

أثر الحيازة وأساسها الفلسفي في القانون الجزائري والفقہ الإسلامي

The effect of possession and its philosophical basis in Algerian law and Islamic Fiqh

دليوح مفتاح *

جامعة زيان عاشور- الجلفة

meftahdla@gmail.com



- تاريخ النشر: 2022/01/05

- تاريخ القبول: 2021/12/29

- تاريخ الإرسال: 2021 /11/29

ملخص:

تعتبر الحيازة كواقعة مادية أحد أسباب كسب الملكية في القانون، خلافا لمعظم فقهاء الشريعة الإسلامية الذين يرون وضع اليد مع التقادم مانعا من سماع دعوى الخصم، ما عدا الملكية فقد ذهب جمهورهم إلى ما يوافق القانون، غير أن وأثر الحيازة في كلا النظامين القانونيين ناتج عن فلسفة كليهما في النظر إلى الحيازة باعتبارها تستهدف استقرار المعاملات في الحقوق العينية، أو حماية حقوق الفرد في التملك.

الكلمات المفتاحية: الحيازة، الملكية، العقار، المنقول، التقادم.

ABSTRACT:

Possession as a material fact is one of the reasons for acquiring property in law, unlike most Islamic jurists who consider the seizure of possession with the prescription preventing hearing the opponent's claim, with the exception of the Malikis who agree with law. However, the effect of possession in both legal systems results from the philosophy of how both look at possession as aimed at stabilizing transactions in rights in rem, or protecting the rights of the individual to property.

keywords: Keywords: possession, property, immovable, movable, escription

* - المؤلف المرسل:

مقدمة:

مما وافق فيه فقهاء الشريعة الإسلامية الدرس القانوني الحديث ما انتهى إليه من تقسيمات للحقوق المالية، مع إبقائهم على بعض التقسيمات الواردة لدى فقهاء المذاهب الإسلامية، مثل تقسيمهم للحق إلى حق قضائي وحق ديابي؛ فالحق الديابي في الفقه الإسلامي هو " الحق الذي لا يدخل تحت ولايه القضاء فلا يتمكن القاضي من إلزام المتقاضين به لسبب من الأسباب كالعجز عن إثباته أمام القضاء"¹ فهذا الحق كما يتضح لا يستطيع القانون تنظيمه لأنه يفتقد لعنصر الحماية، وقد يكون أدخل في باب الالتزام الطبيعي.

ويقابل الحق الديابي في الفقه الإسلامي الحق القضائي الذي وهو الحق الذي يمكن التداعي به أمام القضاء فيعترف به ويقر له الحماية ويمكن إثباته تبعا لذلك، كسائر ما يعرف في القانون من الحقوق التي يعترف بها القانون ويقر لها الحماية.

والحق القضائي يختلط به الحق الديابي، فالذي ينتهك حق الشخص في ماله بالسرقة أو الإتلاف سيتحمل تبعته المدنية والجزائية، كما يتحمل أيضا الجزاء الأخروي الذي هو أحد آثار الحق، وذلك بقدر إفلاته من الجزاء الدنيوي أمام القضاء، غير أن أكثر الحق الديابي يبقى جزاؤه أخرويا، لأن القضاء لا يستطيع الحكم إلا على الظواهر أو ما يمكن أن يستدل عليه بأدلة الإثبات المقررة .

لذلك فإن كثيرا من الأفعال والأقوال والتصرفات يحكم عليها القانون على ظاهرها بالصحة أو البطلان أو ترتيب أثرها...، ولا يبحث في نيات أصحابها إلا إذا أمكن أن تترجم النية أفعالا أو أقوالا تدل على النية دلالة أكيدة أو راجحة، فرما يكون الحق في ظاهره لشخص وفي أصله وحقيقته لشخص آخر لم يستطع لظرف ما أن يثبت هذا الحق، أو أن القانون أعطى صاحب الحق الظاهر ما يمكنه من دفع دعوى صاحب الحق الأصلي، أو من تثبيت مركزه القانوني وهذا يظهر بصورة مثالية في مسألة الحيازة .

فقد يُكسب القانون من لم يكن مالكا ملكية ما قد حازه بسبب الحيازة والتقدم .

لكن الفقه الإسلامي في مجمله يرى مسألة الكسب بالحيازة والتقدم من زاوية أخرى، ولا يغير بمرور الزمن مركز المالك .

إن نموذج الحيازة في مجال اكتساب الحقوق يعد مثلا لمعرفة بعض أسباب اختلاف الشريعة الإسلامية عن القانون وغايات ومقاصد كل منهما، وإمكانيات تقاربهما.

فما هو الأثر الذي ينتج عن الحيازة ؟ وما السبب في اختلاف نظر الشريعة الإسلامية للحيازة عن نظرة القانون ؟ وهل ثمة نقاط تقارب بينهما في هذا المجال ؟.

¹ - وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، المجلد الرابع، دمشق، دار الفكر، الطبعة الثانية، 1985، ص22.

إن معالجة هذه الإشكالية تقتضي الاستعانة بالمنهج المقارن أساسا إضافة إلى آليات التحليل والوصف، وذلك لإظهار مدى الاتفاق والاختلاف والتداخل بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، ضمن المباحث الثلاثة الآتية:

المبحث الأول مفهوم الحيابة

المبحث الثاني آثار الحيابة

المبحث الثالث الأساس الفلسفي لاختلاف أثر الحيابة بين القانون والفقه الإسلامي

المبحث الأول مفهوم الحيابة

للإلمام بمفهوم الحيابة، ينبغي التطرق إلى تعريفها في مطلب أول، ثم نذكر شروطها التي اشترطها القانون والفقه للاعتداد بها كواقعة منتجة، في مطلب ثان.

المطلب الأول تعريف الحيابة

بما أن القانون لم يعرف الحيابة، وترك الأمر للفقه، فسكنتمني بما أسهم فيه الفقه في صياغة تعريف للحيابة، مع سبق ذلك بتعريف لغوي يوضح أصل المصطلح في الفرع الأول، وفي الفرع الثاني نتناول خصائص الحيابة، ثم ننهي المطلب بفرع ثالث في عنصرَي الحيابة.

الفرع الأول التعريف اللغوي: الحيابة لغة من الفعل الثلاثي (حاز) يجوز حَوْزا وحيابة، وقد ورد للفعل معان كثيرة في معاجم اللغة، ومنها الجمع، وضم الشيء. قال ابن منظور في لسان العرب في مادة (حوز): "وكل من ضم شيئا إلى نفسه من مال أو غير ذلك فقد حازه حوزا وحيابة"¹

الفرع الثاني التعريف الفقهي

1. تعريف فقهاء القانون: ولا يبعد هذا التعريف عما انتهى الفقه الوضعي كما سنعرض له؛ إذ عرفها الأستاذ بلحاج العربي بما يلي: "الحيابة واقعة مادية (fait matériel) قوامها سيطرة فعلية على شيء يجوز التعامل فيه، من شأنها أن تنتج الآثار القانونية"²

كما عرفها الأستاذ السنهوري قريبا من ذلك بالقول: "ويخلص من هذا التعريف³ أن الحيابة وضع مادي ينجم عن أن شخصا يسيطر سيطرة فعلية على حق، سواء كان الشخص هو صاحب الحق أو لم يكن". ويلحق بتعريف الحيابة أن من خصائصها أنها: سيطرة فعلية على عين؛ وان هذه العين جائر التعامل فيهان وبذلك تمتنع حيابة

¹. أبو الفضل جمال الدين محمد بن مكرم بن منظور، لسان العرب، مراجعة يوسف البقاعي وآخرين، بيروت دار الأعلمي، الطبعة الأولى 2005، ص 985.

². بلحاج العربي، الحقوق العينية في القانون الجزائري، الجزائر، دار هومة، الطبعة الثانية، 2017، ص 374.

³. يشير إلى التعريف الذي ورد في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي للتقنين المصري الجديد، انظر: أحمد عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، المجلد التاسع، أسباب كسب الملكية، بيروت دار إحياء التراث العربي، دون تاريخ، ص 784.

الأموال العامة، وحيازة الأملاك الوقفية، حيازة تؤدي إلى كسب الملكية¹؛ ولا ترد إلا على حق عيني أصلي أو تبعي، ولا ترد على الحقوق الشخصية ولا على الحق المعنوي.²

2- تعريف الفقه الإسلامي: ترد الحيازة في الفقه الإسلامي أحيانا بلفظها وأحيانا بعبارة: وضع اليد، ولم يكن الفقهاء القدامى يعرفونها بل لم يكونوا يذكرونها في باب أسباب التملك، ولكنهم يذكرونها حين الحديث عن القضاء والشهادة والبيّنات، لكن الفقيه المالكي محمد عرفة الدسوقي في حاشيته على شرح الدردير على مختصر خليل عرفها على أنها: « وضع اليد على الشيء والاستيلاء عليه والتصرف، ويكون بواحد من أمور سكنى أو إسكان أو زرع أو غرس أو استغلال أو هبة أو صدقة أو بيع أو هدم أو بناء أو قطع شجر...»³ والملاحظ أن التعريف ذكر أساليب ممارسة الحيازة كأنه على سبيل التعميد الذي يوشك أن يكون حصرا، وبالتالي ذكر كل ما يتعلق بالتصرف الفعلي والقانوني.

المطلب الثاني: شروط الحيازة

إذا قامت الحيازة على عنصرها المادي والمعنوي كما سبق البيان، فإن هذا لا يكفي حتى تكون خالية مما يعرف بعيوب الحيازة، أو لا بد من توفرها على شروط الحيازة، لتؤتي آثارها، ويمكن حمايتها بدعاوى الحيازة. وهذه الشروط هي: الاستمرار والهدوء والعلانية والوضوح.

- أولا الاستمرار (أو عدم التقطع) ويقصد به أن يد الحائز تبقى على العين طيلة مدة الحيازة⁴، وأن تتوالى أعمال الحيازة في فترات متقاربة منتظمة بما تقتضيه حالة استعمال العين المحوزة للمالك في العادة⁵، أو أن ينقطع عن استعمالها أو استغلالها كما يفعل المالك في العادة، لأنه يظهر بمظهر المالك فيما يتصرف فيه.

وقد أشار إلى هذا الشرط قانون الإجراءات المدنية والإدارية، إذ اشترط لرفع دعاوى الحيازة العقارية فيما عدا دعوى استرداد الحيازة أن تكون الحيازة "هادئة وعلنية ومستمرة لا يشوبها انقطاع وغير مؤقتة دون لبس..."⁶ واستمرار الحيازة في الفقه الإسلامي المالكي خاصة، وإن لم يشر إلى تحديدها وفرز معناها، إلا أنه يفهم من تحديدها لمدد الحيازة بمختلف حالاتها أنها لم تنقطع، وإن الحائز لم يفوت الشيء المشهود فيه ولم تنقل حيازته إلى غيره بأي وجه من أوجه الانتقال من بيع أو هبة...¹

¹ - بن مشرّن خير الدين، إدارة الوقف في القانون الجزائري، (مذكرة ماجستير، كلية الحقوق جامعة تلمسان، 2011_2012) ص 36.

² - بلحاج العربي، مرجع سابق، ص 375.

³ - محمد عرفة الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، المجلد 3، دار الفكر دون تاريخ، ص 233.

⁴ - محمد ابن معجوز، الحقوق العينية في الفقه الإسلامي والتقنين المغربي، الدار البيضاء، مطبعة النجاح الجديدة، 2016، ص 321.

⁵ - أحمد عبد الرزاق السنهوري، مرجع سابق، ص 842-843.

⁶ - القانون 08-09 المؤرخ في 18 صفر 1429 الموافق 25 فبراير 2008 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ج. ر. رقم 21 ليوم

2008/04/23، المادة 524.

- ثانيا الهدوء. ويقصد بهذا الشرط ألا تقتزن الحيابة بإكراه من جانب الحائز، بأن تكون الحيابة خالية من القوه أو التهديد أو الخصومة أو النزاع، وبدون عنف أو غش أو تحايل وبدون غضب أو سرقة أو طرق احتيالية². وفي عدم اعتبار الحيابة بالإكراه منتجة لأثرها، يصرح الفقيه المالكي ميارة الفاسي بأنه من شرائطها بأن لا يكون للمحوز عليه مانع من خوف³، وفي المعنى نفسه يقول الشيخ الدردير في شرحه على مختصره " وكذا إن كان المدعي غائبا، أو كان حاضرا ومنعه من التكلم مانع فإنها تسمع دعواه ويثبتته، ومحل عدم سماع بيّنة المدعي ما لم يكن الحائز مشهورا بالعداء، والغضب لأموال الناس فإن الحيابة لا تنفعه..."⁴.

- ثالثا العلانية . وتعني أن يتصرف الحائز تحت سماع الناس وبصرهم، بعيدا عن الخفاء والتستر خاصة عمن يراد الاحتجاج بها عليه⁵. وكذلك نص المشرع الجزائري على أنه إذا حصلت الحيابة خفية ... فلا يكون لها أثر تجاه من أخفيت عنه الحيابة...⁶.

وقد بين الفقه المالكي هذا الشرط في أكثر من مرجع، حيث يقول الإمام مالك: إذا كان حاضرا يراه يبني ويهدم ويكري فلا حجه له⁷، كما ينقل ميارة الفاسي عن الفقيه المازري أن الحيابة تصح بسبعة شروط منها أن يكون (المحوز عليه) حاضرا عالما بالغا رشيدا⁸.

وكما نرى فإن المالكية يقوون شرط العلانية بشرط آخر هو شرط حضور المحوز عليه في البلد، فإنه إذا ادعى عدم الحضور أو عدم العلم بتصرفه وأثبت ذلك سُمع كلامه.

- رابعا الوضوح : هو عدم اللبس، فتكون الحيابة مشوبة بعيب الغموض أو اللبس، وذلك إذا اشتبه أمرها فيما يتعلق بعنصر القصد أو العنصر المعنوي، فتحتمل معنيين: معنى أن الحائز يحوز لحساب نفسه خاصة، ومعنى أنه يحوز لحساب غيره، أو لحساب نفسه وغيره معا⁹. وينضاف إلى الغموض أن تكون الحيابة غير ثابتة الخلو من عيوبها الأخرى.

¹ - محمد ابن معجوز، مرجع سابق، ص 311 .

² - بلحاج العربي، مرجع سابق، ص 394 .

³ - ميارة الفاسي، أبو عبد الله محمد بن أحمد المالكي، شرح ميارة الفاسي على تحفة الحكام في نكث العقود والأحكام، تحقيق مصطفى شتات، القاهرة المكتبة التوفيقية، دون تاريخ، ص 302 .

⁴ - الصاوي المالكي، أحمد بن محمد، بلغة السالك لأقرب المسالك إلى مذهب الإمام مالك، المجلد الثاني، بيروت، دار المعرفة، 1988، ص 379 .

⁵ - بلحاج العربي، مرجع سابق، ص 395 .

⁶ - الأمر 58/75، المؤرخ في 20 من رمضان 1395 الموافق 26 سبتمبر 1975، المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم، المادة 2/808.

⁷ - مالك بن أنس، المدونة الكبرى، مرجع سابق، ص 59 .

⁸ - ميارة الفاسي، مرجع سابق، ص 302 .

⁹ - أحمد عبد الرزاق السنهوري، مرجع سابق ص 856

وقد ورد ما يشير عند المالكية إلى وجوب تحرير الحيازة من كل ما يلتبس بها على (المحوز عليه) أي المالك، فعندهم لو كان الحائز أجنبيا شريكا فتصرف بغير الهدم والبناء وما يماثله (من تصرفات مادية أو قانونية) بالسكنى أو الإسكان لم تتم له الحيازة لقيام الشبهة¹

المبحث الثاني آثار الحيازة في القانون الجزائري والفقهاء الإسلامي

إذا تمت الحيازة بعنصرها المشار إليهما، وبشروطها التي ذكرناها فقد أصبحت واقعة قانونية منتجة قانونيا وإن اختلف أثرها بين القانون والفقهاء الإسلامي. وسنعرض لما يقرره القانون من آثار على الحيازة في مطلب أول، ولما ذهب إليه الفقهاء الإسلامي في مطلب ثان.

المطلب الأول أثر الحيازة في القانون الجزائري

سنوجز الحديث في هذه الأحكام حتى لا نخرج عن هدف استخلاص ثمرة المقارنة بين القانون والفقهاء الإسلامي؛ فبغض النظر عن اعتبار الحيازة في المنقول قرينة على الملكية طبقا للقاعدة المعروفة "الحيازة في المنقول سند الحائز"²، فإن المادة 3/835 من القانون المدني الجزائري³ تجعل الحيازة ذاتها قرينة على وجود السند الصحيح الصحيح وحسن النية، ما لم يقدّم دليل على خلاف ذلك "فبغض النظر عن الوظيفة الإثباتية للحيازة باعتبارها قرينة قانونية على الملكية، إلا أن أثرها الأقوى هو في كونها سببا من أسباب كسب الملكية. ويختلف هذا السبب في أثره في العين المحوزة بين العقار والمنقول من جهة، وفي الحائز بين الحائز حسن النية، والحائز سيئ النية.

فقد نصت المادة 827 على أنه "من حاز منقولا أو عقارا أو حقا عينيا منقولا كان أو عقارا دون أن يكون مالكا له أو خاصا به صار له ذلك ملكا، إذا استمرت حيازته له مدة خمس عشرة سنة بدون انقطاع" وهذه المدة المذكورة في المادة هي عامة في العقار والمنقول، وفي الحائز حسن النية وسيئها، فإذا استوفاهما الحائز، وكانت حيازته مكتملة لركنيتها المادي والمعنوي، ومستوفية لشروطها أصبح مالكا للعين المحوزة⁴ التي يمكن

¹ - محمد حسنين بن محمد مخلوف العدوي، المقارنات التشريعية تطبيق القنون المدني والجنائي على مذهب الإمام مالك، المجلد الثاني، دراسة وتحقيق محمد أحمد سراج، وعلي جمعة محمد، القاهرة، دار السلام، الطبعة الأولى، 1999، ص 706.

² - تستخلص هذه القاعدة من فحوى المادة 835 من القانون المدني الجزائري أنظر الأمر 58/75 المشار إليه سابقا.

³ - المرجع نفسه، الموضع نفسه.

⁴ - أحمد عبد الرزاق السنهوري، مرجع سابق، ص 983 وما بعدها.

ممارسة الحيازة عليها، أي أن الحيازة كما أشرنا سابقا، ليس لها أثر على الأملاك العامة ولا على الأراضي الموقوفة¹، ولا على الأراضي التي خضعت للمسح.

كما تجدر الإشارة إلى أن التقادم المكسب على الحقوق الميراثية قد أطاله المشرع الجزائري إلى ثلاث وثلاثين سنة²؛ وبالمقابل فقد قصر مدة التقادم المكسب على العقارات إلى عشر سنوات، وذلك متى توافر في الحائز حسن النية، وكانت مستندة إلى سند صحيح.

وحسن النية هو اعتقاد الحائز أنه تلقى الحق من مالك، وهو مما لقاضي الموضوع عليه رقابة³.

أما السند الصحيح فقد تكفل المشرع بتوضيحه بأنه تصرف صادر عن غير مالك، أو صاحب للحق المراد كسبه بالتقادم، بسند يجب إظهاره إذا تعلق الحيازة بعقار أو حق عقاري⁴. غير أن الأمر في المنقول يختلف كثيرا لأن الحائز حسن النية إذا توفر على السند الصحيح تملك المنقول في الحال، ولم يكن بحاجة إلى مرور الزمن كما تقضي به المادة 835 من القانون المدني الجزائري⁵.

المطلب الثاني أثر الحيازة في الفقه الإسلامي

انقسم فقهاء الشريعة الإسلامية قسمين في موقفهم مما يترتب على الحيازة من آثار.

فرأى معظمهم وهم جمهور مجتهدي وفقهاء المذاهب الثلاثة غير المالكي أن الحيازة لا تعدو إذا تطاولت أن تكون دليلا على الملكية⁶، ونعرض لهذا الاتجاه في الفرع الأول؛ بينما اتجه الفقه المالكي في معظمه إلى ترتيب الملك على وضع اليد لمدة معينة كما سنبسطة في الفرع الثاني.

الفرع الأول الحيازة كإجراء مانع من سماع دعوى الملك في الفقه الإسلامي

إذ يرى جمهور الأحناف والشافعية والحنابلة أنه إذا تم وضع اليد على العقار لمدة أقل من خمس عشرة سنة، وكانت هادئة، وعلنية، وغير ملتبسة، ثم عارض المالك الحقيقي فإن سند ملكيته يعتبر أقوى من قرينة الحيازة الظاهرة للحائز، وتسمع دعوى المالك، وتنقطع بها حيازة الحائز، أما إذا استمرت الحيازة حتى استوفت خمس عشرة سنة، فإنها مع ذلك لا تعد سببا لكسب ملكية العقار، ولكنها تعد مانعا من سماع دعوى المالك، أي أن دعوى استحقاق

¹ . انظر القانون 02/07 الصادر بتاريخ 2007/02/27، المتضمن تأسيس إجراء لمعينة حق الملكية وتسليم سندات الملكية عن طريق تحقيق عقاري، المادة 03، ج ر رقم 15.

² . الأمر 58/75 المتضمن القانون المدني والمشار إليه سابقا، المادة 829.

³ . أحمد عبد الرزاق السنهوري، مرجع سابق، ص ص 1103، 1105.

⁴ . الأمر 58/75 المشار إليه سابقا، المتضمن القانون المدني، المادة 3/828.

⁵ . المرجع نفسه، المادة 835.

⁶ . انظر كامل موسى، مرجع سابق، ص 46؛ وكذلك : مفتاح دليوح، تملك الأراضي الفلاحية بإحيائها واستصلاحها (مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة البليدة، 2006 - 2007) ص 40

العقار ترفض شكلا بمرور خمس عشرة سنة، وهو ما قضت به المادة 1660 من مجلة الأحكام العدلية المؤسسة على أحكام المذهب الحنفي، وبذلك قضت محاكم الدولة العثمانية في آخر عهودها.

فالتقادم يعدّ في المذاهب الفقهية الإسلامية الثلاثة ما عدا المالكية مانعا من سماع الدعوى، لا على أنه سبب للتملك ؛ وعدم سماع القاضي للدعوى إجراء لاجتناب عراقيل الإثبات ومشكلاته بعد التقادم للشك في الحق المطالب به أما أصل الحق إن كان فهو باق في ذمة الحائز لصاحبه، ويجب وفاؤه به ديانة، ويمكن أن يرجع له بالإقرار¹. وهذا الحكم مما يخالف فيه الفقه الإسلامي مبادئ الفقه الوضعي، وهو راجع إلى أسس كلا الفقهين، مما سنرجع إليه لاحقا في تحليل اختلاف اتجاه كلا الفقهين.

والخلاصة كما يقول الأستاذ كامل موسى " فإن الشريعة الإسلامية لا تعتبر التقادم سببا مكسبا للملك لما في ذلك من إبطال حقوق المالك الحقيقي، ولكنها تعتبر التقادم مانعا من سماع دعوى المالك إذا تركها مدة معينة بشروط" واستثنى الحنفية من ذلك بعض الدعوى، من ذلك المحالّ ذات النفع العام كالطرق والأنهار... وكذا الوقف الذي أطالوا مدة التقادم فيه إلى ست وثلاثين سنة.²

وقد استند الجمهور في ما ذهبوا إليه على أن كسب الحقوق بجزائها ومرور الزمن لا يتفق مع مبادئ وكليات الشريعة لقوله تعالى " يا أيها الذين آمنوا لا تاكلوا أموالكم بينكم بالباطل"³، وقوله عليه الصلاة والسلام: " لا يحل مال مرئ مسلم إلا بطيب نفسه"⁴ وكذا ما جاء في رسالة عمر بن الخطاب الشهيرة في القضاء إلى أبي مسلم الأشعري، وهو قوله: "فإن الحق قدس ولا يبطله شيء"⁵

الفرع الثاني الحيابة كسب من أسباب كسب الملكية

وقد اتجه إلى اعتبار الحيابة سببا في التملك أحد زعماء المذاهب الفقهية الإسلامية الكبيرة وهو الإمام مالك، منذ وقت مبكر في تاريخ التشريع الإسلامي، أي منذ القرن الثاني للهجرة، وقد ذهب هذا الاتجاه إلى أن الحيابة سبب في التملك على أساس أن سكوت المالك لمدة عشر سنين يؤدي إلى سقوط حقه، مشبها في ذلك محيي الأرض الذي تركها فجاء من أعاد إحياءها، وملكها فكلاهما يُحكم بسقوط ملكه وابتداء ملك غيره تمكيننا لاستقرار الحقوق والمعاملات فيها، وعدم ترك المال دون تعلقه بمالك⁶.

¹. علي حيدر، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، تعريب فهمي الحسيني، المجلد الرابع، الرياض دار عالم الكتب، طبعة 2003، 298.

². كامل موسى، مرجع سابق، ص 47.

³. القرآن الكريم، سورة النساء (برواية ورش عن نافع)، الآية 29.

⁴. أخرجه أحمد في مسنده، انظر، بشار عواد معروف وآخرين، المسند الجامع لأحاديث الكتب الستة ومسانيد أخرى، المجلد 17، الطبعة الأولى، بيروت دار الجيل، والكويت: الشركة المتحدة، 1993، ص 263.

⁵ ابن قيم الجوزية، شمس الدين أبو عبد الله محمد، إعلام الموقعين عن رب العالمين، بتحقيق محمد محيي الدين عبد الحميد، الجزء الأول، بيروت المكتبة العصرية، ص 69.

⁶. راجع للتفصيل عدلي أمير خالد، اكتساب الملكية العقارية بالحيابة في الفقه الإسلامي، الإسكندرية، دار المطبوعات الجامعية، 1999، ص 133،

قال مالك في المدونة: "إذا كان حاضرا (أي المالك) يراه (يرى الحائز) يبني ويهدم ويكري فلا حجة له"¹. واشترط المالكية للحيازة وضع اليد لمدة معلومة، وأن يتصرف الحائز تصرف المالك، وألا يُنازَع فيها، وأن يكون ذلك بحضور من المالك وعلمه مع بلوغه الرشد، وعدم قيام مانع يمنعه من التمتع بملكه...² وقدّر أكثرهم وضع اليد بعشر سنين استنادا إلى حديث مرفوع إلى النبي صلى الله عليه وسلم أنّ "من حاز شيئا عشر سنين فهو له" وذلك إذا كان قبل الأجنبي، وبأربعين سنة وقيل خمسين بين الأقارب المتشاركين في ميراث أو غيره³. وذهب بعض متأخري المالكية إلى أن القانون الفرنسي يوافق ما ذهب إليه المذهب من ثمة التملك بالحيازة لعشر سنين بشروطها، وعدم قبول بيّنة المالك في مقابلها.⁴ فهذا هو على الإجمال موقف الفقه الإسلامي من الحيازة، فجمهوره ينكر أن يكون للحيازة أثر في التملك كسبب، إلا الإمام مالكا ومن شايعه من فقهاء المذهب. وقد اختلفت رؤية القانون عن رؤية جمهور فقهاء الشريعة الإسلامية لأسباب ترجع إلى الأسس الفلسفية والعقدية، وغايات كل منهما، وذلك ما سنبحثه في المطلب الأخير.

المبحث الثالث الأساس الفلسفي في اختلاف آثار الحيازة في القانون عنها في الفقه الإسلامي

ونعرض فيه للأساس الفلسفي الذي نتج عنه اختلاف آثار الحيازة بين القانون والفقه الإسلامي. فمثلا يختلف القانون عن الفقه الإسلامي في مصدره وصياغته، فإنه يختلف - وإن بصورة أخف - عن الفقه الإسلامي في غاياته ومراميه، ومن المهم أن نعرض لتلك الأسس العقائدية والفلسفية التي على أساسها اختلفت آثار الحيازة في القانون عنها في الفقه الإسلامي، وهو ما نبينه في المطلبين الآتيين: المطلب الأول في الأساس الفلسفي للحيازة في القانون، والمطلب الثاني في الأساس الفلسفي لها في الفقه الإسلامي.

المطلب الأول الأساس الفلسفي للحيازة في القانون

نتج عن اختلاف المصدر في القانون عنه في الفقه الإسلامي بعض الاختلاف في المقاصد، وفي التنفيذ، فإذا كان مصدر القاعدة القانونية عموما هو أنها وُضعت من قبل مشترعين قد قلبوا محتوى القاعدة القانونية بناء على اختلاف وجهات نظر الأفراد ومشاربهم السياسية والفكرية، واستمدادهم لهذه القاعدة من سلطة أعلى، أو من عرف جارٍ، أو من تطور يمر به المجتمع⁵... فسيصل بهم إلى مراعاة هذا المصدر، وبالتالي تكون القاعدة القانونية هادفة إلى

¹ - الإمام مالك بن أنس، المدونة الكبرى، رواية سحنون بن سعيد التنوخي عن ابن القاسم، ضبط وتخريج محمد محمد تامر، القاهرة المكتبة الثقافية الدينية، 2004، ص 59.

² - ميارة الفاسي، مرجع سابق، ص 302.

³ - الحديث ورد في مدونة مالك، وضعه المحقق، انظر: مالك بن أنس، المدونة، مرجع سابق، ص 609.

⁴ - محمد بن حسن بن مخلوف العدوي، مرجع سابق، ص 706.

⁵ - إبراهيم أبو النجا، محاضرات في فلسفة القانون، الجزائر، ديوان المطبوعات الجامعية، الطبعة الثالثة، 1992، ص 5.

إلى الحفاظ على الاستقرار المجتمعي، واستقرار المعاملات بين الأفراد، وتحقيق العدل الذي ينشده القانون طيلة تاريخ تطوره، وهو العنصر المثالي في القاعدة القانونية¹ التي لا تتحقق إلا بحسب ما يظهر من الوقائع والإثباتات، فكثيرا ما تكون الحقيقة الواقعية مخالفة للحقيقة القضائية التي يعترف بها القضاء ويحكم على أساسها.

فمن ذلك أن الواقع في الحياة التي أدت إلى تملك الحائز عينا هي في الأصل لغيره، وهو الذي أدى إلى أن يغلب القانون قرينة ظاهر الحال مع التقادم، وجعل من هذه القرينة قرينة قاطعة لا تقبل إثبات العكس، وذلك حفاظا على هذه الحال الظاهرة والتي هي عنوان على استقرار العلاقات المالية والتعاقدية.

ولا شك أن أساس الاعتراف بالحياة ضمن الأسباب المؤدية للتمليك بشكل ما في النظم التشريعية المختلفة هو الذي يبرر وجودها ويظهر ذلك خاصة في ما تسبغه التشريعات عليها من أحكام حمائية.

وقد كانت النظرية الشخصية في الدراسات القانونية بزعامة الفقيه الألماني صافيني (Savigny) ترى أن حماية الحياة تبررها ضرورة الحفاظ على الأمن الجماعي ضد أعمال العنف والتعدي، ولهذا كان ضروريا حماية الحياة لذاتها، أي حتى ولو لم تؤد إلى تملك؛ ويستشهد فقهاء هذا الاتجاه بقولة شهيرة للفيلسوف الألماني غوته (Goethe) "أن اللامعالة أفضل من الفوضى"²

وفي المقابل فإن الاتجاه الموضوعي في فلسفة القانون يبرر حماية الحياة بحماية نتيحتها (الملكية) أي حماية الحق، أما الحياة غير المؤدية إلى الملكية فإن حمايتها حماية للنظام العام، وبالأخص النظام الاقتصادي، لما تمثله الحياة من قيمة اقتصادية للحائز وللمجتمع.³

المطلب الثاني الأساس الفلسفي للحياة في الفقه الإسلامي

ولا يتعد الفقه الإسلامي عن تعليل عدم سماع دعوى المالك في مقابل الحائز الذي استوفى مدة التقادم المانع من سماع الدعوى، إذ أنه من الحكمة والمصلحة، بل من الضرورة - كما يقول الأستاذ كامل موسى - " أن يبقى القدم على قدمه محافظة على الاستقرار في المعاملات الاقتصادية وعلى الأمن في الحياة الاجتماعية، وقد يكون الظاهر فعلا مخالفا للحقيقة؛ والاعتداد بالتقادم سببا في خسارة حقوق الناس، ولكن ذلك نادر والعبارة للغالب الشائع لا للنادر"⁴.

وحتى الملكية الذين ذهبوا إلى التملك بالحياة بشروطها، فقد استندوا إلى مبدأ شرعي مستخلص من الحديث النبوي سالف الذكر "من حاز شيئا عشر سنين فهو له" علما أن ذلك محمول بداهة على حسن النية، فإن انطوت

¹. المرجع السابق، ص 129.

². ويس فتحي، الأسس التاريخية والفلسفية لحماية الحياة وأثرها في التشريعات الحديثة، دراسة مقارنة (مقال بالجملة العربية للنشر العلمي AJSP، الجزائر، عدد 19، بتاريخ 2020/05/02، ص، 76. / issn 2663- 5798

³. المرجع نفسه، ص 84.

⁴. كامل موسى، مرجع سابق، ص 46

الحياسة على سوء نية فإنها محكومة بمبدأ شرعي آخر هو "الأمر بمقاصدها"¹ والمشتق من الحديث الصحيح "إنما الأعمال بالنيات"؛ وبما أن هذه النيات لا يمكن الحكم عليها قضائياً ما لم يدل الدليل عليها، فإنها متروكة للجانب الديباني لدى الشخص، وهذا هو الجانب الذي تغطي به الشريعة الإسلامية فجوة القانون الذي لا يحكم إلا على الظواهر من السلوكات، وهو الأمر الذي يضيف على المعاملات المدنية صفة ديبانية إضافة لصفته الأصلية كتصرفات مدنية بحتة.

ولا شك أن الأخلاق ليست مقصودة تماماً من المعالجات القانونية المدنية للسلوك الاجتماعي على غرار مبادئ حسن النية، والالتزام بالإعلام وإبطال التصرف بسبب التدليس، ومنع الغش والتزوير والغبن... إلخ إلا أن صفة المثالية في القوانين الوضعية أضعف منها في الفقه الإسلامي الذي يوازن بين الغاية النفعية والواقعية من جهة والسمو المثالي من جهة أخرى، ذلك الذي تتعدى فيه الجزاءات الحياة الدنيا إلى الحياة الآخرة²؛ ولا عجب أن يختلف حكم الظاهر عن حكم الباطن الديباني، فالقضاء بخلاف الحقيقة الواقعية لا يحل حراماً في الشريعة ولا يجرم حلالاً.

الخاتمة:

رأينا أن مسألة الحياسة بمتعلقاتها تعتبر نموذجاً عن اختلاف وجهة نظر كل من القوانين الوضعية والفقه الإسلامي في بعض القضايا التي يظهر فيها أن مقاصد كليهما ستختلف بعض الاختلاف، وأن مجال الفقه الإسلامي يمتدّ لأكثر من الحكم على الوقائع والتصرفات بظاهرها، بل إن صفته الدينية سيكون لها تأثير في الحكم على سلوك الأشخاص، وحتى وإن كان حكمه ظاهرياً فإنه يخاطب الفرد بأن الحكم بخلاف الحقيقة الواقعية لا يحل ما حرّمته الشريعة الإسلامية، وأن كسب العين بالتقادم بعد أن لم يُسمع فيها دعوى صاحبها لا يحول الحرام حلالاً عند الله. وكان من ثراء الفقه الإسلامي أنه لم يكن على رأي واحد في عدم اعتبار الحياسة سبباً من أسباب التمليك، بل إن رأياً آخر لفقهاء مالكيين اتفق مع القانون في تغليب الجانب المدني المعاملاتي على الصفة الديبانية، واعتبر الحياسة مكسبة للملكية .

وكما تعتبر أحكام الحياسة نموذجاً لتعليل الاختلاف بين القانون والفقه الإسلامي، فإنها تعتبر كذلك نموذجاً في اتفاقهما وتلاقحهما في بعض هذه الأحكام، كالمبدأ البسيط في الاعتداد بمرور الزمن وتأثيره في الاعتراف بالملكية بعد وضع اليد لمدة محددة، فللزم أثر في تغيير المراكز القانونية لأصحابها تبعاً للواقع والظاهر. غير أن القانون يحرص على إعمال أثر الواقع الظاهر أكثر من استهداف التسامي القيمي والمثالية اللذين ينشدهما الفقه الإسلامي، الذي لا تنفك نظرتة عن القيم الخلقية ولا تصادمها، بل تُعليها وتمزجها بالأحكام المعاملاتية.

¹. انظر في شرحه: مصطفى أحمد الزرقاء، المدخل الفقهي العام، المجلد الثاني، دمشق، دار الفكر، الطبعة العاشرة، 1968، ص 965.

². للتوسع ينظر: وهبة الزحيلي، مرجع سابق، المجلد الأول، ص ص 22، 23.

على أننا يمكن أن نعرش على ما يجمع بين غايات كلا النظامين القانونين: الشريعة والقانون الوضعي، وذلك من خلال الوسيلة التي يصل بها كلا النظامين إلى تحقيق العدل في حق التملك وحماية هذا الحق، فقد وصلت اجتهادات المشرعين منذ أكثر من قرن ونصف إلى نظام الشهر العيني¹، الذي تقوم من خلاله مصالح الدولة بمسح جميع عقارات إقليمها البري وتصنيفها ووصفها ووضع بطاقات عقارية ثم دفاتر عقارية لها، بحيث لا تتم أي تصرفات عليها إلا من خلال شهرها وإعلام الكافة بها، واستتبع ذلك أنه انتفى معها إمكانية كسب هذه العقارات بوضع اليد عليها مع التقادم، لأن هذه الواقعة لا تغير حقيقة نسبة العقار إلى مالكة مادام مسموحاً؛ لذا فإن هذه المصلحة هي من المصالح المرسلّة المعترية في الفقه الإسلامي لما فيها من مقصد حفظ الأموال، كما أنها توافق مبدأ الإثبات المقرر في الشريعة للحفاظ على الحقوق المالية وحمايتها، وبالتالي فإن نظام التسجيل والشهر العقاريين مما يقره الفقه الإسلامي ويدعم الأخذ به، ويقضي على إشكالات وضع اليد وتملك العقارات بجيازتها وبغير وجه حق كما يرى معظم الفقه الإسلامي².

قائمة المصادر والمراجع

- القرآن الكريم، (برواية ورش عن نافع).

1. المصادر

1. الأمر 58/75، المؤرخ في 20 من رمضان 1395 الموافق 26 سبتمبر 1975، المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم.
2. القانون 02/07 الصادر بتاريخ 2007/02/27، المتضمن تأسيس إجراء لمعانة حق الملكية وتسليم سندات الملكية عن طريق تحقيق عقاري، ج ر رقم 15.
3. القانون 08-09 المؤرخ في 18 صفر 1429 الموافق 25 فبراير 2008 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ج ر رقم 21 ليوم 2008/04/23.

2. المراجع

- 1) أبو الفضل جمال الدين محمد بن مكرم بن منظور، لسان العرب، مراجعة يوسف البقاعي وآخرين، بيروت دار الأعلمي، الطبعة الأولى 2005.
- 2) أحمد عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، المجلد التاسع، أسباب كسب الملكية، بيروت دار إحياء التراث العربي، دون تاريخ.
- 3) إبراهيم أبو النجا، محاضرات في فلسفة القانون، الجزائر، ديوان المطبوعات الجامعية، الطبعة الثالثة 1992.
- 4) ابن قسيم الجوزية، شمس الدين أبو عبد الله محمد، إعلام الموقعين عن رب العالمين، بتحقيق محمد محيي الدين عبد الحميد، الجزء الأول، بيروت المكتبة العصرية، الطبعة الثالثة، 2003.
- 5) أحمد بن محمد الصاوي المالكي، بلغة السالك لأقرب المسالك إلى مذهب الإمام مالك، بيروت دار المعرفة، 1988.
- 6) الإمام مالك بن أنس، المدونة الكبرى، رواية سحنون بن سعيد التنوخي عن ابن القاسم، ضبط وتخرّج محمد محمد تامر، القاهرة المكتبة الثقافية الدينية، 2004.

¹ . كانت أول الدول تطبيقاً لنظام التسجيل العيني هي أستراليا بموجب قانون تورنس، وذلك سنة 1858، انظر في ذلك خلفوني مجيد، نظام الشهر العقاري في القانون الجزائري، الجزائر، الديوان الوطني للأشغال التربوية، 2003، ص 18.

² . انظر عدلي أمير خالد، مرجع سابق، ص 248.

- (7) بشار عواد معروف وآخرين، المسند الجامع لأحاديث الكتب الستة ومسانيد أخرى، المجلد 17، الطبعة الأولى، بيروت دار الجيل، والكويت: الشركة المتحدة. 1993.
- (8) . بلحاج العربي، الحقوق العينية في القانون الجزائري، الجزائر، دار هومة، الطبعة 2، 2017 .
- (9) . بن مشرين خير الدين، إدارة الوقف في القانون الجزائري، (مذكرة ماجستير، كلية الحقوق جامعة تلمسان، 2011_2012) .
- (10) . خلفوني مجيد، نظام الشهر العقاري في القانون الجزائري، الجزائر، الديوان الوطني للأشغال التربوية، 2003.
- (11) . عدلي أمير خالد، اكتساب الملكية العقارية بالحيازة في الفقه الإسلامي، الإسكندرية، دار المطبوعات الجامعية، 1999.
- (12) . علي حيدر، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، تعريب فهمي الحسيني، المجلد الرابع، الرياض: دار عالم الكتب، طبعة 2003.
- (13) . كامل موسى، أحكام المعاملات، بيروت مؤسسة الرسالة، الطبعة الثانية، 1998 .
- (14) . محمد ابن معجوز، الحقوق العينية في الفقه الإسلامي والتقنين المغربي، الدار البيضاء، مطبعة النجاح الجديدة، 2016.
- (15) . محمد حسنين بن محمد مخلوف العدوي، المقارنات التشريعية تطبيق القانون المدني والجنائي على مذهب الإمام مالك، المجلد الثاني، دراسة وتحقيق محمد أحمد سراج، وعلي جمعة محمد، القاهرة دار السلام، الطبعة الأولى، 1999.
- (16) . مصطفى أحمد الزرقاء، المدخل الفقهي العام، المجلد الثاني، دمشق دار الفكر، الطبعة العاشرة، 1968.
- (17) . مفتاح دليوح، تملك الأراضي الفلاحية بإحيائها واستصلاحها (مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة البلديّة، 2006 - 2007)
- (18) . ميارة الفاسي، أبو عبد الله محمد بن أحمد المالكي، شرح ميارة الفاسي على تحفة الحكام في نكث العقود والأحكام، تحقيق مصطفى شتات، القاهرة : المكتبة التوفيقية، دون تاريخ.
- (19) . وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، دمشق، دار الفكر، الطبعة الثانية، 1985.
- (20) . ويس فتحي، الأسس التاريخية والفلسفية لحماية الحياة وأثرها في التشريعات الحديثة، دراسة مقارنة (مقال بالمجلة العربية للنشر العلمي AJSP الجزائر، عدد 19، بتاريخ 2020/05/02 / 5798 - 2663 issn