



الحقوق التي لا تؤثر فيها الحيابة

أ. بشير محمد الغرباني*

الحمد لله حق حمده، وصلى الله على سيدنا محمد نبيه وعبد، ورضي الله عن آله وصحبه، وتابعيهم القائلين بأمر الدين من بعده، وبعد.

فقد اختلف الفقهاء في إعمال الحيابة وتأثيرها في منع سماع دعوى المدعي، وعدم قبول بينته؛ فيرى كل من المالكية، ومتأخري الحنفية، وبعض متأخري الحنابلة، والإباضية، وصوّه ابن القيم⁽¹⁾، أن من حاز شيئاً، وتصرف فيه مدة معينة تصرف المالك في ملكه؛ من بناء، أو هدم، أو إجارة، أو عمارة، وهو ينسب لنفسه، ويضيفه لملكه، وإنسان حاضر يراه، ويشاهد أفعاله، وهو ساكت لا يعارضه، بلا عذر أو مانع من مطالبته، ثم أراد بعد هذه المدة أن يدعيها لنفسه، ويقم بينة بذلك، فلا تقبل دعواه، ولا بينته.

وذهب أكثر العلماء من الشافعية، ومتقدمي الحنفية، ومعظم الحنابلة، والظاهرية، إلى القول بعدم إعمال الحيابة الطويلة، فتسمع عندهم دعوى مدعي الملكية، وتقبل بينته ضد الحائز، مهما طالت مدة حيابته، إذ لا تأثير لمرور الزمن على ذلك، فهو ليس من الأسباب المسقطه للحقوق في الشريعة⁽²⁾.

* جامعة الفاتح

1- انظر المدونة 5/ 192، والبحر الرائق شرح كنز الدقائق 7/ 228، وتكملة حاشية ابن عابدين، قوة عيون الأخبار 7/ 487، والطرق الحكمية لابن القيم ص 127، والدرر السنية في الأجوبة النجدية 6/ 512 و513. وشرح كتاب النيل وشفاء العليل 13/ 117.

2- انظر المحلى لابن حزم 8/ 421. والمغني 8/ 107. ومغني المحتاج 4/ 151 وشرح منتهى الإرادات

وبناء على هذا ساركز في دراسة الحقوق التي لا تؤثر فيها الحيابة على مذهب المالكية، ومتأخري الحنفية القائلين بإعمال الحيابة، فهم الذين وضعوا شروط الحيابة، وحددوا مدتها، وكيفية حسابها، وكيفية إثباتها، والآثار المترتبة عليها، والحقوق التي لا تؤثر فيها. أما غيرهم من الفقهاء الذين لم يروا إعمال الحيابة الطويلة، فلم أتعرض لآرائهم؛ لأنهم لم يعنوا -نتيجة ذلك- بتفصيلاتها؛ من مددها، وشروطها، ونحو ذلك.

ونظراً إلى أن أكثر العلماء لا يرون إعمال الحيابة فإن التوسع في المقارنة بين الآراء الفقهية غير متاح في أكثر مسائلها؛ لعدم تعدد الأقوال فيها. وأبدأ هذا البحث بتعريف الحيابة، ومصطلحات لها صلة بها، وأهميتها.

تعريف الحيابة

لغة: الحاء، والواو، والزاي، أصلٌ واحد يدل على الجمع والضم؛ تقول: حُزْتُ الشَّيْءَ أَحْوزَهُ حَوْزاً وَحِيَابَةً: ضَمَمْتُهُ وَجَمَعْتُهُ؛ وكل من ضَمَّ إلى نفسه شيئاً فقد حازه، وحازه إليه، واحتازه إليه. وهناك لُغَةٌ في تصريف هذا الفعل تقول: حَازَهُ يَحِيزُهُ حَيْزاً من باب سار(3).

فقهاً: لا يبتعد التعريف الاصطلاحي للحيابة عن التعريف اللغوي؛ فقد دارت تعريفات الفقهاء للحيابة على أنها: ضم المرء واستيلاؤه على عين من الأعيان بحيث تكون تحت قدرته وسيطرته. جاء في شرح أبي الحسن المالكي على الرسالة قوله: «الحيابة هي وضع اليد، والتصرف في الشيء المحوز كتصرف المالك في ملكه»(4).

يركز الفقهاء في تعريف الحيابة على أهمية التصرف في الشيء المحوز، بأن يتمكن الحائز من خاصية تصرف المالك، ويقوم بأفعال مادية تظهره بمظهر صاحب حق الملكية، بأن يستغله ويستأثر به، ويباشر الأعمال التي يقوم بها المالك؛ لكنهم لم يسيروا إلى وجوب ادعاء الحائز أنه مالك للشيء المحوز، ولا وجوب التصرف فيه مدة مخصوصة، وغير ذلك من الأحكام كما هو الشأن في التعريفات؛ مرجئين ذكرها إلى

3- انظر معجم مقاييس اللغة، ولسان العرب، والمصباح المنير في مادة (حوز).

4- كفاية الطالب الرباني لرسالة ابن أبي زيد القيرواني 2/ 295.

شروط الحيابة وأحكامها.

تصح الحيابة في الأصول والعروض؛ من ثياب ودواب وغيرها، وهذا ما يشير إليه العموم لكلمة (الشيء) في تعريف الحيابة بأنها: «وضع اليد والتصرف في الشيء المحوز...»، والفرق بين الأصول والعروض حاصل في كيفية التصرف فيها وفي مدة الحيابة على تفصيل في كل ذلك.

مصطلحات لها تعلق بالحيابة

مفهوم الملك متميز عن الحيابة، إذ الملك -كما يعرفه ابن عرفة في حدوده- بأنه: «استحقاق التصرف في الشيء بكل أمر جائز، فعلا أو حكما، لا بنياية»⁽⁵⁾، أو كما يقول القرافي في فروقه: بأنه حكم شرعي مقدّر وجوده في عين أو منفعة يقتضي تمكين من يضاف إليه من الأشخاص انتفاعه بالعين أو المنفعة والعوض عنها، ما لم يوجد مانع من ذلك⁽⁶⁾.

من هذين التعريفين نرى أن الملك صفة شرعية توجب لموصوفها استحقاق التصرف في المملوك، سواء تصرف فعلا أم لا، إذ استحقاق التصرف يفيد أن الشخص أهل للتصرف، بأمر هذا التصرف أم لا⁽⁷⁾، بخلاف الحيابة الشرعية، فإن من أهم شروطها تصرف الحائز فعلا في الشيء المحوز بكيفية خاصة⁽⁸⁾. ويمكن أن نلمس فرقا آخر بين الحيابة والملك يتلخص في أن التصرف في الملك ثمرة للملك، بخلاف التصرف في الحيابة فيعتبر مظهرا من مظاهرها، ودليل عليها⁽⁹⁾.

5- حدود ابن عرفة 2/ 605. ويدخل بقوله: «حكما» ملك الصغير والمجنون والسفيه، لأنهم يستحقون التصرف حكما، لا فعلا، لعروض المانع، ولهم أن يباشروا التصرف عند زوال المانع. وقوله: «لا بنياية» أخرج تصرف الوكيل والوصي والمقدم، فليس أي من هؤلاء مالكا لما يتصرف فيه من المال؛ لأنهم لا يتصرفون فيه عن أنفسهم، بل نيابة عن غيرهم. انظر شرح الرصاع لحدود ابن عرفة 2/ 605 و 607.

6- الفروق للقرافي 3/ 208.

7- انظر شرح حدود ابن عرفة 2/ 606.

8- انظر مبحث شروط الحيابة العاملة 84.

9- انظر نظرية الدعوى 1/ 250.

مصطلح القبض و الحوز والحيازة والتحويز في باب العطايا غير مرتبط بأحكام الحيازة العاملة ومضي المدة، بل مفهومه يدور حول قبض المعطى له العطية، واستلامه لها، وما يترتب على ذلك من إتمام للعطية ورفع يد المعطي عن التصرف في الملك، ورد ذلك إلى يد المعطى أو نائبه، من وكيله، ووصيه، ومقدم قاضٍ.

فأهمية الحيازة في باب العطايا تكمن في توقف تمام العطية عليها؛ فموت المعطي، أو فلسه، أو مرضه، أو جنونه المتصلان بموته يبطلان العطية إذا لم يحصل حوز قبل أحد هذه الموانع، سواء أوقفاً كانت، أم صدقة، أم هبة، أم منحة، أم عمرى، أم عرية، أم غير ذلك من أنواع العطايا⁽¹⁰⁾. وللحيازة في باب الرهن معنى يشبه باب الحيازة في باب العطايا من حيث توقف تمام الرهن عليها، فإذا مات الراهن، أو فلس قبل القبض بطل الرهن، وأصبح دين المرتهن (الدائن) بغير رهن⁽¹¹⁾. والفرق بين الرهن والعطايا في هذا الحكم، أن العطايا يكفي فيها الحوز، ولا يشترط التحويز، بخلاف الرهن، فلا بد فيه من التحويز، وهو تسليم الرهن من الراهن للمرتهن.

10 - هذا مذهب المالكية، فهم يرون أن العطية تلزم بالقبول، وتتم بالقبض والحوز. ويرى الجمهور: الأحناف، والشافعية، والإباضية، والجعفرية، أنها تلزم وتتم بالقبض. ويتفق الحنابلة مع الجمهور في عطية ما يكال أو يوزن، فلا تلزم إلا بالقبض، أما في غير ذلك فيتفقون مع المالكية، وأما الظاهرية فيرون أنه لا تأثير للحيازة والقبض في باب التبرعات والعطايا؛ لأنها عقد من العقود يتم باللفظ. انظر المدونة 6/ 86 و 108، والشرح الكبير وحاشية الدسوقي عليه 4/ 78 و 101، والمغني 5/ 649 و 653، والمهذب للشيرازي وشرحه المجموع 16/ 348 و 352، والاختيار لتعليل المختار 3/ 58، وكتاب الجامع لابن بركة العماني 2/ 415، والمحلى 10/ 74-86، وفقه الإمام جعفر الصادق 4/ 26.

11 - هذا مذهب المالكية، الذين يرون أن الرهن يلزم بالعقد، ولا يتم إلا بقبض المرتهن له، وحيازته إياه، فإذا حازه واستلمه، اختص به دون سائر الغرماء، فإن لم يستلمه حتى حصل مانع، من موت الراهن، أو فلسه، بطل اختصاصه به. ويرى الجعفرية - في الأصح عندهم - أن القبض لا تأثير له في الرهن، فهو ليس شرطاً، لا في صحة الرهن، ولا في لزومه، لأن عقد الرهن كغيره من العقود، يتم بالإيجاب والقبول. ويرى جمهور الفقهاء أن قبض المرتهن للرهن شرط في لزوم الرهن. انظر البحر الرائق 8/ 263 و 265، والمغني 4/ 364 و 367، والمجموع 12/ 304، والمحلى 11/ 481، وشرح التسولي على العاصمية 1/ 168، وفقه الإمام جعفر الصادق 4/ 26.

يقول ابن عرفة في حدوده، الحوز الفعلي هو: «رفع تصرف المعطي في العطية، بصرف التمكن منه للمعطي، أو نائبه» (12)، ويحدد وقت الحوز بقوله: «وقته قبل فلسه، وموته، ومرضه» (13). ويُعرّف الحوز الحكمي بأنه: «حوز الولي لمن في حجره» (14)، ويذكر الرّصاع في شرحه لحدود ابن عرفة: «أنّ التحويز هو تسليم العطية، أو الرهن، من المعطي أو الراهن لمن ثبت ذلك له»، ويبيّن أن «الصحيح أن الرهن يشترط فيه التحويز، ولا يكفي الحوز، بخلاف غيره» (15). وجاء في رسالة ابن أبي زيد: «ولا تتم هبة، ولا صدقة، ولا حبس، إلا بالحيازة، فإن مات قبل أن تحاز عنه فهي ميراث». وجاء في شرح زروق على الرسالة: «ولا يشترط التحويز في ذلك، وهو معاينة الشهود للحوز، بخلاف الرهن» (16).

لغة: القاف، والدال، والميم، أصلٌ صحيحٌ يدلُّ على سبق، ثم تفرّع عنه ما قاربه، يقال: قَدِمَ يَقْدُمُ قَدَمًا، وَقَدَامَةً، وَتَقَادَمَ، فَهُوَ قَدِيمٌ، وَالتَّقَادُمُ بمعنى القديم: نقيض الحديث. وَغَيْبٌ قَدِيمٌ، أي سابق زمانه متقدّم الوقوع على وقته (17).

اصطلاحاً: يمكن من دراسة أقوال الفقهاء في تأثير التقادم في الأبواب الفقهية المختلفة أن نعرّف التقادم بأنه: مرور مدة معلومة تؤدي إلى كسب حق، أو إسقاطه، أو تغيير في بعض الأحكام الفقهية. وقد وردت هذه المادة في بعض كتب الفقه، فقد جاء في المدونة: «إذا كان أمراً قد تقادم فأراها له دون الذي أقام البينة أنها له» (18).

علاقة مصطلح التقادم بالحيازة

يعد التقادم أحد شروط الحيازة العاملة المؤثرة، ويعتمد طول مدة التقادم في الحيازة وقصرها على ثلاثة أشياء: نوعية المال المحوز من أصول أو منقول، ووجود

12 - 2 / 558.

13 - 2 / 546.

14 - 2 / 557.

15 - 2 / 559.

16 - الرسالة وشرح زروق عليها 2 / 195، وانظر الإيضاح 4 / 162.

17 - انظر مادة (قدم) في معجم مقاييس اللغة، ولسان العرب، والمصباح المنير.

18 - المدونة 5 / 192.

العلاقة بين الحائز والمدعى، من قرابة، أو صهاره، أو شركة، ونفيها، وعلى التصرفات التي يقوم بها الحائز فيما يحوزه من أعمال تقيت الذات أو تغييرها، أو غير ذلك.

تعريف وضع اليد، والفرق بينه وبين الحيابة القاطعة للنزاع: وضع اليد على عين، من دار، أو عرض، أو نقد، يعني حوزها، والتصرف فيها، والاستيلاء عليها⁽¹⁹⁾، فواضع اليد هو الحائز للمدعى به، ويسميه الفقهاء (الداخل)، ويسمون الذي ينازعه في ملكية المدعى به (الخارج)⁽²⁰⁾. جاء في المغني لابن قدامة: «بينة المدعي تسمى بينة الخارج، وبينة المدعى عليه تسمى بينة الداخل»⁽²¹⁾. وتفترق حيابة وضع اليد عن الحيابة القاطعة للنزاع في أن الأخيرة لا بد فيها من مرور مدة من الزمن تختلف حسب اختلاف درجة الحائزين وتصرفاتهم، ولها أحكام خاصة، وآثار تترتب عليها، تتمثل في عدم سماع دعوى المدعى ضد الحائز، وعدم قبول بينته، وغير ذلك من الآثار.

أما واضع اليد فتسمع الدعوى ضده، ويطالب بالبينة لإثبات ملكه، وليس في حيابة وضع اليد مدد من الزمان مشترطة⁽²²⁾، ولها أحكام وآثار تختلف عن الحيابة القاطعة للنزاع وآثارها، تستوجب إفرادها بالدراسة؛ لحصول الخلط بينهما ممن كتب في موضوع الحيابة، ممن لم يفرق بينهما، بل درسهما في موضع واحد، وأعطى بعض الأحكام الخاصة بأحدهما للأخرى؛ وسأخصص -ياذن الله- بحثاً آخر خاصاً بأحكام وضع اليد أبين فيه كل أحكامه وتفصيلاته.

أهمية الحيابة

تتلخص أهمية الحيابة الشرعية، المستوفية شروطها، المنتفية موانعها في كونها تفيد الدلالة على ملك الحائز للشيء المحوز، ولهذا ختم أكثر الفقهاء -القائلين

19 - انظر المنشور في القواعد 3/ 370، والشرح الكبير للدردير 4/ 221، ولسان العرب مادة (يدي).

20 - انظر بدائع الصنائع للكاساني 6/ 232، والإنصاف في معرفة الراجع من الخلاف 11/ 380 و382، وحاشية الشرواني على تحفة المحتاج 10/ 327، والتبصرة 1/ 248، ومجلة الأحكام 4/ 333.

21 - المغني 9/ 275.

22 - إلا في الشهادة لواقع اليد بالملك، فيشترط فيها مرور مدة أقلها سنة. انظر مبحث أثر وضع اليد في الدعوى والملك. صفحة 148.

بإعمالها- كتاب الشهادات بالكلام عليها. وإذا كان هؤلاء الفقهاء قد اختلفوا في مقدار هذه الدلالة، هل هي كدلالة خلوة البناء وإرخاء الستور على صدق دعوى الزوجة الميس من زوجها الذي تستحق به الصداق كاملاً، وكدلالة معرفة العفاص والوكاء (23) على ملكية اللقطة لذاكره، ودلالة حوز الرهن على صدق الراهن بدفع الدين، وصدق المرتهن بقدره، وغير ذلك من الدلالات العرفية غير الصريحة التي تنزل منزلة شاهد واحد فقط، يحتاج معها إلى يمين، فهي ليست كالبيئة التامة.

أو كدلالة البيئة التامة الصريحة على الملك، فتقوم مقام شاهدين، ولا يحتاج إلى يمين الحائز معها؛ فقد اتفقوا -رغم هذا الاختلاف- على أن الحيابة تحمي الحائز من سماع أي دعوى ضده تدعي الملكية، وتمنع قبول بينتها الشاهدة لها بملكية المحوز عنه، وهذا ما صرح به الإمام مالك، فقد جاء في المدونة: «قال مالك بن أنس: إذا كان حاضراً يراه يميني ويهدم ويكري فلا حجة له» (24).

كما تكمن أهمية الحيابة -أيضاً- في إعفاء الحائز من بيان وجه ملكه للشيء المتنازع فيه، وبأي سبب صار إليه، إذ لا فائدة من تكليف الحائز ببيان سبب ملكه، إذ لو بين أنها ملكه ببيع، أو هبة لم يكلف إثبات ذلك. إلى غير ذلك من آثار الحيابة التي يحتاج تفصيلها إلى مبحث خاص.

الحقوق التي لا تؤثر فيها الحيابة

الحق في اللغة: هو الثابت الذي لا يسوغ إنكاره، وهو ضد الباطل؛ ويطلق على العدل، والمال والملك، والموجود الثابت، والصدق، والواجب (25). أما في الاصطلاح فأقرب تعريف له جامع لما يراد به في الاصطلاح الفقهي ما عرفه به الشيخ مصطفى الزرقا في قوله: «اختصاص يقرر به الشرع سلطة أو تكليفاً».

ويقصد بالاختصاص العلاقة التي تشمل سلطة شخص على آخر كحق الولاية

23- العفاص: هو الوعاء الذي يكون فيه الشيء الضائع، ويكون من جلد، أو خرقة، أو غير ذلك. والوكاء: هو سير، أو خيط يُشدُّ به فم الصرّة والكيس وغيرهما. انظر لسان العرب مادتي (عفاص) و(وكي).

24- المدونة 5/ 192.

25- انظر القاموس المحيط، ولسان العرب، والصحاح مادة (حق)، والتعريفات للجرجاني: 48.

على النفس، كما تشمل تكليف الغير بأداء ما في عهده لصاحب الحق، على وجه يقره الشرع⁽²⁶⁾. فهذا التعريف يستوعب الحق الذي موضوعه مالي كاستحقاق الدين في الذمة؛ والذي موضوعه سلطة شخص على آخر كحق الولي والوكيل. وهو تعريف ينطبق على الحقوق التي لا تؤثر فيها الحيابة؛ لأن منها ما له تعلق بحق مالي كالديون الموثقة والإرث، سواء تعلق الحق المالي بشخص معين، أو بفئة عامة كالمنافع العامة، أو خاصة كالأوقاف؛ ومنها ما لا تعلق له بحق مالي كحقوق أفعال الضرر الحاصل بين الجيران التي تستحق بالتقادم.

ويشتمل هذا البحث على الحقوق التي لا تأثير للحيابة فيها، سواء منها ما اتفق الفقهاء على عدم تأثير الحيابة فيها، أو ما كان منها محل خلاف قوي، أو ضعيف، في عدم التأثير فيها، ويضم الحقوق الآتية:

1.

يقصد بحق الله تعالى كل ما يتعلق به النفع العام، دون مراعاة أفراد، ولا يستباح بإباحة أحد، ويقابله حق العبد، وهو ما يتعلق به مصلحة خاصة دنيوية، ويستباح بإباحة المالك له⁽²⁷⁾. وتشمل حقوق الله تعالى الآتي:

المنافع العامة غير الأوقاف

لا تأثير للحيابة عند الفقهاء في المال الذي يعود نفعه لعموم المسلمين، كالطرق، والأزقة، والمستشفيات، والملاجئ، والمدارس، والمكتبات، والأنهار، والمراعي العامة، وغيرها، المخصصة للمنفعة العامة، فليس لأحد أن يختص بها، وينتفع دون المسلمين، فقد نص سحنون: أنه لا تملك الأزقة ولا تحاز⁽²⁸⁾. وقال ابن رشد: ليس لمن يلي النهر من جانبه أن يختص بالصيد فيما يوازي أرضه دون جماعة المسلمين. وقال: لا يستحق شيء على جماعة المسلمين بطول الحيابة، كما يستحق على الواحد منهم ماله وملكه⁽²⁹⁾. فلو حاز شخص من هذه الأموال شيئاً مدة الحيابة، أو أطول منها بلا نزاع، لم

26- انظر المدخل إلى نظرية الالتزام في الفقه الإسلامي: 11

27- انظر فروق القرافي 1/ 140 الفرق الثاني والعشرون، والموافقات: 2/ 318.

28- انظر التبصرة 2/ 50.

29- انظر البيان والتحصيل 11/ 278 و 223.

يحكم له بملكه له، ولم تنفعه حيازته، وسمعت الدعوى ضده، ونزع هذا المال من يده؛ لأنه وقف عام لمصلحة المسلمين، وحق مشترك بين جميعهم، يستحيل أخذ إذهبهم كلهم؛ لأنه يوجد بينهم قاصرون: كالصغار، والمجانين، والمعتوهين، ويوجد فيهم غائبون يتعذر فرزهم، فلا تجري الحيازة عليهم، ولا تأثير لمرور الزمن على سكوتهم⁽³⁰⁾.

جاء في مجلة الأحكام في المادة 1675 ما نصه: « لا اعتبار لمرور الزمن في دعاوى المال الذي يعود نفعها للعموم كالطريق العام، والنهر، والمرعى، مثلاً: لو ضبط أحد المرعى المخصوص بقرية، وتصرف فيه خمسين سنة بلا نزاع، ثم ادّعاها أهل القرية تسمع دعواهم⁽³¹⁾. ماذا يلزم من حاز من المال العام شيئاً، وتصرف فيه؟

التصرف في الطريق بالبناء

نص فقهاء المالكية على أنه لا يحل لأحد أن يبني داراً، أو حانوتاً في طريق عام، سواء أضرّ البناء بالمارة - وهذا أمر اتفقوا عليه - أو لم يضر بهم - على المشهور عندهم؛ لأن الطريق وقف لصالح المسلمين، ليس لأحد شغلها بالبناء، ولقوله عليه الصلاة والسلام: « من أخذ من طريق المسلمين شبراً جاء به يحمله من سبع أرضين⁽³²⁾. فلو بنى أحد أي شيء في طريق عام جبر على هدم ما بناه، ونقل أنقاضه، وتخلية الطريق، وإعادتها إلى حالتها الأصلية⁽³³⁾، كما فعل عمر بن الخطاب رضي الله عنه عندما أمر أبا سفيان بهدم أساس كان بناه في طريق المسلمين، فسارع أبو سفيان إلى هدمه، قائلاً: من أين يا أمير المؤمنين؟ وحسر عن ذراعيه، فقال له: من هاهنا إلى هاهنا يا أبا سفيان. فهدم أبو سفيان بيده⁽³⁴⁾.

جاء في مختصر خليل مع الشرح الكبير: « وقضي بهدم بناء في طريق نافذ أو لا،

30- انظر المختار وشرحه الاختيار 5/ 75، وحاشية العدوي على كفاية الطالب الرباني 2/ 295، وشرح مجلة الأحكام 4/ 320.

31- مجلة الأحكام 4/ 320.

32- رواه الطبراني في المعجم الكبير: 3/ 215. قال الهيثمي: فيه محمد بن عتبة السدوسي، وثقه ابن حبان، وضعفه أبو حاتم، وتركه أبو زرعة. مجمع الزوائد 4/ 179.

33- انظر فتاوى عليش 2/ 188، والتبصرة 2/ 50.

34- انظر المعيار المعرب 9/ 50. ولم أعثر على تخريج أثر عمر في كتب السنن والآثار.

ولو لم يضر بالمارة»⁽³⁵⁾، ما لم يكن الطريق ملكاً لشخص بأن كان أصلها داراً له، وانهدمت حتى صارت طريقاً، فلا يزول ملكه عنها، إذا لم يطل الزمان، وهو حاضر ساكت، وإلا زال ملكه عنها، وقضي بهدم ما بناه فيها بعد الطول عشرة أعوام فأكثر⁽³⁶⁾.

التصرف في الطريق بالغرس والزراعة

أفتى ابن رشد في مسائله: بأن من اقتطع جزءاً من الطريق وأدخله في جنته، وهو عالم مستخف بارتكاب المحذور أن عليه الإثم بفعله، ورد ما اقتطعه للطريق، وأن على القاضي تأديبه، وعدم قبول شهادته، فإن ندم واستغفر الله بقيت عليه التباعة لمن منعه المرور على الطريق المدة التي اقتطعها، وأدخلها في جنته، يقتصر له بها يوم القيامة من حسناته، فيستحب له أن يتصدق، ويفعل الخير رجاء أن يكون ذلك كفارة له وأفتى ابن رشد -أيضاً- بأنه لا يجب عليه فيما اغتله مما غرسه فيها شيء يحكم عليه به؛ إذ ليس الطريق لمعين فيحكم له بحقه فيما اغتله منه، وإنما حق لجماعة المسلمين في المرور عليها، وهو أحدهم⁽³⁷⁾.

الأوقاف

حيابة الوقف عند الملكية

لا اعتبار للحيابة، ولا نفع لها في الوقف بجميع أنواعه، سواء أكان مسجداً أم دُوراً، أم محلاً موقوفاً على أشخاص بأعيانهم، أو صفاتهم، فتسمع الدعوى والبينة على الحائز لذلك ولو طال الزمان⁽³⁸⁾، وقد نص ابن رشد في مسائله بأن الحيابة لا تفيد استحقاق ملكية الحبس ولو طالت مدة الحيابة سبعين عاماً، مع التصرف فيه بالبناء والهدم، والتعويض، وكثير من وجوه التفويت، مما يفعل ذو الملك في ملكه⁽³⁹⁾.

35- انظر مختصر خليل مع الشرح الكبير 4/ 368.

36- انظر شرح الزرقاني على خليل 6/ 63، والشرح الكبير وحاشية الدسوقي عليه 3/ 366، وفتاوى عيش 2/ 168.

37- انظر مسائل ابن رشد 2/ 1196.

38- انظر مسائل ابن رشد 1/ 258، والشرح الكبير 4/ 235، وحاشية العدوي على كفاية الطالب 2/ 295 و296.

39- انظر المسائل 1/ 258 و256.

وقيد التسولي قاعدة (الحبس لا يُحاز عليه) بما إذا لم يجر العمل بالمعاوضة فيه والبيع بشروطه، وإلا فالحبس كغيره يحاز عليه، ما لم يكن الحائز معلوماً بالجهاد والكلمة، وإلا فلا يعمل بحيازته، وصور التسولي الحيازة على الحبس المعوض عليه بقوله: «إذا كانت دار -مثلاً- بيد شخص مدة الحيازة، فقام عليه ناظر الأحباس، وأثبت بالبينة العادلة أنها حبس، وادّعى الآخر أنه عاوضها، أو اشتراها، أو ادعى ورثته ذلك، فإن القول للحائز بيمينه ... 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 احتمال انتقالها إليه بالوجه المذكور» (40).

حيازة الوقف عند الأحناف

اختلف فقهاء الأحناف في سماع دعاوى الوقف بعد تركها بلا عذر مدة الحيازة، فيرى العتابي في فتاويه أن دعوى الإرث والوقف تسمع ولو طال الزمان، خلافاً لغيرهما من الدعاوى التي لا تسمع بعد ست وثلاثين سنة (41). لكن بعض متأخري الحنفية ذهبوا إلى عدم استثناء دعاوى الوقف من النهي عن عدم سماع الدعوى، ورأوا أن دعاوى الوقف لا تسمع بعد تركها ثلاثاً وثلاثين سنة بلا مانع؛ لأن ترك الدعوى هذه المدة يدل على وجود شبهة في عدم صدق الدعوى (42)، وجعلت مجلة الأحكام المدة التي لا تسمع بعدها الدعوى ستاً وثلاثين سنة، جاء في المادة 1661 ما نصه: «تسمع دعوى المتولي، والمرتقة في حق أصل الوقف إلى ست وثلاثين سنة، ولا تسمع بعد مرور ست وثلاثين سنة -مثلاً- إذا تصرف أحد في عقار على وجه الملكية ستاً وثلاثين سنة، ثم ادعى متولي وقف قائلاً: إن ذلك العقار هو من مستغلات وقي فلا تسمع دعواه» (43).

2.

إذا ثبت الدين -سواء أكان من مبيعة أم سلف (44)- في ذمة أحد بينة، أو بإقرار،

40- انظر شرح التسولي على العاصمية 2/ 238 و 239.

41- انظر حاشية ابن عابدين على الأشباه والنظائر لابن نجيم ص 180.

42- انظر حاشية ابن عابدين على شرح تنوير الأبصار 5/ 521 و 522، وأحكام المعاملات الشرعية، لعلي الخفيف ص 87.

43- المجلة 4/ 301.

44- انظر شرح الزرقاني على خليل 7/ 225.

ولم يدع قضاءه، فإن الدين لا يسقط عنه بلا خلاف، ولو طال الزمان، فإن ادعى قضاءه فعليه إثباته بينة أو إقرار الدائن⁽⁴⁵⁾. فإن لم يثبت القضاء، ومضت مدة طويلة على استحقاق أدائه، فهل يسقط عنه بحيازته إياه، وتقادمه عنده أو لا، هناك خلاف في هذه المسألة، تفصيله كالآتي:

يرى ابن رشد، واللخمي، وأبو إسحاق التونسي، أن الدين إذا ثبت في الذمة وتقرر، لا يسقط ولو طال الزمان، ولا يمنع الدائن من طلبه والقيام بحقه سكوته المدة الطويلة بلا عذر، واختار هذا القول الغبريني⁽⁴⁶⁾، والعدوي، والأمير، وعليش⁽⁴⁷⁾، وشهره العبدوسي، واعتمده الدسوقي⁽⁴⁸⁾، والتاودي⁽⁴⁹⁾، وجاء في دعاوى المعيار أن به القضاء والعمل⁽⁵⁰⁾.

شروط القول وتقييداته

وقد ذكر بعض هؤلاء الفقهاء شروطاً وتقييدات للقول بعدم تأثير الحيابة والتقدم في الديون هي كالآتي:

1. أن يكون الدين ثابتاً بوثيقة مكتوب فيها إشهاد المدين بالدين على نفسه، أما إن كان الدين غير ثابت بكتاب أصلاً، أو بكتاب شهد فيه الشهود بالمداينة على جهة الاتفاق من غير إشهاد المدين إياهم؛ فإن القول للمدين على المشهور، ولو لم يطل زمن استحقاق أداء الدين إلا العام أو العامين⁽⁵¹⁾.
2. أن تكون الوثيقة -الثابت فيها الدين- بيد الدائن، لأن بقاءها في يده دليل على أنه لم يقبض دينه؛ إذ العادة أن المدين إذا أدى دينه أخذ عقده ومزقه⁽⁵²⁾؛ لأن الذي عليه أكثر الناس -كما يقول ابن عبد البر- أخذ الوثائق إذا أدوا الديون⁽⁵³⁾.

45- انظر فتاوى عليش 2/ 135، والمعيار المعرب 5/ 185.

46- انظر النوازل الصغرى 4/ 366، وحاشية الدسوقي 4/ 237.

47- انظر فتاوى عليش 2/ 135.

48- انظر حاشية الدسوقي 4/ 237 و3/ 383.

49- انظر شرح التاودي للعاصمية 2/ 11.

50- انظر شرح التسولي للعاصمية 2/ 12.

51- انظر شرح الحطاب 6/ 229، وشرح التسولي 2/ 12، والمعيار المعرب 5/ 185.

52- انظر شرح الحطاب 6/ 229.

53- انظر الكافي لابن عبد البر ص 475.

3. أن لا تقوم قرائن تدل على دفع الدين مع طول الزمان فيعمل عليها على براءة المدين، كأن يكون رب الدين معلوما بالحرص على قبض ديونه إذا حلت، وبكثرة المشاحة مع غرمائه، مع حضوره وعدم وجود عذر يمنعه من اقتضاء دينه، ووجود بينة تشهد أن المدين مليء، حاضر، مقدور على الاستيفاء منه، فذلك كله من القرائن الواضحة الدالة على تصديق المدين في دعواه القضاء وبراءة ذمته، ولو مع ضياع دليل براءته، وأصل هذا التقييد للمازري على ما ذكر البرزلي، وقد نقله الحطاب، وأقره (54).
4. ألا يكون وقع بين رب الدين، والمدين شنان وخصومة، وإلا فالقول للمدين بقضاء دينه، وقد جاء في أنكحة المعيار فيمن طلق زوجته فماتت، وقام وارثها عليه بصداقها، فادعى الزوج دفعه، أنه لا يقبل قوله، إلا أن يثبت أنه كان بينهما شنان (55).
5. كما يشترط لعدم سقوط حق الدائن، ولو طال الزمان، عدم حضوره قسمة تركه المدين بين ورثته، وغرمائه، فإن حضر هذه القسمة، وهو ساكت بلا عذر، فلا قيام له، حيث حصل القسم في جميع التركة، فإن بقي بلا قسم ما يفي بدينه لم يسقط حقه في القيام (56).

أدلة هذا القول

1. استدلل ابن رشد، والّخمي، وأبو إسحاق التونسي بعموم قوله ﷺ: « لا يبطل حق امرئ مسلم وإن قدم » (57).
2. خصّ الشيخ عليش حديث الحيازة العاملة المسقطه للحق وهو: « مَنْ حَاَزَ شَيْئًا عَشْرَ سِنِينَ فَهُوَ لَهُ » (58)، خصّه بما يقبل التصرف والحيازة، وهو العين، أما الدّين

54- انظر النوازل الصغرى 4/ 366، وشرح التسولي على العاصمية 2/ 12، وشرح الحطاب 6/ 230 و229.

55- انظر شرح التسولي 2/ 12.

56- انظر فتاوى عليش 2/ 135.

57- انظر النوازل الصغرى 4/ 366، وحاشية الدسوقي 4/ 237، ولم أعثر على هذا الحديث في كتب السنن والمسانيد والآثار وهو يتردد في كتب الفقه، وأول من رأيت أنه استدلل به ابن القاسم، ثم ورد في العتبية: 10/ 471 بلفظ « لا يبطل حق امرئ مسلم وإن قدم ».

58- انظر المراسيل لأبي داود: 43 باب ما جاء في القضاء، وكنز العمال: 2/ 186، وهو حديث مرسل: من سعيد بن المسيب وزيد بن أسلم. وأحد رواه عبد الجبار بن عمر الأيلي، ضعيف. انظر ميزان الاعتدال: 2/ 534 وتقريب التهذيب: 1/ 466.

فقال عنه: إنه لا حيازة فيه؛ لأن من شرطها تصرف الحائز في الشيء المحوز، والدين لا يقبل الحيازة، لأنه غير معين، ولا يمكن فيه التصرف بأنواع التصرفات المختلفة، لأنه من المثليات التي تدخل الذمم بمجرد الغياب عنها⁽⁵⁹⁾.

الفقهاء القائلون بتأثير الحيازة في الديون

أسند المازري للإمامين مالك، ومُطَرَّف القول بأن الديون الثابتة في الذمم يسقطها مرور الزمن، وعليه اقتصر ابن سلمون. واختلف في حد السكوت المسقط لدعوى الديون، فقال مالك: ثلاثون. وقال مُطَرَّف: عشرون. وهو رأي البيزناسي⁽⁶⁰⁾، وذكر الدردير أن هناك قولاً بأنه يسقطها سنتين، واستبعده جداً، ذاكراً أن الأظهر في ذلك الاجتهاد بالنظر في حال الزمان، وحال الناس، وحال الدين، قال الصاوي: فشان الغني يمهّل أحبّاءه الزمن الطويل، وشأن الفقير المحتاج لا مهلة عنده، لا سيما إن كان من عليه الدين غير صاحب⁽⁶¹⁾. وذهبت مجلة الأحكام إلى أن مضي خمس عشرة سنة يمنع سماع دعوى الدين⁽⁶²⁾.

3.

يرى المذهب الإباضي أنه لا اعتبار للحيازة بين الورثة فيما ورثوه، وأن الإرث تسمع فيه البيّنات وإن طالت المدة⁽⁶³⁾، وهو قول عند المالكية غير مفتى به، يرى أن الإرث كالوقف، تُقبل فيه الدعوى، وتسمع فيه البيّنة، ولا تراعى فيه الحيازة ولو طال الزمان جداً.

لكن المفتى به عند المالكية أن الحيازة عاملة بين الورثة فيما ورثوه، وأنه ليس هناك فرق في أصل تأثير الحيازة في الأقارب بين كونهم شركاء بميراث أو غيره، أو غير شركاء⁽⁶⁴⁾، فقد ذكر ابن رشد ضمن أقسام الحيازة حيازة الأقارب الشركاء بالميراث، أو

59- انظر فتاوى عليش 2/ 320 و135.

60- انظر شرح الخطّاب 6/ 229، والعقد المنظم للحكام لابن سلمون 1/ 164، والمعيّار المعرب 5/ 165.

61- انظر الشرح الصغير وحاشية الصاوي عليه 2/ 280.

62- انظر مجلة الأحكام 4/ 228 المادة رقم 1660.

63- انظر شرح كتاب النبل 13/ 523.

64- انظر حاشية الدسوقي، والشرح الكبير 4/ 235.

بغير الميراث، بعضهم على بعض، على تفصيل في مدة الحيازة متوقف على تصرف الأقارب في الشيء المحوز بأقوى أوجه الحيازة أو أضعفها، أو أوسطها(65).

لكن هناك نوعاً من الورثة مستثنى من تأثير الحيازة، وهو ما ذكره المازري، وعيسى بن دينار، ورواه ابن حبيب عن جماعة من أصحاب مالك، أنه إذا كان المدعي بنات، أو أخوات، أو عمات، يترتب على طلب حقهن إساءتهن، والغضب عليهن، وعدم الانتصار لهن إذا أصابهن شيء من أزواجهن، ويكثر ذلك في نساء البوادي اللاتي يمتنعن من الميراث، ولا يستطعن المطالبة بحقهن، فإذا شهدت العادة بذلك فلا حيازة عليهن، ولا يسقط حقهن بسكوتهن، ولو بعد مائة سنة؛ لأن سكوتهن لا يدل على إذنهن، فلهن الرجوع في حياتهن، ولورثتهن القيام بعد مماتهن؛ لأن من مات عن حق فلورثته - كما يقول المازري - وتحمل الحيازة من الذكور على أنها إرفاق، أو إمتاع من الإناث، وقد نصّ الفقهاء على أن الحيازة الحقيقية لا تمنع من دعوى الإرفاق، بإسكان أو إجارة، أو نحوهما(66).

ويدخل في هذا المعنى ما إذا كان بين الإخوة والأخوات من الألفة، والمحبة، والحياء، والوقار ما يمنع الأخوات من المطالبة بحقهن من الميراث، فلهؤلاء الأخوات، ولورثتهن القيام بحقهن، ولو طال الحيازة، إلا أن يدعي الحائز لذلك أنه اشتراه، أو ورثته من القائمة، أو من ورثتهن، فحينئذ يكون القول قوله(67).

رأي فقهاء متأخري الأحناف في حيازة الإرث

اختلفت فتاوى متأخري فقهاء الأحناف في دعوى الإرث، هل تُسمع بعد تركها بلا عذر مدة الحيازة، أو لا تسمع، فيرى العتابي في فتاويه أن دعوى الإرث كالوقوف، تسمع وإن مر عليها ست وثلاثون سنة، وهو رأي طائفة من الفقهاء، يذهبون إلى استثناء الإرث من عدم سماع الدعوى، وقال آخرون: إن دعوى الإرث غير مستثناة من النهي عن سماع الدعوى، وأنها لا تُسمع بعد مرور خمس عشرة سنة(68)، وهو ما سارت عليه

65- انظر البيان والتحصيل 11 / 146.

66- انظر المعيار المعرب 5 / 263 و 264، وفتاوى عlish 2 / 101 و 275.

67- انظر المعيار المعرب 5 / 264، وفتاوى عlish 2 / 276، وكتاب الإيضاح 4 / 234.

68- انظر حاشية ابن عابدين على شرح تنوير الأبصار 5 / 420 و 419، وحاشيته على الأشباه والنظائر لابن نجيم ص 180.

مجلة الأحكام، فقد نصت أن دعاوى الميراث لا تُسمع بعد تركها خمس عشرة سنة⁽⁶⁹⁾.

4.

جاء في مختصر الواضحة، وفي البيان والتحصيل أنه إذا قُضي للرجل على الرجل بالدار أو غيرها من الأشياء، فلم يخرجها المقضي له من يد المقضي عليه، واستمر تصرفه فيها، وحيابته لها، حتى مرّت مدة الحيابة أن ذلك غير مسقط لحق المقضي له⁽⁷⁰⁾. وقيد ذلك في شرح مجلة الأحكام بما إذا كان معروفاً ومشهوراً أن تصرف المدعى عليه في ذلك العقار بالوكالة عن المدعي، أما إذا لم يعرف بذلك ويشتهر، فإن مرور الزمن مما يسقط حق المقضي له⁽⁷¹⁾.

5.

يرى ابن حبيب أن أفعال الضرر لا تحاز، ولا تستحق بالقدم، فمن أحدث على جاره -مثلاً- ضرراً، كفتح نافذة يطل منها على فناءه، أو أخرج ماء مرحاضه، أو حفر حفرة يستنقع فيها الماء قرب جداره، أو أحدث مدبغة تنبعث منها رائحة منتنة تضر بصحته وتزعجه، أو غير ذلك من وجوه الضرر الكثيرة، فإنه يجب عليه قطعه، قديماً كان ذلك الضرر أو محدثاً، ولو علم بذلك جاره وسكت، وطالت مدة سكوته، من غير عذر يمنعه، لأن الضرر لا يستحق بالقدم، بل يزيده التقادم ظلماً وعدواناً.

وبين ابن حبيب أن حيابة التقادم الذي جاء فيها الأثر: «مَنْ حَاَزَ شَيْئًا عَشْرَ سِنِينَ فَهُوَ لَهُ»⁽⁷²⁾، إنما تكون في الأملاك وما يحوزه الناس من أموال بعضهم على بعض، من أجل أن الحائز يستغني بالحيابة عن أصل وثيقته التي صار بها إليه ذلك، من شراء أو هبة، ثم قال في آخر المسألة: هكذا فسره من لقيت من أصحاب مالك عندما كاشفتهم عنه⁽⁷³⁾.

69- انظر المجلة 4/ 298 في المادة رقم 1660.

70- انظر التبصرة لابن فرحون 2/ 88.

71- انظر شرح مجلة الأحكام 4/ 297.

72- انظر المراسيل لأبي داود: 43 باب ما جاء في القضاء، وكنز العمال: 2/ 186، وهو حديث مرسل:

من سعيد بن المسيب وزيد بن أسلم. وأحد رواه عبد الجبار بن عمر الأيلي، ضعيف. انظر ميزان

الاعتدال: 2/ 534 وتقريب التهذيب: 1/ 466.

73- انظر التبصرة 2/ 255، والمعيار المعرب 9/ 46.

رأي بقية المالكية

انفرد ابن حبيب برأيه هذا، ولم أر -فيما اطلعت عليه- فقيها يأخذ بمذهبه من أصحاب مالك، ومن بعدهم؛ فهذا ابن القاسم، وأشهب، وابن نافع، وأصبع، وابن الماجشون، وسحنون، وابن الهندي، وابن العطار، يرون أن أفعال الضرر تستحق بالتقادم، وأن من أحدث عليه ضرر، وهو عالم به، ساكت، غير معترض، ولا منكر، بلا عذر يمنعه من الكلام، أنه لا تسمع دعواه في رفع هذا الضرر إن مضت مدة التقادم، ومشى على ذلك الفقهاء المقتضون على الراجح المعمول به⁽⁷⁴⁾.

الترجيح

يعد رأي جمهور المالكية أقوى وأرجح من رأي ابن حبيب؛ لأن في رأي الجمهور استقرارا للتعامل بين الناس عن طريق إثبات ما مضى عليه زمن؛ وفي الأخذ برأي ابن حبيب فتح لباب الخصومات، والشغب، والمنازعات التي يصعب الفصل فيها؛ نتيجة للتقادم، وما يترتب عليه من ضياع الأدلة، وظهور الادعاءات المتناقضة التي لا يمكن التحقق منها.

6.

يفصل ابن مزيّن في أفعال الضرر من حيث تأثير التقادم فيها، فيرى أن ما كان منها يبقى على حالة واحدة لا يزيد، كفتح شخص باباً، أو كوة على جاره قد يطلع منها عليه، وشبه ذلك، فإنه يستحقه بما تستحق به الأملاك من طول الزمان بشروطه، من علم جاره، وسكوته؛ أما ما كان من أفعال الضرر يتزايد، فإنه لا يستحقه بمضي الزمان ولو طال؛ لأنه كلما طال زمنه كثر وازداد ضرره، مثل أن يحفر الرجل فيما يلي دار جاره حفرة يستجمع فيها ماء المطر، والكنيف ونحو ذلك من مستنقع المياه مما لا يبقى على حالة واحدة، وإن لم يزد في حفرته في السعة والطول؛ لأن ذلك كلما طال أضر طوله بجدار من يجاوره، لما يدخل من الرطوبة والبلل في بناء الجدار مما يزيده وهنا على وهن، وكذلك الدباغ كلما زاد في عمله كانت روائح ذلك أكثر وأضر⁽⁷⁵⁾.

74- انظر العاصمية مع شرح التسولي عليها 2/ 342، والتبصرة 2/ 254، والمعيار المعرب 9/ 42، والشرح الكبير 3/ 369.

75- انظر التبصرة 2/ 254، والمعيار المعرب 9/ 46، وشرح ميارة 2/ 252.

وإلى رأي ابن مُزَيْن ذهب الجزيري في وثائقه، وعليه اقتصر ابن سلمون⁽⁷⁶⁾، وهو ما قد يفهم من كلام ابن عبد البر⁽⁷⁷⁾. لكن ذلك خلاف قول ابن القاسم الذي يرى أن الضرر الذي يتزايد كغيره؛ فإن سكت المتضرر عنه عشر سنوات فأكثر فلا مقال له، وهو ظاهر العاصمية، ورأي التسولي⁽⁷⁸⁾، والدردير⁽⁷⁹⁾، وجاء في نوازل الوزاني أن به القضاء، وهو المشهور المعول عليه⁽⁸⁰⁾.

7.

الإرفاق لغة: الرء، والفاء، والقاف، أصلٌ يشتق منه كل شيء يدعو إلى راحة وموافقة، ومنه مِرْفَقُ الإنسان؛ لأنه يستريح في الاتكاء عليه، والمِرْفَقُ من الأمر: ما ارتفعت، وانتفعت به. ومِرْفَقُ الدار: مصاب الماء ونحوها⁽⁸¹⁾. والإرفاق اصطلاحاً: «إعطاء منافع تتعلق بالعقار»⁽⁸²⁾، فهو نوع من التبرعات، يلزم به الإنسان نفسه أن يرفق بجاره، بأن ينتفع بجداره، أو بما فضل من مائه، أو بتمكينه من أن يمر بطريق في أرضه، أو يجعل فيها مجرى يمر فيه الماء لبستانه، وغير ذلك من المنافع التي تتعلق بعقاره، وتؤخذ لعقار جاره⁽⁸³⁾. والإرفاق مصطلح فقهي مالكي، عقد له ابن عاصم، وابن سلمون فصلاً خاصاً به ضمن كتاب التبرعات في العاصمية والعقد المنظم للحكام⁽⁸⁴⁾.

مدة الإرفاق

إن حدّد المرفق (المتبرع) الإرفاق إلى مدة معلومة، حمل على ذلك، ووقف

76 - انظر النوازل الصغرى 3 / 477، والعقد المنظم للحكام 2 / 87.

77 - انظر الكافي ص 489 و 490.

78 - انظر شرح التسولي 2 / 342.

79 - انظر الشرح الكبير 3 / 369.

80 - انظر النوازل الصغرى 3 / 477، والمعيان المعرب 5 / 339.

81 - انظر معجم مقاييس اللغة، ولسان العرب مادة (رفق).

82 - شرح التاودي على العاصمية 2 / 251.

83 - انظر شرح التسولي 2 / 251 و 252، وشرح ميارة 2 / 163.

84 - انظر العاصمية بشرح التاودي 2 / 251، والعقد المنظم للحكام لابن سلمون 2 / 129. وذكره الإمام مالك في الموطأ بلفظ المرفق، فقال: باب القضاء في المرفق. الموطأ 2 / 245. وذكره ابن الجلاب في التفريع بصيغة «المرفاق» فقال: باب في البنيان والمرفاق، ونفي الضرر. 2 / 292. ولم أجد لمصطلح الإرفاق ذكر في كتب غير المالكية.

عنده، وكان لازماً له، ليس له الرجوع قبله، وكذلك إن قال: للأبد. وإن أطلق ولم يقيّد بأجل، فإن احتاج إلى متاعه حاجة أكيدة فله أخذه، وإن لم يحتج فيجري ذلك على حكم السلف الذي لم يتعرض فيه لذكر الأجل، فلا بد أن يمضي من الزمان مدة يرى أنه قد انتفع المرتفق به عادة بين الجيران⁽⁸⁵⁾.

إلا إذا أرفق جاره بوضع خشبة على جداره للتسقيف عليها، فيرى مالك، وغيره -فيما حكاه ابن حبيب، واعتمده التسولي- أنه ليس له رفعها، طال الزمان أو قصر، عاش أو مات، احتاج إلى جداره، أو استغنى عنه، لا هو ولا ورثته بعده، ولا أحد ممن اشترى منهم، إلا أن ينهدم الجدار ثم يعيده صاحبه لهيئته، فليس لصاحب الخشبة أن يعيدها، إلا بإرفاق مستأنف جديد⁽⁸⁶⁾. ومثل الخشبة في ذلك -عند مالك وغيره في هذه الرواية- ما أُذِنَ فيه مما يقع فيه العمل، والإنفاق الكبير من البنين، أو الإرفاق بالماء من العيون والآبار لمن ينشئ عليه غرساً، ويبتدئ عليه عملاً، فلا رجوع فيه، عاش أو مات، باع أو ورثه، احتاج أو استغنى، لأنه كالعطية. وأما ما لا يتكلف فيه عمل، ولا كبير إنفاق، مثل فتح باب، أو فتح طريق إلى أرضه، أو إرفاق بماء للشرب، أو لسقي شجر، قد أنشئت وغرست قبل ذلك، فهذا مما للأذن فيه الرجوع إذا شاء، إلا أن يكون يوم أذن له قد وقت له وقتاً إلى أجل، فيلزمه إلى مدته⁽⁸⁷⁾.

الحيازة في الإرفاق

حق المرور

إذا ترك شخص أرضه لجيرانه يمرون عليها مدة، ثم أراد منعهم، فقاموا عليه، فإن لم يدعوا ملكية الطريق، واحتجوا -فقط- بالمرور عليها، وسكوت أهلها، فلا يفيدهم ذلك، ولا حجة لهم فيه، وإن طال أمد مرورهم⁽⁸⁸⁾.

وإن ادعوا ملكيتهم للطريق، ونازعوه فيه، وأتوا ببينة تشهد أن هذا الطريق يسلكه

85- انظر شرح التسولي 2/ 251 و 252، والعقد المنظم للحكام 2/ 129، وشرح ميارة 2/ 163.

86- انظر البيان والتحصيل 9/ 176، وشرح التسولي 2/ 252.

87- انظر البيان والتحصيل 9/ 176، وفي هذه الصفحة وما بعدها تفصيل وخلاف في هذه المسألة وغيرها من مسائل الإرفاق. وانظر شرح التسولي 2/ 252.

88- انظر شرح الهواري لوثائق بناني ص 285.

الناس منذ عشرين سنة، فأفتى سحنون أن القول لصاحب الأرض، وأنه لا تأثير للحيابة ومروور الزمن على استعمالها؛ لأن ذلك كثيرا ما يكون بين المنازل، فيختصر الناس في الأراضي، وربما تساهل أصحاب الأراضي في ذلك؛ لأجل مودة، أو قرابة، أو جيرة، إلا أن يطول زمان ذلك الخمسين والستين سنة. وعقب ابن رشد على فتوى سحنون بقوله: هذه مسألة صحيحة، بينة المعنى، لا أعرف ما يخالفها، ولا ما يعارضها⁽⁸⁹⁾. كما مشى على مذهب سحنون المتأخرون من أصحاب النوازل وغيرهم، وذكروا أن المروور في الأراضي خارج عن الضرر الذي يحاز بعشر سنين⁽⁹⁰⁾.

وذهبت مجلة الأحكام العدلية أن الطريق الخاص يحاز بعد مروور خمس عشرة سنة؛ جاء في المادة 1662 ما نصه: «إن كانت دعوى الطريق الخاص، والمسيل، وحق الشرب في عقار الملك، فلا تسمع بعد مروور خمس عشرة سنة»⁽⁹¹⁾.

حق الانتفاع بفضل ماء الغير

إذا مد شخص جيرانه مدة طويلة من فضل ماء بئر، يسقي حوائطهم، فإن ذلك لا يوجب لهم حجة بدعوى حق في البئر، وله منعهم فضلة مائه إذا شاء⁽⁹²⁾ إذا أدخلوا عليه ضرراً، أو هلاكاً في أرضه وغلالة⁽⁹³⁾.

وهناك خلاف بين أهل العلم في جواز أن يمنع الإنسان فضل مائه عن غيره، فمنهم من لم يجز لأحد أن يمنع فضل مائه عن غيره، سواء سبق سقيهم منه مدة طويلة أم لا؛ ومن العلماء من يرى أن صاحب الماء إذا ترك غيره يغرس على فضل مائه، فقد تعين له بذلك حق فيه، فليس له إذا استغنى عنه أن يجبس عنه، ولا أن يبيعه له، إلى أن يحضر بئر، أو يستنبط عيناً، وأما إن غرس على فضل مائه دون علمه فله أن يبيعه له إن وجد له ثمناً، ومن العلماء من لم يجز بيع الماء على أي حال⁽⁹⁴⁾.

89- انظر العتبية مع شرحها البيان والتحصيل 9/ 297 و 298.

90- انظر النوازل الصغرى للوزاني 3/ 481.

91- انظر مجلة الأحكام 4/ 302 و 303.

92- انظر مسائل ابن رشد 1/ 163.

93- انظر البيان والتحصيل 10/ 268.

94- انظر البيان والتحصيل 10/ 261 و 262 و 269 و 320.

حق المجرى

هو أن يمكّن شخص جاره من أن يمرّ الماء من أرضه حتى يصل إلى بستانه، لسقي ما به من الشجر والزرع⁽⁹⁵⁾. ونصوص الفقهاء في تأثير مرور زمن الحيازة على حق مجرى الماء قليلة، منها ما ورد في الجامع لابن يونس عن سحنون أن مجرى القناة في أرض رجل ساكت، غير معترض، تستحق بمرور أربع سنين، وأن مرور سنة واحدة لا تكون حيازة يستحق بها حق المجرى، للتغافل عن مثلها عادة⁽⁹⁶⁾.

وذهبت مجلة الأحكام إلى أن حق المجرى - وهو ما عبّر عنه بحق الشرب - يحاز، ويستحق بمرور خمس عشرة سنة، فجاء في مادة 1662 ما نصه: «إن كانت دعوى الطريق الخاص، والمسيل، وحق الشرب في عقار الملك، فلا تسمع بعد مرور خمس عشرة سنة»⁽⁹⁷⁾.

8.

إذا خاصم يتيم وصيّ في رد ماله إليه، فادّعى الوصي أنه دفعه إليه بعد بلوغه رشيداً من غير إشهاد على الدفع، فالقول لليتيم إذا أنكر، ولو كانت مخاصمة بعد طول زمان على ما يفيد ظاهراً المدونة، قال ابن عرفة: وهو المعروف من المذهب، وقال ابن المَوَاز: ما لم تطل المدة عشرين سنة، وقال ابن زرب: ما لم تطل ثمانية أعوام⁽⁹⁸⁾، وجاء في التبصرة لابن فرحون: إن مخاصمة اليتيم إذا كانت بعد مدة يهلك في مثلها شهود الوصي، فلا شيء على الوصي⁽⁹⁹⁾. وعند الأحناف القول لليتيم ما لم يترك الدعوى بعد بلوغه خمس عشرة سنة⁽¹⁰⁰⁾.

9.

إذا علم بينة، أو بإقرار الحائز، أن حيازته كانت بسبب لا يقتضي نقل الملك، فإنه

95 - انظر شرح ميارة 2/ 163، وإحكام الأحكام لمحمد بن يوسف الكافي ص 226.

96 - انظر المعيار المعرب 5/ 338.

97 - مجلة الأحكام 4/ 302 و 303.

98 - انظر الشرح الكبير وحاشية الدسوقي عليه 4/ 456.

99 - انظر التبصرة 2/ 79، وشرح التسولي 2/ 261.

100 - انظر حاشية ابن عابدين 5/ 521، وشرح تنوير الأبصار 5/ 419.

لا ينتفع بحيابته، ولا يفيت مضبي الملة على صاحبه، ولو طال الزمن جذاً، سواء أكانت الحيازة بوجه مشروع كالإجارة، والإعارة، والوديعة، والرهن، والمزارعة، والمساقاة، أم بوجه غير مشروع، كالغصب، والتعدّي، والنهب، والسرقه، وكحيازة الحبس، والطريق، والمسجد⁽¹⁰¹⁾.

10.

يرى بعض الفقهاء أنه لا اعتبار للحيازة بين الشركاء وأن ما حازه بعضهم على بعض تقبل فيه الدعاوى والبيانات، ولو طال المدة فيه مائة سنة؛ لأنهم في منزلة المالك الواحد⁽¹⁰²⁾. أما الفقه المالكي فيرى أن الحيازة عاملة بين الشركاء، كما هي عاملة بين غيرهم، غير أن للشركة تأثيراً في حيازة الأجنبي على تفصيل يعتمد على التصرفات التي يقوم بها؛ فحيابته بما يفيت الذات كالبيع، والصدقة، والإتلاف لا يحتاج معها إلى طول الزمان، إذا علم المدعي ذلك، ولم ينكره، وهذا عام في جميع مراتب الحائزين من أصول وفروع، وأقارب وأصهار، وأجانب شركاء، أو غير شركاء⁽¹⁰³⁾. وحيابته بالهدم، أو البناء، أو قطع الشجر، أو غرسه تكون عشرة أعوام. وأما حيازته بأضعف التصرفات كاستغلال الأرض، والدار، بالإجارة، أو بالسكنى بنفسه، أو الزراعة، فلا تحصل بها الحيازة، ولا تمنع من قيام الشريك⁽¹⁰⁴⁾.

11.

يرى بعض الفقهاء -أيضاً- أن الحيازة الشرعية المانعة من سماع دعوى المدعي إنما تصح في حيازة الأصول، وهي «الأرض وما اتصل بها، من الأشجار، والبنيان، والغيران، والأبيار، والعيون، والأنهار، وما جرى هذا المجرى»، ولا تصح في العروض، من حيوان، وثياب، وغيرها. قال شارح كتاب النيل: «وخرج بالأصل العرض، فإن

101 - انظر البيان والتحصيل 9/ 260، والشرح الكبير وحاشية الدسوقي عليه 4/ 235، وشرح كتاب النيل 13/ 514، ومجلة الأحكام 4/ 317.

102 - انظر شرح كتاب النيل 13/ 508، وفيها ذكر استثناء لهذه القاعدة.

103 - انظر شرح عبد الباقي الزرقاني 7/ 224، وحاشية ابن رحال على ميارة 2/ 170.

104 - انظر البيان والتحصيل 11/ 152، وحاشية الدسوقي 4/ 235.

التملك له لا يسمى حيازة في عرفهم في هذا المقام» (105).

أما جمهور الفقهاء القائلون بالحيازة فمذهبهم أن الحيازة تصح في الأصول، والعروض، من ثياب، ودواب، وغيرها، وهذا ما يشير إليه العموم لكلمة (الشيء) في تعريف الملكية للحيازة، بأنها: « وضع اليد، والتصرف في الشيء المحوز » (106). والفرق بين الأصول والعروض عند الملكية حاصل في كيفية التصرف فيها، وفي مدة الحيازة على تفصيل في مدد الحيازة (107).

12.

لم يتناول الفقهاء حكم ما أصبح يسري في العصر الحاضر من تسجيل وتوثيق الأراضي، والعقارات، من دور، وحوانيت، وغيرها، في دوائر الدولة المختصة، كدائرة التسجيل العقاري من حيث تأثير الحيازة والتقدم في هذه الأملاك أم لا، فإذا حاز شخص مدة طويلة عقاراً مسجلاً رسمياً باسم غيره الذي ادعاه بعد سكوته زمناً طويلاً من غير عذر يمنعه من الكلام، فهل تكون هذه الحيازة مفيدة للحائز، وممانعة للمدعي من إقامة الدعوى والبيّنة؟

يمكن من دراسة أقوال الفقهاء في حيازة الديون الموثقة، وقول بعضهم إن مضي مدة الحيازة لا يسقط الدين الموثق، ولو طال الزمن؛ لأن الحيازة لا تقع في وثائق الحقوق، وهو قول اعتمدته الدسوقي، والتاودي، وشهره العبدوسي. وجاء في دعاوى المعيار أن به القضاء والعمل (108) يمكن أن نخرج عليه القول بأن الأملاك الموثقة في دوائر الدولة رسمياً - بما يتمشى مع الفقه الإسلامي وقواعده - لا تسري عليها أحكام الحيازة، ولا يسقط الدعوى فيها بمرور الزمن، بل هي أولى بهذا الحكم من الديون الموثقة بشهادة الشهود، للاحتياطات المراعاة في التسجيل، من حيث التثبت في وسائل الإثبات، وإعطاء مدة كافية للاعتراض والدفع لمن قد يتضرر بهذا التسجيل والتوثيق، الأمر الذي يقطع باب التزوير، ويسد طريق الحيل في تسجيل الأملاك.

105 - انظر شرح كتاب النيل 13 / 503 و 513.

106 - كفاية الطالب الرباني لرسالة ابن أبي زيد القيرواني: 2 / 295.

107 - انظر شرح التسولي على العاصمية: 2 / 262، وحاشية الدسوقي: 4 / 236، وشرح مجلة الأحكام العدلية: 4 / 298.

108 - انظر دراسة هذا القول في الديون الموثقة من هذا المبحث.

فهرس المصادر والمراجع

الحديث وعلومه

1. تقريب التهذيب، أحمد بن علي بن حجر العسقلاني، تحقيق عبد الوهاب عبد اللطيف، ط: الثانية، 1975، دار المعرفة، بيروت.
2. صحيح مسلم، مسلم بن الحجاج، تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي دار إحياء التراث العربي، القاهرة.
3. كتاب المجروحين من المحدثين والضعفاء والمتروكين، محمد بن حبان بن أحمد بن أبي حاتم، تحقيق محمود إبراهيم زايد، ط: الثانية، 1402 هـ، دار الوعي، حلب.
4. كنز العمال في سنن الأقوال والأفعال، علاء الدين الهندي، اعتناء إسحاق الطيبي، ط الأولى، بيت الأفكار الدولية، الأردن.
5. مجمع الزوائد ومنبع الفوائد، علي بن أبي بكر الهيثمي، ط الأولى، 1986، مؤسسة المعارف، بيروت.
6. المراسيل، أبو داود سليمان بن الأشعث السجستاني، صاحب السنن، ط: مصطفى البابي الحلبي، القاهرة.
7. المعجم الكبير، للطبراني، تحقيق حمدي عبد المجيد السلفي، ط الثانية، 1984، مطبعة الزهراء، الموصل، العراق.
8. الموطأ، مالك بن أنس الأصبحي، تصحيح وترقيم محمد فؤاد عبد الباقي، 1985، دار إحياء التراث العربي، بيروت.
9. ميزان الاعتدال في نقد الرجال، محمد بن أحمد بن عثمان الذهبي، تحقيق علي محمد البجاوي، ط: الأولى.

أصول الفقه، والقواعد الفقهية

1. الفروق، شهاب الدين أبو العباس أحمد بن إدريس المشهور القرافي، ط: الأولى، 1344 هـ، دار إحياء الكتب العربية، بيروت.
2. الموافقات في أصول الشريعة، أبو إسحاق إبراهيم بن موسى الشاطبي، ط الثانية، 1975، دار المعرفة، بيروت.

الفقه الحنفي

1. الاختيار لتعليل المختار، عبد الله بن محمود الموصلي الحنفي، تحقيق خالد عبد الرحمن العك، ط: الأولى، 1998، دار المعرفة، بيروت.
2. الدر المختار في شرح تنوير الأبصار، علاء الدين محمد بن علي الحصني الحنكفي، ط: الثانية، 1966، مطبعة مصطفى البابي الحلبي، القاهرة.
3. درر الحكام شرح مجلة الأحكام، علي حيدر، ط: الأولى، 1991، دار الجيل، بيروت.
4. رد المحتار على الدر المختار، محمد أمين عمر الشهير بابن عابدين، ط: الثانية، مطبعة مصطفى البابي الحلبي، القاهرة.
5. مجلة الأحكام العدلية مع شرحه درر الحكام، لجنة من العلماء في الدولة العثمانية، ط: الأولى، 1991، دار الجيل، بيروت.
6. المختار للفتوى، عبد الله بن محمود بن مودود الموصلي الحنفي، تحقيق خالد عبد الرحمن العك، ط: الأولى، 1998، دار المعرفة، بيروت.
7. نزهة النواظر على الأشباه والنظائر، محمد أمين عمر الشهير بابن عابدين، تحقيق محمد مطيع الحافظ، ط: الثانية، 1986، دار الفكر، دمشق.

الفقه المالكي

1. إحكام الأحكام على تحفة الحكام، محمد بن يوسف الكافي، دار الكتب العلمية، بيروت.
2. بلغة السالك لأقرب المسالك إلى مذهب الإمام مالك، أحمد بن محمد الصاوي، 1953، مطبعة مصطفى البابي الحلبي، القاهرة.
3. البهجة في شرح التحفة، أبو الحسن علي بن عبد السلام التسولي، مصطفى البابي الحلبي، المكتبة التجارية الكبرى، القاهرة.
4. البيان والتحصيل والشرح والتوجيه والتعليل في مسائل المستخرجة، أبو الوليد محمد بن أحمد بن رشد، تحقيق جماعة من العلماء، بإشراف د. محمد حجّي، ط: الثانية، 1988، دار الغرب الإسلامي، بيروت.
5. تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الحكام، برهان الدين إبراهيم بن محمد بن فرحون، ط: الأولى، 1301هـ، المطبعة الشرقية بمصر، تصوير دار الكتب العلمية،

- بيروت.
6. تحفة الحكام مع شرح التسولي، أبو بكر محمد بن محمد بن عاصم، ط مصطفى البابي الحلبي، المكتبة التجارية الكبرى، مصر.
7. التفریع، أبو القاسم عبد الله بن الحسين بن الجلاب البصري، تحقيق حسين بن سالم الدهماني، ط: الأولى، 1987، دار الغرب الإسلامي، بيروت.
8. حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، محمد بن أحمد بن عرفة الدسوقي، دار إحياء الكتب العربية بمصر، عيسى البابي الحلبي.
9. حاشية العدوي على كفاية الطالب الرباني، علي الصعيلي العدوي، ط: 1357هـ، 1938م، مطبعة مصطفى الحلبي، القاهرة.
10. الرسالة، أبو محمد عبد الله بن أبي زيد القيرواني، مطبوعة على هامش شرحها زروق وابن ناجي، ط: 1982، دار الفكر، بيروت.
11. شرح التاودي على العاصمية « حلى المعاصم لبنت فكر ابن عاصم »، أبو عبد الله محمد التاودي، طبع مصطفى الحلبي، المكتبة التجارية الكبرى.
12. شرح الزرقاني على مختصر خليل، عبد الباقي بن يوسف الزرقاني، ط: الأولى، 1307هـ، مطبعة محمد أفندي مصطفى، القاهرة، تصوير دار الفكر، بيروت.
13. الشرح الصغير على أقرب المسالك لمذهب الإمام مالك، مع بلغة السالك أحمد بن محمد بن أحمد الدردير، ط: 1953، مطبعة مصطفى البابي الحلبي، القاهرة.
14. شرح ميارة على العاصمية، محمد بن أحمد ميارة الفاسي، ط: 1315هـ، المطبعة البهية المصرية.
15. شرح الهواري لوثائق بناني، عبد السلام بن محمد الهواري، ط: 1368هـ، 1949م، دار الكتب العربية، تونس.
16. العتبية مع شرحها البيان والتحصيل، محمد العتبي القرطبي، تحقيق جماعة من العلماء، ط: الثانية، 1988، دار الغرب الإسلامي، بيروت.
17. العقد المنظم للحكام فيما يجري بين أيديهم من العقود والأحكام، مع تبصرة الحكام، أبو محمد عبد الله بن عبد الله بن سلمون، ط: الأولى، 1301هـ، المطبعة الشرقية بمصر، تصوير دار الكتب العلمية، بيروت.
18. فتح العلي المالك في الفتوى على مذهب الإمام مالك، أبو عبد الله محمد بن أحمد عlish، ط: الثانية، 1937، مطبعة مصطفى البابي الحلبي، القاهرة.
19. الفروق، شهاب الدين أحمد بن إدريس بن عبد الرحمن المشهور بالقراقي، ط:

- الأولى، 1344هـ، دار إحياء الكتب العربية، مكة المكرمة.
20. الكافي في فقه أهل المدينة، أبو عمر يوسف بن عبد الله بن محمد بن عبد البر، ط: الأولى، 1407هـ، 1987م، دار الكتب العلمية، بيروت.
21. كفاية الطالب الرباني لرسالة ابن أبي زيد القيرواني، علي أبي الحسن المالكي الشاذلي، ط: 1357هـ، 1938م، مطبعة مصطفى البابي الحلبي، القاهرة.
22. مختصر خليل مع الشرح الكبير، أبو الضياء خليل بن إسحاق، دار إحياء الكتب العربية بمصر، عيسى البابي الحلبي.
23. المدونة، رواية سحنون عن عبد الرحمن بن القاسم عن مالك بن أنس، ط: الأولى، 1323هـ، مطبعة السعادة، مصر، طبعة جديدة بالأوفست، بيروت.
24. مسائل أبي الوليد ابن رشد، أبو الوليد محمد بن أحمد بن رشد القرطبي، تحقيق محمد الحبيب التجكاني، ط: الأولى، 1412هـ، 1992م، منشورات دار الآفاق الجديدة، المغرب.
25. المعيار المغربي، والجامع المغربي عن فتاوى علماء إفريقية والأندلس والمغرب، أحمد بن يحيى الوشّريسي، تحقيق جماعة من العلماء بإشراف محمد حجّي، ط: الأولى، 1981، دار الغرب الإسلامي، بيروت.
26. مواهب الجليل لشرح مختصر خليل، أبو عبد الله محمد بن محمد بن عبد الرحمن، المعروف بالحطّاب، مكتبة النجاح، طرابلس.
27. النوازل الصغرى «المنح السامية في النوازل الفقهية» أبو عبد الله محمد المهدي الوزاني، ط 1412هـ، 1992، مطبعة فضالة، المحمدية، المغرب.

الفقه الإباضي

1. الإيضاح، عامر بن علي الشماخي، ط الأولى، 1971، دار الدعوة، نالوت، ليبيا.
2. شرح كتاب النيل وشفاء الغليل، محمد بن يوسف بن عيسى أطفيش، مكتبة الإرشاد، جدة، ودار الفتح، بيروت.
3. كتاب النيل وشفاء الغليل، ضياء الدين عبد العزيز بن إبراهيم الثميني، مكتبة الإرشاد، جدة، ودار الفتح، بيروت.

المراجع

1. لسان العرب، أبو الفضل جمال الدين محمد بن مكرم بن علي بن منظور، دار

- صادر، بيروت.
2. المصباح المنير في غريب شرح الرافعي الكبير، أحمد بن محمد الفيومي، ط: 1987، مكتبة لبنان، بيروت.
3. معجم مقاييس اللغة، أبو الحسين أحمد بن فارس بن زكريا، تحقيق عبد السلام محمد هارون، ط: 1979، دار الفكر، بيروت.

كتب حديثة

1. أحكام المعاملات الشرعية، علي الخفيف، ط: الأولى، 1417هـ، 1996م، دار الفكر العربي، القاهرة.
2. شرح القانون المدني الليبي، علي علي سليمان، منشورات جامعة بنغازي، ليبيا.