإن هذه الحيازة لا تنفع صاحبها إلا إذا أثبت صاحبها ملكية المحوز بالبينة الشرعية، فقد نقل إمام النوازيلين الوزاني رحمه الله (أن الفقيه السراج سئل عن أناس لهم أملاك عديدة ببلاد شتى، وجرت عاداتهم مع الناس أنهم يتفضلون عليهم في أملاكهم بالبناء الحرث والغراسمة وغير ذلك من أنواع العمارة، ثم إن بعض الساكنين أنكروا الفضل والإحسان وأرادوا أن يمتازوا ببعض الأملاك بسبب العمارة وينسبونها لأنفسهم من غير أن تقوم بينة عاملة على ذلك.

فأجاب بأنها لا تجوز على الوجه المذكور إلا إذا قامت بينة مقبولة بانتقال الأملاك ببيع أو صدقة، وأما مجرد العمارة العارية عن ذلك فلغو، ولا عبرة بها ولا معول عليها².

ثالثا: المحجور عليه لصغر أو سفه أو غيره.

ذهب فقهاء المالكية إلى أن الصغر السفه والجنون أعدار تجيز للمحجور عليه³ المطالبة بحقه مهما طالت المدة ولا تنفع الحائز حيازته إلا بعد مضي أمدها من يوم زوال أحد

¹ إلا أن هذا القول في نظري لا يسير التطور الاجتماعي الكبير وما آلت إليه وضعية المرأة في زماننا، فيحتم علينا إعادة النظر فيه لاعتبار المرأة دائما في حكم الغائب خصوصا أنها بدأت ترتقي أرقى المناصب الدينية والسياسية والاقتصادية والثقافية حتى أصبحت تنافس الرجل في شتى المجالات، الشيء الذي يحتم علينا أن نجعل حكم الرجل والمرأة في مسألة الغيبة واحدا لأننا نحكم بالقانون الوضعي وهو لا يفرق بين رجل وامرأة ضمنا لحسن سير العدالة وإحقاقا للحق بين الناس والله تعالى أعلى وأعلم.

² ينظر النوازل الصغرى للإمام الوزاني 361/4.

³ المحجور عليه هو المتصف بأحد هذه الأوصاف.

هذه الأعدار، قال الخطاب (ويدخل في المانع ما إذا كان المدعي صغيرا أو سفيها فإن سكوته لا يقطع دعواه)¹.

وتضاف أعدار أخرى مثل ما إذا كان مختلا في عقله أو ضعيفا كما نص على ذلك ابن فرحون في التبصرة²، ونلخص الفقيه التسولي هذه الأعدار بقوله (واحترز به أيضا مما إذا كان هناك مانع يمنعه من الخصام كصغر أو سفه... فإنه مع وجود واحد من هذه الأمور غير ساكت ولا يسقط حقه)³.

وقال في موضع آخر: (وكذا السفية وغير العالم بأنه ملكه أو بأنه يتصرف فيه، فإن الحيابة لا تعمل عليهما إلا بعد أن يرشد السفية أو يعلم غيره وتحاز عليهما الأملاك عشرة أعوام من يوم الرشد والعلم وهما ساكنان بلا مانع)⁴.

وقد سئل الونشريسي - رحمه الله - عن ورثة قاصرين ووجهوا بكون أن أبناء أعمامهم حازوا الدار التي كانوا يسكنونها؟ فأجاب بأن الدار في هذه الحالة ترجع للورثة هنا ولا حيابة في ذلك لأنهم قاصرين⁵.

ويمكننا أن نضيف إلى هذه الأعدار بعض الأمراض التي ظهرت في عصرنا الحالي كالمصابين بمرض التوحد، أو الأطفال المنغوليين فهؤلاء وأمثالهم لا يسقط حقهم مهما طالت

¹ مواهب الجليل 222/5.

² 72/2.

³ البهجة 360/2.

⁴ المصدر نفسه.

⁵ المعيار المغرب والجامع المغرب عن فتاوى أهل إفريقية والأندلس والمغرب ط أوقاف المغربية، أبو العباس أحمد بن يحيى الونشريسي، خرجه مجموعة من الفقهاء بإشراف الدكتور محمد حجي، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية للمملكة المغربية ودار الغرب الإسلامي 1401 هـ - 1981 م. ج 8 ص 448.

مدة الحيازة وسواء كان لهؤلاء أولياء، أو كانوا مهملين لا أولياء لهم، لأن ظاهر أقوال الفقهاء لا تفرق بين الصغير والسفيه والمجنون والمختل عقله والمعتوه لعموم قوله عليه السلام " لا يبطل حق امرئ مسلم وإن قدم ¹والله تعالى أعلم.

رابعاً: الخوف من بطش الحائز وتسلمه

إذا كان الحائز معروفاً بالتعدي والغصب، أو ذا سلطة² فقد اتفق علماء الفقه المالكي على أن الحيازة لا تنفع مهما طال مدتها ويبقى المحوز عليه على حقه، ويمكنه المطالبة به متى ارتفع عذره وقد وقفت على كثير من نصوص الفقهاء في ذلك منها على سبيل المثال لا الحصر:

- جاء في حاشية الدسوقي عند تعليقه على قول الدردير "من إكراه أو نحوه" (....ومن ذلك الخائف من سطوة الحائز أو من سطوة من استند إليه الحائز، ولذا ذكر ابن حبيب وغيره أن لا حيازة لذوي الشوكات والتغلب)³.

- وقال التسولي: (إذا حازه بغصب أو تعد أو كان معروفاً بذلك فإن حيازته كالعدم، وإن سكت القائم بعد زوال سلطة الغاصب وقهره فإن سكوته لا يضره إلا أن يفوته الغاصب ببيع أو غيره بعد زوال سلطته، أو بموت فيقسم ورثته المال بحضرته" أي المحوز عليه" فلا شيء له)⁴.

- ونلخص ذلك الإمام الوزاني بقوله: (إذا خاف المدعي من الذي في يده العقار لكونه ذا سلطان، فإن سكوته بذلك لم يبطل حقه، وعلى هذا فحيازة الغاصب والمتعدي المعروف بسطوته إذا حاز عقاراً، ولو لمدة طويلة تفوق العشرين عاماً، وقام عليه غيره بعد تلك المدة، وهو ساكت

¹ موطأ ابن وهب، كتاب القضاء في البيوع، تحقيق ميكوش موراني، رقم 328.

² ويلحق بذلك من كان خائفاً من أصحاب الذين يملكون القرارات كالأجهزة الأمنية أو يؤثرون على أحكام القضاء بنفوذهم .

³ الشرح الكبير ج 4 / 207 بتصرف .

⁴ البهجة في شرح التحفة ج 2 ص 417 .

عالم بحوزه، فلا يضره هذا السكوت، وذلك الطول، لخوفه من سطوته لكن من الأولى له أن يشهد على سكوته وخوفه)¹.

وعنه أيضا أنه قال: (ولا تقوم للغاصب حجة بطول اعتماره وإن طال ذلك جدا، وكذا إن أمكن القيام وغفل عن ذلك فله القيام متى أحب، ولا حجة عليه في الاعتمار ولا في ذهاب سلطان الغاصب إذا أثبت أصل الغصب، إلا أن يهب الغاصب العقار أو يفوته ببيع وما أشبه ذلك أو يموت عنه، فيقسمه ورثته بعلم المغضوب منه، ولا يغير في ذلك دون سلطان يكون للغاصب أو لورثته، فيقطع ذلك قيام المغضوب منه)².

فهذا القول محل إجماع من الفقهاء أعني: الخوف من بطش الحائز وسطوته.

خامسا: عدم علم المحوز عليه بالحيازة وبملكيته للمحوز:

قال الفقهاء في هذا الشرط: إذا كان المحوز عليه حاضرا، فلا بد من أن يعلم بأن الشيء المحوز ملكه، أن يعلم بأن من حازه يتصرف فيه تصرف المالك

جاء في المدونة: تحت عنوان " في الشهادة على الحيازة " قال مالك: (إذا كان حاضرا يراه يبني ويهدم ويكري فلا حجة له)³.

قال ابن فرحون شارحا قول مالك: قوله (إذا كان حاضرا يراه)، لا بد هنا من العلم بشيئين وهما: العلم بأنه ملكه، والعلم بأنه يتصرف فيه. ولا يفيد العلم بأحدهما دون الآخر، لأنه إذا علم

¹ المعيار الجديد للوزاني 57/9 طبعة فاس الحجرية.

² نفس المصدر 614/9.

³ سبق توثيقه، ص 81.

بالتصرف قد يقول: ما علمت أنه ملكي كما يقول الرجل الآن: قد وجدت الوثيقة عند فلان، فيقبل قوله ويحلف)¹.

قال الخطاب: "وفي أول مسألة من سماع أشهب من كتاب الاستحقاق ما يدل على أنه إذا ادعى عدم العلم بالحيازة ينفعه ذلك يحلف، وإنه محمول على عدم العلم"².

ومعنى هذا الكلام أن حال المدعي محمول على عدم علمه بالحيازة حتى يثبت العكس³.

ثم قال: وقال ابن ناجي⁴ في شرح قول الرسالة: (وصاحبها حاضر عالم)، ظاهر كلام الشيخ⁵ إن الحاضر محمول على عدم العلم بالملكية حتى يثبت⁶ وقيل: محمول على العلم حتى يتبين خلافه، وهو قول ابن رشد وقيل بالأول وإن كان وارثا وبالثاني إن لم يكن، قاله في الوثائق المجموعة وبه القضاء عندنا)⁷.

ويؤخذ مما ذكره الفقهاء، في شرط علم المحوز عليه، أن هذا الشرط يتضمن تحته أمرين حتى تكون الحيازة مشرعة وهذان الأمران هما:

- يجب أن يكون المحوز عليه عالما بحيازة ماله.

- على الحائز إثبات علم المحوز عليه بحيازته لماله.

¹ التبصرة 82/2 و83.

² سيأتي تخريجه قريبا.

³ هذا من كلامي لا من كلام الخطاب.

⁴ هو قاسم بن عيسى ابن ناجي التنوخي من أهل قيروان من أهم مؤلفاته شرح المدونة وشرح رسالة ابن أبي زيد توفي سنة 837 هجرية رحمه الله تعالى

⁵ أي صاحب الرسالة.

⁶ أي العلم.

⁷ مواهب الجليل: 377/17.

وقد تقدم عن الفقهاء قولان في هذا هي:

- الأول: رأي ابن رشد وهو أن المحوز عليه الحاضر محمول على العلم بحيازة غيره لماله حتى يعلم خلافه.

- الثاني: أن المحوز عليه الحاضر، محمول على عدم العلم بحيازة ماله إن كان وارثا، ومحمول على العلم حتى يتبين خلافه إن لم يكن وارثا¹.

السادس: كون الحيازة في بلد لا تناله الأحكام

من الموانع التي قد تحول دون مطالبة المحوز عليه بحقه حسبما ذكره فقهاء المالكية: كون الحيازة في محل لا تناله الأحكام، فإذا سكت المحوز عليه في هذه الحالة فإن سكوته لا يسقط حقه وله المطالبة متى وجد إلى ذلك سبيلا.

جاء في نوازل الوزاني (فقد سئل² عما يذكر من أن الحيازة إنما تكون في موضع الأحكام وأما موضع البادية فلا، هل هو صحيح وهو الظاهر لعدم من يحكم به في أكثر البلاد، ولعدم من ينفذ في بعضها؟ والناس في ذلك على ثلاثة أقسام: قسم ضعيف لا يبالي به ويخاف على نفسه إن تكلم، وقسم لا يخاف ولكن يخشى أن يؤدي ذلك إلى أعظم منه من فتنة بين أهله وبين المقوم عليه وأهله، وهناك قسم ثالث يقع منه الإنصاف إن حكم عليه، لكن ليس في تلك البلاد قاض يحكم عليه إنما يكون في بعض البلاد يحكم ولا يرضى به المحكوم عليه).

(فأجاب بأن كون الحيازة لا تقطع حق المحوز عليه إلا في بلد تجري فيه الأحكام صحيح ... ووجهه واضح، لأن من شرط اعتبار السكوت مانعا أن يكون لغير مانع، وعدم تأتي الإنصاف بعدم جري الأحكام ظاهر، فليس هذا مزيدا على شروطه المعلومة، ولكن يجب أن

¹ ينظر الحيازة والتقادم في الفقه الإسلامي ص 387.

² الذي سئل هو الشيخ أبو العباس الهلالي رحمه الله .

ينظر في خصوصيات النوازل عند نزولها، فرب رجل يمكنه الانتصاف في بلد لا تجري فيه الأحكام، ورب آخر لا يمكنه ولو في بلد الأحكام، فلا بد للهفتي والقاضي من النظر في خصوصيات النوازل وإعمال معتبرها وإلغاء طردها، لهذا كان علم الفقيه من حيث هو قاض أو مفت أخص من علمه من حيث هو فقيه، والله تعالى أعلم¹.

ونقل الدسوقي في معرض ذكره للأعذار الموجبة للقيام كلاما رصينا خلاصته: (ومن ذلك ما إذا كان الموضع لا يتيسر فيه من يزجر ويرجع إليه، ولذا قال ابن عمر: الحيازة إنما تكون في موضع الأحكام، أما البادية ونحوها فلا حيازة)².

سابعاً: الاستناد إلى حكم سابق في شأن الشيء المحوز، أو كون المحوز عليه تلقى المحوز من

الحائز ببيع أو هبة.

وهذا المانع أشار إليه الوزاني في المعيار وحكاه عن فقيهين مالكيين جليلين هما عبدالمالك ومطرف، ومفاده أن من قضي له بمنزل فتركه بيد المقضي عليه حتى حازه زمنا طويلا، فإنه لا يمنع بذلك المقضي له أن يأخذه وإن حازه هذا وتقدم ذلك، لأن القضاء قد نص أن لا حق فيه للمقضي عليه، وإنما تنفع الحيازة الطويلة لغير المتعدي³.

ثامناً: موانع أخرى أشارت إليها بعض كتب المالكية:

- نص ابن فرحون على أن من الموانع والأعذار التي ذكرها المالكية كون المحوز عليه مقبوضا عليه من طرف العدو، أو كان ضعيفا في بدنه لا يقدر على الحضور، أو كان من وراء

¹ المعيار الجديد: ج 9 ص 600 .

² انظر غير مأمور حاشية الدسوقي: 234/4.

³ المعيار الجديد: 48/9 وتبصرة الحكام : 88/2.

بحر قال - رحمه الله - (إلا أن يكون له عذر، مثل أن يكون في يد دعوة، أو من وراء بحر، أو يكون ضعيفا، أو مختلا...أو ما أشبه من العذر)¹.

- يرى بعض الفقهاء من الموانع كذلك أنه إذا قال المحوز عليه إنما تركت القيام لاشتغالي بالخدمة غدوا ورواحا، وأثبت أنه كان يشهد الشهود أنه غير تارك لحقه، ولو أشهدهم بغير حضرة الحائز²، ففي هذه الحالة لا يسقط حق المحوز عليه مهما طال الزمن، ومتى زال المانع يمكنه المطالبة بحقه، ولا يمكن للحائز الاحتجاج بحيازته إلا إذا مرت المدة ابتداء من يوم زوال المانع.

- ويعتبر من الأعذار عند بعض الفقهاء خوف الدائن من المدين، فقد نقل الخطاب عن الجزولي³ كلاما محققا في ذلك أقتصر منه على خلاصته: (....وكذلك إذا كان للحائز على المدعي دين وخاف إن نازعه أن يطلبه ولا يجد من أين يعطيه)⁴.

والدين يكون عذرا مانعا من الحيازة إذا كان حالا⁵، وأن يكون المحوز عليه غير قادر على الوفاء لدائمه⁶.

ونقول ذلك لأن المدين، إذا طالب الحائز الدائن برفع يده عن المحوز، فقد يترتب على ذلك أن يطالبه بالدين ولا يستطيع الوفاء به، فيسكت عند ذلك، وهذا يعتبر عذرا مانعا إذا كان في

¹ التبصرة: 90/2

² البهجة: 360/2 والحيازة والاستحقاق ص 169 بتصرف.

³ هو أبو عبد الله محمد بن عبد الرحمان الجزولي عالم فاس وقاضيا توفي سنة 758 هجرية.

⁴ شرح الخطاب 6/ص 228.

⁵ أي يستطيع الدائن أن يطالب المدين (المحوز عليه) بدينه.

⁶ يقصد به هنا الحائز للمال.

عدم السكوت إلحاق ضرر به أو بماله، أما إذا سكت حتى أصبح في حالة يستطيع معها الوفاء بالدين لدائمه الحائز لماله، فإن سكوت المدين على الحيابة لا يعتبر عذرا مانعا له من المطالبة¹.

¹ ينظر الحيابة والتقدم في الفقه الإسلامي ص 393.

الفصل الثالث:

أقسام الحيازة ومجالاتها ومدنها

وكيفية الشهادة عليها في الفقه

المالكي.

المبحث الأول: أقسام الحيابة في الفقه المالكي.

لفقهاء المذهب تقسيمان للحيابة، الأول: للإمام ابن رشد الجد الذي قسمها تقسيماً سداسياً من حيث القوة والضعف وذلك بالنظر إلى العلاقة بين الحائز والمحوز عليه، والثاني للعلامة التسولي الذي قسمها إلى قسمين وذلك بالنظر إلى طبيعة الشيء المحوز.

المطلب الأول: أقسام الحيابة بالنظر إلى العلاقة بين الحائز والمحوز عليه.

قسم الإمام ابن رشد رحمه الله الحيابة إلى ستة أقسام من حيث القوة والضعف قال رحمه الله:

(والحيابات تنقسم إلى ستة أقسام لأنها على مراتب ست، أضعفها حيابة الأب على ابنه والابن على أبيه، ويلها حيابة الأقارب الشركاء بالميراث أو بغير ميراث بعضهم على بعض، وتليها حيابة القرابة بعضهم على بعض فيما لا شرك بينهم فيه والموالي والأختان الأشراك بمنزلتهم، وتليها حيابة الموالى والأختان بعضهم على بعض فيما لا شرك بينهم فيه، وتليها حيابة الأجنبيين الأشراك بعضهم على بعض، وتليها حيابة الأجانب فيما لا شرك بينهم فيه وهي أقواها)¹.

فجاء ترتيبه للأقسام هكذا:

- 1 الحيابة بين الآباء والأبناء (الأصول والفروع).
- 2 حيابة الأقارب الشركاء (بميراث أو شركة أو نحوها).
- 3 حيابة الأقارب غير الشركاء.

¹ البيان والتحصيل والشرح والتوجيه والتعليل في مسائل المستخرجة: أبو الوليد ابن رشد القرطبي، وضمنه المستخرجة من الأسمعة المعروفة بالعتبية لمحمد العتيبي. تحقيق العلامة أحمد الحبابي رحمه الله ج11 ص 145 دار الغرب الإسلامي - بيروت 1988م.

4 حيازة الموالى والأصهار (الأختان) فيما لا شركة بينهم فيه.

5 حيازة الأجانب الشركاء.

6 حيازة الأجانب غير الشركاء.

ويلاحظ أن الإمام رحمه الله رتب درجات الحيازة ترتيباً تصاعدياً حيث بدأ بالأضعف، وانتهى بالأقوى، لكن الشيخ خليل عكس ترتيبه حيث رتبها ترتيباً تنازلياً فبدأ بالأقوى، وهو الحيازة بين الأجانب غير الشركاء، وانتهى بالأضعف، وهو الحيازة بين الأب وابنه¹.

ووافق الخطاب² رحمه الله³، وابن فرحون رحمه الله في التبصرة⁴.

وهذا التقسيم السداسي قد سار عليه جمع من علماء المالكية في حدود علمي، لكن الشيخ ميارة قد جعلها ثمانية أقسام قال رحمه الله في شرحه على التحفة : (...اعلم أن الحائز يتنوع إلى ثمانية أنواع : إلى قريب جداً كالأب مع ابنه، وإلى قريب دون ذلك كسائر الأقرباء وورثة أو غير ورثة، وإلى كونه من الأصهار والموالى، وإلى كونه أجنبياً، وكل واحد من الأربعة إما أن يكون شريكاً أو لا)⁵.

المطلب الثاني: أقسام الحيازة بالنظر إلى طبيعة الشيء المحوز.

قسم الشيخ التسولي رحمه الله تعالى الحيازة إلى قسمين وذلك بالنظر إلى طبيعة الشيء المحوز فقال رحمه الله : (واعلم أن الحيازة على قسمين : حيازة مع جهل أصل الملك لمن هو،

¹ ينظر شرح الخطاب على خليل ج 6 ص 221.

² ليس الخطاب فقط بل شراح المختصر كلهم وافقوا ابن رشد على تقسيمه والله المستعان.

³ ينظر شرح الخطاب على خليل ج 6 ص 221.

⁴ تبصرة الحكام : 2 ص 85.

⁵ شرح ميارة : 2 ص 164.

وحيازة مع علم أصل الملك لمن هو، فالأولى يكفي فيها عشرة أشهر فأكثر، والثانية لا بد فيها من عشر سنين فأكثر في العقار، أو عامين في الدواب والعبيد والثياب)¹.

فهذا النقل عن الفقيه يبين أنه يقسم الحيازة إلى قسمين:

حيازة معلومة الأصل، وأخرى مجهولة الأصل، فهي إما أن تكون سببا من أسباب الملك بالنسبة للأشياء التي لا مالك لها، وإما أن تكون سببا من أسباب نقل الملك من المالك الأصلي إلى الحائز، وذلك بالنسبة للأشياء التي تكون تحت سيطرة الحائز وتصرفه وعلى هذا الأساس يمكن الحديث عن قسمين رئيسيين من الحيازة: حيازة معلومة الأصل وأخرى مجهولة الأصل.

الفرع الأول: الحيازة المعلومّة الأصل:

ومعناها الحيازة التي يعلم أصل الملك لمن هو، كما إذا وقع نزاع بين شخصين حول عقار أو حيوان أو غيرهما، أحدهما يدعي أنه يملك ذلك العقار " اشتراه مثلا "، أو " ورثه " أو أن ذلك الحيوان قد ولد عنده من نتاجه، ويتمسك الآخر بأن ذلك العقار أو الحيوان تحت حيازته وتصرفه. فإن هذه الحيازة إذا ثبتت وتوفرت فيها الشروط الآتية، وانتفت موانعها، وتبين أنها استمرت المدة التي حددها الفقهاء، تعتبر قرينة قاطعة على أن ذلك الشيء لذلك الحائز، وأنه لا حق فيه للغير، بحيث يحكم باستمرار حيازته له إن كان تحت يده، كما يحكم برده له إن كان قد انتزع منه، ولا ينفع مدعي الملكية ما يدلي به من حجج لتأييد دعوى الملكية هذه.

وتسمى هذه الحيازة بالحيازة القاطعة لحق الغير، كما تسمى بالحيازة التي تعتبر قرينة على الملكية، ويمكن أن نسميها حسب الاصطلاح القانوني الحديث بالتقادم، لأنه سيتبين لنا أن

¹ ينظر البهجة : ج 2 ص 352 .

الحيازة عندما ثبت لشخص ما على شيء ما تجعل دعوى من يدعي ملكية ذلك الشيء غير مسموعة، ويعتبر حقه فيه قد سقط نتيجة لسكوته¹.

الفرع الثاني : الحيازة المجهولة الأصل .

وذلك كمن استولى على شيء مباح، أو عقار غير مملوك لأحد. وهذه يكفي فيها عشرة أشهر فأكثر، سواء كان ذلك يتعلق بالعقار أو بغيره، بحيث إذا كان لا يعرف مالكة ثم أثبت شخص أنه حازه عشرة أشهر فأكثر فإنه يصبح مالكا له

وهذه الحيازة التي يذكر العلماء أنها سبب من أسباب كسب الملكية².

¹ وسائل الإثبات في الفقه الإسلامي: محمد ابن معجوز دار الرشاد الطبعة الأولى 1404 هـ ، 1984م، ص 388.

² المصدر نفسه ص 388 وينظر الحيازة والاستحقاق ص 84.

المبحث الثاني: مدد الحيابة في الفقه المالكي

المستقرئ لفقهِ مالك رحمه الله تعالى يجد أن الإمام لم يحدد مدة معينة للحيابة بشكل قاطع ومحدد، وبالرجوع إلى المدونة التي تعتبر الأصل والأساس في فقه إمامنا رحمه الله وفتاويه وأقضيته ومسائل أصحابه من بعده، والتي ورد فيها نص هذا الحديث¹، برواية أخرى، ولكن بنفس مدة العشر سنين، فقد ذكرت مددا كثيرة، لكنها جاءت في صيغ الأسئلة التي وجهت للإمام مالك - رحمه الله - وليست في أجوبته عليها ووردت هذه المدد على النحو التالي:

ورد في المدونة: " ما جاء في الشهادة على المواريث، سئل الإمام مالك عن الدار الموروثة عن جد، ويكون فيها رجل قد حازها منذ سنين" فكان جوابه: (إذا كان قد حازها سنين² ذوات عدد)³.

- وفي الشهادة على الحيابة يقول السائل: " أ رأيت إن شهدوا على دار أنها في يد رجل منذ عشر سنين، يحوزها ويمنعها ويكرها "، فلم يتعرض مالك - رحمه الله - لذكر المدة، بل نجده يقول: (... إذا كان أمرا قد تقادم فأراها له)⁴ وهذا كلام لا يفهم منه تحديد مدة معينة.

¹ لفظ المدونة هكذا: " ابن وهب عن عبد الجبار بن عمر بن ربيعة بن أبي عبد الرحمن عن سعيد بن المسيب، يرفع الحديث إلى رسول الله ﷺ: " من حاز شيئا عشر سنين فهو له " قال عبد الجبار: وحدثني عبدالعزيز بن المطلب عن زيد بن أسلم عن النبي ﷺ بمثله " المدونة الكبرى للإمام مالك بن أنس الأصبحي ج 5 / ص 231.

² لم يحدد مالك رحمه الله مدة معينة للحيابة القاطعة وإنما ترك ذلك اجتهادا للإمام، والذي ينوب عنه في زماننا القضاة ومن ييدهم الأمر.

³ المدونة الكبرى: ج 5 ص 232 .

⁴ المدونة: ج 5 ص 230 في باب الشهادة على الحيابة .

- وبالنسبة للدور المتقدم حيازتها نجد السؤال " يحدد خمسين سنة أو ستين سنة " والجواب الذي نقل عن الإمام رحمه الله لا يفهم منه مدة معينة لا من قريب ولا من بعيد¹.
المدة عند أئمة المذهب - رحمهم الله - :

المطلب الأول: المدة عند ابن القاسم:

حقق ابن فرحون عن ابن القاسم كلاما نفيسا في مدد الحيازة أنقله بطوله لنفاسته:

(قال ابن القاسم: وكان مالك لا يؤقت الحيازة لا عشر سنين، ولا غيرها، وكان يرى ذلك على قدر ما ينزل من الأمر، ويرى فيه الإمام رأيه وتابعه ابن الماجشون² على ذلك، وأن ذلك قد يكون بعضه أقوى من بعض مثل أن يكون الطالب مجاورا لحائزه، مقيما معه ببلده، عالما بإحداثه في ذلك، مما هدم وبني ولا ينكر ولا يدفع. فإن هذه الحالة إقرار لا شيء له معها فيما يدعي من ذلك وأثبت أصله. وإن لم يكن على ما وصفنا، وكان غائبا عنه، أو كان الطالب مدعيا لشراء لم يثبت ما أشبه هذا، فذلك للطالب الذي له البينة على أنه له أو لأبيه، أو لمن أخذ ذلك عنه إذا حلف أنه لم يخرج عنه، ولم يزل من يده أو من يد من أخذ عنه، وذهب ابن القاسم وابن وهب وابن عبد الحكم وأصبغ إلى توقيت ذلك بعشر سنين وما قارب العشر، وهذا في العقار والرباع والأرضين، والدليل على ما قاله ابن القاسم قوله - صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - " من حاز شيئا على خصمه عشر سنين فهو أحق به"، واستدل أئمتنا - رحمهم الله - بالعرف العادة)³.

¹ المدونة الكبرى: ج 5 ص 206 مع شيء من التصرف في باب شهادة السماع في الدور المتقدم حيازتها.

² هو عبد الملك بن عبدالعزيز بن عبدالله بن أبي سلمة مفتي أهل المدينة في زمانه توفي سنة 214هـ ينظر ترتيب المدارك ج 1 ص 480.

³ تبصرة الحكام: 91/2،

المطلب الثاني: المدة عند الإمام المواق¹:

قال - رحمه الله - (ولم يحدد مالك في الرباع عشر سنين، ولا غير ذلك، ولكن على قدر ما يرى أن هذا حازها دون الآخر فيما يبني ويهدم ويكري، ويسكن.

قال ربيعة: حوز عشر سنين يقطع دعوى الحاضر، إلا أن يقيم بينة أنه إنما أكرى وأسكن وأعار ونحوه... وقد قال عليه السلام " من حاز شيئاً عشر سنين فهو له ".

قال ابن حبيب: وبذلك أخذ ابن القاسم وابن وهب، وابن عبد الحكم، وأصبغ وقال: هذا في الدور والأرضين، وأما غيرها من ثياب أو حيوان أو عبد فذلك أقصر مدة².

المطلب الثالث: المدة عند الشيخ خليل³:

ورد ذكر المدة عند الشيخ - رحمه الله تعالى - في ثلاثة مواضع وهي:

(لحائز متصرف طويلاً)⁴ و(حوز طال كعشر أشهر)⁵ و(إن حاز أجنبي غير شريك وتصرف، ثم ادعى حاضر ساكت بلا مانع عشر سنين، لم تسمع، ولا بينته، إلا بإسكان ونحوه، كشريك أجنبي حاز فيها إن هدم وبني، وفي الشريك القريب معهما، قولان، لا بين

¹ هو أبو عبدالله محمد بن يوسف البغدادي الغرناطي الصالح العابد الزاهد خاتمة علماء الأندلس ومفتيها أشهر كتبه التاج والإكليل في شرح مختصر خليل توفي رحمه الله سنة 897 هجرية (شجرة النور الزكية 104/2).

² التاج والإكليل: 290/11.

³ فهو أحمد بن أحمد بن أبي حامد العدوي المالكي الأزهري الخلدوي، الشهير بأحمد الدردير، الفقيه الثقة المأمون الزاهد له تأليفات عديدة في التصوف واللغة والفقه وعلم الكلام. كانت وفاته رحمه الله سنة 1201 هـ.

⁴ مختصر خليل 241/1.

⁵ مختصر خليل 242/1.

أب وابنه، إلا بكهبة، إلا أن يطول معهما ما تهلك البيئات، وينقطع العلم، وإنما تفترق الدار من غيرها في الأجنبي، ففي الدابة وأمة الخدمة، السنتان، ويزاد في عبد وعرض¹.

وبذلك تكون مدد الحيازة عند خليل انطلاقاً من هذه النصوص الثلاثة كالآتي:

1- المدة الطويلة المنصوص عليها في النص الأول وقد اجتهد العلامة الدردير - رحمه الله - في تحديدها بعشرة أعوام في موضع² لأن الشيخ خليل أطلق في قوله (لحائز متصرف طويلاً)، لكنه صرح³ في موضع آخر عند شرحه لعبارة (في الأجنبي) أن الحيازة في الأقارب لا تفترق بين عقار وغيره فلا بد من الزيادة في الكل، على الأربعين عاماً، وهو كذلك على قول، ولكن الراجح أن العقار لا بد فيه من ذلك، ولا يشترط فيه هدم ولا بناء إذ مثلهما الإجارة، والإسكان وقطع الشجر، وغرسه، حيث كثر فإن لم يحصل شيء من ذلك فلا بد في الحيازة من زمن تهلك فيه البيئة، وينقطع فيه العلم⁴.

وقال الدسوقي: (قوله فطويلاً متعلق بجائز) يَ قَمْرِيَّ بِه فالمشترط في الطول كأربعين أو عشرين سنة، إنما هو الحوز، وأما التصرف بالهدم والبناء والزرع من غير منازع، فيكفي أن يكون عشرة أشهر من مدة الحيازة التي هي عشرون سنة أو أربعون⁵.

2- مدة عشر سنين: وقد ذكرها خليل - رحمه الله - في النص الثالث، وهي المدة التي جاءت موافقة لحديث الحيازة⁶ الذي خرجناه آنفاً برواياته.

¹ مختصر خليل 242/1.

² ينظر الشرح الكبير على هامش حاشية الدسوقي 234/4.

³ أي العلامة الدردير .

⁴ الشرح الكبير: 236/4 بتصرف.

⁵ الشرح الكبير 333/17.

⁶ أقصد حديث " من حاز شيئاً عشر سنين فهو له " سبق تخريجه ص: 50.

قال الدردير - رحمه الله - معلقا على قول خليل "إن حاز أجنبي غير شريك وتصرف...عشر سنين" (والعشر سنين إنما هي شرط في حيازة العقار، وهو الأرض وما اتصل بها من بناء وشجر، وأما غيره فلا يشترط فيه هذا الطول، وكذا التصرف بالبيع والهبة ونحو ذلك، لا يشترط فيه الطول المذكور)¹.

وقال في حاشيته على الشرح الكبير: (قوله والعشر سنين) أي: والحوز عشر سنين إنما هو شرط في حيازة العقار)².

3- مدة الحيازة في أمة الخدمة والدابة، سنتان وقد استفدته من النص الثالث وهو قول خليل (ففي الدابة وأمة الخدمة السنتان)³.

4- مدة الحيازة في العبد والعرض أكثر من سنتين وقد أخذته من تنمة النص الثالث والذي يقول فيه خليل: (ويزاد في عبد وعرض)⁴.

قال الدردير في شرحه لهذا النص: (ويزاد في عبد وعرض) غير ثوب، كأواني النحاس، وأثاث البيت، وآلات الزرع سنة على السنتين. أما ثوب اللبس فيكفي فيه العام. وأما أمة الوطاء توطأ بالفعل، فتفوت بحصوله عالما ساكنا بلا عذر كما هو الموضوع)⁵.

وهذا خاص في الحيازة بين الأجانب، ولكنه لما تعرض للحيازة بين الأقارب سوى بين العقار وغيره قال - رحمه الله - (وأما غير العقار من الدواب والعبيد والعرض التي تطول مدتها

¹ الشرح الكبير للدردير 234/4.

² حاشية الدسوقي على الشرح الكبير: 18/ص 15.

³ سبق توثيقه.

⁴ سبق توثيقه.

⁵ الشرح الكبير: 236/4 بتصريف

كالنحاس والبسط ونحوها تستعمل فيكفي فيها العشر سنين بخلاف مالا تطول مدتها كالثياب تلبس فينبغي أقل من ذلك بالاجتهاد^{1.2}

القواعد العامة في مدة الحيابة في فقه مالك رحمه الله.

- مدة الحيابة في حديث النبي - ﷺ - "من حاز شيئاً عشر سنين فهو له".

- النصوص التي ذكرتها المدونة عن الإمام مالك - رحمه الله - لم يحدد فيها مدة معينة، بل ترك تحديدها للقاضي.

- مدد الحيابة.

1- مدة الحيابة في حديث النبي عليه الصلاة والسلام برواياته الثلاث وقد ذكرتها مفصلة، قد اقتصر على النص على الحيابة، وحددها بعشر سنين ولم يتعرض لغير ذلك من شروط الحيابة وأقسامها وموانعها، مما كان موضع اجتهاد فقهاء المذهب رحمهم الله تعالى³.

وقد وقفت على اجتهاد الفقهاء في تقسيم الحيابة، وأنواع تصرفات الحائز في المال المحاز، والشروط الواجب توافرها في الحيابة لتكون شرعية، وموانع الحيابة أو الأعذار التي تحول دون سريانها في مواجهة الحائز، واختلاف آراء الفقهاء قليلا أو كثيرا في كل ذلك، وسنرى هنا إن شاء الله تعالى أيضا اجتهاد فقهاء المذهب في تحديدها بعشر سنين فقط، لكن البعض الآخر

¹ الشرح الكبير للدردير: 236/4 و شرح الخرشبي 228/7.

² قلت نص رحمه الله تعالى أن قوله وتفصيله هذا مبني على الاجتهاد فقط لأن الحديث أطلق ولم يقيد والله تعالى أعلم.

³ ينظر الحيابة والتقدم في الفقه الإسلامي ص 277 بتصرف كبير.

منهم ارتفعوا بهذه المدة حتى أوصلوها إلى الخمسين والستين سنة، كما نزلوا بها حتى أوصلوها إلى الستين والسنة بل والعشرة أشهر، كل هذا باجتهاد منهم رحمهم الله تعالى¹.

2- المتأمل في نصوص المدونة الكبرى يجد أن الإمام - رحمه الله - لم يحدد مدة معينة للحيازة بل ترك تحديدها للإمام والقاضي الشرعي.

على الرغم من وجود حديث الحيازة الذي يحدد مدتها بعشر سنين في مدونة الإمام مالك فإنه يرد في رواية عنه، بل في رواية سخون عن ابن القاسم في حدود علمي وقد بحث كثيرا حول هذا الموضوع في أشهر كتب المالكية المعتمدين، وقد يكون لذلك أثره في عدم تحديده مدة معينة لأي نوع من أنواع الحيازة التي سئل عنها، فمثلا سأله سائل عن حيازة الأرضين ومعظم الأموال من الدور والديون العبيد و السلعة بإطلاق والرقيق والدواب أو الحيوان والعروض والطعام، لكن الإمام - رحمه الله - لم يؤثر عنه أي رأي عن أي مدة بل نجده يكتفي بعبارات يصف فيها المدد بالطول أو القصر فعلى جادة المثال: (وإذا كان أمرا قد تقادم)²، (وإن كان قد حازها سنين ذوات عدد)³، (وإن كان الذي ادعى من ذلك أمرا حديثا من الزمان والسنين لم يتناول ذلك)⁴، (فيما كثر من السنين وتناول من الزمان)⁵، (وإنما تكون شهادة السماع جائزة، فيما كثر من السنين وتناول من الزمن)⁶، ومثل هذه النصوص كثيرة، وقد عثرت على نص صريح في المدونة يوجه فيه السائل سؤالا مباشرا لابن القاسم - وهو أعرف الأصحاب بمالك - يقول فيه السائل: (هل كان مالك يوقت في الحيازة

¹ المرجع نفسه ص 278.

² المدونة الكبرى ج 5 ص 230 وقد مر معنا قريبا.

³ سبقت الإحالة عليه .

⁴ المدونة الكبرى ج 5 ص 207 وما بعدها في الشهادة على السماع في الدار القريبة حيازتها .

⁵ سبقت الإحالة عليه .

⁶ المدونة الكبرى : ج 5 ص 207 .

عشر سنين؟ قال: ما سمعت مالكا يحدد عشر سنين ولا غير ذلك، ولكن على قدر ما يرى أن هذا قد حازها دون الآخر...¹.

وهذا النص الأخير يوحى - والله أعلم - أن الإمام - رحمه الله - ترك تحديد مدة الحيابة لاجتهاد الإمام الشرعي²، ومما يؤكد هذا الكلام ما جاء عن الخطاب - رحمه الله - في ثنايا كلامه (قول مالك في المدونة أنها لا تحدد بسنين مقدرة، بل باجتهاد الإمام، وهكذا نقل ابن يونس³ فقال: " ولم يحدد مالك في الرباع عشر سنين ولا غير ذلك، ولكن على قدر ما يرى أن هذا قد حازها دون الآخر ")⁴ وقال أيضا (فتحصل في مدة الحيابة ثلاثة أقوال الأول قول مالك في المدونة أنها لا تحدد بسنين مقدرة بل باجتهاد الإمام...⁵)، فهذا النص صريح في أن مالكا لم يحدد مدة معينة، ولكن يعطي للقاضي والحاكم سلطة تقدير أمد الحيابة⁶.

فهذه النصوص ونظائرها مما لم أذكرها في بحثي هذا تدل على أن مدة الحيابة تختلف باختلاف أنواع الحيابة من حيث تصرفات الحائز، ومن حيث المال المحاز، ومن حيث صلة الحائز بالمحاز عليه.

¹ المدونة الكبرى : ج 5 ص 231 .

² هو الحاكم أو القاضي وهو الملك في زماننا.

³ هو محمد بن عبد الله بن يونس أبو بكر التميمي الصقلي، كان فقيها، إماما، فرضيا، مؤلفا. برع في علوم الدين، واشتهر بمعرفة الفرائض والحساب.

وصف بـ«الإمام الحافظ النظار، أحد العلماء وأئمة الترجيح الأخيار، توفي في ربيع الأول سنة (451هـ).

⁴ مواهب الجليل لشرح مختصر خليل : 7 ص 378.

⁵ المصدر نفسه والجزء والصفحة .

⁶ كنت قد سألت شيخ المالكية في زماننا شيخنا الإمام وحسنة الأيام سيدي محمد التاويل رحمه الله عن هذا النص فأكد لي أن مالكا لم يحدد مدة بعينها وإنما ترك تحديدها للإمام الشرعي هكذا قال شيخنا الإمام رحمه الله والإمام الشرعي هنا المقصود به القاضي والحاكم والله تعالى أعلم.

لكن لي تعليق على ترك مدة الحيابة للإمام الشرعي الذي هو الملك في زماننا، أو رئيس الدولة، لأن هذا الأخير عنده أشغال أخرى وصلاحيات عديدة، فلم يعد من الممكن إعطاؤها للحاكم الشرعي، وإنما أصبحت تدخل ضمن اختصاصات القضاء، والقضاة المتخصصين الذين بإمكانهم أن يجتهدوا في إصدار قوانين تخول لهم تحديد مدة الحيابة، إما في القانون المدني، أو في قانون المعاملات المالية المدنية - والله أعلم - .

المطلب الرابع: مدة الحيابة وأنواعها.

الفرع الأول: المدة الطويلة:

الذي يظهر من استقراء نصوص المدونة في مدد الحيابة والتي سبق لي أن سقتها أن هذه الأخيرة تنقسم إلى قسمين:

القسم الأول: المدد الطويلة

القسم الثاني: المدد القصيرة

المدد الطويلة: وهي تنوع إلى أنواع:

- أولها: خمسون أو ستون.

- ثانيها: عشرون، وأربعون.

- وثالثها: عشر سنين.

المدد القصيرة:

وهي أيضا ثلاثة أنواع:

- أولها: سنتان أو ثلاث سنوات.

- وثانيها: سنة واحدة.

- وثالثها وآخرها: عشرة أشهر.

فالمدد الطويلة خاصة بالعقار¹ من الأرضين والرباع والدور².

والمدد القصيرة خاصة بالمنقولات من الحيوان والدواب والعييد والطعام والعروض³.

المدد القصيرة التي وردت:

أقصر المدد وهي العشرة الأشهر فإنها خاصة بالعقارات، واختلف حولها فقهاء المذهب

كثيراً⁴.

ولخص الشيخ الخطاب - رحمه الله - الخلاف بين فقهاء المذهب في مدة الحيازة بالنسبة

للعقارات فقال: (فتحصل في مدة الحيازة ثلاثة أقوال. الأول: قول مالك في المدونة إنها لا

تحدد بسنين مقدرة⁵... والقول الثاني: أن مدة الحيازة عشر سنين، وهو القول الذي مشى عليه

المصنف في كتاب الشهادات⁶، وعليه اقتصر في الرسالة⁷... والقول الثالث: أن مدة الحيازة سبع

سنين فأكثر، وهو قول ابن القاسم الثاني⁸).

¹ يقصد به الأرض وما اتصل بها من بناء وشجر ينظر حاشية الدسوقي على الشرح الكبير 479/3.

² الشرح الكبير للدردير: 236/4 وشرح الخرشني 228/7

³ الشرح الكبير للدردير: 236/4 وشرح الخرشني 228/7.

⁴ ينظر تبصرة الحكام 92/2 .

⁵ بل تركها للإمام كما تقرر آنفاً.

⁶ يقصد الشيخ خليل رحمه الله في مختصره.

⁷ يقصد ابن أبي زيد القيرواني رحمه الله الذي لقب بمالك الصغير .

⁸ ينظر مواهب الجليل: ج 7 ص 380 بتصرف .

ونأخذ من كلام الخطاب - رحمه الله - أن المدة الطويلة في الحيازة إما أن تكون عشر سنين¹، أو سبع سنين على رأي ابن القاسم الثاني، أو تكون موكولة لاجتهاد الإمام وآئذ فقد تكون طويلة جدا، وقد تكون قصيرة جدا والله أعلم.

وأخلص إلى القول بأن حديث الحيازة مقيد بعشر سنين، وأن فقهاء المذهب مختلفون في تحديد المدة، ولم يثبت أن مالكا حدد مدة معينة كما تدل عليه نصوص المدة الكبرى، بل ترك ذلك لاجتهاد الإمام أو من ينوب عنه، وهذا - والله أعلم - أكبر دليل على مرونة الفقه المالكي في معالجة القضايا المستجدة.

¹ وهذا يوافق لفظ الحديث النبوي الشريف " من حاز شيئا عشر سنين فهو له " ص 50.

المبحث الثالث: مجالات الحيازة.

المطلب الأول: الأموال التي تقبل الحيازة - العقارات.

يطلق العقار على الأرض كلها وما يتصل بها من بناء وشجر، وعلى كل ما يعرف بالأصول، وتشمل الدور والحوانيت والفنادق وغيرها من كل ما له أصل ثابت، ويتصف بالاستقرار في مكانه¹، وهو ما لا يمكن نقله وتحويله أصلا كالأرض، أو أمكن تحويله ونقله مع تغيير صورته وهيئته عند النقل والتحويل كالبناء والشجر، فالبناء بعد هدمه يصير أنقاضا، والشجر يصبح أخشابا).

وخلاصة الكلام أن العقار عند السادة المالكية (اسم للأرض وما اتصل بها من بناء وشجر)².

(والقاعدة العامة هي أن جميع العقارات تحاز عليها وتكتسب ملكية عينها بطول مدة حيازتها، وتقدم اليد عليها بحسب كونها معلومة الأصل لمن كانت، أو مجهولته، إلا ما جاء فيه نص خاص يمنع إمكانية تملكه بالتقدم، كما يمنع اكتساب ملكيتها بالحيازة عليها، وبذلك يكون حكمه خارجا عن القاعدة العامة التي تجعل من أسباب كسب ملكية الشيء حيازته بطريقة صحيحة وبحسن النية المدة المعتبرة شرعا)³.

الفرع الأول: أنواع العقارات التي تقبل الحيازة.

إحياء الأرض الموات:

¹ الحيازة فقها وقضاء ص 91 مع شيء من التصرف.

² حاشية الدسوقي على الشرح الكبير 479/3.

³ الحيازة فقها وقضاء ص 91.

يعتبر الاستيلاء على الأرض الموات، التي لا مالك لها وإحيائها واستصلاحها وتعميرها نوعاً من الحيازة الصحيحة المعتمدة شرعاً.

- مفهوم الأرض الموات:

يقصد بإحياء الموات عند فقهاء المالكية الاستيلاء على أرض خربة لا مالك لها أصلاً ولا ينتفع بها، فيقوم المحيي باستصلاحها وتعميرها بإزالة الأسباب التي جعلتها غير صالحة للبناء والزراعة... قال الشيخ عليش شارحاً قول خليل: (موات الأرض ما سلم عن الاختصاص بعمارة ولو اندرست إلا لإحياء)¹ (موات أي: حقيقة الموات، الأرض أي أرض جنس شمل كل أرض، سلم أي: خلا عن الاختصاص أي: كونه مختصاً بأحد بعمارة أي: تعمير فالأرض المعمرة ليست مواتاً إن بقيت العمارة بل ولو اندرست أي: فنت العمارة وعادت الأرض لما كانت عليه قبل تعميرها، فلا يزول اختصاص محيها عنها في كل حال إلا لإحياء: من شخص آخر بعد طول اندراس عمارة الأول، فيزول اختصاص الأول ويختص الثاني بها)².

قال ابن جزى: (الموات بأنها الأرض التي لا عمارة فيها ولا يملكها أحد، وإحيائها يكون بالبناء والغرس والزراعة والحرث وإجراء المياه فيها وغير ذلك)³.

وجماع الكلام هنا أن الأرض الموات هي: الأرض المتروكة التي لا يملكها أحد، وإحيائها يكون بثق الجداول لإيصال الماء إليها، أو حفر الآبار بها، وإما أن يكون السبب عدم استوائها

¹ مختص خليل: ص 234.

² منح الجليل شرح مختصر خليل، محمد بن أحمد بن محمد عليش، أبو عبد الله المالكي (المتوفى: 1299هـ)، دار الفكر - بيروت، بدون طبعة، 1409هـ/1989م، ج 6 ص 389 باب موات الأرض.

³ القوانين الفقهية: الإمام محمد بن محمد بن جزى الكلبي الغرناطي ص 249 مكتبة الرشاد مطبعة الأمنية المشروعية رباط طبعة 1382هـ.

أو وجود كثرة الأشجار والأتربة بها، فأحيائها هنا يكون بتسويتها وإزالة الأشجار والأتربة منها، وهكذا تصير الأرض صالحة للبناء والغرس والزراعة.

مشروعية إحياء الأرض الموات:

إحياء الأرض الموات مشروع بالسنة النبوية الكريمة، فقد وردت عدة أحاديث نبوية شريفة تثبت هذه المشروعية فعلى جادة المثال:

1. ما رواه مالك في الموطأ من حديث هشام بن عروة عن أبيه أن رسول الله ﷺ قال: " من أحيأ أرضا ميتة فهي له، وليس لعرق ظالم¹ حق"².
2. قول النبي ﷺ: " من أعمار أرضا ليست لأحد فهو أحق"³ قال عروة قضى به عمر رضي الله عنه في خلافته.
3. ما أخرجه أحمد عن جابر بن عبدالله قال: قال رسول الله ﷺ " من أحيأ أرضا ميتة فله منها " يعني أجرا " وما أكلت العوافي منها فهو له صدقة"⁴.
4. ما رواه أبو داود عن عروة قال: أشهد أن رسول الله ﷺ: قضى أن الأرض أرض الله، والعباد عباد الله، ومن أحيأ مواتا فهو أحق به جاءنا بهذا عن النبي ﷺ الذين جاءوا بالصلوات عنه"⁵.

5. فهذه الأحاديث وما في معناها مما لم أذكرها تدل على مشروعية إحياء الأراضي الموات التي لا مالك لها، فالحديث الأول ورد بلفظ " من أحيأ " وفيه إشارة إلى تحقيق الإحياء بطرقه

¹ لعرق ظالم: ليس لمن غرس في أرض غيره بدون إذنه حق في إبقاء ما غرس لأنه ظالم ومتعد في غرسه.

² الموطأ كتاب الأفضية، باب من القضاء في عمارة الأموات.

³ رواه البخاري كتاب المزارعة باب من أحيأ أرضا مواتا.

⁴ مسد المكثرين من الصحابة، مسند جابر بن عبدالله رضي الله عنه وصححه الشيخ شعيب .

⁵ سنن أبي داود كتاب الخراج باب في إحياء الموات وقال الشيخ الألباني في تحقيقه لسنن أبي داود صحيح

الكثيرة المعروفة، كغرس الأشجار، وتقليب الأرض بحرثها، أو قطع الأشجار التي لا تنتج ثمارا ...، والحديث الثاني ورد بصيغة الإعمار " من أعمر " وهو أيضا مظهر من مظاهر الإحياء، وذلك بتعمير الأرض الميتة قصد إحيائها، ونص الحديث على أن هذه الأرض ليست مملوكة لأحد، وفهم الفقهاء من هذه الأحاديث أن من حاز أرضا ميتة لا يد لإنسان عليها وقام بإحيائها وجعلها صالحة للاستغلال فإنه يصبح مالكا لها.

طرق إحياء الأراضي الموات:

نصت المدونة التي هي العمدة في الفقه المالكي على الطريقة التي يتم بها إحياء الأرض للموات قال مالك رحمه الله تعالى: " وإحيائها¹ شق العيون وحفر الآبار وغرس الشجر وبناء البنيان والحرث، إذا فعل شيئا من ذلك فقد أحيها²:"

قال القاضي عبدالوهاب المالكي: " ومن أحيأ أرضا ميتة غير مملوكة لمسلم ولا ذمي بالوجه الذي يكون إحياء لمثلها من بناء أو حفر بئر وجصها، أو غرس أو غير ذلك من وجوه الإحياء وأنواع العمارة"³، ونص خليل في مختصره أن إحياء الأرض يكون ب " تفجير ماء وإخراجه وبناء وبغرس وبقطع شجر وبكسر حجرها وتسويتها، لا بتحويط ورعي كالأحبار وحفر بئر وماشية"⁴.

وذكر الإمام القرافي في الذخيرة أن إحياء الأرض يكون بعشرة أشياء: سبعة متفق عليها بين فقهاء المذهب وهي: تفجير الماء بالحفر والبناء والغرس وتقليب الأرض بالحرث والشق، وكسر الحجارة بها والحرق⁵، وثلاثة مختلف فيها بين فقهاء المذهب وهي: حفر بئر الماشية، ورعي

¹ أي الأرض الميتة.

² المدونة الكبرى: 4/ص: 377

³ المعونة على مذهب عالم المدينة : القاضي عبدالوهاب البغدادي تحقيق ودراسة حميش عبدالحق ج 2 ص 862 شركة القدس للتصدير القاهرة .

⁴ مختصر خليل ص 234

⁵ هذه السبعة هي التي جاءت مضمنة في ثنايا كلام الفقهاء التي ذكرتها سابقا والله الموفق لا رب سواه.

الكلاء، والتحجير¹، فذهب ابن القاسم أن هذه الثلاثة ليست إحياء وهذا الرأي نصره خليل في مختصره وتبعه شراحه² وخالف في ذلك أشهب حيث اعتبر الثلاثة المختلف فيها إحياء³.

وبالرجوع إلى المدونة الكبرى نجد أنها لا تعتبر الثلاثة المختلف فيها إحياء حيث جاء فيها: "قلت: رأيت مالكا هل كان يعرف الذي يتحجر الأرض⁴ أنه يترك ثلاث سنين فإن أحيائها وإلا فهي لمن أحيائها؟ قال: ما سمعت من مالك في التحجير شيئا، وإنما الإحياء عند مالك ما وصفت لك الأول... ثم ساق السبعة التي ذكرناها آنفا وهي المتفق عليها، ثم قال⁵ "قلت: رأيت أن قوما أتوا أرضا من أرض البرية فنزلوا فجعلوا يرعون ما حولهم، أيكون هذا إحياء لمراعيتهم؟ قال: لا أرى أن يكون هذا إحياء وهم أحق بمائهم حتى يرووا، ثم يكون فضلة للناس وهم والناس في المرعى سواء... قال: "وأما ما ذكرت فلا يكون إحياء ولكنهم أولى ببئرهم وليس لهم أن يبيعوها ولا يمنعوا فضل مائها"⁶.

الرأي المختار:

وجماع القول إن علماء المذهب متفقون على أن إحياء الأراضي الموات يكون بسبعة أشياء: يجلب الماء إلى الأرض أو البناء أو الغرس، أو بقطع الأشجار التي لا ثمار لها وإزالتها، أو بقلب الأرض وحرثها، أو بكسر الأحجار وتسويتها أما الثلاثة الأخرى فقد رأينا أصح قولي علماء

¹ يقصد بالتحجير تحويط الأرض بالحجارة.

² ينظر الشرح الكبير للدردير بهامش حاشية الدسوقي: ج 4 ص 70.

³ ينظر تفصيل القول في ذلك في الذخيرة للإمام شهاب الدين القرافي تحقيق سعيد أعراب 154/6

⁴ أي يحوطها.

⁵ القائل هو سخون - رحمه الله -.

⁶ المدونة الكبرى: 4/377

المذهب أنها لا تعتبر إحياء، إلا أن يبين الملكية عند حفر البئر، فإن بينها اعتبر فعله إحياء¹ والله تعالى أعلم.

الفرع الثاني: العقارات التي لا تحاز بطول المدة:

نص فقهاؤنا على مجموعة من الأملاك التي لا تقبل الحيازة بالتقادم، ولا تحاز بطول المدة كالأموال التي يتعلق بها حق الله، والأموال العامة التي ينتفع بها كافة أفراد المجتمع، ومثلوا للأول بالمساجد والأوقاف²، والطرق العامة.

الأملاك العمومية:

قال الشيخ العدوي: (هذان في غير حق الله، أما حق الله فلا يفوت بالحيازة ولو طالت المدة كحيازة طريق المسلمين أو قطعة منها فلا يملكها ولو طال الزمن، فتقبل الشهادة فيها بأنها طريق)⁴،

وذكر الإمام النوازي: (أنه لا تنفع الحيازة على العامة، وليس لأحد أن يملك الطريق ولا أن يبني فيه، وهو كالمسجد من جلس فهو أحق، ومن قام سقط حقه، ومن بنى فيه هدم البناء ولو كان أوسع من البنيان)⁵.

ونصوص الفقهاء كثيرة في هذا الباب، وإنما ذكروا الطريق فيها على سبيل المثال، لا الحصر، وذلك يعني أن كل ما من شأنه أن يكون مخصصا للنفع العام كالمستشفيات وإدارات

¹ ينظر الشرح الكبير للدردير بهامش حاشية الدسوقي 70/4

² أي الأحباس التي حبست في سبيل الله كدور القرآن في العصر الحالي والله أعلم .

³ يقصد رحمه الله تعالى عدم سماع البيئة مع تحقق شروط الحيازة.

⁴ حاشية علي الصعيدي العدوي على شرح أبي الحسن على رسالة ابن أبي زيد القيرواني : ج 2 ص 341 دار المعرفة للطباعة والنشر بيروت لبنان.

⁵ المعيار: ج : 8 ص 455 .

الدولة، والأسواق، والحدائق العمومية والبحيرات الكبيرة والصغيرة والحواجز والسدود والقنوات... كل هذه الأشياء لا تحاز بطول المدة لأنها من الأملاك العمومية¹.

الأحباس:

ومن الأموال التي يتعلق بها حق الله كون الأحباس لا تحاز ولا يؤثر عليها طول المدة وهذا ما عليه الفتوى داخل المذهب، قال العدوي رحمه الله: (ومثلها لو حاز مسجداً أو محلاً موقوفاً على غيره فلا يملكه الحائز ولو طال الزمان، لأن الحياة لا تنفع في الأوقاف)²، ومثل هذا القول ما أفتى به ابن رشد في جماعة وضعوا أيديهم على أملاكهم وموروثهم نحو سبعين سنة يتصرفون فيها بالهدم والغرس والتعويض والقسمة وغيرها من أوجه التفويت، ثم ادعى عليهم بوقفيته شخص حاضر عالم بذلك كله.

فأجاب: "إذا ثبت الحبس وملك المحبس ما حبسه يوم حبسه، وأعذر إلى المقوم عليهم فلم تكن لهم حجة إلا سكوت القائم وغيره مع طول ذلك، لم ينفعهم والقضاء بالحبس واجب والحكم به لازم والله أعلم"³.

وقرر التسولي أن الحبس لا يحاز عليه، وإنما جرى العمل على أنه يباع، إلا أنه إذا كانت دار مثلاً بيد شخص مدة الحياة فقام ناظر الأحباس وأثبت البينة العادلة أنها حبس، وادعى الآخر أنه عاوضها أو اشتراها أو ادعى ورثته ذلك، فإن القول للحائز بيمينه لقوله في التحفة:

¹ يقصد بالأملاك العمومية: كل ما تملكه الدولة من أموال عقارية ومنقولة، وتخصص لتحقيق المنفعة العامة والاستغلال.

² حاشية العدوي: ج 2 ص 341.

³ ينظر المعيار الجديد: ج 9 ص 611 وما بعدها.

واليمين له إن ادعى الشراء منه معمله¹.

بل وكذلك لو لم يكن يدعي الحائز عشر سنين ولا وارثه شيئاً، لأنه يحمل على أنها انتقلت إليه بوجه جائز، ولا تنزع من يده مع قيام احتمال انتقالها إليه بالوجه المذكور مع شدة حرص النظار على حفظ الأحباس وعدم تركها للغير يتصرف فيها، ومجرد الاحتمال مانع من القضاء إجماعاً².

وجاء في نوازل الوزاني: (من أن عدم سماع البينة بعد اكتمال شروط الحيازة إنما هو مقيد بحق الآدمي، أما حق الله كوقف وبناء طريق فتسمع البينة ولو طال مدة الحيازة وزادت عن المدة المعتبرة)³.

وهذا غيظ من فيض من أجوبة العلماء على أن الأملاك الحبسية⁴ لا تحاز ولا يؤثر عليها طول المدة وبهذا الفتوى في للذهب والله المستعان.

الأملاك الجماعية:

يقصد بأراضي الجموع أو الأملاك الجماعية للقبائل تلك التي توجد في حوزة المجموعات الإثنية أو السلالية في المغرب تكون إما قبيلة أو فرقة أو دواراً أو غيره.

¹ التحفة ص : 293 .

² البهجة : ج 2 ص 336 .

³ المعيار الجديد : ج 9 ص 612 .

⁴ الحبس أو الوقف هو "إعطاء المنافع إما على سبيل التأيد أو على مدة معينة ثم يرجع ملكاً" ينظر الثمر الداني على رسالة القيرواني للعلامة صالح بن عبد السميع الآبي حقه وعلق عليه أحمد قاسم الطهطاوي، دار الفضيلة ص 583 .

وتسهر على تدبير هذه الأراضي إما الجماعة¹، وإما نواب الجماعة الذين ينتدبون لهذه المهمة. وقد سميت هذه الأراضي أموالا أو عقارات جماعية لأن الجماعة هي التي تقوم بتدبيرها، وذلك بتوزيعها على أرباب العائلات خلال مدة معلومة عرفا².

وقد صدر أول ظهير شريف يهتم بهذه الأراضي وينظم كيفية استغلالها سنة 1914، ثم أعقبه ظهير آخر صدر في 27 أبريل 1919 بشأن الوصاية على الجماعات والمجر عليها، وهو الذي ينص في فصله الرابع على أن أراضي الجماعات لا يمكن تفويتها ولا حيازتها، ولكن يمكن كراؤها لمدة طويلة وأحيانا مدد تكون دائمة، ويمكن تقسيمها قسمة استغلال بين أفراد القبيلة المقيمين بها³.

وبهذا قضى المجلس الأعلى للقضاء في حكمه عدد 165 بتاريخ 20 ذو الحجة 1387 هـ الموافق 20 مارس 1968 م " أنه لا يعتبر التصرف ولا يترتب عليه أي مفعول عنه بشأن استحقاق العين، فيما يتعلق بالأراضي الجماعية التي لا يمكن استحقاقها بحيازتها عملا بالفصل الرابع من ظهير 27 أبريل 1919 م بشأن الوصاية والمجر على الجماعات المذكورة"⁴.

الأمالك المحفظة:

الأمالك المحفظة هي الأمالك التي سجلت في سجل خاص يضبط البيانات المحددة لها كطبيعتها ونوعها (أرض أو منزل أو غير ذلك) ومساحتها التفصيلية، وكذا الحقوق العينية

¹ المقصود بهم هنا رؤساء العائلات المكونة للقبيلة أو الفرقة أو الدوار.

² الممتلكات العقارية للجماعات المحلية بالمغرب : عبدالواحد شعير ص : 35 مطبعة فضالة . المحمدية . طبعة 1991 ، و الشافي في شرح مدونة الحقوق العينية الجديدة الدكتور عبدالكريم شهبون ص : 460، والحيازة فقها وقضاء : ص : 22 .

³ ينظر الحيازة والاستحقاق في الفقه المالكي: ص : 220 بتصرف.

⁴ الحيازة فقها وقضاء : ص : 57 .

المتعلقة بها وهوية أصحابها، وتضمن في هذا السجل جميع المعاملات التي تقع على هذه الأملاك بمجرد التحفيظ وإصدار المحافظ رسماً عقارياً خاصاً بها¹، أو بتعبير أدق هي "التي ترمي إلى تسجيل ملك عقاري في وثيقة رسمية تسمى بالسجل العقاري"².

وتحفيظ هذه الأملاك عمل اختياري حسبما جاء في الفصل السادس من ظهير 09 رمضان 1331 هـ الموافق 12 غشت 1913 م المتعلق بالتحفيظ العقاري، لأن وضعية العقارات في المغرب لا تخرج عن كونها محفظة وبالتالي تخضع لظهير 1913 السالف الذكر، أو غير محفظة وتخضع لفقهاء المذهب المالكي لأنه المذهب المطبق في المغرب³.

وإذا كان الأمر كذلك فإن الملك المحفظ لا يحاز بطول المدة ولا تؤثر عليه الحيابة⁴، فلو فرضنا أن شخصاً حاز عقاراً حفظ في اسم شخص آخر، فإن هذه الحيابة لا تكسب صاحبها ملكية العقار ولا تفيده في شيء مهما طالت وهذا ما أكدته الفصل 63 من الظهير الآنف الذكر الذي جاء فيه ما يلي: (إن التقادم لا يكسب أي حق عيني على العقار المحفظ في مواجهة المالك المسجل اسمه، ولا يزيل أي حق من الحقوق العينية المسجلة برسم الملك)⁵ وحثنا في ذلك قوله ﷺ: " لا يبطل حق امرئ مسلم وإن قدم"⁶.

¹ ينظر الحيابة والاستحقاق : ص 256 مع شيء من التصرف .

² قضايا التحفيظ العقاري في التشريع المغربي : محمد خيري دار نشر المعرفة الرباط، الطبعة الخامسة 2009م، ص: 93، والحقوق العينية لإدريس الفاخوري ص : 14 والحقوق العينية في الفقه الإسلامي والتقنين المغربي : ص : 513.

³ ينظر الحيابة والاستحقاق ص: 226 .

⁴ الحقوق العينية في الفقه الإسلامي والتقنين المغربي : ص : 562 بتصريف.

⁵ ينظر الحيابة فقها وقضاء : ص : 113.

⁶ سبق تخريجه، ص 87.

أراضي الجيش¹:

يقصد بها الأراضي التي خصصت للاستغلال من طرف سكان القبيلة الموجودة بها لنفعهم الخاص، فهذا النوع من الأراضي يتصرف فيها هؤلاء السكان ويستغلونها بأنواع الاستغلال عدا تفويتها، فمن من حاز قطعة أرضية راجعة لتلك الجماعة أو بواسطة الجيش، " كان له حق التصرف فيها بالغرس والبناء البسيط وحفر الآبار للسقي والشرب إلا أنه لا يكون له الحق في تملك عين الأرض، وإنما يكون فقط مالكا لما قام بإنشائه وهو ما يسمى بالزينة"².

فهذا النوع من الأراضي لا يحاز بطول المدة ووضع اليد ولا يعتريه التقادم ولا يوجد نص بشأن تسيير واستغلال الأراضي الراجعة لقبائل الجيش (الكيش) واستغلالها ولهذا فلا شك أن ذلك يتم وفق عادات وأعراف محلية متبعة³.

ونلخص مدونة الحقوق العينية الجديدة العقارات التي لا تحاز بطول المدة في: المادة: 261

بقولها⁴:

" لا تكسب الحيازة:

_ أملاك الدولة العامة والخاصة.

_ الأملاك المحبسة.

_ أملاك الجماعات السلالية.

_ أملاك الجماعات المحلية.

¹ هي أراضي كان السلطان يمنحها لبعض القبائل مقابل الخدمة العسكرية وذلك بإقطاعهم أراضي قصد الفلاحة ويوجد هذا النوع من الأراضي خاصة في ناحية مراكش والقنيطرة وفاس ينظر (الحيازة فقها وقضاء ص: 112 بتصرف والحيازة والاستحقاق ص: 221 بتصرف .

² الحيازة فقها وقضاء: ص : 112 وما بعدا بتصرف.

³ ينظر النظام الإداري بالمغرب: عبد الحميد بنشهو ص : 343 مطبعة الأمانة الرباط و الحيازة فقها وقضاء:

113 بتصرف.

⁴ الشافي في شرح مدونة الحقوق العينية الجديدة : ص : 459 .

المطلب الثاني: الأموال التي تقبل الحيابة - المنقولات.

المنقول عند الفقهاء ما يمكن تحويله من مكان إلى آخر، فيشمل كل شيء غير الأرض من بناء وشجر أو حيوان، وكذلك ما يمكن نقله من المكيلات والموزونات والمعدودات والعروض.

وتنقسم المنقولات إلى قسمين:

– منقولات بحسب طبيعتها: وهي كل شيء يمكن نقله من مكان إلى آخر دون أن يصيبه تلف، سواء كان ينتقل بنفسه كالحيوان، أو بغيره كالأدوات، ما لم تكن قد رصدت من قبل مالكةا لخدمة عقاره.

ويدخل في المنقول بحسب طبيعته: العروض من الثياب والكتب والأثاث والملابس، وكذلك السفن، والسيارات والطائرات ...

– منقولات بحسب المثال: وهي عقارات بحسب الأصل، لأنها عبارة عن أشياء ثابتة، ولكن نية المتعاملين بشأنها تنصرف إلى فصلها عن مكانها. وذلك كما هو الحال بالنسبة للبناء الذي يبيعه صاحبه لمن يأخذ أنقاضه، والأشجار التي تباع لمن يقطعها.

فهذه الأشياء وما يماثلها تعتبر منقولات فيما إذا وقع التعاقد حولها على هذا الأساس¹.

وفقهاؤنا رحمهم الله تعالى يجيزون الحيابة في العقارات والمنقولات²، غير أن الراجح عندهم أن الحيابة في المنقول لا تحتاج إلى نفس المدة التي يحتاج إليها العقار، وإنما تكفي فيها مدة أقصر قال ابن عاصم:

¹ الحقوق العينية: محمد ابن معجوز ص: 44 وما بعدها بتصرف.

² البهجة في شرح التحفة: ج 2 ص 429 .

وفي سوى الأصول حوز الناس ❁ بالعام والعامين في اللباس
وما كمركوب ففيه لزما ❁ حوز بعامين فما فوقها¹

قال التسولي شارحا هذه الآيات: (وفي سوى الأصول) من العروض والحيوان وغيرهما
(حوز الناس) الأجنب يكون بالعام والعامين في اللباس.

وما كان (كمركوب) من الدواب (ففيه لزما) حوز بعامين فما فوقهما.

وخلاصة الكلام في هذا المقام:

أنه إذا كان الحائز أجنبيا عن مدعي ملكية المنقول، فيكفي أن يثبت الحائز أن حيازته
استمرت سنة فأكثر ليعتبر مالكا لذلك المنقول كما سبق النقل عن ابن عاصم وشارح التحفة.

أما إذا كان بين الحائز ومدعي الملكية قرابة، فلا بد أن يثبت الحائز أن حيازته استمرت
عشر سنوات فأكثر ليقطع حق قريبه في ذلك المنقول².

غير أن الإمام ابن القاسم لا يفرق بين الأصول والمنقول قال التسولي: (ففي المدونة قال
ابن القاسم: من حاز على حاضر عروضاً أو حيواناً أو رقيقاً فذلك كالحيازة في الربع)³ وقال
أيضا: (وأما ابن القاسم فسوى بين الأصول وغيرها في الأجنبي كما سوى بينهما في الأقارب)⁴.

بعض المنقولات التي لا تقع عليها الحيازة:

توجد بعض المنقولات التي لا تقبل الحيازة بطول المدة ولا تؤثر عليها الحيازة نذكر منها:

¹ إحكام الأحكام على تحفة الحكام الشيخ محمد بن يوسف الكافي على منظومة القاضي أبي بكر محمد بن محمد بن
عاصم الأندلسي ص 296 دار المعرفة .

² البهجة في شرح التحفة: ج 2 ص 429 وما بعدها والحقوق العينية ص 317 وما بعدها بتصرف .

³ ينظر البهجة في شرح التحفة ج 2 ص 430 .

⁴ المصدر نفسه بنفس الجزء والصفحة .

المنقولات التابعة للعقارات والمخصصة لها، حتى أصبحت تعتبر عقارات بالتخصيص، وهي التي لا تطلب لذاتها ولكنها تطلب بحكم تبعيتها للعقار، مما يجعل حيازتها تخضع لإجراءات خاصة محددة غير منسجمة مع قواعد حيازة المنقولات العادية، ضماناً لمالك العقار المخصص له، والمرصد لخدمته¹.

ما يعتبر من الأموال العامة كأسلحة الجيش وأسلاك الهاتف مثلاً، فلا تعتبر حيازتها سبباً للملكية نظراً لطبيعة استعمالها وتخصيصها بجهة عمومية معينة، ما دامت على الكيفية والهيئة التي استعملت فيها².

قال الدكتور إدريس الفاخوري في كتابه الحقوق العينية (كما يستثنى من قاعدة الحيازة في المنقول سند الملكية المنقولات ذات الصبغة العمومية كالأثار، والتحف والأسلحة والمنقولات التابعة للعقارات المخصصة ، وكذا المنقولات المتكونة من عناصر مادية وأخرى معنوية كالأصل التجاري)³.

¹ الحيازة فقها وقضاء ص 60 وما بعدها .

² الحيازة والاستحقاق في الفقه المالكي ص : 228 .

³ الحقوق العينية : إدريس الفاخوري ص : 111 .

المبحث الرابع: الشهادة على الحيازة وكيفيتها في الفقه المالكي.

عرف فقهاء المالكية الشهادة بأنها قول هو بحيث يوجب على الحاكم سماعه الحكم بمقتضاه إن عدل قائله مع تعدده أو حلف طالبه¹ واعترض الحطاب على هذا الحد بأن فيه دورا، لأنه لا يمكن أن يعرف هل يفتقر القول إلى التعدد أو إلى حلف الطالب إلا بعد أن يعرف أنه شهادة، فكيف نقول إنه شهادة لأنه يفتقر إلى التعدد أو إلى اعتراض الطالب؟ كما اعتراض عليه ابن مرزوق بأنه غير جامع، لأنه لا يشمل شهادة الواحد، مع أنه يعمل بها في الخلطة، ويترتب عليها حكم في الطلاق والعتق².

وعرفت بأنها: إخبار حاكم عن علم ليقضي بمقتضاه فقوله: (إخبار حاكم) أي إخبار الشاهد الحاكم وقوله (عن علم) أي إخبارا ناشئا عن علم لا عن ظن أو شك وهذا التعريف هو معنى قول بعضهم الشهادة إخبار بما حصل فيه الترافع وقصد به القضاء وبت الحكم³.

ولذلك اعتنى الإسلام بها، ونظم قواعدها، وسن أحكامها، وقد جاء في القرآن الكريم الكثير من هذه الأحكام، كما ورد في السنة الصحيحة الأحاديث العديدة التي تتضمن قواعد الشهادات، وكيف لا تكون كذلك وهي تعتبر أهم وسيلة للإثبات في جميع الميادين من معاملات مدنية، ودماء وأحوال شخصية، بقطع النظر عن قيمة الحقوق المراد إثباتها، ومهما كانت النتائج المترتبة عن الشهادة⁴.

¹ شرح حدود ابن عرفة للرصاص ص 583.

² ينظر الزرقاني: ج 7 ص 157 و وسائل الإثبات في الفقه الإسلامي لمحمد بن معجوز ص 53.

³ تحريرات البناي وتحصيلات الدسوقي على هامش الشرح الكبير على مختصر خليل المكتبة العصرية بيروت ج 2 ص 1398.

⁴ وسائل الإثبات في الفقه الإسلامي: ص 50 بتصرف.

وقد أمر الله تعالى عباده بأن يشهدوا على معاملاتهم، لما يترتب على ذلك من حفظ حقوقهم وصيانتها لسد ذريعة التنازع قال الله تعالى ﴿ وَأَشْهَدُوا إِذَا تَبَايَعْتُمْ ﴾¹.

وقد اختلف الفقهاء حول هذا الأمر الذي في هذه الآية² هل يدل على الوجوب أو الندب، فقول جماهير الفقهاء أنه للندب لا للوجوب وهذا هو الصحيح الذي يؤيده فعل النبي ﷺ وعمله الذي تواتر في الناس، فقد باع وكتب، كما باع ولم يشهد، واشترى ورهن درعه عند يهودي ولم يشهد³، ولو كان الإشهاد واجبا لوجب مع الرهن لخوف المنازعة، وممن قال بالندب إمام دار الهجرة مالك بن أنس رحمه الله تعالى، لأن هناك قرينة صرفت الأمر من الوجوب إلى الندب وهي قوله تعالى : ﴿ وَإِنْ كُنْتُمْ عَلَى سَبَرٍ وَلَمْ تَجِدُوا كَاتِبًا فَرِهْلَنْ مَّفْبُوضَةً فَإِنْ آمِنَ بَعْضُكُمْ بَعْضًا فَلْيُؤَدِّ الَّذِي ائْتَمَرَ بِمَوْتِهِ، وَلْيَتَّقِ اللَّهَ رَبَّهُ ﴾⁴.

(ووجه الاستدلال بهذه الآية: أنه لما جاز أن يترك الرهن الذي هو بدل الشهادة جاز ترك الشهادة)⁵.

المطلب الأول: كيفية الشهادة على السماع.

نقل ابن فرحون عن ابن رشد أنه قال: إن شهادة السماع لها ثلاث مراتب:

المرتبة الأولى:

¹ من الآية 281 من سورة البقرة .

² هو قوله تعالى : وأشهدوا .

³ فيه إشارة إلى حديث عائشة رضي الله عنها أنها قالت " توفي رسول الله ﷺ ودرعه مرهونة عند يهودي بثلاثين صاعا من شعير " أخرجه البخاري: كتاب: المغازي باب وفاة النبي ﷺ.

⁴ من الآية 282 من سورة البقرة .

⁵ وسائل الإثبات في الفقه الإسلامي : ص : 55 .

" تفيد العلم، وهي المعبر عنها بالتواتر، كالسماح بأن مكة موجودة والمدينة ومصر وغيرها فهذه إن حصلت كانت بمنزلة الشهادة بالرؤية وغيرها مما يفيد العلم "1.

المرتبة الثانية: شهادة الاستفاضة، وهي تفيد ظنا قويا يقرب من القطع ويرتفع عن شهادة السماع، مثل أن يشهد أن نافعا مولى ابن عمر، وأن عبد الرحمان بن القاسم من أوثق من أخذ عن الإمام مالك رضي الله عنه، فيجوز الاستناد إليها. ومنها: إذا رئي الهلال رؤية مستفيضة، ورآه الجهم الغفير من أهل البلد وشاع أمره فيهم لزم الصوم أو الفطر من رآه ومن لم يره، وحكمه حكم الخبر المستفيض لا يحتاج فيه إلى شهادة عند الحاكم ولا تعديل.

المرتبة الثالثة: شهادة السماع

وهي التي يقصد بها الفقهاء الكلام عليها ويتعلق النظر بصفاتها وشروطها ومحلها².

شهادة السماع :

نقل الخطاب عن ابن عرفة في تعريفها : (لقب لما يصرح الشاهد فيه باستناد شهادته لسماع من غير معين، فتخرج شهادة البت والنقل)³.

ورد في المدونة الكبرى في الحديث عن شهادة السماع في الأحباس والمواريث:

قال مالك : وليس عندنا أحد ممن شهد على أحباس رسول الله ﷺ إلا على السماع . قال ابن القاسم : " ونزلت بالمدينة وأنا عند مالك فقضى بها "4.

¹ تبصرة الحكام : ج 2 ص 295.

² التبصرة : ج 2 ص 295.

³ المقصود بالنقل عرفا إخبار الشاهد عن سماعه شهادة غيره أو سماعه إياه لقاض (شرح حدود ابن عرفة ص 605.

⁴ المدونة الكبرى : ج 5 ص 207 في شهادة السماع في الأحباس والمواريث .

فعدم وجود الشهود على أحباس الرسول عليه السلام في عهد سيدنا مالك رحمه الله يعتبر قرينة للأخذ بشهادة السماع والحكم والقضاء به كما تقدم النقل عن ابن القاسم رحمه الله.

وورد في المدونة أيضا : " قال مالك : ها هنا دور تعرف لمن أولها بالمدينة قد تداولها قوم بعد قوم في الاثراء وهي اليوم بغير أهلها . فإذا كان على مثل هذا السماع جائز على ما وصفت لك وإن لم تكن شهادة قاطعة"¹.

والمقصود بهذا النص أن دور المدينة التي تداولها قوم بعد قوم حتى صارت لغير أهلها الذين تملكوها أولا يجوز عند شهادة السماع على ذلك وبه أن ثبت حيازتها لمن هم بها وكانت أيديهم عليها عند الشهادة².

ونص خليل في المختصر عند حديثه على شهادة السماع : (وجازت بسماع فشا عن ثقات وغيرهم بملك لحائز متصرف طويلا) والمعنى فلا يؤذن في الشهادة إلا بسماع انتشر واشتهر واشتراط هنا أن تكون شهادة السماع عن أناس معروفين بالثقة³.

هل يقتصر في شهادة السماع على اثنين؟

الذي وقفت عليه في كتب الفقهاء أنه لا يقتصر على شهادة السماع على شاهدين اثنين قال المواق رحمه الله : (ولا يقتصر في ذلك⁴ على شاهدين لأن الأمر المستفيض المنتشر لا يؤخذ علمه من اثنين).

¹ المدونة الكبرى : ج 5 ص 207 .

² ينظر : الحيازة والتقادم في الفقه الإسلامي ص 576 .

³ ينظر الشرح الكبير على مختصر خليل للدرديرج 2 ص 1421 بتصرف .

⁴ أي شهادة السماع .

ويبدو والله أعلم أن هذا الرأي ليس بسديد في نظري لأنه يكفي أن يسمع من اثنين عدلين ويسكن قلبه إلى خبرهما لأن الحقوق ثبتت بقول اثنين، بل عندنا في الفقه المالكي ثبتت باليمين مع الشاهد.

قال الحافظ ابن عبد البر رحمه الله: (قال مالك وأصحابه يقضى باليمين مع الشاهد في كل البلاد، ويحمل الناس عليه، ولا يجوز خلاف ما قالوه من ذلك لتواتر الآثار به عن النبي ﷺ، وعن السلف والخلف من أهل المدينة، والعمل المستفيض عندهم بذلك، وقد ذكرنا الآثار في كتاب التمهيد)¹.

فهذا النقل عن هذا الإمام المالكي صريح بأن السادة المالكية يأخذون باليمين مع الشاهد فكيف يعدلين مجتمعين.

المطلب الثاني: صفة شهادة السماع في الفقه المالكي.

نقل ابن فرحون رحمه الله تعالى في التبصرة صفة هذا السماع فقال: (فأما صفتها فإن يقولوا سمعنا سماعاً فاشياً من أهل العدل وغيرهم).

ثم ذكر عن بعض فقهاء المذهب أنهم يقولون² (لم نزل نسمع من الثقات، أو يقولون: لم نزل نسمع سماعاً فاشياً من أهل العدل)³.

¹ الكافي في فقه أهل المدينة المالكي ص: 471 .

² أي: الشهود

³ التبصرة الجزء 1 ص 297.

وتقدمت قبل قليل عبارة خليل عند حديثه عن الشهادة : (وجازت بسماع فشا عن ثقات وغيرهم)¹، وهذه العبارات كلها متقاربة في صفة شهادة السماع، فهذه الأخيرة² مبنية على التصريح بالسماع كأن يقولوا سمعنا أو لم نزل نسمع، قال التسولي في شرح التحفة : (وهذا الشرط لا بد من التصريح به في الوثيقة أو عند الأداء، وهو الذي يعبرون عنه بكيفية شهادة السماع وصفتها- أي الكيفية - وهذه الصفة شرط فيها فيقولون : سمعنا أو لم نزل نسمع سماعا فاشيا من أهل العدل وغيرهم ولا يسمعون المسموع منه³).

المطلب الثالث: مجال شهادة السماع بالنسبة للحيازة.

قال الخطاب في شرحه لعبارة خليل الآنف الذكر: (وجازت بسماع فشا عن ثقات وغيرهم).

أفاد بقوله " لحائز " أن شهادة السماع بالملك إنما تفيد للحائز فقط وأنها لا تفيد في الانتزاع⁴.

ثم بين رحمه الله تعالى بعد هذا الكلام أنه ليست كل يد حائزة لا ينتزع منها ما حازته بل قد تكون اليد ظالمة جائرة فإن مثل هذه الأخيرة يستخرج بها من تحت يد الحائز ما يده عليه⁵.

ثم نقل عن بعض علماء المذهب قولاً مفاده : (ولا يقوم بشهادة السماع إلا الذي الملك بيده، لا تجوز لغيره لأن شهادة السماع لا يستخرج بها من يد حائز شيئاً تحت يده إلا أن تكون اليد كلا يد مثل أن يكون غاصبا وذا سلطان غير مسقط وثبت أنه مال القائم أو ورثته على

¹ سبق توثيقه.

² أعني صفة شهادة السماع.

³ البهجة شرح التحفة ج1 ص 213.

⁴ شرح الخطاب على خليل ج 6 ص 192.

⁵ ينظر الحيازة والتقدم في الفقه الإسلامي ص 584 بتصرف وتبصرة الحكام ج 1 ص 297 .

السمع، أو ثبت أيضا أنه يصير إلى الذي يملكه من الوجه المذكور فيستخرج من تحت يده ما يدل عليه من الأملاك، ويستحق ذلك بشهادة السماع، ويحكم بذلك)¹.

المطلب الرابع: في بينة اليد وبينة الخارج وحكم تعارضهما.

ومثاله لو حاز إنسان شيئا، ثم ادعى آخر أن هذا الشيء له، وهو المعبر عنه بالخارج، ثم أقام كل منهما بينة على أنه له، وتساوت البينتان، فذهب فقهاء المالكية أن يد الحائز لها اعتبارها في الترجيح عندما تتساوى البيئات وتكافؤا يؤدي إلى تساقطها، ومعنى تساقط البيئات يجعلها كأنها غير موجودة.

(قال مالك: إذا تكافأت البينتان في العدالة بحالة ما وصفت لك فالذي هي في يديه أولى بذلك)².

وورد فيها أيضا³، " قلت فإن كانت السلعة في يد رجل يدعيها لنفسه وهي دار، فأقت البينة أنها لي، وأقام رجل آخر البينة أنها له، وتكافأت بينتي وبينته، قال: " لا تؤخذ الدار من الذي هي في يديه لأن بينة هذين قد أكذبت كل واحدة منهما صاحبها وجرحتها فسقطتا"⁴.

وقال ابن فرحون: (وإذا لم يمكن الترجيح بين البينتين سقطتا وبقي المدعى فيه بيد حائزه مع يمينه)⁵.

¹ ينظر شرح الخطاب ج 6 ص 192 .

² المدونة الكبرى: ج 5 ص 226 في التكافؤ في البينة هل هو عند مالك في العدد أو في العدالة .

³ أي: المدونة الكبرى ج 5 ص 223.

⁴ المدونة الكبرى: ج 5 ص 223 .

⁵ تبصرة الحكام: الجزء 1 ص 265 .

وقال أيضا : (....وإن كان في يد أحدهما، وأقام كل واحد منهما بينة، وتساويتا في العدالة ربح جانب الذي بيده ذلك، لكون حائزا، فيحكم له به مع اليمين. وهذا معنى قولهم: تقدم بينة الداخل على بينة الخارج عند التكافؤ، هذا هو المشهور)¹.

ونقل الخطاب عن ابن عرفة معنى تعارض البينتين فقال : " هو اشتغال كل منها على ما ينافس الآخر"².

وإن أمكن أن يجمع بين البينتين جمع، قال الدسوقي : (وإن أمكن الجمع بين البينتين المتعارضتين جمع)³ أي وحد بينهما فإن لم يمكن الجمع ترحح إحداهما على الأخرى بسبب من أسباب الملك⁴ إذا نصت عليه إحداهما دون الأخرى، وكذلك ترحح بمزيد عدالة⁵، فإن لم يوجد سبب للترجيح إلا وضع اليد ربح بوضع اليد بأن يكون الشيء المتنازع فيه الذي لم يعرف أصله بيد أحدهما مع تساوي البينتين وهذا مشروط بما إذا لم ترحح بينة المدعي على بينة واضع اليد⁶.

¹ تبصرة الحكام : الجزء : 1 ص 264 .

² شرح الخطاب على خليل : الجزء 6 ص 207 وما بعدها .

³ حاشية الدسوقي على الشرح الكبير الجزء 4 ص 219، والشرح الكبير على مختصر خليل : الجزء 2 ص 1348م .

⁴ الشرح الكبير : الجزء : 2 ص 1348 .

⁵ ينظر الشرح الكبير على مختصر خليل : الجزء 2 ص 1348 .

⁶ ينظر حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ج 6 ص 219 مع شيء من التصرف، والحيازة والتقادم في الفقه الإسلامي ص 590 وما بعدها، ذكر الفقهاء أن الترجيح بزيادة العدالة خاص بالأموال .

الباب الثاني:

**التقادم وأثره في اكتساب الحقوق
وإسقاطها وتطبيقاته المعاصرة في
القانون المغربي.**

الفصل الأول:

الأحكام العامة للتقادم

تمهيد

إن مضي الزمن قد يسبب أثرا في تغيير الأحكام الشرعية، ولا يصاحب هذا الأثر فعل سلبي أو إيجابي، ولا فقد حق أو كسبه، ولا دعوى ولا إنكار حق، بمعنى يصبح مضي الزمن وحده مغيرا للحكم الشرعي.

وقد يسبب هذا المضي إسقاط حق بسبب الموقف السلبي من المدعى عليه، وذلك مثل سقوط حق الشفيع، بيد أن يمثل غالب مجال التقادم في فقهننا الإسلامي هو ما تحقق فيه الجانب السلبي أو الإيجابي، مع فقد الحق أو كسبه، بمصاحبة الدعوى، وإنكار حق الخصم، وهو ما يرتبط بتقادم الحيازة والديون.

هذه الأقسام الثلاثة للتقادم التي تناولها فقهاؤنا معنى ولفظا، فهم وإن كانوا قد ركزوا على القسم الأخير منه تقعيدا أو تنظيرا، فليس هذا من باب نفي ما عداه.

إذن فإن أصل التقادم في الفقه المالكي إنما يقوم على تأثير الزمن في الحكم¹ وإذا كان الأمر كذلك فما هو تعريف التقادم؟.

¹ أحكام التقادم في الفقه الإسلامي الدكتور محمد أحمد حسن إبراهيم ص 16 مع شيء من التصرف.

المبحث الأول: تعريف التقدّم.

المطلب الأول: في اللغة والاصطلاح.

الفرع الأول: مفهوم التقدّم في اللغة

قال ابن فارس: القاف والذال والميم أصل يدل على سبق القدم خلاف الحدوث ويقال شيء قديم، إذا كان زمانه سابقاً¹.

والتقدّم مأخوذ من القدم نقيض الحدوث، قدم يقدم قدما وقدامة وتقدّم وهو قديم. والجمع: قدماء وقدامى وقدائم².

قال ابن بري: القدم التقدّم قال الشاعر:

وإن يك قوم قد أصيبوا فإنهم
بنوا لكم خير البنية والقدم
وقال أمية بن أبي الصلت:

عرفت أن لا يفوت الله ذو قدم ❀ وأنه من أمير السوء منتقم

قال ربنا: ❀ وَبَشِّرِ الَّذِينَ ءَامَنُوا أَنَّ لَهُمْ قَدَمٌ صِدْقٍ عِنْدَ رَبِّهِمْ ❀³.

قال الأخفش: هو التقديم كأنه قدم خيرا وكان له فيه تقديم⁴.

¹ مقاييس اللغة: ابن فارس 5/ 65 وينظر الصحاح للجوهري: 6/284

² لسان العرب: ابن منظور 1466 هـ الطبعة الأولى دار صادر، بيروت وينظر القاموس المحيط للفيروز آبادي 1/148.

³ سورة يونس: الآية رقم: 2.

⁴ لسان العرب: مادة [ق د م] ج 12 ص 467.

تقول العرب: قدم الشيء: مضى على وجوده زمن طويل، وتقادم الشيء: قدم وطال العهد به وهذا هو المعنى المقصود هنا والتقادم هو البعد وطول الزمن والأمد.

قال عنتر بن شداد:

حييت من طلل تقادم عهده ❁ ثم أقوي وأقفز بعد أم الهيثم¹.

وذكر أهل اللغة أن كلمة التقادم تأتي بمعنى الملك القديم، ومنه عادي الأرض، أي ما تقادم ملكه².

ومنهم قولهم: كان هذا في آباد الدهر، أي فيما تقادم منه تطاول³.

هذا باختصار شديد ما نقلته عن أهل اللغة في تعريف التقادم وهو ينصرف إلى معنى البعد وطول الزمن وأن القديم نقيض الحديث، والله تعالى أعلم.

الفرع الثاني: مفهوم التقادم في اصطلاح الفقهاء.

لم يتعرض فقهاؤنا القدامى في حدود علمي واطلاعي وبعد البحث الشديد للتقادم بمعناه الاصطلاحي سوى ما يدل عليه من أن المراد به طول الزمن بالنسبة لوضع اليد على الشيء أو حيازته، وقد رجعت إلى عمدة كتب المالكية فوجدتها تذكر هذا الأخير بهذه العبارات:

جاء في المدونة الكبرى: (فصل في كتاب الشهادات بعنوان: " في سماع السماع في الدور المتقادم حيازتها".

¹ ينظر تفسير القرطبي: ج 17 ص 222 الطبعة الثانية عام 1372هـ، دار الشعب القاهرة تحقيق: أحمد عبدالعليم البردويني.

² ينظر المصباح المنير للفيومي: 436/ هـ المكتبة العلمية، بيروت.

³ المغرب في ترتيب المعرب: أبو الفتح ناصر الدين بن عبد السيد بن علي بن المطرز 1122 هـ الطبعة الأولى مكتبة أسامة بن زيد، حلب تحقيق عبد الحميد نفري.

قال مالك في الرجل يقر أن أباهم كان أسلفه مالا وأنه قد قضاه لوادهم قال مالك: إن كان الذي ادعى حديثا من الزمان والسنين لم يتناول لم ينفعه قوله: قد قضيت إلا بينة قاطعة على القضاء وإن كان قد تناول زمان ذلك حلف المقر وكان القول قوله¹.

ونقل الخطاب عن المازري أنه قال:

" وإذا طال الزمان على الطالب ويده وثائق وأحكام وهو حاضر مع المطلوب، ولا عذر لديه يمنعه من الطلب، من ظلم ونحوه وسكت عن الطلب، فاختلف المذهب² في حد السكوت القاطع لطلب الديون الثابتة في الوثائق والأحكام هل حد ذلك عشرون سنة وهو قول مطرف أو ثلاثون سنة وهو قول مالك واتفقا جميعا على أن ذلك قاطعة لطلب الطالب"³.

وجاء في حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ما نصه:

" وفي المعيار الجديد: (سئل سيدي أبو عبدالله العبدوسي⁴ عمن له دين برسم وللرسم المذكور مدة نحو أربعين سنة، ولم يدع المدين قضاءه وربه حاضر ساكت من غير مانع يمنعه من الطلب به، فهل يبطل الدين بتقادم عهده أم لا؟).

فكان جوابه رحمه الله: (طول المدة المذكورة لا يبطل الدين عن المدين المذكور ولا خلاف في ذلك وإنما الخلاف إذا كان الدين برسم وطالت المدة جدا، وادعى المدين قضاءه ولم يكن هناك ما يدل على عدم القضاء مع يمينه، وقيل من غيبته أو إكراه أو إنكار أو غير ذلك، فقيل يقبل قوله في القضاء مع يمينه، وقيل لا يقبل وهو المشهور.

¹ المدونة: الجزء: 5 / ص 172 .

² يقصد علماء المذهب رحمهم الله تعالى .

³ مواهب الجليل: الجزء 17 ص 395 .

⁴ هو محمد إبراهيم بن عبدالله بن عبدوس الفقيه الكبير من أهل قيروان كان أفقه زمانه توفي سنة ستين ومئتين 260 هـ .

وإذا كان بغير رسم فقليل يقبل قوله في القضاء مع طول المدة مع يمينه على المشهور ولا سيما إذا كان رب الدين محتاجا والذي عليه الدين مليئا¹ وكانا حاضرين وليس بينهما ما يمنع من الطلب².

فهذه جملة من نقول فقهاء المذهب لمعنى التقادم وهو لا يخرج عن المعنى اللغوي والذي من معانيه طول الزمن والسنين.

وجاء في معجم لغة الفقهاء أن "التقادم، بضم الدال من قدم : مضي الزمن الطويل على وجود الشيء، وتقادم الدعوى: مرور مدة طويلة على الدعوى دون أن يحركها صاحبها³.

وخلاصة الكلام أن فقهاء المالكية لم يعطوا تعريفا دقيقا للتقادم بالمعنى الاصطلاحي وإنما جاء في ثنايا كلامهم عن موضوع الحيازة والديون فعرفوه بالمعنى اللغوي والله أعلم.

وقد حاول بعض الباحثين المعاصرين⁴ تلخيص كلام الفقهاء للتقادم حسب فهمه فأتى بتعريف قريب من تعاريف الفقهاء الآنفة الذكر فعرفه بأنه: "مضي مدة معينة على وجوب أداء الحق، يمنع من سماع الدعوى أمام القاضي"⁵.

فقوله " مضي مدة " يشمل بعمومه جميع المدد فيشمل مدة التقادم المكسب ومدة التقادم المسقط.

¹ أي موسرا.

² حاشية الدسوقي على الشرح الكبير الجزء 4 ص 219.

³ معجم لغة الفقهاء: 1/139.

⁴ هو الدكتور حامد عبد الرحمان في كتابه نظرية سماع الدعوى للتقادم ص 84 رسالة دكتوراه بكلية الشريعة والقانون بالقاهرة سنة 1396هـ

⁵ ص 84.

ويقصد بقوله " معينة " أي معروفة، ومعناها المدة التي جمعت شروط المدة المانعة من سماع الدعوى.

وقوله " ... على وجوب أداء الحق " عبر بوجوب أداء الحق بدلا من استحقاق الحق، حتى يشمل التعريف تقادم الشهادة الذي يجعلها محل شبهة ويؤثر فيها، ويمنع من سماع الدعوى عند الأحناف، وهو قيد في التعريف خرج به سقوط الخصومة وانقضاءؤها بالتقادم¹.

المطلب الثاني: مشروعية التقادم.

بما أن فقهاء المالكية لم يتعرضوا لمفهوم التقادم في كتبهم، ولم أعر- بعد البحث الشديد - على حد واضح له، إلا أن مشروعيته وجدت في مصنفاتهم الفقهية، ومن هذه الأدلة التي استدلت بها الفقهاء على حجيتها :

1- حديث الحيازة الذي سقته برواياته أنفا وتكلمت عليه جرحا وتعديلا، و صحة وضعفا حسب قانون مصطلح الحديث، وعلم الجرح والتعديل مما أغنى عن الإعادة، وخرجت بخلاصة جامعة هي أنه حديث صحيح عند فقهاء المالكية وفق قواعدهم في الاحتجاج بالحديث المرسل، زيادة على ذلك أنه من مرسل سعيد التابعين سعيد ابن المسيب - رحمه الله - وهو محتج به كما نقلت ذلك عن الإمام الشافعي - رحمه الله - والحافظ المالكي أبو عمر ابن عبد البر - رحمه الله - إضافة إلى تلقي العلماء له بالقبول والعمل وهذا شاهد قوي له، وقد كان الشافعي وابن عبد البر وغيرهم يحسنون أحاديث بجران عمل المسلمين لها خلفا عن سلف وحديث الحيازة من هذا الباب.

¹ أحكام التقادم في الفقه الإسلامي ص 18.

2- حديث " لا يبطل حق امرئ وإن قدم " ¹ وقد أخرجه ابن وهب - رحمه الله - في كتاب القضاء قال: أخبرني عثمان بن الحكم عن زهير بن محمد قال قال رسول الله ﷺ وذكر الحديث، وهذا الحديث من باب الأمانة العلمية ضعفه أهل العلم بالحديث، لكن فقهاء المالكية يستدلون به فلعلهم يذكرونه للاستئناس لأنهم يعتمدون على حديث الحيازة والعلم عند الله تعالى.

¹ أخرجه ابن وهب في موطنه: كتاب القضاء في البيوع، وأورد الشيخ الألباني - رحمه الله - هذا الحديث في سلسلة الأحاديث الضعيفة والموضوعة وضعفه ج 10 برقم 4853.

المبحث الثاني: وقف التقادم وانقضاءه.

المطلب الأول: وقف التقادم.

لا يسرى التقادم كلما وجد مانع يتعذر معه على الدائن أن يطالب بحقه ولو كان المانع أديباً. وكذلك لا يسرى التقادم بين الأصيل والنائب. وأيضاً لا يسرى التقادم الذي تزيد مدته على خمس سنوات في حق من لا تتوافر فيه الأهلية أو في حق الغائب أو في حق المحكوم عليه بعقوبة جنائية إذا لم يكن له نائب يمثله قانوناً. ويترتب على وقف التقادم في هذه الحالات أن المدة التي يقف التقادم خلالها لا تحسب ضمن مدة التقادم، وتحسب المدة السابقة والمدة التالية¹.

المطلب الثاني: انقطاع التقادم.

ينقطع التقادم بالمطالبة القضائية ولو رفعت الدعوى إلى محكمة غير مختصة، وبالتنبيه أو بالحجز، وبالطلب الذي يتقدم به الدائن لقبول حقه في تفليس أو توزيع، وبأي عمل يقوم به الدائن للتمسك بحقه في إحدى الدعاوى. كما ينقطع التقادم إذا أقر المدين بحق الدائن إقراراً صريحاً أو ضمناً. ومن قبيل الإقرار الضمني أن يترك المدين تحت يد الدائن مالاً مرهوناً رهناً حيازياً تأميناً لوفاء الدين، ووفاء المدين بقسط من الدين أو فوائده، وطلبه مهلة للوفاء. ويترتب على الانقطاع سقوط المدة السابقة على قيام سببه والمدة التي تمضي خلال قيامه. فإذا زال السبب بدأ تقادم جديد مماثل في طبيعته ومدته للتقادم الأصلي. على أنه إذا انقضى السبب الذي قطع التقادم بحكم نهائي تكون مدة التقادم الجديد خمس عشرة سنة، أيأً كانت مدة التقادم. وكذلك إذا انقطع التقادم الحولي بإقرار من المدين كانت مدة التقادم خمس عشرة سنة.²

¹ نظرية الالتزامات في ضوء قانون الالتزامات والعقود ج 2 ص : 447 وما بعدها

² نظرية الالتزامات في ضوء قانون الالتزامات والعقود ج 2 ص: 562 وما بعدها.

المبحث الثالث: مدد التقادم.

المطلب الأول: مدد التقادم المختلفة.

- القاعدة العامة والاستثناءات: يتقادم الالتزام¹ بانقضاء خمس عشرة سنة في معظم القوانين العربية عموماً والقانون المغربي خصوصاً، وذلك فيما لم يرد فيه نص خاص يقرر مدة أطول أو أقصر.

ومن ذلك سقوط الحق في طلب إبطال العقد بسبب نقص الأهلية أو عيب الإرادة بثلاث سنوات. وسقوط دعوى التعويض عن العمل غير المشروع وعن الإثراء بلا سبب بثلاث سنوات، وإلى جانب النصوص القانونية الخاصة هناك بعض الاستثناءات من القاعدة العامة، فقد أورد التقنين المدني بعد القاعدة العامة التي وضعها استثناءات أخرى.

فثمة حقوق تتقادم بخمس سنوات، وهي الحقوق الدورية المتجددة كأجرة المباني والأراضي الزراعية، والفوائد والإيرادات المرتبة والمهايا والأجور والمعاشات، كما تتقادم بخمس سنوات أيضاً حقوق الأطباء والصيدالة والمحامين والمهندسين والخبراء والسماصرة والأساتذة والمعلمين، على أن تكون هذه الحقوق واجبة لهم جزاء عما أدوه من عمل من أعمال مهنتهم وما تكبدوه من مصروفات.

وتتقدم بسنة واحدة حقوق التجار والصناع عن أشياء وردوها لأشخاص لا يتجرون في هذه الأشياء، وحقوق أصحاب الفنادق والمطاعم عن أجر الإقامة وثنم الطعام وكل ما صرفوه لحساب عملائهم، وكذلك حقوق العمال والخدم والأجراء من أجور يومية وغير يومية ومن ثمن ما قاموا به من توريدات. على أنه يجب على من يتمسك بهذا التقادم الحولي أن يحلف اليمين على أنه أدى الدين فعلاً.

¹ الالتزام: من القواعد العامة للتقادم.

ولا يجوز الاتفاق على أن يتم التقادم في مدة تختلف عن المدة التي عينها القانون.¹

المطلب الثاني: كيفية حساب مدد التقادم.

حدد القانون المغربي الكيفية التي تحسب بها مدد التقادم، حيث نصت المادة 386 من قانون الالتزامات على أن التقادم "يحسب بالأيام الكاملة لا بالساعات، ولا يحسب اليوم الأول الذي يبدأ التقادم منه في الزمن اللازم لتمامه، ويتم التقادم بانتهاء اليوم الأخير من الأجل.

ففي ضوء هذا النص يمكننا تقرير القواعد التالية:

أولاً: حساب مدة التقادم يجري بالأيام لا بالساعات، ذلك أن حساب المدة بالساعات يقتضينا أن نحدد على وجه الدقة الساعة التي بدأ فيها التقادم وهو أمر غير ممكن، لأن الذي ألفه الناس عند تعيين التاريخ هو الاقتصار على ذكر اليوم دون الساعة.

ثانياً: حساب المدة يجري بالأيام الكاملة، وهذا يعني وجوب حساب المدة ابتداء من منتصف الليل إلى منتصف الليل التالي. لذلك قرر فقهاء القانون عدم إدخال اليوم الذي يبدأ التقادم منه في الحساب لأنه يوم ناقص، فهو جزء يوم وليس يوماً كاملاً.

ثالثاً: تنقضي مدة التقادم بانتهاء اليوم الأخير من الأجل، أي عند منتصف ليل اليوم المذكور.

– إذا وافق حلول آخر يوم من مدة التقادم يوم عطلة رسمية، فإن سريان التقادم يوقف بالقوة القاهرة إلى أول يوم من أيام العمل الذي يأتي بعده.

– تحسب مدة التقادم بالتقويم الميلادي لا بالتقويم الهجري.²

¹ نظرية الالتزامات في ضوء قانون الالتزامات والعقود المغربي : مأمون الكزبري ص : 527 و 538 وما بعدها بتصرف .

² نظرية الالتزامات في ضوء قانون الالتزامات والعقود المغربي ج 2 ص : 545 وما بعدها بتصرف .

المبحث الرابع: مسائل التقادم في الفقه المالكي.

المطلب الأول: تقادم الشفعة.

الشفعة هي: "أخذ شريك من تجدد ملكه اللازم اختيارا بمعاوضة عقارا أو ما يتبعه بمثل الثمن أو قيمته أو قيمة الشقص أو ما حدده الشارع في عوض الشقص"¹.

وعرفها الشيخ خليل بقوله: "الشفعة استحقاق شريك أخذ مبيع شريكه بثمنه"²

والأصل في تسميتها: هو أن الرجل في الجاهلية كان إذا اشترى حائطا أو منزلا أو شقصا من حائط أو منزل، أتاه المجاور أو الشريك فشفع له في أن يوليه إياه ليتصل له الملك، أو يندفع عنه الضرر حتى يشفعه فيه، فسمي ذلك شفعة، وسمي الآخذ شفيعا، والمأخوذ منه مشفوعا عليه"³.

الحكمة من مشروعيتها

لاشك أن الشفعة شرعت لمصلحة، ولم تشرع عبثا، وقد اتفق العلماء على أن الشفعة شرعت لإزالة الضرر عن الشركاء⁴، والأصل فيها قوله ﷺ "قضى رسول الله ﷺ بالشفعة في كل ما لم يقسم، فإذا وقعت الحدود وصرفت الطلاق فلا شفعة"⁵.

¹ حاشية بناني على الزرقاني 5/169.

² شرح حدود ابن عرفة ص 464.

³ مواهب الجليل : 6/310.

⁴ أحكام الشفعة في الفقه الإسلامي والتقنين المغربي محمد ابن معجوز الطبعة الثانية 1993 مطبعة النجاح الجديدة الدار البيضاء.

⁵ أخرجه ابن ماجة كتاب الشفعة باب إذا وقعت الحدود فلا شفعة وصححه الشيخ الألباني في تعليقه على سنن ابن ماجة.

تقادم الشفعة:

اختلف الفقهاء في الشفيع الذي يبلغه بيع شريكه ما يخصه من المبيع هل يجب عليه أن يطالب بشفعته فور علمه، وإلا سقط حقه في ذلك، أم أنه يحق له الاعتراض حتى بعد زمن متقادم ولا يسقط حقه فيها؟.

وقد ورد عن مالك رحمه الله روايتان في الوقت الذي ينقطع فيه حق الشفعة عن الشفيع الحاضر العالم ببيع شريكه.

الأولى: أنه لا حد لذلك¹.

والرواية الأخرى أن له حدا.

ووجه الرواية الأولى: قوله عليه السلام " إنما الشفعة فيما لا يقسم"².

وهو حديث عام في كل الأوقات والأحوال، ومن جهة المعنى أن هذا حق متعلق بالمال وكان المشتري عالما به وقادرا على إزالته عن نفسه بتوقيفه، فإذا لم ينقطع حق المشتري من التوقيف بمضي المدة لم ينقطع حق الشفيع بمضي المدة كذلك، كما أن للمشتري قيمة ما أحدثه من عمارة.

¹ أي متى أراد أن يطالب بحق الشفعة فله ذلك.

² متفق عليه أخرجه البخاري في كتاب البيوع، باب بيع الشريك من شريكه، ومسلم في كتاب المساقاة باب الشفعة.

ووجه الرواية الثانية: أن في ترك الشفيع على شفيعته إضراراً بالمشتري ومنعها له من التصرف في ملكه بالعمارة والإنفاق له، فكان له حد ينتهي إليه، يأمن المبتاع عند انقضائه الشفعة¹.

والعمدة عند فقهاءنا على الرواية الثانية، أن تكون مدة الشفعة سنة² فقد جعلت قدراً لقطع الأعدار في الغيبة وغيرها، فكذلك في التمكن من القيام بالشفعة.

وروي عن أصبغ: (هو على شفيعته السنتين ونحوه)³.

وروي ابن حبيب عن مطرف وابن الماجشون عن مالك: (لا يقطع الشفعة مضي السنة إلا أن يوقف) وقال: (لا أرى الخمس سنين طولاً).

وروي ابن القاسم عن مالك (السنة والسنتان قريب)⁴

قال التسولي: (ومذهب الرسالة أنها تنقطع بمجرد مضي العام، وهو الذي رواه أشهب عن مالك وبالغ عليه حتى قال: إذا غربت الشمس من آخر أيام السنة فلا شفعة. قال أبو الحسن، حسبما في الدر الثير: وعليه العمل عند القضاة ونحوه في وثائق الفشتالي ومجلس المكاسي والمعيار وغيرهم)⁵.

¹ المنتقى شرح موطأ مالك القاضي أبو الوليد سليمان بن خلف الباجي 209/6 المكتبة التوفيقية الطبعة الأولى 2012.

² أي السنة.

³ المصدر نفسه بنفس الجزء والصفحة.

⁴ المصدر نفسه.

⁵ البهجة في شرح التحفة: 2/187

الرأي المختار:

الذي أراه راجحا والله أعلم أن مدة الشفعة تكون سنة لسببين:

الأول: أنه قول جمهور علماء المالكية

الثاني: أن السنة قد جعلت قدرا لقطع الأعدار في الغيبة وغيرها فكذلك في التمكن من

القيام بالشفعة.

فإن كان غائبا عن البلد وقت البيع أو بعد البيع وقبل علمه به فهو باق على شفحته ما لم

يمض عام من وقت علمه بعد حضوره¹.

المطلب الثاني: تقادم خيار العيب في البيع.

ذهب فقهاء المذهب إلى وجوب رد المبيع المعيب على الفور وللمشتري رد هذا المبيع إذا

مكث عنده اليوم ونحوه إذا حلف بأن تأخيره هذه المدة لم يكن رضا به.

قال عليش (وإن اطع المشتري على عيب قديم في المبيع بعد شرائه، وسكت مدة ثم أراد

رده على بائعه به فلم يقبله وادعى أن سكوته رضا بعيه، وأنكر المشتري كونه رضا به (حلف)

المشتري أن سكوته ليس رضا (إن سكت) المشتري بعد علمه عيب المبيع عند رده بلا عذر

مانع له من رده (في اليوم) ونحوه، فإن حلف فله الرد وإن نكل فلا.

في المدونة: وكذلك لو مضى بعد علمه وقت يرد في مثله ولكن لا يعد راضيا لقربه كيوم

ونحوه. ويحلف بالله إن لم يكن منه رضا ولا كان إلا على القيام ومفهوم (في اليوم) أنه لو

سكت زمنا يدل على رضاه فلم يرد، ومفهوم (بلا عذر) أنه إن سكت لعذر فله الرد مطلقا وهو

كذلك فيهما².

¹ ينظر حاشية العدوي على كفاية الطالب الرباني لرسالة ابن أبي زيد القيرواني بتصرف 2/329 وأحكام

الشفعة في الفقه الإسلامي والتقنين المغربي للدكتور محمد ابن معجوز ص 245.

² منح الجليل: 171/5.

المطلب الثالث: تقادم اللقطة.

قال ابن الحاجب: اللقطة كل مال معصوم معرض للضياع في عامر أو غامر¹.

وعرفها ابن عرفة بقوله: مال وجد بغير حرز محترما ليس حيوانا ناطقا ولا نعما.

فقوله: (وجد بغير حرز) أخرج به ما وجد في حرز فإنه ليس بلقطة.

وقوله: (محترما) أخرج به مال الحربي.

وقوله (ليس حيوانا ناطقا) أخرج به الحيوان الناطق فإنه لا يسمى لقطة.

وقوله (ولا نعما) النعم يطلق على الإبل والبقر والغنم فأخرج بذلك ما ذكر فإنه يسمى ضالة

لا لقطة، ويدخل في اللقطة الذهب والفضة والعروض وغير ذلك مما وجد في غير حرز ويدخل البغال والحمير)².

والأصل في اللقطة قول النبي عليه السلام لمن سأله عنها: " اعرف عفاصها³ ووكاءها⁴ ثم

عرفها سنة فإن جاء صاحبها وإلا فشأنك بها"⁵.

أحكام اللقطة في الفقه المالكي:

اختلف فقهاء المالكية في تحديد المدة التي ينقطع بعدها التعريف باللقطة وحاصل الكلام

في هذا المقام أنهم قدروا التعريف للمال الكثير بسنة، وبعض فقهاء المذهب السنة أيضا حدا

¹ الجامع بين الأمهات: أبو عمرو عثمان بن عمر المعروف بابن الحاجب ص 674 مركز نجيبويه للمخطوطات بدون ذكر سنة الطبع.

² شرح حدود ابن عرفة ص 564.

³ العفاص: هو الوعاء الذي تكون فيه النفقة من جلد ونحوه.

⁴ الوكاء: هو الخيط الذي يشد به العفاص (النهاية في غريب الحديث: 3/263).

⁵ أخرجه البخاري في اللقطة، باب: ضالة الإبل.

للحال دون الكثير وفوق التافه كالدرهيمات والدلو وما شابه ذلك ولكن ما عليه أغلب علماء المذهب هو التعريف به أياما فقط¹.

فقد سئل النبي عليه السلام عن لقطة الذهب والورق²؟ فقال: "اعرف وكاءها وعفاصها ثم عرفها سنة، فإن لم تعرف فاستنفقها³ ولتكن وديعة عندك، فإن جاء طالبها يوما من الدهر فأدها إليه"⁴.

وسئل عن ضالة الإبل؟ فقال: ما لك ولها دعها فإن معها حذاءها⁵ وسقاءها، ترد الماء وتأكل الشجر حتى يجدها ربها، وسئل عن الشاة؟ فقال: خذها فإنما هي لك أو لأخيك أو للذئب"⁶.

والتأمل في نص الحديثين يدرك أن النبي عليه السلام قدر التعريف بسنة من غير فصل بين القليل والكثير.

وصح عن النبي عليه السلام أنه قال لأبي بن كعب: "عرفها فإن جاء أحد يخبرك بعدتها ووعائها ووكائها فأعطها إياه، وإلا فاستمتع بها"⁷.

¹ ينظر مواهب الجليل: 6/73.

² الورق: الفضة.

³ استنفقها: اجعلها في نفقتك.

⁴ أخرجه مسلم في كتاب اللقطة باب حدثنا يحيى بن يحيى التميمي.

⁵ الحذاء: أراد أن تقوى على المشي.

⁶ أخرجه مسلم في كتاب اللقطة باب حدثنا يحيى بن يحيى التميمي.

⁷ متفق عليه: أخرجه البخاري كتاب اللقطة، باب إذا أخبره رب اللقطة بالعلامة دفع إليه، ومسلم كتاب اللقطة.

وفي الصحيحين أن النبي ﷺ " مر بتمر في الطريق فقال: (لولا أني أخاف أن تكون من الصدقة لأكلتها)¹.

وقال جابر بن عبدالله رضي الله عنه: " رخص رسول الله ﷺ في العصا والسوط والحبل وأشباهه يلتقطه الرجل ينتفع به "².

فهذه جملة من الأحاديث والأخبار بعضها مقدره بسنة، وبعضها بساعة، وبعضها مطلقة عن التقدير، مما دفع علماء المذهب للاجتهاد في الجمع بينها على نحو ما ذكرت والله المستعان.

المطلب الرابع: تقادم الضرر.

اختلف فقهاء المذهب في حيازة الضرر فذهب طائفة منهم "إلى أن الضرر يحاز بما تحاز به الأملاك، فإذا ادعى شخص ضررا وطلب رفعه، وتوفرت في نازلته شروط الحيازة الصحيحة، وهي أن يكون حاضرا بالبلد وعالما بالضرر، وسكت بلا عذر أو مانع يمنع من المطالبة برفعه، حتى مضت المدة المعتبرة شرعا وهي: عشرة أعوام، فإنه بتوفر هذه الشروط وانتفاء الموانع³ لا تسمع دعواه. وقيل بخصوص المدة أنه إذا زاد أياما قليلة كالعشرة أيام على العشرة أعوام لا يسقط حقه. وقال أصبغ: لا يسقط حقه إلا بالعشرين سنة ونحوها.

والعشرة أعوام السالفة الذكر قاطعة لحق المتضرر سواء كان الحائز المتسبب في الضرر قريبا له أو أجنبيا عنه.

¹ أخرجه البخاري كتاب اللقطة، باب إذا وجد تمر في الطريق، ومسلم كتاب الزكاة، باب تحريم الزكاة على رسول الله ﷺ وآله.

² أخرجه أبو داود كتاب اللقطة، باب التعريف باللقطة.

³ كما لو كان غائبا عن البلد، أو لم تمر مدة عشرة أعوام أو كان صغيرا أو مجورا أو غير عالم أو خشبي من سطوة المتسبب في الضرر

وقيل إن الضرر المتزايد لا يحاز بال عشرة أعوام ولا بغيرها لأن الدباغ والكنيف مثلا، يحدثان بطول الزمان وهنا على وهن، فلهتضرر الحق في المطالبة بما زاد عليه من الضرر ولو طال.

وخالف ابن حبيب بقوله: لا يحاز الضرر كان مما يتزايد أم لا.

ومن تضرر من بناء (كدار أو نحوها) وسكت ولم يناع أثناء الشروع فيه حتى تم، وفتح الباب أو الكوة مثلا، ثم قام يطالب برفع ذلك الضرر الذي لحقه قبل مضي مدة الحيابة التي سبق تفصيلها، فإنه يستجاب لطلبه بعد أن يحلف على أن سكوته لم يكن رضا منه ولا تنازلا عن حقه. فإن باع داره بعد الفراغ من العمل الذي تضرر منه، ولم يطالب بإزالة الضرر فلا قيام للمشتري لأنه يقوم مقامه، ولأنه اشترى على تلك الحالة، إلا أنه إذا لم يعلم بالضرر فله رده لأنه عيب لم يطلع عليه.

ومع ذلك إذا نازع حين رأى الباني يبني وأراد منعه من البناء، فإن الباني لا يمنع من بنائه وإتمام عمله حتى يثبت الضرر، إذ لا يحكم على أحد بالمنع من التصرف في ملكه لأن الدعوى تحتمل الجدية وقد لا تحتملها. فإن أثبت المتضرر الضرر يعذر فيه للباني، حتى إذا لم يجد ما يواجه به البيئة، فإن البناء يهدم حينئذ ولو كان قد تم¹.

وحكى الإمام النوازي عن بعض الفقهاء أنه "سئل عن زنقة ضيقة فيها ثلاث دور حوز دارين منها قام بينهما وبين الدار الباقية ثلاثة أدرع، فغشيتها المارة وضاق المكان فتضرر صاحب المكان بكثرة المارة والدخول والخروج.

¹ الحيابة والاستحقاق ص 231 فما بعدها بتصرف.

فأجاب : " لرب الدار القيام ومنع صاحبي الفندق من الضرر به، إذا لم يمض من الأمد ما يكون فيه حيازة للضرر عليه فيحلف على ذلك ويحكم له به، فإذا مضى ذلك وهو ساكت لا يغير فلا قيام له بعد"¹.

المطلب الخامس: تقادم نفقة الزوجة والأقارب.

الفرع الأول: تقادم نفقة الزوجة.

ذهب المالكية إلى أن نفقة الزوجة لا تسقط بالتقادم، حيث تبقى دينا في ذمة الزوج مثل سائر الديون الأخرى، ومن أدلتهم ما ثبت عن عمر رضي الله عنه أنه كتب إلى أمراء الأجناد: (أن انظروا من طالت غيبته، أن يبعثوا نفقة أو يرجعوا أو يفارقوا، فإن فارق عليه نفقة ما فارق من يوم غاب)².

وهذا الأثر ثابت عند أهل العلم بالحديث صحيح الإسناد أخرجه الإمام عبدالرزاق في مصنفه³ والشافعي في مسنده وابن حزم في المحلى وقواه الحافظ ابن حجر العسقلاني في التلخيص الحبير.

ويقوي قول المالكية ما ذكره كبير فقهاء الحنابلة ابن قدامة المقدسي عن ابن المنذر(هذه نفقة وجبت بالكتاب والسنة والإجماع، لا يزول ما وجب بهذه الحجج إلا بمثلها ولأنها عوض واجب فأشبهت الأجرة)⁴.

¹ ينظر المعيار: الجزء 8 ص 446 .

² مسند الشافعي 1/267 وأخرجه ابن حزم في المحلى 11/322 وأورده الحافظ ابن حجر في تلخيص الحبير 4/10 .

³ المصنف: 7/93 .

⁴ المغني: ابن قدامة المقدسي: ج 8 ص 166 .

الفرع الثاني: تقادم نفقة الأقارب.

ذهب علماء المذهب إلى أن نفقة الأقارب لا تسقط بالتقادم¹ واستثنوا من سقوط نفقة الأقارب بالتقادم فرض القاضي وكذلك أخذها من غير متبرع بعد فرضها.

قال الشيخ عليش في شرحه على خليل: (وتسقط نفقة القرابة (عن) الشخص (الموسر بمضي الزمن) فإذا تحيل الوالد أو الولد المعسر في نفقته، وأخذها من غير من وجبت عليه، وأراد الرجوع بها على من وجبت عليه فلا يقضى له به، لأنها لسد الخلة وقد حصل (إلا لقضية) أي لفرضها من حاكم فلا تسقط عن الموسر بمضي الزمن (أو) أي وإلا أن ينفق على الوالد أو الولد شخص (غير متبرع) بعد فرضها فله الرجوع عليه)².

المطلب السادس: تقادم الدين.

وردت النصوص الأساسية في الحياة وتقادم الديون في المذهب المالكي، وتحديدًا في المدونة الكبرى والتي تعتبر الأساس في فقه المالكية، وكذلك عند الإمام الحطاب الذي أطال في كلامه عن هذه المسألة بدقة وسأجتزئ منه هذه النصوص إن شاء الله:

قال الإمام رحمه الله (.. وفي مختصر الواضحة في آخر باب الحياة قال عبد الملك: وقال لي مطرف وأصبغ إذا ادعى رجل على رجل حقا قديما وقام عليه بذكر حقه وذلك القيام بعد العشرين سنة ونحوها أخذه به، وعلى الآخر البراءة منه، وفي مفيد الحكام أن ذكر الحق المشهود فيه لا يبطل إلا بطول الزمان كالثلاثين سنة والأربعين، وكذلك الدين وإن كانت معروفة في الأصل إذا طال زمانها هكذا ومن هي له وعليه حضور فلا يقوم عليه بدينه إلا بعد هذا بطول الزمان فيقول: قد قضيتك وباد شهودي بذلك فلا شيء على المديان غير اليمين.

¹ منح الجليل: ج 4 ص 416 و 417.

² المصدر نفسه بنفس الجزء والصفحة.

قال : وكذلك الوصي يقوم عليه اليتيم بعد طول الزمان وينكر قبض ماله من الوصي فإن كانت مدة يهلك في مثلها شهود الوصي فلا شيء عليه، وإلا فعليه البينة بالدفع¹.

القواعد العامة في سقوط الدين بالتقادم:

بعد الرجوع إلى النصوص الفقهية الطويلة في سقوط الدين بتقادم الزمان واستقراء العلماء لها وأجوبتهم عليها والأسباب والعلل التي بنوا عليها أحكامهم يمكن استنتاج القواعد العامة التي يبني عليها هذا الموضوع وهي كالتالي:

- الإمام مالك يلزم المدين بحلف اليمين على الوفاء.

- لا حيازة في الديون.

- التفرقة بين الديون الثابتة بالعقود، والديون الثابتة بغير وثائق.

- قياس وثيقة الدين على المال المرهون.

جاء في المدونة: (قال مالك إن كان الذي ادعى من ذلك أمراً حديثاً من الزمان والسنين، لم يتناول ذلك، لم ينفعه قوله قد قضيت إلا ببينة قاطعة على القضاء.

وإن كان قد تناول زمان ذلك، أحلف المقر وكان القول قوله)².

ويفهم من كلام الإمام رحمه الله أن من أقر بدين عليه لرجل مات، وترك أولادا في الوقت نفسه، قضاء هذا الدين لنفسه دائنه قبل وفاته، يجب أن يحلف اليمين على أنه سدد هذا الدين، وبغير الحلف لا تبرأ ذمته من الدين)³.

¹ مواهب الجليل: ج 17 ص 141 وما بعدها .

² المدونة الكبرى: ج 5 ص 207 وما بعدها .

³ ينظر الحيازة والتقادم في الفقه الإسلامي: ص: 363 بتصرف .

والشيخ خليل رحمه الله الذي لخص الفقه المالكي لم يتعرض لتقادم الدين عند حديثه عن الحيازة، لكن شراحه هم الذين حققوا هذا الموضوع تحقيقاً علمياً مستندين إلى قواعد عامة ومنهم الإمام الخطاب رحمه الله تعالى فقد استقرأ أقوال الفقهاء في ذلك وحاول التوفيق بين حديثين ظاهرهما التعارض وهما قوله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ " من حاز شيئاً عشر سنين فهو له " وقوله عليه السلام " لا يبطل حق امرئ مسلم وإن قدم " ¹.

والناظر في النصوص الفقهية المختلفة عند الإمام الخطاب ² التي تتكلم عن حيازة الدين وتقادمه يلح صورة دقيقة لهذه الآراء:

– نقله لقول ولد ابن فرحون: (الساكت عن طلب الدين ثلاثين سنة لا قول له، ويصدق الغريم في دعوى الدفع ولا يكلف الغريم ببينة) ³.

لإمكان نسيانهم للشهادة أو موتهم، فمضي هذه المدة الطويلة ⁴ دون أن يطالب الدائن مدينه بالدين، بلا عذر أو مانع، يسقط عن المدين تكليفه بإثبات وفائه بالدين.

– ذكره عقب هذا القول مباشرة كلام محمد بن ياسين في مدعي دين سلف بعد عشرين سنة أن المدعى عليه مصدق في القضاء إذ الغالب أن لا يؤخر السلف مثل هذه المدة كالبیوعات. ⁵

– وتحديده مدة عشرين سنة إنما هو بالعرف الجاري بين الناس في ذلك الزمان من عدم ترك الديون في مثل هذه المدة الطويلة جداً دون المطالبة بها.

¹ تقدم تخريجهما ص 87 و ص 50.

² ذكر ذلك تحت عنوان: في المدة التي يسقط بها طلب الدين. ج 17 ص 394 .

³ مواهب الجليل : ج 17 ص 394 .

⁴ مرور ثلاثين سنة .

⁵ مواهب الجليل : ج 17 ص 394 .

ثم رجوعه إلى تبصرة الحكام لابن فرحون¹ ونقله رواية فقهية عن عبد الملك عن مطرف وأصبح مضمونها: (إذا ادعى رجل على رجل حقا قديما وقام عليه بذكر حقه وذلك القيام بعد العشرين سنة ونحوها أخذه به وعلى الآخر البراءة منه)².

ثم نقله عن مفيد الحكام: (أن ذكر الحق المشهود فيه لا يبطل إلا بطول الزمان كالثلاثين سنة والأربعين، وكذلك الدين وإن كانت معروفة في الأصل إذا طال زمانها هكذا ومن هي له، وعليه حضور فلا يقوم عليه بدينه إلا بعد هذا بطول الزمان فيقول قد قضيتك وباد شهودي بذلك فلا شيء على المديان غير اليمين)³.

وهذا الحكم نفسه عداه إلى الوصي الذي يقوم عليه اليتيم فقال: (وكذلك الوصي يقوم عليه اليتيم بعد طول الزمان وينكر قبض ماله من الوصي فإن كانت مدة يهلك في مثلها شهود الوصي فلا شيء عليه، وإلا فعليه البينة بالدفع)⁴.

ثم نقله كلاما نفيسا للبرزلي عن الإمام المازري⁵: مفاده اختلاف فقهاء المذهب في حد السكوت القاطع لطلب الديون الثابتة بالوثائق والأحكام، والخلاف بين عشرين سنة وهو قول مطرف أو ثلاثين سنة وهو قول مالك)⁶.

ثم عقب على ذلك بقوله: (واتفقا جميعا على أن ذلك دلالة قاطعة لطلب الطالب)⁷.

¹ في الباب الثاني والستين في القضاء في شهادة الوثيقة والرهن على استيفاء الحق.

² مواهب الجليل: ج 17 ص 394.

³ المصدر نفسه.

⁴ المصدر نفسه.

⁵ هذا النقل نقله الخطاب بطريق الشك فقال: وأظنه للمازري فهو غير متأكد من الفقيه الذي ينقل عنه.

⁶ المصدر نفسه.

⁷ المصدر نفسه.

ومعنى كلامه أن هذه السنين التي روعيت بالعرف تقطع المحجة وتسقط حق الدائن في المطالبة بدينه.

ثم حاول التوفيق بين الحديثين المتعارضين : اللذين سقتهما قبل أعني حديث الحيازة، وحديث عدم سقوط حق المسلم بالتقادم، فقال: (وقوله عليه السلام: "لا يبطل حق امرئ وإن قدم" معلى بوجود الأسباب المانعة من الطلب بالغيبة البعيدة وعدم القدرة على الطلب مع الحضور، حتى إذا ارتفعت هذه الأسباب من الطلب كان طول المدة مع السكوت والحضور دلالة يقوى بها سبب المطلوب بدليل قوله ﷺ: "من حاز شيئاً على خصمه عشر سنين فهو أحق به")¹.

ثم ذكر قول ابن رشد رحمه الله الذي قاس فيه وثيقة الدين على المال المرهون إذا وجد بيد الراهن هل هو إبراء له، لجواز وقوعه وسقوطه، أو التستر عليه؟ ونحو ذلك وعلى ذلك فإذا كان المال المرهون بيد المدين الراهن ففي الأمر قولان:

أولهما: براءة ذمة المدين الراهن من دينه لدائته المرتهن، لأن وجود المال المرهون كان قد سلمه لدائته المرتهن، ضماناً لحقه، ما يعني أنه قام بسداد دينه له، وفي مقابل ذلك قام هذا الدائن بتسليم المال المرهون لصاحبه، أي المدين الراهن.

_ القول الثاني: أن وجود المال المرهون بيد صاحبه المدين الراهن لا يعتبر قرينة قاطعة على سداد هذا المدين لدين الدائن المرتهن، إذ من المحتمل أن يكون الشيء المرهون قد ضاع من الدائن، ووجده المدين فاستولى عليه، أو أنه قد سرقه منه مثلاً، ولذلك لا تبرأ ذمة المدين الراهن، بمجرد وجود ماله المرهون (بيده)، بل لابد من إثبات وفائه للدين المضمون بالرهن².

¹ المصدر نفسه.

² المصدر نفسه والجزء والصفحة وينظر الحيازة والتقادم في الفقه الإسلامي ص: 368 بتصرف.

ويفهم من الروايات التي نقلها الحطاب عن ابن القاسم وابن رشد وغيرهما من فقهاء المذهب المالكي، أن وجود وثيقة الدين بيد الدائن تعتبر دليلاً على أنه لم يستوف حقه المثبت في الوثيقة مهما طال الزمان، وعمدة أصحاب هذا الرأي على حديث " لا يبطل حق امرئ مسلم وإن قدم"¹.

القول المختار:

بعدما سقت هذه النقول الفقهية عن فقهاء المذهب يظهر لي جلياً أن القول المختار والرأي الراجح عند فقهاء المالكية هو أن:

- وجود وثيقة الدين عند الدائن دليل على عدم استيفائه لدينه من المدين.

- كما أن ابن فرحون يرى أنه في حالة وجود وثيقة الدين بيد المدين وادعائه سداد الدين لدائنه، وأن هذا قد سلمه الوثيقة، ولكن الدائن أنكر السداد وادعى سقوط الوثيقة منه، ففي هذه الحالة تعاد الوثيقة إلى الدائن، مع الحلف باليمين على أنه ما اقتضى دينه².

وهذا الرأي هو الراجح في الفقه والقضاء عند فقهاءنا المالكية كما نص عليه الحطاب³ أعني: وجود وثيقة الدين بيد الدائن دليل على عدم استيفائه الدين من المدين ويصدق العرف الجاري بين الناس اليوم والعلم عند الله تعالى.

¹ ينظر الحيازة والتقادم في الفقه الإسلامي: ص 386 بتصرف.

² المرجع نفسه ص : 368 بتصرف.

³ مواهب الجليل : ج 17 ص : 397 .

الفصل الثاني:

أثر التقادم في اكتساب الحقوق

وإسقاطها

المبحث الأول: أثر التقادم في اكتساب الحقوق وإسقاطها في الفقه المالكي.

اتفق فقهاء المذهب على أن الحيازة المتوفرة على شروطها، والتي تطرقنا إليها آنفاً تكون صحيحة وتفيد صاحبها في مدعي الملكية، فإذا حاز شخص عقاراً أو منقولاً وظل ينسبه إلى نفسه والناس ينسبونه إليه، وتصرف فيه تصرف المالك في ملكه مع حضور الحوز عليه¹ وعلمه بالحيازة² وسكوته من غير مانع أو عذر شرعي حتى مضت المدة المعتبرة في الحيازة³، فإن حقه يسقط ولا تسمع دعواه ولا بينته، ويعتبر الحائز مالكا لذلك العقار أو المنقول وهذا ما جاء صريحاً في المدونة الكبرى عن إمامنا مالك رضي الله عنه إذ يقول: (إذا كان حاضراً يراه يبني ويهدم ويكري فلا حجة له)⁴.

قال الشيخ خليل رحمه الله ملخصاً كلام مالك: (وإن حاز أجنبي غير شريك وتصرف ثم ادعى حاضر ساكت بلا مانع عشر سنين لم تسمع ولا بينته)⁵.

قال الدردير في شرحه لكلام خليل: (لم تسمع دعواه ولا بينته) التي أقامها على صحة دعواه، وإنما تسمع مع الشروط المذكورة لأن العرف يكذبه، لأن سكوته تلك المدة دليل على صدق الحائز لجري العادة أن الإنسان لا يسكت على ملكه تلك المدة، ولقوله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ " من حاز شيئاً عشر سنين فهو له " وفي المدونة: الحيازة كالبينة القاطعة⁶.

¹ أي في بلد الحوز.

² أي: بملكه لذلك المنقول أو العقار.

³ بحسب ما إذا كان الشيء الحاز عقاراً أو منقولاً، وبحسب نوع العلاقة التي تربطه بالحائز.

⁴ تقدمت الإحالة عليه مراراً.

⁵ تقدم تخریج هذا الكلام مراراً.

⁶ الشرح الكبير: ج 4 ص 234 .

وهذا يعني أن للحيازة أثرين: أحدهما: أنها مكسبة لحق الحائز، وثانيهما: أنها مسقطه لدعوى الغير في ملكية الشيء المحاز.

ويترتب على هذه الحيازة الشرعية عدة أشياء اتفق فقهاء المذهب على بعضها واختلفوا في بعضها الآخر، وهي القضاء للحائز بما في يده، وانقطاع حجة القائم، وإعفاء الحائز من اليمين¹.

- القضاء للحائز بما في يده:

اتفق فقهاء المالكية على وجوب القضاء للحائز بما في يده إذا لم يكن لخصمه القائم عليه بينة تشهد له بملك ما يدعيه، والأصل في هذا ما صح عن ابن عباس: " أن رسول الله ﷺ قضى أن اليمين على المدعى عليه"²، وما رواه مسلم وغيره من حديث وائل بن حجر أنه قال: " جاء رجل من حضرموت ورجل من كندة إلى النبي ﷺ فقال الحضرمي يا رسول الله إن هذا قد غلبني على أرض لي كانت لأبي فقال الكندي هي أرضي في يدي أزرعها ليس له فيها حق فقال رسول الله ﷺ للحضرمي ألك بينة قال لا قال فلك يمينه قال يا رسول الله إن الرجل فاجر لا يبالي على ما حلف عليه وليس يتورع من شيء فقال ليس لك منه إلا ذلك، فانطلق ليحلف فقال رسول الله ﷺ ما أدبر:" أما لئن حلف على ماله ليأكله ظلما ليلقين الله وهو عنه معرض³.

¹ ينظر العذب الزلال ص 64.

² أخرجه الترمذي في كتاب الأحكام باب ما جاء في أن البينة على المدعي واليمين على المدعى عليه وقال: هذا حديث حسن صحيح والعمل على هذا عند أهل العلم من أصحاب النبي ﷺ وغيرهم أن البينة على المدعي واليمين على المدعى عليه.

³ أخرجه مسلم في كتاب الإيمان باب وعيد من اقتطع حق مسلم بيمين فاجرة بالنار، والترمذي في كتاب الأحكام باب ما جاء في أن البينة على المدعي واليمين على المدعى عليه.

وإذا كان للقائم حجة تشهد له، فذهب المالكية القضاء للحائز بما في يده وبطلان بينة القائم، لمعارضتها بالحيازة القاطعة ودليلهم في ذلك حديث الحيازة وقد خرجناه آنفاً، وهو صحيح مقطوع به عندهم¹، كما أن العرف والعادة يشهدان بأن الإنسان لا يسكت عن ملكه وهو يراه في يد غيره يتصرف فيه تصرف المالك في ملكه تلك المدة الطويلة وينسبه لنفسه².

- تحليف الحائز أو إعضاؤه من اليمين:

بعد اتفاق علماء المذهب على الحكم بالحيازة للحائز وانقطاع حجة القائم على ما ذكرنا قبل، اختلفوا في تحليفه أو عدم تحليفه إذا أقام خصمه بينة تشهد له بالملك، على قولين للفقهاء، ومنشأ الخلاف بينهم:

هو اختلافهم في الشاهد العرفي هل ينزل منزلة الشاهد الواحد، أو ينزل منزلة الشاهدين³؟، فمن رأى أنه ينزل منزلة الشاهد الواحد قال: لا بد من يمينه، لأن الشاهد الواحد لا يقضى له إلا مع اليمين⁴، ومن رأى أنه ينزل منزلة الشاهدين قال: لا يمين عليه، لأن الحيازة شاهد عرفي قوي يصدق الحائز في دعواه ملكية ما يحوزه⁵، ونشأ عن هذا اتجاهاً للفقهاء:

الأول: يرى أن الحيازة المتوفرة على شروطها تعتبر سبباً من أسباب الملكية، بحيث يعتبر الحائز مالكا لذلك الشيء المحوز ملكية صحيحة.

الثاني: يرى أنها مجرد قرينة تدل على الملك؟

¹ لأنه مرسل وهو عندهم حجة ولتلقى علماء الملكية له بالعمل فجريان العمل يصحح المعنى كما مر والله تعالى أعلى وأعلم.

² ينظر العذب الزلال لسماحة شيخنا سيدي محمد التاويل - رحمه الله - ص 65 بتصرف كبير.

³ المعيار الجديد ج 9 ص 570 بتصرف.

⁴ وحجتهم في ذلك أن النبي - ﷺ - قضى باليمين مع الشاهد .

⁵ ينظر المعيار الجديد. ج 9 ص 571 بتصرف.

ولكل أدلته.

المطلب الأول: القائلون بأن الحيازة سبب من أسباب الملك.

ذهب بعض الفقهاء إلى أن المحوز إذا كان في يد الحائز فإنه ينقل إليه ملكية الشيء المحوز، ووجههم في ذلك حديث الحيازة المذكور آنفا وهو قوله - ﷺ - " من حاز شيئا عشر سنين فهو له " ¹.

وقد أشار إلى هذا الرأي الفقيه أبو بكر بن حسن القشناوي المالكي في كتابه: أسهل المدارك شرح إرشاد السالك في فقه إمام الأئمة مالك بقوله (... والأصل في ذلك قوله - ﷺ - " من حاز شيئا عشر سنين فهو له " فالحيازة تنقل الملك، قاله بهرام ²، وتبعه جماعة) ³.

وقال أبو علي ابن رحال (الحيازة الشرعية الخالية من الموانع تفيد الملك) ⁴.

ووجههم في ذلك حديث " من حاز شيئا عشر سنين فهو أحق به " فإن اللام في قوله " فهو له " تفيد الملك وبه صرح ابن عاصم في التحفة بقوله:

والأجنبي إن يحز أصلا بحق ❁ عشر سنين فالتملك استحق

¹ سبق تخريجه.

² هو القاضي أبو البقاء بهرام بن عبد الله بن عبد العزيز حامل لواء مذهب المالكية في مصر من أشهر مؤلفاته: أسهل المدارك وثلاثة شروح على مختصر خليل، توفي رحمه الله تعالى سنة 805 ينظر شجرة النور الزكية ج 2 ص 317.

³ ينظر أسهل المدارك شرح إرشاد السالك في فقه إمام الأئمة مالك: 227/3.

⁴ ينظر حاشية ابن رحال ج 2 ص 277.

(والحديث الذي استدل به هنا جعل الحائز المتصرف في المال تصرف المالك في ملكه أولى به من غيره لأن هذا يدل على وجود مالك وحائز، والمالك أهمل ما يملك دون انتفاع به، وفي ذلك ضرره وللجمتمع الذي كان يستفيد من ذلك لو لم يهمله صاحبه.

والحائز وضع يده على المحوز وتصرف فيه هذه المدة المذكورة فنفذ وانتفع فيكون أحق به من المالك المهمل الذي تركه وسكت عن تصرفات الحائز فيه، وعلى هذا فإهماله للملكه بعلمه ورضاه مع سكوته يعتبر إقراراً منه بأن لا حق له فيه، وتكون الحيازة سبباً من أسباب الملكية للحائز، وتسقط بها ملكية الشيء المحوز عن المالك وتنقلها إلى الحائز¹.

المطلب الثاني: القائلون بأن الحيازة تدل على الملك.

يرى أصحاب هذا الرأي أن الحيازة قرينة على الملك ودالة عليه، وهي بمثابة الشاهد العرفي الذي يشهد للحائز بأن الشيء المحوز له، وهذا الأخير² لا ينقل الملك، إنما يثبت له بدعواه مع أداء اليمين ومال إلى هذا القول ابن شد والحطاب ومن وافقهما من الفقهاء قال الحطاب ناقلاً عن ابن رشد: (الحيازة لا تنقل الملك عن المحوز عنه إلى الحائز باتفاق ولكنها تدل على الملك، كإرخاء الستور ومعرفة العفاص والوكاء وما أشبه ذلك، فيكون القول معها قول الحائز مع يمينه لقول النبي ﷺ: " من حاز شيئاً عشر سنين فهو له ".

لأن المعنى عند أهل العلم في قوله ﷺ " هو له " أي الحكم يوجب بدعواه، فإذا حاز الرجل مال غيره في وجهه مدة تكون فيها الحيازة كاملة، وهي عشرة أعوام دون هدم لا بنيان أو مع الهدم والبنيان على ما ذكره من الخلاف في ذلك - وادعاه ملكاً لنفسه باتباع أو صدقة أو هبة - وجب أن يكون القول قوله في ذلك مع يمينه³.

¹ الحيازة والتقدم في الفقه الإسلامي: ص 542.

² أعني: الشاهد العرفي

³ ينظر شرح الحطاب على خليل: 221/6.

القول المختار:

الذي يطمئن إليه القلب، وتنشرح له النفس هو قول ابن رشد والخطاب ومن وافقهما من الفقهاء للأدلة الآتية من الكتاب والسنة والقواعد الأصولية:

أولاً: من الكتاب العزيز: قوله تعالى: ﴿يَتَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَن تَرَاضٍ مِّنْكُمْ﴾¹.

والحيازة وحدها ليست تجارة فلا تنقل الملك.

- ثانياً من السنة النبوية الشريفة:

وأما من السنة فالأحاديث في ذلك أشهر من أن تذكر فعلى سبيل المثال لا الحصر:

1- قول النبي - ﷺ - " إن دماءكم وأموالكم عليكم حرام "².

2- قول النبي عليه السلام " كل المسلم على المسلم حرام دمه، وماله، وعرضه "³.

3- قوله عليه السلام " لا يحل مال امرئ إلا بطيب نفس منه "⁴.

4- قوله عليه السلام " لا يبطل حق امرئ مسلم وإن قدم "⁵.

¹ سورة النساء الآية: 29.

² متفق عليه: أخرجه البخاري في كتاب الحج باب الخطبة أيام منى، ومسلم كتاب القسامة والمخاربات والقصاص والديات باب تغليظ تحريم الدماء والأعراض والأموال.

³ أخرجه أحمد في المكثرين من الصحابة مسند أبي هريرة ومسلم كتاب البر والصلة والآداب باب تحريم ظلم المسلم وخذله واحتقاره ودمه وعرضه وماله.

⁴ أخرجه أحمد مسند البصريين حديث عمّ طي حرة الوأشي قال الشيخ شعيب الأرناؤوط صحيح لغيره، والبيهقي في شعب الإيمان فصل في الترغيب في النكاح لما فيه من العون على حفظ الفرج .

5- قوله عليه السلام " ... وإنكم تختصمون إلي، ففعل بعضكم أن يكون ألحن بحجته من بعض. فأقضي له على نحو مما أسمع منه. فمن قضيت له بشيء من حق أخيه. فلا يأخذن منه شيئاً. فإنما أقطع له قطعة من النار" ¹.

6- حديث وائل بن حجر الذي ذكرته آنفاً، والحجة فيه من وجوه:

- (أنه - ﷺ - اكتفى في قضائه بينهما بإيجاب اليمين على الحائز حين قال للحضرمي ² " فلك يمينه " ولم يصرح بتمليك الأرض لحائزها.

- أنه - ﷺ - أردف ذلك الحكم بقوله " إنه لا يقطع عبد أو رجل بيمينه مالا إلا لقي الله يوم يلقاه وهو أجدم" ³، فدل ذلك على أن الحيازة لا تنقل الملكية إلى الحائز، وإلا لما توعدده على الحلف، ولم يسأله عن مدة الحيازة، فدل ذلك على التسوية بين الحيازة الطويلة والقصيرة.

- أن الحائز حين سمع الوعد على اقتطاع المال باليمين الكاذبة بادر إلى الاعتراف بالحق لصاحبه ⁴ فأقره الرسول ﷺ ولو كانت الحيازة تنقل الملكية إلى الحائز لبين له الرسول ﷺ أن الأرض صارت له بحيازتها وتملكه، فلا يجوز للهدعي أخذها منه بعد ذلك لأنها ملك للحائز، لا حق فيها للقائم) ⁵.

¹ أخرجه مالك في الأفضية باب التَّغْيِيبِ وَالْقَضَاءِ بِالْحَقِّ .

² نسبة إلى حضر موت.

³ أخرجه أحمد في مسند الأنصار حديث شَالَعَثِ بْنِ قَيْسِ بْنِ كِنْدِيٍّ .

⁴ أشير إلى قول الكندي "هِيَ رَحْمَةُهُ، وَرَأَى خُلْدِيَهُ" أخرجه أحمد في مسند الأنصار حديث شَالَعَثِ بْنِ قَيْسِ بْنِ كِنْدِيٍّ

⁵ ينظر العذب الزلال لشيخنا الفقيه سيدي محمد التاويل - رحمه الله - ص 69 - 70.

المبحث الثاني: التقادم وأثره في اكتساب الحقوق وإسقاطها في القانون

الوضعي

يرى رجال القانون أن الحيازة التي توفرت شروطها تعتبر سببا من أسباب كسب الملكية، عقارا¹ كان أو منقولا كما جاء مصرحا به في الفصل 456 من قانون الالتزامات والعقود (يفترض في الحائز بحسن نية شيئا منقولا أو مجموعة من المنقولات، أنه قد كسب هذا الشيء بطريق قانوني وعلى وجه صحيح، وعلى من يدعي العكس أن يقيم الدليل عليه).

وفي المادة : 108 "إذا حاز شخص أجنبي غير شريك عقارا أو حقا عينيا على عقار حيازة مستوفية لشروطها واستمرت حيازته دون تقطع عشر سنوات كاملة والقائم حاضر عالم ساكت بلا مانع ولا عذر فإنه يكتسب بحيازته هاته ملكية العقار أو الحق العيني"².

وهذا يدل على أن الحيازة لا تكون سببا في اكتساب الملكية إلا إذا توفر فيها عنصران وصفات معينة:

1- عنصر مادي: ويتجلى في السيطرة الفعلية ووضع اليد على الشيء المتصرف فيه، كزراعة الأرض أو غرسها، وهذا العنصر يتفق فيه القانونيون مع علماء الفقه المالكي إذ يقررون أن الشخص لا يقضى له بالحيازة إلا إذا تصرف في الشيء المحوز تصرف المالك في ملكه.

¹ جاء في ظهير 9 رمضان في الفصل 63 : "إن التقادم لا يكسب أي حق عيني على العقار المحفظ في مواجهة المالك المسجل اسمه، ولا يزيل أي حق من الحقوق العينية المسجلة برسم الملك " وهذا يعني أن العقار المحفظ والحقوق العينية المحفوظة لا يمكن أن تكتسب بالحيازة مهما طال أمدها" الحقوق العينية في الفقه الإسلامي والتقنين المغربي ص : 320 .

² حيازة العقار كدليل على الملك وسبب فيه في ضوء الفقه المالكي والقضاء المغربي، محمد القدوري، دار الأمان الرباط الطبعة الثانية : 1430 هـ / 2009 م، ص 222 .

2- عنصر معنوي: وهو نية الحائز في أن يحوز الشيء بصفته مالكا له، وهو مأخوذ من اشتراط الفقهاء أن ينسب ذلك الشيء لنفسه.

أما الصفات التي يلزم توفرها في الحيازة فهي: الهدوء¹، والعلانية²، والاستمرار³، وعدم الالتباس⁴ وهذه الصفات نجدتها في فقهاء المالكي.

"إذا فليس التقادم المكسب عند رجال القانون مجرد قرينة قانونية غير قابلة لإثبات العكس على أن الحائز هو المالك للعين التي حازها المدة اللازمة للتقادم، بل هو سبب مباشر لكسب الملكية.

فلو أن الحائز كان غير مالك للعين وحازها المدة المعتبرة في الحيازة، فإن ملكية العين تنتقل من الشخص الذي كان يملكها وقت بدء الحيازة إلى الحائز، ويصبح هذا الأخير هو المالك الحقيقي.

وهذا الحائز الأخير الذي يكسب الملكية بالتقادم يستطيع أن يتمسك بكسبها عن طريق الدفع أو عن طريق الدعوى، فإذا رفع المالك عليه دعوى الاستحقاق، دفع دعواه هذه بالتمسك بالتقادم، فيكون التمسك بكسب الملكية هنا بطريق الدفع، كذلك يستطيع أن يتمسك بكسب الملكية بطريق الدعوى، فلو أن العين بعد أن تملكها المكسب خرجت من حيازته،

¹ يقصد بالهدوء أن لا ينازعه شخص في حيازته، وهذا يوافق قول فقهاءنا من أنه يشترط أن يثبت الحائز أنه لم ينازع في حيازته (الحقوق العينية ص 320 بتصرف).

² ويقصد بها أن يتصرف الحائز تحت سمع الناس وبصرهم. وهو نفس ما يشترطه الفقهاء من أن الناس يعلمون تصرفه ويرونه هو المالك ليمارس سلطته على الشيء المحاز. (الحقوق العينية ص 320).

³ بمعنى أن يد الحائز تبقى على الشيء طيلة مدة الحيازة، بحيث لا يتخلى عنه اختياريا ولا ينزع منه أثناء المدة وإلا لم تنفعه الحيازة وهذا الشرط يوافق ما عندنا في فقهاء المالكي. ينظر الحقوق العينية ص 320 بتصرف.

⁴ بمعنى أن الحيازة التي تنفع صاحبها هي التي يضع الشخص بمقتضاها يده على الشيء ويتصرف فيه بصفته مالكا له المرجع نفسه ص 320.

فإنه يستطيع أن يرفع دعوى الاستحقاق على من آلت إليه الحيازة ويتمسك بالتقادم المكسب سببا لكسب الملكية، فيكون التمسك بكسب الملكية هنا بطريق الدعوى¹.

وإذا تم كسب الملكية بالتقادم عن طريق التمسك به، فإن الملكية تنتقل إلى الحائز لا من وقت التمسك بالتقادم أو من وقت اكتمال مدة التقادم فحسب، وإنما تنتقل إليه بأثر رجعي من وقت بدء الحيازة التي أدت إلى التقادم، فيعتبر الحائز مالكا للعين التي كسبها بالتقادم من وقت أن يضع يده عليها بنية تملكها، ويكون مالكا إياها طوال مدة التقادم².

¹ ينظر الحيازة والتقادم ص : 241 بتصرف .

² المرجع نفسه.

الفصل الثالث:

تطبيقات معاصرة للتقادم في القانون

المغربي.

تمهيد

قبل أن أتطرق إلى الحديث عن تقدم الكميالة يجدر بي أن أعرف الأوراق التجارية فأقول:

هي: صكوك¹، قابلة للتداول، تمثل حقا نقديا يستحق الدفع بمجرد الاطلاع²، أو بعد أجل قصير، أو طويل، وجرى العرف على قبولها كأداة وفاء.

أنواعها:

تنقسم الأوراق التجارية إلى أربعة: الشيك، والكميالة، والسند الإذني، والسند لحامله.

خصائص الأوراق التجارية:

من خصائصها: أنها قابلة للتداول بين الناس بطريق التظهير³، أو بطريق المناولة المباشرة، تمثل قدرا مستحقا من المال لأنها تتضمن دفع مبلغ معين من أصل معين، وفي وقت محدد لصالح مستفيد آخر، تمثل دينا مستحقا للدفع بمجرد الطلب أو بعد أجل، بحيث يستطيع حاملها أن يضعها في أحد البنوك بغرض تحصيلها لصالحه.

¹ محررات مكتوبة.

² بمجرد تقديمه .

³ يقصد بالتظهير: ذلك الإجراء القانوني الذي بمقتضاه يتنازل أو ينقل شخص يسمى المظهر الحق المتضمن للكميالة لفائدة شخص آخر يسمى المظهر إليه.

المبحث الأول: تقادم الكمبيالة.

تعد الكمبيالة أداة وفاء وصرف وائتمان ونقل للنقود، وجميع ما يقع عليها من أعمال يعد أعمالا تجارية أيا كان المتعاملون بها.

المطلب الأول: تعريف الكمبيالة.

لم يضع أساتذة القانون المغربي فيما علمت حدا للكمبيالة، إلا أنه استنادا لخصائصها يمكن أن أقول:

" هي ورقة تجارية تخضع للقانون المصرفي أو القانون الذي ينظم الأوراق التجارية، هذا الأخير يعتبر شكليا أعني بذلك: أنه يتضمن مجموعة من القواعد التي يجب مراعاتها تحت طائلة فقدان الورقة التجارية صفتها لتصبح مجرد ورقة عادية"¹.

ويمكن تعريفها أيضا بأنها: " ورقة تجارية محررة وفق شكلية حددها القانون، تتضمن أمرا من شخص يسمى الساحب، إلى شخص يسمى المسحوب عليه، بأن يدفع مبلغا معيناً من النقود بمجرد الاطلاع، أو تاريخ معين أو قابل للتعين إلى شخص ثالث يدعى المستفيد"².

ويتضح لي جليا أن أركان الكمبيالة أو الأطراف الرئيسية التي تكون الكمبيالة هي: الساحب والمسحوب عليه والمستفيد.

¹ عرض حول تقادم الأوراق التجارية من إعداد الطالبة حنان السويطة على الشبكة العنكبوتية:

http://droit-artic/es.blogspot.com/2010/02/blog-post_10.html

² عرض بعنوان: وسائل الأداء والائتمان للدكتورة حنان البكوري نقلته من الشبكة العنكبوتية:

https://anibrass.blogspot.com/2015/04/blog-post_72.html

المطلب الثاني: أحكام التقادم الصرفي في الكمبيالة.

تختلف القواعد الخاصة بالتقادم الصرفي عن التقادم المدني، والتقادم في الميدان التجاري، فالقانون الصرفي أخضع تقادم الكمبيالة لآجال متعددة تُتصف بالقصر حرصاً منه على تحرير المتعاملين بهذه الورقة من الانتظار الطويل الأمد، وبالتالي تبرئة ذمتهم، ويعكس هذا الاتجاه رغبة واضعي القانون في تشجيع التعامل بهذه الورقة وتحقيق الاستقرار في المعاملات.

وإذا كان التقادم العادي يهدف إلى استقرار المعاملات، فإن التقادم الصرفي يقوم على قرينة الوفاء التي يمكن تعويضها باليمين الموجه إلى المدين أو إلى ورثته، ويقوم الدائن بطلب هذا الإجراء من المحكمة.

وإذا كان انقضاء الدين بالتقادم لا يستفيد منه إلا المدين الذي دفع به كقاعدة عامة فإن آثاره قد تنسحب إلى ضامنه الاحتياطي أو القابل بالتدخل¹.

فلا يجوز للمحكمة أن تحكم بالتقادم الصرفي من تلقاء نفسها، بل لا بد أن يتمسك به المدين، ويكون التمسك به في أية حالة كانت عليها الدعوى ولو أمام محكمة الاستئناف.

وإذا كان التقادم الصرفي مبنياً على قرينة الوفاء فإنه يترتب على ذلك أنه لا يجوز للمدين التمسك بالتقادم إذا نفى هذه القرينة، ويكون بمثابة اعتراف على أنه لم يقدم الوفاء، كما أنه إذا بدأ بادعاء بطلان الكمبيالة أو إنكار وجود الدين الصرفي، فلا يجوز له إذا فشل في هذا الادعاء أن يلجأ إلى التمسك بالتقادم لأن إنكاره للدين أو ادعائه بطلانه يعتبر إقراراً ضمناً على أنه لم يقدم الوفاء للمدينين، والمدينون المزعمون يلزمون بأداء اليمين لإثبات براءة ذمتهم، ويلتزم ورثتهم أو خلفائهم في الحقوق بحق اليمين، وهذه الأخيرة (أي اليمين) لا يوجهها القاضي، بل يوجهها

¹ عبد الرحيم شميعة : دروس في القانون التجاري بتصرف طبعة 2006 ص 97.

الدائن المصرفي إلى المدين المتمسك بالتقادم فإذا حلفها¹ ورفض الدائن أن يحلف ترتب على التقادم أثره، أي: أنتج قرينة الوفاء، أما إذا رفض المدين أن يحلفها أوردتها على الدائن فحلفها، فذلك كفييل بأن ينفي قرينة الوفاء التي يركز عليها التقادم المصرفي فلا ينقضي الدين المصرفي بالتقادم².

المطلب الثالث: مدد التقادم المصرفي في الكمبيالة.

تختلف المدة الواجب انقضاؤها لأعمال التقادم المصرفي حسب وضعية المدين، هكذا تحدد المادة 228 ثلاث مدد التقادم.

الفقرة الأولى: الدعاوى ضد المحسوب عليه القابل

تنص الفقرة الأولى من المادة المشار إليها سابقا من مدونة التجارة على ما يلي:

" تتقادم جميع الدعاوى الناجمة عن الكمبيالة ضد القابل بمضي ثلاث سنوات من تاريخ الاستحقاق، فتقادم كل دعوى ضد المحسوب عليه القابل بمضي ثلاث سنوات بقطع النظر على من رفعها ضده سواء كان الحامل أو أي موقع آخر على الكمبيالة".

ويبدأ سريان مدة التقادم من تاريخ الاستحقاق والذي يختلف من كمبيالة إلى أخرى كملك المستحقة الأداء. عند الاطلاع يبدأ سريان التقادم فيها من يوم انتهاء المدة القانونية المحددة للتقديم، ذلك أن المدة السابقة للتقديم لا يمكن احتسابها ضمن آجال التقادم علما بأن التقادم هو جزاء بطلان الحامل المهمل.

¹ أي المدين

² علي البارودي: القانون التجاري الأوراق التجارية طبعة 1991 ص 215، وانظر غير مأمور تقادم الأوراق التجارية للطالبة حنان السويطة المنشور على الأنترنت.

فقرة ثانية: دعاوى الحامل ضد المظهرين والساحب

جاء في الفقرة الثانية من المادة 228 ما يلي: "تتقدم دعاوى الحامل ضد المظهرين والساحب بمضي سنة واحدة من تاريخ الاحتجاج المحرر ضمن الأجل القانوني (أي ابتداء من التاريخ المفروض أن يقدم فيه الاحتجاج)، فإذا حصل تراخي في تقديم الاحتجاج فإن سريان التقدم يتم من اليوم الذي كان يجب أن يقدم فيه الاحتجاج، أو من تاريخ الاستحقاق في حالة اشتراط كان يجب أن يقدم فيه الاحتجاج، أو من تاريخ الاستحقاق في حالة اشتراط الرجوع بدون مصاريف، والمكلف للنظر أن المشرع قصر من مدة التقدم في هذه الحالات مقارنة مع 3 سنوات بالنسبة للدعاوى ضد القابل ذلك راجع إلى أن القابل يعتبر مدينا أصليا، بينما هؤلاء يعتبرون مجرد ضامنين للآداب فقط.

وتجدر الإشارة إلى أن التقدم الذي يحتسب من تاريخ الاستحقاق هو التقدم الذي يقع على الكميالة التي يدرج فيها الساحب شرط الرجوع بدون مصاريف لأن إيراد هذا الشرط من قبل الساحب يجعل أثره يسري في مواجهة الموقعين اللاحقين بينما إذا أورده أحد المظهرين فإنه لا يلزمه إلا وحده، هكذا إذا أورد شرط الرجوع بدون مصاريف من قبل أحد المظهرين فإن التقدم يسري من تاريخ الاستحقاق بينما لا يسري على البقية إلا من تاريخ الاحتجاج¹.

الفقرة الثالثة: دعاوى المظهرين على بعضهم وعلى الساحب

نصت الفقرة الثالثة من المادة 228 على أن دعاوى المظهرين بعضهم في مواجهة البعض وضد الساحب تتقدم بمضي 6 أشهر ابتداء من يوم قيام المظهر برد مبلغ الكميالة أو من يوم رفع الدعوى ضده، هكذا نلاحظ أن حالات الرجوع الصرفي التي يمارسها المظهرون، الذين دفعوا مبلغ الكميالة للحامل تتم بسرعة حيث تتقدم بمضي 6 أشهر من قيامهم بالأداء للحامل، أو من

¹ دروس في القانون التجاري للدكتور عبد الرحمان شميعة ص 100 وينظر للاستزادة تقدم الأوراق التجارية للطالبة الباحثة حنان السويطة ص 2 بتصرف.

اليوم الموالي لرفع الدعوى ضدهم، فدعاوى الضامن الاحتياطي ضد المدين المضمون، والمظهرين، والساحب، خاضعة لتقادم ستة أشهر حتى وإن انتهت الآجال وسقطت الحماية المصرفية هذا الضامن. وتجدر الإشارة إلى أن مدة التقادم بالنسبة للضامن الاحتياطي والقابل بالتدخل هي نفس مدة التقادم للموقع المضمون أو المتدخل لفائدته وهكذا فمثلا (إذا كانت دعوى حامل الكمبيالة تتقادم ضد الساحب بمضي سنة فإن دعوى الحامل أيضا تتقادم ضد الضامن الاحتياطي بمضي سنة أيضا، ذلك أن الضامن الاحتياطي والقابل بالتدخل ينزل منزلة المضمون¹ أو المتدخل لفائدة سواء من حيث الالتزامات أو الحقوق)².

المطلب الرابع: آثار التقادم المصرفي وانقطاعه في الكمبيالة.

نعني بانقطاع التقادم إيقاف سريانه لسبب طرأ عليه³ وهذا السبب يؤدي إلى زوال مدة التقادم السابقة، وابتداء مدة تقادم جديدة مغايرة للمدة الأولى، وسيتم معالجة هذا المبحث في مطلبين: الأول: آثار التقادم المصرفي، الثاني انقطاع التقادم المصرفي في الكمبيالة.

الفرع الأول: آثار التقادم المصرفي:

يعتبر التقادم المصرفي سببا من أسباب الالتزام المصرفي، أي ينتج عنه سقوط دعوى صاحب الحق في مواجهة الملتزم الذي تقادم دينه، وهذا التقادم المصرفي يقوم على افتراض حصول الوفاء بحيث يفترض أنه ما دام أن الحامل لم يطالب بحقه طوال هذه المدة، فإنه يفترض فيه الوفاء وهو ما نستفيد من الفصل 189 من القانون التجاري الذي يجيز للحامل أن يطلب من المدين إذا لم يؤد اليمين يظل التزامه قائما بمعنى أن التقادم لا يترتب عليه أي أثر، وهذا

¹ مجلة قضاء المجلس الأعلى: 11 يناير 1974 مجلة المحاماة عدد 13 ص 136.

² الأوراق التجارية في القانون المغربي الكمبيالة والشيك، بكور المختار، طبعة 1993 ص 176 وينظر تقادم الأوراق التجارية للطالبة حنان ص 2 بتصرف.

³ أي على التقادم.

ما أكدته المحكمة الابتدائية بالرباط في 19 يونيو 1956" لما كان التقادم الصرفي يقوم على قرينة الوفاء فإن كل ادعاء أو وسيلة دفاع تتعارض مع تثبيت الوفاء المنجز، يستوجب استبعاد الدفع بالتقادم"¹.

كما تجدر الإشارة إلى أن حق الحامل يتقادم صرفيا وبتقادم الكمبيالة كورقة تجارية، ولكن تبقى كسند عادي، كما أن الحق الصرفي قد يتقادم صرفيا ولكن يظل قائما ما دام أن مدة التقادم العادي 15 سنة لم تنته بعد، ومعناه أن الالتزام الصرفي يتحول إلى التزام عادي ويظل قائما طيلة مدة التقادم العادي².

الفرع الثاني: انقطاع التقادم الصرفي في الكمبيالة

لم يعالج القانون المغربي أسباب انقطاع التقادم الصرفي لذا وجب علينا أن نرجع في هذا المجال إلى القواعد العامة في قانون الالتزامات والعقود في الفصل 381 و 382.

وخلاصة الكلام في هذا الباب أن كل مطالبة قضائية أو غير قضائية لها تاريخ ثابت بحيث تجعل المدين في حالة مطل ولو قدمت إلى قاض غير مختص لحكم بيطلائها لعيب في الشكل:

- يطلب قبول الدين في تفلسة المدين.

- بكل إجراء تحفظي أو تنفيذي يباشر على أموال المدين، أو بكل طلب من أجل الحصول على إذن المباشرة، هذه الإجراءات باعتراف المدين بحق الدائن الذي بدأ التقادم يسري في حقه مهما كانت طبيعة هذا الاعتراف مثل تمسك المدين بالمقاصة أو طلب أجل الوفاء³، باعتبار أن الاحتجاج هو بمجرد تبليغ أو إشعار يرفض القبول أو الوفاء، وعزم الحامل على ممارسة الرجوع

¹ ينظر الأوراق التجارية في القانون المغربي الكمبيالة والشيك ص بتصرف 176 .

² الأوراق التجارية بين التقادم الصرفي والتقادم العادي مجلة المحاماة عدد 14 ص 141 بتصرف.

³ تقادم الأوراق التجارية حنان السويطة ص 3 بتصرف.

الصرفي، لذلك فإن هذا الاحتجاج لا يعد سببا من أسباب انقطاع التقادم، وما دام أن قانون الصرف يعرف ما يسمى بمبدأ استقلال التواريخ فإن انقطاع التقادم بالنسبة لموقع لا يسري عليه وحده ولا يشمل بقية الموقعين على الكمبيالة.

وهذا ما أكدته محكمة الرباط بتاريخ 3 يوليوز 1914 (الإجراء القاطع للتقادم الممارس ضد المسحوب عليه القابل لا يقطع من تلقاء نفسه التقادم الذي يستفيد منه الضامن الاحتياطي الإجراء القاطع للتقادم لا ينتج أثره إلا في مواجهة الشخص الذي مورس ضده¹).

¹ الأوراق التجارية في القانون المغربي بكور المختار ص 176 بتصرف.

المبحث الثاني: تقادم الشيك.

يلعب الشيك دورا مهما في حياتنا اليومية سواء في ميدان المعاملات المدنية، أو التجارية، باعتباره أداة وفاء تحل محل النقود في التعامل بين الأفراد، ونظرا لأهميته البالغة فقد أصبح أكثر الأوراق التجارية ذيوعا وانتشارا وتداولوا في الحياة اليومية على الرغم من حادثته إذا ما قيس ببقية الأوراق التجارية الأخرى.

فهو لم يعد أداة لسحب الودائع المصرفية لحساب الساحب ذاته فحسب، بل أصبح أداة وفاء تحل محل النقود سواء على النطاق الداخلي بالنسبة للمعاملات التي يمر بها الأفراد داخل الدولة، أو على النطاق الخارجي أو الدولي بالنسبة للمعاملات التجارية الخارجية، فالساحب يفضل التعامل بالشيك بدل أن يسدد ديونه نقدا يمكنه إصدار شيك للدائن من أجل الوفاء بها.

فالشيك إذن أصبح وسيلة من الوسائل التي تسهل عملية التعامل بين الأفراد، وكذا تقوية النشاط التجاري والاقتصادي في الدلة، كما يعد وسيلة من وسائل الوقاية ضد مخاطر استعمال النقود كالسرقة أو الضياع التي قد تتعرض لها النقود، كما يعتبر وسيلة من وسائل الوفاء، فالمدين الذي قام بتسديد ديونه بواسطة الشيك يستطيع إثبات هذا الوفاء بكل سهولة ما دام سيقيد في دفاتر البنك أن شيكا معيناً قد سلم مبلغه لشخص معين.

وقد ظهر الشيك في التعامل كأداة وفاء منذ أواخر القرن التاسع عشر، إلا أن قواعده لم تكن موجودة بين جميع الدول مما يحدث صعوبات في تداوله خاصة في التعامل الدولي، وكان هذا سببا في انعقاد مؤتمر جنيف كما حدث بالنسبة للكيميالة والسند لأمر، فأبرمت اتفاقيات تتعلق بالشيك في التاسع عشر من شهر مارس 1931م.

والمشرع عندنا أخذ بأحكام جنيف الموحد المتعلق بالشيك، كما فعل بالنسبة للورقتين التجاريتين المذكورتين حيث صدر ظهير مؤرخ في 19 يناير 1939م ينظم بمقتضاه قواعد الشيك¹.

ولما صدرت مدونة التجارة ألحق فقهاء القانون الشيك بالكمبيالة والسند لأمر، ونظم أحكامه في نفس الكتاب الذي نظم فيه الورقتين² وأضاف بعض القواعد الجديدة التي لم ترد في قانون جنيف الموحد حيث فرضت الضرورات العملية والمستجدات التعامل بالشيك.

المطلب الأول: تعريف الشيك.

رغم أن القانون المغربي لم يعط تعريفا معينا للشيك، إلا أن فقهاء القانون حاولوا الاجتهاد في وضع حد للشيك فعرفوه بأنه (ورقة أو صك محرر وفق شكلية حددها القانون يتضمن أمرا صادرا من شخص يسمى الساحب موجه إلى المسحوب عليه³ وذلك بدفع مبلغ من النقود عند الاطلاع لفائدة شخص ثالث هو المستفيد أو الحامل)⁴.

وعرف أيضا بأنه (ورقة مكتوبة وفقا لبيانات صادرا من شخص⁵ إلى شخص آخر يكون دائما مؤسسة بنكية⁶ بأن يدفع مبلغا من النقود لفائدة شخص ثالث⁷ أو لفائدة الحامل)⁸.

¹ يلاحظ أن القانون المغربي قد اقتبس أحكام الشيك من القانون الفرنسي الصادر بتاريخ 1935/10/30.

² أعني السند لأمر والكمبيالة.

³ يقصد به البنك أو ما في حكمه.

⁴ الأوراق التجارية ص 3 .

⁵ يقصد به الساحب.

⁶ المسحوب عليه.

⁷ يسمى المستفيد.

⁸ المادة 239 من القانون التجاري.

وقد عرف القانون الفرنسي الشيك بأنه (صك مكتوب في شكل وكالة بالدفع يتمكن الساحب بمقتضاه أن يسحب لمصلحته أو لمصلحة الغير كلا أو بعضا من الأموال الجاهزة المقيدة لأمره لدى المسحوب عليه)¹.

وأطراف الشيك كما يظهر من هذه التعاريف ثلاثة وهم الساحب والمسحوب عليه والمستفيد.

المطلب الثاني: أحكام التقادم المصرفي في الشيك.

يقصد بتقادم الشيك الدعاوى الناشئة عن الشيك بمرور الزمن، ولا تخضع للتقادم المصرفي في الدعاوى التي يكون مصدرها العلاقات السابقة لنشوئه أو تظهيره حيث تطبق عليها أحكام التقادم العادي المنصوص في القانون المدني، ولذلك سأتطرق إلى القواعد التي تحكم التقادم المصرفي في المطلب الأول، ثم إلى مدد التقادم المصرفي في الشيك في المطلب الثاني وبالله التوفيق.

فرع: القواعد التي تحكم القواعد المصرفي.

إذا كان القانون المغربي قد وضع بمقتضى المادة 295 من مدونة التجارة القاعدة التي تحكم تقادم دعوى الرجوع المصرفي بالنسبة للشيك، فإن هذه القاعدة لا تطبق على إطلاقها وإنما تحد من مقتضياتها بعض الاعتبارات التي نصت عليها المادة 296 من مدونة التجارة.

فتطبيقا لمقتضيات الفقرة الأولى من هذه المادة الأخيرة، لا يمكن أن تسري آجال التقادم في حالة رفع دعوى لدى القضاء، إلا ابتداء من تاريخ آخر مطالبة قضائية كما لا تطبق هذه الآجال إذا صدر حكم بأداء الدين أو أقربه المدين في محرر مستقل.

¹ الشيك رؤية مصرفية وقانونية عبد المعطي محمد حشاد مكتبة الدار العربية للكتاب الطبعة الأولى 2004 ص 130 بتصرف.

وتطبيقا لذلك فإذا صدر حكم بأداء الدين المتمثل في مبلغ الشيك، فإن التقادم في هذه الحالة يخضع للقاعدة العامة المتعلقة بتقادم الأحكام القضائية والواردة في المادة 428 من قانون المسطرة المدنية التي تنص في الفقرة الأولى منها على ما يلي: (تكون الأحكام القابلة للتنفيذ خلال ثلاثين 30 سنة من اليوم الذي صدرت فيه، وتسقط بانصرام هذه الآجال، أما إذا كان هناك إقرار بالمديونية في محرر مستقل عن الشيك غير الموفى فيطبق التقادم المتعلق بالالتزامات بصفة عامة، وذلك بحسب ما إذا كان الالتزام بمقتضى الشيك يعتبر التزاما صرفيا أو من قبيل الالتزامات التي تدخل في تطبيق المادة 5 من مدونة التجارة، هذا وإن كان تقادم الرجوع الصرفي في مجال الشيك يخضع حسب مقتضيات الفقرة الثانية من المادة 296 من مدونة التجارة (قاعدة قطع التقادم)، فإن هذا القطع لا يسري بناء على هذه المقتضيات، إلا على الشخص الذي اتخذ إزاءه الإجراء القاطع، إلا أنه لما كان التقادم كسبب من أسباب انقضاء الالتزام دون الوفاء يخضع لكل من القطع¹ والوقف² اللذين يختلفان عن بعضهما البعض من حيث الآثار التي يرتبانهما على وضعية طرفي الالتزام المتمثلين بالأساس في كل من الدائن والمدين³.

المطلب الثالث: مدد التقادم الصرفي في الشيك.

لما كانت حياة الشيك قصيرة باعتباره ورقة تجارية تستعمل وسيلة للوفاء وليس وسيلة للائتمان، فإن الأمر يقتضي أن يظل الملتزمون بمقتضى هذه الورقة معرضين للمتابعة في إطار الرجوع الصرفي لمدة طويلة أو غير معينة، ولذلك نلاحظ أن فقهاء القانون المغربي يضعون لدعوى الرجوع الصرفي المتعلقة بالشيك نظاما خاصا يركز على قصر المدة.

¹ نعني بذلك قطع التقادم

² نعني بذلك وقف التقادم

³ تقادم الأوراق التجارية ص 4-5 .

الفقرة الأولى: دعوى الحامل ضد المسحوب عليه.

من خلال الفصل 56 من القانون التجاري يتضح أن دعوى حامل الشيك نتقادم بعد انقضاء ثلاث سنوات من يوم انتهاء أجل التقادم، والدعوى المشار إليها هي دعوى الحامل ضد المسحوب الذي يمتنع عن وفاء قيمة الشيك على الرغم من توفر الرصيد الكافي لديه، أو امتناعه عن الوفاء بما يعادل الرصيد الموجود لديه في حالة عدم كفاية الرصيد لوفاء جميع مبلغ الشيك وطلب الحامل من المتصرف الوفاء به¹.

الفقرة الثانية: دعوى الحامل ضد المظهرين والساحب والملتزمين.

بناء على الفقرة الأولى من المادة الخامسة والتسعين بعد المائة الثانية (295) من مدونة التجارة " نتقادم دعاوى الحامل ضد المظهرين والساحب والملتزمين الآخرين بمضي ستة أشهر ابتداء من تاريخ انقضاء الأجل القانوني لتقديم الشيك للوفاء، هذا الأجل الذي يتحدد في عشرين يوماً إذا كان الشيك صادراً في المغرب ومستحق الوفاء فيه، وفي ستين يوماً بالنسبة للشيك الصادر خارج المغرب ومستحق الوفاء فيه²، على أن الساحب المذكور لا يستفيد من التقادم المذكور إلا إذا توفرت مؤونة لأداء الشيك عند تقديمه للوفاء أما في حالة عدم توفير المؤونة، فتطبق مقتضيات الفقرة الرابعة من المادة الخامسة والتسعين بعد المائتين من مدونة التجارة التي تقول (غير أنه في حالة سقوط حق الرجوع أوفي حالة التقادم يبقى الحق في تقديم دعوى ضد الساحب الذي لم يقدم قابل الوفاء، أو ضد الملتزمين الآخرين الذين قد يحصل لهم إثراء غير مشروع).

¹ الأوراق التجارية الكمبيالة والشيك زعيم إبراهيم طبعة 1987 ص 196 مع شيء من التصرف.

² مع العلم أن سريان أجل تقديم الشيك للوفاء يبدأ من التاريخ المبين في الشيك كتاريخ إصداره كما نصت على ذلك الفقرة الأخيرة من المادة الثامنة والستين بعد المائتين من مدونة التجارة.

هذه بعض التطبيقات المعاصرة القليلة للتقادم وأثره في اكتساب الحقوق أو إسقاطها كما وردت في كتب القانون، حاولت من خلالها أن أبرز للباحثين ما يلي:

- الفقه الإسلامي غني بالصور الفقهية أكثر من القانون الوضعي.
- أن القانون الوضعي يلتقي في بعض الجوانب مع الفقه الإسلامي.

وفي الأخير أقول إنه لا حياة ولا عزة للأمة الإسلامية إلا بالفقه الذي يجب عن أسئلتها، ويوحد صفها، ويخرجها من الظلمات إلى النور.

أهم نتائج البحث

توصلت بعد هذه الدراسة المتواضعة إلى مجموعة من النتائج أجمالها فيما يأتي:

- إن الفقه المالكي عرف التقادم من قديم حيث كان إمام الهجرة رحمه الله يوجب عن النوازل المستجدة بمصطلح إذا تقادم الزمان في أقدم كتاب للفقه الإسلامي ألا وهو المدونة الكبرى.

- إن الفقه المالكي أول من تكلم عن الحيازة والتقادم من خلال حديث " من حاز شيئاً عشر سنين فهو له " بل لا يوجد هذا الحديث إلا في كتب فقهاء المالكية.

- توصلت في هذه الدراسة المتواضعة إلى أن حديث الحيازة المشار إليه أنفاً صحيح عند المالكية لأنهم كانوا يجزمون بنسبته إلى الرسول عليه السلام في كتبهم، ولأن العلماء تلقوه بالقبول والعمل.

- إن الثروة الفقهية والنوازل والاجتهادات القضائية التي تكونت بشأن الحيازة دليل دامغ على الأهمية التي يكتسبها الموضوع، وهذا ما يحفز على البحث والعكوف على دراسة الفقه الإسلامي من أجل إيجاد الحلول المناسبة لكل نازلة من النوازل لفض النزاعات التي قد تثور بخصوص الملكية، فقد تضمنت مؤلفات فقهاء المالكية أدق التفاصيل لكل ما قد يواجه الإنسان في حياته اليومية، وهذا يعني أن الفقه الإسلامي بصفة عامة والفقه المالكي بصفة خاصة صالح لأن يكون قانون الدول الإسلامية، وسبيل وحدتها وتقدمها.

- الحيازة المستوفية لشروطها هي سبب من أسباب الملكية أو دليل على الملكية.

- لا يقضى بالحيازة لكل من كانت له أعذار ولو مرت على ذلك سنون إذ لا يبطل حق

امرئ مسلم وإن قدم كما تقدم معنا في ثنايا البحث.

- شروط الحيازة في الفقه المالكي والقانون الوضعي متقاربة إلى حد ما.

- الفقه المالكي وضع قواعد دقيقة ثابتة للإثبات والشهادة، ورسم طرقا وإجراءات واضحة في التقاضي وإقامة الحجج وفي تحمل الشهادة وأدائها، لما في ذلك من حفظ لحقوق الناس.
- في مجال حيازة العقار يلاحظ أن الفقه المالكي كافأ محيي الأرض الموات بتمليكها إياه، إذا استمر تصرفه فيها بعد الإحياء مدة عشرة أشهر وهو موقف يشجع على العمل ويحفز على استغلال الأرض وإحيائها وعدم تركها ميتة.
- أسقط دعوى الحاضر الساكت بلا مانع مدة عشر سنين وغيره يتصرف في أرضه، وقرر عدم سماع دعواه بشأن تلك الأرض إلا لعذر بين واضح وهي قاعدة تدعو إلى منابذة الكسل، وترك الإهمال، وإلى المطالبة بالحقوق.
- حقوق الله تعالى لا تقبل التقادم.
- توصل البحث إلى أن الفقه المالكي يحتوي على نظرية متكاملة للحيازة والتقادم تحتاج إلى بحوث ودراسات.
- نظرية الحيازة والتقادم عند فقهاءنا تتفوق على نظريتها في القانون المغربي وإن كانا يلتقيان في بعض الجوانب.
- وختاما أسأل الله تعالى بأسمائه الحسنى وصفاته العلى، أن أكون قد وفقت في بحثي هذا بتقريب أحكام الحيازة والتقادم في الفقه المالكي، وأن يجعل هذا العمل خالصا لوجهه الكريم، وأن يدخره لي يوم الدين، يوم لا ينفع مال ولا بنون، إلا من أتى الله بقلب سليم.
- فما كان فيه من صواب فمن الله المنان، وما كان فيه من نقص أو سهو أو نسيان، فمني ومن الشيطان، والله ورسوله منه براء.
- وصل اللهم وسلم على محمد وعلى آله وصحبه وسلم تسليما كثيرا.

فهرس الآيات

الصفحة	رقمها	السورة	الآية
39	187	البقرة	﴿ وَلَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ وَتَذَلُّوا بِهَا إِلَى الْحُكَّامِ لِتَأْكُلُوا بَرِيْفًا مِّنْ أَمْوَالِ النَّاسِ بِالْإِثْمِ وَأَنْتُمْ تَعْلَمُونَ ﴾
125	281	البقرة	﴿ وَأَشْهَدُوا إِذًا تَبَايَعْتُمْ ﴾
125	282	البقرة	﴿ وَإِنْ كُنْتُمْ عَلَىٰ سَعِيرٍ وَلَمْ تَجِدُوا كَاتِبًا فَرِهَنَّ مَّفْبُوضَةً فَإِنْ أَمِنَ بَعْضُكُمْ بَعْضًا فَلْيُؤَدِّ الَّذِي لَؤْتِمِنَ أَمْنَتَهُ، وَلْيَتَّقِ اللَّهَ رَبَّهُ ﴾
165	29	النساء	﴿ يَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَن تَرَاضٍ مِّنْكُمْ ﴾
72	57	النساء	﴿ إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَنْ تُؤَدُّوا الْأَمَانَاتِ إِلَىٰ أَهْلِهَا ﴾
39	40	المائدة	﴿ وَالسَّارِقِ وَالسَّارِقَةِ فَاقْطَعُوا أَيْدِيَهُمَا جِزَاءً بِمَا كَسَبَا ﴾
1	93	الأنعام	﴿ مَا قَرَّطْنَا فِي الْكِتَابِ مِنْ شَيْءٍ ﴾
64	199	الأعراف	﴿ وَآمُرُ بِالْعُرْفِ ﴾
135	2	يونس	﴿ وَبَشِّرِ الَّذِينَ ءَامَنُوا أَنَّ لَهُمْ قَدَمَ صِدْقٍ عِنْدَ رَبِّهِمْ ﴾
2	111	يوسف	﴿ مَا كَانَ حَدِيثًا يُفْتَرَىٰ وَلَٰكِن تَصْدِيقَ الَّذِي بَيْنَ يَدَيْهِ وَتَفْصِيلَ كُلِّ شَيْءٍ وَهُدًى وَرَحْمَةً لِّقَوْمٍ يُؤْمِنُونَ ﴾
1	89	النحل	﴿ وَنَزَّلْنَا عَلَيْكَ الْكِتَابَ تَبْيِينًا لِّكُلِّ شَيْءٍ وَهُدًى وَرَحْمَةً وَبَشْرَىٰ لِّلْمُسْلِمِينَ ﴾

فهرس الأجاوئث

الصفحة

الحديث

- 149 اعرف وكاءها وعفاصها ثم عرفها سنة، فإن لم تعرف فاستنفقها
- 32 المسلمون شركاء في ثلاث : في الكلا والماء والنار
- 161 أما لئن حلف على ماله لياأكله ظلما ليلقين الله وهو عنه معرض
- 165 إن دماءكم وأموالكم عليكم حرام
- 71 أن رجلين اختصما إلى رسول الله ﷺ في دابة ليس لواحد منهما بينة فجعلها بينهما نصفين
- 161 أن رسول الله ﷺ قضى أن اليمين على المدعى عليه
- 145 إنما الشفعة فيما لا يقسم
- 15 خرجنا مع رسول الله ﷺ عام خيبر فلم نغرم ذهبا ولا ورقا إلا الأموال الثياب والمتاع
- 60 خير الناس قرني ثم الذين يلونهم ثم الذين يلونهم
- 150 رخص رسول الله ﷺ في العصا والسوط والحبل وأشباهاه يلتقطه الرجل ينتفع به
- 72 على اليد ما أخذت حتى ترده
- 144 قضى رسول الله ﷺ بالشفعة في كل ما لم يقسم
- 165 كل المسلم على المسلم حرام دمه، وماله، وعرضه
- 41 لا يأخذن أحدكم متاع أخيه لآعبا ولا جادا
- 157 لا يبطل حق امرئ وإن قدم
- 165 لا يحل مال امرئ إلا بطيب نفس منه
- 165 لا يبطل حق امرئ مسلم وإن قدم
- 150 لولا أني أخاف أن تكون من الصدقة لأكتتها
- 49 من احتاز شيئا عشر سنين فهو له

- 51 من أحيا أرضا ميتة فهي له وليس لعرق ظالم حق
- 112 من أحيا أرضا ميتة فله منها
- 40 من أخذ شبرا من الأرض ظلما طوقه الله من سبع أرضين
- 51 من أعمر أرضا ليست لأحد فهو أحق بها
- 50 من حاز شيئا عشر سنين فهو له
- 163 من حاز شيئا عشر سنين فهو أحق به
- 157 من حاز شيئا على خصمه عشر سنين فهو أحق به
- 50 من حاز عشر سنين فهو له
- 50 من حاز على خصمه شيئا عشر سنين فهو أحق به
- 30 من سبق إلى ما لم يسبقه إليه مسلم فهو له
- 62 نهى النبي ﷺ عن بيع الكالئ بالكالئ
- 72 وإذا أخذ أحدكم عصا أخيه فليردها
- 166 وإنكم تختصمون إلي، فلعل بعضكم أن يكون ألحن بحجته من بعض. فأقضي له على نحو مما أسمع منه
- 41 على اليد ما أخذت حتى تؤديه

فهرس القواعر الأصولة والفقهفة

الصفحة	القاعدة
65	الثابت بالعرف كالثابت بالنص
22	الضرورة تقدر بقدرها
65	العادة محكمة
77	المعدوم شرعا كالمعدوم حسا
65	المعروف عرفا كالمشروط شرطا

فهرس الأعلام

الجزولي : 92	ابن القاسم : 50
المواق : 101	ابن الماخشون : 100
بهرام : 163	ابن ناجي : 89
خليل : 101	ابن وهب : 50
ربيعة : 49	ابن يونس : 106
سعيد بن المسيب : 49	أبو الشتاء الغازي الحسيني : 47
ميارة : 47	أبو عبدالله العبدوسي : 137
	أصبغ : 50
	التسولي : 87

المصادر والمراجع

- ❁ القرآن الكريم برواية الإمام ورش عن نافع.
- ✓ أحكام الأحكام على تحفة الحكام: للشيخ محمد بن يوسف الكافي على منظومة القاضي أبي بكر محمد بن محمد بن عاصم الأندلسي دار المعرفة الدار البيضاء بدون تاريخ الطبع.
- ✓ أحكام الشفعة في الفقه الإسلامي والتقنين المغربي محمد ابن معجوز الطبعة الثانية 1993 مطبعة النجاح الجديدة الدار البيضاء.
- ✓ أحكام القرآن للحافظ أبي بكر محمد بن عبدالله المعروف بابن العربي، تحقيق محمد عبدالقادر عطا دار الكتب العلمية : 2008.
- ✓ إسعاف المبطل برجال الموطأ جلال الدين عبد الرحمان بن أبي بكر السيوطي، مطابع شركة الإعلانات الشرقية الطبعة الأولى 1389 هـ / 11976 م.
- ✓ الأشباه والنظائر على مذهب أبي حنيفة النعمان: زين العابدين بن إبراهيم بن نجيم، الناشر دار الكتب العلمية بيروت لبنان الطبعة: 1400 هـ / 1980 م.
- ✓ الأشباه والنظائر في قواعد وفروع فقه الشافعية للحافظ جلال الدين السيوطي، شركة مكتبة مطبعة مصطفى الباني، الطبعة الأخيرة 1378 هـ - 1959 م.
- ✓ أصول الفقه: عبد الوهاب خلاف، دار القلم، الطبعة الثامنة.
- ✓ ألفية السيوطي في علم الحديث: الحافظ جلال الدين عبد الرحمان بن أبي بكر السيوطي، دار السلام للطباعة والنشر والتوزيع والترجمة القاهرة الطبعة الأولى 1422 هـ / 2002 م.
- ✓ الأوراق التجارية الكمبيالة والشيك زعيم إبراهيم طبعة 1987 م.
- ✓ الأوراق التجارية بين التقادم الصرفي والتقادم العادي مجلة المحاماة عدد 14،
- ✓ الأوراق التجارية في القانون المغربي الكمبيالة والشيك، بكور المختار، طبعة 1993 م.
- ✓ إيضاح المسالك للونشريسي وشرح المنهج المنتخب للمنجور الصادق الغرياني دار ابن حزم، الطبعة الأولى 1430 هـ - 2010 م.
- ✓ الباعث الحثيث شرح اختصار علوم الحديث: تأليف الحافظ ابن كثير شرح العلامة أحمد شاكر حقه علي بن حسن بن علي بن عبد الحميد الأثري، دار العاصمة للنشر والتوزيع الطبعة الأولى 1415 م.

- ✓ بداية المجتهد ونهاية المقتصد، أبو الوليد محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد بن رشد القرطبي الشهير بابن رشد الحفيد (المتوفى: 595هـ)، دار الحديث - القاهرة، 1425هـ - 2004م.
- ✓ البهجة في شرح التحفة، أبو الحسن علي بن عبد السلام التسولي المتوفى سنة 1258 هـ، تحقيق محمد عبد القادر شاهن، دار الكتب العلمية بيروت- لبنان، الطبعة الثانية 2009م.
- ✓ البيان والتحصيل والشرح والتوجيه والتعليل في مسائل المستخرجة: أبو الوليد ابن رشد القرطبي، وضمنه المستخرجة من الأسمعة المعروفة بالعتبية لمحمد العتيبي. تحقيق العلامة أحمد الحبابي رحمه الله.
- ✓ تاج العروس من جواهر القاموس: محمد بن محمد بن عبد الرزاق المرتضى الزبيدي، طبعة الكويت - الطبعة الثانية بدون ذكر تاريخ الطبعة ولا السنة.
- ✓ التاج والإكليل لمختصر خليل، محمد بن يوسف بن أبي القاسم بن يوسف العبدري الغرناطي، أبو عبد الله المواق المالكي (المتوفى: 897هـ)، دار الكتب العلمية، الطبعة: الأولى، 1416هـ-1994م.
- ✓ تبسيط شرح المنظومة البيقونية للمبتدئين تأليف عمرو عبد المنعم سليم، دار أهل الحديث والأثر للنشر والتوزيع الطبعة الأولى 1435 هـ / 2014م.
- ✓ تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام: تأليف الإمام أبو عبدالله محمد بن فرحون اليعمري المالكي، دار الكتب العلمية، بيروت لبنان الطبعة الأولى 1301 هـ .
- ✓ التحرير والتنوير، الطاهر بن عاشور، الدار التونسية للنشر، طبعة 1984،
- ✓ تدريب الراوي في شرح تقريب النووي، جلال الدين عبد الرحمان السيوطي، تحقيق الدكتور أحمد هاشم، دار الكتاب العربي بيروت - لبنان، طبعة 1409هـ - 1989م.
- ✓ التدريب على تحرير الوثائق العدلية وثيقة وشرح: العلامة أبو الشتاء بن الحسن الغازي الحسيني، علق عليه ولده وتلميذه العلامة أحمد الغازي الحسيني، مطبعة الأمانة الرباط الطبعة الثانية 1415 / 1995م.
- ✓ ترتيب المدارك وتقريب المسالك لمعرفة أعلام مذهب مالك، للقاضي عياض بن موسى السبتي، تحقيق الدكتور علي عمر، مكتبة الثقافة الدينية - القاهرة، الطبعة الأولى 1430 هـ - 2009م.

- ✓ تطبيقات قواعد الفقه عند المالكية من خلال كتابي إيضاح المسالك للونشريسي وشرح المنهج المنتخب للمنجم للصادق الغرياني دار ابن حزم.
- ✓ التقييد والإيضاح شرح مقدمة ابن الصلاح: تأليف الحافظ زين الدين عبد الرحيم بن الحسين العراقي تحقيق الدكتور عبد الحميد هنداوي، المكتبة العصرية بيروت طبعة 1430هـ /2009م.
- ✓ اثر الداني على رسالة القيرواني للعلامة صالح بن عبد السميع الآبي حقه وعلق عليه أحمد قاسم الطهطاوي، دار الفضيلة.
- ✓ جامع التحصيل في أحكام المراسيل: أبو سعيد بن خليل بن كيكلي أبو سعيد العلائي. تحقيق حمدي عبد المجيد السلفي، عالم الكتب، بيروت الطبعة الثانية، 1407هـ /1986م.
- ✓ جامع التحصيل في أحكام المراسيل: الحافظ صلاح الدين أبو سعيد العلائي تحقيق حمدي عبد المجيد السلفي، الدار العربية للطباعة الطبعة الأولى 1398هـ /1978م.
- ✓ الجامع الكبير (سنن الترمذي)، محمد بن عيسى بن سورة بن موسى بن الضحاك، الترمذي، أبو عيسى (المتوفى: 279هـ)، المحقق: بشار عواد معروف، دار الغرب الإسلامي - بيروت، 1998 م.
- ✓ الجامع المسند الصحيح المختصر من أمور رسول الله صلى الله عليه وسلم وسننه وأيامه (صحيح البخاري)، محمد بن إسماعيل أبو عبد الله البخاري الجعفي، المحقق: محمد زهير بن ناصر الناصر، الناشر: دار طوق النجاة، الطبعة: الأولى، 1422هـ.
- ✓ الجامع بين الأمهات: أبو عمرو عثمان بن عمر المعروف بابن الحاجب ص 674 مركز نجيبويه للمخطوطات بدون ذكر سنة الطبع.
- ✓ الجامع لأحكام القرآن محمد بن أحمد بن أبي بكر بن فرح القرطبي، تحقيق أحمد البراوني وإبراهيم أطفيش، دار الكتب المصرية القاهرة الطبعة الثانية: 1384هـ.
- ✓ حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، محمد بن أحمد بن عرفة الدسوقي المالكي (المتوفى: 1230هـ)، دار الفكر 1422 هـ - 2002م.
- ✓ حاشية الرهوني على شرح الزرقاني لمختصر خليل، وبهامشه حاشية محمد بن المدني علي كنون، دار الفكر - بيروت، طبعة 1398 هـ - 1978م.

- ✓ حاشية العدوي على كفاية الطالب الرباني لرسالة ابن أبي زيد القيرواني في مذهب الإمام مالك، دار الكتب العلمية بيروت - لبنان، الطبعة الثانية 1433 هـ - 2012م.
- ✓ حاشية علي الصعيدي العدوي على شرح أبي الحسن على رسالة ابن أبي زيد القيرواني، دار المعرفة للطباعة والنشر بيروت لبنان.
- ✓ الحقوق العينية في الفقه الإسلامي والتقنين المغربي محمد بن معجوز الطبعة الثانية 1419 هـ - 1992م.
- ✓ الحقوق العينية في الفقه الإسلامي والتقنين المغربي، محمد ابن معجوز، الطبعة الثانية 1419 هـ - 1992م.
- ✓ الحقوق العينية وفق القانون رقم 39.08، إدريس الفاخوري، دار النشر المعرفة 2016م.
- ✓ الحقوق العينية: إدريس الفاخوري أستاذ التعليم العالي: كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية بوجدة، منشورات مجلة الحقوق دار نشر المعرفة الطبعة: 2013.
- ✓ حيازة العقار كدليل على الملك وسبب فيه في ضوء الفقه المالكي والقضاء المغربي، محمد القدوري، دار الأمان الرباط الطبعة الثانية : 1430 هـ / 2009 م.
- ✓ الحيازة فقها وقضاء الحيازة فقها وقضاء: دراسة معززة بنظريات فقهية وقرارات قضائية حديثة صدرت عن المجلس الاعلى بالرباط، محكمة التعقيب بتونس، محكمة النقض بالقاهرة، العبودي، عبد العلي، المركز الثقافي العربي 1996م.
- ✓ الحيازة والاستحقاق في الفقه المالكي والتشريع المغربي جواد الهروس رسالة نال بها دبلوم الدراسات العليا المعمقة الطبعة الأولى 1430 هـ / 2009م.
- ✓ الحيازة والتقادم في الفقه الإسلامي، عبد اللطيف بن عبد العزيز ابن عبد الرحمن بن عبد اللطيف آل الشيخ، الدار العربية للموسوعات، الطبعة الأولى 1432 هـ - 2011م.
- ✓ الخرشبي على مختصر خليل وبهامشه حاشية الشيخ العدو، دار صادر بيروت - لبنان.
- ✓ الديباج المذهب في معرفة أعيان علماء المذهب: ابن فرحون المالكي . تحقيق الدكتور محمد الأحمد أبو النور. دار التراث للطبع والنشر - القاهرة - طبعة 1972هـ.

✓ الذخيرة: أبو العباس، شهاب الدين أحمد بن إدريس بن عبدالرحمان المالكي الشهير بالقرافي تحقيق محمد حجي، سعيد أعراب، محمد بوخبزة دار الغرب الإسلامي- بيروت الطبعة الأولى 1994م.

✓ سبل السلام، محمد بن إسماعيل بن صلاح بن محمد الحسني، الكحلاني ثم الصنعاني، أبو إبراهيم، عز الدين، المعروف كأسلافه بالأخير (المتوفى: 1182هـ)، دار الحديث، بدون طبعة وبدون تاريخ.

✓ سنن ابن ماجه، الحافظ أبو عبد الله محمد بن يزيد القزويني ابن ماجه، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي، دار إحياء الكتب العربية، طبعة 1372 هـ.

✓ سنن أبي داود، سليمان بن الأشعث السجستاني، تحقيق محمد محيي الدين عبد الحميد، دار إحياء السنة النبوية.

✓ الشافي في شرح مدونة الحقوق العينية الجديدة وفق القانون رقم 08-39، الدكتور عبد الكريم شهبون، مكتبة الرشاد - سطات، الطبعة الأولى 1436 هـ - 2015م.

✓ شجرة النور الزكية في طبقات المالكية، العلامة الجليل محمد بن محمد بن عمر بن قاسم مخلوف، تحقيق: عبد الغني مستو وجمال أحمد حسن، دار الرشاد الحديثة - الدار البيضاء، 1435 هـ - 2014م.

✓ شرح الإمام محمد بن أحمد الميارة الفاسي على الأرجوزة المسماة تحفة الحكام للقاضي أبي بكر محمد بن عاصم الأندلسي الغرناطي، وبهامشه أبي علي حسن بن رحال، دار الفكر الطبعة الأولى.

✓ شرح الإمام محمد بن أحمد ميارة الفاسي على الأرجوزة الفقهية المسماة تحفة الحكام للقاضي أبي بكر محمد بن عاصم الأندلسي الغرناطي.

✓ شرح التلويح على التوضيح، سعد الدين مسعود بن عمر التفتازاني ت793هـ، مكتبة صبيح- مصر، بدون طبعة وبدون تاريخ.

✓ الشرح الصغير على أقرب المسالك لمذهب الإمام مالك أبو البركات أحمد الدردير وبهامشه حاشية العلامة أحمد الصاوي المالكي، مطبعة عيسى الحلبي وشركاؤه.

- ✓ الشرح الصغير على أقرب المسالك لمذهب الإمام مالك، أبو البركات أحمد الدردير وبهامشه حاشية العلامة أحمد الصاوي المالكي، مطبعة عيسى الحلبي وشركاؤه.
- ✓ شرح القواعد الفقهية، أحمد بن الشيخ محمد الزرقا، صححه وعلق عليه: مصطفى أحمد الزرقا، دار القلم - دمشق - سوريا، الطبعة الثانية 1409 هـ - 1989 م.
- ✓ الشرح الكبير على مختصر خليل، للقطب الدردير ومعه تحريرات البناني وتحصيلات الدسوقي، اعتنى به وراجعته كمال الدين عبد الرحمن قاري، المكتبة العصرية - بيروت، طبعة 1437 هـ - 2016 م.
- ✓ شرح المنظومة البيقونية في مصطلح الحديث: العلامة محمد بن عبد الباقي الزرقاني المصري المالكي تحقيق وتعليق الدكتور أشرف علي عبد الرحيم دار الفضيلة.
- ✓ شرح مختصر خليل للخرشي، محمد بن عبد الله الخرخشي المالكي أبو عبد الله (المتوفى: 1101 هـ)، دار الفكر للطباعة - بيروت، بدون طبعة وبدون تاريخ.
- ✓ الشيك رؤية مصرفية وقانونية عبد المعطي محمد حشاد مكتبة الدار العربية للكتاب الطبعة الأولى 2004 م.
- ✓ العذب الزلال في فقه الأموال، لسماحة شيخنا العلامة الأصولي الفقيه سيدي محمد التاويل رحمه الله ص 6 مطبعة أميمة فاس الطبعة الأولى: 1435 هـ 2014 م.
- ✓ العمل بالحديث الضعيف: تأليف أبي عمر محمد بن عبد الملك الزغبى، دار التقوى للطبع والنشر والتوزيع الطبعة الأولى 1431 هـ / 2010 م.
- ✓ الفروق: أبو العباس، شهاب الدين أحمد بن إدريس بن عبدالرحمان القراني دار إحياء التراث العربية الطبعة الأولى القاهرة - مصر 1346 هـ.
- ✓ الفقه الإسلامي وأدلته (الشامل للأدلة الشرعية والآراء المذهبية وأهم النظريات الفقهية وتحقيق الأحاديث النبوية وتخريجها)، د. وهبة بن مصطفى الزحيلي، أستاذ ورئيس قسم الفقه الإسلامي وأصوله بجامعة دمشق - كلية الشريعة، دار الفكر - سورية - دمشق، الطبعة: 1417 هـ - 1996 م.
- ✓ الفواكه الدواني على رسالة ابن أبي زيد القيرواني: أحمد النفراوي المالكي. دار الفكر - بيروت .

- ✓ القاموس المحيط: محمد بن يعقوب الفيروز آبادي شركة القدس للتصدير القاهرة الطبعة الأولى: 1433هـ
- ✓ قضايا التحفيظ العقاري في التشريع المغربي : محمد خيرى دار نشر المعرفة الرباط، الطبعة الخامسة 2009م.
- ✓ قضايا التحفيظ العقاري في التشريع المغربي : محمد خيرى، دار نشر المعرفة الرباط، الطبعة الخامسة 2009.
- ✓ قواعد التحديث من فنون مصطلح الحديث: تأليف الشيخ محمد جلال الدين القاسمي الدمشقي تحقيق محمد بهجة البيطار وتقديم الشيخ محمد رشيد رضا، دار النفائس بيروت الطبعة الأولى 1407هـ / 1987م.
- ✓ القوانين الفقهية : الإمام محمد بن محمد بن جزي الكلبي الغرناطي، مكتبة الرشاد مطبعة الأمنية المشروعية رباط طبعة 1382هـ.
- ✓ قيود الملكية الخاصة: الدكتور عبدالله بن عبدالعزيز المصلح دار المؤيد الطبعة الثانية 1435هـ.
- ✓ الكافي في فقه أهل المدينة المالكي، أبو عمر يوسف بن عبد الله بن محمد بن عبد البر النمري القرطبي، دار الكتب العلمية - لبنان، الطبعة الرابعة 1433 هـ - 2012.
- ✓ كتاب العين: أبو عبد الرحمان الخليل بن أحمد الفراهيدي ج الخليل بن أحمد الفراهيدي، دار ومكتبة الرشاد تحقيق: الدكتور مهدي الخزومي والدكتور إبراهيم السامرائي.
- ✓ كسب الملكية في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي: الدكتور محمد دوش حمادة الحديثي، مطبعة المنهل 2016م.
- ✓ لسان العرب: ابن منظور 1466هـ الطبعة الأولى دار صادر، بيروت وينظر القاموس المحيط للفيروز آبادي.
- ✓ مجلة المحاماة عدد 14.
- ✓ مجلة قضاء المجلس الأعلى: 11 يناير 1974.
- ✓ مختصر خليل في فقه الإمام مالك، خليل بن إسحاق بن موسى المالكي، مكتبة عباس عبد السلام بن شقرون - مصر، طبعة 1964 م.

✓ المدونة الكبرى للإمام مالك تحقيق أبو مالك كمال بن سالم، المكتبة التوفيقية القاهرة بدون ذكر تاريخ الطبعة.

✓ المراسيل مع الأسانيد، أبو داود سليمان بن الأشعث السجستاني، تحقيق الشيخ شعيب الأرنؤوط مؤسسة الرسالة بيروت الطبعة الأولى، 1408 هـ.

✓ المراسيل: أبو داود سليمان بن الأشعث السجستاني، تحقيق الشيخ شعيب الأرنؤوط، مؤسسة الرسالة بيروت الطبعة الأولى، 1408 .

✓ المستدرک علی الصحیحین، أبو عبد الله الحاكم محمد بن عبد الله بن محمد بن حمدويه بن نعيم بن الحكم الضبي الطهماني النيسابوري المعروف بابن البيع (المتوفى: 405 هـ)، تحقيق: مصطفى عبد القادر عطا، دار الكتب العلمية - بيروت، الطبعة: الأولى، 1411 هـ - 1990 م.

✓ مسند الإمام أحمد بن حنبل، أبو عبد الله أحمد بن محمد بن حنبل بن هلال بن أسد الشيباني (المتوفى: 241 هـ)، المحقق: شعيب الأرنؤوط - عادل مرشد، وآخرون، إشراف: د عبد الله بن عبد المحسن التركي، مؤسسة الرسالة، الطبعة: الأولى، 1421 هـ - 2001 م.

✓ للسند الصحيح المختصر بنقل العدل عن العدل إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم، مسلم بن الحجاج أبو الحسن القشيري النيسابوري (المتوفى: 261 هـ)، المحقق: محمد فؤاد عبد الباقي، دار إحياء التراث العربي - بيروت.

✓ المصباح المنير في غريب الشرح الكبير، أبو العباس أحمد بن محمد بن علي الفيومي المقري ص 214 شركة القدس للتصدير القاهرة الطبعة الأولى: 1429 هـ / 2008 م.

✓ معجم مقاييس اللغة، أحمد بن فارس بن زكرياء القزويني الرازي، أبو الحسين (المتوفى: 395 هـ)، المحقق: عبد السلام محمد هارون، الناشر: دار الفكر 1399 هـ - 1979 م.

✓ المعونة على مذهب عالم المدينة: القاضي عبد الوهاب البغدادي تحقيق ودراسة حميش عبد الحق، شركة القدس للتصدير القاهرة .

✓ المعيار العرب والجامع المغرب عن فتاوى أهل إفريقية والأندلس والمغرب ط أوقاف المغربية، أبو العباس أحمد بن يحيى الونشريسي، خرجة مجموعة من الفقهاء بإشراف الدكتور محمد حجي، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية للمملكة المغربية ودار الغرب الإسلامي 1401 هـ - 1981 م.

✓ المغرب في ترتيب المغرب: أبو الفتح ناصر الدين بن عبد السيد بن علي بن المطرز، الطبعة الأولى مكتبة أسامة بن زيد، حلب تحقيق عبد الحميد نخري.

✓ المغني، أبو محمد موفق الدين عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة الجماعلي المقدسي ثم الدمشقي الحنبلي، الشهير بابن قدامة المقدسي (المتوفى: 620هـ)، مكتبة القاهرة، بدون طبعة، 1388هـ - 1968م.

✓ المفصل في علوم الحديث ومصطلحه دراسة لمنهج علماء الحديث في نقل الخبر ونقده: الدكتور عبد العزيز فارح طبع وتصميم مطبعة أنفو برانت الليدو فاس طبعة 2011 م.
✓ الممتلكات العقارية للجماعات المحلية بالمغرب: عبد الواحد شعير، مطبعة فضالة الحمديّة، طبعة 1991هـ.

✓ المنتقى شرح الموطأ، أبو الوليد سليمان بن خلف بن سعد بن أيوب بن وارث التجيبي القرطبي الباجي الأندلسي (المتوفى: 474هـ)، مطبعة السعادة - بجوار محافظة مصر، الطبعة: الأولى، 1332 هـ.

✓ منح الجليل شرح مختصر خليل، محمد بن أحمد بن محمد عليش، أبو عبد الله المالكي (المتوفى: 1299هـ)، دار الفكر - بيروت، بدون طبعة، 1409هـ/1989م.

✓ المنح السامية في النوازل الفقهية (النوازل الصغرى) ، الفقيه أبو عبدالله محمد المهدي الوزاني: وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية مطبعة فضالة - الحمديّة ، 1413 هـ - 1993 م.

✓ المنظومة البيقونية في مصطلح الحديث للإمام طه بن محمد البيقوني، دار السلام للطباعة والنشر والتوزيع والترجمة الطبعة السابعة 1430هـ/ 2009 م.

✓ منهج النقد في علوم الحديث، الدكتور نور الدين عتر، دار الفكر، دمشق - سورية الطبعة الثالثة، 1401 هـ - 1981 م.

✓ مواهب الجليل لشرح مختصر خليل أبو عبد الله محمد بن محمد بن عبد الرحمان المغربي المعروف بالحطاب 229/5 دار الفكر الطبعة الأولى 1422 هـ - 2009 م.

✓ مواهب الجليل لشرح مختصر خليل، أبو عبد الله محمد بن محمد بن عبد الرحمن المغربي المعروف بالحطاب، وبهامشه التاج والإكليل لمختصر خليل، دار الفكر، الطبعة الأولى 1422هـ- 2002 م.

✓ مواهب الجليل من أدلة خليل: الشيخ أحمد بن أحمد المختار الجكني الشنقيطي دار الكتب العلمية 1426 هـ - 2005 م.

✓ مواهب الخلاق على شرح التاودي للامية الزقاق، أبو الشتاء الصنهاجي، مطبعة الأمنية الرباط، الطبعة الثانية 1375 هـ - 1955 م.

✓ النظام الإداري بالمغرب: عبد الحميد بنشهو، مطبعة الأفنية الرباط.

✓ نظرية الالتزامات في ضوء قانون الالتزامات والعقود، د. مأمون الكزبري، الطبعة الثانية 1972 م.

✓ النهاية في غريب الحديث والأثر، مجد الدين أبو السعادات المبارك بن محمد بن محمد بن محمد ابن عبد الكريم الشيباني الجزري ابن الأثير (المتوفى: 606 هـ)، تحقيق: طاهر أحمد الزاوي - محمود محمد الطناحي، المكتبة العلمية - بيروت، 1399 هـ - 1979 م.

✓ النوازل الجديدة الكبرى فيما لأهل فاس وغيرهم من البدو والقرى المسماة بالمعيار الجديد الجامع العرب عن فتاوى المتأخرين من علماء المغرب، تأليف العلامة أبي عيسى المهدي الوزاني، قابله و صححه على النسخة الأصلية الأستاذ عمر بن عباد، نشر وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية بالمملكة المغربية، مطبعة فضالة - المحمدية، طبعة 1419 هـ / 1998 م.

✓ نيل الأوطار من أسرار منتقى الأخبار، محمد بن علي بن محمد بن عبد الله الشوكاني اليمني (المتوفى: 1250 هـ)، تحقيق: عصام الدين الصبابطي، دار الحديث، مصر، الطبعة: الأولى، 1413 هـ - 1993 م.

✓ الهداية الكافية الشافية لبيان حقائق الإمام ابن عرفة الوافية. (شرح حدود ابن عرفة للرصاع)، محمد بن قاسم الأنصاري، أبو عبد الله، الرصاع التونسي المالكي (المتوفى: 894 هـ)، المكتبة العلمية، الطبعة: الأولى، 1350 هـ.

✓ الوثائق المجموعة: تأليف الفقيه المالكي أبي محمد عبد الله بن فتوح بن موسى البنتي المتوفى سنة 460 هـ قال عنه القاضي عياض: وهو تأليف مشهور مفيد جمع فيه مؤلفه أمهات كتب الوثائق وفقهها .

✓ وسائل الإثبات في الفقه الإسلامي: محمد ابن معجوز دار الرشاد الطبعة الأولى 1404 هـ، 1984 م.

✓ وسائل الإثبات في الفقه الإسلامي، لمحمد بن معجوز، دار الرشاد الطبعة الأولى 1404
هـ ، 1984م.

فهرس الموضوعات

الإهداء	أ
شكر	وتقدير
مقدمة	ب
1	1
الفصل التمهيدي: أسباب كسب الملكية في الفقه الإسلامي.	14
المبحث الأول: في تعريف المال والملك وأقسامهما.	15
المطلب الأول: في تعريف المال.	15
المطلب الثاني: أقسام المال.	21
المبحث الثاني: في تعريف الملك وأقسامه	23
المطلب الأول: تعريف الملك.	23
المطلب الثاني: أقسام الملك.	25
المبحث الثالث: أسباب الملكية في الفقه الإسلامي	28
المطلب الأول: الاستيلاء على المباح.	29
المطلب الثاني: التولد من المملوك.	34
المطلب الثالث: الخلفية.	35
المطلب الرابع: العقود الناقلة للملكية.	35
المطلب الخامس: الحيازة.	36
المبحث الرابع: الغصب وأحكامه في الفقه المالكي.	37
المطلب الأول مفهوم الغصب.	37
المطلب الثاني: حكمه.	39
الباب الأول: الحيازة مشروعيتها، شروطها، موانعها، أقسامها، مجالاتها.	43

44.....	الفصل الأول: في تعريف الحيابة ومشروعيتها وأركانها.
45.....	المبحث الأول: تعريف الحيابة
45.....	المطلب الأول: في اللغة.
46.....	المطلب الثاني: في الاصطلاح.
49.....	المبحث الثاني: مشروعية الحيابة وحكمها في الفقه المالكي
49.....	المطلب الأول: مشروعية الحيابة.
66.....	المبحث الثالث: أركان الحيابة.
66.....	المطلب الأول: أركان الحيابة.
68.....	الفصل الثاني: شروط الحيابة وموانعها.
69.....	المبحث الأول: شروط الحيابة
81.....	المبحث الثاني: موانع الحيابة في الفقه المالكي.
94.....	الفصل الثالث: أقسام الحيابة ومجالاتها ومددها وكيفية الشهادة عليها في الفقه المالكي.
95.....	المبحث الأول: أقسام الحيابة في الفقه المالكي.
95.....	المطلب الأول: أقسام الحيابة بالنظر إلى العلاقة بين الحائز والمحوز عليه.
96.....	المطلب الثاني: أقسام الحيابة بالنظر إلى طبيعة الشيء المحوز.
99.....	المبحث الثاني: مدد الحيابة في الفقه المالكي.
100.....	المطلب الأول: المدة عند ابن القاسم:
101.....	المطلب الثاني: المدة عند الإمام المواق
101.....	المطلب الثالث: المدة عند الشيخ خليل
107.....	المطلب الرابع: مدة الحيابة وأنواعها.
110.....	المبحث الثالث: مجالات الحيابة.
110.....	المطلب الأول: الأموال التي تقبل الحيابة - العقارات.

121	المطلب الثاني: الأموال التي تقبل الحيازة - المنقولات.
124	المبحث الرابع: الشهادة على الحيازة وكيفيةها في الفقه المالكي.
125	المطلب الأول: كيفية الشهادة على السماع.
128	المطلب الثاني: صفة شهادة السماع في الفقه المالكي.
129	المطلب الثالث: مجال شهادة السماع بالنسبة للحيازة.
130	المطلب الرابع: في بينة اليد وبينة الخارج وحكم تعارضهما.
	الباب الثاني: التقادم وأثره في اكتساب الحقوق وإسقاطها وتطبيقاته المعاصرة في القانون
132	المغربي.
133	الفصل الأول: الأحكام العامة للتقادم
134	تمهيد
135	المبحث الأول: تعريف التقادم.
135	المطلب الأول: في اللغة والاصطلاح.
139	المطلب الثاني: مشروعية التقادم.
141	المبحث الثاني: وقف التقادم وانقطاعه.
141	المطلب الأول: وقف التقادم.
141	المطلب الثاني: انقطاع التقادم.
142	المبحث الثالث: مدد التقادم.
142	المطلب الأول: مدد التقادم المختلفة.
143	المطلب الثاني: كيفية حساب مدد التقادم.
144	المبحث الرابع: مسائل التقادم في الفقه المالكي.
144	المطلب الأول: تقادم الشفعة.
147	المطلب الثاني: تقادم خيار العيب في البيع.

148	المطلب الثالث: تقادم اللقطة.
150	المطلب الرابع: تقادم الضرر.
152	المطلب الخامس: تقادم نفقة الزوجة والأقارب.
153	المطلب السادس: تقادم الدين.
159	الفصل الثاني: أثر التقادم في اكتساب الحقوق وإسقاطها
160	المبحث الأول: أثر التقادم في اكتساب الحقوق وإسقاطها في الفقه المالكي.
163	المطلب الأول: القائلون بأن الحيازة سبب من أسباب الملك.
164	المطلب الثاني: القائلون بأن الحيازة تدل على الملك.
167	المبحث الثاني: التقادم وأثره في اكتساب الحقوق وإسقاطها في القانون الوضعي.
170	الفصل الثالث: تطبيقات معاصرة للتقادم في القانون المغربي.
171	تمهيد
172	المبحث الأول: تقادم الكمبيالة.
172	المطلب الأول: تعريف الكمبيالة.
173	المطلب الثاني: أحكام التقادم الصرفي في الكمبيالة.
174	المطلب الثالث: مدد التقادم الصرفي في الكمبيالة.
176	المطلب الرابع: آثار التقادم الصرفي وانقطاعه في الكمبيالة.
179	المبحث الثاني: تقادم الشيك.
180	المطلب الأول: تعريف الشيك.
181	المطلب الثاني: أحكام التقادم المصرفي في الشيك.
182	المطلب الثالث: مدد التقادم المصرفي في الشيك.
185	خاتمة
187	فهرس الآيات

188.....	فهرس الأحاديث
190.....	فهرس القواعد الأصولية والفقهية
191.....	فهرس الأعلام
192.....	المصادر والمراجع
203.....	فهرس الموضوعات