

٢٣٣
٢٣٣
٢٣٣



الجامعة الأردنية
كلية الدراسات العليا
قسم الدراسات العليا للعلوم
الشرعية والحقوق والسياسة

الوقائع المتعارفة في الشريعة الإسلامية

دراسة مقارنة

إعداد الطالب:
صلاح حمودة الحمد حسين
إشراف الدكتور:
العبد خلد بن الوعيد

قدمت لهذه الرسالة استكمالاً لمتطلبات درجة الماجستير في الفقه والتشريع
شعبة الفقه وأصوله بكلية الدراسات العليا في الجامعة الأردنية.

١٤١٢ هـ / ١٩٩٢ م

Handwritten Arabic calligraphy in a stylized, bold script. The text is arranged in a roughly rectangular shape, with the word "الله" (Allah) on the right and "محمد" (Muhammad) on the left. The calligraphy is highly decorative, with thick black lines and intricate flourishes. Small, handwritten annotations in Arabic script are scattered around the main text, including the number "٧" (7) and "٤٧.٩" (47.9) at the top left. The background is white.

والله اعلم

بإسلامي الأمامتني
والله فقهني في الدين... وعلمي التأويل
والله علمني ما يتفني... وانفني بما علمتني...
وزدني علماً...
والله بسترني تحت دمه دينك... وتطبيق شريعتك
والله اجعلني من عبادك العاملين بما علموا...
آمين.. آمين.. آمين..

للهدوء

أُمِّي ... وَأَبِي ... حَفِظْتُهُمَا الرَّبِّ تَعَالَى - الَّذِينَ رَبَّيْتِي عَلَى أَحْسَنِ الْخُلُقِ وَمَا أَفْضَلَ
وَالَّذِينَ بَزَلْتُكَ خَالَ وَنَفْسِي مِنْ أَجْلِ تَعَلُّمِي وَمَا بَخَلُوا ...

إِلْمًا
شَقِيقَتِي الْأَكْبَرُ ... أَبُو الرَّبِّ حَفِظَهُ اللَّهُ - الَّذِي لَهُ فِي عَهْدِي بِحَيْثُ لَنْ أُنْسَاهُ مَا أَمِدَّتْ .

إِلْمًا
أَشَقَاتِي الْأَحِبَّةُ ... مُحَمَّدٌ ، خَالِدٌ ، وَاسِلٌ ، هَانِي ... الَّذِينَ جَمَعُونِي بِمَحَبَّتِهِمْ فَمَا وَسَعَنِي
رَبُّ الْمُحْسِنِينَ .

إِلْمًا
شَقِيقَاتِي الْفَاضِلَاتُ ... لَدَائِقِي يَمَلُّنِي وَفَلْبِي بِحَبْلِهِنَّ وَتَقْدِيرِهِنَّ .

إِلْمًا
زَوْجَتِي الْعَزِيزَةُ ... الَّتِي تَحَمَلَتْ مَعِيَ عَنَاءَ الدَّرَاسَةِ .. وَأَلَمَ الْغُرْبَةِ .

إِلْمًا
جَامِعَتِي الْإِسْلَامِيَّةَ بَغْدَادَ الْحَبِيبَةَ ... الَّتِي كَرَّمَتْ أَعْزَابَ الْأَنْسَابِ لِجَاهَا ... وَالَّتِي
كَانَتْ لَهَا الْكِبَرُ اللَّهُمَّ فِي تَغْيِيرِ مَجْرَى حَيَاتِي ، حَفِظْهَا اللَّهُ وَجَمِّعْهَا مَنَارَةَ الْعِلْمِ ، وَمُنْبَعاً
لِتَخْرُجَ الْعُلَمَاءُ وَالْعَامِلِينَ .

إِلْمًا
كُلُّ مَنْ يَجْعَلُ بَدْخَلِي مِنْ أَجْلِ نَفْسِي شَرَّ مِمَّا فِي كُلِّ زَمَانٍ وَمَكَانٍ ...
لِيَسْتَمَّ جَمِيعاً ... أُنْهَرِي هَذَا الْبَحْثَ لِطَوْلِ الصَّغِيرِ .

رقم الصفحة	الموضوع
أ - ١	فهرس الموضوعات والمقدمة
١٨ - ١	التعريف
٢	المبحث الأول : نبذة تاريخية عن التقادم
٩	المبحث الثاني : ميزة الشريعة الاسلامية باعتبار الديانة في أحكامها
٩	أولا : الشريعة الاسلامية من عند الله
١٠	ثانيا : الجزء في الشريعة الاسلامية دنيوي وأخروي
١١	ثالثا : شمول الشريعة الاسلامية وكمالها
١٤	رابعا : اعتبار الديانة في أحكام الشريعة الاسلامية
٣٩ - ١٩	الفصل الأول : حقيقة التقادم
٢٠	المبحث الأول : تعريف التقادم لغة واصطلاحا
٢٠	المطلب الأول : تعريف التقادم لغة
٢٠	المطلب الثاني : تعريف التقادم اصطلاحا
٢١	تعريف محمد سعود المعيني للتقادم
٢١	تعريف محمد عبيد الكبيسي للتقادم
٢٢	تعريف سليم رستم باز للتقادم
٢٢	تعريف عبد العزيز عامر للتقادم
٢٢	نقد التعريفات والتعريف المختار
٢٣	شرح التعريف المختار
٢٤	المبحث الثاني : أدلة مشروعية التقادم
٢٥	أولا : السنة النبوية المظهرة
٢٩	ثانيا : المعقول
٣٠	ثالثا : المصلحة العامة
٣٠	رابعا : سد الذرائع
٣١	خامسا : الاستحسان

رقم الصفحة	الموضوع
٣٢	أدسا : السياسة الشرعية .
٣٢	سابعاً : العرف والعادة .
٣٤	المبحث الثالث : مدة التقادم والاتجاهات العامة في الشريعة الإسلامية .
٣٤	المطلب الأول : أنواع مدة التقادم .
٣٤	أولاً : من حيث الأصل في تحديدها .
٣٤	١ - المدة النصية .
٣٤	٢ - المدة الاجتهادية .
٣٥	٣ - المدة السلطانية .
٣٥	ثانياً : من حيث الطول والقصر
٣٦	١ - مدة طويلة .
٣٦	٢ - مدة متوسطة .
٣٦	٣ - مدة قصيرة .
٣٦	المطلب الثاني : أسباب اختلاف مدة التقادم .
٣٦	أولاً : نوع الحق ، أو الجريمة .
٣٧	ثانياً : العلاقة بين المدعي والمدعى عليه .
٣٨	ثالثاً : طبيعة التصرف في الحق .
١٦٠-٣٩	الفصل الثاني : أثر التقادم في الحقوق المدنية في الشريعة الإسلامية .
٣٩	المبحث الأول : أثر التقادم في حق الملكية في الشريعة الإسلامية .
٣٩	المطلب الأول : تعريف الملكية وأسبابها .
٣٩	الفرع الأول : تعريف الملكية لغة واصطلاحاً .
٣٩	أولاً : تعريف الملكية لغة .
٣٩	ثانياً : تعريف الملكية اصطلاحاً .
٤٣	المجموعة الأولى : تعريفها انطلاقاً من كونها حقيقة شرعية .
٤٣	١ - تعريف شهاب الدين القرافي من المالكية للملكية .
٤٣	٢ - تعريف جلال الدين السيوطي من الشافعية للملكية .
٤٣	المجموعة الثانية : تعريفها على أساس ذكر موضوعها .
٤٣	١ - تعريف الكمال بن الهمام من الحنفية للملكية .
٤٤	٢ - تعريف تقي الدين بن تيمية من الحنابلة للملكية .

٤٤	المجموعة الثالثة : تعريفها انطلاقاً من كونها علاقة بين المالك والمملوك :
٤٤	١ - تعريف الشريف الجرجاني من الحنفية للملكية .
٤٤	٢ - تعريف سعد الدين التفتازاني من الشافعية للملكية .
٤٥	— نقد التعريفات ٠٠٠٠ والتعريف المختار .
٤٦	شرح التعريف المختار .
٤٧	الفرع الثاني : أسباب الملكية .
٥٠	أولاً : حيازة المباحات والاستيلاء عليها .
٥١	ويشترط لصحة التملك عن طريق هذا السبب :
٥١	١ - أن يكون الملك خالياً عن ملك محترم .
٥٢	٢ - أن يكون المستولي قد قصد التملك .
٥٣	ثانياً : العقود الناقلة للملكية .
٥٤	ويشترط لصحة التملك عن طريق هذا السبب :
٥٤	١ - أن يكون المال الذي هو محل العقد مملوكاً .
٥٥	٢ - أن يكون العقد رضائياً .
٥٦	ثالثاً : الخلافة .
٥٧	رابعاً : التضمين أو التعويض .
٥٧	خامساً : الشفعة .
٥٨	سادساً : اللقطة .
٥٩	١ - أدلة الحنفية والإباضية على عدم اعتبار اللقطة سبباً شرعياً للملك .
٦٠	أ - من السنة .
٦٠	ب - من المعقول .
٦٠	٢ - أدلة جمهور الفقهاء على اعتبار اللقطة سبباً شرعياً للملك .
٦٠	أ - من السنة .
٦٢	الرأى الراجح .
٦٢	سابعاً : حيازة الشيء المملوك للغير لمدة طويلة .

- ٦٥ المطلب الثاني : الحيابة - وضع اليد . - باعتبارها سببا من أسباب الملكية .
- ٦٤ الفرع الأول : تعريف الحياز . وعلاقتها بالتنقادم
- ٦٥ أولا : تعريف الحيابة لغة واصطلاحا .
- ٦٥ ١ - تعريف الحيابة لغة .
- ٦٥ ٢ - تعريف الحيابة اصطلاحا .
- ٦٧ ثانيا : علاقة الحيابة بالتنقادم .
- ٦٨ الفرع الثاني : شروط الحيابة .
- ٦٩ أولا : حيابة الشيء المملوك للغير بوضع اليد عليه .
- ثانيا : تصرف الحائز في الشيء المحوز تصرف الملاك .
- ٦٩ ثالثا : أن يدعي الحائز ملكية الشيء المحوز .
- ٧٠ رابعا : أن يكون المحز عليه حاضرا في بلد الحائز .
- خامسا : أن يكون المحوز عليه ساكتا عن المطالبة بالشيء المحوز .
- ٧١ سادسا : ألا يكون هناك مانع يمنع المحوز عليه من طلب الشيء المحوز .
- ٧١ سابعا : مضي المدة المحددة للحيابة .
- ٧٤ الفرع الثالث : موانع الحيابة .
- ٧٤ أولا : الغيبة .
- ٧٧ ثانيا : عدم الأهلية .
- ٧٧ ثالثا : الخوف والإكراه .
- ٧٨ رابعا : الافلاس .
- ٧٩ خامسا : القرابة .
- ٨٠ سادسا : الصهرية .

رقم الصفحة	الموضوع
٨١	سابعا : الشركة .
٨١	ثامنا : الدين .
٨٢	تاسعا : جهل المحوز عليه بملكيته للشيء المحوز ، وكذلك جهله يتصرف الحائز في الشيء المحوز .
٨٣	عاشرا : العلم بأصل دخول الشيء المحوز في ملك الحائز
٨٣	حادى عشر : عدم قبول الشيء المحوز للحيازة .
٨٥	الفرع الرابع : الأموال والحقوق التي يمكن أن تكون موضعا للحيازة .
٨٥	النوع الأول : الأموال والحقوق التي لا يمكن أن تكون موضعا للحيازة .
٨٥	أولا : الأموال والحقوق العامة .
٨٦	ثانيا : أموال وحقوق أصحاب الأعدار والموانع الشرعية .
٨٧	النوع الثاني : أموال وحقوق يمكن أن تكون موضعا للحيازة .
٨٧	أولا : العقار .
٨٧	ثانيا : المنقول .
٨٨	ثالثا : الدين .
٩٠	رابعا : الميراث .
٩١	خامسا : المال المشترك .
٩١	سادسا : المهر (المداق) .
٩٣	سابعا : حق النفقة :
٩٣	١ - حق النفقة الزوجية .
٩٣	٢ - حق نفقة الأقارب .
٩٤	ثامنا : حق الشفعة .
٩٥	تاسعا : العارية .
٩٥	عاشرا : الوديعة .
٩٦	حادى عشر : الوقف .
٩٦	ثاني عشر : حق الارتفاق :

الموضوع	رقم الصفحة
١ - الارتفاق على الحق العام .	٩٦
٢ - الارتفاق على الحق الخاص .	٩٧
ثالث عشر : حق الانتفاع .	١٠١
الفرع الخامس : التصرفات التي تتم بها الحيابة .	١٠٢
أقسام ومراتب التصرفات التي تتم بها الحيابة بالنظر	١٠٣
أولا : لنوع التصرف .	١٠٣
ثانيا : لمدى قرب هذه التصرفات واتصالها بالانسان .	١٠٣
الفرع السادس : مدد تقادم الحيابة .	١٠٥
أولا : مدد تقادم الحيابة: المعتبرة شرعا .	١٠٥
أ - عند متأخرى الحنفية :	١٠٤
النوع الأول: للاجتهدى	١٠٥
النوع الثاني : السلطاني .	١٠٥
مدد التقادم المعتبرة عند متأخرى الحنفية كما قررتها	
مجلة الأحكام العدلية " .	١٠٦
أ - في دعاوى المتعلقة برقبة الوقف ، أو الأرض الأميرية	
ست وثلاثون سنة .	١٠٦
ب - في دعاوى المتعلقة بالتصرف في الاراضي الأميرية	
عشر سنين .	١٠٦
ت - في جميع دعاوى عدا ما تقدم ذكره ، كدعوى العقار	
والمنقول خمس عشرة سنة .	١٠٦
ث - في دعاوى المتعلقة بحقوق الارتفاق كحق الميسل	
أو المرور تكون ستا وثلاثين سنة اذا كان هذا الحسق	
عائدا الى وقف . وتكون خمس عشرة سنة اذا كان للملك	
الخاص ، وتكون عشر سنين اذا كان عائدا لارض أميرية	١٠٦
في دعوى الشفعة شهرا واحدا من وقت اجراء طلب المواثبة	١٠٧

رقم الصفحة	الموضوع
١٠٧	٢ - عند المالكية .
١٠٨	أ - السبعون سنة والثمانون .
١٠٨	ب - الستون سنة .
١٠٨	ت - الخمسون سنة .
١٠٨	ث - الأربعون سنة فأكثر .
١٠٩	ج - الثلاثون سنة فأكثر .
١٠٩	ح - العشرون سنة .
١٠٩	خ - العشر سنوات و١٠٠٠ ونحوها .
١١٠	د - السبع سنوات فأكثر .
١١٠	ذ - الأربع سنوات ١٠٠٠٠ .
١١٠	ر - الثلاث سنوات فأكثر .
١١٠	ز - السنتان والثلاث .
١١٠	س - السنة والسنتان .
١١١	٣ - عند متأخري الحنابلة .
١١٢	٤ - عند الاباضية :
١١٢	أ - السبع سنين الى الخمسين سنة .
١١٢	ب - الثلاث سنين .
١١٣	ج - الثلاثة ايام .
١١٤	ثانيا : حساب مدة التقادم .
١١٦	ثالثا : بداية مدة تقادم الحيازة ونهايتها .
١١٨	رابعا : وقف مدة تقادم الحيازة .
١١٩	خامسا : انقطاع مدة تقادم الحيازة .
١٢٠	سادسا : تلفيق مدة تقادم الحيازة .
١٢٢	سابعا : تجزؤ مدة تقادم الحيازة .
١٢٣	الفرع السابع : أقسام الحيازة .

رقم الصفحة	الموضوع
١٢٤	المرتبة الأولى : حيازة الأب على ابنه والابن على أبيه .
١٢٤	المرتبة الثانية : حيازة الأقارب على بعضهم البعض .
١٢٥	المرتبة الثالثة : حيازة الأختان والأصهار فيما لا شركة بينهم فيه .
١٢٥	المرتبة الرابعة : حيازة الأجانب الشركاء على بعضهم البعض
١٢٥	المرتبة الخامسة : حيازة الأجانب غير الشركاء على بعضهم البعض .
	تفريق الملكية بين الأقارب وبين الأجانب في حيازتهم للعقار وغيره من
١٢٦	الأشياء على النحو التالي :
١٢٦	أولا : حيازة الأجانب على بعضهم البعض :
١٢٦	١ - حيازة العقار .
١٢٦	٢ - حيازة المنقول .
١٢٧	أ - الحيوان .
١٢٧	ب - العروض .
١٢٧	ج - الثياب .
١٢٧	ثانيا : حيازة الأقارب على بعضهم البعض :
١٢٧	الفرع الثامن : تقادم الحيازة والبيئنة :
١٢٨	أولا : الشهادة على تقادم الحيازة .
١٢٨	١ - شهادة القطع .
١٣٠	٢ - شهادة السماع (الاستفاضة) .
١٣١	* أقوال الفقهاء في جواز العمل بها وأدلتهم على ذلك .
١٣٣	الرأي الراجح .
١٣٤	٣ - صفة الشهادة على تقادم الحيازة .
١٣٦	ثانيا : مراحل اثبات دعوى تقادم الحيازة .
١٣٧	ثالثا : تقادم الحيازة وترجيح البيئنة .
	* أقوال الفقهاء في عدّ الحيازة - اليد - من مرجحات الدعوى عند تعارض
١٣٧	البيئنتات :

رقم الصفحة	الموضوع
	- أدلة الفريق الأول : وهم الحنابلة ، والظاهرية والإباضية والامامية ، حيث ذهبوا إلى القول بترجيح بيئة الخارج - المحوز عليه - مطلقا .
١٣٧	
	- أدلة الفريق الثاني : وهم المالكية والحنابلة في رواية، والزيدية ، والامام زفر من الحنفية ، حيث ذهبوا إلى ترجيح بيئة الداخل - الحائز - مطلقا .
١٤٠	
١٤٢	- الرأي الراجح .
١٤٣	الفرع التاسع : آثار تقادم الحيابة .
١٤٣	أولا : أثر تقادم الحيابة على سماع الدعوى والبيئة .
١٤٣	* أقوال الفقهاء في ذلك وأدلتهم :
	- أدلة الفريق الأول : وهم جمهور الفقهاء من متقدمي الحنفية، والشافعية ، ومتقدمي الحنابلة - ما عدا ابن سبويه - والجوزية - والزيدية ، والامامية : حيث ذهبوا إلى القول بعدم وجود أي أثر للتقادم على سماع الدعوى والبيئة .
١٤٣	
١٤٣	
	- أدلة الفريق الثاني : وهم متأخروالحنفية ، والمالكية وابن قيم الجوزية من الحنابلة ، والإباضية ، حيث ذهبوا إلى القول بعدم سماع الدعوى والبيئة .
١٤٤	
١٤٦	الرأي الراجح .
١٤٧	* شروط سماع الدعوى
١٤٧	أ - شرط سماع الدعوى قبل مضي مدة التقادم .
١٤٨	ب - شروط سماع الدعوى بعد مضي مدة التقادم .
١٥١	ثانيا : حماية الحيابة :
١٥٢	١ - حماية يد الحائز .
١٥٢	أ - منع التعرض للحائز .
١٥٣	ب - استرداد اليد على الحيابة .
١٥٣	٢ - حماية الشيء المحوز .

الموضوع	رقم الصفحة
ثالثا : أثر تقادم الحيازة على سقوط حق الملكية .	١٥٥
* أقوال الفقهاء في ذلك وأدلتهم ;	١٥٥
— أدلة الفريق الأول : وهم جمهور الفقهاء ، من متأخري الحنفية وجمهور المالكية وابن الجوزية ، ومتأخري الحنابلة وبعض	
الاباضية حيث ذهبوا الى القول بعدم سقوط الحق .	١٥٥
— أدلة الفريق الثاني : وهم بعض المالكية وعلى رأسهم الامام مالك ،	
وجهور الاباضية ، حيث ذهبوا الى القول بسقوط الحق .	١٥٦
— الرأي الراجح .	١٥٩
* القضاء للحائز بيمينه .	١٦٠
الفصل الثالث : أثر التقادم في سقوط الحد ، والقصاص ، والتعزير في الشريعة الإسلامية .	١٦١ - ١٨٦
المبحث الأول : أثر التقادم في سقوط الحد في الشريعة الإسلامية .	١٦٢
المطلب الأول : تعريف الحد لغة واصطلاحا .	١٦٢
أولا : تعريف الحد لغة .	١٦٢
ثانيا : تعريف الحد اصطلاحا .	١٦٢
المطلب الثاني : الفرق بين الحد والقصاص والتعزير .	١٦٢
المطلب الثالث : أثر التقادم في سقوط الحد	١٦٥
* أقوال الفقهاء في ذلك :	١٦٥
— الفريق الأول : وهم جمهور الفقهاء من المالكية ، والشافعية ،	
والزيدية ، والاباضية ، والإمامية ، حيث ذهبوا الى القول بعدم	
وجود أي أثر للتقادم على سقوط الحد .	١٦٥
— الفريق الثاني : وهم الحنفية ، حيث ذهبوا الى القول بسقوط	
الحد بالتقادم .	١٦٥
الفرع الأول : أثر التقادم في سقوط الجريمة .	١٦٧
أولا : أثر تقادم الشهادة في سقوط الجريمة .	١٦٧
— الرأي الراجح .	١٧٠

رقم الصفحة	الموضوع
١٧٢	ثانيا : أثر تقادم الاقرار في سقوط الجريمة .
	* أقوال فقهاء الحنفية في أثر الاقرار على حد الشرب
١٧٢	وأدلتهم على ذلك :
	- أدلة الامامين أبو حنيفة وأبو يوسف حيث ذهبوا إلى
١٧٢	القول بسقوط الحد بتقادم الاقرار به .
١٧٣	- أدلة الامام محمد بن حسن ، حيث ذهب الى القول بعدم سقوطه
١٧٣	- الرأي الراجح .
١٧٤	الفرع الثاني : أثر التقادم في سقوط العقوبة .
١٧٤	* أقوال فقهاء الحنفية في ذلك وأدلتهم :
١٧٤	- أدلة جمهور الحنفية حيث ذهبوا الى القول بسقوطها بالتقادم .
١٧٥	- أدلة الامام زفر على عدم سقوطها بالتقادم .
١٧٥	- الرأي الراجح .
١٧٦	الفرع الثالث : مدة تقادم الشهادة على الحدود - الجريمة ، والعقوبة . -
١٧٦	أولا : مدة تقادم الشهادة على حدى الزنا والسرقه .
١٧٦	* أقوال فقهاء الحنفية في ذلك وأدلتهم :
١٧٦	١ - قول الامام أبي حنيفة .
١٧٧	٢ - قول الإمام الطحاوى وتجديدها بستة أشهر .
١٧٧	٣ - قول الإمام محمد بن حسن وتحديدها بشهر .
١٧٧	- الرأي الراجح .
١٧٧	ثانيا : مدة تقادم الشهادة في حد الشرب .
١٧٧	* أقوال فقهاء الحنفية في ذلك وأدلتهم :
١٧٧	١ - قول الامامين أبي حنيفة وأبي يوسف وتحديدها بزوال الرائحة
١٧٨	٢ - قول الامام محمد بن الحسن
١٧٩	- الرأي الراجح .
١٨٠	الفرع الرابع : موانع تقادم الشهادة على الحد .

رقم الصفحة	الموضوع
١٨٠	١ - بعد مكان الشهود عن القاضي .
١٨١	٢ - الخوف من الطريق .
١٨١	٣ - المرض .
١٨١	* موانع أخرى .
١٨٢	المبحث الثاني: أثر التقادم في سقوط القصاص .
١٨٢	المطلب الأول : تعريف القصاص لغة واصطلاحاً .
١٨٢	أولاً : تعريف القصاص لغة .
١٨٢	ثانياً : تعريف القصاص اصطلاحاً .
١٨٢	المطلب الثاني : أثر التقادم في سقوط القصاص .
١٨٤	المبحث الثالث : أثر التقادم في سقوط التعزير .
١٨٤	المطلب الأول : تعريف التعزير لغة واصطلاحاً .
١٨٤	أولاً : تعريف التعزير لغة .
١٨٤	ثانياً : تعريف التعزير اصطلاحاً .
١٨٤	المطلب الثاني : أثر التقادم في سقوط التعزير .
١٨٧	الخاتمة .
١٨٩	الفهارس

هذا البحث " أحكام التقادم في الشريعة الإسلامية - دراسة مقارنة " يتكون من تمهيد وثلاث عشرة فصول وخاتمة ، وذلك على النحو التالي :

التمهيد ، وهو في مبحثين ، الأول منهما بعنوان " نبذة تاريخية عن التقادم " ، استعرضت فيه ظهور التقادم منذ عصر الرومان ٥٠٠٠ مرورا بالدولة الإسلامية الأولى ٥٠٠ وحتى عصرنا الحاضر ، والثاني : بعنوان " ميزة الشريعة الإسلامية باعتبار الحيانة في الأحكام " ، وتحدثت فيه عن أهم ما تمتاز به أحكام الشريعة الإسلامية. عن غيرها من النظم والقوانين ، وتحدثت بشكل خاص عن ميزة الديانة أي ثبوت فكرة الحل والحرمة لأحكامها .

والفصل الأول : وهو بعنوان " حقيقة التقادم " وهو في ثلاثة مباحث : الأول منه بعنوان " تعريف التقادم لغة واصطلاحاً ، وذكرت فيه تعريفات علماء اللغة وفقهاء الشريعة للتقادم ، مع مناقشة هذه التعريفات وشرح التعريف المختار منها ، والثاني : وهو بعنوان " أدلة مشروعية التقادم " وبينت أنه مشروع بالأدلة النقلية والعقلية ، والثالث : وهو بعنوان " مدة التقادم والاتجاهات العامة في الشريعة الإسلامية " ، وتحدثت فيه عن مدة التقادم بشكل عام من حيث ذكر أنواعها ، وبيان سبب اختلافها .

الفصل الثاني : وهو بعنوان " أثر التقادم في الحقوق المدنية في الشريعة الإسلامية " ، وجعلته في مبحث واحد طويل ، وهو بعنوان : " أثر التقادم في حق الملكية في الشريعة الإسلامية " ، وجاء في مطلبين ، الأول بعنوان : تعريف الملكية وأسبابها ، ذكرت فيه تعريفات علماء اللغة وفقهاء الشريعة للملكية ، ثم شرحت التعريف المختار منها ، ثم تحدثت عن أسباب الملكية المتفق على مشروعيتها في الشريعة الإسلامية ، والمطلب الثاني : وهو بعنوان " الحيابة - وضع اليد - باعتبارها سبباً من أسباب الملكية في الشريعة الإسلامية " وجعلته في تسعة فروع رئيسة ، تحدثت فيها عن : تعريف الحيابة وعلاقتها بالتقادم ، وشروطها وموانعها ، والأموال والحقوق التي يمكن أن تكون موضعاً للحيابة والأموال والحقوق التي لا يمكن أن تكون كذلك ، والتصرفات التي تتم بها الحيابة ، وأقسام الحيابة وتقادم الحيابة والبيئة والآثار المترتبة على تقادم الحيابة .

والفصل الثالث : وهو بعنوان " أثر التقادم في سقوط العقوبات في الشريعة الإسلامية " ، وجعلته في ثلاثة مباحث : الأول منها : بعنوان " أثر التقادم في سقوط الحد " ، وجاء في ثلاثة مباحث :

الأول منها : عرفت فيه الحد في اللغة وفي اصطلاح الفقهاء ، والثاني : ذكرت فيه أهم الفروق التي تميز كلا من الحد عن القصاص عن التعزير كعقوبة شرعية ، والثالث تحدثت فيه عن أثر التقادم في سقوط الحد ، وفصلت القول فيه في أربعة فروع ، تحدثت فيها عن : أثر التقادم في سقوط الجريمة ، وأثر ذلك في سقوط العقوبة ، ومدد تقادم الشهادة على الحدود ، وموانع تقادم الشهادة على الحد والمبحث الثاني : وهو بعنوان " أثر التقادم في سقوط القصاص " ، وجعلته في مطلبين ، الأول منهما عرفت فيه القصاص في اللغة وفي اصطلاح الفقهاء ، والثاني : تحدثت فيه عن أثر التقادم في سقوط القصاص ، والثالث : وهو بعنوان " أثر التقادم في سقوط التعزير ، وجعلته أيضا في مطلبين الأول منهما : عرفت فيه التعزير في اللغة وفي اصطلاح الفقهاء ، والثاني : تحدثت فيه عن أثر التقادم في سقوط العقوبة .

والخاتمة : ذكرت فيها أهم النتائج التي توصلت اليها من خلال هذا البحث ، ولعل من أبرزها عدم سقوط حق الملكية بمجرد مرور الزمن على الحيازة ، بل لا بد بالإضافة الى ذلك من ادعاء الحائز ملكية الشيء المحوز ، ومنها كذلك سقوط الجريمة في حدود الزنا والسرقة ، والشرب بتقسيم الشهادة عليها ، وعدم سقوط عقوباتها بذلك .

" بسم الله الرحمن الرحيم "

xxxx المقدمة xxxxx

xx

الحمد لله الذي علّم بالقلم ، علّم الانسان ما لم يعلم ، نحمده على جزييل نعمه ، ووافر عطاءه ،
أن جعلنا ممن يتعلم القرآن ، ونسأله سبحانه أن يجعلنا من العاملين به ، المهتدين بهديه ، الواقفين
عند حدوده ، المتبعين لأوامره ، المجتنبين لنواهيه .

وأفضل الصلاة وأتم التسليم على سيدنا محمد - صلى الله عليه وسلم - المبعوث رحمة للعالمين ،
الهادي الى الصراط المستقيم وعلى آله ، وذريته ، وأصحابه ، والتابعين ، وتابعيهم باحسان الى
يوم الدين وبعد ،

فقد أكرمنا الله - عزّ وجلّ - بالاسلام ، نظاما ، وشرعة ، ومنهاج حياة ، حاسب على الوقت ومرور الزمن
في الدنيا والآخرة ، ونقدّم الحديث عن الآخرة لأنها أكبر درجات وأكبر تفضيلا ، فقد جاءت الآيات الكريمة ،
والأحاديث النبوية الشريفة ، صريحة في الدلالة على أهمية الوقت في حياة الانسان ، وعلى أنه سيحاسب
حسابا دقيقا على كل لحظة من لحظات عمره ، اذ سيأهل كيف قضاها ؟ وأين أمضاها ؟ وفي مقدمة
هذه الآيات الكريمة قوله تعالى : " وكلّ انسان أزمانه طائره في عنقه ، ونخرج له يوم القيامة كتابا
يلقاه منشورا ، اقرأ كتابك ، كفى بنفسك اليوم عليك حسيبا " ^(١) ، وقوله تعالى : " ووضع الكتاب ، فترى
المجرمين مشفقين مما فيه ، ويقولون يا ويلتنا ما لهذا الكتاب لا يغادر صغيرة ولا كبيرة الا أحماها ،
ووجدوا ما عملوا حاضرا ولا يظلم ربك أحدا " ^(٢) ، وقوله تعالى : " ونضع الموازين القسط ليوم القيامة ،
فلا تظلم نفس شيئا ، وان كان مثقال حبة من خردل أتينا بها وكفى بنا حاسبين " ^(٣) . وقوله تعالى :
" فمن يعمل مثقال ذرة خيرا يره ، ومن يعمل مثقال ذرة شرا يره " ^(٤) وآيات أخرى كثيرة .

ومن السنة النبوية المطهرة أحاديث كثيرة ، في مقدمتها : قوله - صلى الله عليه وسلم - " نعمتان
منغبتون فيهما كثير من الناس ، الصحة ، والفراغ " ^(٥) ، وقوله - صلى الله عليه وسلم - : " لا تزول قدمنا

(١) سورة الاسراء : الآيات (١٣ ، ١٤) .

(٢) سورة الكهف : الآية (٤٩) .

(٣) سورة الأنبياء : الآية (٤٧) .

(٤) سورة الزلزلة : الآيات (٧ ، ٨) .

(٥) البخاري : أبي عبد الله محمد بن اسماعيل ، (ت ٢٥٦ هـ / الجامع الصحيح ، طدار الجيل ، بيروت

(١٠٩/٨) ، وحيث يأتي يشار اليه بـ " البخاري : صحيح " .

عبد يوم القيامة حتى يسأل عن عمره فيما أفناه ، وعن علمه فيم فعل ، وعن ماله من أين اكتسبه وفيهم أنفقه ، وعن جسمه فيم أبلاه " (١) ، وقوله - صلى الله عليه وسلم - في تفسير قوله تعالى : " يومئذ تحدث أخبارها " قال : " أتدرون ما أخبارها ؟ قالوا : الله ورسوله أعلم ، قال : فان أخبارها أن تشهد على كل عبد أو أمة بما عمل على ظهرها ، تقول : عمل يوم كذا ، وكذا فهذه أخبارها " (٢) .

وأما في الدنيا ، فقد تناول الفقهاء القدامى منهم والمحدثون أحكام مرور الزمن وتقادمه بالبيان والتفصيل ، وتعرضوا لبيان أهم الآثار المترتبة عليه في الحقوق المختلفة ، سواء أكان ذلك في الحقوق المدنية أم الجنائية ، وهذا ما سنفصل القول فيه خلال فصول ومباحث وينود هذه الرسالة - إن شاء الله تعالى - .

طبيعة الموضوع :

هذا الموضوع " أحكام التقادم في الشريعة الإسلامية - دراسة مقارنة " بحسب طبيعته يناقش أثر مرور المدة الزمنية على الحقوق المختلفة من حيث ثبوتها أو إسقاطها ، وكذلك أثرها على أنزال العقوبة بالجاني أو إسقاطها عنه .

أهمية الموضوع وأسباب اختياره :

- إن من أهم الأسباب التي دفعتني للكتابة في هذا الموضوع ، هو ما له من أهمية بالغة ، والتي تبرز من خلال النقاط التالية :
- ١ - من خلال بحثي واطلاعي في هذا الموضوع ، لم أجد بحثا يتناول هذا الموضوع بشكل مفصل أو يستعرض جميع الجوانب والعناصر التي شملها .
 - ٢ - إبراز نظرية فقهية متكاملة ، لم تتبلور بعد عند فقهاءنا ، وخاصة المحدثين منهم .
 - ٣ - رد الافتراءات عن الفقه الإسلامي ، بأنه لم يتعرض لمثل هذا الموضوع من قبل ، وأن القانون الوضعي هو السباق في هذا المجال .

(١) الترمذي : أبو عيسى محمد بن عيسى بن سورة (ت ٢٢٩هـ) الجامع الصحيح ، وهو مشهور " بسنن الترمذي " ، ١ ، أحمد فؤاد شاکر الأجزاء (٥، ٢، ١) ، ومحمد فؤاد عبد الباقي جزء (٣) ، كمال يوسف الجوت جزء (٤) ، ١ ، ١٤٠٨ هـ - ١٩٨٨ م ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، (٤/٥٢٨) ، وحيث يأتي إشهار إليه ب " الترمذي : سنن " . وقال أبو عيسى : هذا حديث حسن صحيح .

(٢) الترمذي : سنن ٥/٤١٦ . وقال أبو عيسى : هذا حديث حسن صحيح .

في الحقيقة ، ومن قبيل الأمانة العلمية ، لا أدعي الأسبقية والتفرد في دراسة هذا الموضوع إذ سبقني في البحث فيه علماء وأساتذة لي أفاضل ، إلا أنه يمكنني القول ، بأن هذه الدراسات ، أما أنها كانت قاصرة عن إبراز مثل هذه النظرية الفقهية الهامة بصورة متكاملة ، كما هو الشأن في كتابي الدكتور محمد سعود المعيني القيمين ، وهما " النظرية العامة للتقادم في الفقه الاسلامي - دراسة مقارنة - " و " أثر التقادم في الفقه الاسلامي - دراسة مقارنة - " إذ تناول الجانب المدني - الحيابة - في كتاب ، والجانب الجنائي - الحدود والتعازير - في كتاب آخر ، كما غلب على صياغة هذين المؤلفين الصبغة القانونية أكثر مما غلب عليهما الصبغة الشرعية ، وأما أنها كانت قاصرة على معالجة بعض جوانب التقادم واغفال الجوانب الأخرى ، كما هو الشأن في كتاب الدكتور محمد عبد الجواد محمد " الحيابة والتقادم في الفقه الاسلامي " ، والذي تعرض فيه لبيان النظرية الفقهية التي قال بها الفقه المالكي في موضوع " الحيابة والتقادم " ، إلا أنه في كتابه هذا لم يتعرض إلا لموضوع " الحيابة والتقادم " فقط دون غيره من المواضيع ، وكذلك كان همه الأكبر بيان النصوص الفقهية في كتب المذاهب المختلفة دون كثير اهتمام بصياغة النظرية نفسها .

وتعرض بعض الفقهاء كذلك لبعض آثار التقادم وأحكامه ان في الشريعة الاسلامية فقط ، أو في الشريعة الاسلامية مقارنة بالقانون الوضعي ، ومن أمثلة ذلك : ما ذكره الدكتور محمد سلام مذكور في بحثين قيمين له ، وكان أحدهما بعنوان " أثر التقادم في حق الملكية " ، وكان الآخر بعنوان " التقادم وأثره في الدعوى وفي العقوبة " ، وان كان هذان البحثان من البحوث القيمة ، إلا أنهما كانا اشارات سريعة في الموضوع دون التعمق والغوص فيه .

وكذلك ما ذكره الدكتور جبر محمود الفضيلات في كتابه القيم " سقوط العقوبات في الفقه الاسلامي " من آثار للتقادم في سقوط عقوبات الحدود والتعازير ، وكذلك ما ذكره الشهيد عبد القسندر عودة - رحمه الله - في كتابه القيم " التشريع الجنائي الاسلامي " عن الموضوع نفسه ، إلا أن هذه الأحكام كانت متفرقة في أجزاء مختلفة ومتفرقة من الكتابين بحيث يصعب جمع أطرافها ، وصياغتها : يمكن الربط بينها على شكل نظرية متكاملة .

وكذلك ما ذكره الدكتور سامح السيد جاد ، وذلك في كتابه القيم " تقادم الدعوى الجنائية في الفقه الاسلامي والقانون الوضعي " حيث قارن فيه تقادم الدعوى الجنائية بين الشريعة الاسلامية وبين القانون الوضعي .

وبناء على ما سبق ، رأيت من الواجب الاهتمام بهذه الجهود السابقة الحيرة ومن ثم

صياغتها في دراسة فقهية واحدة متكاملة ، بحيث تشمل على جميع العناصر والجوانب سابقة الذكر
وبهذا تميزت هذه الدراسة عن سابقتها .

منهج البحث :

=====

- 1 - يمكن تلخيص منهجي في كتابة هذه الرسالة في عدد من النقاط ، لعل من أهمها ، أنني :
حرصت كل الحرص على إبراز هذا الموضوع على شكل نظرية فقهية متكاملة ، وذلك بربط عناصره ومباحثه وفصوله ببعضها البعض ما أمكنني ذلك .
- 2 - رجعت الى العديد من الكتب الحديثة - فقهية وغيرها - ، وأفدت منها فيما يتعلق بموضوع بحثي. هذا ، وان كان استعمالها لها على سبيل الارشاد والاشارة فحسب ، أذكر من أبرزها كتاب الدكتور محمد عبد الجواد محمد " الحيازة و التقادم في الفقه الاسلامي المقارن بالقانون الوضعي " .
- 3 - استقيت جميع معلومات هذه الرسالة من مصادرها الأولية ، أي كتب الفقهاء القدامى ، وما خرجت عن ذلك الا ضرورة عدم توفر مثل هذه المصادر .
- 4 - قارنت جميع مسائل هذه الرسالة على ثمانية مذاهب ، التزمت بذكرها متسلسلة حسب الترتيب التالي : المذهب الحنفي ، فالمالكي ، فالشافعي ، فالحنبلي ، فالظاهرى ، فالزيدى ، فالاباضي ، فالشيوعي الامامي ، وما خرجت عن هذه المقارنة الا في المسائل الخاصة بمذهب - أو مذاهب - معينة .
- 5 - ذكرت آراء المذاهب الفقهية المختلفة في حكم المسألة محل البحث ، مع ذكر أدلة كل منها - ان وجدت - ثم مناقشة هذه الأدلة ، ثم بيان الرأي الذي اعتقدت رجحانه منها .
- 6 - اهتمت بتوضيح معاني الغريب من مفردات اللغة العربية ، وتعريف المصطلحات الفقهية والأصولية عند أول ورودها ، مع عزوها الى مصادرها .
- 7 - نقلت بعض النصوص الفقهية التي اعتقدت الحاجة الى ذكرها وان كانت طويلة بعض الشيء ، ، لزيادة الايضاح ، والاستئناس بها ، مع تحاشي الوقوع في الحشو .
- 8 - ذكرت بعض مواد القوانين الشرعية ، كمادة مجلة الأحكام العدلية ، ومرشد الحيران ، بكتابة نص المادة كاملا في أول مرة يرد فيها ، ثم العزو اليه ان ورد بعد ذلك .
- 9 - قمت بتحقيق الآيات القرآنية الكريمة التي وردت في هذه الرسالة ، بذكر اسم السورة التي وردت فيها ، ورقم الآية .

- ١٠ - اهتمت بتخريج الأحاديث النبوية الشريفة ، بعزو الحديث الى مصادره الأصلية من كتب السنة المطهرة ، ثم الحكم عليه بعد ذلك بذكر أقوال علماء الحديث فيه ما لم يكن قد ورد في الصحيحين - البخارى ومسلم - لاتفاق الأمة على صحة ما جاء فيهما .
- ١١ - ترجمت لعدد من الأعلام الذين ذكروا خلال هذه الرسالة ، الذين اعتقدت أنهم بحاجة الى مزيد بيان .

خطـة البحث :

=====

تتكون خطة البحث من تمهيد وثلاثة فصول وخاتمة ، على النحو التالي :

التمهيد : وفيه مبحثان :

المبحث الأول : نبذة تاريخية عن التقادم .

المبحث الثاني : ميزة الشريعة الاسلامية باعتبار الذئانة في أحكامها .

الفصل الأول : حقيقة التقادم ، وفيه ثلاثة مباحث :

المبحث الأول : تعريف التقادم لغة واصطلاحا ، وفيه مطلبان :

المطلب الأول : تعريف التقادم لغة .

المطلب الثاني : تعريف التقادم اصطلاحا .

المبحث الثاني : أدلة مشروعية التقادم .

المبحث الثالث : مدة التقادم والاتجاهات العامة في الشريعة الاسلامية . وفيه مطلبان :

المطلب الأول : أنواع مدة التقادم .

المطلب الثاني : أسباب اختلاف مدة التقادم .

الفصل الثاني : أثر التقادم في الحقوق المدنية في الشريعة الاسلامية :

وهو في مبحث واحد طويل ، وفيه مطلبان :

المطلب الأول : تعريف الملكية وأسبابها ، وجاء في فرعين رئيسيين :

الفرع الأول : تعريف الملكية لغة واصطلاحا .

الفرع الثاني : أسباب الملكية .

المطلب الثاني : الحيابة - وضع اليد - باعتبارها سببا من أسباب الملكية ،

وجاء في تسعة فروع رئيسية :

الفرع الأول : تعريف الحيابة وعلاقتها بالتقادم .

الفرع الثاني : شروط الحيابة .

الفرع الثالث : موانع الحيابة .

الفرع الرابع : الأموال والحقوق التي يمكن أن تكون موضعاً

للحيابة .

الفرع الخامس : التصرفات التي تتم بها الحيابة .

الفرع السادس : مدة تقادم الحيابة .

الفرع السابع : أقسام الحيابة .

الفرع الثامن : تقادم الحيابة والبيئة .

الفرع التاسع : آثار تقادم الحيابة .

الفصل الثالث : أثر التقادم في سقوط العقوبات في الشريعة الإسلامية وفيه ثلاثة مباحث :

المبحث الأول : أثر التقادم في سقوط الحد ، وفيه ثلاثة مطالب :

المطلب الأول : تعريف الحد لغة واصطلاحاً .

المطلب الثاني : الفرق بين الحد ، والقصاص ، والتعزير .

المطلب الثالث : أثر التقادم في سقوط الحد ،

وجاء في أربعة فروع رئيسة :

الفرع الأول : أثر التقادم في سقوط الجريمة .

أولاً : أثر تقادم الشهادة في سقوط الجريمة .

ثانياً : أثر تقادم الإقرار في سقوط الجريمة .

الفرع الثاني : أثر التقادم في سقوط العقوبة .

الفرع الثالث : مدة تقادم الشهادة على الحد .

الفرع الرابع : موانع تقادم الشهادة على الحد .

المبحث الثاني : أثر التقادم في سقوط القصاص ، وفيه مطلبان :

المطلب الأول : تعريف القصاص لغة واصطلاحاً .

المطلب الثاني : أثر التقادم في سقوط القصاص .

المبحث الثالث : أثر التقادم في سقوط التعزير ، وفيه مطلبان :

المطلب الأول : تعريف التعزير لغة واصطلاحاً .

المطلب الثاني : أثر التقادم في سقوط التعزير .

الخاتمة : وجاءت متضمنة لأهم النتائج المستخلصة من هذا البحث .

هذا ، بالإضافة الى أنني قد ذيلت هذا البحث بمجموعة من الفهارس العلمية التوضيحية وهي على الترتيب : فهرس الآيات القرآنية الكريمة ، وفهرس الأحاديث النبوية الشريفة ، وفهرس المصطلحات الفقهية والأصولية ، وفهرس مواد القانون الشرعي ، وفهرس الأعلام الذين وردت ترجمتهم في حواشي البحث ، وفهرس المصادر والمراجع ، وفهرس تفصيلي للموضوعات .

وأخيرا ، فقد جعلت في النهاية ملخصا للبحث باللغة العربية ، وآخر باللغة الانجليزية .

هذا ، فإنني أدعي بذل كل جهدي لاجراخ هذا البحث في أجمل صورة ، وأبهي حلة له ، فإنا وفقنا ووفيت هذا البحث حقه فذلك توفيق من الله عز وجل ، فهو ولي توفيقنا ، وان لم يكن الأمر كذلك ، فإن النقص والقصور من سمة البشر ، والكمال لله وحده .

وأخر دعوانا أن الحمد لله رب العالمين .

ولا يفوتني أن أتقدم بجزيل الشكر والعرفان الى الاخوة والأصدقاء الأحبة الذين مدوا لي
يد العون والمساعدة لاتمام هذا البحث ، ولو كان ذلك بدعوة خالصة صادقة من القلب . . . وأخص منهم
بالذكر ، أخوتي الأحبة . . . أخي الحبيب : محمد الحسن البغا - حفظه الله - وأخي العزيز يونس
الأسطل - حفظه الله - وأخي الفاضل خضر أبو حسن ، جزاهم الله عني خير الجزاء ، ووفقهم لما يحبه ويرضاه .
وأخيرا للأخوة العاملين في مكتبة الجامعة الأردنية مني كل شكر وتقدير على ما قدموه لي
من مساعدة لاتمام هذا البحث ، كما للأخت الفاضلة صبحية عبد العزيز - حفظها الله - طابعت هذا البحث كل
شكر وتقدير على ما بذلته لخراج هذا البحث على أجمل صورة وأبهى حلة . . .

للجميع مني كل شكر وتقدير

وأخر دعوانا أن الحمد لله رب العالمين .

التمهيد

xx

وفيه مبحثان :

المبحث الأول : نبذة تاريخية عن التقسيم

المبحث الثاني : ميزة الشريعة الاسلامية باعتبار الديانة في أحكامها

التعميم
المبحث الأول
نبذة تاريخية عن التقادم

XX

يمكننا القول بأن التقادم كان معروفا منذ قديم الزمان لدى الرومان كنظام مدني وضعتــــــــــــي،
إذ وجد هذا النظام منذ صدور قانون الألواح الاثني عشر في عصر القانون الروماني القديم الذي يمتد من
عام (٥٠٩ ق م) وحتى عام (١٣٠ ق م) (١).

وقد اعتبر القانون الروماني أن التقادم هو أهم الطرق الاجبارية الناقله للملكية، إذ عـــــــد
استعمال الشخص للشيء، بعد وضع اليد عليه مدة معينة من الزمن، ناقلا لملكية هذا الشيء، وسميت
هذه الطريقة " بطريقة التقادم المكسب للملكية " (٢).

وجاء الاسلام ببعثة النبي محمد صلى الله عليه وسلم - في وقت كان فيه القانون الروماني قد
اكتمل ونضج قبل ظهور الشريعة الاسلامية بزمن طويل، وبلغ الرومان شأوا بعيدا من الحضارة والمدنية،
في الوقت الذي كان فيه العرب ما زالوا يعيشون عيشة بدائية بسيطة إذا ما قورنت بحضارة الرومان
ومدنيتهم، إذ جاء الاسلام في الوقت الذي كانت فيه السيادة على العالم المتمدين لدولتين
وحضارتين من أعظم الحضارات التي شهدتها الانسانية في التاريخ، ألا وهما: حضارة الروم، وحضارة
الفرس ...

(١)، (٢) د ٠ عمر ممدوح مصطفى: القانون الروماني، ط ٥، ١٩٦٥-١٩٦٦م، دار المعارف، مصر، ص ٢٠، وحيث
يأتي يشار اليه ب: عمر مصطفى: القانون الروماني د ٠ عبدالسلام الترماني: محاضرات في
القانون الروماني، ط ١٩٦٤-١٩٦٥م، جامعة حلب، سوريا، ص ٦٢٤٩، وحيث يأتي يشار اليه
ب " الترماني: محاضرات " د ٠ زهدى يكسن: القانون الروماني والشريعة الاسلامية،
تحقيق د ٠ محمد زهدى يكسن، ط ١٩٧٥م، دار يكن للنشر، بيروت، ص ٢١، وحيث
يأتي يشار اليه ب " يكن / القانون الروماني " د ٠ صوفي حسن أبوظالب: بين الشريعة
الاسلامية والقانون الروماني، ط ١٩٦٣م، مكتبة نهضة مصر، مصر، ص ١٣، وحيث يأتي يشار اليه
ب " أبوظالب: بين الشريعة الاسلامية والقانون الروماني " د ٠ علي أحمد حسن:
التقادم في المواد المدنية والتجارية فقها وقضاء، ط ١٩٨٥م، منشأة المعارف، مصر
ص ٣١، وحيث يأتي يشار اليه ب " علي حسن: التقادم " د ٠ محمد المنجسي: الحيابة-دراسة
تأصيلية للحيابة من الناحيتين المدنية والجنائية، ط ٢، ١٩٨٥م، منشأة المعارف، مصر، ص ١٢، وحيث
يأتي يشار اليه ب " المنجي: الحيابة " .

والعسكرية التفكير في الاستيلاء على تركة الرجل المريض ، واقتسام أملاكه ، فكانت الحرب العالمية الأولى من عام ١٩١٤م حتى عام ١٩١٨م بداية للغزو الغربي الاستعماري لدول الشرق الإسلامي، التي تخضع لحكم دولة الخلافة الإسلامية وغير الخاضعة لها ، حيث تم تقسيم هذه الدول بين الدول الغربية في مؤتمر " فرساي " بفرنسا عام ١٩١٩م سقوط دولة الخلافة الإسلامية وهزيمتها في تلك الحرب .

وكان من أهم النتائج الخطيرة التي ترتبت على هذا الغزو الاستعماري للبلاد العربية والإسلامية ، أن استبدلت هذه الدول المستعمرة أحكام الشريعة الإسلامية بقوانينها الغربية الوضعية، وأصبحت الدول العربية والإسلامية تحكم بالقانون الفرنسي والانجليزي ، والاطالي ، وغيرها ، على حسب جنس المستعمر (٢) .

ولعل من الأهمية بمكان أن نشير في هذا المقام الى أن هذه القوانين الغربية الحديثة قد قامت على أنقاض القانون الروماني البائد ، الذي كان بمثابة عصاره المبادئ القانونية التي عرفت الإنسانية في البلدان التي خضعت لحكم الرومان ، حيث درست مبادئه واعتمدت في كثير من البلدان الأوروبية الغربية وخاصة في فرنسا ، فالقانون المدني الفرنسي الذي يعد الأصل لكثير من قوانين الدول العربية في عصرنا الحاضر ، قد اقتبس الكثير من مبادئه وقواعده من القانون الروماني (٢) ، وفي هذا المعنى يقول الأستاذ زهدى يكن : " وقد بقي النشاط الفقهي فاترا إلى مسابعد سقوط القسطنطينية في أيدي العثمانيين وبدء النهضة الحديثة في أوروبا ، وقد ترتب على دراسة القانون الروماني في أوروبا أن اعتمدت مبادئه في العديد من بلدانها ، فالقانون المدني الفرنسي على سبيل المثال الذي أخذ بمبادئه كثير من بلدان العالم ، كان قد اقتبس الكثير من القانون الروماني بصورة عامة ، وقانون يوستينانوس بصورة خاصة " (٣) .

والذي يهمنا من ذلك كله ، هو الإشارة الى أن القوانين الغربية عامة والقانون الفرنسي خاصة قد أخذت بنظام التقادم ، باعتباره سببا من أسباب كسب الحقوق العينية ، وذلك اقتباسا عن القانون الروماني القديم ، ومن ثم العمل بهذا النظام وتطبيقه في البلاد العربية والإسلامية التي خضعت

(١) عبد الجواد محمد : تشريعات ، ص ١٣ ، د ٠ شفيق شحاته : الاتجاهات التشريعية في

قوانين البلاد العربية ، طبعة ١٩٦٠م ، جامعة الدول العربية ، معهد الدراسات العربية العالمية مصر ، ص ٤٩ ، وحيث يأتي يشار اليه بـ " شحاته : الاتجاهات " .

(٢) يكن القانون الروماني ، ص ٢٦ ، المنجي : الحيازة ، ص ١٣ ، شحاته ، المرجع السابق ، ص ٤٩ .

(٣) يكن : القانون الروماني ، ص ٢٦ .

(٤) الزرقاء ، المدخل ، ١٧/٣ .

لحكم الدول الاستعمارية الغربية فيما بعد ، والتي بقيت مطبقة فيها حتى بعد خروج المستعمر عسكريا منها ، وذلك من باب التبعية الفكرية والثقافية له ، وكان من الطبيعي أن يترتب على ذلك استمرار توقف وتعطيل العمل بأحكام الشريعة الاسلامية الغراء (١) .

واستمر هذا الوضع على ما هو عليه الى أن بدأت ولادة عهد جديد ابّان الصحوة الاسلامية في القرن الخامس عشر الهجري ، حيث فكر المخلصون من أبناء هذه الأمة في التخلص من التبعية الفكرية والثقافية للمستعمر الغربي بشتى صورها ، ورأوا أن القانون الذي يرجع اليه الناس فسي كل صغيرة وكبيرة في حياتهم اليومية ، هو من أولى الأمور التي يجب التخلص فيها من هذه التبعية ، والعودة الحميدة الى أحكام الشريعة الاسلامية الغراء ، الصالحة للتطبيق في كل زمان ومكان باعتراف كبار فقهاء القانون في الغرب والشرق الذي دونته سجلات المؤتمرات الدولية ، من مثل مؤتمر القانون المقارن في لاهاي عام (١٩٣٨م) ومؤتمر المحامين الدولي في لاهاي عام (١٩٤٨م) ، وأسبوع الفقه الاسلامي الذي عقد بجامعة باريس عام (١٩٥١م) وغيرها من المؤتمرات .

ومن هنا نجد أن الكثير من المؤتمرات والندوات التي عقدت في العديد من الدول العربية والاسلامية ، قد نادت بضرورة العودة الى الشريعة الإسلامية والاجتكام اليها والرجوع عن القوانين الغربية الغربية عن ديار المسلمين ، ومن هذه المؤتمرات ندوة عمداء كليات الحقوق والقانون والشريعة بالجامعات العربية بجامعة بيروت العربية عام (١٩٧٣م) ، وجامعة بغداد عام (١٩٧٤م) ، وجامعة بيروت عام (١٩٧٥م) ، وغيرها من المؤتمرات والندوات (٢) .

وقد أثمرت هذه الدعوات التي أصدرتها هذه المؤتمرات والندوات ثمارا طيبة ، إذ بسدت الدول العربية والاسلامية في أسلمة قوانينها المختلفة ، والعودة من جديد الى تراثها الفكري والثقافي النابع من عقيدتها السمحة ، والتخلص من كل تبعية للاستعمار ، وأخذت بالعمل على تقنين أحكام الشريعة الاسلامية ، وذلك باصدار القوانين المستمدة من الشريعة الاسلامية ، وذلك بمختلف أنواعها وفروعها ، سواء ما يتعلق منها بالمعاملات " القانون المدني " ، أو بالأسرة " الأحوال

(١) الحق العيني : هو ما يقره الشرع لشخص على شيء معين بالذات وبعبارة أخرى : هو العلاقة الشرعية القائمة بين شخص وشيء مادي معين بذاته ، والتي بموجبها يمارس الشخص سلطته مباشرة ، ومثال ذلك حق الملكية اذ يستطيع الشخص المالك للأرض أو الدار - مثلا - بموجب التصرف بالشيء المملوك بمختلف أنواع التصرف والتمتع بثمراته من استعمال أو استغلال أو أو استهلاك ونحوها . انظر في ذلك : الزرقا : المدخل ١٧/٣ ، وهبة : الفقه الاسلامي ١٩/٤ .

(٢) يكن القانون الروماني ص ٢٩ ، المنجي : الحيازة ، ص ١٣ ، شحاته : الاتجاهات ، ص ٤٩

الشخصية " ، أو بالجنايات " قانون العقوبات " ، أو غيرها من القوانين .

ولعل أول ما صدر من هذه القوانين الشرعية الاسلامية في البلاد العربية والاسلامية فـــــــي العصر الحاضر ، هو القانون المدني العراقي عام (١٩٥١م) ، والقانون المدني الأردني عام (١٩٧٦م) ، وقانون الأحوال الشخصية السوري عام (١٩٥٣م) ، ثم تتابعت هذه القوانين الشرعية وبمختلف أنواعها فـــــــي الصدور في بقية البلدان العربية والاسلامية (١) .

وتعد البداية الحقيقية لحركة التقنين الفقهي الشرعي في البلاد العربية والاسلامية - وذلك بحسب مدلول كلمة " تقنين " في العصر الحاضر - في القرن الثالث عشر الهجري ، وذلك في بدايات عصر فقهي تشريعي جديد ، يعرف بعصر " النهضة الفقهية والتشريعية الحديثة " حيث تمثلت هذه النهضة في تقنين أحكام الشريعة الإسلامية ، وصياغتها في مواد قانونية ، كما هو الشأن فـــــــي مواد القوانين الغربية الحديثة .

وفي نهاية القرن الثالث عشر الهجري صدر ما يمكن عدّه بحق أول تقنين فقهي اسلامي بالمعنى الحديث ، اذ قامت مجموعة من كبار الفقهاء برئاسة وزير العدل في دولة الخلافة الاسلامية في تركيا وبتكليف من السلطان العثماني بوضع تقنين لأحكام المعاملات في الفقه الاسلامي بمذاهبه المختلفة على أن تكون الأولوية في ذلك للمذهب الحنفي ، لأنه مذهب الدولة الرسمي حينئذ ، لتطبيقها فـــــــي المحاكم العثمانية على أنها قانون من قوانين الدولة الرسمية ، والزام القضاة بتطبيق أحكامها كغيرها من القوانين .

وقد بدأ هؤلاء الفقهاء عملهم عام (١٢٨٦هـ / ١٨٦٩م) ، وانتهوا من وضع هذه المجموعة من القوانين ، والتي عرفت باسم " مجلة الأحكام العدلية " عام (١٢٩٢هـ / ١٨٧٦م) ، حيث جاءت النصوص الفقهية تحت أرقام متسلسلة ، كما هو الشأن في مواد القوانين الغربية الحديثة ، وقد اشتملت هذه المجلة على - ١٨٥١ مادة - ، فكانت بحق أول قانون اسلامي للعقود والالتزامات في تاريخ الفقه والتشريع الاسلامي ، ثم صدر المرسوم السلطاني في العام نفسه بالعمل بها وتطبيق أحكامها في محاكم تركيبها

(١) وهبة : جهود ، ص ٣٢ ، د حسن الشاذلي ، المدخل للفقه الاسلامي - تاريخ الفقه الاسلامي ، ط ٢ ، ١٤٠٠هـ - ١٩٨٠م ، ص ٣٤٥ ، وحيث يأتي يشار اليه ب " الشاذلي : المدخل " د عبد الرحمن الصابوني : المدخل لدراسة التشريع الاسلامي ، ط ١٣٩٨هـ - ١٩٧٨م ، المطبعة الجديدة ، دمشق ، (٢٤١/١) ، وحيث يأتي يشار اليه ب " الصابوني : المدخل " د مصطفى سعيد الخن : دراسة تاريخية للفقه وأصوله والاتجاهات التي ظهرت فيها ، ط ١ ، ١٤٠٤هـ - ١٩٨٤م ، الشركة المتحددة للتوزيع ، دمشق ، ص ١٣٧ ، وحيث يأتي يشار اليه ب " الخن : دراسة تاريخية " .

عاصمة دولة الخلافة الاسلامية والبلاد الخاضعة لحكمها ، والتي منها البلاد العربية ، اذ طبقت المجلة في جميع البلاد العربية ما عدا مصر ، وبقيت مطبقة فيها حتى أواسط القرن العشرين (١) .

ثم تبعت المحاولة الأولى من جانب دولة الخلافة محاولة أخرى ، إذ شعرت بالحاجة الماسية الى ايجاد قانون للأسرة - الأحوال الشخصية - وما يتعلق بها من أحكام ، لفض ما قد ينشأ من نزاعات بين الأفراد فيما يتعلق بحقوق الأسرة ، فأصدرت قانونا عام (١٢٢٦ هـ / ١٩١٧ م) سميته " قانون حقوق العائلة الحماني " ، اشتمل هذا القانون على - ١٧٥ مادة - ، جاءت مقتصرة على بيان أهم أحكام ومسائل الزواج والطلاق فقط من أحكام الأحوال الشخصية ، الآ أنه لم يقتصر في أخذ أحكامه ومسائله على المذهب الحنفي ، كما هو الشأن في مجلة الأحكام العدلية ، وإنما أخذ في بعض مسائله بآراء بعض المذاهب الأخرى ، كما أن أحكامه لم تكن قاصرة على المسلمين فحسب ، بل جاءت فيه أحكام خاصة باليهود والنصارى من مواطني دولة الخلافة ، ولا يزال هذا القانون مطبقا في لبنان الى وقتنا الحاضر ، وذلك فيما يختص بالمسلمين فقط ، وبقي مطبقا في بعض البلدان العربية الأخرى الى وقت قريب جدا ، إذ بقي مطبقا في سوريا على سبيل المثال حتى عام (١٩٥٣ م) (٢) .

ثم قام الفقيه المصري المعروف " قدرى باشا " - بعمل فردي ، وبدافع الخيرة على تطبيق أحكام الشريعة الاسلامية ، وابطال مزاعم أعداء شريعة الله في الأرض بقولهم بعدم صلاحها للتطبيق في ذلك العصر - بوضع ثلاث مجموعات من القوانين الشرعية ، عالجت كل مجموعة منها موضوعا معيناً من موضوعات الفقه الاسلامي المختلفة ، وذلك على النحو التالي : (٣)

١ - قام بوضع تقنين لأحكام المعاملات وفق المذهب الحنفي على نسق مجلة الأحكام العدلية سماه "مرشد الحيران في معرفة أحوال الانسان " ، وجعله في - ٩٤١ مادة - وكان ذلك في عام (١٨٩٠ م) .

٢ - كما قام بوضع تقنين لأحكام الأسرة - الأحوال الشخصية سماه "الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية "

(١) كان للنزاع السياسي أثره على تطبيق مجلة الأحكام العدلية في مصر ، اذ رفض الخديوي اسماعيل العمل بها بداعي الاستقلال وعدم التبعية لدولة الخلافة في تركيا ، ثم عمل بعد ذلك على ادخال القوانين الغربية وخاصة القانون الفرنسي منها ، ولم يعمل بأحكام الشريعة الاسلامية بحجة تعذر تطبيقها في العصر الحاضر لتعذر تقنين الكتب الفقهية وصعوبة التعامل معها ، وهذا الذي دفع الفقيه المصري قدرى باشا لوضع تقنيناته المختلفة . انظر في ذلك : الشاذلي : المدخل ، ص ٣٤٤ شحاته : الاتجاهات ، ص ٢١ .

(٢) وهبه : جهود ، ص ٣٢ ، الصابوني : المدخل ١/ ٢٤٤ ، الشاذلي : المرجع السابق ، ص ٣٤٢ ، عبد الجواد محمد :

(٣) تشريعات ، ص ٦ ، شحاته : المرجع السابق ، ص ١٩ .

(٣) وهبه : جهود ، ص ٣٢ ، الصابوني : المدخل ١/ ٢٤٤ ، والشاذلي : المدخل ، ص ٣٤٤ ، عبد الجواد محمد :

المرجع السابق ، ص ٦ ، شحاته : المصدر السابق ، ص ١٩ .

شملت أحكامه بالإضافة الى الزواج والطلاق أحكام الهبة ، والوصية ، والميراث ، والحجر ، وغيرها من الأحكام ، ولم يقصره على أحكام الزواج والطلاق كما هو الشأن في " قانون العائلة " السدي أصدرته الدولة العثمانية .

٣ - وأخيرا قام بوضع تقنين لأحكام الوقف وفق المذهب الحنفي أيضا ، سماه " العدل والانصاف فسي مشكلات الأوقاف " ، جعله في - ٦٤٦ مادة - ، وكان ذلك في عام (١٨٩٣م) .

هذا ، وقد كانت هذه الأعمال العظيمة هي القدوة التي اقتتدت بها الدول العربية والاسلامية ، والتي استفادت منها بعد ذلك عند وضعها لقوانينها الشرعية التي سبقت الاشارة اليها .

والذي يهمننا الاشارة اليه في هذا المقام ، هو أن هذه القوانين الشرعية المختلفة قد تعرضت في موادها الى أحكام التقادم ، والى أثره على الحقوق المختلفة ، وهذا ما سنشير اليه بحسب وروده من مسائل هذا البحث ان شاء الله تعالى .

من صنع الله الذي أتقن كل شيء .

كما أكسبها ذلك - أي كونها من عند الله عز وجل - صفة الدين الذي يتعبد به ، مما جعل لها من الهيبة والاحترام ، وفي الوقت نفسه الطاعة والاختيار بالالتزام بأحكامها من المؤمنين بها حكما كانوا أم محكومين ، وفي ذلك كله ضمان تطبيق هذه الأحكام من المكلفين بها على أحسن وجهه ، دون حاجة إلى رقابة قانون أو سلطة قضاء . وهذا بخلاف الشرائع والقوانين الوضعية التي يضعها البشر لتنظيم شؤون الأفراد في المجتمع الذي يعيشون فيه بمسما يعود عليهم بالنفع ويحقق لهم المصلحة ، فمصدر هذه الشرائع هو الانسان الذي يتصف بالنقص والعجز والجهل والهوى ، ومن كان يتصف بهذه الصفات فهو قاصر عاجز عن إدراك النفع والمصلحة لنفسه ، فمن باب أولى عجزه وقصوره عن تحميل النفع والمصلحة لغيره من خلال ما يضعه من نظم وشرائع وقوانين تنظم شؤون وعلاقات أفراد المجتمع فيما بينهم ، ومع غيرهم .

ومن الطبيعي ألا تحظى مثل هذه الشرائع والقوانين الوضعية التي تتصف بمثل هذه الصفات من النقص والقصور - بالاحترام والتقدير من قبل الأفراد الذين شرعت لهم ، وذلك لعجزها عن تحقيق مصالحهم ودفع حاجاتهم ، ومن ثم فلن تحظى بالتطبيق الكامل لأحكامها وموادها النابع عن الطاعة والاختيار ، إذ لن يجد الفرد المحكوم بهذه القوانين فرصة للخروج عن أحكامها إلا قسرا ، ولن يمنع من ذلك وازع من دين أو ضمير كما هو الشأن في أحكام الشريعة الاسلامية ، إذ لا يمنع من ذلك سوى الخوف من عقوبات يقررها القانون وينفذها القاضي ، وكم هو واضح أن مثل هذه الشرائع والقوانين التي لا تحظى بالتقدير أو الاحترام لا تعمّر طويلا ، إذ سرعان ما يعتريها التغيير والتبديل ، وما ذلك كله إلا لأنها من صنع البشر .

ثانيا : الجزاء في الشريعة الاسلامية دنيوي وأخروي (١) :

اتفقت الشرائع والقوانين الوضعية مع الشريعة الاسلامية في ترتيب ووضع عقوبة دنيوية على المخالفين لأحكامها ، جزاء على ما تقتضيه جوارحهم من المخالفات الظاهرة التي يراها الناس - سواء أكانت هذه العقوبة في الشريعة الاسلامية مقدرة كالحقوق ، أم غير مقدرة كالتعازير - والتي يوكل لأولي الأمر من الحكام والقضاة توقيعها على المخالفين ، ردعا وزجرا للنفوس التي لا يثنيها عن غيرها إلا ايقاع

(١) السائيس : تاريخ الفقه ، ص ٩٠ زيدان : المدخل ، ص ٢٨ ، وهبة : الفقه الاسلامي ١/٢٣٠

العقوبة الزاجرة ، في الدنيا قبل الآخرة ، وذلك ضرورة استقرار المجتمع وتنظيم علاقات الأفراد على نحو يضمن حقوقهم .

الآن الشريعة الإسلامية تميزت وتفردت عن الشرائع والقوانين الوضعية ، بأنها رتبت جزاءاً أخروبياً واعتبرته الأصل في أجزيتها ، ذلك أن الشريعة الإسلامية شأنها شأن غيرها من الشرائع السماوية الأخرى - دين يتعبد به ، فامتثالها طاعة يثاب الإنسان لأجلها ، ومخالفتها معصية يعاقب عليها ، وهذا ما دلت عليه الكثير من الآيات القرآنية الكريمة ، من مثل قوله تعالى : " تلك حدود الله ، ومن يطع الله ورسوله يدخله جنات تجري من تحتها الأنهار ، خالدين فيها ، وذلك الفوز العظيم ، ومن يعص الله ورسوله ، ويتعد حدوده يدخله ناراً خالداً فيها ، وله عذاب مهين " (١) ، وقوله تعالى : " فمن يعمل مثقال ذرة خيراً يره ، ومن يعمل مثقال ذرة شراً يره " (٢) .

وتجدر الإشارة إلى أن الشريعة الإسلامية قد قررت هذا الجزاء الأخروي على أعمال القلوب غير الظاهرة للناس التي تعد من قبيل المخالفات الشرعية ، وذلك كالحسد ، والحقد وما شابه ذلك ، وكذلك على الأعمال التي تقتربها الجوارح وتظهر للناس ، ولم يعاقب عليها المخالف في الدنيا لعدم القدرة على اثباتها ، أو لعدم اطلاع أولي الأمر عليها ، أو لاهمال عقوبتها كتعطيل الحدود وعدم اقامتها كما هو الشأن في أغلب الدول الإسلامية في عصرنا الحاضر .

ثالثاً : شمول الشريعة الإسلامية ، وكما لها : (٣)

=====

لقد جاءت كلمة " الشريعة " في اصطلاح الفقهاء بأنها : " ما شرع الله لعباده من الدين " (٤) أو هي : " مجموعة الأوامر والأحكام الاعتقادية ، التي يوجب الإسلام تطبيقها لتحقيق

(١) سورة النساء / الآيتين (١٣) ، (١٤) .

(٢) سورة الزلزلة / الآيتين (٧) ، (٨) .

(٣) السائس : تاريخ الفقه ، ص ١٠ ، زيدان : المدخل ، ص ٤٩ ، وهبه : جهود ، ص ١٠ ، مصطفى أحمد الزرقا :

المدخل الفقهي العام - الفقه الإسلامي في ثوبه الجديد مط ٩ ، ١٩٦٧ - ١٩٦٨ م ، مطابع ألفباء ، لأديب ،

دمشق ، (٣٠/١) ، وحيث يأتي يشار إليه ب : " الزرقا : المدخل " . عمر سليمان الأشقر : تاريخ الفقه

الإسلامي : ط ١ ، ١٤٠٢ هـ - ١٩٨٢ م ، مكتبة الفلاح ، الكويت ، ص ١٩ ، وحيث يأتي يشار إليه

ب " الأشقر : تاريخ الفقه " عودة : التشريع ١/٢٤٠ .

(٤) القرطبي : أبي عبد الله محمد بن أحمد الأنصاري ، (ت ١٦٧١ هـ) / الجامع لأحكام القرآن ، ط دار الفكر

(١٦٣/١٦) ، وحيث يأتي يشار إليه ب " القرطبي : الجامع لأحكام القرآن " .

أهدافه الإصلاحية في المجتمع " (١)

فالشريعة الإسلامية هي الدستور الإلهي الكامل الذي يشتمل على قواعد ، وأحكام ، تنظم جميع جوانب الحياة الإنسانية ، فهناك من القواعد والأحكام التي تنظم علاقة الإنسان بربه عن طريق بيان سبل الإيمان وأصول العقيدة ، وأخرى لتزكية نفسه بما يؤدي إلى إصلاحه نفسياً وخلقياً وتوجيهه نحو الخير والاحسان ، وثالثة تنظم علاقاته بغيره من الناس .

وبناءً على ما سبق ، يمكننا تصنيف أحكام الشريعة الإسلامية ، وقواعدها إلى الأصناف الثلاثة التالية :

- ١ - الأحكام المتعلقة بالعقيدة كالإيمان بالله ، واليوم الآخر ، والملائكة ، وما شابه ذلك ، وهي ما تسمى " بالأحكام الاعتقادية " .
- ٢ - الأحكام المتعلقة بالأخلاق كوجوب الصدق ، والأمانة ، والوفاء ، وما شابه ذلك ، وهي ما تسمى " بالأحكام الأخلاقية " .
- ٣ - الأحكام المتعلقة بأقوال الإنسان وأفعاله ، في علاقاته مع غيره ، وهي ما تسمى " بالأحكام العملية " أو ما يعرف في اصطلاح الفقهاء " بالفقه " ، والذي يعرفونه بأنه : " العلم بالأحكام الشرعية العملية ، المكتسب من أدلتها التفصيلية " (٢) .

ولقد قسم الفقهاء هذا الصنف الأخير من الأحكام - الأحكام العملية - إلى نوعين من الأحكام : النوع الأول : أحكام العبادات : وهي الأحكام التي تنظم علاقة الإنسان بربه ، كالصلاة ، والزكاة ، والنفذ واليمين ، وما شابه ذلك .

(١) الزرقا : المدخل ١/٣٠٠ .

(٢) الاسنوي : جمال الدين عبد الرحيم بن الحسن ، (ت ٧٧٢هـ) / نهاية السؤل في شرح منهاج الأصول للبيضاوي ، ط عالم الكتب ، (٢٢ / ١) ، وحيث يأتي يشار اليه ب " الإسنوي : نهاية السؤل ، ومعه البيضاوي : ناصر الدين عبد الله بن عمر ، (ت ٦٨٥هـ) / شرح منهاج الأصول ، وحيث يأتي يشار اليه ب " البيضاوي : شرح منهاج الأصول ، ومعه أيضا محمد بخيت المطيعي ، (ت ١٣٥٤هـ) / حاشية سلم الوصول لشرح نهاية السؤل ، وحيث يأتي يشار اليه ب " المطيعي : سلم الوصول " . وانظر كذلك : الآمدي : سيف الدين أبي الحسن علي بن أبي علي بن محمد ، (ت ٦٤٦هـ) / الإحكام في أصول الأحكام ، ط ١٤٠٣هـ - ١٩٨٣م ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، (٧٠ / ١) ، وحيث يأتي يشار اليه ب : " الآمدي : الإحكام " .

النوع الثاني : أحكام المعاملات : وهي الأحكام التي تنظم علاقة الناس ببعضهم البعض، سواء كانوا أفراداً أم جماعات ، وهذا النوع الأخير من الأحكام يشتمل على ثمانية أقسام من الأحكام ، هي :

- أ - الأحكام المتعلقة بالأسرة من بدء تكوينها الى نهايتها ، من زواج ، وطلاق ونفقة ، وميراث ، ونحوها ، مما تعرف في عصرنا الحاضر " أحكام الأحوال الشخصية " .
- ب - الأحكام المتعلقة بعلاقات الأفراد المالية ومعاملاتهم ، من بيع ، وإجارة ، ورهن ، وكفالة ونحوها ، مما تعرف في عصرنا الحاضر " الأحكام المدنية " .
- ت - الأحكام المتعلقة بنظام الحكم ، وهي الأحكام التي تحدد علاقة الفرد بالدولة ، كذلك ما للأفراد والجماعات من حقوق وما عليهم من واجبات ، وهي ما تعرف في عصرنا الحاضر " الاحكام الدستورية " أو " القانون الدستوري " .
- ث - الأحكام المتعلقة بما يصدر عن المكلف من جرائم وما يستحقه عليها من عقوبات يقصد بها حماية حياة الناس ، وأموالهم ، وحقوقهم ، وهي ما تعرف في عصرنا الحاضر " القانون الجنائي " أو " قانون العقوبات " .
- ج - الأحكام المتعلقة بالقضاء والدعوى ، أى كيفية إثبات الحق ، والطرق الواجب اتباعها للحصول عليه ، وهي ما تعرف في عصرنا الحاضر " أحكام المرافعات " أو " الاجراءات المدنية أو الجنائية " .
- ح - الأحكام المتعلقة بتنظيم معاملة الأجانب ، المستأمنين من قبل الدولة الاسلامية سواء كان ذلك التنظيم للأجانب فيما بينهم ، أم مع أفراد الدولة الاسلامية ، وهي ما تعرف في عصرنا الحاضر " القانون الدولي الخاص " .
- خ - الأحكام المتعلقة بتنظيم موارد الدولة المالية ومصارفها ، وتنظيم العلاقات المالية بين الدولة والأفراد ، وبين الأغنياء والفقراء ، وهي ما تعرف في عصرنا الحاضر " الأحكام الاقتصادية والمالية " أو " القانون المالي " .
- د - الأحكام المتعلقة بتنظيم علاقة الدولة الاسلامية بغيرها من الدول ، سواء كان ذلك في السلم أم في الحرب ، وهي ما تعرف في عصرنا الحاضر " القانون الدولي العام " .

هذا، ويتبين مما سبق عرضه من الأحكام التي نظمها الاسلام كدستور الهي، أنه نظام كامل شامل لجميع جوانب الحياة الانسانية، بحيث يعد بحق منهجا ونظام حياة، أو بعبارة أخرى " دينا ودولة "، وإلى هذا المعنى - الكمال التشريعي أشارت الآيات الكريمة في قوله عز وجل : " ما فرطنا في الكتاب من شيء " (١)، وقوله تعالى : ونزلناك عليك الكتاب تبيانا لكل

شيء" (١)، وقوله تعالى : " اليوم أكملت لكم دينكم ، وأتممت عليكم نعمتي ، ورضيت لكم الإسلام ديناً " (١).

ولا خلاف في أن النظم والقوانين الوضعية ، إنما اقتضت في أحكامها وموادها على معالجة مسائل وأحكام المعاملات بين الناس في المجتمعات المختلفة ، سواء كانوا أفراداً أم جماعات ، ولـم تتعلق أحكامها من قريب أو بعيد بمسائل العقيدة ، أو الأخلاق أو العبادات ، فهي لذلك دون الشريعة الإسلامية من حيث الكمال والشمول ، بل لا وجه للمقارنة بينهما .

رابعاً: اعتبار الديانة في أحكام الشريعة الإسلامية (٣) :

وهذه هي الميزة المقصودة بالبحث هنا ، ألا أنه كان من المهم جداً استعراض المميزات الأخرى سابقة الذكر ، لإبراز مدى الارتباط الوثيق بين كون الشريعة الإسلامية من عند الله عز وجل ، وبين اعتبار الديانة في أحكامها ، بما تشمله هذه الشريعة من أحكام سبق بيانها ، بحيث أنها قدرت جزءاً آخرها بالإضافة إلى الجزء الدنيوي على المخالفين لأحكامها كما سبق البيان .

والمراد بالديانة هنا ، هو ثبوت فكرة الحل والحرمة لأحكام الشريعة بصفة عامة ، وثبوتها لأحكام المعاملات بصفة خاصة ، لما سبقت الإشارة إليه من أن الشريعة الإسلامية قد امتازت عن غيرها من الشرائع والقوانين الوضعية بالشمول والكمال ، بحيث أنها تحتوي على أحكام اعتقادية ، وأخلاقية وعبادات ، لا توجد في غيرها من الشرائع والقوانين الوضعية .

وعليه ، فإن الشريعة الإسلامية قد عدت أن الأصل في تعلق الحقوق المختلفة المتنازع عليها

(١) سورة النحل / الآية (٨٩) .

(٢) سورة المائدة / الآية (٣) .

(٣) الزرقا: المدخل ٥٦/١، وهبة: الفقه الإسلامي ٢١/١، زيدان: المدخل، ص ٥٢، د. محمد مصطفى

الزحيلي: وسائل الإثبات في الشريعة الإسلامية - في المعاملات المدنية والأحوال الشخصية، ط ١٤٠٢هـ - ١٩٨٢م، مكتبة دار البيان، دمشق، (٢/٧١٩)، وحيث يأتي يشار إليه بـ " محمد الزحيلي: وسائل " د. د. محمد سعد المعيني: النظرية العامة للتعاقب في الفقه الإسلامي - دراسة مقارنة، ط ١٤٠٩هـ - ١٩٨٩م، مطبعة العائسي،

بغداد، ص ٢٦، وحيث يأتي يشار إليه بـ " المعيني: النظرية العامة "

والتي يجري عليها القضاء، ومن ثم ثبوت الاثار عليها ، انما هو لبواطن الأمور وحقائقها التي لا يتخلع عليها إلا الله عز وجل وان قضى بها لغير مستحقيها ظاهريا ، أى بناء على سبب ظاهر .

ومن هنا ، فاذا قُبي لانسان بحق بناء على سبب ظاهر ، وكان في حقيقة الأمر لا يستحقه — بحيث كان مبطلا في دعواه ، وذلك كما لو ادعى رجل ديننا على آخر ، وكان مع المدعي بينة - كوثيقة — ، أو شاهدين - تثبت ذلك الدين في ذمة المدين ، ولكن المدعي في حقيقة الأمر كان قد قبض الديسسن أو أبرأ المدين منه ، أو كما لو ادعى رجل أنه اشترى من رجل متاعا ، فأنكر البائع ذلك البيع ، وشهد له رجلان زورا وبهتانا على عدم وقوع البيع ، فإن حكم القاضي بأمثال ذلك وإن كان ملزما بحيث تترتب عليه آثاره الشرعية من حيث ثبوت الحق للمدعي في الحياة الدنيا ، إلا أنه لا يثبت له ديانة ، أى أنه يحزم على المقضي له أخذه، إذ أن حكم القاضي لا يحل حراما ولا يحرم حلالا في الشرع^(١) ، ذلك أن فكرة

(١) وهذا أمر متفق عليه بين الفقهاء من المالكية ، والشافعية ، والحنابلة ، والظاهرية والزيدية ، والإباضية ، والإمامية ، والصاحبين من الحنفية ، إلا أن الامام أبا حنيفة استثنى من ذلك قضاء القاضي فيما له ولاية انشائه من العقود ، كعقود الزواج مثلا ، فإذا قضى به بناء على شاهدة زور ، فإن قضاءه هنا يفيد الحل في الظاهر والباطن عنده خلافا لجمهور الفقهاء ، انظر في ذلك : ابن المنذر : محمد بن ابراهيم (ت ٣١٨هـ) / الإجماع ، تحقيق ودراسة الدكتور فؤاد عبد المنعم أحمد ، ط ١ ، ١٤٠١هـ - ١٩٨١م — مطبوعات رئاسة المحاكم الشرعية والشئون الدينية بدولة قطر ، ص ٦٢ ، وحيث يأتي يشار اليه بـ : " ابن المنذر : الإجماع ١٠ ابن رشد : محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد ، (ت ٥٩٥هـ) / بدايية المجتهد ونهاية المقتصد ، ط ٧ ، ١٤٠٥هـ - ١٩٨٥م ، دار المعرفة ، بيروت ، (٢ ، ٤٦١) ، وحيث يأتي يشار اليه بـ " ابن رشد : بداية المجتهد الشعراي : عبد الوهاب بن احمد بن علي الانصاري ، (ت ٩٧٣هـ) // الميزان الكبرى ، ط دار احياء الكتب العربية ، وحيث يأتي يشار اليه بـ " الشعراي : الميزان (٢ /) " ، وسهامه دمشقي : أبي عبد الله محمد بن عبد الرحمن (ت ٧٨٠هـ) / رحمة الأمة في اختلاف الأئمة ، (٢ / ١٩٥) ، وحيث يأتي يشار اليه بـ " دمشقي : رحمة الأمة " ابن قدامة : موفق الدين أبي محمد عبد الله بن أحمد ، (ت ٦٢٠هـ) / المغني ، ط ١ ، ١٤٠٥هـ - ١٩٨٥م ، دار الفكر - بيروت ، (٩ ، ١٠٥) ، وحيث يأتي يشار اليه بـ " ابن قدامة : المغني " ابن حزم : أبو محمد علي بن أحمد بن سعيد ، (ت ٤٥٦هـ) / المحلى بالاثار ، تحقيق د . عبد الغفار سليمان البنداري ط ١٤٠٨هـ - ١٩٨٨م ، دار الكتب العلمية ، ودار الفكر ، (٨ / ٥١٦) الشوكاني : محمد بن علي بن محمد ، (ت ١٢٥٠هـ) / السيل الجرار المتدفق على حدائق الأزهار ، تحقيق ابراهيم زايد ، ط ١ ، ١٤٠٥هـ - ١٩٨٥م ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، (٤ / ٢٩٣) ، وحيث يأتي يشار اليه بـ " الشوكاني : السيل " اطفيش : محمد ابن يوسف (ت ١٣٣٢هـ) / شرح كتاب النيل وشفاء العليل ، ط ١٢٤٣هـ ، المطبعة السلفية ، القاهرة ، (٦ / ٥٠٤) ، وحيث يأتي يشار اليه بـ " اطفيش : شرح النيل " ، ومعه ضياء الدين عبد العزيز الثميني ، (ت ١٧٢٠هـ) / النيل وشفاء العليل ، وحيث يأتي يشار اليه بـ " الثميني : النيل " محمد جواد مغنية : فقه الامام جعفر الصادق - عرض واستدلال - ط ٤ ، ١٤٠٢هـ - ١٩٨٢م ، دار الجواد بيروت (٦ / ٧٢) ، وحيث يأتي يشار اليه بـ " مغنية : فقه الامام جعفر " الكاساني : علاء الدين أبي بكر بن مسعود ، الملقب بملك العلماء ، (ت ٥٨٧هـ) / بدائع المنافع في ترتيب الشرائع ، ط ٢ ، ١٤٠٦هـ - ١٩٨٦م ، دار الكتب العلمية ، بيروت . (٧ / ١٥) ، وحيث يأتي يشار اليه بـ " الكاساني : بدائع " .

الحل والحرمة في نظر الشارع الحكيم يجب أن تستند إلى سبب صحيح شرعا ، وإنما كان حكم القاضي ثابتا وملزما في الحياة الدنيا بحيث تترتب عليه آثاره الشرعية ، ضرورة استقرار الحقوق ، وجريان الأحكام على أساس أمور ثابتة منضبطة ظاهرة . إذ قد يعجز الإنسان عن اثبات أو ادراك حقيقة الأمور وبواطنها ، أو يتعذر عليه ذلك ، فاعتبر الشارع الحكيم الظاهر من الأمور ، وجعله قرينة على صحة الباطن ، ومناطاً لتعلق الحقوق وترتب الآثار الشرعية عليها .

والاصل في ذلك كله آيات كريمة وأحاديث نبوية شريفة كثيرة في مقدمتها قوله تعالى : " ولا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل " . الآية (١) ، ويقول صاحب " الجامع لأحكام القرآن " في تفسيره لهذه الآية : " من أخذ مال غيره لا على وجه اذن الشرع فقد أكله بالباطل ، ومن الأكل بالباطل أن يقضي القاضي لك وأنت تعلم أنك مبطل ، فالحرام لا يصير حلالا بقضاء القاضي ، لأنه إنما يقضي بالظاهر ، وهذا إذا اجتمع في الأموال ، وإن كان عند أبي حنيفة قضاؤه ينفذ في الفروج باطنا ، وإذا كان قضاء القاضي لا يغير حكم الباطن في الأموال فهو في الفروج أولى " (٢) ، ويقول قتاده - رحمه الله - في تفسيره للآية نفسها : " اعلم يا ابن آدم أن قضاء القاضي لا يحل لك حراما ، ولا يحق لك باطلا ، وإنما يقضي القاضي بنحو ما يرى وتشهد به الشهود ، والقاضي بشر يخطئ ويصيب ، واعلموا أن من قضى له بباطل أن خصومته لم تنقض حتى يجمع الله بينهما يوم القيامة ، فيقضي على المبطل للمحق بأجود مما قضى به للمبطل - على المحق في الدنيا " (٣) .

(١) سورة البقرة : الآية (١٨٨) .

(٢) القرطبي : الجامع لأحكام القرآن ٣٢٨/٢ ، وانظر كذلك : الطبري : أبي جعفر محمد بن جريـر ، (ت ٣١٠ هـ) جامع البيان في تفسير القرآن ، ط ١ ، ١٣٢٢ هـ ، المطبعة الكبرى الأميرية ، مصر ، (١٠٧/٢) ، وحيث يأتي يشار إليه بـ " الطبري : جامع البيان " ، وبهامشه القمي : نظام الدين الحسن ابن محمد بن حسين ، (ت بعد ٥٨٥ هـ) / غرائب القرآن و رغائب الفرقان ، وحيث يأتي يشار إليه بـ " القمي / غرائب القرآن ١٠ الألوسي : أبي الفضل شهاب الدين السيد محمود (ت ١٢٧٠ هـ) / روح المعاني في تفسير القرآن العظيم والسبع المثاني ، ط دار احياء التراث العربي ، بيروت ، (٧٠ ، ٦٩/٢) ، وحيث يأتي يشار إليه بـ " الألوسي : روح المعاني " .

(٣) ابن كثير : عماد الدين أبو الفداء إسماعيل بن كثير ، (ت ٧٧٤ هـ) ، تفسير القرآن العظيم ، ط ١٤٠٨ هـ - ١٩٨٨ م ، دار المصرية اللبنانية ، (٢١٤/١) ، وحيث يأتي يشار إليه بـ " ابن كثير : تفسير القرآن العظيم " ، وانظر كذلك : سيد قطب : في ظلال القرآن ، ط ٧ ، ١٣٩١ هـ - ١٩٧١ م ، دار احياء التراث العربي ، بيروت (٢٥٢/١) ، وحيث يأتي يشار إليه بـ " سيد قطب : الظلال " .

وكذلك - وفي المعنى نفسه - قوله تعالى : " يا أيها الذين آمنوا لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل . . . الآية (١) .

وقوله صلى الله عليه وسلم : " انكم تختصمون الي ، ولعل بعضكم ألحن بحجته من بعض فمن قضيت له بحق أخيه شيئاً بقوله ، فانما أقطع له قطعة من النار ، فلا يأخذها " (٢) .

قال الامام البخاري في صحيحه عندما بَوَّب لهذا الحديث ، وهو أحد مخرجه : " فان قضاء القاضي لا يحل حراما ، ولا يحرم حلالا " (٣) .

وقال صاحب " الأم " بعد ذكره للحديث السابق : (وفي هذا الحديث دلالة على أن الأئمة إنما كلفوا القضاء على الظاهر ، لقول رسول الله - صلى الله عليه وسلم - " فمن قضيت له بشي من حق أخيه " فأخبر رسول الله - صلى الله عليه وسلم - أن قد يكون هذا في الباطن محرما على من قضى له ، وأباح القضاء على الظاهر ، ودلالة على أن قضاء الامام لا يحل حراما ولا يحرم حلالا لقول الله - صلى الله عليه وسلم - " فمن قضيت له بشي من حق أخيه فلا يأخذها " (٤) .

وقال صاحب " المحلي " بعد ذكره للحديث السابق : " فاذا كان حكمه عليه الصلاة والسلام ، وقضاؤه لا يحل لأحد ما كان عليه حراما . فكيف القول في قضاء أحد بعده ، ونعوذ بالله من الخذلان " (٥) .

ومن هذه الأحاديث كذلك ، قوله صلى الله عليه وسلم : " من أخذ شيئا من الأرض ظلما فأنسه يطوقه يوم القيامة من سبع أرضين " (٦) ، وقوله كذلك : " من حلف على يمين ، وهو فيها فاجر

(١) سورة النساء / الآية (٢٩) .

(٢) متفق عليه ، واللفظ للبخاري ، انظر في ذلك : البخاري : أبي عبد الله محمد بن إسماعيل (ت ٢٥٦ هـ) ، الجامع الصحيح ، طدار الجبل ، بيروت ، (٢٣٥/٣) ، وحيث يأتي يشار اليه بـ " البخاري : صحيح " . مسلم أبو الحسين بن الحجاج بن مسلم القشيري النيسابوري ، (ت ٢٦١ هـ) / الجامع الصحيح طدار الآفاق الجديدة ، بيروت ، (١٢٨/٥ ، ١٢٩) ، وحيث يأتي يشار اليه بـ " مسلم : صحيح " .

(٣) البخاري : المصدر السابق ٧٧/٩ .

(٤) الشافعي : أبي عبد الله محمد بن إدريس ، (ت ٢٠٤ هـ) / الأم ، ط ٢ ، ١٤٠٣ هـ - ٩٨٣ م ، دار الفکر ، بيروت ، (٢١٥/٦) ، وحيث يأتي يشار اليه بـ " الامام الشافعي : الأم " ، ومعه المزني : أبو ابراهيم اسماعيل بن يحيى (ت ٢٦٤ هـ) / مختصر ، وحيث يأتي يشار اليه بـ " المزني : مختصر " .

(٥) ابن حزم ، المحلي ٥١٦/٨ .

(٦) البخاري : المصدر السابق ١٣٠/٤ .

يقطّعت بها مال امرئ مسلم ، لقي الله وهو عليه غضبان " (١) .

يتضح مما سبق أن فكرة الحل والحرمة - صفة الديانة - في أحكام المعاملات في الشريعة الإسلامية، تعد بمثابة الرقيب الباطني في الانسان على كل معاملاته وتصرفاته مع الآخرين ، اذ ينغرس في نفسه الوازع الديني ، ومراقبة الله عز وجل في كل تصرف يقوم به ، والخوف من العقوبة الأخروية ان هو أفلت من العقوبة في الدنيا ، لأن الله عز وجل يعلم السر وأخفى .

ونخلص مما سبق ، الى أن أحكام المعاملات في الشريعة الإسلامية امتازت عن مثيلاتها من أحكام الشرائع والقوانين الوضعية المختلفة بكونها ذات اعتبارين : اعتبار قضائي وآخر ديانوي ، بينما اقتصرت الشرائع والقوانين الوضعية المختلفة ، وارتكزت في أحكامها على الاعتبار القضائي فقط ، اذ لم يكن لفكرة الحل والحرمة في أحكامها وموادها أي مكان أو اعتبار ، فما قضى به القاضى بناء على ظاهر الأمر ، كان حقا سائغا للمقضي له ، بغض النظر ان كان هذا في حقيقة الأمر محقا فسي دعواه أم مبطلا .

(١) البخاري : صحيح ٢٣٢/٣ .

الفصل الأول

حقيقة التقادم

المبحث الأول

تعريف التقادم لغة واصطلاحاً

XX

المطلب الأول : تعريف التقادم لغة (١) :

التقادم : من القَدَم ، مصدر قديم ، يقال : قَدَمَ الشيء ، يَقْدِمُ قَدَمًا ، ويقدمه
والقَدَمُ ضد الحدوث . أي ماله تقدم بالزمان ، يقال : قَدَمَ الشيء ، قَدِمًا فهو قديم ، وتقادم مثلـــــــــــــــــه
أي طال عليه الزمن .

المطلب الثاني : تعريف التقادم اصطلاحاً :

في الحقيقة ، - - - - - ومن خلال استقرائي لمسائل التقادم ، سواء أكان ذلك لمباحث الملكية
والحيازة - الدعوى المدنية - ، أم لمباحث الحدود والقصاص والتجزير - . الدعوى الجنائية - ، لم أعثـــــــــــــــــر

- (١) ابن منظور : أبي الفضل جمال الدين محمد بن مكرم ، (ت ٧١١هـ) / لسان العرب ، ط دار صادر ، بيروت
وحيث يأتي يشار إليه بـ " ابن منظور : لسان العرب " . الفيومي : أحمد بن محمد بن علي المقسري
(ت ٧٧٠هـ) / المصباح المنير في غريب الشرح الكبير للرافعي ، ط دار الفكر ، وحيث يأتي يشار إليه
بـ " الفيومي : المصباح " . الفيروزآبادي : مجد الدين محمد بن يعقوب ، (ت ٨١٧هـ) / القامــــــــــــــــوس
المحيط ، تحقيق مكتب التراث في مؤسسة الرسالة ، ط ٢ ، ١٤٠٧هـ - ١٩٨٧م ، مؤسسة الرسالة ،
بيروت ، وحيث يأتي يشار إليه بـ " الفيروزآبادي : القاموس المحيط " . الرازي : محمد بن أبي بكر
بن عبد القادر ، (ت بعد ٦٦٦هـ) / مختار الصحاح ، ط ٢ ، ١٤٠٥هـ - ١٩٨٥م ، مكتبة لبنان ، بيروت ، وحيث
يأتي يشار إليه بـ " الرازي : مختار " . وانظر كذلك د . ابراهيم أنيس وآخرون : المعجم الوسيط ، ط ٢ ،
دار احياء التراث العربي ، بيروت ، وحيث يأتي يشار إليه " أنيس : المعجم الوسيط " . سعــــــــــــــــدي
أبوجيب : القاموس الفقهي لغة واصطلاحاً ، ط ٢ ، ١٤٠٨هـ - ١٩٨٨م ، دار الفكر ، دمشق ، وحيث يأتي
يشار إليه " أبوجيب : القاموس الفقهي " . د . محمد رواس قلعجي ، وآخر / معجم لغة
الفقهاء - عربي انجليزي - ط ١ ، ١٤٠٥هـ - ١٩٨٥م ، بيروت ، وحيث يأتي يشار إليه بـ : " قلــــــــــــــــعجي :
معجم الفقهاء " . (مادة / قَدَم) .

للتقادم على تعريف اصطلاحى عند الفقهاء القدامى في كتبهم ، وعلى مختلف مذاهبهم ، وإنما دللت عباراتهم عند حديثهم عن التقادم على ارادتهم للمعنى اللغوى له كما سبق بيانه ، أى مرور الزمان ومضي العهد الطويل على الحق أو الجناية ، وفي هذا المعنى يقول الشلبي في " حاشيته " :
" التقادم من القِدم بمعنى القديم ، وهو خلاف الحديث ، وهو المراد هنا ، بمعنى قوله شهدوا بحـد متقادم ، أى بحد قديم سببه لا حديث " (١) .

ومن هنا ، فلقد اجتهد الفقهاء المحدثون الذين تعرضوا لموضوع التقادم ومسائله بالبحث والدراسة في وضع تعريف له ، ومن هذه التعاريف :

- ١ - عرفه محمد سعود المعيني ، بأنه : " مرور الزمان الطويل على وضع اليد ، أو مرور الزمان الطويل على ترك الحق بلا مانع " (٢) .
وعرفه في مكان آخر بأنه : " وضع اليد بلا منازع مدة معلومة " (٣) .
- ٢ - وعرفه محمد الكبيسي ، بأنه : " مرور الزمان على أداء الحق ، يمنع من سماع الدعوى أمام

(١) الشلبي : شهاب الدين أبو العباس أحمد بن محمد بن أحمد بن يونس ، (ت ١٠٢١هـ) / حاشية على تبين الحقائق ، ط ١ ، ١٣١٣هـ ، المطبعة الكبرى الأميرية ببولاق مصر (٣/١٨٧) وحيث يأتي يشار إليه ب " الشلبي : حاشية وهي مطبوعة بهامش الزيلعي : فخر الدين عثمان بن عيسى ، (ت ٧٤٢هـ) / تبين الحقائق شرح كنز الدقائق ، وحيث يأتي يشار إليه ب " الزيلعي تبين " ٠ وانظر كذلك : الإمام مالك بن أنس بن مالك أبي عامر الأصبحي ، (ت ١٧٩هـ) / المدونة الكبرى ، ط ١ ، ١٣٢٣هـ مطبعة السعادة ، مصر ، (٥/١٧٢) ، وحيث يأتي يشار إليه ب " الإمام مالك : المدونة " ٠ الخطاب : أبي عبد الله محمد بن عبد الرحمن ، (ت ٩٥٤هـ) / مواهب الجليل لشرح مختصر خليل ، ط ٢ ، ١٣٩٨هـ — ١٩٧٨م ، دار الفكر ، (٦/٢٢١) وما بعدها ٠ وحيث يأتي يشار إليه ب " الخطاب مواهب " ، وبهامشه المواق : أبي عبد الله محمد بن يوسف بن أبي القاسم ، (ت ٨٩٧هـ) / التاج والاكلیل لمختصر خليل وحيث يأتي يشار إليه ب " المواق : التاج " ٠ ابن قيم الجوزية : أبي عبد الله محمد بن أبي بكر الزرعي ، (ت ٧٥١هـ) / الطرق الحكمية في السياسة الشرعية أو الفراسة المرضية في أحكام السياسة الشرعية تحقيق محمد حامد الفقهي ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ص ٨٨ ، وحيث يأتي يشار إليه :

ب : " ابن الجوزية : الطرق الحكمية " ٠

(٢) المعيني : النظرية العامة ، ص ٧ .

(٣) المعيني : المراجع السابق ، ص ٨ .

القضاء (١).

- ٣ - وعرفه " سليم رستم باز " ، بأنه : " منع سماع الدعوى ، بعد أن تركت مدة معلومة (٢) .
- ٤ - وعرفه عبد العزيز عامر ، بأنه : " مضي الفترة من الوقت بعد ارتكاب الجريمة ، أو بعد الحكم بالعقوبة دون تنفيذ على المحكوم عليه ، يترتب عليها أن يمنع الحكم بالعقوبة أو تنفيذها " (٣) .

نقد التعريفات ... والتعريف المختار :

لما كان الأصل في التعريف أن يكون جامعا لجميع أفراد المعرف

ومانعا من دخول غير أفرادها إليه ، يمكننا النقد والتعليق على التعريفات السابقة بما يلي :

أ - ان التعريفات السابقة جميعها ، كانت غير جامعة لأفراد المعرف ، وذلك على التفصيل التالي :

ان التعريفات السابقة جميعها ، ما عدا تعريف عبد العزيز عامر ، كانت مقتصرة على الجانب المدني من التقادم ، وهو تقادم الملكية والحيازة ، ولم تذكر الجانب الجنائي منه ، وهو تقادم الحدود ، والقصاص ، والتعازير .

بينما اقتصر تعريف عبد العزيز عامر على الجانب الجنائي فقط ، دون الجانب المدني .

ب - ويؤخذ على تعريف رستم باز بأنه قد عرّف المُعرّف - التقادم - بالأثر المترتب عليه ، وهو منع سماع الدعوى ، وهذا عيب أو نقص في التعريف .

ج - ويؤخذ على تعريف " الكبيسي " أنه غير مانع ، إذ ذكر فيه الآثار المترتبة على المعرف ، - التقادم - ، وهو منع سماع الدعوى ، وهذا عيب أو نقص في التعريف كما سبق البيان .

وهذا المأخذ أيضا يمكن ملاحظته بوضوح في تعريف عبد العزيز عامر ، إذ ذكر فيه ما يترتب على

التقادم من آثار - وان كان ذلك في الدعوى الجنائية - من منع للحكم بالعقوبة ، أو تنفيذها .

(١) د . محمد عبيد الكبيسي : أحكام الوقف في الشريعة الاسلامية ، ط ١٣٩٧ هـ - ١٩٧٧ م - مطبعة

الإرشاد ، بغداد (٢/٣٠٧) ، وحيث يأتي بشار إليه ب " الكبيسي : أحكام الوقف " .

(٢) سليم رستم باز : شرح المجلة ، ط ٣ ، ١٤٠٦ هـ - ١٩٨٦ م ، دار إحياء التراث العربي ، بيروت ،

ص ٩٨٣ ، وحيث يأتي بشار إليه ب " الباز : شرح المجلة " .

(٣) د . عبد العزيز عامر : التعزير في الشريعة الاسلامية ، ط ٣ ، ٢٣٧٧ هـ - ١٩٥٧ م ، مطبعة مصطفى

البياتي الحلبي ، مصر ، ص ٤٤٢ ، وحيث يأتي بشار إليه ب " الباز : شرح المجلة " .

اليه ب " عامر: التعزير " .

وبناء على ما سبق ، يمكن وضع تعريف مناسب ، بحيث يتلشى ما سبق ذكره من المآخذ وهذا هو التعريف المختار :

التقادم : " هو مضي مدة زمنية مقدرة شرعا ، على ترك دعوى وضع اليد أو الاستيلاء على حق ، أو على ارتكاب الجريمة دون اثبات ، بلا مانع شرعي " .

شيوخ التعريف المختار :

مضي مدة زمنية : وهذا أساس التقادم ، إذ لا تقادم بلا مرور زمن .

مقدرة : أي إن هذه الفترة الزمنية مقدرة ومحددة ، وليست مطلقة .

شرعا : أي إن الأصل في تقديرها وتحديدها هو الشرع ، سواء أكان ذلك بالسنة النبوية المستمسة المطهرة ، أم باحتهاد الفقهاء .

على ترك دعوى . . . حق : وترك الدعوى يكون من جانب صاحب الحق - المحوز عليه - ، وهذا يمثل الجانب المدني من التقادم - تقادم الحيابة .

أو على ارتكاب الجريمة : والمراد بالجريمة هنا ، جرائم معينة من جرائم الحدود - الزنا ، والسرقعة ، وشرب الخمر - ، وجرائم التعازير ، وهذا - أي مضي المدة الزمنية - على

ارتكاب الجريمة يمثل الشق الأول من الجانب الجنائي من التقادم .

دون اثبات : أي قبل ثبوت الجريمة عند القاضي أو الحاكم ، بالشهادة عليها من قبل الشهود ، أو الإقرار بها من الجاني نفسه .

بلا مانع شرعي : أي إن شرط اعتبار مدة التقادم من حيث ترتب الأحكام الشرعية عليها ، هو وجود مانع شرعي يمنع من الدعوى المدنية ، أو يمنع من الدعوى الجنائية بعد ارتكاب الجريمة .

أولاً : من السنة النبوية المطهرة :

١ - ما رواه ابن وهب (١) ، عن عبد الجبار بن عمر (٢) عن ربيعة بن أبي عبد الرحمن (٣) عن سعيد ابن المسيب مرفوعاً إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال : " من حاز شيئاً

(١) هو أبو محمد عبد الله بن وهب بن مسلم القرشي المالكي ، الإمام الثقة ، الجامع بين الفقه والحديث ، أثبت الناس في الإمام مالك - رحمه الله - إذ صحبه عشرين سنة ، روى عن أربعمائسة عالم منهم الليث ، وابن أبي ذئب ، وابن جريج ، وابن دينار ، والإمام مالك وتفقه عليه ، وروى عنه شحنون ، وابن عبد الحكم ، والزهرى ، وغيرهم له مصنفات عدة منها : الموطأ الكبير ، والموطأ الصغير ، والجامع الكبير ، والمجالسات وغيرها ، توفي - رحمه الله عام (١٩٧ هـ) . انظر في ذلك : مخلوف : محمد بن محمد ، (ت ١٣٦٠ هـ) / شجرة النور الزكية في طبقات المالكية ، ط ٢ ، دار الكتاب العربي ، بيروت ، ص ٥٨ ، وحيث يأتي يشار إليه بـ " مخلوف : شجرة النور " . السبتي : القاضي عياض أبو الفضل عياض بن موسى بن عياض اليحصبي ، (ت ٤٤٤ هـ) / ترتيب المدارك وتقريب المسالك لمعرفة أعلام مذهب مالك ، تحقيق الدكتور أحمد بكر محمود طدار مكتبة الحياة / بيروت ، ودار مكتبة الفكر / طرابلس ، (٢٢١ / ٤٢١) ، وحيث يأتي يشار إليه بـ " عياض : ترتيب المدارك " .

(٢) هو أبو عمر - يقال أبو الصباح - عبد الجبار بن عمر الأيلي ، روى عن الزهرى ، ونافع مولى ابن عمير ، وربيعه ، وغيرهم ، وروى عنه ابن المبارك ، وابن وهب ، وعبد الرحمن المقرئ ، وغيرهم . قال ابن أبي حاتم عن أبي زرعة : واهي الحديث ، وقال البخارى : عنده مناكير ، وقال أبو داود الترمذى : هـيف ، وقال النسائي ليس بثقة ، وقال أبو داود : غير ثقة ، وقال الدارقطني : متروك . وقال صاحب التريب : ضعيف ، مصنفات - رحمه الله - بعد الستين والمائتين من الهجرة . انظر في ذلك : ابن حجر : تهذيب ٩٤ / ٦ ، ابن حجر : تقريب ، ص ٢٣٢ .

(٣) هو أبو عثمان ربيعة بن أبي عبد الرحمن فروخ مولى المنكدر ، المعروف بريبعة الرأي ، الإمام الثقة ، الفقيه ، مفتي المدينة ، أدرك جماعسة من الصحابة وأخذ عنهم ، منهم أنس بن مالك - رضي الله عنه - وأخذ عنه أئمة عظام منهم الإمام مالك - رحمه الله وشيخه ، توفي - رحمه الله - عام (١٣٦ هـ) . انظر في ذلك :

مخلوف : شجرة النور ، ص ٤٦ .

(١) هذا الحديث وبهذا اللفظ ذكره جميع فقهاء المالكية في كتبهم التي أمكنني الاطلاع عليها، وقد ثبت عندهم واحتجوا به في العمل بالحيازة، وتعتبر مدونة الامام مالك المصدر والأصل في روايته، ولقدورد الحديث بألفاظ أخرى قريبة، منها: " من حاز شيئاً عشر سنين فهو أحق به "، وفي رواية أخرى: " أحق به منه " انظر في ذلك: الامام مالك: المدونة ١٩٢/٥، الصاوي: أبو العباس أحمد بن محمد، (ت ١٢٤١هـ) / بلغة السالك لأقرب المسالك إلى مذهب الإمام مالك، وهو شرح للشرح الصغير للدردير، ط: الأخيرة، ١٣٧٢هـ - ١٩٥٢م، مطبعة مصطفى البابي الحلبي، مصر، (٢/٣٧٨)، وحيث يأتي يشار اليه بـ " الصاوي: بلغة السالك "، وبهامشه الدردير: أبو البركات أحمد بن محمد بن أحمد، (ت ١٢٠١هـ) / الشرح الصغير، وحيث يأتي يشار اليه بـ " الدردير: الشرح الصغير " الخرششي: أبو عبد الله محمد بن عبد الله، (ت ١١٠١هـ) / شرح على مختصر خليل، ط: دار صادر، بيروت، (٧/٢٤٢)، وحيث يأتي يشار اليه بـ " الزرقاني: شرح " العدوى: أبو الحسن علي بن أحمد الصعدي، (ت ١١٨٩هـ) / حاشية على شرح الخرشي، وحيث يأتي يشار اليه بـ " العدوى: حاشية " الزرقاني: عبد الباقي بن يوسف بن أحمد، (ت ١٠٢٠هـ) / شرح على مختصر خليل، ط: دار الفكر، بيروت، (٧/٢٢٤)، وحيث يأتي يشار اليه بـ " الزرقاني: شرح " ومعه البناني: أبو عبد الله محمد بن حمدون، (ت ١٣٠٧هـ) / حاشية على الزرقاني، وحيث يأتي يشار اليه بـ " البناني حاشية " ابن فرحون: برهان الدين ابراهيم بن علي بن أبي القاسم بن محمد (ت ٧٩٩هـ) / تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام، ط: الأخيرة، ١٣٧٨هـ - ١٩٥٨م، مطبعة مصطفى البابي الحلبي، مصر، (٢/٣٦٢)، وحيث يأتي يشار اليه بـ " ابن فرحون: تبصرة " وهو بهامش عليش: أبو عبد الله محمد بن أحمد، (ت ١٢٩٩هـ) / فتح العلي المالك في الفتوى على مذهب الإمام مالك، (٢/٣٢٠)، وحيث يأتي يشار اليه بـ " عليش: فتح " الخطاب: مواهب ٢٢٣/٦، ٢٢٩، الدسوقي: شمس الدين أبو عبد الله محمد بن أحمد بن عرفنة (ت ١٢٣٠هـ) / حاشية على الشرح الكبير للدردير، ط: دار الفكر، (٤/٢٣٤)، وحيث يأتي يشار اليه بـ " الدسوقي: حاشية، وبهامشه الدردير: أبي البركات أحمد بن محمد بن أحمد (ت ١٢٠١هـ) / الشرح الكبير، وحيث يأتي يشار اليه بـ " الدردير: الشرح الكبير " ابن رشد: البيان ١١/١٤٥، التتولي: أبو الحسن علي بن محمد بن عبد السلام، (ت ١٢٥٨هـ) / البيهجة في شرح التحفة على الأرجوزة المسماة بتحفة الحكام لابن عاصم، ط: ٢، ١٣٧٠هـ - ١٩٥١م، مطبعة مصطفى البابي الحلبي، (٢/٢٥٥)، وبهامشه التاودي: أبي عبد الله محمد، (ت ١٢٠٧هـ) / شرح على الأرجوزة المذكورة المسمى بحلى المعاصم لبنت فخر بن عاصم، وحيث يأتي يشار اليه بـ " التتاودي: حلى المعاصم " .

وقال عبد الجبار : " وحدثني عبد العزيز بن المطلب (١) عن زيد بن أسلم (٢) عن النبي - صلى الله عليه وسلم - بمثله (٣) .

٢ - ما رواه أبو داود في المراسيل عن هلال بن بشر (٤) ، حدثنا يحيى بن محمد بن قيس (٥) ، سمعت زيد بن أسلم أن رسول الله - صلى الله عليه وسلم - قال : " من احتاز شيئاً عشر سنين فهو

(١) هو عبد العزيز بن المطلب بن عبد الله بن حنطب المخزومي ، قاضي مكة ، روى عن عبد الله بن أبي بكر ، وعن أبيه ، وعن صفوان بن سليم ، وروى عنه أبو عامر المصدي ، وإسماعيل بن أبي أويس ، وأخرج له مسلم في الشواهد لا الأصول ، وذكره العقيلي في كتاب الضعفاء ، قال أبو حاتم الرازي فيه : صالح الحديث ، وقاله عنه الحاكم : هو صدوق ، وقال أبو داود لا أدري كيف حديثه توفي رحمه الله قريباً من ١٧٠ هـ . انظر في ذلك : الرازي : شيخ الاسلام أبي محمد عبد الرحمن بن أبي حاتم ، (ت ٣٢٧ هـ) / الجرح والتعديل ، ١٧ ، ١٣٧٢ هـ - ١٩٥٣ م ، دار احياء التراث العربي ، بيروت ، (٣٩٣/٥) ، وحيث يأتي يشسار اليه بـ " الرازي : الجرح والتعديل " ، الذهبي : أبي عبد الله محمد بن أحمد بن عثمان ، (ت ٧٤٨ هـ) ميزان الاعتدال في نقد الرجال ، تحقيق علي محمد البجاوي ، ط دار الفكر ، (٦٣٥/٢) ، وحيث يأتي يشار اليه بـ " الذهبي : ميزان الاعتدال " .

(٢) هو أبو أسامة - ويقال أبو عبد الله - زيد بن أسلم العدوي ، المدني ، الفقيه ، مولى عمر بن الخطاب - رضي الله عنه - روى عن أبيه ، وابن عمر ، وأبي هريرة ، وعائشة ، وأبي بن عبد الله ، وغيرهم وروى عنه أولاده الثلاثة أسامة ، وعبد الله ، وعبد الرحمن ، ومالك ، مالك ، وابن عجلان ، وابن جريج ، وغيرهم . قال عنه احمد ، وأبو زرعة ، وأبو حاتم الرازي ، وابن سعد ، والنسائي : ثقة ، وقال صاحب التقريب : ثقة عالم ، وكان يرسل ، توفي - رحمه الله - عام ١٣٦ هـ . انظر في ذلك : ابن حجر : شهاب الدين أحمد بن علي ، (ت ٨٥٢ هـ) / تهذيب التهذيب ، ط ١٤٠٤ هـ - ١٩٨٤ م ، دار الفكر ، (٣٤٢/٣) ، وحيث يأتي يشار اليه بـ " ابن حجر : تهذيب " . ابن حجر (سابق الذكر) / تقريب التهذيب ، تقديم ودراسة محمد عواملة ، ط ١٤٠٦ هـ - ١٩٨٦ م ، دار الرشيد ، حلب / سوريا ، ص ٢٢٢ ، وحيث يأتي يشار اليه بـ " ابن حجر : تقريب " .

(٣) الامام مالك : المدونة ١٩٢/٥ .

(٤) هو أبو الحسن هلال بن بشر بن محبوب بن هلال بن ذكوان المزني البصري الأحمد امام مسجد يونس بن عبيد ، روى عن الامام بن زيد ، وعبد العزيز العطار ، وابنه مرحوم ، وغيرهم ، وروى عنه البخاري في جزء " القراءة خلف الامام " ، وأبو داود ، والنسائي ، وأبو بكر بن أبي عاصم ، وابن خزيمة ، وآخرون . قال النسائي ثقة ، وذكره ابن حبان في الثقات وقال يتقن الحديث . وقال صاحب التقريب : ثقة . انظر في ذلك : تهذيب التهذيب (٦٧/١١) ، وحيث يأتي يشار اليه بـ " ابن حجر : تهذيب " . ابن حجر (سابق الذكر) / تقريب التهذيب ، دراسة ومقابلة محمد عواملة ، ط ١٤٠٦ هـ - ١٩٨٦ م ، دار الرشيد حلب ، ص ٥٧٥ ، وحيث يأتي يشار اليه بـ " ابن حجر : تقريب " .

(٥) هو أبو محمد يحيى بن محمد بن قيس المحاربي أبو زكير البصري الضري ، روى عن أبيه ، وزيد بن أسلم وأبي حازم بن دينار ، وربيعسة ، وغيرهم ، وروى عنه أحمد بن صالح البغدادي ، ونعيم بن حماد ، وعلي ابن المديني ، وهلال بن بشر ، وغيرهم ، وحديثه عند مسلم في المتابعات ، وقال صاحب التقريب : صدوق ، لكنه يخطئ ، كثيراً . انظر في ذلك : ابن حجر : تهذيب ٢٤١/١١ ، ابن حجر : تقريب ص ٥٩٦ .

٣- ما رواه الربيع (٢) في مسنده عن أبي عبيدة (٣) عن جابر بن زيد (٤) عن ابن عباس —

(١) أبوداود : سليمان بن الأشعث السجستاني الأزدي ، (ت ٢٧٥هـ) / المراسيل ، تحقيق وتعليق وتخريج الأحاديث شعيب الأرنؤوط ، ط ١٤٠٨ هـ - ١٩٨٨ م ، مؤسسة الرسالة ، بيروت ، ص ٢٨٦ ، وحيث يأتي شار إليه أبو داود : المراسيل . وقال الشيخ شعيب في تخريجه : يحيى بن محمد بن قيس صدوق لكنه كثير الخطأ ، وخرج له مسلم متابعة ، وباقي رجاله ثقات ، وانظر كذلك : د . الطاهر محمد الدرديري : تخريج الأحاديث النبوية الواردة في مدونة الامام مالك بن أنس ، ط ١ ، ١٤٠٦ هـ - ١٩٨٦ م ، مركز البحث العلمي واهياء التراث الاسلامي ، كلية الشريعة والدراسات العليا مكة المكرمة (١١٧٩/٣) ، وحيث يأتي شار إليه ب " الدرديري : تخريج الأحاديث " .

(٢) هو الربيع بن حبيب الحنفي أبو سلمة البصري ، روى عن الحسن ، وابن سيرين ، وأبي جعفر الباقر ، وعبد الله بن عبيد بن عمير ، وغيرهم ، وروى عنه أبو داود الطيالسي ، ويحيى القطان وعبد الصمد بن عبد الوارث ، وحجاج بن منهال ، وغيرهم ، وثقه أحمد بن معين ، وعلي بن المديني وغيرهم ، وقال صاحب التقريب : ثقة . انظر في ذلك : ابن حجر : التهذيب ٣/٢٠٩ ، وابن حجر : التقريب ، ص ٢٠٦ .

٣- هو مسلم بن أبي كريمة ، قال عنه الذهبي في " ميزان الاعتدال " : مجهول ، وقال ابن حجر في لسان الميزان " : مجهول ، وذكره ابن حبان في الثقات ، وقال اني لا أعتد عليه ، يعني لأجل التشيع ، وقال الامام الرازي في " الجرح والتعديل " : روى عن علي - رضي الله عنه - سمعت أبي يقول ذلك ويقول هو مجهول . انظر في ذلك : الذهبي (١٠٦/٤) ابن حجر : شهاب الدين أبي الفضل أحمد بن علي ، (ت ٥٢٤هـ) / لسان الميزان ، ط ٢ ، ١٣٩٠ هـ - ١٩٧١ م ، مؤسسة الأعلمي ، بيروت (٣٢/٦) ، وحيث يأتي شار إليه ب " ابن حجر : لسان الميزان " . الـرازي : الجرح والتعديل (١٩٣/٨) .

(٤) هو أبو الشعثاء جابر بن زيد الأزدي اليحمدي الجوفي البصري من أصل عُمان وكان أعور ، روى عن ابن عباس ، وابن عمر ، وابن الزبير ، ومعاوية ابن أبي سفيان ، وعكرمة ، وغيرهم ، وروى عنه قتادة ، وعمرو بن دينار ، ويعلى بن مسلم ، وغيرهم ، اتهم بأنه من الاباضية ، قال داود بن أبي هنسند عن عزرة الكوفي ، دخلت على جابر بن زيد فقلت ان هؤلاء القوم ينتحلونك - يعني الاباضية - قال أبرأ الى الله من ذلك توفي عام ١٠٣ هـ ، وقيل عام ٩٣ هـ ، قال ابن معين وأبو زرعة : ثقة ، وقال صاحب التقريب : ثقة فقيه . انظر في ذلك ابن حجر : التهذيب ٢/٣٤ ، ابن حجر : التقريب ، ص ١٣٦ ، ابن سعد : أبو عبد الله محمد بن سعد بن منيع (ت ٢٣٠هـ) / الطبقات الكبرى ط دار صادر ، بيروت (١٧٩/٧) ، وحيث يأتي شار إليه ب " ابن سعد : الطبقات " .

النبي - صلى الله عليه وسلم - قال : " من حاز أرضاً وعمّرها عشر سنين ، والخمض حاضر لا يغير . ولا ينكر في للذي حازها وعمّرها ، ولا حجة للخصم فيها " (١) .

وجه الاستدلال من الأحاديث الشريفة :

من الواضح أن هذا الحديث الشريف قد جاء بخصوص الحيابة ، إذ استدل بسسه الفقهاء على مشروعية تقادم الحيابة ، وما يترتب عليها من آثار من منع سماع للدعوى ، أو سقوط لحسق الملكية . إلا أنه يستدل بمفهومه على مشروعية التقادم بشكل عام ، إذ العبرة بعموم اللفظ لا بخصوص السبب كما قرر الفقهاء ذلك .

ثانيا من المعقول :

وقالوا في بيان وجه الاستدلال به : ان سكوت المحوز عليه في الدعوى المدنية على تصرف الحائز في ملكه تصرف الملاك ، المدة الطويلة من الزمن ، وهو حاضر لا يطالب به ولا يدعيه ، ولم يمنع من ذلك مانع شرعي ، يدل على اهماله لملكه ، ويكون كالاتر من له الحائز بأن لا حق له عليه ولا مطالبته أي كالاتر من بالتنازل عن حقه له ، لذلك لا تسمع دعواه بعد ذلك ولا بينته (٢) .

كما يدل العقل والمنطق على أن تأخير الشهود للشهادة في الدعوى الجنائية طوال مدة التقادم المحددة ، يدلان على التهمة في حقهم ، بأنهم ما شهدوا إلا لضغينة حملتهم ، أو عداوة حركتهم على الشهادة ، فلا تسمع شهادتهم لذلك ، فدل العقل على مشروعية مبدأ التقادم (٣) .

(١) هذا الحديث ذكره صاحب " شرح النيل " بلفظ قريب هو : " من حاز أرضاً وعمّرها عشر سنين والخمض حاضر لا يغير ولا ينكر ، فلا تقبل حجة للخصم فيها " ثم نقل الروايات التي ذكرها المالكية التي سبق ذكرها ، ثم ذكر الحديث بألفاظ أخرى مختلفة منها : " من حاز أرضاً وعمّرها عشر سنين فهي له " ، ومن حاز شيئاً وعمّره عشر سنين ، وصاحبه حاضر لا ينكر فهو لمن حازه " ، و " من حاز شيئاً عشر سنين أو عشرين سنة فصاعدا فهو له " ، ثم قال بعد ذلك ، " وهو ثابت عندنا وعند قومنا ، ومن رواه أبو عبيدة - رحمه الله - " . انظر فسي ذلك كله : اطفيش : شرح النيل ٥/٧ وما بعدها .

(٢) الخطاب : مواهب ٢٢٩/٦ .

(٣) الكاساني : بدائع ٤٦/٧ ، ابن الهمام : كمال الدين محمد بن عبد الواحد السيواسي ثم السكندري ، (ت ٦٨١هـ) شرح فتح القدير على الهداية للمرغيناني ، ط ٢ ، دار الفكر ، بيروت (٢٧٩/٥) ، وحيث يأتي يشار اليه بـ " ابن الهمام : الشرح " ، ومعه المرغيناني : برهان الدين علي بن أبي بكر (ت ٥٩٣هـ) / الهداية شرح بداية المبتدى ، وحيث يأتي يشار اليه بـ " المرغيناني : الهداية " ، ومعه أيضا : البارتي : أكمل الدين محمد بن محمود (ت ٧٨٦هـ) / شرح العناية على الهداية ، وحيث يأتي يشار اليه بـ " البارتي : شرح العناية " ومعه

أيضا ابن عيسى : سعد الله ، المفتي الشهير بسعدى جليبي وسعدى أفندي (ت ٩٤٥هـ) / حاشية على العناية للبارتي ، وحيث يأتي يشار اليه بـ " جليبي : حاشية " ، ويلى ذلك فتح القدير المذكور ، قاضي زاده : شمس الدين أحمد (ت ٩٨٨هـ) / تكلمة شرح الفتح القدير المسماة بـ " نتائج الأفكار في كشف الرموز والأسرار " ، وحيث يأتي يشار اليه بـ " قاضي زاده : نتائج الأفكار " .

ثالثا : المصلحة (١) العامة :

وقالوا في بيان وجه الاستدلال بها : ان في منح المحوز عليه في الدعوى المدنية الحسب في الدعوى متى شاء ، دون تحديد ذلك بمدة زمنية معينة ، فتح لباب المنازعات والشغب بين الناس ، لأن الشهود والوثائق تفنى ويبقى الشيء المحوز من دار أو أرض ، أو غير ذلك ، فيدعي أناس أموال أناس آخرين لا بينة لهم بها ولا شهود ، وهذا من شأنه أن يؤدي الى اضطراب معاملات الناس فيما بينهم وعدم استقرارها ، والخوف من تهديدها بالنقض في المستقبل (٢) .

وهذا المعنى نفسه موجود في الدعوى الجنائية في حالة منح الشهود الحق في الشهادة بعسد مضي مدة التقادم المعتبرة ، اذ من شأن ذلك فتح باب الأحقاد والضغائن ، والتشفي والانتقام ، وما يترتب على ذلك من المنازعات ، واثارة الفوضى بين الناس فاقتضت المصلحة العامة الأخذ بمبدأ التقادم ، ودلت على مشروعيتها (٣) .

رابعا : من سد الذرائع (٤) :

وقالوا في بيان وجه الاستدلال بها : ان في منح المدعي الحق في الدعوى المدنية متى شاء

(١) المصلحة في اصطلاح الأصوليين : " هي المحافظة على مقصود الشرع ، ومقصود الشرع من الخلق خمسة ، وهو أن يحفظ عليهم دينهم ، ونفسهم ، وعقلهم ، ونسلهم ومالهم ، فكل ما يتضمن حفظ هذه الأصول فهو مصلحة ، وكل ما يفوت هذه الأصول فهو مفسدة ، ودفعها مصلحة " . انظر في ذلك الغزالي : أبو حامد محمد بن محمد بن محمد (ت ٥٠٥هـ) / المستصفى ، ط ٢ ، ١٤٠٣هـ - ١٩٨٢م ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، (٢٨٧/١) ، وحيث يأتي يشار اليه ب " الغزالي : المستصفى " . ومعه الأنصاري : محمد بن نظام الدين ، (ت) / فواتح الرحموت بشرح مسلم الثبوت في أصول الفقه ، وحيث يأتي يشار اليه ب " الأنصاري : فواتح الرحموت " ، وانظر كذلك : الشاطبي : أبو اسحق ابراهيم بن موسى اللخمي ، (ت ٧٩٠هـ) ، الموافقات في أصول الشريعة ، بعناية وضبط ووضع التراجم ، محمد عبد الله دراز ، طدار المعرفة ، بيروت (٣٨/١) ، وحيث يأتي يشار اليه ب " الشاطبي : موافقات " ، وعليه الشيخ عبد الله دراز : شرح على الموافقات ، وحيث يأتي يشار اليه ب " دراز : شرح " .

(٢) الباز : شرح المجلة ، ص ٩٨٣ ، وانظر كذلك نطفيش : شرح النيل ١١٠/٧ .

(٣) الكاساني : المصدر السابق ٤٦/٧ ، ابن الهمام : الشرح ٢٩٧/٥ .

(٤) الذريعة في اصطلاح الأصوليين : هي عبارة عن أمر ممنوع لنفسه ، يخاف من ارتكابه الوقوع في ممنوع . انظر في ذلك : القرطبي : جامع أحكام القرآن ٥٨٠،٥٧/٢ وانظر كذلك محمد هشام برهاني : سد الذرائع في الشريعة الاسلامية ، ط ١ ، ١٤٠٦هـ - ١٩٨٥م مطبعة الريحاني ، بيروت ، ص ٧٥ ، وحيث يأتي يشار اليه ب " البرهاني : سد الذرائع " .

دون تحديد ذلك بمدة معينة ، فتحا لباب التزوير والتحايل ، اذ بإمكان محترفي التزوير وأصحاب الحيل ادعاء حقوق مملوكة للغير بعد مرور الزمان الطويل على ملكيتهم لها ، اذ تكون البيئات والوثائق قد هلكت ، وتكون الشهود قد فنيت ، فلا تسمع دعوى المدعي بعد مضي مدة التقادم سدا لباب التزوير والحيل (١) .

وهذا المعنى نفسه موجود في شهادة الشهود في الدعوى الجنائية بعد مضي مدة التقادم، لان في عدم تحديد مدة الشهادة الشهود في الحدود والجرائم فتحا لباب الأحقاد والضغائن والتشفي والانتقام من المشهود عليه ، لذلك لا تسمع شهادتهم بعد تقادمها ، سدا للذرائع أيضا ، فدل ذلك على مشروعية مبدأ التقادم (٢) .

خامسا : من الاستحسان (٣) :

وقالوا في بيان وجه الاستدلال به : الأصل في القياس (٤) يقضي بأن للمدعي الحق في اقامة الدعوى وسماع حجته وبينته متى شاء الأبناء . منعنا من ذلك بعد مرور الفترة الزمنية للتقادم استحسانا

(١) ابن عابدين : محمد أمين ، (ت ١٢٥٢هـ) / حاشية رد المحتار على الدر المختار للحمكفي ، ط ١٣٩٩هـ - ١٩٧٩م ، دار الفكر (٤١٩/٥) ، ومعها الحمكفي : علاء الدين محمد بن علي بن محمد الحمكفي

(ت ١٠٨٨هـ) / الدر المختار : شرح تنوير الأبصار ، وحيث يأتي يشار اليه ب " الحمكفي : الصدر المختار " ، ويليه ابن عابدين : نجل محمد أمين صاحب حاشية رد المحتار المعروف بمحمد علاء الدين ، (ت ١٣٠٦هـ) / تكملة رد المحتار على الدر المختار المسماة " حاشية قرّة عيون الأخيار " وحيث يأتي يشار اليه ب " ابن عابدين : قرّة عيون الأخيار " ، وانظر كذلك : ابن عابدين : قسرة عيون الأخيار ٤٨٦/٧ وما بعدها ، الباز : شرح المجلة ، ص ٩٨٣ وما بعدها .

(٢) الزيلعي : تبیین ١٨٨/٤ ، البازتي : شرح العناية ٢٨١/٥ .

(٣) الاستحسان في اصطلاح الأصوليين : هو أن يعدل الانسان عن أن يحكم في المسألة بمثل ما حكم به في نظائرها . الى خلافه ، لوجه أقوى يقتضي العدول عن الأول . انظر في ذلك : البخاري ، عبد العزيز / كشف الأسرار على أصول فخر الاسلام البزدوي مطبعة الصدف ، كراتشي - باكستان ، وانظر كذلك : د . مصطفى ديب البغا : أثر الأدلة المختلف فيها في الفقه الاسلامي ، ط دار الامام البخاري ، دمشق ص ١٢٢ ، وحيث يأتي يشار اليه ب " البغا : أثر الأدلة " .

(٤) القياس في اصطلاح الأصوليين : هو تعدية الحكم من الأصل الى الفرع بعلّة متحدة لا تدرك بمجرد اللغة . انظر في ذلك : ابن مسعود : صدر الشريعة عبيد الله ، (ت ٧٤٧هـ) / تنقيح الأصول ، ط دار الكتب العلمية ، بيروت ، (٥٢/٢) ، وحيث يأتي يشار اليه ب " ابن مسعود : التنقيح " ومعنه ابن مسعود أيضا : شرح التوضيح على التنقيح المذكور ، وحيث يأتي يشار اليه ب " ابن مسعود : التوضيح " ، وهما بهامش التفتازاني : سعد الدين مسعود بن عمر بن عبد الله (ت ٧٩٢هـ) / شرح التلويح على التوضيح ، وحيث يأتي يشار اليه

ب " التفتازاني : التلويح " .

لأن في ترك الدعوى بعد مضي مدة التقادم مع التمكن من اقامتها ما يدل على عدم الحق ظاهرا ، وهذا دليل على مشروعية مبدأ التقادم والعمل به (١) .

سادسا : السياسة الشرعية (٢) :

وقالوا في بيان وجه الاستدلال بها : ان الشارع الحكيم قد منح الامام أو الحاكم سلطة تقييد الحق الخاص اذا تعارض مع المصلحة العامة ، تغليباً للمصلحة العامة ، وذلك من قبيل السياسات الشرعية ، كما هو الشأن في منع الاحتكار ، والتسعير الجبري (٣) .

وبناء على ذلك ، فللامام تخصيص القضاء بزمان ومكان معينين ، أي له منع القضاة عســ من سماع الدعوى بعد مضي مدة زمنية معينة ، تحقيقاً للمصلحة العامة من سد لباب المنازعات والشغب بين الناس ، ومن تنظيم العملية القضاء وتسهيلها بتخفيف العبء عن القاضي بمنعه من سماع الدعوى بعد مضي المدة الزمنية الطويلة ، لما يترتب على سماعها وفتح مثل هذا الباب من العنت والمشقة عليه فدل هذا كله على مشروعية مبدأ التقادم (٤) .

سابعا : من العرف والعادة (٥) :

وقالوا في وجه الدلالة بهما ، ان العرف والعادة يقضيان بأن الانسان لا يكتب على ملكه

- (١) الباز : شرح المجلة ص ٩٨٣ ، وانظر كذلك : ابن عابدين : رد المحتار ٤١٩/٥ وما بعدها ، وابن عابدين - قرة عيون الأخبار ٤٨٦/٧ وما بعدها ، اطفيش : شرح النيل ١٠٩/٧ .
- (٢) السياسة في الشرع : هي ما كان فعلا يكون معه الناس أقرب الى الصلاح وأبعد عن الفساد ، وإن لم يضعه الرسول ، ولا نزل به وحي . انظر في ذلك : ابن الجوزية : الطرق الحكيمة ، ص ١٣ .
- (٣) د محمد فتحي الدريني : الحق ومدى سلطان الدولة في تقييده ، ط ٣ ، ١٤٠٤ هـ - ١٩٨٤ م ، مؤسسة الرسالة ، بيروت ، ص ١١٠ ، وحيث يأتي يشار اليه ب " الدريني : الحق " .
- (٤) الحمكفي ، وابن عابدين : الدر المختار ، ورد المحتار ٤١٩/٥ وما بعدها ، ابن عابدين : قرة غيون الأخبار ٤٨٦/٧ وما بعدها ، الباز : شرح المجلة ص ٩٨٣ ، اطفيش : شرح النيل ١٠٩/٧ .
- (٥) العرف والعادة في اصطلاح الفقهاء والأصوليين بمعنى واحد ، اذ ان العادة من المعاودة ، فمساذا تكرر فعل ما اعتاد الناس عليه . واضطرد ، وشهدت له العقول ، وتلقته الطبائع السليمة بالقبول ، وأصبح مستقرا ، أصبحت هذه العادة عرفا تعارف الناس عليه ، ومن هنا جاء تعريف الجرجاني لها بقوله : " العرف : ما استقرت النفوس عليه بشهادة العقول ، وتلقته الطبائع بالقبول ، وكذا العادة وهي ما استمر الناس عليه على حكم العقول ، وعادوا إليه مرة بعد أخرى " . انظر فــــي ذلك : الجرجاني : الشريف علي بن محمد بن علي ، (ت ٨١٦ هـ) / التعريفات ، ط ١ ، ١٤٠٣ هـ - ١٩٨٣ م ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ص ١٤٩ ، وحيث يأتي يشار اليه ب الجرجاني : التعريفات ، وانظر كذلك : د . وهبه مصطفى الزحيلي : أصول الفقه الاسلامي ، ط ١ ، ١٤٠٦ هـ - ١٩٨٦ م ، دار الفكر ، دمشق (٢/ ٨٢٨) ، وحيث يأتي يشار اليه ب " وهبة : أصول الفقه " .

يكون في يد غيره ، يتصرف فيه تصرف الملاك ، المدة الطويلة من الزمن ، دون أن يدعيه أو يخاصمه فيه ، لذلك لا تسمع دعوى المحوز عليه ولا بينته ، لأنها دعوى يكذبها العرف والعادة ، وكل دعوى يكذبها العرف والعادة فهي غير مقبولة (١) .

وهذا المعنى نفسه موجود في الدعوى الجنائية ، اذ ان شهادة الشهود بعد تركها المدة الطويلة - مدة التقادم - شهادة يكذبها العرف والعادة ، لما يترتب على تأخيرهم لها من اتهامهم بالضعف والعداوة للشهود عليه فهي لذلك غير مقبولة ، ودلّ هذا كله على مشروعية مبدأ التقادم (٢) . ونحن نميل الى ترجيح ما ذهب اليه أصحاب الفريق الثاني من الحنفية والمالكية ، وابن القيسم الجوزية ، ومتأخري الحنابلة . والاباضية من القول بمشروعية مبدأ التقادم على سبيل الاجمال لما سبق وان ذكره ذكره من الأدلة ، وهي كافية للدلالة على ذلك . والله أعلم بالصواب .

(١) الحطاب : مواهب ٢٢٤/٦ ، الزرقاني : شرح ٢٢٤/٧ .

(٢) الزيلعي : تبیین ١٨٨/٣ ، البارتي : شرح العناية ٢٨١/٥ ، الكاساني : بدائع ٤٦/٧ .

المبحث الثالث

مدة التقادم والاتجاهات العامة في الشريعة الإسلامية

XX

لما كان معنى التقادم ، هو مرور الزمان ، كانت المدة هي أساس الحديث عن التقادم ، لذلك سنتحدث - ان شاء الله - فيما يلي عن الاتجاهات العامة لمدة التقادم في الشريعة الإسلامية ، وذلك من خلال المطلبين التاليين :

المطلب الأول : أنواع مدة التقادم :

يمكن تصنيف مدة التقادم الى عدة أصناف أو أنواع وفقاً لاعتبارات

مختلفة ، منها :

أولاً : من حيث الأصل في تحديدها :

وبالنظر الى هذا الاعتبار ، يمكن تصنيف مدة التقادم إلى ثلاثة

أصناف هي :

١- المدة النصية (١) :

أي المدة المنصوص عليها ، وذلك بالأثر الوارد عن النبي - صلى الله عليه وسلم - الذي يُعدّ الأساس - الأصل - في اعتبار مبدأ التقادم وتحديد مدته ، وهو قوله - صلى الله عليه وسلم - " من حاز شيئاً عشر سنين فهو له " .

وكما هو ملاحظ أن الحديث الشريف قد نص على مدة التقادم وحددها بعشر سنين ، وقد اختلف الفقهاء في الأخذ بهذه المدة بناء على اختلافهم في صحة الحديث والأخذ به كما سبق البيان .

٢- المدة الاجتهادية (٢) :

أي المدة التي تقوم في تقديرها وتحديدها على اجتهاد الفقهاء ، الاجتهاد القائل

(١) الإمام مالك : المدونة ١٩٢/٥ ، البناني : حاشية ٢٢٣/٧ ، عليش : فتم ٣٢٠/٢ ، اطفيش : شرح النيل ١٠٥/٧ .

(٢) ابن عابدين : رد المحتار ٤٢١/٥ ، ابن عابدين : قرّة عيون الأختار ٤٨٦/٧ ، علي حيدر : درر الحكام شرح

مجلة الأحكام ، تعريب المحامي فهمي الحسيني ، ط ١ ، ١٤١١ هـ - ١٩٩١ م ، دار الجيل ، بيروت (٢٩٥/٤) ، وحيث

يأتي يشار إليه بـ " حيدر : درر " ، الباز : شرح المجلة ، ص ٩٨٣ ، الخرشبي ، شرح ٢٤٤/٧ ، اطفيش : المصنوع

السابق / ١٠٥/٧ وما بعدها .

على الاستنباط وإعمال الرأي، سواء أكان ذلك في الدعوى المدنية - الملكية والحيازة - أم في الدعوى الحناثية - الحدود والتعازير - .

٣- المدة السلطانية (١) :

أي المدة التي يتوقف تقديرها وتحديدها على أمر السلطان، إذ ترجع بعض مدد التقادم من حيث الأصل في اعتبارها وتحديدها إلى السلطان، ولقد كان أول من حذو مثل هذه المدد هو السلطان العثماني سليمان القانوني (٢) - رحمه الله -، إبان دولة الخلافة الإسلامية في تركيا، لسبب سميت هذه المدد " بالسلطانية " وسمي التقادم " التقادم السلطاني " نسبة إليه .

ثانيا : من حيث الطول والقصر :

وبالنظر إلى هذا الاعتبار، يمكن تصنيف مدة التقادم إلى ثلاثة

أصناف أيضا هي :

-
- (١) ابن عابدين : رد المحتار ٥/٤٢٠ وما بعدها، ابن عابدين : قرة عيون الأخبار ٧/٤٨٧ - حيدر : درر ٤/٢٩٥، الباز : شرح المجلة، ص ٩٨٣، منير القاضي : مجلة الأحكام العدلية، ط ١، ١٩٤٩م، مطبعة العاني، بغداد (٤/٥٢)، وحيث يأتي يشار إليه بـ " القاضي : مجلة الأحكام " .
 - (٢) هو السلطان المحاهد، العادل، سليمان بن السلطان سليم، بن بايزيد العثماني كرس - رحمه الله - معظم فترة حكمه - ١٥٢٠م إلى ١٥٦٦م - للجهاد والفتوحات الإسلامية المباركة، ففي عهده فتحت كثير من بلاد المشرق والمغرب الهامة، منها جزيرة رودس، والمجر، وبلخراد، والبندقية وبلاد العالم الإسلامي، وغيرها، حيث أصبحت دولة الخلافة الإسلامية في أوج اتساعها وقوتها برا وبحرا . كما اتصف عهده - رحمه الله - بالتسامح والعدالة، وكذلك بالاستقرار والرخاء كما اهتم رحمه الله - بتنظيم مؤسسات الدولة المختلفة، فاهتم بتنظيم الضرائب، والمحاكم وغيرها . كما شهدت فترة حكمه الطويلة، إصدار الكثير من القوانين التي تنظم أركان نظام الحكم، وتنظم العلاقة بينه وبين رعايا الدولة، وتحديد حقوق وواجبات الأفراد فيها، لذلك سمي - رحمه الله - بـ " سليمان القانوني "، توفي - رحمه الله - مجاهدا عام ١٥٦٦م، أثناء قيادته لإحدى الحملات على نهر الدانوب . انظر في ذلك : د. أحمد عبد الرحمن مصطفى : أصول التاريخ العثماني، ط ١، ١٤٠٢هـ - ١٩٨٢م، دار الشروق، وحيث يأتي يشار إليه بـ " أحمد مصطفى : أصول التاريخ العثماني " .

١- مدة طويلة (١) :

وهي كالسبعين سنة والثمانين ، كما هو الشأن في الحيازة على الغائب المعسذور بغيبته ، إذا علم بحيازة الحائز لملكه ، ولم يشهد أحدا على مخاصمته وطلبه للشيء المحوز ، ومضت هذه المدة الطويلة جدا ، ولم يمنعه من المطالبة مانع شرعي ، مع توفر شروط الحيازة الأخرى ، فلا تسمع دعواه حينئذ ولا بينته ، وتكون الحيازة عليه كالحيازة على الحاضر .

٢- مدة متوسطة (٢) :

وهي كالعشر سنين ، كما هو الشأن في حيازة الأجنبي على الأجنبي للعقار ، سواء أكان الأجنبي شريكا أم لا ، وكالعشرين سنة ، كما هو الشأن في الحيازة على الدين .

٣- مدة قصيرة :

وهي كاليوم أو بعض اليوم كما هو الشأن في زوال رائحة الخمر (٣) ، وكالسنة والسنتين كما هو الشأن في حيازة الحيوان (٤) .

المطلب الثاني : أسباب تنوع مدة التقادم :

بعد أن ذكرنا أنواع مدة التقادم ، واختلافها من حيث الطول والقصر ، نجد أنه من الضروري الإشارة إلى أسباب هذا الاختلاف ، وأهم العوامل المؤثرة فيه بوجه عام ، ومن أهمها :

أولا : نوع الحق ، أو الجريمة :

يُعدّ نوع الحق في الدعوى المدنية ، ونوع الجريمة في الدعوى الجنائية من أهم العوامل التي أثرت في اختلاف مدة التقادم ، وبالتالي في تحديدها ، فمثلا كانت مدة التقادم في حيازة الديون عشرين أو ثلاثين سنة ، بينما كانت مدتها في حيازة العروس من غير الثياب ، كأثاث البيست وآلات الزرع وغيرها ، ثلاث سنين (٥) .

(١) ابن فرحون : تبصرة ٩٣/٢ ، الحطاب : مواهب ٢٢٧/٦ ، العدوى : حاشية ٢٤٣/٧٥ ، الإمام مالك : المدونة ١٧٢/٥ .

(٢) الصاوي : بلغة السالك ٣٧٩/٢ ، ٣٨٠ ، البناني : حاشية ٢٢٤/٧ ، ٢٢٥ .

(٣) الزيلعي ، والشليبي : تبين ، وحاشية ١٨٨/٣ .

(٤) الصاوي : المصدر السابق ٣٧٩/٢ ، البناني : المصدر السابق ٢٢٦/٧ .

(٥) الدردير : الشرح الصغير ٣٧٩/٢ ، ٣٨٠ ، الزرقاني : شرح ٢٢٥/٧ ، ٢٢٦ .

هذا بينما كانت مدتها في حدى الزنا (١) والسرقه (٢) شهراً (٣)، في حين كانت مدتها في حــــد الشرب (٤) زوال الرائحة (٥)، ... وهكذا .

ثانيا : العلاقة بين المدعى والمدعى عليه :

وهذا خاص بالدعوى المدنية - الملكية والحيازة -، إذ لطبيعة العلاقة ما بين المدعى - المحوز عليه والمدعى عليه الحائز - الأثر الكبير في تحديد مدة تقادم الحيازة، فإذا كانت هذه العلاقة علاقة قرابة في الميراث أو غيره، كانت مدة التقادم فيها أطول منها في حيازة الأجنبي على الأجنبي

(١) الزنا في الشرع : هو طء مكلف، طائع، مشتهاة، حالاً أو ماضياً في القبل بلا شبهة ملك فــــي دار الاسلام . انظر في ذلك : ابن الهمام : الشرح ٢٤٧/٥، المرغيناني، البابر تي : الهداية، وشرح العناية ٢٤٧/٥ .

(٢) السرقه في الشرع : هي أخذ مال خفية، ظلماً، من حرز مثله بشروط . انظر في ذلك : الخطيب : شمس الدين محمد بن أحمد المعروف بالخطيب الشربيني (ت ٩٧٧هـ) ، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج للنووي ، ط دار الفكر (١٥٨/٤) ، وحيث يأتي يشار إليه ب " الخطيب : مغني المحتاج " ، ومعه النووي ، أبو زكريا يحيى بن شرف ٦٧٦هـ / منهاج الطالبين ، وحيث يأتي يشار إليه ب " النووي : المنهاج " . الشوكاني : محمد بن علي ، (ت ١٢٥٠هـ) / الدراري المفيسمة شرح الدرر البهية في المسائل الفقهية للشوكاني ، ط مكتبة التراث الاسلامي ، القاهرة (٢ / ٤٣٤) ، وحيث يأتي يشار إليه ب " الشوكاني : الدراري " .

(٣) وهذا عند أبي يوسف ومحمد ، وهو الراجح كما سيأتي ، انظر في ذلك . ابن نجيم : زين الدين بسن ابراهيم بن محمد بن محمد ، (ت ٩٧٠هـ) / البحر الرائق شرح كنز الدقائق ، ط المطبعة العربية باكستان (٥ / ٥٢،٢٠) ، وحيث يأتي يشار إليه ب " ابن نجيم : البحر " . وبهامشه محمد أميــــن الشهير بابن عابدين : الحواشي المسماة ب " منحة الخالق على البحر الرائق " ، وحيث يأتي يشار إليه ب " ابن عابدين : منحة الخالق " ، يليه محمد بن حسين بن علي الطوري / تكلمة البحر الرائق شرح كنز الدقائق ، وحيث يأتي يشار إليه ب " الطوري : تكلمة البحر " . ابن مسودود عبد الله بن محمود ، (ت ٦٨٣هـ) / الاختيار لتعليل المختار ، ط دار المعرفة ، بيروت ، (٨١/٤) ، وحيث يأتي يشار إليه ب " ابن مودود : الاختيار " .

(٤) الشرب في الشرع : هو الحد الذي يجب بشرب المسلم ، المكلف بما يسكر جنسه بطوعاً، بلاعذر وضرورة . انظر في ذلك : المواق، التاج ٣١٧/٦، الشوكاني : الدراري ٢ / ٤٤٠ .

(٥) وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف وهو المذهب ، والأصح ما ذهب إليه محمد بن الحسن وقدره بشهر

كما سيأتي . انظر في ذلك : ابن الهمام : الشرح ٣٠٤/٥ ، ابن نجيم : البحر ٢٧/٥ .

وتزداد مدة التقادم كلما زادت درجة القرابة بينهما . فمثلا في حيازة العقار ، تكون مدة التقادم فـي حيازة القريب على قريبه إذا تصرف القريب الحائز بالشيء المحوز بالهدم أو البنيان أو الغرس ، ما يزيد على الأربعين سنة ، بينما تكون في حيازة الأجنبي على الأجنبي سواء أكان الأجنبي شريكا أم لا عشر سنين ، بينما تزداد مدتها في حيازة الأب على ابنه ، أو بالعكس - أي حيازة الابن على أبيه - عما هـي عليه في حيازة القريب على قريبه إذ تصبح مدتها ستين سنة فما فوق ، ٠٠٠ وهكذا (١) .

ويعلل الفقهاء ذلك بقولهم . كلما زادت درجة القرابة بين الحائز والمحوز عليه ، كلما كانت تصرفاتهم مبنية ومحمولة على العذر والمسامحة ، وهذا يحتاج الى مدة أطول لاثبات أن التصرف دال على الملكية والحيازة ، بخلاف الأجنبي مع الأجنبي ، فتصرفه في الأصل قائم على المشاحة ، فلا يحتاج لمثل هذه المدة لاثبات الملكية والحيازة في تصرفاته (٢) .

وعليه فقد قرر العلماء في حيازة الأقارب على بعضهم البعض ، أنه لو كان بين الأقارب من العداوة والبغضاء ، بحيث يغلب على تصرفاتهم المشاحة وعدم المسامحة فيما بينهم ، فتكون مدة التقادم فـي حيازتهم على بعضهم البعض للعقار كالمدة في حيازة الأجنبي على بعضهم البعض - أي عشر سنين - (٣) .

وفي هذا المعنى يقول صاحب " حلى المعاصم " : " والأقربون كالأخوان والأعمام وأبناء العم والخال ، وفي معناهم الأصهار والموالي ، حوزهم - أي أمد حوزهم - مختلف بحسب اعتماهم - أي تصرفهم في المحوز يختلف ، فإن يكن بمثل سكنى الدار ، والزرع للأرض ، والاعتماد للحوانيت ، فهو بما يجوز الأربعين عاما ، إذا لم يكن بينهم تشاجر ولا عداوة ، وذو تشاجر كالأبعدين يكتفى فيهم بعشر سنين " (٤) .

ثالثا : طبيعة التصرف في الحسق :

وهذا السبب أو العامل خاص أيضا بالدعوى المدنية ، إذ لطبيعة التصرف في الحسق - الشيء المحوز - الأثر الواضح في اختلاف مدة التقادم ، فمثلا في حيازة الأراضي الأميرية ، إذا كان التصرف برقبة - أي بعين - الأراضي الأميرية ، فإن مدة التقادم تكون حينئذ ستا وثلاثين سنة ، أما إذا كان التصرف بمنافعها ، فإن مدة التقادم تصبح حينئذ عشر سنين ، ٠٠٠ وهكذا (٥) .

(١) الدردير :الشرح الصغير ٣٧٨/٢ وما بعدها، الزرقاني : شـرح : ٢٢٥/٧ وما بعدها .

(٢) ابن فرحون : تبصرة ١٠٠/٢ . التسولي : البهجة ٢٦٠/٢ . المواق : التاج ٢٢٨/٦ .

(٣) التسولي : المصدر السابق ٢٦٠/٢ .

(٤) التاودي : حلى المعاصم ٢٥٩/٢ .

(٥) ابن عابدين :قرة عيون الأخبار ٤٨٨/٧ ، حيدر : درر ٢٩٨/٤ وما بعدها ، الباز : شرح المجلة ، ص ٩٨٨ .

الفصل الثاني

أثر التقادم في الحقوق المدنية في الشريعة الإسلامية

xx

وهو في مبحث واحد طويل

أثر التقادم في حق الملكية في الشريعة الإسلامية

وفيه مطلبان

المطلب الأول : تعريف الملكية وأسبابها ، وفيه فرعان رئيسان :

الفرع الأول : تعريف الملكية لغة واصطلاحاً .

الفرع الثاني : أسباب الملكية .

المطلب الثاني : الحيابة - وضع اليد - باعتبارها سبباً من أسباب الملكية

وفيه تسعة فروع رئيسية :

الفرع الأول : تعريف الحيابة وعلاقتها بالتقادم .

الفرع الثاني : شروط الحيابة .

الفرع الثالث : موانع الحيابة .

الفرع الرابع : الأموال والحقوق التي يمكن أن تكون موضعاً للحيابة .

الفرع الخامس : التصرفات التي تتم بها الحيابة .

الفرع السادس : مدة تقادم الحيابة .

الفرع السابع : أقسام الحيابة .

الفرع الثامن : تقادم الحيابة ... والبيئة .

الفرع التاسع : آثار تقادم الحيابة .

على معنى الملكية وهي (١) :

" الملك والمملوكية، والمالكية، والملكية " ، وإن كان لفظ الملك أكثرها

- (١) السرخسي: أبو بكر محمد بن أحمد بن سهل، (ت ٤٤٩هـ)، المبسوط، ط ٣، دار المعرفة، بيروت (٢٢/٢٣) وما بعدها، وحيث يأتي يشار إليه بـ " السرخسي: المبسوط " قاضي زاده: نتاشج الأفكار ٦٨/١٠، الخطاب: مواهب ٢٢٢/٤، ١٨/٦، وما بعدهما ٠ القرافي: شهاب الدين أبو العباس أحمد بن إدريس بن عبد الرحمن الصنهاجي، (ت ٦٨٤هـ) / أنوار البروق في أنواع الفروق، ط دار الفكر، بيروت، (٢٣٢/٣)، وحيث يأتي يشار إليه بـ " القرافي: الفروق "، ومعه ابن الشاط: أبو القاسم قاسم بن عبد الله بن محمد ابن محمد الأنصاري، (ت ٧٢٢هـ) / حاشية إدرار الشروق على أنواع الفروق للقرافي، وحيث يأتي يشار إليه بـ " ابن الشاط: إدرار الشروق، وبهامشهما: محمد علي ابن حسين، (ت ١٣٦٧هـ)، حاشية تهذيب الفروق والقواعد السنية في الأسرار الفقهية على الفروق للقرافي، وحيث يأتي يشار إليه بـ " ابن حسين: تهذيب الفروق ٠ المطيعي: محمد بخيت بن حسين، (ت ٢٣٥٤هـ) / تكملة المجموع، ط دار الفكر، (١٥، ٢٠٣)، وحيث يأتي يشار إليه بـ " المطيعي: تكملة المجموع " وهو يلي النوى: أبو زكريا محي الدين بن شرف، (ت ٦٧٦هـ) / المجموع شرح المذهب للشيرازي، وحيث يأتي يشار إليه بـ " النوى: المجموع "، ومعه الشيرازي: المذهب "، ومعه الرافعي: أبو القاسم عبد الكريم بن محمد، (ت ٦٢٣هـ) / فتوح العزيز شرح الوجيز، وحيث يأتي يشار إليه بـ " الرافعي: فتوح العزيز "، ومعه ابن حجر: أبو الفضل أحمد بن علي، (ت ٨٥٢هـ) / التلخيص الحبير في تخريج الرافعي الكبير، وحيث يأتي يشار إليه بـ " ابن حجر: التلخيص "، البيهقي: أبو إسحاق إبراهيم ابن أحمد (ت ١٢٥هـ) / حاشية على شرح ابن قاسم الفري، ط دار الفكر، (٣٨/٢)، وما بعدهما، وحيث يأتي يشار إليه بـ " البيهقي: حاشية، ومعه ابن قاسم: أبو عبد الله محمد بن قاسم بن محمد الغزي (ت ٩١٨هـ) شرح على متن أبي شجاع، وحيث يأتي يشار إليه بـ " ابن قاسم: شرح "، ومعه أبو شجاع: شهاب الدين أحمد بن الحسين ابن أحمد (ت ٥٩٠هـ) / متن، وحيث يأتي يشار إليه بـ " أبي شجاع: متن " ٠ ابن قدامة: المغني ٣٢٨/٥.

وتعريف الملكية - الملك - من التعريفات التي أشكل على الفقهاء والأصوليين ضبطها، وتحديد معناها بدقة (٢)، ولذا فقد تعددت تعريفاتهم لها وتباينت، إلا أنه يمكن تصنيف هذه التعريفات في ثلاث مجموعات، وذلك بالنظر للاعتبارات الثلاثة التالية (٣):

١- تعريفها انطلاقاً من كونها حقيقة شرعية .

(١) هذه الألفاظ، وإن كانت تتفق فيما بينها في الدلالة على معنى الملك، إلا أنها تختلف في حقيقة من يوصف بها، فالمملوكية تعبير عن العلاقة بين المالك والمملوك بالنظر إلى المملوك، والمالكية تعبير عن هذه العلاقة بالنظر إلى المالك، والملكية تعبير عن هذه العلاقة بالنظر إلى نفسها . انظر في ذلك: القرافي، وابن الشاط: الفروق، وإدراج الشروق ٢٢٢/٣ وما بعدها، ابن حسيب: تهذيب الفروق ٢٠٨/٣ وما بعدها . وانظر كذلك: د . عبد السلام داود العبادي: الملكية في الشريعة الإسلامية طبيعتها، ووظيفتها، وقيودها - دراسة مقارنة بالقوانين والنظم الوضعية -، ط ١، ١٣٩٤ هـ - ١٩٧٤ م، مكتبة الأقصى، عمان (١/١٢٨)، وحيث يأتي إشارة إليه ب: " العبادي: الملكية " . عبد الله يونس: الملكية في الشريعة الإسلامية ودورها في الاقتصاد الإسلامي، ط ١، ١٤٠٧ هـ - ١٩٨٧ م، مؤسسة شباب الجامعة، الإسكندرية، ص ١٠٠، وحيث يأتي إشارة إليه ب " يونس: الملكية " .

(٢) وفي هذا المعنى يقول " القرافي " : " اعلم أن الملك أشكل ضبطه على كثير من الفقهاء، فإنه عام يترتب على أسباب مختلفة، البيع، والهبة، والصدقة، والإرث، وغير ذلك، فهو غيرهما ولا يمكن أن يقال هو التصرف، لأن المحجور عليه يملك ولا يتصرف، فهو حينئذ غير التصرف فالتصرف والملك كل واحد منهما أعم من الآخر فمن وجه وأخص من وجه، فقد يوجد التصرف بدون الملك كالوصي والوكيل، والحاكم، وغيرهم، يتصرفون ولا ملك لهم، ويوجد الملك بدون التصرف كالصبيان والمجانين وغيرهم، يملكون ولا يتصرفون والعبارة الكاشفة عن حقيقة الملك أنه حكم شرعي مقدر في العين أو المنفعة يقتضي تمكين من يضاف إليه من انتفاعه بالمملوك والعروض عنه من حيث هو كذلك " . انظر في ذلك، القرافي: الفروق ٢٠٨/٣، وانظر كذلك: ابن الشاط: إدراج الشروق ٢٠٨/٣ وما بعدها، وابن حسيب: تهذيب الفروق ٢٢٢/٣ .

(٣) العبادي: الملكية ١/١٣٨، عبد الله المصلح: الملكية الخاصة في الشريعة الإسلامية ومقارنتها بالاتجاهات المعاصرة، ط ١٣٩٦ هـ - ١٩٨٦ م - من مطبوعات الاتحاد الدولي للبنوك الإسلامية، الرياض، ص ٢٨، وحيث يأتي إشارة إليه ب " المصلح: الملكية " .

٢ - تعريفها على أساس ذكر موضوعها .

٣ - وتعريفها انطلاقاً من كونها علاقة بين الملك والمملوك .

وهذه المجموعات هي :

المجموعة الأولى : تعريفها انطلاقاً من كونها حقيقة شرعية^(١) :

ومن تعريفات هذه المجموعة :

١ - تعريف شهاب الدين القرافي من المالكية لها بأنها : " حكم شرعي مقدر في العين أو المنفعة

يقتضي تمكن من ينسب إليه من انتفاعه بالمملوك والعيوض عنه من حيث هو كذلك " (٢) .

٢ - تعريف جلال الدين السيوطي من الشافعية لها بأنها : " حكم شرعي يقدر في عين أو منفعة،

يقتضي تمكن من ينسب إليه من انتفاعه والعيوض عنه من حيث هو كذلك " .

المجموعة الثانية : تعريفها على أساس ذكر موضوعها : (٤) .

ومن تعريفات هذه المجموعة :

١ - تعريف الكمال بن الهمام من الحنفية لها بأنها : " قدرة يثبتها الشارع ابتداءً على التصرف " (٥) .

وزاد ابن نجيم من الحنفية أيضاً على التعريف السابق قيماً بقوله " إلا لمانع " (٦) .

(١) والمقصود بقولنا " حقيقة شرعية " أنه أن الشرع هو الذي أضفى على الملك هذه النسبة

الملكية . فالملك حكم شرعي لأنه يتبع الأسباب الشرعية . انظر القرافي : الفروق ٣/٢٠٩ .

(٢) القرافي : الفروق ٣/٢٠٨، وانظر كذلك : ابن الشاط : إدرار الشروق ٣/٢٠٨، ابن حسين : تهذيب

الفروق ٣/٢٢٢ .

(٣) السيوطي : جلال الدين عبد الرحمن بن أبي بكر ، (ت ٩١١هـ) / الأشباه والنظائر في قواعد وفروع

فقه الشافعية ، تحقيق وتعليق محمد المعتمد بالله البغدادي ، ط ١٤٠٧هـ - ١٩٨٧م ، دار الكتاب

العربي ، بيروت ، ص ٥١٨ ، وحيث يأتي يشار إليه بـ " السيوطي : الأشباه " .

(٤) والنقص بالموضوع هنا : : الفاية التي من أجلها شرعت الملكية ، أو الأثر المترتب على ثبوت حق

الملكية ، وهو القدرة على التصرف ، وهو ما يسمى كذلك بحكم الملك . انظر في ذلك : الكاساني :

بدائع ٦/٢٦٣ ، ٢٣٦٤ ، وانظر كذلك : الزرقاء : المدخل ١/٣١٤ .

(٥) ابن الهمام : الشرح ٦/٢٤٨ .

(٦) ابن نجيم : زين الدين ابراهيم بن محمد بن محمد ، (ت ٩٧٠هـ) / الأشباه والنظائر بشرح غمز عيون

البصائر للحموي ، ط ١٤٠٥هـ - ١٩٨٥م ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، (٦١/٣) ، وحيث يأتي يشار إليه

إليه بـ " ابن نجيم : الأشباه " ، ومعنا الحموي : أحمد بن محمد ، / شرح غمز عيون البصائر ، وحيث

يأتي يشار إليه بـ الحموي : غمز عيون البصائر .

٢ - تعريف تقي الدين ابن تيمية من الحنابلة لها بأنها : " قدرة شرعية على التصرف في الرقبة " (١) .

المجموعة الثالثة : تعريفها انطلاقاً من كونها علاقة بين المالك والمملوك :

ومن تعريفات هذه المجموعة :

١ - تعريف الشريف الجرجاني (٢) من الحنفية لها بأنها : " اتصال شرعي بين الانسان وبين شيء يكون مطلقاً لتصرفه فيه ، وحاجزاً عن تصرف غيره فيه " (٣) .

٢ - تعريف سعد الدين التفتازاني (٤) من الشافعية لها بأنها : " ما من شأنه أن يتصرف فيه

(١) ابن تيمية : تقي الدين أبو العباس ، أحمد بن عبد الحلیم ، (ت ٧٢٨هـ) / مجموع فتاوى ، جمع وترتيب عبد الرحمن بن محمد بن قاسم العاصمي النجدي ، وابنه محمد ، ط الرئاسة العامة لشئون الحرمين الشريفين ، السعودية ، (٢٩ ، ٧٨) ، وحيث يأتي يشار إليه بـ " ابن تيمية : مجموع فتاوى " .

(٢) هو علي بن محمد بن علي المعزوف بالسيد الشريف الجرجاني ، وهو فيلسوف اشتهر بالمنطق والمقدرة على الجدل والمناظرة ، ونبغ في العربية ، وكان من كبار العلماء بها ، وهو كذلك فقيه أصولي ، أخذ عن قطب الدين محمد الرازي ، ومبارك شاه المنطقي ، وأكمل الدين البابرتي صاحب العناية ، وغيرهم ، ومن تلامذته فخر الدين العجم ، وسيد علي العجمي ، وفتح الله الشرواني ، وغيرهم ، له نحو خمسون مصنفاً ، منها : التعريفات ، رسالتان (ضغرى ، وكبرى) في المنطق ، وحاشية على الهداية ، وحاشية على شرح مختصر ابن الحاجب للعضد ، وكتبا ورسائل في النحو والصرف بالفارسية ، وغيرها ، توفي - رحمه الله - عام ٨١٦هـ . انظر في ذلك : اللكنوي : عبد الحي ، (ت ١٣٠٤هـ) / الفوائد البهية في تراجم الحنفية ومعها التعليقات السنوية على الفوائد البهية للكنوي أيضا ، ط ١٩٤٧هـ ، مكتبة ندوة المعارف ، الهند ، ص ١ ، وحيث يأتي يشار إليه بـ " اللكنوي : الفوائد " .

(٣) الجرجاني : التعريفات ، ص ٢٢٩ .

(٤) هو سعد الدين مسعود بن عمر بن عبد الله التفتازاني ، الأصولي ، الفقيه ، إمام اللغة والبيان المنطقي الشهير ، أخذ عن القطب الرازي ، والعضد ، له تمانيف عديدة منها : التلويح في كشف حقائق التنقيح ، حاشية على شرح العضد على مختصر ابن الحاجب ، تهذيب المنطق ، المطول في البلاغة ، شرح تلخيص المفتاح في المعاني والبيان ، حاشية على الكشاف للزمخشري وغيرها ، توفي - رحمه الله - عام ٧٩٢هـ . انظر في ذلك : السيوطي : جلال الدين عبد الرحمن (ت ٩١١هـ) / بغية الدعاسة في طبقات اللغويين والنحاة ، تحقيق محمد أبو الفضل إبراهيم ، ط المكتبة العصرية ببيروت (٢٨٥ / ٢) وحيث يأتي يشار إليه بـ " السيوطي : بغية " ، وانظر كذلك : الشوكاني : علي ، (ت ١٢٥٠هـ) / البدر الطالع بدحاس من بعد القرن السابع ، ط دار المعترفة ، بيروت (٢٠٢ / ٢) ، وحيث يأتي يشار إليه بـ " الشوكاني : البدر " ، ويليه زيادة : محمد بن محمد بن يحيى الملحق التابع للبدر الطالسي ، وحيث يأتي يشار إليه بـ " زيادة : الملحق " .

نقد التعريفات ٠٠ والتعريف المختار :

يلاحظ على تعريفات المجموعة الأولى أنها عرّفت الملكية بأنها حكم شرعي من شأنه أن يمنح من يُمّاف إليه قدرة مطلقة على التصرف في رقبة الشيء أو منفعتيه، إلا أن هذه التعريفات لم تبرز حقيقة الملكية، كما قررها الفقهاء من كونها علاقة خاصة بين الإنسان وبين شيء ما، فتكون هذه التعريفات بعيدة عن حقيقة المعرف وعن الصواب (٢).

كما يلاحظ على تعريفات المجموعة الثانية أنها عرفت الملكية بأنها القدرة على التصرف في محل الملك، والقدرة على التصرف ما هي إلا الأثر المترتب على ثبوت حق الملكية لصاحبها والمقصود الذي شرعت الملكية لأجله، وهو ما يعرفه الفقهاء بأنه الغاية النوعية لحق الملكية، فهذه التعريفات لا تبرز حقيقة الملكية - الملك - باعتبار أنها علاقة خاصة بين الإنسان وبين شيء ما، كما سبق تفريسه، وإنما عرفت الشيء بأثره وحكمه، والفرق واضح بين عين الشيء وحقيقته، وبين الأثر المترتب عليه، فتكون هذه التعريفات قد جانبت الصواب (٣).

وأما تعريفات المجموعة الثالثة، فقد عرفت الملكية بأنها العلاقة التي تقوم بين الإنسان وبين شيء ما، بحيث يكون الإنسان مستأثراً ومنفرداً بالتصرف في هذا الشيء دون مشاركة غيره له فيه، وهذا هو المراد بقول التفتازاني في تعريفه سابق الذكر: " وصف الاختصاص " وكما هو واضح، فإن هذه التعريفات قد أصابت حقيقة المعرف - الملكية - فتكون تعريفات هذه المجموعة أصح التعريفات وأكثرها قبولاً، ويكفون تعريف الشريف الجرجاني لها بأنها: " اتصال شرعي بين الإنسان وبين شيء، يكون مطلقاً لتصرفه فيه، وحاجزاً عن تصرف غيره فيه " هو أكثر هذه التعاريف دقة، ووضوحاً، وإصابة لحقيقة المعرف (٤)، إلا أنه

(١) التفتازاني: انتلويح ١٧١/١.

(٢) الشيخ علي الخفيف: أحكام المعاملات الشرعية، ط ٣، دار الفكر العربي، ص ٢٧، وحيث يأتي
يشار إليه بـ الخفيف: أحكام المعاملات، الشيخ محمد أبوزهرة: الملكية ونظرية العقد في الشريعة
الاسلامية، ط دار الفكر العربي، ص ٧١، وحيث يأتي يشار إليه بـ " أبوزهرة: الملكية " العبادي:
الملكية ١٤٩/١، المصلح: الملكية، ص ٢٩.

(٣) المصلح: " المرجع السابق، ص ٢٩، العبادي: الملكية ١٤٢/١، الزرقا: المدخل ٣١٤/١.

(٤) المصلح: المرجع السابق، ص ٢٩، العبادي: الملكية ١٤٩/١،

الزرقا: المدخل ٣١٤/١.

مع ذلك لم يسلم من النقد إذ علق عليه صاحب " تهذيب الفروق " بقوله : " ولكن هذا الحد لا يكون جامعا إلا بأمرين : الأول : التعميم في قوله للتصرف فيه ، بأن يقال : بالتصرف إما مع أخذ العوض أو بدونه ، وإما مع رد العين أو بدونه ، بنفسه أو بنائبه . والثاني : التقييد في قوله : عن تصرف غيره فيه ، بأن يقال : دون استنابته " (١) .

وبناء على ما سبق ، فلقد حاول الكثير من الفقهاء المحدثين وضع تعريف لها ، بحيث يكون تعريفا جامعا مانعا (٢) ، ومن هؤلاء الفقهاء استاذنا الشيخ مصطفى الزرقا - حفظه الله - حيث جاء تعريفه أكثر التعاريف دقة وإجازا وتحقيقا للغرض ، وعرفها بأنها : " اختصاص حاجز شرعا ، يسوغ لصاحبه التصرف الآ لمانع " (٣) . وهو التعريف المختار .

شرح التعريف المختار :

ولقد قام الشيخ مصطفى الزرقا - حفظه الله - بشرح تعريفه ، فقال : المراد بكونه حاجزا : أنه يحجز غير المالك عن الانتفاع والتصرف دون إذن المالك . وأما المانع الذي يمنع المالك نفسه عن التصرف فيشمل حالتين :

- ١ - نقص الأهلية كما في الصغير إذ يتصرف عنه وليه .
- ٢ - وحق الغير ، كما في المال المشترك . والمال المرهون ، إذ تنقيد فيهما تصرفات الشركاء .

(١) ابن حسين : تهذيب الفروق ٣/٢٣٤ .

(٢) أ - عرفها الشيخ محمد أبو زهرة بأنها : الاختصاص بالأشياء الحاجز للغير عنها شرعا ، الذي به تكون القدرة على التصرف في الأشياء ابتداء ، إلا لمانع يتعلق بأهلية الشخص . أبو زهرة : الملكية ، ص ٧١ .

ب - وعرفها د . محمد مصطفى شلبي بأنها : اختصاص بالشيء يمنع الغير عنه ، ويمكن صاحبه من التصرف فيه ابتداء ، إلا لمانع شرعي ، د . محمد مصطفى شلبي : المدخل في التمريف بالفقه وقواعد الملكية والعقود فيه ، ط ١٤٤٢ هـ - ١٩٧٣ م ، دار النهضة العربية ، بيروت ص ٣٣٩ ، وحيث يأتي يشار إليه بـ " شلبي : المدخل " .

ج - وعرفها الشيخ علي الخفيف بأنها : حيازة الشيء حيازة تمكن من الاستبدادية والتصرف فيه إلا لعراض شرعي يمنع من ذلك . الخفيف : أحكام المعاملات ، ص ٣٧ .

د - وعرفها د . محمد سلام منكور بأنها : " علاقة شرعية بين المالك والشيء تجعل له فيه اختصاصا شرعيا يمنع غيره من التصرف فيه بغير إذن منه " . محمد سلام منكور : التقادم وأثره في الدعوى . وفي العقوبة ، مجلة العدالة ، عدد ٤٢٢ ، ١٤٠٠ هـ - ١٩٨٠ م ، أبو ظبي ، ص ٥ ، وحيث يأتي يشار إليه منكور : مجلة العدالة " .

(٣) الزرقاء : المرجع السابق ١/٢٤١ .

والراهن، رغم ملكيتهم .

فوجوده مبدأ المانع لا ينافي الملك لأنه عارض .

الفرع الثاني : أسباب الملكية :

لقد تعددت أقوال الفقهاء واختلفت عند حصرهم لأسباب الملكية التي اعتبرها الشارع الحكيم

ومن هذه الأقسام :

١ - ما ذكره صاحب " الأشباه والنظائر " الشافعي ، إذ حصرها في ثمانية أسباب هي (١) : المعاوضات المالية (٢) ، والميراث ، والهبات (٣) ، والوصايا (٤) ، والوقف (٥) ، والغنيمة (٦) ، وأحياناً

-
- (١) السيوطي : الأشباه ، ص ٥١٩ .
 - (٢) المعاوضات المالية : هي العقود التي تقوم على أساس إنشاء وجائب متقابلة بين التعاقديين ، يأخذ كل من الطرفين شيئاً ، ويعطي في مقابلة شيئاً كالبيع والإجارة . انظر في ذلك : الزرقا المدخل ١/ ٧٨ .
 - (٣) الهبات جمع هبة ، وهي في الشرع : تمليك منجز مطلق في عين حال الحياة بلا عوض . انظر في ذلك ابن قاسم : شرح ٤٦/٢ - المرادوي : علاء الدين أبي الحسن علي بن سليمان (ت ٨٨٥هـ) / الانصاف في معرفة الراجح من الخلاف على مذهب الإمام أحمد بن حنبل ، تحفة ياق محمد - دار الفقيه : الطبعة الاولى ١٣٧٧هـ - ١٩٥٨م ، دار إحياء التراث العربي ببيروت ، (١١٦٢) . وحيث يأتي يشار إليه بالمرادوي : الانصاف (٤) الوصايا ، جمع وصية ، وهي في الشرع : تمليك مضاف لما بعد الموت بطريق التبرع . انظر في ذلك الخطاب : مواهب ٦/ ٣٦٤ ، البابرتي : شرح العناية ١٠/ ٤١٢ .
 - (٥) الوقف في الشرع : حبس العين على ملك الواقف والتصدق بالمنفعة . انظر في ذلك : ابن مودود : الاختيار ٣/ ٤٠ - قليوبي : أبو العباس أحمد بن أحمد ، (ت ١٠٦٩هـ) / حاشية على شرح جلال الدين المحلي على منهاج الطالبين للنووي ، طدار إحياء الكتب العربية ، مصر (٩٢/٣) ، وحيث يأتي يشار إليه بـ " قليوبي : حاشية " ومعه المحلي : جلال الدين محمد ابن أحمد ، (ت ٨٦٤هـ) / شرح على منهاج الطالبين للنووي ، وحيث يأتي يشار إليه بـ " المحلي : شرح " ، ومعه " النسوي : أبو زكريا يحيى بن شرف / منهاج الطالبين ، وحيث يأتي يشار إليه بـ " النسوي : المنهاج " ، ومعه أيضاً الشيخ عميرة : حاشية ، وحيث يأتي يشار إليه بـ " عميرة : حاشية " .
 - (٦) الغنيمة في الشرع : هي مال حصل من كفار بقتال وإيجاف ، انظر في ذلك : الخطيب : مغني المحتاج ٣/ ٩٩ .

وزاد بعض الفقهاء على ذلك : اللقطة ، ودية (٣) القتل، وغرة (٤) الجنين ، والمال المغصوب اذا خلطه الغاصب بماله أو مال آخر بحيث لا يمكن تمييزه ، وما يأكله الضيف ، والمال المخالض عليه ، فتكون الاسباب بذلك أربعة عشر سببا (٥).

(١)

اختلف الفقهاء فيما بينهم في المراد بالموات من الأرض على النحو التالي :

- أ - عرفها الحنفية بأنها : ما لا ينتفع به من الأراضي وليس ملك مسلم ولا ذمي ، وهو بعيد عن العمران ، إذا وقف إنسان بطرف العمران ونادى بأعلى صوته لا يسمع . انظر في ذلك : ابن مودود : الاختيار ٦٦/٣ .
- ب - وعرفها المالكية بأنها : " الأرض التي لا عمارة فيها ، ولا يملكها أحد " . انظر في ذلك : ابن جزى : أبو عبد الله محمد بن أحمد بن محمد (ت ٧٤١هـ) / القوانين الفقهية ، ط ٢ ، ١٤٠٩ هـ - ١٩٨٩ م ، دار الكتاب العربي ، بيروت ، ص ٣٣١ ، وحيث يأتي يشار اليه ب " ابن جزى : القوانين ج - وعرفها الشافعية والحنابلة بأنها : " كل مال يمكن عامرا ، ولا حريما لعامر ، وإن كان متملا بعامر " . انظر في ذلك : الماوردي : أبي الحسن علي بن محمد بن حبيب ، (ت ٤٥٠هـ) / الأحكام السلطانية في الولايات الدينية ، خرج أحاديثه وعلق عليه خالد عبد اللطيف سبع العليمي ، ط ١ ، ١٤١٠ هـ ، ١٩٩٠ م ، دار الكتاب العربي ، بيروت ، ص ٣٠٤ ، وحيث يأتي يشار اليه ب " الماوردي : الأحكام " . الفراء : أبو يعلى محمد بن الحسين ، (ت ٤٥٨هـ) / الأحكام السلطانية ، صححه وعلق عليه محمد حامد الفقي ، ط ٣ ، ١٤٠٣ هـ - ١٩٨٣ م ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ص ٢٠٩ ، وحيث يأتي يشار اليه ب " الفراء : الأحكام " .
- والكلام عن كيفية إحياء الأرض الموات كثير وطويل ، لا يتسع المقام لبسطه هنا ، فليرجع في ذلك الى المصادر سابقة الذكر .

(٢)

الصدقات جمع صدقة ، وهي في الشرع : " العطية يبتغى بها المثوبة من الله تعالى " انظر في ذلك الجرجاني : التعريفات ، ص ١٣٢ ، ابن جزى : القوانين ، ص ٣٦٢ .

(٣)

الدية في الشرع : المال المؤدى في مقابلة متلف ليس بمال ، هو النفس . انظر في ذلك : السرخسي المبسوط ٥٩/٢٦ ، الخطيب : مغني المحتاج ٥٣/٤ .

(٤)

الغرة في الشرع : هي دية الجنين ، وهي ما يجب من المال مقابل إتلافه ، وهي عبارة عن عبد أو أمة ، أي قيمة أي منهما . انظر في ذلك : الماوردي : الأحكام ، ص ٣٨٥ ، الفراء : الأحكام ، ص ٢٧٨ .

(٥)

السيوطي : الأشباه ، ص ٥١٩ .

- ٢- ما ذكره صاحب " الأشباه والنظائر " الحنفي ، وهو قريب مما سبق ذكره إذ حصرها في أربعة عشر سببا^(١) هي : المعاوضات المالية ، والأمهار^(٢) ، والخلع^(٣) ، والميراث والهبات ، والصدقات ، والوصايا ، والوقف ، والغنيمة ، والاستيلاء على المباح ، وإحياء الموات ، واللقطة ، والدية ، والعمال المغضوب إذا خلطه الغاصب بحيث يزيل اسمه ولا يمكن تمييزه عن غيره .
- ٣- ما ذكره صاحب " غمز عيون البصائر " تعليقا على ما ذكره صاحب " الأشباه والنظائر " الذي سبق ذكره ، إذ حصرها في ثلاثة أسباب هي^(٤) : الأول : مثبت للملك : وهو الاستيلاء على الشيء المباح بوضع اليد عليه ، والثاني : ناقل للملك ، وهو كالبيع والهبة . والثالث : الخلافة : وهو كالميراث والوصية .
- وهذا ما ذكره صاحب " الدر المختار " أيضا ، إذ حصرها في الأسباب الثلاثة سابقة الذكر نفسها^(٥) .

هذه هي أقوال الفقهاء في أسباب الملكية المعتبرة شرعا ، التي يظهر للمستعرض لها أن بينها تضاربا واختلافا ، إلا أنه يمكننا التوفيق بينها بالقول : إن ما ذكره كل من صاحبي " الأشباه والنظائر " إنما كان على سبيل التعداد والحصر لهذه الأسباب ، وأما ما ذكره كل من صاحبي " غمز عيون البصائر " ، وكذلك صاحب " الدر المختار " ، إنما كان على سبيل الإيجاز والاختصار ، أو بعبارة أخرى من قبيل التقسيم والتصنيف لها .

- (١) ابن نجيم : زين الدين بن ابراهيم بن محمد ، (ت ٩٧٠ هـ) / الأشباه والنظائر شرح غمز عيون البصائر للحموي ، ط ٥ ، ١٤٠٥ هـ - ١٩٨٥ م ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، (٤٦٢ / ٣) ، وحيث يأتي يشار إليه بـ ابن نجيم : الأشباه . ومع الحموي : أحمد بن محمد ، (ت ١٠٩٨ هـ) / شرح غمز عيون البصائر ، وحيث يأتي يشار إليه بـ " الحموي : شرح غمز البصائر " .
- (٢) الأمهار جمع مَهْر ، ويسمى صداق ، وهو في الشرع : ما يُعطى للزوجة في مقابلة الاستمساك بها . انظر في ذلك الدردير : الشرح الكبير ٢ / ٢٩٣ ، المطيعي : تكملة المجموع ١٦ / ٣٢٤ .
- (٣) الخلع في الشرع : " هو فراق الرجل امرأته بعوض يأخذها منها ، أو من غيرها بألفاظ مخصوصة " انظر في ذلك : الدسوقي : حاشية ٢ / ٣٤٧ ، البهوتي : منصور بن يونس بن ادريس (ت ١٠٤٦ هـ) / كشف القناع عن متن القناع ، ط ١٤٠٢ هـ - ١٩٨٢ م ، دار الفكر ، بيروت ، ٢١٢ / ٥ ، وحيث يأتي يشار إليه بـ " البهوتي : كشف " .
- (٤) الحموي : غمز عيون البصائر ٣ / ٤٦١ وما بعدها .
- (٥) الحمكفي : الدر المختار ٦ / ٤٦٣ .

إلا أنه ومن خلال استقراءنا لما ذكره الفقهاء - القدامى منهم والمحدثون - في هذا الموضوع^(١)، يمكننا حصر الأسباب التي اعتبرت الشريعة الإسلامية من أسباب الملكية في سبعة أسباب^(٢) هي:

- أولا : حيازة المباحات والاستيلاء عليها .
- ثانيا : العقود الناقلة للملكية .
- ثالثا : الخلافة .
- رابعا : التضمين أو التعويض .
- خامسا : الشفعة .
- سادسا : اللقطة .
- سابعا : حيازة الشيء المملوك للغير لمدة طويلة .

وهذه الأسباب منها ما هو متفق على مشروعيتها بين الفقهاء ، ومنها ما هو مختلف فيسه ، كذلك منها ما هو متفق على عسده سببا مستقلا من أسباب الملكية ، ومنها ما هو مختلف على استقلاليتسه ، فإليك بيان كل سبب منها بشيء من التفصيل على النحو التالي :

أولا : حيازة المباحات والاستيلاء عليها :

والمباح من المال : هو كل ما خلقه الله عز وجل للناس ، وأذن لهم بالانتفاع به ، أو تملكه على الوجه المقصود ، ليس في حيازة أحد مع إمكان حيازته^(٣) .

(١) الحموي : غمزعين البمائر ، ٤٦١/٣ ، الحصكي : الدر الختار ٤٦٣/٦ ، وانظر كذلك : السيوطي : الأشباه ص ٥١٩ ، يونس : الملكية ، ص ١٧٦ وما بعدها . زيدان : المدخل ، ص ٢٠٩ .

(٢) وذكر بعض الفقهاء سببا ثامنا للملكية ألا وهو " التولد من الملوك " ، لأنه ، وإن كان هذا سببا للملكية بانفاق الفقهاء ، إلا أننا نميل الى الرأي الذي يعتبره سببا تابعا للملكية الأصل بحيازته والانتيلاء عليه باعتبار القاعدة المتفق عليها بين الفقهاء التي تقول : ان المتولد من المملوك مملوك سواء أكان التولد حاصلًا بتسبب من المالك الأصلي وعمله كنتاج الأرض التي يتم زراعتها أو بغير تسبب من المالك ، كثمر الشجر ، ونتاج الحيوان ، انظر في ذلك : الزرقانسي : المدخل ٢٥٤/١ ، العبادي : الملكية ٣٠/٢ ، يونس : الملكية ١٤٠٤ ، ص ١٧٨ ، زيدان : المدخل ص ٢٠٨ .

(٣) محمد سلام مذكور : نظرية الاباحة عند الأصوليين ، ط ٢ ، ١٤٠٤ هـ - ١٩٨٤ م ، دار النهضة العربية ، بيروت ، ص ١١٣ ، وحيث يأتي يشار اليه ب " مذكور : نظرية الاباحة " .

وتشمل المباحات : صيد البر والبحر ، والأرض الموات ، والكلاً والآجام النابتة في الأرض المباحة من الجبال والبراري ، وما يستخرج من باطن الأرض من المعادن والكنوز^(١)، كما تشمل الغنائم التي يستولي عليها المسلمون من الكفار الحربيين ، لأن أموالهم مباحة للمسلمين وليست معصومة بحكسهم الشرع ، والاستيلاء على ما ليس بمعصوم من المال سبب للملك كما قرره الفقهاء^(٢) .

وتثبت ملكية هذه المباحات بحيازتها وإحرازها ، وهذا يختلف بحسب طبيعة المال المباح نفسه ، فمثلاً تكون حيازة الصيد بجعله غير ممتنع ومقدورا عليه ، بحيث يصبح من السهل الإمساك بسسه ، وتكون حيازة الأرض باحيائها ٠٠٠ وهكذا ، ويرجع إلى تفصيلات ذلك في مظانها من كتب الفقه إذ لا يتسع المقام لبسطها ههنا^(٣) .

وبعد هذا السبب - ملكية هذه المباحات بالاستيلاء عليها وحيازتها - من أسباب الملكية المتفق على شرعيتها بين الفقهاء ، والمتفق كذلك على عدّه سبباً مستقلاً من أسباب الملكية^(٤)، إلا أن فقهاء الحنفية اشترطوا لصحة التملك عن طريق هذا السبب شرطين^(٥) هما :

١- أن يكون الملك خائفاً عن ملك محترم :

أي ألا يكون المال مملوكاً للغير ، بأن يكون شخص آخر قد

(١) ابن تيمية : مجموع الفتاوى ٢٠٩/٢٥٩ ، ابن عبد السلام : أبو محمد عز الدين عبد العزيز (ت ٦٦٠ هـ) / قواعد الأحكام في مصالح الأنام ، طدار الكتب العلمية ، بيروت (٢/٢٣٢) ، وحيث يأتي يشار إليه بـ " ابن عبد السلام : قواعد " .

(٢) السيوطي : الأشباه ، ص ٥٣٠ ، وانظر كذلك : ابن نجيم : الأشباه ٣/٤٦١ .

(٣،٤) السيوطي : المصدر السابق ، ص ٥٣٠ ، ابن نجيم : ابن نجيم : المصدر السابق ٣/٤٦١ ، ابن جزي :

القوانين ، ص ١٤٥ ، ابن تيمية : المصدر السابق ٢٩/٢٥٩ ، ابن حزم : المحلى ٦/١٦١ ، الشوكاني : السيل ٢/٩١ ، اطفيش : شرح النيل ٢/٥٥٧ ، الحلبي : أبو القاسم نجم الدين جعفر بن الحسن (ت ٦٧٦ هـ) / شرائع الاسلام في مسائل الحلال والحرام ، ط ١ ، ١٣٨٩ هـ - ١٩٦٩ م ، مطبعة

الأداب ، النجف الأشرف ، (٣/٢٧١) ، وحيث يأتي يشار إليه بـ " الحلبي : شرائع " .

(٥) ابن نجيم : الأشباه ٣/٤٦١ ، ابن نجيم : البحر ٥/٢٥٦ ، ابن عابدين : رد المحتار ٦/٤٦٣ ، الشيخ

نظام وجماعة من علماء الهند الأعلام / الفتاوى الهندية المسماة بالفتاوى العالمية ، في مذهب الامام الأعظم أبي حنيفة النعمان ، ط ٣ ، ١٤٠٠ هـ - ١٩٨٠ م ، دار احياء التراث العربي ، بيروت (٥/١٨) ،

وحيث يأتي يشار إليه بـ " الشيخ نظام : الفتاوى بهامشه قاضيخان : فخر الدين حسن منصور (ت ٢٩٥ هـ) / فتاوى : وحيث يأتي يشار إليه : " قاضيخان : فتاوى " .

سبق إلى إحرازه والاستيلاء عليه ، إذ يخرج بذلك عن كونه مباحا ، وذلك لقوله صلى الله عليه وسلم : " من سبق إلى ما لم يسبق إليه غيره فهو له " (١) . وفي هذا المعنى يقول صاحب "الأشباه والنظائر" : " فلا بد أن يكون المحل الذي ثبت الملك فيه خاليا عن الملك ، والخالي عن الملك هو المباح " (٢) .

ويقول صاحب " غمز عيون البصائر " : " ومن شرط الاستيلاء خلو المحل عن الملك وقتة " (٣) .

وعليه ، فلا يجوز الاستيلاء على أرض موات قد تم إحيائها ، أو صيد رماه آخر بسهم - مثلا - بحيث أصبح مقدورا عليه ويسهل إمساكه ، أو حزمة من الحطب جمعها شخص أو احتطبها من الغابة . . . وغيرها من المباحات التي تم إحرازها .

٢ - أن يكون المستولي قد قصد التملك :

وذلك بأن يكون المستولي أو المحرز للمال المباح قد نسى بإحرازه التملك ، ومن الأمثلة التي ساقها الفقهاء لبيان هذا الشرط قولهم (٤) : لسبو أن صيادا نصب شبكته بقصد الصيد ، فتعقل بها الصيد ، فإنه يملكه ، بخلاف ما إذا كان قد نصبها لتجفيفها ، فيتعقل بها الصيد فأخذه غيره ، فإنه يكون حينئذ ملكا للغير ، ولا يحق لصاحب

(١) المناوي : زين العابدين عبد الرؤوف بن تاج العارفين بن علي ، (ت ١٠٣١هـ) / فيض القدير شرح الجامع الصغير للسيوطي ، ط ١٣٩١هـ - ١٩٧٢م ، دار المعرفة ، بيروت (١٤٨ / ٦) ، وحيث يأتي يشار إليه بـ " المناوي : فيض " وهو بهامش السيوطي : جلال الدين عبد الرحمن بن أبي بكر (ت ٩١١هـ) / الجامع الصغير ، وحيث يأتي يشار إليه بـ " السيوطي : الجامع الصغير " ، قال المناوي : (قال البغوي : " لا أعلم بهذا الإسناد غير هذا الحديث ، وقال ابن السكن : ليس لأسمر الآ هذا الحديث الواحد . محمد ناصر الدين الألباني : إرواء الغليل ، ط ١٣٩٩هـ - ١٩٧٩م المكتب الاسلامي ، بيروت (٩ / ٦) ، وقال فيه يشار إليه بـ " الألباني : إرواء " ، وقال فيه : ضعيف ، أبو داود : سليمان بن الأشعث السجستاني الأزدي ، (ت ٢٧٥هـ) / سنن ، طالدار المصرية اللبنانية ، القاهرة (٣ / ١٧٤) ، وحيث يأتي يشار إليه بـ " أبو داود : سنن "

(٢) ابن نجيم : الأشباه ٤٦١ / ٣ ، وانظر كذلك ابن نجيم : البحر ٢٥٦ / ٥ .

(٣) الحموي : غمز عيون البصائر ٤٦٢ / ٣ .

(٤) الشيخ نظام : الفتاوى ٣١٨ / ٥ ، ابن عابدين : رد المحتار ٤٦٢ / ٦ .

الشبكة المطالبة به ، وذلك لعدم قصد التملك لعدم قصد الصيد ، وكذلك كما لو دخل ميناء في دار رجل ، فرآه فأغلق عليه الباب ، وصار بحال يقدر فيها على أخذه بلا اصطيا د بشبكة أو سهم ، فانه يملكه بذلك ، بخلاف ما لو أغلق عليه الباب ولم يكن يعلم به ، فأخذه الغير ، فانه يكون حينئذ ملكا للغير ٠٠ كما في الصورة السابقة .

ثانيا : العقود الناقلة للملكية :

والعقود جمع عقد ، وهو في اصطلاح الفقهاء : تعلق كلام أحسن

العاقدين بالآخر شرعا ، على وجه يظهر أثره في محله (١)

والعقود تشمل عقود المعاوضات المالية كالبيع (٢) ، والإجارة (٣) ، وكذلك عقود التبرعات المالية كالهبية ، والوصية ، كما تشمل قبول ما يجب على المعطي دفعه (٤) في الزكاة (٥) ، والنفقات (٦)

(١) الباهرتي : شرح العناية ٦/٢٤٨ ، الجرجاني : التعريفات ، ص ٢٤٥ .

(٢) البيع في الشرع : " عقد معاوضة مالية تفيد ملك عين ، أو منفعة ، على التأبيد ، لا على وجه القرية " ، انظر في ذلك قليوبي : حاشية ٢/١٥٢ ، ابن الهمام ، الشرح ٦/٢٤٧ .

(٣) الإجارة في الشرع : عقد على منفعة مباحة ، معلومة ، من عين معينة ، أو موصوفة في الذمة ، مسدة معلومة ، أو عمل معلوم بعوض معلوم . انظر في ذلك : البهوتي : منصور بن يونس بن إدريس (ت ١٠٤٦هـ) / الروض المربع شرح زاد المستقنع للحجاوي ، ط ١٣٩٠هـ - ١٩٧٠م ، مطبعة السعادة ، الرياض ، (٢/٢٩٤) ، وحيث يأتي يشار اليه بـ " البهوتي : الروض " ، ومعها الحجباوي شرف الدين أبو النجا موسى بن أحمد بن موسى (ت ٩٦٠هـ) / مختصر المقنع ، وحيث يأتي يشار إليه بـ " الحجاوي : مختصر " ، وبهامشه العنقري : عبد الله بن عبد العزيز / حاشية الروض المربع ، وحيث يأتي يشار اليه : " العنقري : حاشية " .

(٤) العبادي : الملكية ٢/٣٠ ، يونس ، الملكية ، ص ١٧٨ .

(٥) الزكاة في الشرع : تملك جزء مال عينه الشارع ، من مسلم فقير ، غير هاشمي ولا مولاة ، مع قطع المنفعة المملك من كل وجه لله تعالى . انظر في ذلك : ابن عابدين : رد المحتار ٥٧/٢ ، الدسوقي : حاشية ١/٤٣٠ .

(٦) النفقات ، جمع نفقة وهي في الشرع : الطعام ، والكسوة ، والسكن . انظر في ذلك : الحصكفي : الدر المختار ٢/٥٧٢ .

والنذور (١) والكفارات (٢).

ويُعَدُّ هذا السبب من أسباب الملكية المتفق على مشروعيتها بين الفقهاء ، وعلى استقلاليتها كذلك (٣) ، إذ يعتبر من أهم أسباب الملكية إن لم يكن أهمها على الإطلاق ، لأنه يعدُّ أكثرها تلبية لرغبات الانسان وحاجاته ، وأكثرها وقوعا في حياته اليومية ، إذ إن الانسان يقوم بإجراء العشرات من العقود - كالبيع مثلا - في اليوم الواحد ، فتنتقل ملكية الكثير من الأشياء التي هي محل هذه العقود بين الأشخاص في يوم واحد ، بينما نجد أن وقوع غيره من الأسباب ، وما يترتب عليها من انتقال للملكية قد يستغرق سنوات عديدة - كالارث مثلا - (٤) .

وقد اشترط الفقهاء في العقود حتى تكون سببا صحيحا للملك عدة شروط ، من أهمها :

١ - أن يكون المال الذي هو محل العقد مملوكا (٥) :

وعليه ، فلا يصح إجراء مثل هذه العقود على الأموال المباحة سابقة الذكر ، لأن العقد يقتضي نقل ملكية المعقود عليه من شخص إلى آخر ، ولا يمكن تحقيق ذلك إن لم

(١) النذور جمع نذر : وهو في الشرع : إلتزام قربة غير لازمة لم تتعين بأصل الشرع ، انظر في ذلك البيهقي : حاشية ٢/٣٢٩ ، البهوتي : الروض ٣/٣٧٥ .

(٢) الكفارات جمع كفارة : وهي عدة أنواع ، منها كفارة اليمين ، وكفارة الصوم ، وكفارة لترك بعض مناسك الحج . انظر في ذلك : أبو جيب : القاموس الفقهي (مادة كَفَر) .

(٣) ابن السمام : الشرح ٦/٢٤٨ ، الحطاب : مواهب ٤/٢٢٧ ، النووي : المجموع ٩/١٤٥ ، ابن قدامة : المغني ٤/٣ ، ابن حزم : المحلى ٧/٢١٤ ، الشوكاني : السيل ٣/٣٨ ، اطفيش : شرح النيل ٤/٢ ، مغنية : فقه الامام جعفر ٣/١٢ .

(٤) الزرقا : المدخل ١/٥٢٨ ، د محمد مصطفى الزحيلي : العقود المسماة (البيع ، والمقايضة ، والايجار) شرح القانون المدني السوري المقارن بالفقه الاسلامي ، ط ١٤٠٩ هـ - ١٩٨٩ م ، مطبعة دار الكتاب دمشق ، ص ٤١ ، وحيث يأتي يشار إليه ب " محمد الزحيلي : العقود المسماة " ، د وهبه مصطفى الزحيلي : العقود المسماة في قانون المعاملات المدنية الاماراتي والقانون المدني الأردني ، ط ١ ، ١٤٠٧ هـ - ١٩٨٧ م ، دار الفكر ، دمشق ، ص : ١٤ ، وحيث يأتي يشار اليه ب " وهبه : العقود المسماة " .

(٥) الكاساني : بدائع ٥/١٤٦ ، ابن جزى : القوانين ، ص ٢٤٧ ، الخطيب : مغني المحتاج ، ٢/١٤ ، البهوتي : كشف ٣/١٥٧ .

يكن المعقود عليه مملوكاً لأحد المتعاقدين قبل إجراء العقد .

٢ - أن يكون العقد رضائياً :

أي أن يتم التعاقد بين طرفي العقد برضاها، فلا يصح العقدان أكرهاً عليه، أو أحدهما، بغير حق، ويكون العقد حينئذ باطلاً^(١)، إلا أن الفقهاء قد استثنوا من ذلك - أي من رضائية العقود - حالتين هما^(٢) :

الحالة الأولى : العقود الجبرية التي تقوم السلطة القضائية بإجرائها عند امتناع أصحابها عن القيام بها، وذلك كما هو الحال في بيع مال المدين جبراً عليه^(٣)، وبيع الحاكم للأموال المحتكرة على محتكرها^(٤).

الحالة الثانية : التملك الجبري^(٥)، وذلك كما هو الحال في نزع الملك الخاص جبراً على صاحبه للمصلحة العامة، إذا امتنع عن بيعه برضاه، فقد أباح الشرع الإسلامي نزع ملكية دار أو أرض لبناء مسجد أو مستشفى أو توسيعها، أو إنشاء طريق عام أو توسيعه، بما تقتضيه المصلحة العامة وتتطلبه حاجة الناس، مع دفع تعويض عادل لصاحب الملك المنزوع بما

(١) يكون العقد باطلاً عند عدم توفر الرضا عند الشافعية والحنابلة، ويكون موقوفاً عند المالكية، ويكون فاسداً عند الحنفية . انظر في ذلك : قليوبي : حاشية ١٥٧/٢، ابن قدامة : موفق الدين أبو محمد عبد الله، (ت ٦٢٠هـ) / الكافي في فقه الإمام المجلد أحمد بن حنبل، ط ٣، ١٤٠٢هـ - ١٩٨٢م، المكتبة الإسلامية، بيروت (٤/٢) وحيث يأتي يشار إليه بـ " الكافي : ابن قدامة " الكاساني بدائع ٥ / ١٧٦، الدوقي : حاشية ٦/٣ .

(٢) الزرقا : المدخل ٢٤٦/١، الخفيف : أحكام المعاملات، ص ١٠٨، أبو زهرة : الملكية، ص ١٢٢ .

(٣) انظر في ذلك : الكاساني : بدائع ٧/١٧٤، الصاوي : بلغة السالك ٢/١٤١، ابن قدامة المغنبي ٤/٢٨٧ .

(٤) انظر في ذلك : الباجي : أبو الوليد سليمان بن خلف بن سعد بن أيوب بن واث، (ت ٤٩٤هـ) / المنتقى شرح موطأ إمام الهجرة مالك بن أنس، ط ١، ١٣٣١هـ، مطبعة السعادة، مصر (٥، ١٥)، وحيث يأتي يشار إليه بـ " الباجي : المنتقى " ومعه الإمام مالك بن أنس / الموطأ، وحيث يأتي يشار إليه بـ " الإمام مالك : الموطأ " . المظيعي : تكملة المجموع ١٣/٤٨، ابن الجوزية : الطرق الحكمية، ص ٢٥١ .

(٥) الشاطبي : الموافقات ٢/٣٤٨ .

يتناسب مع قيمة ذلك الملك ، توفيقا بين المصلحتين ما أمكن (١) .

ثالثا : الخلافة : (٢)

وهي في اصطلاح الفقهاء : حلول شخص جديد ، محل قديم زال ، في الحقوق (٣) .

وتتمثل صورة الخلافة في الإرث (٤) ، وهو خلافة جبرية بحكم الشرع ، لا دخل لارادة الانسان فيها بمعنى أن التركة - المال الموروث - تنتقل من المورث الى الورثة بنسبة سهامهم المقدره شرعا دون إيجاب أو قبول ، كما لا يؤثر فيها قصد المورث حرمان ورثته كلهم أو بعضهم من نصيبهم منها ، وكذلك لا يؤثر فيها إسقاط الورثة كلهم ، أو بعضهم ، لأنصبتهم منها بعد موت مورثهم برفضها (٥) . والارث من أسباب الملكية المتفق على مشروعيتها بين الفقهاء ، وكذلك على استقلاليتها (٦) ، إذ يصبح الوارث خليفة للمورث في ملكية أمواله التي خلفها ، وما يترتب على هذه الأموال من حقوق ومسؤوليات ، وذلك بعد سداد ما على المورث من ديون ، وتنفيذ وصيته في حدود ثلث التركة . ان وجدت مثل هذه الديون أو الوصية (٧) .

- (١) اعتبر الحنفية أن الشفعة حالة من حالات التملك الجبري القائم على العقد ، لذلك لم يعتبروها سببا مستقلا من أسباب الملكية ٠٠٠ كما سيأتي ، انظر في ذلك الزرقاء : المدخل ، ٢٤٧/١ .
- (٢) الخلافة في اللغة : من خلف : يقال خلفه خلافة وكان خليفته . وبقي بعده ، انظر في ذلك : الفيروزآبادي : القاموس المحيط (مادة - خلف) .
- (٣) انظر في ذلك : الزرقاء : المرجع السابق ٢٤٩/١ مع التصرف .
- (٤) الارث في الشرع حق قابل للتجزؤ وثبت لمستحقه بعد موت من كان له ذلك ، لقراية بينهما ، أو نحوها انظر ذلك : اطفيش : شرح النيل ٢٥٤/٨ .
- (٥) وهذا باتفاق الفقهاء ، إلا أن الحنفية عدوا أن الوصية في بعض الحالات تكون من باب الخلافة الجبرية ، وذلك كالوصية للحمل ، وكذلك اذا مات الموصي له ولم يعلم له قبول أو رد ، انظر في ذلك : البابر تي : شرح العناية ٤٢٧/١٠ ، ابن عابدين : رد المختار ، ٦٠/٦ .
- (٦) ابن نجيم : البحر ٤٨٧/٨ ، الحطاب : مواهب ٤٠٥/٦ ، المطيعي : تكملة المجموع ١٤٩/١٦ ، ابن قدامة : المغني ١٦٢/٦ ، ابن حزم : المحلى ٢٦٣/٨ ، المرتضى : احمد بن يحيى / البحر الزخار الجامع لمذهب علماء الامصار ط ٢ ، ١٣٩٤ هـ - ١٩٧٥ م مؤسسة الزسالة ، بيسبروت (٢٣٧/٦) ، الحلبي : شرائع الاسلام ٩/٤ ، اطفيش : شرح النيل ٦٢٨/٥ ، ٢٥٣/٨ .
- (٧) زيدان : المدخل ، ص ٢٢١ ، أبوزهرة : الملكية ، ص ١٢١ ، الخفيف : أحكام المعاملات ، ص ١٠٥ ، وهبة : الفقه الاسلامي ٥١٠/٥ .

رابعاً : التضمين (١) أو التعويض :

وهو في اصطلاح الفقهاء : إيجاب الضمان أو العوض، على من أتلف شيئاً لغيره ، أو غضب منه شيئاً فهلك ، أو ألحق ضرراً بغيره بجناية أو تسبب (٢) .
وبناءً على التعريف السابق ، يدخل في التضمين ، أو التعويض ، الديات ، وأروش (٣) الجنائيات ، وضمان ما يتلفه الشخص من أموال غيره (٤) .

والتضمين من أسباب الملكية المتفق على مشروعيتها بين الفقهاء ، وكذلك استقلاليتها (٥) ، فإذا ثبت الضمان أو العوض ، فإن ملكيته تنتقل من الجاني أو المتلف ، إلى المجني عليه أو المتلف له .

خامساً : الشفعة :

وهي في اصطلاح الفقهاء : تملك العقار جبراً على المشتري بما قام عليه ، بشركة أو جوار (٦) ، أو هي (٧) : حق تملك قهري ، يثبت للشريك القديم على حني الحادث فيما ملكه بعوض (٨) .
(١) التضمين : من الضمان ، وهو الكفالة والالتزام ، يقال : ضمن الشيء : إذا كفله والتزم به ، انظر في ذلك الفيروزآبادي : القاموس المحيط ، الرازي : مختار (مادة / ضمن) .
(٢) الزرقا : المدخل ٢٥١/١ ، وهبة : الفقه الاسلامي ٥١٠/٥ .
(٣) الأروش جمع أرش ، وهو في الشرع : المال الواجب في الجناية على ما دون النفس . انظر في ذلك السرخسي : المبسوط ٥٩/٢٦ ، الجرجاني : التعريفات ، ص ٧٧ .
(٤) العبادي : الملكية ٣٠/٢ ، يونس : الملكية ، ص ١٧٨ ، وهبة : المرجع السابق ١١٠/٥ .
(٥) الكاساني : بدائع ١٤٨/٧ وما بعدها ، الدردير : الشرح الكبير ٤٤٣/٣٣ وما بعدها ، الخطيب : مغني المحتاج ٢٧٧/٢ ، ابن حزم : المحلى ٤٣٠ ، ٤٣٩/٦ ، الشوكاني : السيل ٣٤٨/٣ ، اطفيش : شمس المرجع النيل ٥٩/٧ ، الحلبي : شرائع الاسلام ٢٣٩/٣ .
(٦) قاضي زاده : نتائج الأفكار ٣٦٩/٩ ، وانظر كذلك : الدردير : الشرح الصغير ٢٢٦/٢ .
(٧) الخطيب : مغني المحتاج ٢٩٦/٢ ، وانظر كذلك : ابن قدامة : المغني ١٧٨/٥ .
(٨) يلاحظ من خلال تعريفات الشفعة في اصطلاح الفقهاء ، اختلاف الفقهاء ، فيمن تثبت له الشفعة ، إذ ذهب جمهور الفقهاء من المالكية ، والشافعية ، والحنابلة ، والظاهرية ، والزيدية ، والإمامية السني قصرها على الشريك فقط ، في حين ذهب الحنفية والاباضية إلى إثباتها للشريك والجار الملاصق أيضاً ، انظر في ذلك : الدردير : المصدر السابق ٢٢٦/٢ ، الخطيب : المصدر السابق ٢٩٧/٢ ، ابن قدامة : المصدر السابق ١٨٠/٥ ، ابن حزم : المحلى ٣/٨ ، الشوكاني : السيل ١٧١/٣ ، مغنية : فقه الإمام جعفر ١٢٣/٤ ، قاضي زاده : المصدر السابق ٣٦٩/٩ ، اطفيش : المصدر السابق ٦٣٧/٥ ، ٦٣٨ .

والشفعة من أسباب الملكية المتفق على مشروعيتها بين الفقهاء^(١)، وإن كانوا قد اختلفوا فيما بينهم في عدّها سببا مستقلا ، أم تابعا لغيره من الأسباب ، إذ ذهب جمهور الفقهاء من المالكية والشافعية ، والحنابلة ، والظاهرية ، والزيدية ، والإباضية ، والإمامية إلى عدّها سببا مستقلا^(٢) ، لأنها ليست عقدا من العقود ، ولا استيلاء على مباح من المباحات التي سبق ذكرها^(٣) . وذهب الحنفية إلى عدّها عقدا من جملة العقود الناقلة للملكية التي سبق الحديث عنها ، لأن تملك الشفيع من يثبت له حق الشفعة - للمشفوع فيه - العقار - يكون عن طريق شرائه من المشتري ، فيكون ثبوت الحق عن طريق الشفعة بمثابة العقد الجديد بين الشفيع والمشتري .

ويرجع السبب في اختلافهم هذا إلى اختلافهم في اشتراط حكم الحاكم أو القاضي لثبوت الشفعة إذا تنازع الشفيع والمشتري ، إذ ذهب الجمهور الى عدم اشتراط ذلك ، وثبوتها بمجرد طلب الشفيع له ، بينما ذهب الحنفية إلى اشتراطه^(٤) .

ونحن نعمل الى ما ذهب اليه جمهور الفقهاء من عدم اشتراط قضاء القاضي لثبوت حق الشفعة وذلك لحديث " قضى رسول الله صلى الله عليه وسلم بالشفيعي كل شركة ، ربعة أو حائط ، لا يحل له أن يبيع حتى يؤذن شريكه ، فإن شاء أخذ وان شاء ترك ، فاذا باع ولم يؤذنه فهو أحق به^(٥) " فالحديث صريح الدلالة على ثبوت حق الشفعة بمجرد بيع الشريك للمشفوع فيه إن لم يؤذن الشفيع بذلك البيع دون حاجة لقضاء القاضي أو الحاكم ، وعليه ، فتعد الشفعة من أسباب الملكية المستقلة والله أعلم بالصواب .

(١) انظر في ذلك الدردير : الشرح الكبير ٢/٢٢٦ ، الخطيب : مغني المحتاج ٢/٢٩٧ ، ابن قدامة

المغني ٥/١٨٠ ، ابن حزم : المحلى ٨/٣ ، الشوكاني : النيل ٣/١٧١ ، مغنية : فقه الامام جعفر

٤/١٢٣ ، قاضي زاده : نتائج الأفكار ٩/٣٦٩ ، اطفيش : شرح النيل ٥/٦٣٧ ، ٦٣٨ .

(٢) المصادر السابقة .

(٣) الدردير : المصدر السابق ٢/٢٣٣ ، الخطيب : المصدر السابق ٢/٣٠٠ ، ابن قدامة : المصدر السابق

٥/١٨٥ ، ابن حزم : المصدر السابق ، الشوكاني : المصدر السابق ٣/١٦٩ ، اطفيش : المصدر السابق

٥/٦٢٩ ، الحلبي : المصدر السابق ٣/٢٦٠ .

(٤) الكاساني : بدائع ٥/٢٥ ، قاضي زاده : المصدر السابق ٩/٣٨١ .

(٥) مسلم : صحيح ٥/٥٧ .

سادسا: اللقطة:

وهي في اصطلاح الفقهاء: " ما وجد من مال، أو مختص، ضائع، لغير حربي، ليس بمحرز، ولا ممتنع بقوته، لا يعرف الواجد مالكة" (١).

ولقد اختلف الفقهاء في عدّ اللقطة سببا من أسباب الملكية في الشريعة الإسلامية، وذلك على التفصيل التالي:

١ - اتفق الفقهاء من الحنفية، والمالكية، والشافعية، والحنابلة، والظاهرية والزيدية، والإباضية والامامية، على أن اللقطة بعد تعريفها سنة كاملة، تُعدّ سببا شرعيا للملك إذا كان الملتقط فقيرا (٢).

٢ - واختلفوا بعد ذلك في عدّها سببا شرعيا للملك إذا كان الملتقط غنيا، وذلك على التفصيل التالي:

أ - ذهب الحنفية، والإباضية في المشهور عندهم، إلى عدم عدّ اللقطة سببا شرعيا للملك إذا كان الملتقط غنيا (٣).

ب - وذهب جمهور الفقهاء من المالكية، والشافعية، والحنابلة، والظاهرية، والزيدية، والإباضية في قول، والامامية، إلى عدّها سببا شرعيا للملك مطلقا، سواء أكان الملتقط غنيا أم فقيرا، ولا فرق بينهما (٤).

واستدل كل فريق منهما بعدد من الأدلة التي ترجح ما ذهب إليه، وذلك على النحو التالي:

أ - أدلة الحنفية والإباضية (٥):

استدل الحنفية والإباضية لما ذهبوا إليه بأدلة من السنة والمعقول على النحو

التالي:

- (١) البهوتي: كشف ٢٠٩/٤، وانظر كذلك: ابن مودود: الاختيار ٣٢/٣.
- (٢) ابن مودود: المصدر السابق ٣٢/٣، الخطاب: مواهب ٦٩/٦، قليوبي: حاشية ١١٥/٣، البهوتي: المصدر السابق ٢٠٩/٤، ابن حزم: المحلى ١٢١/٧، الشوكاني: السيل ٤٦/٤، اطفيش: شرح النيل ١٠٤/٦، الحلبي: شرائع الاسلام ٣٠٥/٢.
- (٣) الكاساني: بدائع ٢٠٢/٦، ابن الهمام: الشرح ١٣١/٦، اطفيش: المصدر السابق ١٠٤/٦.
- (٤) الدسوقي: حاشية ١٢١/٤، المطيعي: تكملة المجموع ٢٦٢/١٥، ابن قدامة: المغني ٨٢٧/٦، ابن حزم: المصدر السابق ١٢٢/٧، الشوكاني: المصدر السابق ٤٦/٤، اطفيش: المصدر السابق ١٠٤/٦.
- (٥) الكاساني: المصدر السابق ٢٠٢/٦، ابن الهمام: المصدر السابق ١٣١/٦، اطفيش: المصدر السابق ١٠٤/٦.

١ - من السنة :

- بما روى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم سئل عن اللقط فقال: " لا تحل اللقط ، فمن التقط شيئاً فليعرقه سنة ، فإن جاءه صاحبها فليردها عليه ، وإن لم يأت فليصدق به ، فإن جساؤه فليخيره بين الأجر وبين الذي له " (١) .

وقالوا في وجه الاستدلال بالحديث :

أ - إن النبي صلى الله عليه وسلم نفى حل اللقط مطلقاً بقوله " لا تحل " ، إلا أن حالة كون الملتقط فقيراً غير مرادة بالاجماع ، فتعين عدم حل اللقطة في حالة كون الملتقط غنياً .

ب - إن النبي صلى الله عليه وسلم أمر بالتمصدق بقوله " فليصدق " ، والصدقة إنما تكون للفقير دون الغني ، فلا يحل للغني تملكها .

٢ - من المعقول :

وقالوا في وجه الاستدلال بالمعقول : إنه لا يجوز الانتفاع بمال المسلم بغير إذنه إلا لضرورة ولا ضرورة إذا كان الملتقط غنياً .

ب - أدلة الجمهور (٢) :

استدل جمهور الفقهاء لما ذهبوا إليه بالسنة على النحو التالي :

- بقوله صلى الله عليه وسلم - لمن سأله عن لقطة الذهب والورق ، فقال : " اعسرف

(١) رواه الدارقطني : علي بن عمر (ت ٣٨٥هـ) / سنن ، ط ٤٠٦ ، ١٤٠٦هـ - ١٩٨٦م ، دار الكتب ، بيروت . (١٨٢/٣) ، وحيث يأتي يشار إليه بـ " الدارقطني : سنن " وبذيله آبادي : أبو الطيب محمد شمس الحق العظيم / التعليق المغني على الدارقطني ، وحيث يأتي يشار إليه بـ " آبادي : التعليق " . وقال فيه صاحب التعليق : الحديث رواه البزار أيضاً في مسنده عن يوسف بن خالد السمطي ، وكلاهما ضعيفان . وقال فيه الهيثمي : نور الدين علي بن أبي بكر ، (ت ٨٠٧هـ) / مجمع الزوائد ومنبع الفوائد ، ط ١٣٥٣هـ ، مكتبة القدس ، القاهرة ، (٤ / ١٦٨) ، وحيث يأتي يشار إليه بـ " الهيثمي : مجمع الزوائد " قال : " رواه الطبراني في الصغير والأوسط - أي في معجمية الصغير والأوسط - وفيه يوسف بن خالد السمطي وهو كذاب " .

(٢) ابن قدامة : المغنسي ٦ / ٨٥٧ ، وانظر كذلك : المطيعي : تكملة المجموع ١٥ / ٢٦٢ ، الدسوقي : حاشية ٤ / ١٢١ ، ابن حزم : المحلى ٧ / ١٢١ .

وكأءها^(١) وعفاصها^(٢) ثم عرفها سنة ، فإن لم تُعرف فاستنفقها ، ولتكن وديعة عندك ، فسإن
جاء طالبها يوماً من الدهر ، فادفعها إليه " ^(٣) .

وقالوا في وجه الاستدلال : " إن قوله صلى الله عليه وسلم : " فاستنفقها " وفي لفظ " وآء فهي
كسبيل مالك " ، وفي لفظ " ثم كلها " ، وفي لفظ " فانتفع بها " ، وفي لفظ فشأنك بها " ، وفي
لفظ " فاستمتع بها " ، وهو حديث صحيح - رواه البخارى ومسلم - لم يفرق في جواز تملكها من ملتقطها
بين كونه غنياً أو فقيراً ، لأن ملك اللقطة ملك بعوض ، فاستوى فيه الغني والفقير كالمالك في القرض
والبيع .

الآ أن الحنفية ردوا على استدلال الجمهور بهذا الحديث بقولهم : لا حجة لهم بهذا الحديث
لأن قوله صلى الله عليه وسلم " فشأنك بها " إرشاد إلى الاشتغال بحفظ اللقطة ، لأن ذلك كان شأنه
المعهود باللقط ، أو يحمل قوله على هذا المعنى ، وذلك توفيقاً بين الحديثين صيانة لهما عن التناقض ^(٤) .

كما رد الجمهور على استدلال الحنفية بحديث اللقط سابق الذكر ، بقولهم : إنه غير
صحيح . إذ لم يثبت ، ولم ينقل في كتاب يوثق به ، فلا حجة لكم به ، ثم على فرض ثبوته وصحته ، فإنه
يمكن الجمع بين الحديثين على النحو التالي :

ان المراد بقوله صلى الله عليه وسلم " لا تحل اللقط " ، هو عدم حلها قبل التعريف بهسأا ،
كما يحمل أمره صلى الله عليه وسلم في قوله " فاستنفقها " وفي قوله " فليصدق بها " على إرادة الملتقط
فهومخير بين أن يتصدق بها أو يستنفقها ، والقول بوجوب التصديق بها تحكماً ، والتحكم باطل ، فيبطل
الاستدلال بالحديث ^(٥) .

(١) الوكأء : هو الحبل أو الخيط الذى يشده باب الكيس وغيره . انظر : ابن منظور : لسان ، الفيومى :
المصباح (مادة / وكأء) . والمراد به هنا ، الحبل أو الخيط الذى يشده باب الكيس الذى توجد فيه
النقود (اللقطة) .

(٢) العفاص : من العفص : وهو الوعاء الذى تكون فيه النقطة من جلد أو خرقة ، انظر : الفيومى :
المصباح ، الفيروز ابادى : القاموس المحيط (مادة / عفاص) ، والمراد به هنا ، كيس النقود
أو الوعاء التى توجد فيه اللقطة .

(٣) متفق عليه واللفظ المسلم : انظر : مسلم : صحيح . ٥/١٢ ، البخارى : صحيح ٣/١٦٥ .

(٤) الكاساني : بدائع ٦/٢٠٢ .

(٥) ابن قدامة : المغني ٨/٦ ، ابن حزم : المحلى ٢/٢٢٠ .

الرأي الراجح :

بعد استعراضنا لآراء الفقهاء وأدلتهم في حكم هذه المسألة ، فإننا نميل إلى ما ذهب إليه جمهور الفقهاء من عدم اللقطة من أسباب الملكية في الشريعة الاسلامية مطلقا ، سواء أكان الملتقط غنيا أم كان فقيرا ، وذلك لسببين :

- ١- إن حديث " لقطة الذهب " حديث صحيح ، بل هو في أعلى درجات الصحة إذ اتفق عليه الشيخان - البخاري ومسلم - ولا مطعن للحنفية فيه ، وهو بخلاف الحديث الذي فيه يوسف بن خالد السمطي^(١) المتهم بالكذب كما سبق تخريجه ، وهو ما اعترف به الحنفية أنفسهم ، إذ يقول صاحب " شرح فتح القدير " من الحنفية : " إن فيه يوسف بن خالد السمطي"^(٢) .
- ٢- إن تخصيص عموم الأحاديث التي وردت في اللقطة وقصرها على الفقراء فقط يحتاج لمخصص من الشارع ، ولا مخصص ، فتبقى الأحاديث على عمومها بحيث تشمل الفقراء والأغنياء^(٣) والله أعلم بالصواب .

سابعاً : حيازة الشيء المملوك للغير لمدة طويلة^(٤) :

وهذا ما يُعرف في اصطلاح الفقهاء " بتقادم الحيازة " ، فهل يُعد تقادم الحيازة من أسباب الملكية التي اعتبرتها الشريعة الاسلامية أم لا ؟ هذا ما سنتناولوه - إن شاء الله تعالى - بالتفصيل في المبحث التالي .

هذا ، ولقد عدت " مجلة الأحكام العدلية " أسباب التملك في الشريعة الاسلامية ، وحصرتها

-
- (١) هو يوسف بن خالد السمطي ، الفقيه ، أخذ عن عاصم الأحول ، واسماعيل ابن أبي خالد وأخذ عنه نصر بن علي ، وزيد بن الحريش ، وآخرون ، كذبه يحيى بن معين ، وضعفه ابن سعد ، وقال : كان بصيراً بالرأى والفتوى ، وكان ضعيفاً - أي في الحديث - وقال أبو حاتم الرازي - رأيت له كتاباً وضعه في التجهم ينكر فيه الميزان والقيامة . وقال النسائي : ليس بثقة ، توفي عام ١٨٩ هـ . انظر في ذلك : الذهبي : ميزان الاعتدال ٤/٤٦٣ .
 - (٢) ابن الهمام : الشرح ٦/١٣١ .
 - (٣) ابن حزم : المحلى ٧/١٢٢ .
 - (٤) انظر في ذلك : وهبه : الفقه الاسلامي ٤/٦٩ ، ٥/٥٠١ ، ٥٠٢ .

في ثلاثة أسباب ، وذلك في المادة (١٢٤٨) منها فقالت : " أسباب التملك ثلاثة : الأول : الناقل للملك من مالك إلى مالك آخر كالبيع والهبة والثاني : أن يخلف أحد آخر كالإرث ، الثالث : احراز شيء مباح لا مالك له ، وهذا إما حقيقي وهو وضع اليد حقيقة على ذلك الشيء ، وإما حكمي وذلك بتهيئة سببه كوضع إثناء لجمع المطر ، ونصب شبكة لأجل الصيد " (١) .

وعددها صاحب " مرشد الحيران " أيضا وحصرها في أربعة أسباب ، وذلك في المادة (٧٢) منه فقالت : " أسباب الملك هي العقود الموجبة لنقل العين من مالك إلى آخر كبيع أو هبة أو وصية والميراث ، ووضع اليد على الشيء المباح الذي لا مالك له ، والشفعة " (٢) .

ومما يلاحظ أن " مجلة الأحكام العدلية " قد وافقت مذهب الحنفية في حصر هذه الأسباب في ثلاثة (٣) ، وخالف في ذلك صاحب " مرشد الحيران " إذ اعتبر الشفعة سببا مستقلا ، ولذلك كانت أربعة أسباب :

وأخيرا ، وبعد معرفة وحصر طرق وأسباب الملكية في الشريعة الإسلامية ، فإن ما سواها من الطرق والأسباب تكون غير مشروعة ، وهي التي عدّها الشارع الكريم أكلا لمال الغير بالباطل ، الذي نهى عنه بقوله تعالى : " ولا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل ٠٠ الآية " (٤) ، وقوله تعالى : " يا أيها الذين آمنوا لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل ٠٠ الآية " (٥)

والمراد بأكل المال بالباطل هنا ، هو أخذه على غير الوجه الذي أذن به الشارع (٦) ،

(١) حيدر : درر ٢٥٨/٣ ، الباز : شرح المجلة ، ص ٦٧٩ ، القاضي : مجلة الأحكام ١٣١/٤ .

(٢) محمد قدرى باشا : كتاب مرشد الحيران إلى معرفة أحكام

الإنسان ، تقديم وتعليق وفهرسة الدكتور صلاح الدين عبد اللطيف

الناهي ، ط ١ ، ١٤٠٧ هـ - ١٩٨٧ م ، الـمدار العربيـة للتوزيع والنشر ،

عمان ، ص ٢٥ ، وحيث يأتي يشار إليه بـ " قدرى : مرشد الحيران " .

(٣) راجع في ذلك ، ص ٤٩ من هذه الرسالة .

(٤) سورة البقرة : الآية (١٨٨) .

(٥) سورة النساء : الآية (٢٩) .

(٦) الطبري : جامع البيان ١٠٧/٢ ، القمي : غرائب القرآن ٢٢٠/٢ ، الألويسي :

روح المعاني ٦٩/٢ .

ويكون ذلك على وجهين (١) :

الأول : أخذه على وجه الظلم ، والسرقه ، والنصب ، ونحوها معالاً تطيب نفس مالكة بأخذه .
الثاني : أخذه من جهة محظورة كالقمار ، وثمان الخمر والخنزير وأجرة الغناء والملاهي ونحوها وان طابت نفس مالكة .

وفي هذا المعنى يقول صاحب " الجامع لأحكام القرآن " في تفسيره للآيات السابقة الذكر :
" الخطاب بهذه الآية - آية البقرة - يتضمن جميع أمة محمد - صلى الله عليه وسلم - والمعنى لا يأكل بعضكم مال بعض بغير حق ، فيدخل في هذا : القمار ، والخداع ، والنصب ، وجدد الحقوق ، ومالاً تطيب به نفس مالكة ، أو حرمة الشريعة ، وإن طابت به نفس مالكة ، كمبر البغى ، وحلوان الكاهن وأثمان الخمر والخنازير ، وغير ذلك (٢) .

-
- (١) الجصاص : حجة الاسلام أبو بكر أحمد بن علي الرازي ، (ت ٣٧٠هـ) / أحكام القرآن ، ط ١٣٣٥هـ ، مطبعة الأوقاف الاسلامية ، (١ / ٢٥٠ ، ٢٥١) ، وحيث يأتي يشار اليه بـ " الجصاص : أحكام القرآن " ، وانظر كذلك : الغزالي : حجة الاسلام أبو حامد محمد بن محمد ، (ت ٥٠٥هـ) / إحياء علوم الدين ، طدار المعرفة ، بيروت ، (٢ / ٩٢) ، وحيث يأتي يشار اليه بـ " الغزالي : إحياء " ، وبذيل العراقي : زين الدين أبي الفضل عبد الرحيم بن الحسين ، (ت ٨٠٦هـ) / المغني عن حلال الأسفار في الأسفار ، وحيث يأتي يشار اليه بـ " العراقي : المغني عن حمل الأسفار " .
- (٢) القرطبي : الجامع لأحكام القرآن ٣٣٨/٢ ، وانظر كذلك ابن العربي : أبو بكر محمد بن عبد الله ، (ت ٥٤٣هـ) / أحكام القرآن ، تحقيق علي حامد البجاوي ، ط مطابع عيسى البابي الحلبي ، مصر ، (١ ، ٩٧) ، وحيث يأتي يشار اليه بـ " ابن العربي : أحكام القرآن " .

ملكه بالبناء ، والغراس ، والهدم ، وغيره من وجوه التصرف " (١) .

جـ - وعرفها عبد العزيز الثميني^(٢) بأنها : " ادعاء أصل بالتصرف فيه مدة بلا معارضة له فيه " (٣) .

نقد التعريفات ... والتعريف المختار :

من الملاحظ على هذه التعريفات ، أنها جميعا عرفت الحيازة بأنها " وضع اليد " إذ لا خلاف بين الفقهاء على ذلك .

إلا أنه يؤخذ على كل من تعريف " الشاذلي " وتعريف " الثميني " بأنهما غير مانعيسسن من دخول غير أفراد المعرف في التعريف ، إذ ذكرا في التعريف شروط المعرف ، كالتصرف في الشيء المحوز . تصرف الملاك ، ومدة الحيازة ، وزاد " الثميني " على ذلك ذكر أنواع التصرف كالبنسساء والغراس ، والهدم ، وغيرها .

وعليه ، فيكون تعريف الدردير - سابق الذكر - أقرب التعريفات إلى حقيقة الحيازة - وهو ما نختاره - ، وهي : " وضع اليد على الشيء والاستيلاء عليه " ، بحيث يكون هذا الشيء تحت قدرة الحائز وسيطرته ، ويمكنه التصرف فيه بمختلف أنواع التصرف .

(١) الشاذلي : نور الدين أبو الحسن علي بن محمد ، (ت ٩٣٩هـ) / كفاية الطالب الرباني لرسالة ابن أبي زيد القيرواني ، ط ١٣٥٧هـ - ١٩٣٨م ، مطبعة مصطفى البابي الحلبي ، مصر (٢ / ٢٩٥) ، وحيث يأتي يشار إليه بـ " الشاذلي : كفاية الطالب " ، وبهامشه العدوي : علي الصعيدي ، (ت ١١٨٩ هـ) / حاشية على كفاية الطالب الرباني ، وحيث يأتي يشار إليه بـ " العدوي : حاشية على كفاية الطالب " .

(٢) هو ضياء الدين عبد العزيز الثميني الجزائري الإباضي ، تولى الرياسة العامة بوادي ميزاب ، مسن تصانيفه النيل في العبادات والمعاملات ، مختصر المنهاج في علوم الشريعة ، معالم الدين فسمي أصول الدين ، وغيرها ، توفي عام ١٧٢٠ هـ . انظر في ذلك : الزركلي : خير الدين / قاموس تراجم لأشهر الرجال والنساء من العرب والمستعربين والمستشرقين ، ط ٤ ، ١٣٩٩ هـ - ١٩٧٩م ، دار العلم للملايين ، بيروت (٤ / ١٢) ، وحيث يأتي يشار إليه بـ " الزركلي : الأعلام " . عمر رضا كحالة / معجم المؤلفين - تراجم مصنفي الكتب العربية - ، ط دار إحياء التراث العربي ، بيروت (٥ / ٢٣٩) ، وحيث يأتي يشار إليه بـ " كحالة : معجم المؤلفين " .

(٣) الثميني : النيل ٧ / ٩٩ .

ثانيا : علاقة الحيابة بالتقادم :

يمكن تصور العلاقة القائمة ما بين الحيابة وبين التقادم من خلال نظرة فاحصة للتعريف الاصطلاحي لكل منهما ، إذ سبق أن عرفنا التقادم بأنه : "مضي مدة زمنية مقدرة شرعا ، ٠٠ ، " فإذا اعتبرنا أن تعريف الحيابة هو " وضع اليد والتصرف في الشيء المحوز كتصرف المالك في ملكه بالبناء والغراس والهدم وغيره من وجوه التصرف " ، أصبحت العلاقة القائمة بينهما واضحة جلية ، وتمثل في مدى الارتباط ما بين مرور الزمن وبين وضع اليد على الشيء المحوز المملوك للغير والتصرف فيه تصرف المالك في ملكه ، وهذا ما يعرف في اصطلاح الفقهاء " بتقادم الحيابة " ، أو " حيابة التقادم " ^(١) ، الذي جاء فيها الأثر : " من حاز شيئا عشر سنين فهو له " ^(٢) ، ولقد أحسن كثيرا صاحب " الطرق الحكمية " فسي في رسم صورة هذه العلاقة ، وما يترتب عليها من آثار شرعية حين قال : " فمثالها أن يكون رجل حائزا للدار متصرفا فيها السنين العديدة الطويلة بالبناء والهدم والإجارة والعمارة ، وينسبها إلى نفسه ، ويضيفها إلى ملكه ، وإنسان حاضر يراه ويشاهد أفعاله فيها طوال هذه المدة ، وهو مع ذلك لا يعارضه ، ولا يذكسر أن له فيها حقا ، ولا مانع يمنعه من المطالبة من خوف سلطان ، أو ما أشبه ذلك من الضرر المانع من المطالبة بالحقوق ولا بينه وبين المتصرف في الدار قرابة ولا شركة في ميراث ، أو ما أشبه ذلك مما يتسامح فيه القرابات والصهر بينهم ، بل كان عربيا عن جميع ذلك ، ثم جاء بعد طول هذه المدة يدعيها لنفسه ، ويزعم أنها له ، ويريد أن يقيم بذلك بينة ، فدعواه غير مسموعة أصلا ، فضلا عن بينته ، وتبقى الدار بيد حائزها ، لأن كل دعوى يكذبها العرف وتنفيها العادة فإنها مرفوضة غير مسموعة ، قال الله تعالى : " وأمر بالعرف " ^(٣) . وقد أوجبت الشريعة الرجوع اليه عند الاختلاف في الدعاوى ، كالنقد ، والحمولة والسير ، وفي الأبنية ، وحقا قد بين معناها اللثوى ووضع الجذوع على الخائض وغير ذلك " ^(٤) .

وبناء على ما سبق ، يمكننا القول :

إنه لا يمكن الفصل بين وضع اليد على الشيء وحيابته ، وبين مرور الزمان على ذلك ، فإذا ذكرت الحيابة ذكر مرور الزمان ، إذ إن مرور الزمان شرط رئيس للحكم بالحيابة ، وترتيب الآثار الشرعية عليها ، كما سيأتي .

(١) ابن فرحون : تبصرة ٣٦٣/٢ ، وانظر كذلك : وهبة : الفقه الاسلامي ٦٩/٤ ، ٥٠١/٥ ، ٥٠٢ .

(٢) سبق تخريجه ، راجع في ذلك ص ٢٥ من هذه الرسالة .

(٣) سورة الأعراف / الآية ١٩٩ .

(٤) ابن الجوزية : الطرق الحكمية ، ص ٨٩ ، ١١٤ .

تقاربت أقوال الفقهاء عند حصرهم للشروط التي يجب توافرها في الحيازة حتى تكون عاملة مؤثرة ، بحيث تترتب عليها آثارها الشرعية من منع سماع للدعوى وغيرها ، فإذا فقدت هذه الشروط جميعها ، أو أي واحد منها ، لم تكن الحيازة حينئذ معتبرة شرعا ، ولا يترتب عليها أي أثر شرعي .

ومن هذه الأقوال ما ذكره صاحب " البهجة " وحصرها في ستة شروط ، فقال : " وكل من الحيازتين (١) لا بد في الشهادة به من ذكر اليد ، وتصرف الحائز تصرف المالك في ملكه ، والنسبة ، وعدم المنزاع ، وطول المدة عشرة أشهر في الأولى ، وعشر سنين في الثانية ، وعدم التفويت في علمهم ، فلا تقبل الشهادة مع فقد هذه الأمور ، أو واحد منها على المعمول به " (٢) .

وما ذكره " الدسوقي " في " حاشيته " وحصرها في خمسة شروط ، فقال : " هي أربعة : أولها أن يحصل من الأجنبي الحائز تصرف ، وأن يكون المنازع له المدعي للملكية حاضرا معه بالبلد حقيقة أو حكما ، وأن يكون ساكتا ، ولا مانع له من التكلم ، مدة عشر سنين ، وبقي شرط خامس وهو أن يدعي الحائز وقت المنازعة ملك الشيء ، المحاز " (٣) .

إلا أننا بالجمع بين هذين القولين ، وغيرها من الأقوال ، يمكن حصرها في سبعة شروط هي :

(١) مما يلاحظ أن التسولي قد جعل الحيازة على نوعين أو قسمين ، الأول منهما : حيازة مع جهل أصل

الملك لمن هو . وثانيهما : حيازة مع علم أصل الملك لمن هو . والأولى يكفي الحيازة فيها عشرة أشهر فأكثر ، والثانية لا بد فيها من عشر سنين فأكثر في العقار ، كما سيأتي بيانه ، وهذا التقسيم انفرد به التسولي عن غيره من فقهاء المالكية . انظر فسي ذلك :

التسولي : البهجة : ٢٥٢/٢ .

(٢) التسولي : البهجة : ٢٥٢/٢ .

(٣) الدسوقي : حاشية ٢٣٤/٤ ، وانظر كذلك : الخرشي : شرح ٢٤٢/٧ ، الزرقاني : شرح ٢٢٣/٧ . الصاوي :

بلغه السالك ٣٧٨/٢ ، عيش : أبو عبد الله محمد بن أحمد بن محمد بن عيش ، (ت ٢٩٩ هـ) : شرح منح الجليل على مختصر خليل ، ط مكتبة النجاح ، طرابلس ، ليبيا (٣٣٦/٤) ، وحيث يأتي يشار إليه بـ " عيش : منح " ، وبهامشه حاشيته المسماة تسهيل منح الجليل " ، وحيث يأتي يشار

إليه بـ " عيش : تسهيل " . الدردير : الشرح الصغير ٣٧٨/٢ ، حيدر : درر ٣١/٤ .

أولاً : حيازة الشيء المملوك للغير بوضع اليد عليه (١) :

أي يشترط أن يكون هناك شيء محوز ، بأن يكون هناك شخص ما يستولي على شيء مملوك للغير ووضعا يده عليه ، وذلك طوال مدة الحيازة المعتبرة شرعا ، بحيث تدل حيازته له هذه المدة الطويلة على ملكيته له ، وهذا المعنى هو المراد من قوله - صلى الله عليه وسلم - في الحديث الشريف : " من حاز " ، أي من استولى على شيء بوضع يده عليه ، وهو المراد كذلك من قول الفقهاء في بداية حديثهم عن الحيازة : " وإن حاز " أي وإن وضع يده على الشيء .

ثانياً : تصرف الحائز في الشيء المحوز تصرف الملاك (٢) :

لا خلاف بين الفقهاء في أن مجرد حيازة الشيء المملوك للغير لا يكون كافيا في الدلالة على ملكيته لحائزه ، إذ لا بد بالإضافة إلى ذلك من التصرف فيه ، وشرط التصرف الدال على الملكية هو أن يكون كتصرف المالك في ملكه ، وذلك كالبناء والهدم في العقار ، والغرس والزرع في الأرض ، والركوب والاستخدام في الدواب والحيوان ، واللبس والتقطيع في الثياب . . . وسيأتي مزيد بيان لتصرفات الحائز في الشيء المحوز في مبحث مستقل عند الحديث عن التصرفات التي تتم بها الحيازة - إن شاء الله تعالى - .

ثالثاً : أن يدعي الحائز ملكية الشيء المحوز :

أي أنه يشترط بالإضافة إلى حيازة الشيء المملوك للغير والتصرف فيه تصرف الملاك ، أن يدعي الحائز ملكية الشيء المحوز وينسبه إلى نفسه ولو مرة واحدة طوال مدة الحيازة ، ولو أثناء المنازعة

(١) الدسوقي : حاشية ٤/٢٣٤ ، الخرشي : شرح ٧/٢٤٢ ، الزرقاني : شرح ٧/٢٢٣ ، الصاوي : بلغة السالك ٢/٢٧٨ عليش : منح ٤/٣٣٦ ، عليش : تسهيل . الدردير : الشرح الصغير ٢/٣٢٨ ، حيدر : درر ٤/٣١٠ .

وانظر : التسولي : البيهجة ٢/٢٥٢ ، قاضي زاده : نتائج الأفكار ٨/٢٨٠ ، المطيعي : تكملة المجموع ٢٠/٢٦٢ ، ٢٦٣ ، البهوتي : كشف ٦/٣٨٤ ، العاصمي : الدرر السنوية ٦/١٩٧ . وانظر كذلك : د . محمد عبد الجواد محمد : الحيازة والتقدم في الفقه الاسلامي المقارن بالقانون الوضعي ، ط ١٣٩٧ هـ - ١٩٧٧ م منشأة المعارف ، ص ١٠٨ ، وحيث يأتي يشار اليه بـ " عبد الجواد : الحيازة " .

(٢) الخطاب : مواهب ٦/٢٢٢ ، الخرشي : شرح ٧/٢٤٢ ، وانظر كذلك : ابن نجيم : البحر ٧/٢٤٤ ، قاضي زادة : نتائج الأفكار ٨/٢٨٠ ، المحلي : شرح ٤/٣٢٩ ، المطيعي : تكملة المجموع ٢٠/٢٦٢ ، ٢٦٣ ،

المرداوي : الانصاف ١٢/١٥ ، البهوتي : الروض المربع ٣/٤١٣ ، مغنبة : فقه الامام جعفر ٦/١١٧ .

أمام القاضي ، لأنه لو لم يكن له إلا مجرد الحوز والتصرف فقط دون دعواه الملكية ، لا تنفعه حيازته حينئذ ولا يترتب عليها أي أثر شرعي (١) .

هذا واختلف الفقهاء فيما بينهم بعد ذلك في جواز مطالبة الحائز ببيان سبب ملكه بأن يقسول مثلا : ابتعته من فلان ، أو تصدق به عليّ ، أو ورثته منه ، فذهب متأخرو الحنفية ، والمالكية فسي المعتمد عندهم إلى القول بعدم مطالبته بذلك (٢) وذهب بعض المالكية إلى القول بمطالبته إن لم يثبت أصل الملك للمحوز عليه ، فإن ثبت ببينة أو إقرار طولب بذلك ، وقال بعضهم الآخر إن لم يطالب إلا أن يكون معروفا بالغصب والاستطالة والقدرة على ذلك (٣) .

ثم اتفق فقهاء المالكية فيما بينهم على مطالبة الحائز ببيان سبب الملك إن لم يكن يدعيه ، وينسبه لنفسه ، وفي هذا المعنى يقول صاحب "مواهب الجليل" : " وهذا الأصل لا اختلاف فيه ، أعني أن من بيده ملكا لا يدعيه يكلف إثبات من أين صار له ، حتى يثبت المدعي ما ادعاه " (٤) .

رابعا : أن يكون المحوز عليه حاضرا في بلد الحائز (٥) :

أي أنه يشترط لصحة الحيازة أيضا ، أن يكون مدعي ملكية الشيء المحوز - المالك الأصلي - موجودا في بلد الحائز أثناء مدة الحيازة ، بحيث يراه وهو يتصرف في ملكه المحوز تصرف المالك . وعليه ، فقد اعتبر الفقهاء غيبة المحوز عليه عن بلد الحائز عذرا له في سماع دعوته وبينتته ، وعدم سقوط حقه في منازعة الحائز ومطالبته بإرجاع ملكه المحوز ، وإن كانوا قد اختلفوا بعد ذلك فسي الغيبة التي تُعند عذرا للمحوز عليه ، والمراد بها ، وهذا ما سنفصل فيه القول عند الحديث عن موانع الحيازة فيما بعد ، فانظره هناك .

خامسا : أن يكون المحوز عليه ساكتا عن المطالبة بالشيء المحوز :

أي أن المحوز عليه يرى الحائز يتصرف في ملكه المحوز تصرف المالك وهو يعلم أنه ملكه ، وهو ساكت لا يطالبه به أو يبنازعه فيه ، ويبقى كذلك حتى تنتهي مدة الحيازة المعتبرة شرعا ، فحينئذ لا تسمع

(١) انظر بالإضافة إلى المصادر السابقة التسولي : البهجة ٢/٢٥٢ ، اطفيش : شرح النيل ٧/١٠٠ .

(٢) الباز : شرح المجلة ، ص ٩٨ ، الدسوقي : حاشية ٤/٢٣٥ ، الزرقاني ٧/٢٢٤ .

(٣) الدسوقي : حاشية ٤/٢٣٥ ، التسولي : المصدر السابق ، ٢٥٧ ، الزرقاني : المصدر السابق ٧/٢٢٤ .

(٤) الحطاب : مواهب ٦/٢٢٦ .

(٥) ابن عابدين : رد المحتار ٥/٤٢٠ ، الصاوي : بلغة السالك ٢/٣٧٩ ، الدردير : الشرح المصفي

٣٧٩/٢ : مواهب ٦/٢٢٢ ، الدرر السنية ٦/١٩٧ ، اطفيش : المصدر السابق ٧/١٨ .

دعواه ولا يبيّنه (١).

هذا ، ويكفي المحوز عليه أن ينازع الحائز في الشيء المحوز مرة واحدة طوال مدة الحيـازة ولا يشترط تكرار ذلك (٢) ، واختلف الفقهاء بعد ذلك في اشتراط أن تكون المنازعة والمخاصمة أمام القاضي أم لا ، فذهب متأخرو الحنفية إلى اشتراط ذلك (٣) ، وذهب المالكية والإباضية إلى عدم اشتراط ذلك ، إذ تنفع المحوز عليه مخاصمته للحائز ومطالبته له بالشيء المحوز أمام عامة الناس (٤) .

سادسا : ألا يكون هناك مانع يمنع المحوز عليه من طلب الشيء المحوز (٥) :

أي أنه يجب التحقق من أن سكوت المحوز عليه عن المطالبة بالشيء المحوز ومنازعة الحائز فيه لم يكن بسبب عذر أو مانع شرعي حال دون ذلك كالغيبه ، وعدم الأهلية ، وغيرها من الموانع ، فإن ثبتت مثل هذه الأعذار فإن الحيـازة تكون حينئذ باطلة ولا تعمل عملها ، ولا يترتب عليها أي أثر شرعي .

هذا ، وسيأتي مزيد بيان للأعذار أو الموانع الشرعية التي تعدّ عذرا لصاحبها في عدم سقوط حقه في المطالبة بالشيء المحوز ، وكذلك عذرا في سماع دعواه ويبيّنه ، وذلك عند الحديث عن موانع الحيـازة في مبحث مستقل فيما بعد إن شاء الله تعالى ، فانظر هناك .

سابعا : مضي المدة المحددة للحيـازة :

أي يجب استمرار حيـازة الحائز للشيء المحوز ووضع يده عليه بالشروط سابقة الذكر حتى تمضي مدة الحيـازة المعتبرة والمحددة شرعا (٦) ، ولا خلاف بين الفقهاء على عدم حساب الفترة

(١) ابن عابدين : ردالمحتار ٥/٤٢٠ ، الصاوي : بلغة السالك ٢/٣٧٩ ، الدردير : الشرح المصغير

٢/٣٧٩ ، الخطاب : مواهب ٦/٢٢٢ ، الدرر السنية ٦/١٩٧ ، اطفيش : شرح النيل ٧/١٠٨ .

(٢) الدسوقي : حاشية ٤/٢٣٣ ، ٢٣٤ ، الزرقاني : شرح ٧/٢٢٤ .

(٣) ابن عابدين : ردالمحتار ٥/٤٢١ ، ابن عابدين : قرة عيسون الأخيـار ٧/٤٨٨ .

(٤) التسولي : البهجة ٧/٢٢٥ ، اطفيش : شرح النيل ٧/١٠٨ .

(٥) ابن عابدين : قرة عيسون الأخيـار ٧/٤٨٦ ، البناني : حاشية ٧/٢٢٤ ، الصاوي

بلغة السالك ٢/٣٧٩ ، العاصمي : الدرر السنية ٦/١٩٧ ، اطفيش : شرح

النيل ٧/١٠٨ .

(٦) ابن عابدين : قرة عيسون الأخيـار ٧/٤٨٦ ، ابن فرحون : تبصرة

٢/٩٦ ، الدردير : الشرح الكبير ٤/٢٣٤ ، الدسوقي : حاشية ٤/٢٣٤ ، الخطاب : مواهب

٦/٢٢٢ ، العاصمي : الدرر السنية ٦/١٩٧ ، اطفيش : شرح النيل :

٧/١٠٥ وما بعدها .

الزمنية التي تحقق فيها وجود المانع الشرعي من المدة الزمنية المحددة للحيازة، إذ تكون بداية عمـل الحيازة وحساب مدتها من زوال العذر الشرعي المانع من المطالبة بالشيء المحوز، فإن زال كأن بلسـغ الصبي، أو حضر الغائب، أو زال سلطان الحائز، ومضت مدة الحيازة دون منازعة المحوز عليه للحائـز في الشيء المحوز، فلا تسمع دعواه حينئذ، ولا بينته (١).

وأخيرا، يمكننا القول بأن مجلة الأحكام العدلية لم تنص صراحة على شروط الحيازة سابقة الذكر، إلا أنه من خلال القراءة المتأنية لموادها، يمكننا القول بأنها قد لاحظت مثل هذه الشروط، ونذكر على سبيل المثال المواد (١٦٦١)، (١٦٦٢)، (١٦٦٣) منها :

فقالـت المادة (١٦٦١) : " تسمع دعوى المتولي (٢) والمرتزقة (٣)، في حق أصل الوقف (٤) إلى ست وثلاثين سنة، ولا تسمع بعد مرور ست وثلاثين سنة، مثلا : إذا تصرف أحد في عقار على وجه الملكية ستا وثلاثين سنة، ثم ادعى متولي وقف قائلا : إن ذلك العقار هو من مستغلات وقي، فلا تسمع دعواه " (٥).

وقالـت المادة (١٦٦٢) : " إن كانت دعوى الطريق الخاص، والمسيل (٦) وحق الشرب (٧) فسي

- (١) ابن عابدين : قررة عيون الأخبار ٤٨٦/٧، ابن فرحون : تبصرة ٩٦/٢، الدردير : الشرح الكبير ٢٣٤/٤، الدسوقي : حاشية ٢٣٤/٤، الحطاب : مواهب ٢٢٢/٦، العاصمي : الدرر السننية ١٩٧/٦، اطفيش : شرح النيل ١٠٥/٧ وما بعدها . حيدر : درر ٣٠٥/٤.
- (٢) المتولي : هو الشخص الذي عين لادارة أمور ومصالح الوقف، وهو على نوعين : النوع الأول : متول بالمشروطة : وهو الذي تكون توليته باسـتراتـاـواقـف، والنوع الثاني : متول بنصب القاضي : وهو الذي لم تشترط توليته من طرف الواقف بل نصبه القاضي متوليا . انظر في ذلك : حيدر : درر ٣٠١/٤.
- (٣) المرتزقة : هم الذين يأخذون معاشا وراتبا من غلة الوقف، ويسمى هؤلاء أهل الوظائف أيضا، كإمام الجامع وخدمته . انظر في ذلك : حيدر : المرجع السابق ٣٠١/٤.
- (٤) المراد بأصل الوقف هنا، هو كل شيء يتوقف عليه صحة الوقف . انظر في ذلك : حيدر : المرجع السابق ٣٠١/٤.
- (٥) حيدر : المرجع السابق ٣٠١/٤، الباز : شرح المجلة، ص ٣٥، القاضي : مجلة الأحكام ٥٢/٤.
- (٦) المسيل في اللغة : هو مجرى السيل، أي الماء وغيره، وحق المسيل في الشرع : هو حق تصريف الماء الزائد عن الحاجة، أو غير الصالح، إلى المصارف والمجارى العامة، بواسطة مجرى سطحـي أو انبوب مستور . انظر في ذلك : المعنى اللغوي - الفيومي : المصباح، الفيروز آبادي : القاموس المحيط، أنيس : المعجم الوسيط (مادة / سال) . وانظر كذلك : المعنى الشرعي - : وهبة : الفقه الاسلامي ٦٠٦/٥.
- (٧) حق الشرب في الشرع : هو النصب من الماء لسقي الزرع والأشجار . انظر في ذلك : وهبة : الفقه الاسلامي ٥٩٢/٥.

عقار الملك ، فلا تسمع بعدم مرور خمس عشرة سنة ، وإن كانت في عقار الوقف ، فللمتولي أن يذيعها إلى ست وثلاثين سنة ، وكما لا تسمع دعاوى الأراضي الأميرية^(١) بعد مرور عشر سنوات ، كذلك لا تسمع دعاوى الطريق الخاص والمسيل وحق الشرب في الأراضي الأميرية بعد أن تركت عشر سنوات^(٢) .

وقالت المادة (١٦٦٣) : " والمعتبر في هذا الباب ، أي في مرور الزمن المانع لاستماع الدعوى هو مرور الزمن الواقع بلا عذر فقط ، وأما مرور الزمن الحاصل بأحد الأعذار الشرعية ككون المدعي مغيباً أو مجنوناً أو معتوها ، سواء كان له وصي أو لم يكن له ، أو كونه في ديار أخرى مدة السفر ، أو كان خصمه من المتغلبة ، فلا اعتبار له ، فلذلك يعتبر مبدأ مرور الزمن من تاريخ زوال واندفاع العذر ، مثلاً : لا يعتبر الزمن الذي مر حال جنون أو عته أو صغر المدعي بل يعتبر مرور الزمن من تاريخ وصوله حد البلوغ ، كذلك إذا كان لاحد مع أحد المتغلبة دعوى ولم يمكنه الادعاء لامتداد زمن تغلب خصمه وحصل مرور زمن لا يكون مانعاً لاستماع الدعوى ، وإنما يعتبر منزور الزمن من تاريخ زوال التغلب^(٣) .

ويلاحظ أن هذه المواد قد ذكرت ثلاثة من شروط الحيابة سابقة الذكر ، هي : التصرف في الشيء ، المحوز تصرف الملاك ، ومضي مدة التقادم المحددة ، وعدم وجود أي مانع شرعي يمنع المحوز عليه منسب المطالبة بالشيء ، المحوز خلال مدة التقادم المحددة .

ونص صاحب مرشد الحيران على شروط الحيابة في المادة (١٥١) منسب ، فقالت : " من كان واضعاً يده على عقار أو غيره ، ومتصرفاً فيه تصرف الملاك بلا منازع ولا معارض ، مدة خمس عشرة سنة ، فلا تسمع عليه دعوى الملك بغير الإرث من أحد ليس بذئ عذر شرعي ان كان منكراً " (٤) .

ويلاحظ أن هذه المادة قد ذكرت خمس شروط من شروط الحيابة سابقة الذكر هي : حيابة الشيء ، ووضع اليد عليه ، والتصرف فيه تصرف الملاك ، سكوت المحوز عليه وعدم مطالبته للحائز بالشيء ، المحوز ، ومضي مدة التقادم المحددة - وهي هنا خمس عشرة سنة ، وألا يكون قد منع الحائز من المطالبة عذر شرعي .

(١) الأراضي الأميرية (أراضي المملكة - وأراضي بيت المال) : هي الأراضي التي تكون رقبتهما للدولة ويكون حق الانتفاع بها عائداً للمتصرفين فيها ، وذلك بتفويض من الامام أو الحاكم ، وفق قيود وشروط محددة ، فالحاكم مفوض بالتصرف فيها بما تقتضيه المصلحة العامة ، وذلك على سبيل الوقف ، فلا يجوز له هبتها أو الاقتطاع منها أو نحو ذلك ، وسميت بالأراضي الأميرية في عهد السلطان سليمان القانوني - رحمه الله - في عام ١٢٦٤ هـ ، وذلك في أول قانون يصدر خاصاً بالأراضي . انظر في ذلك : العبادي : الملكية ٣٢٦/١ وما بعدها .

(٢) حيدر : درر ٣٠٥/٤ ، الباز : شرح المجلة ، ص ٩٨٦ ، القاضي : مجلة الأحكام ص ٥٢/٤ .

(٣) حيدر : المرجع السابق ٣٠٥/٤ ، الباز : المرجع السابق ، ص ٩٩٠ ،

القاضي : المرجع السابق ٥٦/٤ .

(٤) قدرى : مرشد الحيران ، ص ٤٥ .

الفرع الثالث : موانع الحيابة :

سبق أن ذكرنا أن من شروط صحة الحيابة حتى تكون عاملة ومؤثرة بحيث تترتب عليها آثارها الشرعية ، ألا يكون سكوت المحوز عليه عن المطالبة بالشيء المحوز بسبب عذر أو موانع شرعية ، ومن الأعدار والموانع الشرعية التي عدّها الفقهاء سببا في بطلان عمل الحيابة ، ما يلي :

أولا : الغيبة :

اتفق الفقهاء القائلون بالحيابة على عدّ الغيبة من موانع الحيابة ، لأن الغائب لا يصدق عليه أنه تارك للدعوى ، كما لا يمكن طلب الجواب منه بتصديق الحائز أو تكذيبه (١) .

ثم اختلفوا بعد ذلك في الغيبة التي تكون عذرا للمحوز عليه من حيث عدم سقوط حقه في سماع دعواه وبينته على التفصيل التالي (٢) :

١ - ذهب متأخرو الحنفية الى القول بأنها التي تكون على مسيرة ثلاثة أيام بالسير المعتدل للراجل أو الراكب على الدابة مع الاستراحة أثناء السفر ، وتقدر بسفر ثماني عشر ساعة متواصلة ، أو مسافة تسعين كيلومترا ، ولا فرق عندهم بين كون الغائب هو الحائز أو المحوز عليه ، وقد نصت مجلة الأحكام العدلية على عدّ الغيبة من موانع الحيابة في المادة (١٦٦٣) سابقة الذكر (٣) ، كمسما حددت بدقة هذه الغيبة في المادة (١٦٦٤) منها (٤) ، فقالت : " مدة السفر هي ثلاثة أيام ، أي مسافة ثماني عشرة ساعة بالسير المعتدل " .

وهي ما نص عليها صاحب " مرشد الحيران " في المادتين (١٥٧) ، (٢٥٦) منه ، فقال : العادة (١٥٧) : " إذا تركت الدعوى لعذر من الأعدار الشرعية المدة المحدودة ، كان للمدعي غائبا ، أو قاصرا أو مجنونا ، ولا وليّ لهما ولا وصي ، فلا مانع من سماع دعوى الملك أو الارث ، أو الوقف ما لم يحضر الغائب ويبلغ الصبي ويفق المجنون ، ويترك الدعوى بعد حضوره ، أو بلوغه ، أو أفاقته مدة تساوي المدة المحدودة " (٥) .

وقالت المادة (٢٥٦) : " دعوى الدين أي كان سببه لا تسمع على منكر الدين ، بعد تركها من غير عذر شرعي خمس عشرة سنة ، فإن تركها المدعي بعذر بأن كان غائبا مسافة القصر ، أو كان صبيا ، أو مجنونا

(١) ابن عابدين : قرة عيون الأخبار ٤٨٦/٧ ، الحطاب : مواهب ٢٢٢/٦ ، العاصمي : الدرر السنية

١٩٧/٦ ، اطفيش : شرح النيل ١٠٠/٧ .

(٢) ابن عابدين : رد المحتار ٤٢١/٥ ، ابن عابدين : قرة عيون الأخبار ٤٨٦/٧ ، حيدر : درر ٣٠٦/٤ ،

الباز : شرح المجلة ، ص ٩٩٠ ، القاضي : مجلة الأحكام ٥٧/٤ .

(٣) راجع الصفحة السابقة .

(٤) حيدر : المرجع السابق ٣٠٩/٤ ، الباز : شرح المجلة ، ص ٩٩٠ ، القاضي : مجلة الأحكام ٥٧/٤ .

(٥) قدرى : مرشد الحيران ، ص ٤٦ .

وليس له ولي أوصي ، فإنها تُسمع ما لم تَمْضِ هذه المدة بعد حضور الغائب من سفره ، أو ببلوغ القاصر رشيدا ، أو أفاقة المجنون من جنونه " (١) .

٢ - وذهب المالكية الى التفريق بين الغيبة البعيدة ، وبين الغيبة المتوسطة وبين الغيبة القريبة ، على النحو التالي (٢) :

أ - الغيبة البعيدة : وهي ما كانت على مسيرة السبعة أيام وما فوقها هي التي تكون عسذرا لصاحبها في عدم سقوط حقه في سماع دعواه وبينته ، وعذرا له كذلك في عدم القُـدوم أو الطلب أو التوكيل وإن كان عالما في ذلك كله بحيازة الحائز لملكه ، إلا أنه لم يستحبوا له الإشهاد على منازعته للحائز وطلبه منه للشيء المحوز ، فإن لم يشهد ، فلا أثر لذلك على حقه في سماع دعواه وبينته مهما طال الزمان وتقدم ، إلا أن يطول الزمان جدا كالسبعين سنة أو الثمانين وما قاربهما ، بحيث يكون مع ذلك سماع مستفيض بأن الشيء المحوز ملك للحائز تداوله هو ومن كان قبله بما يحاز به الملك ، فيكون ذلك حينئذ كالحيازة على الحاضر .

ب - الغيبة المتوسطة : وهي ما كانت على مسيرة الثلاثة أيام فما فوقها إلى السبعة أيام ، ففيها قولان : أو لهما : أنه يسقط حقه ما لم يثبت عجزه عن القُـدوم أو التوكيل . وثانيهما : أنه لا يسقط حقه ولو لم يثبت عجزه ، ويصدق فيما يدعيه من العجز عن القُـدوم والتوكيل ، لأنه قد يكون معذورا ، وهذا هو القول المعتمد عندهم .

ت - الغيبة القريبة : وهي ما كانت على مسيرة اليوم واليومين ، ولا تعدّ عذرا لصاحبها ، إذ تكون الحيازة عليه كالحيازة على الحاضر بالبلد ، فلا تسمع دعواه حينئذ ولا بينته . وهذا التحديد للغيبة إنما هو حق في المحوز عليهم فقط ، وفي حق الرجال منهم ، وأما المرأة إذا كانت غيبتها على مسيرة اليوم فلا تمنع من سماع دعواها أو بينتها (٣) ، لقوله - صلى الله عليه وسلم - " لا يحل للمرأة تؤمن بالله واليوم الآخر تسافر مسيرة يوم الآ مع ذي محرم منها " (٤) .

و قد حمل فقهاء المالكية الغيبة على عدم علم المحوز عليه بالحيازة حتى يثبت خلاف ذلك ، وحملوا

(١) قدرى : مرشد الحيران ، ص ٧٠ .

(٢) ابن فرحون : تبصرة ٩٢/٢ ، الحطاب : مواهب ٢٢٢/٦ ، العدوي : حاشية ٢٤٢/٧ ، الدرديبر : الشرح الكبير ٢٣٣/٤ ، البناني : حاشية ٢٢٤/٧ .

(٣) ابن فرحون تبصرة ٩٣/٢ ، الزرقاني : شرح ٢٢٤/٧ ، الحطاب المصدر السابق ٢٢٤/٦ .

(٤) البخاري : صحيح ٥٤/٢ ، وهو بلفظ " لا يحل لامرأة تؤمن بالله واليوم الآخر أن تسافر مسيرة يوم وليلة ليس معها حرمة " .

حضوره على علمه بالحيازة حتى يثبت خلاف ذلك أيضا ، وفي هذا المعنى يقول صاحب " بلغة السالك " حاضرا أي بالبلد بمعنى أنه لم يخف عليه أمر ذلك المحوز عليه منه وأما لو كان حاضرا وهو غير عالم فله القيام اذا أثبت عدم علمه " (١) ، ويقول صاحب " التبصرة " في المعنى نفسه : " الغائب وإن كانت غيبته قريبة ، فهو محمول على عدم العلم حتى يثبت عليه العلم ، والحاضر محمول على العلم حتى يثبت أنه لم يعلم " (٢) .

والمراد بالعلم الذي يمنع سماع دعوى المحوز عليه وبينته عندهم ، هو العلم بشيئين معسا ، بحيث لا يكفي العلم بأحدهما دون الآخر ، أولهما ، علم المحوز عليه بأن الشيء المحوز ملكه ، وثانيهما : علمه بتصرف الحائز في ملكه تصرف الملاك (٣) .

وذهب الإباضية (٤) الى القول بأنها التي تكون داخل الأميال (٥) ، وقيل: داخل الحوزة ولو خارج الأميال (٦) .

هذا ، والكلام فيما سبق انما هو في الغيبة المنقطعة التي لا يرى المحوز عليه الحائز خلالها ولا يستطيع مخاضته فيها ، أما اذا اجتمع المحوز عليه بالحائز في مكان وتكرر ذلك عدة مرات بحيث كان في استطاعة المحوز عليه مخاضة الحائز في ذلك المكان ومطالبته بالشيء المحسوز ، فلا تعدّ الغيبة حينئذ عذرا للمحوز عليه لسماع دعواه وبينته اذا مضت مدة الحيازة المعتبرة شرعا ، كما ذهب الى ذلك متأخرو الحنفية ، ونصت عليه مجلة الأحكام العدلية فـ في المادة (١٦٦٥) منها فقالت : " اذا اجتمع ساكنا بلدين بينهما مسافة سفر مرة واحدة فـ في بلدة في كل بضعة (٧) سنوات ولم يدع أحدهما على الآخر ، مع أن محاكمتها كانت ممكنة ، وبعدها وجد مرور الزمن بهذا الوجه ، لا تسمع دعوى أحدهما على الآخر بتاريخ أقدم مسن المسددة

(١) الصاوي : بلغة السالك ٣/٢٧٨ .

(٢) ابن فرحون : تبصرة ٢/١٠٣ .

(٣) ابن فرحون : المصدر السابق ٢/٩٥ .

(٤) اطفيش : شرح النيل ٧/١٠٠ .

(٥) وهي ستة أميال ، وهي ما تعادل فرسخين ، انظر في ذلك اطفيش : المصدر السابق ٣/٣٠٦ .

(٦) المراد بالحوزة هنا ، هي العمارات المتمثلة أو المتقاربة ولو نخلا أو شجرا . انظر في ذلك اطفيش : المصدر السابق ٣/٣٦٣ .

(٧) كلمة " بضعة " هنا في نص المادة مؤنثة ، والأصح أنها مذكورة ، أي يجب أن تكون بلفظ (بضعة) إذ يجب أن تخالف " السنين " وهي كلمة مؤنثة لأن البضع من حيث العدد من ثلاث الى تسع ، وجاء في القرآن الكريم قوله تعالى " فليث في السجن بضع سنين " . انظر في ذلك : أنيس : المعجم الوسيط (مادة / بضع) .

ثانيا : عدم الأهلية^(٢) :

اتفق الفقهاء القائلون بالحيازة على أن عدم أهلية المحوز عليه - كأن يكون صغيـــــرا أو مجنونا - تعدّ من الموانع التي من شأنها أن تمنع مرور الزمان وتقدمه في حقه ، كما تمنع أيضا مسن سقوط حقه في سماع دعواه وبينته^(٣) ، ولو كان له ولي أو وصي كما ذهب الى ذلك متأخرو الحنفيـــــة ونصت عليه " مجلة الأحكام العدلية " في المادة (١٦٦٣) منها سابقة الذكر^(٤) .

وعلى عدم الأهلية نص صاحب " مرشد الحيران " أيضا في المادتين (١٥٧) ، (٢٥٦) منه واللتين سبق ذكرهما^(٥) .

و قد عدّ فقهاء المالكية من القاصرية وعدم الأهلية كون المرأة بكرا غير معنسة ، فلا تصح الحيازة عليها ، وتسمع دعواها وبينتها مهما طال الزمان وتقدم . إذ قد يمنعها حياؤها وعدم اختلاطها بالرجال من الدعوى والمخاصمة والمطالبة^(٦) .

وذهب الإباضية إلى عدم عسداهلية الحائر شرطا لصحة الحيازة ، إذ تجوز الحيازة للطفـــــل والمجنون وغيرهما ، وفي هذا المعنى يقول صاحب " شرح النيل " : " تجوز الحيازة لجميع الناس ذكـــــرا كان أو أنثى ، بالغا أو طفلا ، حرا أو عبدا ، ويحوز الرجل لنفسه أو لمن ولي أمره ، أو لغيره^(٧) .

ثالثا : الخـــــوف والإكـــــراه :

اتفق الفقهاء القائلون بالحيازة على اعتبار الخوف من موانع الحيازة^(٨) ، وتتمثل صـــــورة

- (١) حيدر : درر ٣٠٩/٤ ، الباز : شرح المحلّة ، ص ٩٩١ ، القاضي : مجلة الأحكام ٥٨/٤ .
- (٢) الأهلية في الشرع نوعان : الأول منهما ، أهلية الوجوب : وهي قابلية الانسان لان تثبت الحقوق له والثاني : أهلية الأداء ، وهي صلاحية الانسان الشرعية لممارسة الأعمال بحيث تصح تصرفاته ، ومــــن الواضح أن مرادنا بالأهلية هنا هو النوع الأول - أهلية الوجوب - . انظر في ذلك : الزرقا : المدخل ١٨٣/٣ بتصرف .
- (٣) ابن عابدين : قرة عيون الأخيار ٤٨٦/٧ ، الدسوقي : حاشية ٢٣٤/٤ ، العاصمي : الدرر السنية ١٩٧/٦ ، اطفيش : شرح النيل ١٠٨/٧ .
- (٤) راجع في ذلك ص ٧٣ . من هذه الرسالة .
- (٥) راجع في ذلك ص ٧٤ . من هذه الرسالة .
- (٦) الحطاب : مواهب ٢٢٢/٦ ، ابن فرحون : تبصرة ٩٥/٢ .
- (٧) اطفيش : المصدر السابق ١١٢ .
- (٨) ابن عابدين : حاشية قرة عيون الأخيار ٤٨٦/٧ ، عليش : منح ٢٣٦/٤ ، العاصمي : الدرر السنية ١٩٧/٦ ، اطفيش : المصدر السابق ١٠٨/٧ .

الخوف في عدة معان منها : خوف المحوز عليه من الحائز لسطوته ، كأن يكون ذا سلطان كالحاكم ، أو الأمير أو المسؤول الظالم ، أو يكون مستندا لذي سلطان كأن يكون من حاشية الحاكم أو الأمير أو المسؤول الظالم فيخشى إن طالبه بالشيء المحوز أن يناله من السوء أو العقاب لظلمه^(١) ، وهذا ما يعرف عند متأخري الحنفية بـ "التغليب" ونوما نصت عليه " مجلة الأحكام العدلية " في المادة (١٦٦٣) منها سابقة الذكر^(٢) .

ومن هذه المعاني كذلك أن يكون المحوز عليه مدينا للحائز بمبلغ من المال ، فيخشى إن طالبه بالشيء المحوز ، أن يطالبه الحائز بالدين الذي عليه ، وهو لا يملك السداد^(٣) .

ومن هذه المعاني كذلك : أن يكون المحوز عليه امرأة ذات زوج شديد الضبط لها ، بحيث يمنعها من الخروج للدعوى حتى انقضت مدة التقادم المعتمدة ، فإن هذا يُعدّ عذرا لها يمنع من سقوط حقها في الدعوى وسماع البينة مهما طال الزمان وتقدم ، قياسا على الخصم المتغلب عليه كما ذهب الى ذلك متأخرو الحنفية^(٤) .

هذا ، ومن الملاحظ أنه يبرز في المعاني سابقة الذكر جميعها عنصرا الخوف والإكراه معا ، فهما معنيان متلازمان ، بحيث لا تصح الحيازة بوجودهما ، وتسمع دعوى المحوز عليه وبينته مهمـــــــــــــــــا طال الزمان وتقدم .

رابعاً: الإفلاس^(٥) :

ذهب متأخرو الحنفية ، والاباضية ، الى عدّ الإفلاس في دعوى الطلب من المفلــــــــــــــــس من موانع الحيازة عليه ، لأنه لا يمكن تحصيل الدين المستحق منه ، كما أنه لا يحبس بدينه اذا ثبتت افلاسه^(٦) ولم يفرق بعض متأخري الحنفية^(٧) . بين الافــــــــــــــــلاس المدني وبين الافــــــــــــــــلاس

(١) ابن عابدين : حاشية قرّة عيون الأخيـار ٤٨٦/٧ ، عـليـش : منـح ٣٢٦/٤ ، العاصمي : الدرر السنية ١٩٧/١ ، اطفيش :

شرح النيـل ١٠٨/٧ .

(٢) راجع فـي ذلك ص ٧٣ من هذه الرسالة .

(٣) الزرقاني : شرح ٢٢٤/٧ ، الحطاب : مواهب ٢٢٢/٦ .

(٤) منير القاضي : مجلة الأحكام ٥٨/٤ .

(٥) الإفلاس في الشرع يطلق على معنيين : أحدهما ، أن يستغرق الدين مال المدين ، فلا يكون فـي

ماله وفاء بديونه . والثاني : أن لا يكون له مال معلوم أصلاً . انظر في ذلك : ابن رشد : بدايــــــــــــــــة

المجتهد ٢/٢٨٤ ، ابن جزى : القوانين ، ص ٣١٤ .

(٦) ابن عابدين : المصدر السابق ٤٨٨/٧ ، اطفيش : المصدر السابق ١٠٨/٧ .

(٧) القاضي : المرجع السابق ٥٩/٤ .

التجاري (١).

وبناء على ما سبق ، لو أن رجلا استدان من آخر مبلغا من المال في حال يساره ، وبعد سنتين - مثلا - من ذلك التاريخ أعسر المدين ، واستغرق اعساره ثلاثون سنة - مثلا - لم يطالبه خلالها الدائن بالدين لمعرفة باعساره ، ثم بعد ذلك أيسر المدين فطالبه الدائن بدينه ، فتسمع دعوى الدائن وبينتته وان كانت قد مضت مدة الحيازة التي لم يطالبه فيها الدائن بالدين ولم يخاصمه فيه ، وعلى هســذا المعنى نصت " مجلة الأحكام العدلية " في المادة (١٦٦٨) منها فقالت : " لا يعتبر مرور الزمن في دعوى الطلب من المفلس الآ من تاريخ زوال الافلاس ، مثلا : لو ادعى أحد على من تمادى افلاسه خمس عشرة سنة ، وتحقق يساره بعد ذلك بقوله: بأنه قبل خمس عشرة سنة كان لي في ذمتك كذا دراهم من الجهة الفلانية ولم استطع الادعاء عليك لكونك كنت مفلسا من ذلك التاريخ ، ولاقتدارك الآن على أداء الدين ، أدعي عليك به ، تسمع دعواه (٢) .

خامسا : القرابة :

اختلف الفقهاء القائلون بالحيازة في عدّ القرابة مانعا من موانع الحيازة أم لا ، وذلك على التفصيل التالي :

- ١ - ذهب متأخرو الحنفية ، والمالكية ، الى القول بأنها ليست من الموانع ، فتجوز عندهم حيازة القريب على قريبه مطلقا ، سواء أكان القريب وارثا أم غير ذلك ، كحيازة الأب على ابنه ، أو الابن على أبيه ، وحيازة الرجل على زوجته ، أو الزوجة على زوجها ، وغيرهم من الأقارب (٣) ، فإذا مضت مدة الحيازة الشرعية المعتبرة فلا تسمع دعوى المحوز عليه بعدها ولا بينته .
- ٢ - وذهب الاباضية الى التفصيل في ذلك على النحو التالي (٤) :

-
- (١) المراد بالافلاس المدني هنا ، هو ما يكون بين الأشخاص العاديين غير التجار ، وهو ما يسمى بالاعسار فيتم فيه الحَجْر على المدين عند اعساره ، بينما يراد بالافلاس التجاري هنا ، ما يكون بين التجار خاصة وأصحاب الشركات ، ويكون للافلاس هنا أحكام خاصة به . انظر في ذلك : د . عزيز عبد الأمير عكيلي : الوجيز في شرح قانون التجارة الجديد - أحكام الافلاس ، ط ١ ، ١٣٩٣هـ - ١٩٧٢م ، مطبعة دار السلام ، بغداد ، ص ١٤ ، وحيث يأتي يشار إليه بـ " عكيلي : الوجيز " .
 - (٢) علي حيدر : درر ، ٣١٤/٤ ، الباز : شرح المجلة ، ص ٩٩٣ ، القاضي : المرجع السابق ٥٩/٤ .
 - (٣) ابن عابدين : رد المحتار ٤٢١/٥ ، ابن عابدين : قرّة عيون الأختيار ٤٨٦/٧ ، ابن رشد : البيبان ١٤٦/١١ ، عليش : منح / ٣٣٧ .
 - (٤) اطفيش : المصدر السابق ١٠٨/٧ .

فذهبوا الى القول بجواز حيازة أي من الوالدين - الأب ، والأم - على أولادهما ، بينما لا تجوز حيازة الولد على أي من والديه ، وقيل يجوز ذلك .

ونذهبوا الى القول بجواز حيازة الزوجة على زوجها بينما لا تجوز حيازة الزوج على زوجته ، وقالوا في بيان وجه التفريق بينهما : جرى العرف والعبادة على أن الزوج يُعَمَّرُ لزوجته أصلها من دار أو أرض فلا تجوز حيازته عليها ، وهذا بخلاف الزوجة وقيل يجوز ذلك .

٣ - وذهب متأخرو الحنابلة الى القول بأنها من الموانع مطلقا ، فلا تجوز عندهم حيازة القريب على قريبه ، وتسمع دعوى القريب المحوز عليه وبينته مهما طال الزمان وتقدم (١) .

ونحن نميل الى ما ذهب اليه متأخرو الحنفية والمالكية من القول بجواز حيازة القريب على قريبه مطلقا ، وعدم عدّ القرابة من موانع الحيازة ، وخاصة في عصرنا الحاضر ، عصر المادية المجردة عن القيم والأخلاق ، الذي يستطيع فيه الأب التصرف في مال ابنه بدون اذنه أو علمه ، والمشاحة بين الأب وابنه وغيرهما من الأقارب في التصرفات عامة ، والتصرفات المادية بشكل خاص ، فكما جازت الحيازة بين الأجنبي كما سيأتي فجازت كذلك بين الأقارب . . . والله أعلم بالصواب

سادسا : الصهرية (٢) :

اختلف الفقهاء في عدّ الصهرية مانعا من موانع الحيازة أم لا ، وذلك على التفصيل التالي :

- ١ - ذهب فقهاء المالكية الى القول بأنها ليست من الموانع ، فتجوز عندهم حيازة الصهر على والسه زوجته والعكس ، ولا تسمع دعوى المحوز عليه أو بينته بعدمضي مدة الحيازة الشرعية المحددة (٣) .
- ٢ - وذهب متأخرو الحنابلة ، والاباضية ، الى القول بأنها من موانع الحيازة ، اذ لا يجوز عندهم حيازة الصهر على والد زوجته وبالعكس ، وتسمع دعوى المحوز عليه مهما طال الزمان وتقدم (٤) .

ونحن نميل الى ما ذهب اليه فقهاء المالكية بناء على ما سبق ذكره في حيازة الأقارب بعضهم على البعض الآخر ، فتجوز حيازة الصهر على صهره من باب أولى . . . والله أعلم بالصواب .

- (١) ابن الجوزية : الطرق الحكمية ، ص ٨٩ ، العاصمي : الدرر السننية ١٩٧/٦ .
- (٢) والصهرية في اللغة من الصهر وجمعه أصهار : وهم أقرباء الزوجة من ذوى المحارم وذوات المحارم كأبوين ، والاخوة وأولادهم ، والأعمام والأخوال ، والخالات ، وغيرهم . انظر في ذلك : ابن منظور : لسان ، الفيومي : المصباح ، الفيروزآبادي : القاموس المحيط (مادة / صهر) .
- (٣) ابن رشد : البيان ١٤٦/١١ ، عليش : منح ٣٣٧/٤ .
- (٤) ابن الجوزية : المصدر السابق ، ص ٨٩ ، العاصمي : المصدر السابق ١٩٧/٦ .

سابعاً : الشركة^(١) :

اختلف الفقهاء القائلون بالحيازة في عدّ الشركة من موانع الحيازة أم لا ، سواء أكانت الشركة في ميراث أم في غيره ، وذلك على التفصيل التالي :

- ١ - ذهب متأخرو الحنفية ، ومتأخرو الحنابلة ، والاباضية ، الى القول بأنها من الموانع الشرعية . فلا تجوز حيازة الشريك على شريكه في الشيء المشترك بينهما ولا يترتب عليها أي أثر شرعي ، وتسمع دعوى الشريك المحوز عليه وبينته مهما طال الزمان وتقادم^(٢) .
- ٢ - وذهب المالكية الى القول بعدم عدّ الشركة مانعاً من موانع الحيازة الشرعية سواء أكان الشريك قريباً أم أجنبياً ، اذ تجوز حيازة الشريك على شريكه للشيء المشترك بينهما ولا تسمع دعوى الشريك على شريكه ولا بينته بعد مضي مدة الحيازة الشرعية المحددة مهما طال الزمن وتقادم^(٣) .

ونحن نميل الى ما ذهب اليه المالكية بالرغم من كون الشراكة شبهة قوية بحيث يمكن عدّه مانعاً شرعياً ، إلا أننا رجحنا مذهب المالكية لأن العرف والعادة يقضيان بأن تصرفات الشركاء فيما بينهم بوجه عام ، والتصرفات المادية بشكل خاص تحكمها المساواة والمشاحة ، فيقضيان لذلك بأن الشريك لا يمكنه السكوت على تصرفات شريكه في المال المشترك بينهما تصرف الملاك ، بعد ادعائه لملكيته ، المدة الطويلة من الزمن ، لذلك كله لا يمكن اعتبار الشركة مانعاً من الموانع الشرعية للحيازة ، والله أعلم بالصواب .

ثامناً : الدين :

ذهب الاباضية الى القول بأن الدين مانع من موانع الحيازة الشرعية ، وفلم يسوا القول فيه على النحو التالي :

- ١ - تجوز حيازة المسلم على المسلم ، وكذلك حيازة الذمي على الذمي .
- ٢ - تجوز حيازة المسلم على الذمي مطلقاً ، إلا في حالة واحدة فقط وهي كون الأرض المحبوسة

(١) الشركة في الشرع : ثبوت الحق في الشيء الواحد لشخصين فأكثر على وجه الشيوخ . انظر في ذلك : قليوبي وعميرة : حاشيتان ٢/٣٣٢ .

(٢) القاضي : مجلة الأحكام ٤/٥١ ، ابن الجوزية : الطرق الحكمية ، ص ٨٩ ، العاصمي : الدرر السنية ٦/١٩٧ ، اطفيش : شرح النيل ٧/١٠٩ .

(٣) ابن رشد : البيان ١١/١٤٦ ، عليش : منح ٤/٣٣٧ .

(٤) اطفيش : المصدر السابق ٧/١١٣ .

أرض جزية ، وذلك حماية لأرض الجزية من أن يحوزها المسلمون وقطعا لخوف الذميين من سطوة المسلمين ، وتجاوز حيازة هذه الأرض بين الذميين أنفسهم .

٣- لا تجوز حيازة الذمي ، أو المرتد ، على المسلم مطلقا ، إلا أنه لا أثر للردة على ملكية المرتد للشيء المحوز إذا كانت رده بعد مضي المدة الشرعية للحيازة .

هذا ، ولم يتعرض بقية الفقهاء الى ذكر الدين باعتباره مانعا من الموانع الشرعية ، ونحسب لنا مع هذا الرأي القائل بالتفريق بين المسلم وبين الذمي من حيث الحفاظ على حقوقه وممتلكاته في ظل أحكام الشريعة الاسلامية وخاصة في عصرنا الحاضر ، وبدل لما ذهبنا اليه أن نصوص الشريعة الاسلامية وقواعدها العامة أمرت بالمحافظة على أرواحهم وأموالهم وحقوقهم ، وبينت أن لهم ما لنسأل وعليهم ما علينا ، وهذا ما قرره الفقهاء (١) والله أعلم بالصواب .

تاسعا : جهل المحوز عليه بملكته للشيء المحوز ، وكذلك جهله بتصرف الحائز في الشيء المحوز :

سبق أن ذكرنا أن فقهاء المالكية قد اشترطوا لصحة الحيازة علم المحوز عليه بملكته للشيء المحوز ، وكذلك علمه بتصرف الحائز في ملكه تصرف الملاك ، فان جهل ذلك ، كأن يحوز رجل أرضا أو دارا ورثها آخر عن أبيه أو أمه أو غيرهما ، وهو لا يعلم بوارثه لها وانتقال ملكيتها له ، أو جهل كذلك بتصرف الحائز في الشيء المحوز تصرف الملاك وبقي على جهله بذلك حتى مضت المدة الشرعية للحيازة ، فلا تصح عندهم الحيازة حينئذ عليه ولا يترتب عليها أي أثر شرعي ، وتسمع دعواه وبينته مهما طال الزمان وتقادم (٢) .

وخالف متأخرو الحنفية المالكية في عدّ جهل المحوز عليه بملكته للشيء المحوز من الموانع الشرعية

اذ ذهبوا الى القول بعدم عدّه منها ، فاذا مضت المدة الشرعية على الحيازة مع جهل المحوز عليه بملكته للشيء المحوز ، فلا تسمع دعواه بعد ذلك ولا بينته (٣) .

ونحن في الحقيقة نميل الى ما ذهب اليه متأخرو الحنفية من عدم عدّ الجهل بالملكية مسنّ موانع الحيازة ، وكذلك التصرف ، وخاصة في عصرنا الحاضر ، عصر العلم والاتصالات السريعة ، وكذلك عصر المادية المجردة عن كل قيم أو أخلاق ، بحيث لا يمكن تبرير مثل هذا الجهل ببعد المسافة ، أو جهل بموت المورث أو غير ذلك من الأعذار . . . والله أعلم بالصواب .

(١) راجع في ذلك : وهبه : الفقه الاسلامي ٤/٤٥٠ وما بعدها .

(٢) ابن فرحون : نبصرة ٢/٩٥ ، الصاوي : بلغة السالك ٢/٣٧٨ .

(٣) حيدر : درر ٤/٣٠٨ .

عاشرا : العلم بأصل دخول الشيء المحوز في ملك الحائز :

اتفق الفقهاء القائلون بالحيازة على عدّ العلم بأصل دخول الشيء المحوز في ملك الحائز بأحد التصرفات غير الناقلة للملكية كالنصب أو الإجارة، أو العارية، أو ما شابهها من التصرفات - من الموانع الشرعية للحيازة ، فإذا تبين أن حيازة الحائز للشيء المحوز إنما كانت بأحد هذه التصرفات ، فلا يكون لحيازته حينئذ أي أثر شرعي وان مضت المدة الشرعية للحيازة ، وتسمع دعوى المحوز عليه وان طال الزمان وتقدم^(١) ، إلا أن فقهاء المالكية قد استثنوا من ذلك أن يطول الزمان جدا كالخمسين سنة ونحوها ، فلا يعدّ العلم بذلك حينئذ عندهم من موانع الحيازة^(٢) .

وعلى المعنى السابق نصت " مجلة الأحكام العدلية " في المادة (١٦٧٣) منها فقالت : " ليس لمن كان مقرا بكونه مستأجرا في عقار أن يملكه لمرور زمن أزيد من خمس عشرة سنة ، وأما إذا كان منكرا وادعى المالك بأنه ملكي وكنت أجرتك اياه قبل سنين وما زلت أقبض أجرتة فتسمع دعواه ان كان ايجاره معروفا بين الناس والآ فلا " ^(٣) .

حادى عشر : عدم قبول الشيء المحوز للحيازة :

اتفق الفقهاء القائلون بالحيازة على عدّ عدم قبول الشيء المحوز للحيازة مانعا من موانع الحيازة ، فلو كان الشيء المحوز مثلا حقا من حقوق الله ، كالطريق العامة أو الممساجد ، أو المستشفيات ، وغيرها من الحقوق التي تعود ملكيتها لعامة الناس ، تسمع دعوى المدعي وبينتسه مهما طال الزمان وتقدم^(٤) ، وعلى هذا المعنى نصت " مجلة الأحكام العدلية " في المادة (١٦٧٥) منها ، فقالت : " لا اعتبار لمرور الزمن في دعاوى المحال التي يعود نفعها للعموم كالطريق العام والنهر والمرعى مثلا : لو ضبط أحد المرعى المخصوص بقرية وتصرف فيه خمسين سنة بلا نزاع ، ثم ادعاه أهل القرية تسمع دعواهم " ^(٥) .

هذا ، ولقد نص الفقهاء على بعض الأمور التي لا تعين من موانع

- (١) حيدر : درر ٣١٧/٤ ، التسولي : ٢٥٦/٢ ، ابن الجوزية : الطرق الحكمية ، ص ٨٩ ، ١١٥ ، اطفيش : شرح النيل ١٠٥/٧ ، ١٠٧ .
- (٢) ابن فرحون : تبصرة ١٠٣/٢ ، التسولي : المصدر السابق ٢٥٦/٣ .
- (٣) حيدر : درر ٣١٧/٤ ، الباز : شرح المجلة ، ص ٩٩٦ ، القاضي : مجلة الأحكام ٥١/٤ .
- (٤) ابن عابدين : قره عيون الأخبار ٤٨٨/٧ ، الزرقاني : شرح ٢٢٥/٧ ابن الجوزية : الطرق : المصدر السابق ص ٨٩ ، ١١٥ ، اطفيش : المصدر السابق ١٠٣/٧ .
- (٥) حيدر : المرجع السابق ٣٢٠/٤ ، الباز : المرجع السابق ، ص ٩٧٢ ، القاضي : المرجع السابق ٦٢/٤ .

الحيازة منها (١) :

- ١ - اذا قال المحوز عليه : علمت بأن الشيء المحوز ملكي ، ولكن منعني من الدعوى عدم وجود البينة ، ثم وجدتها الآن - أي بعد مرور المدة المحددة للحيازة - فلا يقبل قوله هذا ، لأنه يكون كالمقرر والمعترف بأنه لا حق له في الشيء المحوز .
- ٢ - اذا قال المحوز عليه : علمت أن الشيء المحوز ملكي ، ولكنني لم أعلم بالحيازة ، فلا يقبل قولسه كذلك ، لأن العرف يكذبه .
- ٣ - اذا قال المحوز عليه : لم أكن أعلم أن الشيء المحوز ملكي ، ولكنني انتظرت قدوم البينة التي كانت غائبة ، فلا يقبل قوله هذا كذلك .
- ٤ - اذا قال المحوز عليه : لم أكن أعلم أن حكم الحيازة قطع البينة ، فلا يعذر لقوله هذا .

ومن الملاحظ أن " مجلة الأحكام العدلية " قد ذكرت هذه الموانع وحصرتها في أربعة : هي : الغيبة ، وعدم الأهلية ، والتغلب ، والافلاس ، وذلك في المادتين (١٦٦٣) ، (١٦٦٨) منها ، اللتين سبق ذكرهما (٢) .

وأشار صاحب " مرشد الحيران " الى هذه الموانع في المادة (١٥٦) منه ، فقالت : " انما لا تسمع دعوى الملك ، أو الارث ، أو الوقف ، على واضح اليد ، اذا تحقق ترك (٣) الدعوى بلا عذر شرعي في المدة المحدودة " . كما حصر هذه الموانع في اثنتين هما : الغيبة وعدم الأهلية ، وذلك في المادتين (١٥٧) ، (٢٥٦) منه ، اللتين سبق ذكرهما (٤) .

-
- (١) الخطاب : مواهب ٢٢٣/٦ ، الزرقاني : شرح ٢٢٤/٧ ، البناني : حاشية ٢٢٤/٧ .
 - (٢) راجع في ذلك ص ٧٩ ، ٧٣ من هذه الرسالة .
 - (٣) قدرى : مرشد الحيران ، ص ٤٨ .
 - (٤) راجع في ذلك ص ٧٤ من هذه الرسالة .

الفرع الرابع : الأموال والحقوق التي يمكن أن تكون موضعاً للحيازة :

يمكننا تقسيم الأموال والحقوق من حيث قبولها وخضوعها للحيازة الى قسمين أو نوعين :

النوع الأول : أموال وحقوق لا يمكن أن تكون موضعاً للحيازة .

النوع الثاني : أموال وحقوق يمكن أن تكون موضعاً للحيازة .

فاليك بيان كل نوع من هذه الأنواع بالتفصيل على النحو التالي :

النوع الأول : الأموال والحقوق التي لا يمكن أن تكون موضعاً للحيازة :

أولاً : الأموال والحقوق العامة :

اتفق الفقهاء القائلون بالحيازة على أن الحقوق - المنافع ، المرافق - العامة كالمساجد والمدارس ، والمستشفيات ، والطرق العامة ، وغير ذلك من المؤسسات التي تعود للنفع العام ، وتُعدّ من حقوق الله تعالى ^(١) ، لا يمكن أن تكون موضعاً للحيازة أو يسري عليها تقادم ^(٢) ، ووجه ذلك أن مثل هذه الحقوق والأموال ملك لعموم الناس ، ولا يخلو عموم الناس من قاصرين كالمصغر والمجنون أو غائبين ، ولا يمكن فصل حق هؤلاء عن حق غيرهم ^(٣) ، لذلك لا تسمع الدعوى في مثل هذه الأموال والحقوق مهما طال الزمان وتقدم ، وفي هذا المعنى يقول الزرقاني ^(٤) في شرحه : " وأما في حق الله كوقف ، وبناء بطريق ، فتسمع الدعوى فيها ولو زادت مدة الحيازة عن الأمد المذكور عشر سنين - " ^(٥) .

ويقول العدوي ^(٦) في حاشيته في المعنى نفسه : " ومثل ذلك - أي لا تسمع دعوى المدعي أو بينتسه حق الله : هو ما يتعلق به النفع العام من غير اختصاص بأحد فينسب الى الله تعالى لعظم

خطره ، وشمول نفعه . انظر في ذلك : التفتازاني : التلويح ٢/١٥٠ .

(٢) ابن عابدين : قرّة عيون الأختار ٧/٤٨٨ ، الشاذلي : كفاية الطالب ٢/٢٩٥ ، اطفيش : شرح النيل ٧/١٠٣ .

(٣) حيدر : درر ٤/٢٢٠ ، الباز : شرح المجلة ، ص ٩٩٧ ، القاضي : مجلة الأحكام ٤/٦٢ .

(٤) هو أبو عبد الله محمد بن عبد الباقي الزرقاني ، الفقيه المحدث ، أخذ عن والده ، والنور الأجهسوري والخرخشي ، وغيرهم ، وأخذ عنه الشيخ محمد زيتونة ، وعلي بن خليفة ، وأحمد الغماري ، وغيرهم . له تصانيف عديدة منها : شرح على مختصر خليل ، وشرح على الموطأ ، وغيرها ، توفي - رحمه الله - عام ١٢٢ هـ .

انظر في ذلك : مخلوف : شجرة النور ، ص ٣١٧ ، ٣١٨ .

(٥) الزرقاني : شرح ٧/٢٢٥ .

(٦) هو أبو الحسن علي بن أحمد الصنيدى العدوي ، الفقيه ، أخذ عن عبد الوهاب الطلوي وشلبي البرلسي ، وسالم النفراوي ، وعبد الله المقرئ ، ومحمد السلموني ، ثلاثتهم عن الخرخشي وأقرانه ، وأخذ عنه أئمة أعلام كالشيخ عبادة ، والبناني ، والدرديبر ، والدسوقي ، وغيرهم ، له تصانيف عديدة منها : حاشية على ابن تركي وحاشية على الحسن الشاذلي على الرسالة ، وحاشية على الخرخشي والزرقاني وكلاهما على مختصر خليل ، توفي عام ١١٨٩ هـ ، انظر في ذلك : مخلوف : شجرة النور ص ٣٤١ ، ٣٤٢ .

بعد مدة الحيابة في غير - الطرق ، والمساجد ، لا حيازة فيها بل تسمع فيها الدعوى والبينة ولو طال الزمان " (١) .

وعلى المعنى نفسه نصت " مجلة الأحكام العدلية " في المادة (١٦٧٥) منها ، التي سبق ذكرها (٢) .

ثانيا : أموال وحقوق أصحاب الأعذار والموانع الشرعية :

لقد سبقت الإشارة الى الأعذار والموانع الشرعية التي تمنع من صحة الحيابة وسريان التقادم على الشيء المحوز ، كالغيبه وعدم الأهلية ، وغيرها من الموانع (٣) .

وبناء على ما سبق ، فلا خلاف بين الفقهاء القائلين بالحيابة في أن أموال وحقوق أصحاب مثل هذه الأعذار لا تصح حيازتها ولا يسرى عليها التقادم وان طال الزمان وتقادم ، حتى تزول مثل هـ الأعدار (٤) ، وعلى هذا المعنى نصت " مجلة الأحكام العدلية " في المادة (١٦٦٣) منها ، فقالت : " والمعتبر في هذا الباب ، أي في مرور الزمن المانع لاستماع الدعوى ، هو مرور الزمن الواقع بلا عذر فقط ، وأما مرور الزمن الحاصل بأحد الأعذار الشرعية ككون المدعي صغيرا أو مجنونا أو معتوها ، سواء كان له وصي أو لم يكن له ، أو كونه في ديار أخرى مدة السفر ، أو كان خصمه من المتغلبه ، فلا اعتبار له ، فلذلك يعتبر مبدأ مرور الزمن من تاريخ زوال واندفاع العذر ، مثلا لا يعتبر الزمن الذي مر حال جنون أو عته أو صغر المدعي ، بل يعتبر مرور الزمن من تاريخ وصوله حد البلوغ ، كذلك اذا كان لاحد مع أحد المتغلبه دعوى ولم يمكنه الادعاء لامتداد زمن تغلب خصمه وحصل مرور زمن لا يكون مانعا لاستماع الدعوى وانما يعتبر مرور الزمن من تاريخ زوال التغلب " (٥) .

وعلى هذا المعنى أيضا نص صاحب " مرشد الحيران " في المواد (١٥٦) ، (١٥٧) ، (٢٥٦) ، التي سبق ذكرها (٦) .

-
- (١) العدوى : حاشية ٢٤٢/٧ .
(٢) راجع في ذلك ص ٨٣ من هذه الرسالة .
(٣) راجع في ذلك ص ٧٤ من هذه الرسالة .
(٤) ابن عابدين : قره عيون الأخبار ٤٨٦/٧ ، الخطاب : مواهب ٢٢٢/٦ ، العاصمي : الدرر السنينة ١٩٧/٦ اطفيش : شرح النيل ١٠٠/٧ .
(٥) حيدر : درر ٣٠٥/٤ ، الباز : شرح المجلة ، ص ٩٩٠ ، القاضي : مجلة الأحكام ٥٦/٤ .
(٦) راجع في ذلك ص ٨٤،٧٤ من هذه الرسالة .

النوع الثاني : الأموال والحقوق التي يمكن أن تكون موضعاً للحيازة :

أولاً : العقار :

اتفق الفقهاء القائلون بالحيازة على صحة حيازة العقار^(١) وهو الأرض وما اتصل بها من بناء أو شجر^(٢).

وعليه ، فلو وضع رجل يده على أرض ، أو دار ، وتصرف فيها تصرف الملاك ، وهو ينسبها لنفسه ، بحضور المحوز عليه وعلمه ، ولم يدع عليه أو ينكر طوال مدة الحيازة ، ولم يمنعه من ذلك مانع شرعي فلا تسمع دعواه بعد ذلك ولا بينته ، وفي هذا المعنى يقول صاحب " شرح النيل " : " وإنما تكون الحيازة في الأرض ، وما اتصل بها من الأشجار ، والبنيان ، والميزان ، والأبيار ، والعيون ، والأنهار ، وما جرى هذا المجرى"^(٣).

وهذا ما نصت عليه " مجلة الأحكام العدلية " في المادة (١٦٦١) ، (١٦٦٢) سابقتي الذكر^(٤) كما نص صاحب " مرشد الحيران " على المعنى نفسه في أكثر من مادة^(٥) منها المادة (١٥٢) فقالت : " من كان واضعاً يده على عقار متصرفاً فيه تصرف الملاك بلا منازع مدة ثلاث وثلاثين سنة فلا تسمع عليه بعدها دعوى الارث ولا دعوى أصل الوقف إلا لعذر شرعي " ^(٦).

ثانياً : المنقول :

والمراد بالمنقول هنا: هو كل شيء يمكن نقله من محل إلى آخر ، فيشمل النقود ، والعروض والحيوانات ، والمكيلات ، والموزونات^(٧).

ولقد اتفق الفقهاء القائلون بالحيازة على صحة حيازة المنقول^(٨) ، إذا توفرت شروط الحيازة

- (١) ابن عابدين : رد المحتار ٤٢١/٥ ، ابن عابدين : قرة عيون الأخبار ٤٨٦/٧ ، وما بعدها ، العبدوي : حاشية على كفاية الطالب ٢٩٥/٢ ، العاصمي : الدرر السنوية ١٩٧/٦ ، اطفيش : شرح النيل ١٠٦/٧ .
- (٢) الدردير : الشرح الكبير ٢٣٤/٤ .
- (٣) اطفيش : المصدر السابق ٦/٧ .
- (٤) راجع في ذلك ص ٧٢ من هذه الرسالة .
- (٥) (٦) قدرى : مرشد الحيران ، ص ٤٥ .
- (٧) انظر في ذلك المادة (١٢٩) من مجلة الأحكام العدلية ، حيث نصت " المنقول : هو الشيء الذي يمكن نقله من محل إلى آخر ، فيشمل النقود ، والعروض ، والحيوانات ، والمكيلات ، والموزونات " ، انظر في ذلك : حيدر : درر ١١٧/١ ، الباز : شرح المجلة ، ص ٧٠ ، القاضي : مجلة الأحكام ١١٧/١ .
- (٨) ابن عابدين : قرة عيون الأخبار ٤٨٨/٧ ، الدسوقي : حاشية ٢٣٦/٤ ، ابن الجوزية : الطرق الحكمية ص ٨٩ ، اطفيش : المصدر السابق ١٠٤/٧ .

سابقة الذكر ، ولا تسمع دعوى المحوز عليه ولا بينته بعد مضي المدة المحددة مهما طال الزمان وتقدم ، وفي هذا المعنى يقول صاحب " درر الحكام " : " لا تسمع الدعاوى غير العائدة لأصل الوقف ، أو للعمسوم كالدين ولو كان دية ، والوديعة ، والعارية ، والعقار الملك ، والملك الذي لم يكن غقارا كالحيوان والأمتعة الأخرى ... " (١) .

وجاء في " المدونة " في المعنى نفسه : " رأيت الدواب ، والثياب ، والعروض كلها والحيوان كله ، هل كان مالك يرى أنها اذا حازها دونه ؟ وهل كان يرى في هذه الأشياء مثل ما يقول في الدور اذا كانت ؟ قال (٢) : لم أسمع من مالك في هذا شيئا ، إلا أن ذلك عندي مثل ما قال مالك في الدور ، اذا كانت الثياب تلبس وتمتهن ، والدواب تكوى وتركب " (٣) .

ثالثا : الخين :

اختلف الفقهاء فيما بينهم ، في صحة حيازة الديون وذلك على التفصيل التالي :

- ١ - ذهب متأخرو الحنفية ، وبعض المالكية وعلى رأسهم الامام مالك ، الى القول بصحة حيازة الديون مطلقا ، سواء أكانت هذه الديون بوثيقة أم بغير وثيقة ، وسواء أكانت عائدة لأفراد الناس مع بعضهم البعض ، أم كانت ديون بيت المال من أفراد الناس أم ديون أفراد الناس مسن بيت المال فلا تسمع دعوى المحوز عليه ولا بينته بعد مضي المدة المحددة للحيازة (٤) ، واستبدل المالكية لما ذهبوا اليه بقوله صلى الله عليه وسلم : " من حاز شيئا عشر سنين فهو أحق به " (٥) وقالوا في وجه الدلالة بالحديث السابق : انّ النبي - صلى الله عليه وسلم - قد أطلق لفظة " الحيازة " فشمّل ذلك كل ما يحاز من مال ، سواء أكان ذلك ديناً أم غيره ، وقالوا كذلك : بأن طول المدة مع حضور الدائن وسكوته يكون مانعا له من الطلب ، والطلب ممنوع في سائر المطالب سواء أكان معه وثيقة بالدين أم لا ، بدليل أن السكوت في ذلك يعد كالاتار المنطوق به من الدائن للمدين بأنه لا حق له عليه (٦) .
- ٢ - وذهب البعض الآخر من المالكية الى التفريق بين الديون الثابتة بوثيقة وغيرها (٧) ، فقالوا

(١) حيدر : الدرر ٢٩٨/٤ .

(٢) القائل هنا هو ابن القاسم الذي يروي عنه الامام سحنون نقلا عن الإمام مالك .

(٣) الامام مالك : المدونة ١٩٢/٥ .

(٤) حيدر : المرجع السابق ٢٩٩/٤ ، الخطاب : مواهب ٢٢٩/٦ .

(٥) سبق تخريجه ، راجع في ذلك ص ٢٥ من هذه الرسالة .

(٦) الخطاب : مواهب ٢٢٩/٦ ، الزرقاني : شرح ٢٢٥/٧ ، البناني : حاشية ٢٢٥/٧ .

(٧) المصادر السابقة في الصفحات نفسها .

بعدم صحة الحيازة في الديون الثابتة بوثيقة مكتوبة تكون بيد الدائن عند الطلب ، وقالوا في بيان وجه ذلك : ان بقاء الوثيقة بيد صاحبها لهو دليل واضح على أنه لم يقبض دينه ، اذ ان العرف يقضي في مثل هذه الأحوال بأخذ المدين لوثيقة الدين وتمزيقها عند دفع دينه حتى لا يطالبه الدائن به مرة أخرى ، فدل وجود الوثيقة بيد الدائن على عدم الدفع (١) .

ثم اختلفوا بعد ذلك في صحة حيازة الديون اذا كانت بغير وثيقة وذلك على قولين ، أحدهما قال بالجواز ، والثاني قال بالمنع .

٣- وذهب فريق ثالث من المالكية الى القول بعدم صحة الحيازة على الديون مطلقا (٢) ، سواء أكانت هذه الديون بوثيقة أم بغير وثيقة ، وقالوا في بيان وجه ذلك : إن الدين اذا تقرر وثبت لا يبطل مطلقا ، فتسمع الدعوى والبينة مهما طال الزمان وتقدم ، وذلك لقوله صلى الله عليه وسلم : " لا يبطل حق امرئ مسلم وان قدم " (٣) .

ونحن نميل الى ما ذهب اليه متأخرو الحنفية وبعض المالكية من القول بصحة الحيازة على الديون مطلقا ، سواء أكانت بوثيقة أم بدون وثيقة ، اذ ان اطلاق لفظ الحديث الصحيح والعرف ، يقضيان بذلك ، اذ ان الغالب في تصرف الدائن مع المدين المشاحة وكثرة الطلـسب بحيث لا تمضي مثل هذه المدة الطويلة من الزمن دون مطالبة ، بغض النظر عن كون الدين كان مكتوبا بوثيقة أم كان غير مكتوب ، هذا بالاضافة الى عدم صحة " حديث عدم بطلان الحسق الذي فكره أصحاب الفريق الثالث ، وهذا ما يعزز ما ذهبنا اليه . والله أعلم بالصواب .

هذا وقد نمت " مجلة الأحكام العدلية " على جواز حيازة الديون في المادة (١٦٦٠) منها فقالت : " لا تسمع الدعاوى غير العائدة لأصل الوقف ، أو للعموم كالكئين ، والوديعة (٤) والعقار الملك ، والميراث ، والمقاطعة في التعقيرات الموقوفة (٥) أو التصرف

- (١) الخطاب : مواهب ٢٢٩/٦ ، الزرقاني : شرح ٢٢٥/٧ ، البناني : حاشية ٢٢٥/٧ .
- (٢) المصادر السابقة ، في الصفحات نفسها .
- (٣) سبق تخريجه ، انظر تخريجه ص ١٥٧ من هذه الرسالة .
- (٤) الوديعة في الشرع : توكيل في حفظ مملوك ، أو محترم مختص على وجه مخصوص ، انظر في ذلك الخطيب : مغني المحتاج ٧٩/٣ .
- (٥) المراد بالمقاطعة هنا : هي العقار الذي يكون أرضه وقفا ، وتكون الأبنية والأشجار والكروم التي عليها ملكا ، بحيث يدفع المتصرف فيها أجرة مقطوعة سنويا لجانب الوقف ، وهو ما يعرف باجسارة الأرض ، انظر في ذلك : حيدر : ٢٢٩ / ٤ .

بالاجارتين^(١) والتولية المشروطة^(٢) ، والغلة ، بعد تركها خمس عشرة سنة " .

وهو ما نص عليه صاحب " مرشد الحيران " أيضا ، في المادة (٢٥٦) منه ، التي سبق ذكرها^(٣) .

رابعا : الميراث :

اختلف الفقهاء في صحة الحيابة على الميراث بعد ثبوته على التفصيل التالي :

- ١ - ذهب متأخرو الحنفية والمالكية ، الى القول بصحة حيابة الورثة على بعضهم البعض^(٤) ، فلو طالب أحد الورثة الوريث الآخر - أو الورثة الآخرين - بنصيبه من تركة المتوفى بعد مضي المدة المحددة للحيابة ، ولم يكن قد منعه من المطالبة قبل ذلك مانع شرعي مع توفر شروط الحيابة الأخرى من حضوره ، وعلمه ، وادعاء الحائز لملكية الشيء المحوز ، فلا تسمع دعوى المحوز عليه حينئذ ولا بينته ، اذا أنكر الحائز صحة دعوى المحوز عليه .
- ٢ - وذهب ابن قيم الجوزية ، ومتأخرو الحنابلة والاباضية الى القول بعدم صحة حيابة الورثة على بعضهم البعض^(٥) ، فتسمع دعوى الوارث على الورثة الآخرين مهما طال الزمان وتقادم .

وفي هذا المعنى يقول صاحب " شرح النيل " : " وإن كان الداخل وارثا فلا تثبت له الحيابة على غيره من الورثة ، لأنهم قالوا: لا تثبت الحيابة بين الورثة"^(٦) .

هذا وقد نصت " مجلة الأحكام العدلية " على جواز حيابة الميراث في المادة (١٦٦٠) منها التي

هذا معنى بالمعنى

- (١) المراد بالاجارتين هنا : هو عقد اجارة مديدة بإذن القاضي على عقار الوقف المتوهن ، الذي يعجز الواقف عن اعادته الى حالته الأولى من العمران سمي بالاجارتين لأن المستأجر يدفع لجانب الوقف اجرة معجلة تقارب قيمة الوقف تؤخذ لتعميره ، وأجرة مؤجلة فضيلة سنوية يتجدد العقد عليها ودفعها كل سنة ، وذلك كمخرج من عدم جواز بيع الوقف ولا اجارته مدة طويلة . انظر في ذلك : الزرقا : مدخل ٤٢/٣ .
- (٢) المراد بالتولية هنا : هي ادعاء شخص بأنه المتولي بالمشروطة لهذا الوقف ، بعد تصرف آخر في الوقف مدة خمس عشرة سنة بصفته متول للوقف بالمشروطة أيضا . انظر في ذلك : حيدر : درر ٣٠٠/٤ .
- (٣) راجع في ذلك ص ٧٤ من هذه الرسالة .
- (٤) ابن عابدين : قرة عيون الأخيار ٤٨٨/٧ ، حيدر : درر ٢٦٢/٤ ، ابن فرحون : تبصرة ٩٩/٢ ، عليش : منح ٣٣٧/٤ .
- (٥) ابن الجوزية : الطرق الحكمية ، ص ٨٩ ، ١١٥ ، العاصمي : الدرر السنوية ١٩٧/٦ ، اطفيش : شرح النيل ١١٣/٧ .
- (٦) اطفيش : المصدر السابق ١١٣/٧ .

سبق ذكرها (١) .

وهو ما نص عليه أصحاب " مرشد الحيران " في المادة (١٥٦) منه ، التي سبق ذكرها كذلك (٢) .

خامسا : المال المشترك (الشركة) :

لقد سبقت الإشارة الى اختلاف الفقهاء في عدّ الشركة مانعا من الموانع الشرعية أم لا ، سواء أكانت الشركة في ميراث أم في غير (٣) .

وعليه فمن عدّها من الموانع وهم : متأخرو الحنفية ، ومتأخرو الحنابلة ، والإباضية ، ذهبوا إلى القول بعدم جواز حيازة المال المشترك ، والى سماع دعوى الشريك المحوز عليه على شريكه الحائز وان مضت مدة الحيازة (٤) .

ومن لم يعدّها من الموانع الشرعية وهم المالكية ذهبوا الى القول بجواز حيازة المال المشترك والى عدم سماع دعوى الشريك المحوز عليه على شريكه الحائز بعد مضي مدة الحيازة مهما طال الزمان وتقادم (٥) .

وسبق أن رجحنا مذهب المالكية في ذلك ، فانظره هناك (٦) .

سادسا : المهر (الصداق) :

اختلف الفقهاء في صحة حيازة المهر بعد ثبوته واستقراره على التفصيل التالي :

١ - ذهب متأخرو الحنفية الى القول بصحة الحيازة على المهر المؤجل (٧) ، فاذا تركت المرأة المطالبة بمهرها المؤجل بعد وجوبه بالموت أو الطلاق ، ولم يكن يمنعها من المطالبة أي مانع شرعي حتى مضت المدة المحددة للحيازة ، فلا تسمع دعواها بعد ذلك ولا بينتها مهما طال الزمان وتقادم .

٢ - وذهب المالكية الى القول بعدم صحة حيازة المهر مطلقا ، سواء

(١) راجع في ذلك ص ٨٩ من هذه الرسالة .

(٢) راجع في ذلك ص ٨٤ من هذه الرسالة .

(٣) راجع في ذلك ص ٨١ من هذه الرسالة .

(٤) القاضي : مجلة الأحكام ٥١/٤ ، ابن الجوزية : الطرق الحكمية ، ص ٨٩ ، العاصمي : الدرر السنية ١٩٧/٦ ، اطفيش : شرح النيل ١٠٩/٧ .

(٥) ابن رشد : البيان ١٤٦/١١ ، عليش : منح ٣٣٧/٤ .

(٦) راجع في ذلك ص ٨١ من هذه الرسالة .

(٧) ابن عابدين : رد المحتار ٤٢١/٥ ، ابن عابدين : قرة عيون الأخبار ٤٨٨/٧ .

أكان معجلاً أم مؤجلاً^(١)، وتسمع دعوى المرأة وبينتها وإن مضت المدة المحددة للحيازة، وفي هذا المعنى يقول صاحب "البيان والتحصيل": قال يحيى^(٢): سألت ابن القاسم^(٣) عن رجل أصدق المرأة صداقاً منزلاً، فلما دخل، ابنه بالمرأة أخذت المنزل، إلا حقولاً يسيرة تركتها في يد حميها، فلم تزل في يديه حتى مات بطول زمان، ثم أرادت المرأة أخذها، فمنعها ورثة الحمي، وقالوا: قد عايشته زماناً من دهرك، وهي في يديه، ولا تشهدين عليه بعاريسة ولا كراء، ولا ندري لعله أرضاك من حقلك، أترى للمرأة في ذلك حقاً؟ قال: نعم، لهن أن تأخذ تلك الحقول التي هي مما كان أصدقها الحمى عن ابنه، ولا يضرها طول ما تركت ذلك في يد الحمي، لأنها ليست بالصدقة فيلزم حيازتها، وإنما الصداق ثمن من الأثمان. قال: وكذلك لو تركت كل ما أصدقت في يد الحمى، لم يضرها ذلك^(٤).

ونحن في الحقيقة نميل إلى ما ذهب إليه متأخرو الحنفية من القول بصحة الحيازة على المهر المؤجل، وكذلك المعجل، إذا توفرت شروط الحيازة سابقة الذكر ولم يمنع من المطالبة بالشيء المحبوز مانع شرعي، لأن المهر حينئذ يكون كالدين، فإذا قلنا بحيازة الدين هناك، نقول بصحة حيازة المهر أو الصداق هنا، ولا فرق بعد ذلك بين كون الدين نتيجة لثمن أو غير ذلك، كما ذهب إلى ذلك المالكية..... والله أعلم بالصواب.

(١) ابن رشد، البيان ١١/١٨٩.

(٢) هو أبو محمد يحيى بن يحيى بن كثير الليثي القرطبي، الإمام الحجة، رئيس علماء الأندلس وفقهياً، سمع الموطأ أولاً من شبطون، ثم سمعها من مالك غير الاعتكاف، وروايته أشهر الروايات، سمع ابن وهب وابن القاسم، وابن عيينة، ونافعا، والليث بن سعد وغيرهم، وأخذ عنه ابنناؤه عبد الله واسحق ويحيى، وابن حبيب، وتفقه عليه ابن مزين، وابن وضاح، وبه وبعبسي بن دينار انتشر مذهب مالك بالأندلس، توفي - رحمه الله - عام ٢٣٤ هـ، انظر في ذلك: مخلوف: شجرة النور، ص ٦٤، عياض: ترتيب المدارك (١/٢٠٤/٥٣٤).

(٣) هو أبو عبد الله عبد الرحمن بن القاسم بن خالد بن جنادة العتقي المصري، الحافظ الفقيه، أثبت الناس في الإمام مالك - رحمه الله - وأعلمهم بأقواله، صحبه عشرين سنة، وعليه تفقه، لم يرو واحداً عن مالك الموطأ أثبت منه، روى عن الليث، وعبد العزيز بن الماجشون، وغيرهم، خرّج عنه سنن الإمام البخاري في صحيحه، وأخذ عنه جماعة منهم أصبغ، ويحيى بن دينار، والحارث بن مسكين، ويحيى ابن يحيى الأندلسي، وسحنون، وغيرهم. توفي - رحمه الله - عام ١٩١ هـ. انظر في ذلك: شجرة النور ص ٥٨، عياض: ترتيب المدارك (١/٢٠٤/٤٣٣).

(٤) ابن رشد: المصدر السابق ١٧/١٨٩، والحطاب: مواهب ٦/٢٣٠.

سابعاً : حق النفقة :

والنفقة نوعان هما : النفقة الزوجية ، ونفقة الأقارب ، سنتكلم عن أثر التقادم في كل

منهما على النحو التالي :

أ- حق النفقة الزوجية :

اختلف الفقهاء في سقوط حق نفقة الزوجة بعد وجوبها بمضي الزمان وتقادمه على

التفصيل التالي :

١ - ذهب الحنفية إلى القول بسقوطها بعد وجوبها بمضي الزمان وتقادمه ما لم تصبح ديناً فسي ذمة الزوج بقضاء قاضٍ بها ، أو تراشٍ من الزوجين عليها ، والآ - أي بأن قضى بها قاضي ، أو تراش الزوجان عليها - فلا تسقط ، وتسمع دعوى الزوجة بها مهما طال الزمان وتقادم ، وفي هذا المعنى يقول صاحب " البدائع " : " قال أصحابنا إنها تجب على وجه لا يصير ديناً في ذمة الزوج ، الآ بقضاء القاضي أو تراشي الزوجين ، فإن لم يوجد أحد هذين تسقط بمضي الزمان " (١) .

٢ - وذهب المالكية إلى التفريق في سقوط النفقة بمضي الزمان وتقادمه بين حالة الاعسار وبين حالة اليسار ، وذلك على النحو التالي (٢) :

أ - تسقط نفقتها بمضي الزمان وتقادمه إن كان معسراً بالنفقة ، ولا مطالبة لها بما مضى إن أيسر .

ب - ولا تسقط بمضي الزمان وتقادمه إذا كان موسراً ، ورجعت عليه بما امتنع عن دفعه حال يساره .

ج - وذهب الحنابلة إلى سقوطها بمضي الزمان وتقادمه مطلقاً ، سواء قضى بها قاضي أو لسّم يقض ، كان الزوج موسراً أم معسراً ، ولا تسمع دعواها ولا بينتها بعد مضي السنين المتطاولة ، في هذا المعنى يقول صاحب " الطرق الحكيمة " : " ومثل ذلك : أن تأتي المرأة بعد سنين متطاولة تدعي على الزوج أنه لم يكسها في شتاء ولا صيف ، ولا أنفق عليها شيئاً ، فهذه الدعوى لا تسمع لتكذيب العرف والعادة لها ، ولا سيما إذا كانت فقيرة والزوج موسراً " (٣) .

ب- حق نفقة الأقارب :

اتفق فقهاء الحنفية والمالكية على سقوط نفقة الأقارب بمضي الزمان وتقادمه ما لم يكن

(١) الكاساني : بدائع ٤/٢٥ ، ٢٩ .

(٢) الدردير : الشرح الصغير ١/٥٢٣ .

(٣) ابن الجوزية : الطرق الحكيمة ، ص ٨٩ ، ٩٠ .

المستحق قد قبض النفقة ، أو استدان باذن القاضي له بذلك^(١) ، ولا تكون النفقة حينئذ ديناً في ذممة من تجب عليه النفقة ، لأنها انما وجبت للقريب لدفع حاجته المستعجلة ، وبمرور الزمان دون استدانة تنتفي الحاجة اليها .

ثم اختلفوا بعد ذلك في سقوطها بمرور الزمان وتقدمه بعد فرض القاضي لها ، وذلك على سبيل التفصيل التالي :

- ١ - ذهب الحنفية الى القول بسقوطها وإن فرضها القاضي ، وفي هذا المعنى يقول صاحب " البدائع ؟ " فالمسقط لها بعد الوجوب هو مضي الزمان من غير قبض ولا استدانة ، حتى لو فرض القاضي نفقة شهر للقريب فلم يقبض ولا استدان عليه حتى مضت المدة سقطت النفقة ، لما ذكرنا - أن هذه النفقة تجب صلة محضة ، فلا يتأكد وجوبها إلا بالقبض أو ما يقوم مقامه . والله أعلم " (٢) .
- ٢ - وذهب المالكية الى القول بسقوطها بعد فرض القاضي لها ، إذ تصبح حينئذ ديناً في ذمة من تجب عليه النفقة " (٣) .

ونحن في الحقيقة نميل الى القول بسقوط حق النفقة بمضي الزمان وتقدمه مطلقاً ، سواء أكانت نفقة الزوجة أم نفقة الأقارب ، وسواء أكان القاضي قد حكم بها أو لم يحكم بها بعد ، سواء أكان من تجبب عليه معسراً ، لأن النفقة بوجه عام ، والنفقة الزوجية بوجه خاص بعد ثبوتها على من تجبب عليه تصبح بمعنى الدين ، ولقد سبقت الاشارة الى صحة حيازة الديون بعد مضي مدة الحيازة وعدم وجود المانع الشرعي من المطالبة به . كما يقضي بذلك العرف والعادة . والله أعلم بالصواب

ثامناً : حق الشفعة :

ذهب متأخرو الحنفية الى القول بصحة حيازة حق الشفعة^(٤) ، وصورة ذلك : أنه يجبب على الشفيع بعد طلبه لحق الشفعة والاشهاد على ذلك ، أن يتقدم بطلب تملك ومخاصمة للمشتري فسيحق الشفعة عند القاضي ، وذلك خلال شهر من الطلب والاشهاد ، فلو تأخر عن هذه المدة يسقط حقه في الشفعة ولا تسمع دعواه ولا بينته بعد ذلك مهما طال الزمان وتقدم ، لما في ذلك من دفع الضرر عن

(١) الكاساني : بدائع ٣٨/٤ ، الدردير : المصدر السابق ٥٢٧/١ ، الخطيب : مغني المحتاج ٤٤٩/٣ ،

البهوتي : كشف ٥٤٨٤/٥

(٢) الكاساني : بدائع ٣٨/٤

(٣) الدردير : الشرح الصغير ٥٢٧/١

(٤) الباز : شرح المجلة ، ص ٥٨٢ ، القاضي : فجلة الأحكام ٥٣/٤

المشتري من جهة الشفيع ، اذ إن المشتري في العادة يمتنع عن التصرف في المشفوع فيه خشية أن يأخذه الشفيع وينقض تصرفاته فيه من نحو بناء ، أو غرس ، أو غير ذلك من التصرفات ، وفي عدم تحديد مدة للأخذ بالشفعة اضرار به .

وهذا ما نصت عليه " مجلة الأحكام العدلية " في المادة (١٠٣٤) منها فقالت : " لو أخرج الشفيع طلب الخصومة بعد طلب التقرير والإشهاد شهرا من دون عذر شرعي ككونه في ديار أخرى يسقط حق شفيعته (١) وهذا ما نص عليه صاحب " مرشد الحيران " أيضا في المادة (١٣٦) منه ، فقالت : " تبطل الشفعة بترك طلب الموائبة ، أو باختلال شرط من شروط صحتها وتسقط أيضا بترك التقرير والإشهاد مع امكانه والقدرة عليه ، وبتأخير طلب المخاصمة شهرا بلا عذر " (٢) .

تاسعا: العارية (٣) :

ذهب متأخرو الحنفية الى القول بصحة حيازة العارية (٤) ، وصورة ذلك : بأن يطلب المعير من المستعير عاريتته ، فينكر أنه استعار منه شيئا ، فلا تسمع دعوى المعير بعد ذلك ولا بينتته اذا كان قد ادعى بعد مضي المدة المحددة للحيازة ، ولم يكن قد منعه من الدعوى قبل ذلك أي مانع شرعي .

عاشرا : الوديعة :

ذهب متأخرو الحنفية الى القول بصحة حيازة الوديعة (٥) ، وصورة ذلك بأن يطلب المودع من الوديع وديعته التي كان قد أودعها عنده ، فينكر الوديع أنه أخذ منه شيئا ، فلا تسمع دعوى المودع بعد ذلك ، ولا بينته اذا كان قد ادعى بعد مضي المدة المحددة للحيازة ، ولم يكن قد منعه من الدعوى قبل ذلك أي مانع شرعي ، وهذا ما نصت عليه مجلة الأحكام العدلية في المادة (١٦٦٠) منها ، والتي سبق ذكرها (٦)

(١) حيدر : درر ٨٠٤/٢ ، الباز : المرجع السابق ص ٥٨٢ ، القاضي : مجلة الأحكام ٤١٧/٢ .

(٢) قدرى : مرشد الحيران ص ٤١ .

(٣) العارية في الشرع : إباحة الانتفاع بما يحل الانتفاع به مع بقاء عينه . انظر في ذلك : الخطيب : مغني المحتاج ٢/٢٦٣ .

(٤) حيدر : درر ٩/٤ .

(٥) حيدر : المرجع السابق ٢٩٩/٤ .

(٦) راجع في ذلك ص ٨٩ من هذه الرسالة .

حادي عشر : الوقف :

اختلف الفقهاء في صحة حيازة الوقف ، وذلك على التفصيل التالي :

- ١ - ذهب المالكية، والإباضية^(١)، إلى القول بعدم صحة حيازة الأموال الموقوفة لأي جهة كانت، فلا يسرى عليهم أحكام التقادم ، وتسمع دعوى متولي الوقف وبينته مهما طال الزمان وتقدم ، لأن الوقف من حقوق الله، ولقد سبق أن نقلنا قول الزرقاني في " شرحه " حيث قال : " وأما في حق الله كوقف ، وبناء بطريق ، فسمع البينة ولو زادت مدة الحيازة عن الأمد المذكور - عشر سنين - " ^(٢) .
- ٢ - وذهب متأخرو الحنفية إلى القول بصحة حيازة الأموال الموقوفة^(٣) ، وإلى سماع دعوى متول الوقف وبينته ما لم تضي المدة المحددة للحيازة ، وفي هذا المعنى يقول صاحب " حاشية قرة عيون الأخيار " : " ومدة عدم سماع الدعوى في الوقف ست وثلاثين سنة إذا كان بدون عذر شرعي وكان للوقف متولي " ^(٤) .

- (٥) وعلى هذا المعنى نصت مجلة الأحكام العدلية في المادة (١٦٦١) منها التي سبق ذكرها .
- وهو ما نص عليه صاحب " مرشد الحيران " في المادة (١٥٢) منه ، التي سبق ذكرها أيضا ^(٦) .

ثاني عشر : حق الارتفاق :

اختلف الفقهاء في صحة حيازة حقوق الارتفاق على التفصيل التالي :

- ١ - ذهب متأخرو الحنفية إلى التفريق بين الارتفاق على الحق العام ، وبين الارتفاق على الحسب الخاص ، على النحو التالي :

أ- الارتفاق على الحق العام :

ومثل هذا النوع من الارتفاق لا تصح فيه الحيازة ، ولا تسرى عليه أحكام التقادم وتسمى

- (١) الزرقاني : شرح ٢٢٥/٧ ، اطفيش : شرح ١٠٣/٧ .
- (٢) راجع في ذلك ص ٨٥ من هذه الرسالة .
- (٣) ابن عابدين : قرة عيون الأخيار ٤٨٨/٧ ، وانظر كذلك حيدر ، درر ٣٠١/٤ .
- (٤) ابن عابدين : المرجع السابق ٤٨٨/٧ ، وانظر كذلك : حيدر : المرجع السابق ٣٠١/٤ .
- (٥) راجع في ذلك ص ٧٢ من هذه الرسالة .
- (٦) راجع في ذلك ص ٨٧ من هذه الرسالة .
- (٧) الارتفاق في الشرع : هو منفعة مقررة لعقار على عقار آخر مملوك لغير الأول كالشرب ، والمسائل للأراضي ، وكالمرور ، والتعليق . انظر في ذلك الزرقا : المدخل ٣٣/٣ .
- (٨) انظر في ذلك : عبد الجواد : الحيازة ، ص ٢٠٩ وما بعدها .

الدعوى فيه وإن طال الزمان وتقدم ، لأنه من قبيل الحيازة على الحقوق العامة التي سبق الحديث عنها (١) .

وبناء على ما سبق ، لو كان لدارمسيل قدر في الطريق العام بحيث يتضرر من قذارته المـارون أو كان لها بالوعة على عين أو نهر يشرب منها الناس جميعا ، فإن مثل هذا الحق - حق المسـيـل - لا تصح فيه الحيازة ، بل تزال وإن كان قديما ، لما يترتب عليه من إلحاق الضرر بالحق العام، وهذا أمر مخالف للشرع ، ولا عبرة للقديم المخالف للشرع كما هو مقرر عند الفقهاء (٢) ، وهذا ما نصت عليه " مجلة الأحكام العدلية " في المادة (٧) منها ، فقالت : " الضرر لا يكون قديما " (٣) ، والمراد بالضرر هنا الضرر الملحق بالحق العام لأنه يكون فاحشا، فيزال، وهذا ما أكدته المادة (١٢٢٤) من المجلد فقالت : " يعتبر القدم في حق المرور، وحق المجرى، وحق المسيل ، يعني تترك هذه الأشياء وتبقى على وجهها القديم الذي كانت عليه ، حيث انه يحكم المادة السادسة يبقى الشيء القديم على حاله ولا يتغير ما لم يقم دليل على خلافه ، أما القديم المخالف للشرع الشريف فلا اعتبار له ، يعني أن الشيء المعمول بغير صورة مشروعة الأصل لا اعتبار له ولو كان قديما ، ولا يزال اذا كان فيه ضرر فاحش انظر المادة (٢٧) (٤) مثلا : اذا كان بالوع دار جاريا من القديم على الطريق العام ، وكان في ذلك ضرر للمادة ، فلا يعتبر قدمه ويدفع ضرره (٥) .

وقد نص صاحب " مرشد الحيران " على الارتفاق على الحق العام في المادة (٤٨) منه ، فقالت : " القديم يبقى على قدمه في حق المرور ، والمجرى ، والمسيل ، ما لم يكن غير مشروع من أصله ، فان كان كذلك فلا اعتبار له ، ويزال ان كان فيه ضرر بين ، فإن كان لدارمسيل قدر على الطريق العام ، وكان مضرا بالعام ، يرفع ضرره ولو كان قديما ولا يعتبر قدمه " (٦) .

ب- الارتفاق على الحق الخاص :

ومثل هذا النوع من الارتفاق تصح فيه الحيازة ، وتسري عليه أحكام التقادم ، ولا تسمع الدعوى فيه

- (١) راجع في ذلك ص ٨٥ من هذه الرسالة .
- (٢) الباز : شرح المجلة ص ٢٢ .
- (٣) حيدر : درر ١/٢٤ ، الباز : المرجع السابق ص ٢٢ ، القاضي : مجلة الأحكام ١/٥٧ .
- (٤) نصت المادة (٢٧) على ان " الضرر الاشد يزال بالضرر الاخف " . انظر في ذلك : حيدر : المرجع السابق ١/٤٠ ، الباز : المرجع السابق ، ص ٣١ ، القاضي : المرجع السابق ١/٨١ .
- (٥) حيدر : المرجع السابق ٣/٢٣٩ ، الباز : المرجع السابق ص ٦٢١ ، القاضي : المرجع السابق ٣/١٢٢ .
- (٦) قدرى : مرشد الحيران ص ١٨ ، ١٩ .

بعد مضي المدة المحددة للحيازة مهما طال الزمان وتقادم (١).

وبناء على ما سبق ، لو كان لدار مسيل قدر على طريق خاص مملوك لاحد الأشخاص ، او كان لشخص حق المرور في ممر معين في ارض مملوكة لآخر ، او كان له حق المجرى في أرض جاره بحيث يسقي زرعـه او ارضه من قناة متصلة بالنهر تمر بأرض جاره ٠٠ وما شابه ذلك من أنواع الارتفاق على الحسـق الخاص المملوك للغير ، فمثل هذه الأنواع من الحقوق تصح فيها الحيازة ، ولا تسمع دعوى المرتفق عليه ولا بينته ، كما لا يجوز له منع صاحب الحق من الارتفاق ، وإزالة المرتفق به بعدمضي المدة المحددة للحيازة بحيث يصبح الحق قديما ، ولم يكن قبل ذلك قدادعى على المرتفق أو طالبه برفع المرتفق به ولم يكن قد منعه من ذلك أي مانع شرعي ، وعلى هذا المعنى نصت " مجلة الأحكام العدلية " ، وفي أكثر من مادة (٢) ، منها المادة (١٢٢٩) حيث قالت : " اذا كان ماء مظر دار يسيل من القديم السـى دار الجار فليس للجار منعه قائلا : لا أذعه يسيل بعد ذلك " (٣)

وهذا ما نص عليه صاحب " مرشد الحيران " ايضا ، وفي أكثر من مادة كذلك (٤) ، منها المادة (٥١) ، فقالت : " من كان له مجرى او سيق ماء جار بحق قديم في ملك شخص اخر فليس لصاحبـه منعه " (٥) .

٢- واختلف فقهاء المالكية في صحة الحيازة على حقوق الارتفاق على التفصيل التالي :

أ- ذهب معظم المالكية الى القول بصحة الحيازة على حقوق الارتفاق مطلقا (٦) ، فلا تسمع دعوى المرتفق عليه ولا بينته بعد مضي المدة المحددة للحيازة . إن لم يدع على المرتفق أو يعترض عليه قبل ذلك ، ولم يكن قد منعه من ذلك أي مانع شرعي ، وفي هذا المعنى يقول صاحب " مواهب الجليل " " مسألة : في قناة تجري منذ سنة ، في أرض رجل ، والذي تجري عليه ساكت ، لا تكون السنة حينـازة للمتغافل عن مثلها ، وسكوت أربع سنين طول وحوز " (٧) ، ويقول صاحب " التبصرة " في المعنى نفسه : " مسألة : ومن أحدث عليه ضرب من الاطلاع ، أو خروج ماء من مرحاض قرب جداره ، أو غير

(١)، (٢) انظر في ذلك كله المواد من ١١٢٤-١٢٣٣ من مواد المجلة مع شروحيها . انظر في ذلك : حيدر : درر

٢٣٩/٣ وما بعدها ، الباز : شرح المجلة ص ٦٧١ وما بعدها ، القاضي : مجلة الاحكام ١٧٨/٣ وما بعدها .

(٣) حيدر : درر ٢٤٥/٣ ، الباز : الرجوع السابق ، ص ٦٤٥ ، القاضي : المرجع السابق :

(٤) انظر في ذلك كله المواد ٤٩-٥٦ من مواد مرشد الحيران ، انظر في ذلك : قدرى : مرشد الحيران ص ١٩ ، ٢٠ .

(٥) قدرى : المرجع السابق . ص ١٩ .

(٦) الحطاب : مواهب ٢٢٤/٦ ، ابن فرحون : تبصرة ٣٦١/٢ .

(٧) الحطاب : مواهب ٢٢٤/٦ .

ذلك من الاحداث المضمرة ، وعلم بذلك ، ولم ينكره ولا اعترض عليه ، عشرة أعوام ونحوها ، من غير عذر يمنعه من القيام ، فلا قيام له بعد هذه المدة ، وهو كالاتحقاق^(١) .

ومن الملاحظ ان صاحب المواهب " قد تعرض لبيان حيازة حق المجري ، بينما تعرض صاحب " التبصرة " لبيان حيازة حق الاطلاع او المظل^(٢) ، وحق المسيل ، وبين أن غيرها من الحقوق المشابهة لها تأخذ الحكم نفسه من حيث صحة حيازتها ، وكذلك مدة الحيازة نفسها وهي عشر سنين كما ذكرها في النص السابق .

كما ذهب هؤلاء الفقهاء الى عدم التفريق في حيازة حقوق الارتفاق بين الأقارب ، وبين الاجانب بخلاف ما عليه الامر في حيازة الأصول كما سيأتي بيانه ، وفي هذا المعنى يقول صاحب " التبصرة " أيضا : " وحيازة الضرر على الأقارب والاجانب سواء أم لافرق بين الأقارب والاجانب " ^(٣) .

ب - وذهب بعض المالكية الى القول بعدم صحة حيازة حقوق الارتفاق مطلقا ، لما يترتب على استعمال مثل هذه الحقوق من الضرر ، والضرر لا يستحق بالقدم ، وحديث الحيازة " من حاز شيئا عشر سنين فهو له " ^(٤) إنما هو خاص فيما يحوزه الناس من اموال بعضهم على بعضهم الاخر ، ولا تشمل أفعال الضرر - حقوق الارتفاق - إذ ليس فيها حيازة ، ولذلك تسمع دعوى المتضرر من استعمال حقوق الارتفاق وبينته مهمسا طال الزمان وتقدم ، وفي هذا المعنى يقول صاحب " التبصرة " أيضا : (قال ابن حبيب ^(٥) : وجوه الضرر كثيرة وانما تتبين عند نزول الحكم فيها ، من ذلك دخان الحمامات والأفرنة ، وغبار الأندر ^(٦) وبتن الدباغين ان لم يكن يضر لمن جاوره ، وإفلاق طعموه ، وسواء كان قديما او محدثا ، لان الضرر لا يستحق بالقدم ، وانما حيازة

(١) ابن فرحون تبصرة ٣٦١/٢ .

(٢) والمراد بحقه المظل أو الاطلاع هنا ، هو فتح الشخص كوة (فتحة) في جداره المظل على بيت جواره وذلك طلبا للضوء أو الهواء . انظر في ذلك : ابن فرحون : تبصرة ٣٦٠/٢ .

(٣) ابن فرحون : المصدر السابق ٣٦١/٢ .

(٤) سبق تخريجه ، راجع في ذلك ص ٢٥ من هذه الرسالة .

(٥) وهو ابو مروان عبد الملك بن حبيب السلمي ، القرطبي ، البيري ، الفقيه ، المحدث ، الأديب انتهت اليه رئاسة الاندلس بعد يحيى بن يحيى ، روى عن الغازي بن قيس ، فزياد بسنن عبد الرحمن ، وسمع ابن الماجشون ، ومطرفا ، وعبد الله بن دينار ، أصبغ ، وغيرهم ، وسمع منه ابنه محمد وعبد الله ، وتقي الدين بن مخلد ، وغيرهم ، له تصانيف كثيرة جدا في الفقه والأدب والتاريخ منها الواضحة في الفقه والسنن ، وكتاب الفرائض ، وكتاب في غريب الحديث وكتاب في تفسير الموطأ توفي - رحمه الله - عام ٢٣٨ هـ . انظر في ذلك : مخلوف : شجرة النور ص ٧٤ ، عياض : ترتيب المدارك (٤٣٩ / ٣٠) .

(٦) وهو في اللغة : البيدر ، أي المكان الذي يجمع فيه القمح . ويكس . انظر في ذلك الفيروزابادي : القاموس المحيط ، الرازي : مختار (مادة / نَدَر) .

التقادم الذي جاء فيها الاثر لمن حاز شيئاً على خصمه عشر سنين فهو أحق به منه^(١)، فيما يحوزه الناس من أموال بعضهم على بعض، من أجل ان الحائز لذلك يستغني بالحيازة عن اصل وثيقتــــه التي صار بها اليه ذلك من شراء أو هبة، ولا تكون الحيازة في افعال الضر حيازة، بل لا يزيد تقادم الضرر الا ظلماً وعدواناً^(٢).

وذهب بعض اخر من المالكية الى التفريق بين حقوق الارتفاق من حيث الضر المترتب عــــن استعمالها على المرتفق عليه، فإن كان الضر المترتب ثابتاً، أي يبقى على حالة واحدة لا تزيد، فتمسح حيازة مثل هذا النوع من الارتفاق، والا، بأن كان الضر يتزايد بمرور الزمان، فان مثل هذا النوع من الارتفاق لا تصح حيازته، وتسمع دعوى المرتفق عليه وبينته وان طال الزمان وتقدم، وفي هذا المعنى يقول صاحب "التبصرة" أيضاً: "قال ابن ابي زمنين^(٣) رأيت في مسائل يسأل عنها ابن مزين^(٤) أنه قال: ما كان من الضر يبقى على حالة واحدة لا تزيد كفتح الابواب، والكوة يطلع منها، وشبهه يحدث بمحضر من احدث عليه، فان محدثه يستحقه في مثل ما يستحق في الحيازة من طول الزمان، وما كان ضرره يتزايد كالكنيف^(٥) فلا يستحقه محدثه بطول حيازته، وان أمسك المحدث عليه ذلك عن القيام فيه ثم اراد القيام بعد ما مضى من الزمان ما يكون فيه الحيازة، فإن ذلك لا يحاز بطول الزمان ويقطع عن المستضر به متى قام فيه، وكذلك الدباغ لانه مما لا يبقى على حالة واحدة كالكنيف، وان لم يزد في حفرته في السعة والطول، فقد يوهن ما يلي الحفرة بكثرة ما استنقع فيها من الماء وغيره عاماً بعد عام، فيحدث عند جاره من الوهن في جداره ما لم يكن حدث عليه قبل ذلك".^(٥)

(١) ابن فرحون: تبصرة ٢/٣٦٢، ٣٦٣.

(٢) هو أبو عبد الله محمد بن عبد الله بن ابي زمنين المري القرطبي، الفقيه، الحافظ، كان من اجل أهل زمانه قدرا في العلم والرواية والحفظ، تفقه على ابراهيم بن مسرة، سمع من وهب بن مسرة، واحمد ابي مطرف، وابان بن عيسى، واخذ عنه يحيى بن محمد المقامي المعروف بالقلبي، وابان الحصار، وغيرهم، له عدة تصانيف منها: المغرب في اختصار المدونة وشرح مشكلها ليس في مختصراتها مثله باتفاق، والمنخب في الاحكام وكتاب المهذب، واختصار شرح ابن المزيــــن للموطأ، وغيرها، توفي - رحمه الله - عام ٣٩٩ هـ. انظر في ذلك: مخلوف: شجرة النور ص ١٠١، عياض: ترتيب المدارك (٣، ٤/٦٧٢).

(٣) هو القاضي أبو زكريا يحيى بن زكريا بن مزين القرطبي، مولى رملة بنت عثمان - رضي الله عنهما - الحافظ، الفقيه، روى عن عيسى بن دينار، وبخبي بن يحيى، وغيرهم، وسمع من القعنبي، وأبى صبغ وغيرهم، له عدة تصانيف منها: تفسير الموطأ وكتاب في تسمية رجالها، وكتاب على حديثها وهو كتاب "المستقيمة"، مات - رحمه الله - عام ٢٥٥ هـ. انظر في ذلك: مخلوف: شجرة النور ص ٧٥، عياض، ترتيب المدارك (٤٤٣ / ١٣٢).

(٤) الكنيف في اللغة: يطلق على المرحاض، ويطلق أيضا على الحظيرة تتخذ مأوى للإبل. انظر في

ذلك: الفيومي: المصباح، الفيروزبادي: المصدر السابق (مادة / كنف).

(٥) ابن فرحون: المصدر السابق ٢/٣٦١، ٣٦٢.

ثالث عشر : حق الانتفاع (١) :

ذهب متأخرو الحنفية ، والمالكية إلى القول بصحة حيازة حق الانتفاع (٢) ، وإلى عدم سماع دعوى المحوز عليه ولا بينته بعد مضي المدة المحددة للحيازة ، فلو ان رجلا وضع يده على أرض مملوكة للدولة - أرض أميرية - كان قد استأجرها رجل آخر لينتفع بها بزراعتها أو غير ذلك من أوجه الانتفاع ، وتصرف فيها الحائز تصرف الملاك ، بحضور المستأجر وعلمه ، ولم يدع عليه أو ينكر ، ولم يمنعه من ذلك مانع شرعي ، حتى مضت المدة المحددة للحيازة ، فلا تسمع دعوى المحوز عليه بعد ذلك ولا بينته مهما طال الزمان وتقادم ، وفي هذا المعنى يقول صاحب " درر الحكام " : " دعاوى الأراضي الأميرية ، المقدم منها دعاوى التصرف في الأراضي الأميرية ، سواء كانت أميرية صرفة ، أو أميرية موقوفة ، مثلا : إذا تصرف أحد في مزرعة في الأراضي الأميرية عشر سنوات في مواجهة آخر ، وسكت ذلك الآخر تلك المدة بلا عذر فأقام الدعوى قائلا : إن تلك المزرعة هي بتصرفي بموجب سند طابو قبل السنين المذكورة - أي عشر سنوات - ، وأنكر المدعى عليه ، فلا تسمع دعواه " (٣) .

وفي المعنى نفسه قال صاحب " فتح العلي المالك " في معرض رده على السؤال التالي : " مسسسا قولكم في رجل اشترى من اخر اثنتي عشرة قصبة (٥) من جرين (٤) شراء صحيحا ، ووضع يده وانتفع بهما

(١) يفرق الفقهاء بين حق الانتفاع وبين ملك المنفعة من ثلاث نواح ، هي :

١- من حيث المعنى : فحق الانتفاع هو من قبيل الرخصة بالانتفاع الشخصي دون الامتلاك ، كاستعمال الطرق والأنهار مما لا يضر بالعمامة ، والجلوس في الأسواق ، والمساجد .. ونحوها .

أما ملك المنفعة فيتميز بأن فيه ذلك الاختصاص الحاجز الذي سبق بيانه في تعريف الملكية ،

كحق المستأجر في منافع المأجور المسئجر ، وحق الموقوف عليه ، في منافع الوقف .

ب من حيث المنشأ : فحق الانتفاع ينشأ عن الاذن والإباحة بالانتفاع ، سواء كان ذلك الاذن والإباحة

من قبل الشارع في الحقوق العامة ، أو من مالك خاص في الحق الخاص ، أو بسبب عقد من العقود

المملوكة وهي الاجارة ، والإعارة ، والوصية بالمنفعة ، والوقف .

أما ملك المنفعة فلا ينشأ عن طريق أحد العقود المملوكة سابقة الذكر .

ج- من حيث الاثر : فحق الانتفاع لا يسوغ لصاحبه أن يتصرف بالشيء المنتفع به تصرف الملاك ، فلا

يحق له تملك المنفعة للغير ، اذ يكون تصرفه فيه قاصرا عليه وحده . أما ملك المنفعة فيسوغ لصاحبه

أن يتصرف في المنفعة تصرف الملاك ، فيحق له تملكها للغير .. انظر في ذلك : الزرقا : المدخل

٢٨٥/١ ، ٣٢/٣ .

(٢) حيدر : درر ٢٦٦/٤ ، ٢٦٧ ، عيش ، فتح ٣١٧/٢ ، انظر كذلك : عبد الجواد : الحيازة ، ص ٢١٢ .

(٣) حيدر : المرجع السابق ٢٦٦/٤ ، ٢٦٧ .

(٤) الجرين او الجرن : هو الموضع الذي يدان فيه البر ونحوه ، وتجفف فيه الثمار ، انظر في ذلك : الزرقا : المدخل

الفيومي : المصباح (مادة / جرن) .

(٥) القصبة : هي مقياس من القصب طوله في مصر ثلاثة أمتار وخمسة وخمسون من المائة من المتسلسر

وتسمح به الأرض . انظر في ذلك أنيس : المعجم الوسيط (مادة / قصب) .

وأخذ منها طينا ضربه طوبا في حياة البائع وعلمه مدة تزيد على خمس عشرة سنة ، ثم مات المشتري وقامت ورثته مقامه في الانتفاع بها مدة تزيد على خمس عشرة سنة أيضا ، فنازعت ورثة البائع ورثة المشتري فيها وطلبت منهم وثيقة للشراء فادعت ضياعها ، وترافعوا للقاضي ، وأقامت ورثة المشتري بينة بشراء مورثهم شراء صحيحا ، وعجزت ورثة البائع عن التجريح فيها ، فحكم القاضي بها لورثة المشتري ، فهـنـل إذا أرادت ورثة البائع إقامة بينة على عدم البيع لا تسمع ؟ أفيدوا الجـواب .

الجواب : فقال في معرض جوابه على ذلك (ينظر في هذه الأرض ، فإن كانت من أرض الزراعة بحسب الشأن وان بُورث لغرض الدرس والتدريية فيها فبيعها لا يصح عندنا ، لأن أرض مصر موقوفة على مصالح المسلمين وناعرها السلطان ، فلا ملك فيها لاحد حتى تباع ، نعم يصح فيها إسقاط الحق ممن استأجرها من السلطان أو نائبه وأصلحها وغرم عليه أموالا ، وحيث ثبتت جيازة المسقط له وتصرفه المدة المذكورة ، ولا مانسسع للمسقط من القيام عليه ، فلا تسمع دعوى ورثة المسقط ولو لم تشهد على الإسقاط بينة ، ولا وجدت به وثيقة (٠٠٠٠) ثم قال : (فإن قلت : نصوا على أن الحيازة لا تفيد في الوقف ، وعبارة العدوى : " ومثل ذلك الحبس لا تنفع فيه الحيازة بل المدعي على دعواه ولو طال الزمان ، ومثل ذلك الطرق والمساجد لا حيازة فيها ، بل تسمع فيها الدعوى والبينة ولو طال الزمان ٠٠٠٠ أه " قلت : الحيازة هنا لم نعتبرها في ذات الأرض الموقوفة بحيث يحكم بملكها للحائز حتى ينافي ما ذكر ، بل تسمع والانتفاع بها السسدى تعلق به الإسقاط ، ووقعت عليه المعارضة نظير خلو الوقف الذي يستحقه المستأجر المصلح باذن ناظره فيملكه ويورث عنه (٠٠) (١) .

الفرع الخامس : التصرفات التي تتسم بها الحيازة :

سبقت الإشارة الى أنه يشترط لصحة الحيازة حتى تكون عاملة مؤثرة ، بحيث تترتب عليها اثارها الشرعية ، من منع سماع للدعوى والبينة ، وغيرها من الآثار ، أن يتصرف الحائز في الشيء المحوز تصرف الملاك (٢) .

والمراد بقولنا " تصرف الملاك " هنا ، هو تصرف الحائز في الشيء المحوز تصرفا لا يقوم به في العادة ، إلا المالك في ملكه (٣) ، وقد ذكر الفقهاء العديد من هذه التصرفات ، منها : السكنى أو الاجارة ، أو الزرع ، أو الفرس ، أو الاستغلال ، أو الهبة ، أو الصدقة أو البيع ، أو الهدم ، أو البنـاء

(١) عيش : فتح ٣١٧/٢ ، وانظر كذلك عبد الجواد : الحيازة ، ص ٢١٢ وما بعدها .

(٢) راجع في ذلك ص ٦٩ من هذه الرسالة .

(٣) القاضي : مجلة الأحكام ٠٧٢/٤ انظر كذلك : حيدر : درر ٠٣٣٢/٤ .

أو السقاية ، أو الحماد ، وغيرها .

ومن الطبيعي أن تختلف هذه التصرفات باختلاف الشيء المحوز نفسه فالتصرف في العقار - مثلا - يختلف عنه في الحيوان ، يختلف عنه في الثياب ، فالتصرف في العقار يكون بالسكنى أو البناء أو الهدم ونحوها ، بينما يكون في الحيوان بالركوب أو الاجارة أو الاعارة ونحوها ، في حين يكون في الثياب باللبس أو التقطيع أو بالبيع ونحوها (١) .

وقد صنف الفقهاء هذه التصرفات أصنافا مختلفة وجعلوها في مراتب ، وذلك من حيث قسوة دلالتها على ملكية الحائز للشيء المحوز ، وذلك على النحو التالي :

أولا : بالنظر لنوع التصرف :

فقد صنفها فقهاء المالكية بالنظر لهذا الاعتبار الى ثلاث مراتب ، وهي من الأقوى فالأضعف فالأضعف (٢) :

- ١ - التصرفات الدالة على تفويت الملكية - أي انتقالها من شخص الى اخر - كالبيع ، والهبة والمصدقة ، ونحوها من التصرفات مما لا يفعله الرجل إلا في ماله .
- ٢ - تصرفات الهدم ، والبنيان ، والغرس .
- ٣ - تصرفات السكنى ، ولازدراع ، بركوب الدابة .

ثانيا : بالنظر لمدى قرب هذه التصرفات واتصالها بالانسان :

فقد صنفها بعض فقهاء الشافعية بالنظر لهذا الاعتبار الى أربع مراتب ، وهي من الأقوى فالأضعف فالأضعف (٣) :

- ١ - كالثياب ، والجمامة والمنطقة (٤) ، والخاتم التي يلبسها ، وكالدرهم التي هي في جيبه أو بيده .
- ٢ - كالبيساط الذي يجلس عليه أو الدابة التي يركبها .
- ٣ - كالدابة التي هو سائقها أو قائدها .

(١) حيدر : درر ٣٣٢/٤ ، الدسوقي : حاشية ٢٣٣/٤ ، اطفيش : شرح النيل ١٠٠/٧ ، مغنينة : فقه الامام جعفر ١١٧/٦ .

(٢) الحطاب : مواهب ٢٢٢/٦ ، الخرشي : شرح ٢٤٢/٧ ، ابن فرحون : تنبصرة ١٠١/٢ .

(٣) ابن عبد السلام : قواعد ١٢٠/٢ .

(٤) المنطقة أو المنطق : وهو في اللغة : ما يشده الوسط ، إذ يقال : تمنطق الرجل : اذا شد . وسطه بالمنطقة . انظر في ذلك أنيس : المعجم الوسيط (مادة / نطق) .

وتظهر فائدة تصنيف وترتيب هذه التصرفات في ترجيح دعاوى اليد والحيازة ، وخاصة عنسبـد تنازع عدة أشخاص يتصرفون في عين واحدة تصرف الملاك ، والأمثلة التي ضربها الفقهاء لبيان ذلك كثيرة منها : لو تنازع شخصان دابة ، أحدهما راكبها ، أوله عليها حمل ، والآخر أخذ بزمامها أو سائقها فالدابة لراكبها أو لمن له حمل ، لأن تصرفه أقوى ويده عليها أكد ، ولأنه المستوفي لمنفعتها من الآخر أو تنازعا قميما أحدهما لابسه والآخر أخذ بكمه ، فيكون القميص حينئذ للابس ، لان تصرفه فيه أقوى . . . وهكذا (١) .

هذا ، ولا يشترط في التصرف حتى يكون دالا على ملكية الحائز للشيء المحوز ، أن يكون مستمرا طوال المدة المحددة لتقادم الحيازة ، اذ يكفي أن يكون ذلك في جزء منها ، ولو في بدايتها ، بحيث يدل ذلك التصرف على ملكيته له في الظاهر ، والضابط المعتبر في الدلالة على ذلك هو عرف الناس وعادتهم ، فما اعتبره العرف والعادة من الأعمال والتصرفات دالة على الملكية فهو كذلك ، والا فلا . فمثلا : يقضي عرف الناس وعادتهم بأن البناء في الدار - مثلا - يكون دالا على ملكيتها لحائزها إذا كان البناء كثيرا ، أي بناء هدم وزيادة في العمران ، ويكون الهدم كذلك في عرف الناس وعادتهم دالا على ملكية الشيء المحوز ، اذا كان هدمًا لما لا يخشى سقوطه من البناء ، فان لم يكن الأمر كذلك بأن كان البناء في الصورة الأولى بناء ترميم وإصلاح ، وكان الهدم في الصورة الثانية هدمًا لما يخشى سقوطه من البناء ، فلا تعدّ مثل هذه التصرفات من البناء والهدم من التصرفات الدالة على الملكية في عرف الناس وعادتهم ، ولا تكون الحيازة حينئذ صحيحة ، بحيث تترتب عليها آثارها الشرعية من منع سماع للدعوى والبيّنة ، وغيرها ، فتسمع الدعوى والبيّنة حينئذ على الحائز وان مضت مدة التقادم مهما طال الزمان وتقادم (٢) .

(١) حيدر : درر ٣٣٣/٤ ، ابن عبد السلام : قواعد ١٢٠/٢ ، البهوتي : كشاف ١٨٥/٦ .

(٢) الحطاب : مواهب ٢٢٤/٦ ، ابن فرحون : تبصرة ١٠١/٢ ، الخرشي : شرح ٢٤٣/٧ ، الدرديسر : الشرح الكبير ٢٣٥/٤ .

الفرع السادس : مدد تقادم الحيابة :

تعدّ مدد الحيابة - ونحن نتكلم عن التقادم - العنصر الأبرز من عناصر هذا المبحث، كما كانت مدد التقادم بشكل عام هي ركيزة هذا البحث .

هذا ، وسنفضّل القول في مدد تقادم الحيابة وما يتعلق بها من أحكام وذلك على النحو التالي :

أولا : مدد تقادم الحيابة المعتبرة شرعا :

اختلفت أقوال الفقهاء القائلين بالحيابة وتباينت عند تحديدهم لمدد تقادم الحيابة المعتبرة شرعا ، وذلك على التفصيل التالي :

١ - عند متأخري الحنفية :

مدد الحيابة المعتبرة عند متأخري الحنفية على نوعين : الأول منهما : اجتهادي ، والثاني : سلطاني ، فاليك بيان كل منهما على النحو التالي :

النوع الأول : الاجتهادي (١) :

وهو ما يرجع تحديد المدة فيه إلى اجتهاد الفقهاء ، ولقد اختلفت أقوال فقهاء متأخري الحنفية في تحديدهم لمدة تقادم الحيابة على ثلاثة أقوال ، أولها : ثلاثون سنة ، وثانيها : ثلاث وثلاثون سنة ، وثالثها : ست وثلاثون سنة .

وعليه ، فلا تسمع دعوى المحوز عليه بعد مضي هذه المدة - مع مراعاة الاختلاف في تقديرها - إذا لم يمنع من الدعوى خلال مدة الحيابة أي مانع شرعي ، مع توفر شروط الحيابة الشرعية الأخرى ، ويكون المنع من سماع الدعوى هنا بناء على منع الفقهاء المجتهدين .

النوع الثاني : السلطاني (٢) :

وهو ما يرجع تحديد المدة فيه إلى مرسوم من السلطان ، لذا سمي سلطانيا ، ولقد كان أول من حدد مثل هذه المدة السلطان العثماني سليمان القانوني - رحمه الله - حيث أصدر أمرا نهى فيه القضاة في الدولة العثمانية عن سماع الدعوى إذا تركها صاحبها خمس عشرة سنة بلا عذر شرعي ، واستثنى من ذلك الوقف والارث ، فأبقى المدة فيهما كما هي ثلاثا وثلاثين سنة .

وهذا ما أفتى به متأخرو الحنفية وعملوا به ، ومستندهم في ذلك أن لولي الأمر تخصيص القضاء ،

(١) ابن عابدين : رد المحتار ٤٢١/٥ ، ابن عابدين : قرة عيون الأخبار ٤٨٦/٧ ، حيدر : درر ٢٩٥/٤ ، الباز

شرح المجلة ، ص ٩٨٢ ، القاضي : مجلة الأحكام ٥٢/٤ .
(٢) المصادر السابقة في الصفحات نفسها .

بزمان ، ومكان ، وخصومة ، تحقيقا للمصلحة العامة ، فإذا نهى عن سماع الدعوى بعد هذه المدة فلا تسمع الا بأمر منه بسماعها ، فإذا سمعها بدون أمر فلا ينفذ حكمه .

ولقد فرّق متأخرو الحنفية بين نوعي مدد التقادم - الاجتهادي، والسلطاني - بقولهم : اذا مضت مدة التقادم السلطاني ، فلا تسمع الدعوى بعد ذلك الا اذا أمر السلطان بسماعها ، فتسمع حينئذ ولو تركت بدون عذر .

أما اذا مضت مدة التقادم الاجتهادي ، فلا تسمع الدعوى بعد ذلك ان تركت بغير عذر شرعي وإن أمر السلطان بسماعها (٢) .

ولقد استمر العمل بالنهي السلطاني هذا ، حتى جاءت لُجلة الأحكام العدلية " وأخذت بـه في موادها ، إلا أنها جعلت الميراث ضمن الدعاوى التي يمنع القاضي من سماعها بعد خمس عشرة سنة من تركها ، وهو ما عليه العمل عندهم الى وقتنا الحاضر ، ولقد نصت " مجلة الأحكام العدلية " علسسي مدد التقادم هذه في المواد (١٠٣٤) ، (١٦٦٠) ، (١٦٦١) ، (١٦٦٢) التي سبق ذكرها (٣) .

وبناء على ما سبق ، تكون مدد تقادم الحيازة المعتبرة عند متأخري الحنفية كما قررتها " مجلة الأحكام العدلية " بحسب ترتيبها تنازليا - كالتالي (٤) :

- أ - في الدعاوى المتعلقة برقبة الوقف ، أو الأرض الأميرية ، ست وثلاثون سنة .
- ب - في الدعاوى المتعلقة بالتصرف بالأراضي الأميرية عشر سنين .
- ت - في جميع الدعاوى عدا ما تقدم ذكره ، كدعوى العقار ، والمنقول من حيوان أو غيره ، والميراث ، ... وغيرها من الدعاوى ، تكون مدة الحيازة فيها خمس عشرة سنة .
- ث - في الدعاوى المتعلقة بحقوق الارتفاق ، كحق السيل ، أو المرور (٥) ، أو الشرب ، تكون مدة الحيازة بحسب أصلها ، فتكون ستا وثلاثين سنة اذا كان هذا الحق عائدا الى وقف ، وتكون خمس عشرة سنة اذا كان عائدا للملك الخاص ، وتكون عشر سنين اذا كان عائدا لأرض أميرية .

(١) ابن عابدين : رد المحتار ٤٢٢/٥ ، الباز : شرح المجلة ص ٩٨٣ .

(٢) ابن عابدين : المصدر السابق ٤١٩/٥ وما بعدها ، الباز : المرجع السابق ص ٩٨٣ .

(٣) راجع في ذلك الصفحات ٧٢ ، ٨٩ - ٩٥ من هذه الرسالة .

(٤) حيدر : درر ٢٩٨/٤ ، وما بعدها ، الباز : المرجع السابق ص ٩٨٤ وما بعدها ، القاضي :

مجلة الأحكام ٥٢/٤ وما بعدها .

(٥) حق المرور في الشرع : هو حق أن يصل الانسان الى ملكه - دارا أو أرضا - بطريق يمر فيه ، سواء أكان مسن

طريق عام ، أم من طريق خاص مملوك له أو لغيره ، أولهما معا . انظر في ذلك : وهبة : الفقه الاسلامي ٦٠٧/٥

ج - في دعوى الشفعة تكون مدة الحيابة شهرا واحدا من وقت اجراء طلب المواثبة والإشهاد (١).

هذا ، ولقد اعتبر متأخرو الحنفية مدة المنع من سماع الدعاوى الأخرى التي لم يرد في تحديدها مدتها أى تفصيل كالطلاق (٢) والنكاح (٣) ، والوصية ، وغيرها من الدعاوى ، هي مدة الحيابة في النوع الاجتهادى ، أى ستا وثلاثين سنة ، بحيث تسمع في أثناء هذه المدة ، ويمنع القاضي من سماعها بعد ذلك ، فاذا سمعها لا ينفذ حكمه (٤).

ومما يلاحظ على مدد تقادم الحيابة التي ذكرها متأخرو الحنفية ، أنها تختلف باختلاف نوع الشيء المحوز وطبيعته ، وكذلك طبيعة التصرف فيه .

فأما اختلافها بحسب نوع الشيء المحوز وطبيعته ، فنجد أن مدد تقادم الحيابة في الحقوق العامة كالوقف ، والأراضي الأميرية ، تختلف عنها في الحقوق الخاصة للمملوكة للأفراد كالعقار والعنقول ، حيث إن المدة في الأولى - ست وثلاثون سنة - ، أطول منها في الثانية - خمس عشرة سنة .

وأما اختلافها بحسب طبيعة التصرف ، في الشيء المحوز ، فنجد أن مدة تقادم الحيابة في التصرف برقبة معين - الأراضي الأميرية ، تختلف عنها في التصرف بمنافع هذه الأراضي نفسها ، حيث إن المدة في الأولى - ست وثلاثون سنة - أطول منها في الثانية - عشر سنين .

(١) طلب المواثبة هو طلب الاشهاد نفسه ، وهو أن يطلب الشفيع حقه في الشفعة متى علم ببيع المبيع المشفوع فيه ، ويشهد على طلبه هذا في مجلسه ، وانما سمي بـ " المواثبة " تبركا بلفظ الحديت " الشفعة لمن واثبها " أى طلبها على وجه السرعة والمبادرة . انظر في ذلك : المرغيناني : وابن الهمام ، والبابرتي : الهداية وشروحها ٣٨٢/٩ .

(٢) الطلاق في الشرع : هو حل قيد النكاح . انظر في ذلك : الرملي : شمس الدين محمد بن أبي العباس أحمد بن حمزة (ت ١٠٠٤ هـ) / نهاية المحتاج الى شرح المنهاج في الفقه على مذهب الامام الشافعي ، ط الأخيرة ، ١٤٠٤ هـ - ١٩٨٤ م ، دار الفكر ، (٢٤٣/٦) ، وحيث يأتي يشار اليه بـ " الرملي : نهاية المحتاج " ، ومعه الشبراملسي : أبي الضياء علي بن علي ، (ت ١٠٨٧ هـ) ، حاشية على نهاية المحتاج ، وحيث يأتي يشار اليه بـ " الشبراملسي : حاشية " ، ومعه أيضا المغربي الرشيدى : أحمد بن عبد الرزاق بن محمد ، (ت ١٠٩٦ هـ) / حاشية على نهاية المحتاج ، وحيث يأتي يشار اليه بـ " المغربي الرشيدى : حاشية " .

(٣) النكاح في الشرع : هو عقد يتضمن اباحة وطء " انظر في ذلك : الرملي : نهاية المحتاج ٢٧٦/٦ .

(٤) حيدر : ذرر ٢٩٨/٤ .

كثيرة هي مدد تقادم الحيازة التي ذكرها فقهاء المالكية ، بحيث لا تسمع بعدها دعوى المحوز عليه ولا بينته ، إلا أنه يجدر بنا قبل ذكر هذه المدد أن نشير إلى أن الامام مالك - رحمه الله - وهو على رأس القائلين بتقادم الحيازة ، لم يحددها بمدة معينة ، بل ترك ذلك إلى رأي الحاكم والقاضي وتقديره بحسب ما يراه صالحا لكل واقعة^(١) ، ومن المدد التي ذكرها فقهاء المالكية :

أ - السبعون سنة والثمانون ...

وبها قال بعض المالكية في الحيازة على الغائب المعذور بغيبته اذا علم بحيازة الحائز لملكه ولم يشهد أحدا على مخاصمته له وطلبه للشيء المحوز منه ، وكان مع ذلك سماع مستفيض بأن الشيء المحوز ملك لمن هو في يده ، قد تداوله هو ومن كان قبله بما يحاز به الملك ، فتكون الحيازة عليه حينئذ كالحيازة على الحاضر ، فلا تسمع دعواه بعد ذلك ولا بينته .^(٢)

ب - الستون سنة ...

وبها قال بعض المالكية في حيازة الأب على ابنه ، والابن على أبيه ، اذا كان الخائز يتصرف بالشيء المحوز بالبناء والهدم والغرس ، فاذا مضت هذه المدة ولم يدع المحوز عليه أو ينكسر على الحائز في أثناءها ، ولم يمنعه من ذلك مانع شرعي ، مع توفر شروط الحيازة الأخرى ، فلا تسمع دعواه بعد ذلك ولا بينته^(٣) .

ت - الخمسون سنة ...

وبها قال بعض المالكية في حيازة الأقارب على بعضهم البعض بالسكنى والازدراع^(٤) ، وكذلك قال بها البعض في حيازة الديون^(٥) ، فاذا مضت هذه المدة ، ولم يدع المحوز عليه على الحائز قبل ذلك ، ولم يمنعه من ذلك مانع شرعي ، مع توفر شروط الحيازة الأخرى ، فلا تسمع دعوى المحوز عليه بعد ذلك ولا بينته .

ث - الأربعون سنة ... فأكثر

وبها قال بعض المالكية في حيازة الأب على ابنه والابن على أبيه اذا كان الحائز يتصرف بالشيء المحوز بالهدم والبناء والغرس^(٦) ، وكذلك أخذ بها البعض في حيازة الأقارب على بعضهم

(١) الامام مالك : المدونة ١٩٢/٥ ، ابن فرحون : تبصرة ٩٤/٢ .

(٢) ابن فرحون : المصدر السابق ٩٣/٢ ، ٩٤ .

(٣) الدردير ، والساوي : الشرح الصغير ، وبلغه السالك ٣٧٩/٢ ، الدسوقي : حاشية ٢٣٦/٤ .

(٤) ابن فرحون : تبصرة ٩٩/٢ .

(٥) الحطاب : مواهب ٢٢٩/٦ .

(٦) ابن فرحون : المصدر السابق ٩٩/٢ ، ١٠٠ .

البعض ، اذا كان الحائز يتصرف بالشيء المحوز بالهدم والبنيان ^(١) ، وكذلك قال بها البعض في حيازة الدين ^(٢) بحيث اذا مضت هذه المدة ، ولم يدع المحوز عليه على الحائز ، ولم يمنعه من ذلك مانع شرعي ، مع توفر شروط الحيازة الأخرى ، لا تسمع دعواه بعد ذلك ولا بينته

ج - الثلاثون سنة ٠٠٠ فأكثر

وبها قال الامام مالك - رحمه الله - وبعض المالكية في حيازة الدين فلا تسمع دعوى المحوز عليه ولا بينته بعد مضي هذه المدة ، ان لم يدع على الحائز قبل ذلك ، ولم يمنعه من ذلك مانع شرعي ، مع توفر شروط الحيازة الأخرى ^(٣) .

ح - العشرون سنة ٠٠٠

وبها قال بعض المالكية في حيازة الدين ، بحيث اذا مضت هذه المدة ولم يدع المحوز عليه قبيل ذلك على الحائز ، ولم يمنعه من ذلك أى مانع شرعي ، مع توفر شروط الحيازة الأخرى ، فلا تسمع دعواه بعد ذلك ولا بينته ^(٤) .

خ - العشر سنوات ٠٠٠ ونحوها

اتفق فقهاء المالكية على الأخذ بها في حيازة العقار ، وذلك في حيازة الأجنبي على الأجنبي ، سواء أكان الأجنبي شريكا أم كان غير ذلك ^(٥) ، وذلك عملا بقوله صلى الله عليه وسلم : " من حاز شيئا عشر سنين فهو أحق به " ^(٦) .

هذا ، ومشهور المذهب عند المالكية هو العشر سنين تحديداً إلا أن البعض ذهب الى القول أن ما قارب العشر سنين كالتسع والثمان كالعشر في صحة الحيازة ^(٧) ، إلا أنه اعترض عليه من بالقول : إن المراد بما قارب العشر ، ما قاربها من الشهر والشهرين حتى الأربعة أشهر ، وما زاد على ذلك فلا يعد كالعشر في الحكم ، وهذا هو المعمول به في المذهب ^(٨) .

(١) الخطاب : مواهب ٦/٢٢٧ .

(٢) الخطاب : المصدر السابق ٦/٢٢٩ .

(٣) الدردير : الشرح الصغير ٢/٣٨٠ ، بلغة الشالك : ٢/٣٨٠ ، الخطاب : المصدر السابق ٦/٢٢٩ .

(٤) الدردير : المصدر السابق ٢/٣٨٠ .

(٥) البناني : حاشية ٧/٢٢٤ ، الدسوقي : حاشية ٤/٢٣٤ ، الصاوي : بلغة السالك ٣٧٩ ، الخطاب : مواهب ٦/٢٢٤ .

(٦) سبق تخريجه ، انظر في ذلك ص ٢٥ من هذه الرسالة .

(٧) ابن فرحون : تبصرة ٢/٩٤ ، البناني : حاشية ٧/٢٢٤ ، الخطاب : المصدر السابق ٦/٢٢٤ .

(٨) التسولي : البهجة ٢/٢٥٤ .

د - السبع سنوات ٠٠٠ فأكثر

وبها قال بعض المالكية في حيازة العقار ، وذلك في حيازة الأجنبي على الأجنبي مطلقاً^(١) ، فلا تسمع دعوى المحوز عليه ولا بينته بعد ذلك ، اذا لم يدع على المحوز عليه أو ينكر قبل ذلك ، ولم يمنعه من ذلك مانع شرعي ، مع توفر شروط الحيازة الاخرى .

ذ - الأربعمائة سنوات ٠٠٠

وبها قال بعض المالكية في حيازة بعض حقوق الارتفاق^(٢) ، من مثل ما ورد في قناة تجرى من سنة في أرض رجل ، والذي تجرى عليه ساكت لم يدع ، أو ينكر ، ولم يمنعه من ذلك مانع شرعي ، فلا تسمع دعواه بعد ذلك ولا بينته .

ر - الثلاث سنوات ٠٠٠ فأكثر

اتفق فقهاء المالكية على الأخذ بها ، في حيازة العروض من غير الثياب ، كأثاث البيوت ، واللات الزرع ، وأواني النحاس ، وغيرها من المتاع^(٣) .

ولئن كانت أقل المدة في حيازة العروض ثلاث سنين ، إلا أنها قد تزيد على ذلك فتكون كالأربعين ، والخمس ، إلى تسع سنين لا تصل إلى العشر ، فإذا وصلت إلى عشر سنين ، فلا تسمع دعوى المحوز عليه حينئذ ولا بينته .

ز - المئتان ٠٠٠٠٠ والثلاث

وبها قال بعض المالكية في حيازة الحيوان ، فإذا حاز الرجل الدابة وركبها ، أو أكرها ، أو استخدمها على وجه من وجوه الملك الأخرى ، بعلم صاحبها وحضوره ، ولم يدع على الحائز أو ينكر ، فلا تسمع دعواه بعد ذلك ولا بينته مع توفر شروط الحيازة الأخرى^(٤) .

وذهب البعض الآخر إلى القول بتحديد المدة بسنتين فقط ، بحيث لا تزيد عن ذلك^(٥) .

س - السنة ٠٠٠ والمئتان

وبها أخذ بعض المالكية في حيازة الثياب إذا كانت تلبس وتقطع ، فإذا مضت المئتان ، ولم

(١) عليش : منح ٣٣٦/٤ ، الخطاب : مواهب ٢٢٤/٦ .

(٢) الخطاب : المصدر السابق ٢٢٤/٦ .

(٣) عليش : المصدر السابق ٣٣٩/٤ ، ابن رشد : البيان ١٥٠/١١ .

(٤) التسولي : البهجة ٢٦٢/٢ ، التناودي : حلى المعاصم ٢٦٢/٢ ، الصاوي : بلغة السالك ٣٨٠/٢ .

(٥) الدردير : الشرح الكبير ٢٣٦/٤ ، الخرشى : شرح ٢٤٤/٧ ، الصاوي : بلغة السالك ٣٨٠/٢ .

يدع المحوز عليه أو ينكر ، ولم يمنعه من ذلك مانع شرعي، مع توفر شروط الحيابة الأخرى ، فلا تسمع دعوى المحوز عليه بعد ذلك ولا بينته (١) .

وذهب البعض الآخر الى القول بتحديد العدة بسنة واحدة فقط ، بحيث لا تزيد عن ذلك (٢) .

هذا ، ومن الملاحظ على مدد تقادم الحيابة التي ذكرها المالكية ، أنها تختلف بحسب علاقة الحائز بالمحوز عليه ودرجة قرابته منه ، وكذلك بحسب نوع الشيء المحوز وطبيعته من عقار ، أو منقول ، أو غير ذلك ، وستتضح صورة ذلك أكثر عند الحديث عن أقسام الحيابة في مبحث قادم ان شاء الله تعالى (٣) .

٢- عند متأخرى الحنابلة :

سبق أن أشرنا الى أن الامام ابن قيم الجوزية قد أحسن في رسم صورة الحيابة وتقادها ، وذلك في كتابه القيم " الطرق الحكمية " في معرض ذكره لمذهب أهل المدينة - المالكية - في حكم الحيابة ، والذي اعتمده وقال فيه : " هذا مذهب مالك وأصحابه وأهل الصواب " (٤) ، وقال في موطن آخر : " وهو من أشد المذاهب وأصحها " (٥) ، وإن كان لم يأخذ بحديث الحيابة الذي أخذه المالكية ، لعدم ثبوته عنده (٦) ، لذلك لم يحدد مدة لتقادم الحيابة ، وإنما أطلق ذلك وعبر عنها بقوله : " السنين العديدة الطويلة " (٧) ، " والسنين المتطاولة " (٨) ، " مدة سنين طويلة " (٩) .

هذا ، ولقد استند متأخرو الحنابلة من أمثال الشيخ محمد بن عبد الوهاب وتلاميذه على ما ذكره ابن قيم الجوزية ، في أخذهم وعملهم بالحيابة ، وفي تحديدهم لمددها فيما صدر عنهم من فتاوى .
ويمكننا القول بأن متأخرى الحنابلة قد اعتبروا أن حيابة الملك - الشيء المحوز المملوك للغير - كالعقار ونحوه ، والتصرف فيه تصرف الملاك ، في حضور المحوز عليه وعلمه ، ثلاث سنين فأكثر ، دون أن يدعي

(١) التسولي : البهجة / ٢٦٢ ، التاودي : حلى المعاصم ٢٦٢/٢ ، ابن فرحون : تبصرة ٩٢/٢ .

(٢) الدردير : الشرح الكبير ٢٣٦/٤ ، الخراشي : شرح ٢٤٤/٧ ، الزرقاني : شرح ٢٢٦/٧ .

(٣) انظر في ذلك : عبد الجواد : الحيابة ص ٩٣ ، المعيني : النظرية العامة ص ٤١ .

(٤) ابن الجوزية : الطرق الحكمية ص ١١٤ .

(٥) ابن الجوزية : المصدر السابق ص ٨٨ .

(٦) قال " ابن قيم الجوزية " في " الطرق الحكمية " : (وربما احتج لهم بحديث يذكر عن سعيد بن المسيب ، وزيد بن أسلم : أن رسول الله - صلى الله عليه وسلم - قال : " من حاز شيئاً عشر سنين فهو له " وهذا لا يثبت) انظر في ذلك ابن الجوزية : المصدر السابق ، ص ١١٥ .

(٧) ، (٨) ابن الجوزية : المصدر السابق ، ص ٨٩ .

(٩) ابن الجوزية : المصدر السابق ص ١١٥ .

المحوز عليه أو ينكر ، مع توفر شروط الحيازة الأخرى ، يكون مانعا من سماع دعوى المحوز عليه بـ ذلك وبينته ، وفي هذا المعنى يقول صاحب " الدرر السنية " : " سئل الشيخ عبد الرحمن بن حسن عن مواريث كانت في الأصل ، فصارت اليوم في يد غير أهلها يتصرفون فيها تصرف الملاك ، فأجاب: الذي استقر عليه فتوى شيخنا شيخ الاسلام امام الدعوة الاسلامية ، أن العقار ونحوه اذا كان في يد انسان يتصرف فيه تصرف الملاك من نحو ثلاث سنين فأكثر ، ليس له فيه منازع في تلك المنسدة أن القول قوله انه ملكه ، إلا أن تقوم بينة عادلة تشهد بسبب وضع اليد أنه مستعير أو مستأجر ونحو ذلك ... " (١) .

وفي المعنى نفسه جاءت بقية الفتاوى ومنها ما ذكره صاحب " الدرر السنية " أيضا : " سئل الشيخ حسن بن حسن بن الشيخ اذا ادعى رجل أن أباه اشترى هذا الملك ، وأحضر وثيقة ، وكان بيده آخر ورثه عن أبيه ، والوثيقة من مدة خمس سنين ، فأجاب : اعلم أن العلماء قرروا أنه اذا تعارض الأصل والظاهر قدم الظاهر ولم يعمل بالأصل ، وهذا فيما اذا كان العقار بيد انسان قدر خمس سنين يتصرف فيه تصرف المالك ، ولم يدعه صاحب الأصل في هذه المدة ، ولم يكن بينهما شركة ولا قرابة ، فالذي أرى في هذه المسألة: اذا كان الملك بيد أبي من هو في يده أو ولده مع وجود أبي المدعي يتصرف فيه ، ولم يدعه الأب ، فدعوى ابنه اليوم ساقطة ، وان كان أبو المدعي مات من حين الشراء المذكور في الوثيقة ، وأحضر ابنه بينة أنه لم يعلم بالوثيقة ولم يجدها إلا في هذا الزمان ، عمل بها ولم تقبل دعواه عدم وجوده— إلا ببينة مرضية " (٢) .

٤- عند الإباضية :

لقد تعددت مدد تقادم الحيازة المعتبرة في المذهب الاباضي ، فاليك بيانها على النحو

التالي :

١- السبع سنين ٠٠ الى الخمسين ٠

وبها قال الاباضية في حيازة الأصول ، ولقد ذكر صاحب " شرح النيل " أقوال فقهاء الاباضية في تحديدهم لمدة تقادم الحيازة ، وحصرها في عشرة أقوال هي : سبع سنين ، وعشر سنين ، وخمس عشرة سنة ، وعشرون سنة ، وخمس وعشرون سنة ، وثلاثون سنة ، وخمس وثلاثون سنة وأربعون سنة ، وخمس وأربعون سنة ، وخمسون سنة (٣) ، إلا أن الراجح عندهم من هذه

(١) ، (٢) العاصمي : الدرر السنية ١٩٦/٦ ، ١٩٧ .

(٣) الثميني ، اطفيش : النيل وشرحه ١٠٥/٧ .

الأقوال هو العشر سنين" (١)، عملاً بالحديث الثابت عندهم " من حاز شيئاً عشر سنين فهو له" (٢)، ومع هذا ، فالمدة المأخوذ بها عندهم هي العشرون سنة ، لا كونها هي المدة الصحيحة الثابتة بالنص وإنما يعمل بها استحساناً من قبيل الاحتياط ، ولأن أبا عبيدة راوى الحديث السابق قـــــــ أخذ بها (٣) .

ب - الثلاث سنين

وبها قال الاباضية في حيازة الأصل الذي لم يعرف أصله لأحد من الناس بسبب من أسباب الملك وسموها حيازة الشهرة أو القعود ، فإذا حاز الرجل في الأصل ثلاث سنين ، ولم يعارضه فيه أحد ، صار أقعد - أحق - فيه لغيره (٤) .

ج - الثلاثة أيام

وبها قال الاباضية ، في حيازة العروض من حيوان أو غيره ، وكذلك حيازة النتاج والغلة ، وذلك إذا ظهر الحائز بالشيء المحوز هذه المدة حتى اشتهر بين الناس أنه له (٥) ، فلا تسمع دعوى المحوز عليه بعد ذلك ولا بينته ، ان لم يطالب بالشيء المحوز قبل ذلك أو يدعيه ، ولم يمنعه من ذلك مانع شرعي ، مع توفر شروط الحيازة الأخرى ، وفي هذا المعنى يقول صاحب " شرح النيل " : " وان عرف حيوان ، أو غيره من العروض ، بيد أحد ثلاثة أيام ، يظهر به ، فعورض فيه ، شهد له بالمعشور ولوالده بالارث ، أي بأن هذا الحيوان - مثلاً - ميراث لهذا من مورثه فلان وان أتى المعارض ببيان ، وبالنتاج والغلة ان تناسل عنده بعد الثلاثة ، أو قبل تمام الثلاثة ولمسسه يعارض قبل تمامها" (٦) .

ومما يلاحظ على مدد تقادم الحيازة عند الاباضية أنها قد اختلفت بشكل عام بحسب نوع الشيء المحوز وطبيعته ، فنجد أنها تراوحت في حيازة الأصول - سواء أكانت معروفة لأحد من الناس أم لـــــــ تعرف - ما بين ثلاث سنين الى خمسين سنة ، بينما كانت في حيازة العروض من الحيوان أو غيره - ثلاثة أيام فقط ، أي أقصر منها بكثير في حيازة الأصول بشكل عام ، بل لا مقارنة بينهما .

(١) الثميني ، واطفيش : النيل ، وشرحه ١٠٦/٧ .

(٢) سبق تخريجه ، راجع في ذلك ص ٢٥ من هذه الرسالة .

(٣) الثميني ، واطفيش : المصادر السابقة ١٠٦/٧ .

(٤) الثميني ، واطفيش : المصادر السابقة ٩٩/٧ ، ١٠٠ .

(٥) الثميني ، واطفيش ، المصادر السابقة ١٠٤/٧ .

(٦) اطفيش : شرح النيل ١٠٤/٧ .

كما يلاحظ أنها قد اختلفت بشكل خاص في حيازة الأصول ، فنجد أنها تراوحت ما بين سبع سنين وخمسين سنة في حيازة الأصول التي يعرف أصلها لأحد من الناس ، بينما كانت ثلاث سنين ، في حيازة الأصول التي لم يعرف أصلها لأحد من الناس ، أي أقصر منها في النوع الأول .

ولقد سبق أن ذكرنا ما نصت عليه " مجلة الأحكام العدلية " من مدد تقادم الحيازة المعتبرة والتي أخذ بها متأخرو الحنفية ، وذلك في المواد (١٠٣٤) ، (١٦٦٠) ، (١٦٦١) ، (١٦٦٢) ، سابقاً الذكر (١) .

كما نص صاحب " مرشد الحيران " على هذه المدد ، وحصرها في مدتين ، الأولى منها ثلاث وثلاثون سنة ، وهي تختص بدعاوى الإرث وأصل الوقف ، وهذا ما نصت عليه المادة (١٥٢) منه ، التي سبق ذكرها (٢) . والثانية : خمس عشرة سنة وهي تختص بغير دعاوى الإرث وأصل الوقف سابقة الذكر كدعاوى الملك المطلق والدين ، والمهر ، وغيرها . وهذا ما نصت عليه الكثير من المواد ، منها المادتين (١٥١) ، (٢٥٦) سابقتي الذكر أيضاً (٣) .

ثانيا : حساب مدة تقادم الحيازة :

لا خلاف في جريان عرف الفقهاء القدامى على استخدام التقويم الهجري في تحديدهم لممد الزمان بشكل عام ، التقويم الذي يعتمد في حساباته على منازل القمر ، لذا يسمى أيضا بالتقويم القمري الذي كان معروفا لدى العرب في الجاهلية ، وسمي بالتقويم الهجري فيما بعد ، كما هو معروف في عهد أمير المؤمنين عمر بن الخطاب - رضي الله عنه - (٤) .

إلا أنه لما دخل التقويم الميلادي - الشمسي - بلاد المسلمين ، أصبح الأمر مشكلا على الناس ، وموقعا لهم في الحرج ، لما قد يترتب على الخلاف في حساب توقيت معاملاتهم من وقوع المشاجرات والنزاع بينهم ، مما قد يترتب عليه ضياع حقوقهم أو تأخيرها (٥) ، وهذا ما دفع الفقهاء الى التصدي لبيان حكم الشرع في هذه المسألة ، ومن هؤلاء الفقهاء متأخرو الحنفية ،

(١) راجع في ذلك ص ٨٩، ٧٢، ٩٥ من هذه الرسالة .

(٢) راجع في ذلك ص ٨٧ من هذه الرسالة .

(٣) راجع في ذلك ص ٧٤، ٧٣ من هذه الرسالة .

(٤) المعيني : النظرية العامة ص ١٠٠ ، وانظر كذلك : حيدر : درر ٢٩٧/٤ ، الباز : شرح المجلة ص ٩٨٥ .

(٥) المعيني : النظرية العامة ص ١٠١ .

إذ فصلوا القول في ذلك على النحو التالي (١) :

- ١ - إذا ورد ذكر السنة أو الشهر في الدعوى على سبيل الاطلاق ، دون تقييد بتقويم هجرى أو ميلادى ، فيُصرف الاطلاق الى التقويم الهجرى عملا بالعرف الشرعي ، إذ إن مدد الحيازة في الأصل مأخوذة من كتب الفقهاء القدامى ، وقد ذكرت فيها هذه المدد على سبيل الاطلاق أيضا ، ولا خلاف أنهم اعتمدوا التقويم الهجرى في تحديدهم لهذه المدد ، لذا يجب اعتماده هنا كذلك .
- ٢ - أما اذا ورد ذكر السنة أو الشهر على سبيل التقويم الهجرى أو الميلادى ، فاختلف متأخرو الحنفية في هذه المسألة على التفصيل التالي :

أ - ذهب بعضهم الى القول بوجوب العمل بالتقويم الذى تم الاتفاق عليه بين الدائنين والمدين (٢) .

ب - وذهب بعضهم الآخر الى القول بوجوب العمل بالتقويم الهجرى مطلقا وان تسمى الاتفاق على خلافه (٣) ، وفي هذا المعنى يقول صاحب " درر الحكام " : " تعتبر فسي مرور الزمان السنة العربية أى القمرية ، وليست الشمسية ، فلذلك يجب حساب مدة مرور الزمن بالسنة القمرية ، مثلا اذا كان السند المحتوى للدين مؤرخا بتاريخ السنة الشمسية ولم يؤرخ بالسنة القمرية ، فيحسب مرور ذلك بالسنة القمرية " (٤) .

ونحن نميل الى ما ذهب اليه صاحب " درر الحكام " من وجوب العمل بالتقويم الهجرى

مطلقا وان كان عمل الناس قد جرى بخلافه ، وذلك لأننا ندرس حكم مرور الزمان وتقدمه من منظور الشرع فيجب أن يكون حساب المدة خاضعا لعرف الشرع وحكمه ، وكذلك لأنه يجب علينا تطبيق أحكام الشرع في كافة معاملتنا وتصرفاتنا المختلفة في حياتنا اليومية ، وهذا ما يجب تعويد الناس عليه ، فبان

(١) الأصل في هذا التفصيل الذي قال به متأخرو الحنفية هو منشور عام صادر عن نظارة العدلية العثمانية بتاريخ ١٥ ذى الحجة عام ٢٩٧هـ ، وهذه ترجمته : " استعلم بعضهم عن الخمسة عشرة سنة الوارد ذكرها في مجلة الأحكام العدلية ، بخصوص مرور الزمان ، هل تعتبر بموجب الحساب القمري أو الشمسي ، فتباحث في ذلك جمعية المجلة ، وقررت أنه اذا كانت المسألة متعلقة بدعوى ذكر فيها الشهر أو السنة على الاطلاق دون تقييد بقيد كالقمرى أو الرومى الشمسي ، فينصرف الى القمري ، وفقا للعرف الشرعي وأن مدة الخمسة عشرة سنة المعينة في المجلة لمرور الزمان هي مأخوذة عن الكتب الفقهية ، وهذه المدة قد وردت في الكتب المذكورة على الإطلاق ، ولذا يقتضى أن تحصر وتخص في السنة القمرية وفقا للعرف الشرعي ، غير أنه في المعاملات المقيدة والمحدودة بزمان كالأجارة وتأجيل الدين اذا اتفق العاقدان على ذكر أي تاريخ أرادا ما ذكر ، فيعتبر اتفاقهما ، وبناء عليه يلزم اجراء الايجاب على الوجه المشروع " .

انظر قسي ذلك : الباز : شرح المجلة ص ٩٨٦ .

(٢) الباز : المرجع السابق ص ٩٨٦ ، وانظر كذلك المعيني : النظرية العامة ص ١٠١ .

(٣) حيدر : درر ٢٩٧/٤ ، الباز ، المرجع السابق ص ٩٨٥ ، ٩٨٦ .

(٤) حيدر : درر ٢٩٧/٤ .

اعتادوه فيها ونعمت ، والا حملوا عليه حملاً ٠٠ والله أعلم بالصواب .

ثالثا : بداية مدة تقادم الحيازة ٠٠ ونهايتها :

لقد حدد متأخرو الحنفية بداية ونهاية سريان مدة تقادم الحيازة بشكل دقيق ، فذكروا ان بدايتها تكون من ثبوت الحق ، وبعبارة أدق من تاريخ صلاحية ادعاء المحوز عليه للشيء المحبوز وأما نهايتها فهي اقامة الدعوى ومخاصمة الحائز عند القاضي .

فتكون بداية مدة تقادم الحيازة ، في دعوى الدين المؤجل - مثلاً - من حلول الأجل ، اذ ليس للمحوز عليه طلبه قبل ذلك ، بينما تكون بدايتها في دعوى المهر المؤجل من وقت الطلاق أو موت أحده الزوجين ، اذ لا يجب المهر قبل ذلك ٠٠٠ وهكذا (١) .

وعلى هذا المعنى نصت " مجلة الأحكام العدلية " في المادة (١٦٦٧) منها فقالت : يعتبر مرور الزمن من تاريخ وجود صلاحية الادعاء في المدعى به ، فمرور الزمن في دعوى الدين المؤجل ، إنما يعتبر من حلول الأجل ، لأنه ليس للمدعى صلاحية دعوى ذلك الدين ومطالبته قبل حلول الأجل ، مثلاً : لو ادعى أحد على آخر بقوله : لي عليك كذا دراهم من ثمن الشيء الفلاني الذي بعتهك إياه قبس سنة خمس عشرة سنة ، مؤجلاً لثلاث سنين تسمع دعواه ، كذلك لا يعتبر مرور الزمن في دعوى البطن الثاني في الوقف المشروط للأولاد بطناً بعد بطن ، إلا من تاريخ انقراض البطن الأول ، لأنه ليس للبطن الثاني الدعوى ما دام البطن الأول موجوداً ، وكذلك يعتبر مبدأ مرور الزمن في دعوى المهر المؤجل مبسب وقت (٢) الطلاق أو من تاريخ موت أحد الزوجين ، لأن المهر المؤجل لا يكون معجلاً إلا بالطلاق أو الوفاة " وعلى المعنى نفسه نص صاحب " مرشد الحيران " في المادة (٢٥٨) منه ، فقالت : " يعتبر ابتداء المسدة المقررة لعدم سماع دعوى الكين المؤجل من تاريخ حلول الأجل لا من تاريخ عقد النكاح ، ويعتبر مبسباً المدة المذكورة في دعوى المهر المؤجل من وقت الطلاق ، أو من تاريخ موت أحد الزوجين " (٣) .

فأما أصحاب الأعدار كالصبي ، والغائب ، والمفلس ، وغيرهم ، فلا خلاف بين الفقهاء في أن مسدة تقادم الحيازة تكون في حقهم من زوال العذر ، وذلك ببلوغ الصبي ، وحضور الغائب ، وبسار المفلس

(١) ابن عابدين : قرة عيون الأختيار ٤٤٨/٧ ، حيدر : درر ٢٧٣/٤ ، الباز : شرح المجلة ص ٩٩٢ ، القاضي : مجلة الأحكام ٥٤/٤ .

(٢) حيدر : المرجع السابق ٣١١/٤ ، الباز : المرجع السابق ص ٩٩٣ ، القاضي : المرجع السابق ٥٦/٤ .

(٣) قدرى : مرشد الحيران ص ٧٠ .

وما شابه ذلك^(١)، وفي هذا المعنى يقول صاحب " التبصرة " : " ولا يقطع قيام البكر غير المعنسة ولا قيام الصغير ، ولا قيام المولى عليه ، الاعتمار المذكور بحضرتها إلا أن يبلغ الصغير ، ويملك نفسه المولى عليه ، وتعنس الجارية ، وتحاز عليهم عشرة أعوام من بعد ذلك ، وهم عالمون بحقوقهم لا يتعرضون من غير عذر " (٢) .

وعلى هذا المعنى نصت مجلة الأحكام العدلية في المادتين (١٦٦٣) ، (١٦٦٨) ، فقالت المادة (١٦٦٣) منها : " والمعتبر في هذا الباب ، أي في مرور الزمن المانع لاستماع الدعوى هو مرور الزمن الواقع بلا عذر فقط ، وأمل مرور الزمن الحاصل بأحد الأعدار الشرعية ككون المدعي صغيروا أو مجنونا ، أو معتوها سواء كان له وصي أو لم يكن له ، أو كونه في ديار أخرى مدة السفر ، أو كان خصمه من المتغلبة ، فلا اغتبار له ، فلذلك يعتبر مبدأ مرور الزمن من تاريخ زوال واندفاع العذر ، مثلاً : لا يعتبر الزمن الذي مرّ حال جنون أو عته أو صغر المدعي ، بل يعتبر مرور الزمن من تاريخ وصوله حد البلوغ ، كذلك إذا كان لأحد مع أحد المتغلبة دعوى ، ولم يمكنه الادعاء لامتداد زمن تغلب خصمه ، وحصل مرور زمن لا يكون مانعاً لاستماع الدعوى ، وإنما يعتبر من تاريخ زوال التغلب " (٣) . وقالت المادة : (١٦٦٨) منها : " لا يعتبر مرور الزمن في دعوى الطلب من المفلس إلا من تاريخ زوال الإفلاس ، مثلاً : لو ادعى أحد على من تمادى إفلاسه خمس عشر سنة وتحقق يساره بعد ذلك بقوله : بأنه قبل خمس عشرة سنة كان لي في نمتك كذا دراهم من الجهة الفلانية ولم أستطع الادعاء عليك لكونك كنت مفلساً من ذلك التاريخ ، ولاقتدارك الآن على أداء الدين أدعي عليك به ، تسمع دعواه " (٤) .

وهذا ما نص عليه صاحب " مرشد الحيران " في المادة (٢٥٨) سابقة الذكر (٥) .

هذا ، وتثبت بداية مدة تقادم الحيازة عند انكار المحوز عليه لها بالبينة ، فمثلاً : لو ادعى حائز لدار - مثلاً - أنه يتصرف فيها تصرف الملاك منذ عشرة سنة ، وأن المحوز عليه حاضر عالم بذلك ، ساكت لم يدع أو يينكر ، فأنكر المحوز عليه تصرف الحائز تلك المدة بقوله : بل هي خمس سنوات ، فيشهد للحائز رجلان على صحة دعواه ، فلا تسمع دعوى المحوز عليه بعد ذلك ولا بينته إذا ثبت عند القاضي

(١) ابن عابدين : قرة عيون الأخبار ٤٤٨/٧ ، الخطاب : مواهب ٢٢٤/٦ ، ابن الجوزية : الطرق الحكيمة

ص ١١٥ ، ٨٩ ، العاصمي : الدرر السنية ١٩٦/٦ ، ١٩٧ ، اطفيش : شرح النيل ١٠٨/٧

(٢) ابن فرحون : تبصرة ٩٥/٢

(٣) حيدر : درر ٣٥/٤ ، الباز : شرح المجلة ص ٩٩٠ ، القاضي : مجلة الأحكام ٥٦/٤

(٤) حيدر : المرجع السابق ٣١٤/٤ ، الباز : المرجع السابق ص ٩٩٣ ، القاضي : المرجع السابق ٥٧/٤

(٥) راجع في ذلك الصفحة السابقة .

أنه لم يمنعه من الدعوى أى مانع شرعي^(١)، فان عجز الحائز عن اثبات دعواه، فله تحليف المحوز عليه على عدم علمه بتصرفه في الشيء المحوز مدة الست عشرة سنة^(٢)، فان أقام كل من الحائز والمحوز عليه بينة تثبت صحة دعواه، بأن أقام الحائز بينة تثبت تصرفه في الدار - مثلا - تصرف الملاك - مدة تزيد على خمس عشرة سنة وهي المدة المحددة لصحة الحيازة في العقار، وأقام المحوز عليه بينة أخرى تثبت أن مدة تصرف الحائز في الدار هي خمس سنوات فقط، وتساوت البينتان من كل وجسه فان بينة الحائز ترجح على بينة المحوز عليه، لكونه صاحب اليد^(٣).

رابعا : وقف مدة تقادم الحيازة :

والمراد بوقف المدة هنا، هو التوقف عن حساب مدة تقادم الحيازة الشرعية الصحيحة بعد بدء سريانها، لظروء عذر شرعي حال دون ذلك، فاذا زال هذا الطارىء فان المدة بعد زواله تبني على المدة قبل حدوثه^(٤).

وهذا ما صرح به متأخرو الحنفية، والاباضية، فمثلا : لو أن شخصا حاز ملك غيره، في حضوره وعلمه مدة خمس سنين، وهو ساكت لم يدع أو ينكر، ولم يكن يمنعه من ذلك مانع شرعي، مع توفر شسروط الحيازة الأخرى، ثم غاب المحوز عليه بعد ذلك غيبة بعيدة بحيث تعد في حقه عذرا شرعيا، كعششر سنوات، ولم يطالب المحوز عليه الحائز بالشيء المحوز الآ بعد رجوعه بخمس سنين، فان دعواه تسمع حينئذ وبينته، لأن مدة الحيازة المحتسبة هي عشر سنين، هي مجموع الخمس سنين قبل الغيبة ومثلها بعد رجوعه، ولا تحسب مدة العذر الشرعي من مدة الحيازة وتكون الغيبة - كعذر شرعي - قد أوقفت سريان مدة التقادم، ومثلها في ذلك بقية الأعذار، كالجنون، والفلس، وغيرها من الأعذار والموانع الشرعية^(٥).

هذا، وقد فرق متأخرو الحنفية بين غيبة المحوز عليه مرة واحدة وبين تكرار ذلك عدة مرات، فلذا غاب ثم حضر مرارا في أثناء مدة تقادم الحيازة، دون أن يدعي أو يطالب بالشيء المحوز، فلا تسمع دعواه عندهم بعد ذلك ولا بينته^(٦). بينما ذهب الاباضية في الصحيح عندهم إلى عدم التفريق بين غيبته مرة واحدة وبين تكرار ذلك مرات عديدة، وفي هذا المعنى يقول صاحب " شرح النيل " وفي الديوان من حاز أرض رجل في الحال الذى تجوز عليه الحيازة، فتحول الى الحال التي لا تجوز عليه

(١)، (٢)، (٣) حيدر : درر ٢٩٧/٤.

(٤)، (٥) حيدر : درر ٣٠٥/٤ وما بعدها، الباز : شرح النجلاء ص ٩٩، القاضي : مجلة الأحكام ٥٦/٤ وما بعدها. وانظر كذلك : عبد الجواد : الحيازة ص ١٤٢، المعينى : النظرية العامة ص ١٠٦.

(٦) ابن عابدين : قرة عيون الأختيار ٤٨٨/٧، حيدر : المرجع السابق ٢٠٠٩/٤ وما بعدها.

فيه الحيابة مثل الجنون أو الغيبة قبل أن تتم مدة الحيابة ثم أفاق المجنون أو قدم الغائب ، ففسان الذي حاز عليه أولاً يبني عليه ما مكث فيها أولاً قبل الجنون والغيبة حتى تتم الحيابة ، وكذا صاحب الأصل اذا كان يجي ، ويذهب عقله ويصحو ، فلا يحسب له ما غاب فيه وما زال عقله فيه " (١) .

خامسا : انقطاع مدة تقادم الحيابة :

والمراد بالانقطاع هنا ، هو توقف سريان مدة تقادم الحيابة في المستقبل ، وعدم اعتبار ما مضى منها (٢) .

ويعدّ السبب الوحيد الذي يؤدي الى قطع مدة تقادم الحيابة عند الفقهاء هو (٣) مخاصمة المحوز عليه للحائز أمام القاضي ، وهو ما يسمي في عصرنا الحاضر " بالمطالبة القضائية " ويستمر انقطاع مدة التقادم من بعد المخاصمة والطلب أمام القاضي حتى يتم الفصل في الدعوى بالحكم لأحد الطرفين بالحق .

وبناء على ما سبق ، فان ادعى المحوز عليه عند القاضي مرارا كل بضعة سنين مرة ، ولم تفصل دعواه حتى مرت مدة التقادم المحددة ، فان ذلك لا يمنع من سماع دعواه بعد ذلك ولا بينته ، اذ لا يصمدق عليه أنه ترك الدعوى مدة الحيابة المحددة ، لأن مدة التقادم تتجدد ابتداء من اخر اجراءات الدعوى الأخيرة ، فاذا بلغت المدة بين الدعوى السابقة والتي تليها مدة التقادم المعتبرة ، فلا تسع دعوى المحوز عليه بعد ذلك ولا بينته ، اذ يمدق عليه أنه تارك للدعوى مدة التقادم المعتبرة (٤) .

وتجدر الاشارة الى أنه يشترط في المخاصمة حتى تكون قاطعة لسريان مدة التقادم ، أن تكون عند القاضي ، فلا يعتبر مجرد تقديم طلب المخاصمة ، أو طلب جلب الحائز وهو ما يسمي في عصرنا الحاضر بـ " الاستدعاء " كافيا لقطع سريان مدة التقادم (٥) ، وعلى هذا المعنى نصت مجلة الأحكام العدلية في المادة (١٦٦٦) منها ، فقالت : " اذا ادعى أحد على آخر ، خصوصا في حضور القاضي في كل بضعة (٦) سنوات مرة ، ولم تفصل دعواه ، ومر على هذا الوجه خمس عشرة سنة ، فلا يكسون

(١) اطفيش : شرح النيل ١١١/٧ .

(٢) انظر في ذلك : المعيني : النظرية العامة ص ١٠٧ .

(٣) المعيني : النظرية العامة ص ١١٠ .

(٤) ابن عابدين : قرة عيون الأختيار ٤٨٨/٧ ، الباز : شرح المجلة ص ٩٩ .

(٥) ابن عابدين : رد المحتار ٤٢١/٥ ، ابن عابدين : قرة عيون الأختيار ٤٨٨/٧ ، حيدر : درر ٣١١/٤ .

(٦) سبقت الاشارة الى أن الأصح " بضع " وليس " بضعة " ، اذ يجب أن يخالف العدد المعدود من

حيث التذكير والتأنيث . راجع في ذلك ص ٧٦ من هذه الرسالة .

مانعا من استماع الدعوى ، وأما الادعاء والمطالبة التي لم تكن في حضور القاضي فلا تدفع مرور الزمن بناء عليه اذا ادعى أحد خصوصا في غير مجلس القاضي. و طالب به ، وعلى هذا الوجه وجد مرور زمــــن فلا تسمع دعواه " (١) .

وعلى هذا المعنى نفسه نص صاحب " مرشد الحيران " في المواد (١٥٨) ، (١٥٩) ، (٢٦٠) منه ، فقالت المادة (١٥٨) : " واذا ادعى في أثناء المدة في مجلس القضاء على واضح اليد ، ولم تفصل الدعوى ، فلا مانع من سماعها ثانيا ولو مضت المدة المحدودة ما لم يمض بين الدعوى الأولى والثانية المدة المحدودة " (٢) . وقالت المادة (١٥٩) : " المطالبة في أثناء المدة المحدودة في غير مجلس القضاء لا تعتبر ولو تكررت مرارا " (٣) . وقالت المادة (٢٦٠) : " انما تعتبر المطالبة في مجلس القضاء لا في غيره ، فان طالب الدائن غريمه في مجلس القضاء ولم تفصل الدعوى حتى مضت المدة فانها تسمع بعدها ، وان طالبه في غير مجلس القضاء مرارا فلا تعتبر مطالبته ولا تسمع دعواه بعد مضي المدة المذكورة " (٤) .

ومما سبق يمكن ملاحظة الفرق بين كل من " وقف التقادم " وبين " انقطاع للتقادم " ، ففي حالة " وقف التقادم " تحسب المدة السابقة للعدر - أو المانع الطارىء والمدة التي تليه ، بينما نجد في حالة " انقطاع التقادم " عدم احتساب المدة السابقة للمخاصمة والغائها ، وتوقف سريان المدة بعدها ، اذ يبدأ تقادم جديد تتجدد فيه المدة مرة أخرى (٥) .

سادسا : تلفيق مدد تقادم الحيازة :

والمراد بالتلفيق هنا ، الضم (٦) ، أى ضم مدد تقادم الحيازة المختلف التي لا تُضم أي منها بمفردها مانعة من سماع الدعوى - الى بعضها البعض ، بحيث تتكون من مجموعها مدة التقادم المانعة من سماع الدعوى المعتبرة شرعا (٧) .

(١) . حيدر: درر ٤/٣١٠، البياز: المرجع السابق ص ٩٩١، القاضي: مجلة الأحكام ٤/٩٩١.

(٢) ، (٣) قدرى : مرشد الحيران ص ٤٦.

(٤) . قدرى : المرجع السابق ص ٧٠، ٧١.

(٥) انظر في ذلك : المعيني : النظرية العامة ص ١٠٩.

(٦) وهو المعنى اللغوي للتلفيق : يقال : لَفَّقَ شَقِي الثوب : اذا ضم احدهما الى الأخرى فخاطبهما والتلفيق يستعمل في الخياطة ، وفي غيرها ، كالمدد الزمنية مثلا . انظر في ذلك : ابن منظور

لسان (مادة / لَفَّقَ) .

(٧) انظر في ذلك : المعيني : النظرية العامة ص ٩٩.

وقد اتفق متأخرو الحنفية والمالكية ، والاباضية ، على مبدأ تليفيق مدة تقادم الحيابة بيسن الوارث ومورثه^(١) ، فلو تصرف المورث بالعقار - مثلاً - خمس سنين ، ثم تصرف الوارث بالعقار نفسه بعد موت مورثه ست سنين ، والمحوز عليه حاضر ، ساكت لم يدع أو ينكر خلال مدة التقادم كلها - حيابة الوارث والمورث معا - مع توفر شروط الحيابة الأخرى في العدة كلها ، فلا تسمع دعوى المحوز عليه بعد ذلك ولا بينته ، لمضي مدة تقادم الحيابة المعتبرة شرعا - باعتبار أن العدة هنا عشرين سنين - ، وعلى هذا المعنى نصت " مجلة الأحكام العدلية " في المادة (١٦٢٠) منها ، فقالت : " اذا ترك المورث الدعوى مدة ، وتركها الوارث أيضا مدة ، وبلغ مجموع المدتين حد مرور الزمن - فلا تسمع (٢) .

وعلى هذا المعنى نفسه نص صاحب " مرشد الحيران " في المادة (١٥٣) منه فقالت : " الواضع اليد على العقار ، أن يضم الى مدة وضع يد من انتقل منه العقار اليه ، سواء كان انتقاله بشراء ، أو هبة أو وصية ، أو وارث ، أو غير ذلك ، فان جمعت المدتان وبلغت العدة المحدودة لمنع سماع الدعوى فلا تسمع على واضع اليد دعوى الملك المطلق ، ولا دعوى الارث ، ولا الوقف " .

ثم اختلف متأخرو الحنفية ، والاباضية ، في جواز قياس كل من البائع والمشتري ، وكذلك الواهب والموهوب له ، وكذلك الموصي والموصى له ، على الوارث والمورث من حيث تليفيق مدة تقادم الحيابة بينهما ، وذلك على التفصيل التالي :

١ - ذهب متأخرو الحنفية إلى جواز ذلك ، وهذا ما نصت عليه " مجلة الأحكام العدلية " في المادة (١٦٧١) منها ، فقالت : " البائع والمشتري ، والواهب والموهوب له ، كالمورث والوارث مثلا : اذا تصرف أحد في عرصة^(٤) مدة خمس عشرة سنة ، وسكت صاحب الدار المتملة بتلك العرصة تلك العدة ، ثم باع الدار لآخر ، فاذا ادعى المشتري أن تلك العرصة هي طريق خاص للدار التي اشتراها فلا تسمع دعواه ، كذلك اذا سكت البائع مدة سكت المشتري مسبة . وبلغ مجموع المدتين حد مرور الزمن ، فلا تسمع دعوى المشتري " (٥) .

-
- (١) ابن عابدين : ردالمحتار ٤٨٨/٧ ، ٤٨٩ ، التسولي : البهجة ٢٥٦/ ، اطفيش : شرح النيل ١١١/٧ .
(٢) حيدر : درر ٣١٥/٤ ، الباز : شرح المجلة ص ٩٩٤ ، القاضي : مجلة الأحكام ٦١/٤ .
(٣) قدرى : مرشد الحيران ص ٤٥ .
(٤) العرصة : هي البقعة الواسعة بين الدور لا بناء فيها . انظر في ذلك : الفيومي : المصباح الفيروزي آبادي : القاموس المحيط (مادة / عرض) .
(٥) حيدر : درر ٣١٥/٤ ، الباز : شرح المجلة ص ٩٩٥ ، القاضي : مجلة الأحكام ٦١/٤ .

وذهب الاباضية إلى القول بعدم جواز ذلك ، فلا يصح عندهم أن يبني المشتري مدة حيازة —هـ
للشيء المحوز على مدة حيازة البائع ، وكذلك أن يبني الموهوب على مدة حيازة الواهب
وكذلك أن يبني الأجير على مدة حيازة المستأجر، وفي هذا المعنى يقول صاحب " شرح النيل " :
" ومن قعد في الأرض سنتين أو أقل أو أكثر لكن دون ثلاث سنين ، فتمت بقعود وارثه —هـ
بعد موته ، صحت الحيازة ويقسمها الورثة على قدر ميراثهم ، وببني السيد على ما مكث فيها .
عبده أو أجيره ، أو وكيله ، أو خليفته ، وخليفة المجنون أو الطفل أو الغائب أو الحاضر
بينون على ما مكث في الأصل ، ولا يبني مشتر على ما مكث فيها بائع ، ولا موهوب له على
ما مكث فيه الواهب ولا الأجير على المستأجر ، ونحو ذلك " (١) .

سابعاً : تجزؤ مدة تقادم الحيازة :

والمراد بالتجزؤ هنا ، هو سريان مدة تقادم الحيازة على بعض المحوز عليهم دون البعض الآخر .

وقد اتفق فقهاء الحنفية ، والمالكية ، والاباضية ، على الأخذ بمبدأ تجزؤ التقادم —هـ
إذ قالوا بسريان مدة تقادم الحيازة في حق بعض الورثة دون البعض الآخر (٢) ، وذلك كأن يتوفى الرجل
وله في ذمة آخر مبلغ من المال ، وله من الورثة ولدان ، أحدهما بالغ والآخر صغير السن - قام —هـ
فاذا ادعى الصغير بعد بلوغه وطالب المدين بالدين ، وكانت مدة تقادم الحيازة المعتبرة شرعاً قد
مضت ، فتسمع دعواه حينئذ وبينته ، فيحكم له بحصته في الشيء المحوز إذا أثبت حقه في الميراث ، بينما
لا تسمع دعوى البالغ من الورثة لمضي المدة دون ادعائه أو إنكاره ، فيكون التقادم بذلك قد سرى في
حق بعض الورثة دون البعض الآخر .

وتجدر الإشارة إلى أن العمل بهذا المبدأ - تجزؤ مدة تقادم الحيازة - إنما تكون في حالة
قبول الحق - الشيء المحوز - للتقسيم والتجزؤ ، كالدين مثلاً ، أو الأرض ، أو المزرعة ، أو ما شابه ذلك
بخلاف ما لا يقبل التجزؤ والتقسيم كالجدار مثلاً ، أو الشجرة ، ونحوهما ، ففي هذه الحالة يسرى حكم
التقادم على الكبار أيضاً ، أي أنه تسمع دعواهم وبينتهم - وذلك لثبوت الحق للجميع بدعوى الصغار (٣) .

ويقاس على الصغير في المثال السابق الغائب ، والمجنون ، وغيرهم من أصحاب الأعذار المانعة

(١) اطفيش : شرح النيل ١٣٣/٧

(٢) ابن عابدين : قررة عيون الأخبار ٤٨٨/٧ ، الخطاب : مواهب ٢٢٢/٦ ، اطفيش : شرح النيل ١١٣/٧ .

(٣) القاضي : مجلة الأحكام ٦١/٤ .

من الحيابة (١)، وفي هذا المعنى يقول صاحب " حاشية قرة عيون الأخيار ": " وأن القاصر اذا ادعى عقارا إرثا عن والدممثلا - بعد بلوغه ، وأثبتته بالبينة الشرعية فلا يسرى سماع الدعوى لبقية الورثة الباقيين البالغين مدة المنع ، ومثله من كان مسافرا " (٢) .

وعلى هذا المعنى نصت " مجلة الأحكام العدلية " في المادة (١٦٧٢) منها ، فقالت : " لـي وجد مرور الزمن في حق بعض الورثة في دعوى مال الميت الذي هو عند آخر ولم يوجد في حق بعض الورثة لعذر كالصغر، وادعى به وأثبتته ، يحكم بحصته في المدعى به ، ولا يسرى هذا الحكم الى سائر الورثة " (٣) .

وهذا ما نص عليه صاحب " مرشد الحيران " أيضا في المادة (٢٦١) منه ، فقالت : " اذا ترك بعض الورثة الدعوى بدين مورثهم من غير عذر خمس عشرة سنة ، وكان لباقي الورثة عذر بأن كان قاصرا فبلغ رشيدا تسمع دعواه على الدين بقدر حصته التي تخصه من الدين " (٤) .

الفرع السابع : أقسام الحيابة :

انفرد فقهاء المالكية بتقسيم الحيابة الى أقسام (٥)، وذلك على حسب علاقة الحائز بالمحوز عليه ودرجة قرابته منه ، وأثر ذلك على كل من نوع التصرف المعتبر في الحيابة وطبيعته ، وكذلك أثره في تحديد مدة تقادم الحيابة المعتبرة .

وقد جعل فقهاء المالكية هذه الأقسام على مراتب من حيث قوة دلالتها على ملكية الحائز للشئ المحوز ، وسنتناول - ان شاء الله تعالى - هذه الأقسام حسب مراتبها مبتدئين بأكثرها ضعفا فالتى تليها من حيث الضعف ، فالتى تليها . . . وهكذا ، حتى نصل الى أكثرها قوة ، فاليك البيان على

(١) ابن عابدين : قرة عيون الأخيار ٤٨٨/٧ ، الخطاب : مواهب ٢٢٢/٦ ، اطفيش : شرح النيل ١١٣/٧ .

(٢) ابن عابدين : المصدر السابق ٤٨٨/٧ .

(٣) حيدر : درر ٣١٧/٤ ، الباز : شرح المجلة ص ٩٩٥ ، القاضي : مجلة الأحكام ٦٢/٤ .

(٤) قدرى : مرشد الحيران ص ٧١ .

(٥) لقد حصر فقهاء المالكية هذه الأقسام في ستة ، إلا أنهم رجحوا بعد ذلك واعتمدوا عدم وجسود

أى فرق في الحكم بين الحيابة الأقارب الشركاء على بعضهم البعض وبين حيابة الأقارب غير

الشركاء على بعضهم البعض أيضا ، لهذا اقتصرنا في حديثنا على خمسة أقسام ، كما سيأتي

انظر في ذلك : ابن رشد : البيان ١٤٦/١١ ، عليش : منح ٣٣٧/٤ ، العدوى : حاشية على كفاية

الطالب ٢٩٦/٢ ، العدوى : حاشية على الخرشي ٢٤٣/٧ ، ابن فرحون : تبصرة ٩٨/٢ ، الدسوقي :

حاشية ٢٣٤/٤ ، الخطاب : مواهب ٢٢١/٦ ، التسولي : البهجة ٢٥٩/٢ . التاودي : حاشية المعاصم ٢٥٩/٢ .

النحو التالي :

المرتبة الأولى : حيازة الأب على ابنه ، والابن على أبيه (١) :

وهي أكثر مراتب الحيازة ضعفا في الدلالة على ملكية الحائز للشيء المحوز ، وقد اتفق فقهاء المالكية على عدم صحة هذه الحيازة إلا إذا كان تصرف الحائز في الشيء المحوز من تصرفات التفويت ، أي تفويت ملكيته ونقلها من شخص إلى آخر ، كالبيع ، والهبة ، والصدقة ، ونحوها مما لا يفعل الرجل إلا في ماله ، واتفقوا كذلك على عدم صحة الحيازة إذا كان تصرف الحائز بالشيء المحوز بالسكنى والازدراع ، ثم اختلفوا بعد ذلك في صحتها إذا كان التصرف بالهدم ، أو البنيان أو الغرس ، وذلك على قولين : الأول منهما وهو أشهرهما في المذهب أنه لا تصح حيازته عليه بأي من التصرفات سابقة الذكر إن ادعاه الحائز ملكا لنفسه ، سواء أكان ذلك في حياة المحوز عليه أم بعد وفاته ، إلا إذا طال الزمان جدا بحيث تهلك فيه البيئات عادة ، وينقطع العلم بحقيقة الحال كالستين سنة فما فوق ، والقول الثاني : تجوز حيازته عليه بذلك ، سواء ادعاه في حياته أو على ورثته بعد مماته .

المرتبة الثانية : حيازة الأقارب على بعضهم البعض (٢)

اتفق فقهاء المالكية على صحة حيازة الأقارب على بعضهم البعض مطلقا ، سواء أكان الأقارب شركاء في الميراث أو غيره أم لم يكونوا شركاء ، إذا تصرف القريب الحائز بالشيء المحوز بأحد تصرفات التفويت كالبيع ، والهبة ، ونحوها ، وإن لم تطل المدة ، واتفقوا كذلك على صحتها إذا كان التصرف بالسكنى ، أو الازدراع ، وإن طال السنون ، إلا أن مطرف^(٣) استثنى من ذلك الخمسين سنة ونحوها .

ثم اختلفوا بعد ذلك فيما بينهم في صحتها إذا كان التصرف بالهدم ، أو البنيان ، وذلك على قولين : الأول منهما ، تصح الحيازة بينهم في العشرة سنين ، والقول الثاني : لا تصح الحيازة بينهم إلا إذا زادت المدة على الأربعين سنة ، وهو القول الراجح والمعمول به في المذهب عندهم .

(١) ابن فرحون : تبصرة ٩٨/٢ ، ابن رشد : البيان ١٤٨/١١ وما بعدها ، الخطاب : مواهب

٢٢٧/٦ ، عيش : منيخ ٢٣٧/٤

(٢) ابن فرحون : تبصرة ٩٩/٢ ، العدوى : حاشية على كفاية الطالب ٢٩٦/٢ ، الخطاب : المصدر السابق

٢٢٧/٦ ، عيش : المصدر السابق ٣٣٧/٤

(٣) هو أبو مصعب مطرف بن عبد الله بن مطرف بن سليمان بن يسار الهلالي ، المدني ، الفقيه

الثقة ، روى عن جماعة منهم الإمام مالك ، وعليه تفقه ، وأخذ عنه جماعة منهم أبو زرة وأبو

حاتم الرازيان ، والبخاري وخرج له في الصحيح ، قال الإمام أحمد بن حنبل كانوا يقدمونه على

أصحاب مالك توفي - رحمه الله - عام ٢٢٠ هـ . انظر في ذلك : مخلوف : شجرة

النور ص ٥٧ .

المرتبة الثالثة : حيازة الأختان ^(١) ، والأصهار ، فيما لا شركة بينهم فيه ^(٢) :

اختلف فقهاء المالكية في حكم حيازة الأختان ، والأصهار ، على بعضهم البعض فيما لا شركة بينهم فيه ، على قولين : الأول منهما ، أن حيازتهم كحيازة الأجانب على بعضهم البعض ، فتصح الحيازة بينهم في العشرة سنين ، وإن لم يكن هدم أو بناء ، والقول الثاني : أن حيازتهم كحيازة الأقارب على بعضهم البعض ، كما سبق بيانه .

وبناء على ما سبق ، يكون في حكم حيازة الأختان ، والأصهار ، على بعضهم البعض ثلاثئة أقوال هي :

- الأول : تصح الحيازة بينهم في العشرة سنين وإن لم يكن هدم ولا بناء .
 - الثاني : لا تصح الحيازة بينهم في العشرة سنين إلا بالهدم أو البناء .
 - الثالث : لا تصح الحيازة بينهم بالهدم أو البناء ، إلا إذا زادت مدة الحيازة على الأربعين سنة .
- المرتبة الرابعة : حيازة الأجانب الشركاء على بعضهم البعض ^(٣) :

اتفق فقهاء المالكية على صحة حيازة الأجانب الشركاء على بعضهم البعض في الشيء المشترك بينهما في العشر سنين إذا تصرف الحائز بالشيء المحوز بالهدم ، أو البناء ، أو الغرس ، أو بقطع الشجر .

المرتبة الخامسة : حيازة الأجانب غير الشركاء على بعضهم البعض ^(٤) :

وهذه أقوى مراتب الحيازة من حيث الدلالة على ملكية الحائز للشيء المحوز ، وقد اتفق فقهاء المالكية على صحة حيازة الأجانب غير الشركاء على بعضهم البعض إذا تصرف الحائز بالشيء المحوز بالهدم أو البناء في العشر سنين ، ثم اختلفوا بعد ذلك في صحتها بدون هدم أو بناء ، على قولين : الأول منهما ، وهو المشهور في المذهب ، أنها تصح في العشر سنين بدون ذلك ، بل تصح بأضعف أنواع التصرف كالسكنى والازدراع ، والقول الثاني : أنها لا تصح إلا بالهدم أو البنين .

-
- (١) الأختان جمع ختن : وهو كل من كان من قبل المرأة كالأب والأخ ، وختن الرجل عند العاصمة هو زوج ابنته . انظر في ذلك : الفيومي : مصباح الفيروز آبادي : القاموس المحيط ، السرازي : مختار (مادة / ختن) .
- (٢) ابن فرحون : تبصرة ١٠٠/٢ ، العدوي : حاشية على كفاية الطالب ٢٩٦/٢ ، الحطاب : مواهب ٢٢٧/٦ ، الخرشي : شرح ٢٤٣/٧ ، الدسوقي : حاشية ٢٣٥/٤ .
- (٣) ، (٤) ابن فرحون : المصدر السابق ١٠١/٢ ، الحطاب : المصدر السابق ٢٢١/٦ ، ٢٢٢ ، المواق : التتاج ٢٢١/٦ ، الخرشي : شرح ٢٤٢/٧ ، البناني : حاشية ٢٢٣/٧ .

هذه هي الأقسام والمراتب التي ذكرها فقهاء المالكية للحيازة ، ولعل أهم ما يلاحظ عليها أنه كلما زادت درجة القرابة بين الحائز والمحوز عليه ، كلما زادت مدة تقادم الحيازة المعتبرة شرعاً ، وكلما تطلّب هذا أن تكون التصرفات التي يقوم بها الحائز في الشيء المحوز أكثر قوة في الدلالة على ملكيته له ، والسبب في ذلك كله يرجع الى أنه كلما زادت درجة القرابة بين الحائز والمحوز عليه ، كلما زاد حمل تصرفات بعضهم على البعض الآخر على التسامح وعدم المشاحة^(١) ، وفي هذا المعنى يقول صاحب " التاج والاكليل " : " الحوز لا يقطع حق القرابة إلا أن يثبت أن بينهم من عدم المسامحة والتشاح مالا يترك فيه الحق هذه العدة فيكون لذلك الزمان الاسقاط " (٢) .

ويقول صاحب " التبصرة " في المعنى نفسه بعد أن ذكر أقوال فقهاء المالكية في حيازة الأختان والأصهار سابقة الذكر ، " ينبغي أن يكون الخلاف في حال ، فمن علم منه المسامحة وأشكّل أمره فهو حقه وان طالّت السنون ، ومن علم منه المشاحة فيكون كالأجنبي " (٣) .

هذا ، وما سبق أن ذكره فقهاء المالكية من أقسام ومراتب للحيازة إنما هو في حيازة العقار من الدور والأراضي دون غيرها من الأشياء ، إذ ان المالكية قد فرقوا كذلك بين الاقارب وبين الأجنبي في حيازتهم للعقار وغيره من الأشياء على التفصيل التالي :

١ - حيازة الأجنبي على بعضهم البعض :

فرق المالكية في حيازة الأجنبي على بعضهم البعض بين حيازة العقار وبين غيره من المنقول من حيث مدد تقادم الحيازة فيهما على التفصيل التالي :

أ - حيازة العقار (٤) :

اتفق فقهاء المالكية على أن حيازة الأجنبي على الأجنبي للعقار من الدور والأراضي العشرة سنين وما قاربها تكون له حيازة صحيحة - مع توفير شروط الحيازة الأخرى - لا تسع بعدها دعوى المحوز عليه ولا بينته مهما طال الزمان وتقدم .

ب - حيازة المنقول (٥) :

وأما حيازة الأجنبي على الأجنبي لغير العقار من المنقول ، فيختلف باختلاف نوع المنقول ، وطبيعته على التفصيل التالي :

(١) انظر في ذلك : عبد الجواد : الحيازة ص ٩٣ ، المعيني: النظرية العامة ص ٥٥ وما بعدها .

(٢) العواقب : التاج ٢٢٨/٦ .

(٣) ابن فرحون : تبصرة ١٠٠/٢ .

(٤)، (٥) الزرقاني : شرح ٢٢٦/٧ ، الحطاب : مواهب ٢٢١/٦ ، الخري : شرح ٢٤٤/٧ ، الصاوي : بلغة السالك

٣٢٩/٢ ، الدردير : الشرح الكبير ٢٣٦/٤ ، التسولي ، التناودي : البهجة ، وحلى المعاصم ٢٦٢/٢ .

- الحيوان : فحيازته والتصرف فيه بركوبه ، واجارته ، وغير ذلك من التصرفات الدالة على الملك ، السنيتين والثلاثة تكون له حيازة صحيحة .
- العروض : والمُروض من غير الثياب ، كأثاث البيع ، وآلات الزرع ، وغيرها من المتاع ، فحيازتها واستعمالها الثلاث سنين إلى العشر ، تكون لها حيازة صحيحة .
- وأما الثياب : فحيازتها والتصرف فيها باللبس ، والاجارة ، وغيرها من التصرفات الدالة على الملك ، السنة والسنيتين ، تكون لها حيازة صحيحة .

٢ - حيازة الأقارب على بعضهم البعض (١) :

لم يفرق فقهاء المالكية في حيازة الأقارب على بعضهم البعض بين العقار وبين غيره من المنقول كما سبق وأن فعلوا في حيازة الأجانب على بعضهم البعض ، وفي هذا المعنى يقول صاحب " التاج والاكليل " : " لا فرق في مدة حيازة الوارث لورثته بين الرباع ، والأصول والثياب ، والحيوان ، والعروض ، وإنما يفترق ذلك في حيازة الأجنبي على الأجنبي بالاعتماد والسكنى والازدراع في الأصول ، والاستخدام والركوب والملابس في الرقيق والسوداب والثياب " (٢) .

الفرع الثامن : تقادم الحيازة .. والبينة :

ذهب الفقهاء الى القول بأن الحيازة تثبت لحائزها بكل وسائل وطرق الاثبات كالشهادة ، والاقرار ، وغيرهما من الوسائل والطرق (٣) ، اذ ذهب الكثير من الفقهاء الى القول بأن للحائز أن يقيم البينة على صحة دعواه كالمحسوز عليه ولا فرق بينهما في ذلك (٤) .

هذا ، وسنتناول تفصيل الكلام في هذا الفرع من خلال العناصر التالية :

أولاً : الشهادة على تقادم الحيازة .

ثانياً : مراحل اثبات دعوى تقادم الحيازة .

ثالثاً : تقادم الحيازة .. وترجيح البيئات .

(١) الرزقاني : شرح ٢٢٦/٧ ، الحطاب : مواهب ٢٢١/٦ ، الخرشي : شرح ٢٤٤/٧ ، الصاوي : بلغة السالك ٣٧٩/٢ .

الدردير : الشرح الكبير ٢٣٦/٤ ، التسولي : التتساودي : البيهجة ، وحلى المعاصم ٢٦٢/٢ .

(٢) المواقي : التاج ٢٢٨/٦ .

(٣) حيدر : درر ٥١٥/٤ .

(٤) هذا القول مستند في الأصل على الخلاف القائم بين الفقهاء في جواز سماع البينة من الحائز المدعى عليه - أم لا ، وسيأتي مزيد بيان له ، عند حديثنا عن التقادم وترجيح البيئات ، فانظره هناك . راجع في ذلك ص ١٢٧ ، من هذه الرسالة .

فإليك البيان على النحو التالي :

أولا : الشهادة على تقادم الحيازة :

لما كانت الشهادة تأتي على رأس جميع البينات ، اذ تعتبر أهم وسائل الإثبات ، وأعظمها مكانة ، وأقدمها استعمالا^(١) ، فقد تطرق الفقهاء لبيان حكم الشهادة على تقادم الحيازة ، سواء أكانت هذه الشهادة على سبيل البت والقطع ، أم كانت على سبيل السماع والاستفاضة ، فإليك بيان أقوالهم في ذلك بشيء من التفصيل على النحو التالي :

١ - شهادة القطع :

وهي الشهادة التي تكون قائمة على العلم القطعي اليقيني بما تدركه حواس الشاهد من مشاهدة أو سماع^(٢) ، وهي الأصل في الشهادة لقوله - صلى الله عليه وسلم - لمن سأله عن الشهادة : " اذا علمت مثل الشمس فاشهد ، والآ فدع " ^(٣) .

وقد اتفق الفقهاء جميعا على صحة إثبات الحيازة بوضع اليد - بشهادة البت والقطع ، وذلك بأن يرى الشهود بالشيء المحوز بيد الحائز ، يتصرف فيه تصرف المالك مدة من الزمن ، فيقولون : نشهد بأن هذه الدار - مثلا - لفلان ، رأيناها في يده ، يتصرف فيها تصرف المالك ، منسذ

(١) محمد الزحيلي : وسائل الإثبات ١٠٠/٢ .

(٢) الخطيب : مغني المحتاج ٤/٤٤٥ .

(٣) البيهقي : أبو بكر أحمد بن الحسين بن علي ، (ت ٤٥٨هـ) / السنن الكبرى ، ط ١٣٥٥هـ ، دائرة المعارف العثمانية بحيدر اباد ، الهند (١٠/١٥٦) ، وحيث يأتي يشار اليه ب " البيهقي : سنن سنن " وبذيله ابن التركماني : علاء الدين علي بن عثمان المارديني ، (ت ٧٤٥هـ) / الجوهر النقي ، وحيث يأتي يشار اليه ب " ابن التركماني : الجوهر " ، وقال البيهقي فيه : لم يرو من وجه يعتمد عليه رواه الحاكم : أبو عبد الله محمد بن عبد الله ، (ت ٤٠٥هـ) / المستدرک على الصحيح في الحديث طمكتبة ومطابع النصر الحديثة ، الرياض (٩٨/٤) ، وحيث يأتي يشار اليه ب " الحاكم : المستدرک " وبذيله الذهبي : شمس الدين أبو عبد الله محمد بن أحمد ، (ت ٨٤٨هـ) / تلخيص المستدرک ، وحيث يأتي يشار اليه ب " الذهبي : تلخيص " . ورواه الحاكم بلفظ : عن ابن عباس - رضي الله عنهما - قال : ذكر عند رسول الله - صلى الله عليه وسلم - الرجل يشهد بشهادة ، فقال لسي : يا ابن عباس لا تشهد الآ على مسأ يضيء لك كضياء الشمس ، وأومأ رسول الله - صلى الله عليه وسلم - بيده الى الشمس " ، وقال الحاكم فيه : صحيح ، وقال الذهبي في التلخيص : قلت : واه ، فعمره - الذي في اسناده - قال ابن عسدي كان يسرق الحديث وابن مسمول ضعفه غير واحد . وقال ابن حجر في " التلخيص " : رواه البيهقي عن ابن عباس ، وصححه الحاكم ، وفي اسناده محمد بن سليمان بن مسمول ، وهو ضعيف .

كذا سنة (١)، وفي هذا المعنى يقول صاحب " تبيين الحقائق " : " ٠٠٠ لكنه يستدل بالتمكن من التصرف على أنه كان في يده ، واليد دليل الملك حتى جازت الشهادة له بالملك ، فيترك في يده حتى تقوم الحجج والبراهين " (٢).

ويقول صاحب الانصاف في المعنى نفسه : " واذا رأى شيئا في يد انسان يتصرف فيه تصرف الملاك ، من النقص والبناء والاجارة والإعارة ونحوها ، جاز له أن يشهد بالملك له " (٣).

واتفق الفقهاء كذلك على أن الشهادة للحائز بالحيازة إنما تكون على مجرد اليد (٤)، ثم اختلفوا بعد ذلك في جواز الشهادة له بالملك ، وذلك على قولين :

القول الأول : وهو لجمهور الفقهاء من الحنفية ، والمالكية ، والشافعية ، في وجه ، والحنابلة والظاهرية ، والزيدية ، والاباضية ، والامامية ، حيث ذهبوا الى القول بجواز الشهادة له بذلك (٥)، ووجه ذلك عندهم : أن اليد دليل الملك ، واستمرارها من غير منازع يقويها ، حتى أصبحت كالاتفاضة ، فجاز أن يشهد له بالملك كما لو شاهد سبب اليد من بيع أو ارث أو هبة ونحوها (٦).

الآن الحنفية اشترطوا لجواز الشهادة له بالملك شرطين (٧) :

الأول : ألا يخبر الشاهد عدلان بأن الشيء المحوز لغير حائزه ، فلو أخبره بذلك ، فلا يجوز أن يشهد له بذلك .

الثاني : أن يقع في قلب الشاهد أن الشيء المحوز ملك لحائزه ، وألا فلا يجوز أن يشهد له بذلك فمثلا: لو رأى انسان دزة ثمينة في يد كناس ، أو كتابا في يد جاهل فلا يجوز أن يشهد له "بالدزة" ، أو بالكتاب ، اذ ان مجرد اليد لا يكفي دليلا على الملك ."

واشترط الشافعية لجواز الشهادة للحائز بالملك ، أن تكون مدة تصرفه في الشيء المحوز مدة طويلة ، فلا يجوز أن يشهد له على الملك بمجرديد أو تصرف ، ولا بيد وتصرف في مدة قصيرة .

(١) الزيلعي : تبيين ٣٢٥/٤ ، ابن جزى : القوانين ، ص ٣٠١ ، المطيعي : تكملة المجموع ٢٠/٢٦٢ .

المرداوى : الانصاف ١٥/١٢ ، ابن حزم : المحلى ٥٣٢/٨ ، الشوكاني : السيل ٢١٤/٤ ، اطفيش :

شرح النييل ١٠٠/٧ ، ١٠١ ، الحلبي : شرائع ١٣٣/٤ وما بعدها .

(٢) الزيلعي : المصدر السابق ٣٢٥/٤ .

(٣) المرذوى : الانصاف ١٥/١٢ .

(٤)، (٥) المصادر السابقة وفي الصفحات نفسها .

(٦)، (٧) الكاساني : بدائع ٢٦٧/٦ ، ابن عابدين : ردالمحتار ٥/٤٧١ .

القول الثاني : وهو لابي اسحق الشيرازي من الشافعية ، والقاضي من الحنابلة حيث ذهب الى القول بعدم جواز الشهادة بالملك للحائز ، وذلك لاحتمال أن تكون اليد والتصرف عند ملك ، واحتمال كونهما عن غير ملك كاجارة ، أو وكالة ، أو غصب ، فلا يجوز أن يشهد له بالملك مع الاحتمال (١) .

ونحن نميل الى الأخذ برأى الجمهور ، وذلك لأن عرف الناس وعاداتهم يقضيان بالشهادة للحائز بملك الشيء المحوز اذا تصرف فيه تصرف العلاك ، المدة الطويلة من الزمن - مدة التقادم المحددة - دون منازع له في ذلك ، وما ذكره الامام الشيرازي - رحمه الله - من احتمال ، فهو احتمال ضعيف ، اذ ان العسرف والعادة أيضا يقضيان بعدم سكوت المؤجر ، أو الموكل ، أو المصوب منه هذه الفترة الطويلة دون المطالبة بالشيء المحوز ، ولم يكن قد منعهم من ذلك مانع شرعي (٢) والله أعلم بالصواب .

٢- شهادة السماع (الاستفاضة) :

وهي لقب لما صرح الشاهد فيه باستناد شهادته لسماع من غير معين ، وذلك بأن يقول الشهود أمام القاضي : لم نزل نسمع من الثقات وغيرهم أن هذه الدار - مثلا - المحوزة لفلان (٣) .

اتفق الفقهاء على أن شهادة للسماع ، انما هي على خلاف الأصل ، اذ أن الأصل أن الانسان لا يشهد إلا بما تدركه حواسه ، سواء كان ذلك بالمشاهدة والعيان ، أم بالسماع ، كما سبق البيان (٤) .

واتفقوا كذلك على العمل بشهادة السماع في الشهادة على النسب والولادة ، وفي هذا المعنى يقول صاحب " الإجماع " : " أما بالنسب فلا أعلم أحدا من أهل العلم منع منه " (٥) .

(١) النووي : أبوزكريا يحيى بن شرف ، (ت ٦٧٦ هـ) / روضة الطالبين وعمدة المفتين ، ط ٢ ، ١٤٠٥ هـ - ١٩٨٥ م ، المكتب الاسلامي (٦٥ / ١٢) ، وحيث يأتي يشار اليه بـ " النووي : روضة " ، المطبوع في : تكملة المجموع ٢٠ / ٢٦٢ ، ٢٦٣ ، ابن قدامة : المغني ١٠ / ١٦٥ .

(٢) انظر في ذلك : ابن قدامة : المصدر السابق ١٠ / ١٦٥ .

(٣) خرج بقوله : " باستناد " ، شهادة البت والقطع لعدم استنادها لشيء أصلا ، وخرج بقوله : " من غير معين " شهادة النقل - الشهادة على الشهادة - لأنها سماع من معين ، انظر في ذلك : الدرديسر ، والصاوي : الشرح الصغير ، وبلغفة السالك ٢ / ٣٦٢ .

(٤) راجع في ذلك ص ١٢٨ من هذه الرسالة .

(٥) ابن المنذر : الإجماع ص ٦٧ .

ثم اختلفوا بعد ذلك في العمل بها في غير النسب والولادة^(١)، ومن ذلك اختلافهم في العمل بها في اثبات الحيازة والملك، وذلك على قولين:

القول الأول: وهو لجمهور الفقهاء من المالكية، والشافعية، والحنابلة، والزيدية، والاباضية، والامامية حيث ذهبوا الى القول بجواز العمل بها^(٢)، وحجتهم في ذلك: أن الضرورة تقضي بذلك لأن الملك من الأمور المؤبدة التي اذا طال مدتها تعذر اقامة البينة على ابتدائها فكانت الحاجة ماسة الى اثباتها بالسمع والاستفاضة^(٣).

ولقد اشترط المالكية للعمل بشهادة السماع سبعة شروط هي^(٤):

١- ألا يستخرج بها الملك من يد حائزه، لذلك يشترط أن تكون الشهادة للحائز فقط، فلا تصح أن تكون للمحوز عليه، وقال البعض لا يشترط ذلك، اذ يصح أن تكون للحائز والمحوز عليه ولا فرق بينهما في ذلك.

٢- أن يكون السماع فاشيا بين الناس، وهذا الأمر متفق عليه بين المالكية، واختلفوا بعد ذلك ممن يكون فشو السماع، فذهب بعضهم الى أنه يكون من الثقات من الناس ومن غيرهم، ولا بأس أن يقول الشاهد في شهادته: لم أزل أسمع من أهل العدل - الثقات - وغيرهم كذا، وهذا هو الراجح والمعمول به في المذهب، وذهب بعضهم الآخر الى قصر ذلك على الثقات فقط وهو مرجوح.

٣- ألا يقل عدد شهود السماع عن اثنين، وقال البعض: ألا يقل عددهم عن أربعة.

٤- ألا يكون الشهود قد سمعوا من المسموع منهم، وألا كان ذلك من قبيل الشهادة على الشهادة التي يشترط فيها عدالة الشهود، ولا تعد الشهادة حينئذ شهادة سماع.

(١): راجع في ذلك: الشعراني: الميزان الكبرى ٢/٢٠٠، الدمشقي: رحمة الأمة ٢/٢٠٨، وانظر كذلك السرخسي: المبسوط ١٦٦/١٤٩، ابن فرحون: تبصرة ١/٣٤٩، ابن قدامة: المغني ١٠/١٦٤، الشوكاتي: السيل ٤/٢١٤، اطفيش: شرح النيل ٦/٦٥٦، الحلبي: شرائع ٤/١٣٣.

(٢) ابن فرحون: المصدر السابق ١/٣٤٩، الرملي: نهاية المحتاج ٨/٣١٨، ابن مفلح: أبو اسحق برهان الدين ابراهيم بن محمد بن عبد الله بن محمد، (ت ٨٨٤هـ) / المبدع في شرح المقنع ط ١٤٠٠هـ - ١٩٨٠م - المكتب الاسلامي، بيروت، (١٠/١٩٦)، وحيث يأتي يشار اليه ب " ابن مفلح: المبدع"، ومعه ابن قدامة: موفق الدين أبي عبد الله، (ت ٦٢٠هـ) / المقنع، وحيث يأتي يشار اليه ب " ابن قدامة: المقنع" الشوكاتي: المصدر السابق ٤/٢١٤، اطفيش: المصدر السابق ٦/٦٥٦، الحلبي: المصدر السابق ٤/١٣٣.

(٣) الرملي: نهاية المحتاج ٨/٣١٩، ابن مفلح: المبدع ١٠/١٩٦.

(٤) ابن فرحون: تبصرة ١/٣٤٢ وما بعدها، الدردير، والدسوقي: الشرح الكبير وحاشيته ٤/١٩٦، وما

بعدها، الدردير الصاوي: الشرح الصغير، وبلغه السالك ٢/٣٦٢ وما بعدها.

٥ - ألا تكون المدة في شهادة السماع قصيرة ، كالخمس والعشر سنين ، إذ لا تجوز الشهادة بالسماع إلا فيما طال من الزمان كالأربعين سنة والخمسين فما فوق ، ويجب ألا يقل ذلك عن العشرين -
وإلا وجب أن تكون الشهادة على البت والقطع .

٦ - ألا يخالط الشهادة شيئاً من الريبة ، وذلك كما لو شهد بالسماع رجلان من قرية ما على حيازة أو ملك بيت لرجل ثالث ، وكان في القرية مائة رجل في مثل سن الشاهدين لا يعرفون -
هذه الحيازة شيئاً ، فلا تقبل شهادة السماع على الحيازة أو الملك للشك والريبة في صدق الشاهدين وصحة الشهادة .

٧ - أن يحلف الحائز المشهود له بالسماع يمينا مع شهادة الشهود ، إذ لا تكفي الشهادة بمفردها -
لاحتمال أن يكون أصل شهادة السماع شاهداً واحداً ، والشاهد الواحد لا بد معه من اليمين .

واشترط الشافعية ، والحنابلة في المذهب عندهم ، والزيدية والاباضية ، والامامية ، أن يكون شهود السماع جمعاً كثيراً يستحيل تواطؤهم على الكذب بحيث يقع العلم أو الظن القوي بخبرهم (١) ، ووجه ذلك : أنه لما كان الأصل اعتماد الشهادة على العلم اليقيني ، فلا يعدل عنه ، عند العجز عن تحقيقه -
الآ لظن قريب من ذلك ، وهذا ما يتحقق بالجمع الكثير ، وقيل : إنه يكفي في التسامع شهادة عدلين -
لأن الحقوق تثبت بهما ، والراجح هو القول الأول ، لأن لقسط الاستفاضة يقتضيه (٢) .

وزاد الزيدية شرطاً آخر ، وهو وجوب تصريح الشاهد بأن مستنده في شهادته هو مجرد الشهرة والاستفاضة ، ووجه ذلك : أن الشهرة مستند ضعيف ، فلا تقوى على معارضة البينة القوية كشهادة القطع إذا أقامها المحوز عليه فيسقط الحكم بها على صحة الحيازة ، وينزع الشيء المحوز من يد حائزه ويعطى لمدعيه - المحوز عليه - (٣) .

القول الثاني : وهو للحنفية ، وذهبوا إلى القول بعدم جواز شهادة التسامع في الحيازة أو الملك عملاً بالقياس (٤) ، ووجه ذلك : أن الشهادة لا تجوز إلا بعلم قطعي يقيني لقوله تعالى :
" ولا تقف ما ليس لك به علم " الآية (٥) . ولا يتحقق العلم ، إلا بمشاهدة ومعاينة السبب .

(١) الرملي : نهاية المحتاج ٣١٩/٨ ، ابن مفلح : المبدع ١٩٧/١٠ ، الشوكاني : السيل ٢١٤/٤ ، اطفيش :

شرح النيل ٦٥٦/٦ ، الحلبي : شرائع ١٣٣/٤ .

(٢) الرملي ، والخطيب : نهاية المحتاج ، ومغني المحتاج ٤٤٩/٤ .

(٣) الشوكاني : المصدر السابق ٢١٤/٤ ، وما بعدها .

(٤) السرخسي : المبسوط ١٤٩/١٦ .

(٥) سورة الاسراء : الآية (٣٦) .

أوبالخبر المتواتر ، ولا يتحقق ذلك بالتسامع ، لذا لم تجز الشهادة بها على الملك وغيره ، إلا أنسه يستثنى من ذلك النسب ، والنكاح ، والموت ، وولاية القاضي ، والمهر ، وأصل الوقف استحسانا للضرورة إذ إن هذه الأمور لا يحضرها إلا قلة من الناس ، وهم الخواص ، فلولم تجز شهادة التسامع عليها لترتسب على ذلك الوقوع في الحرج ، وهذا بخلاف الملك ، إذ انه من الأمور التي ييسر الاطلاع عليها ومعاينتها من قبل الكثير من الناس (١) .

الآن جمهور الفقهاء أجابوا على ذلك بقولهم : لا يلزم من وجود السبب ومعاينته كونه سبباً يقينيا ، إذ أن الشخص قد يشتري ما ليس بملك للبائع ، أو أن يصطادصيдавناده غيره ثم انفلت منه ، فالشراء والصيد في الأمثلة السابقة يُعدّان من أسباب الملك إلا أنه لا يلزم من وجودهما ومعاينتهما . تحقق العلم القطعي اليقيني بحصة الملك للمشتري والمياد لما سبق تعليقه (٢) .

الرأي الراجح :

بعد استعراضنا لآراء الفقهاء وأدلتهم في حكم هذه المسألة ، فأنسبنا نعمل الى ما ذهب اليه جمهور الفقهاء من العمل بشهادة السماع ، والامتناع عن ذلك للأسباب التالية :

- ١ - لقوة حجّتهم ، وبالشروط التي سبق وأن ذكرها ، وخاصة الشروط التي ذكرها المالكية ، إذ تصح الشهادة بالسماع في ظل هذه الشروط قريبة جدا من الشهادة على العلم القطعي اليقيني ، التي هي الأصل في الشهادة .
- ٢ - كما أن العرف والعادة يؤيدان العمل بشهادة السماع ، إذ كثيرا ما نسمع بأن هذه السداد والأرض - ومنذ عشرات السنين ؛ ملك لفلان من الناس ، دون مشاهدة أو معاينة البيع أو الشراء أو أي سبب آخر من أسباب الملك الأخرى ، وإنما عن طريق السماع وما استفاض ذكره بين الناس ، دون تواطؤ أو اتفاق منهم على ذلك .

هذا ، ويجدر بنا قبل أن نختم حديثنا عن شهادتي القطع والسماع ، أن نشير الى أنه من المتفق عليه بين الفقهاء القائلين بشهادة السماع ، تقديم شهادة القطع على شهادة السماع عند تعارضهما في بيئة الملك ، لما سبق بيانه من أن الأصل في الشهادة هو البت والقطع ، لأنها تفيد العلم القطعي اليقيني ، وشهادة السماع إنما هي على خلاف الأصل لأنها تفيد الظن الغالب ، فلا يقوى الظن ولو

(١) السرخسي : المبسوط ١٦/١٤٩ .

(٢) ابن قدامة : المغني ١٠/١٦٥ .

كان غالباً على معارضة اليقين بالاتفاق (١).

الآن أن المالكية استثنوا من ذلك الاطلاق - تقديم الشهادة القطعية على شهادة السماع مطلقاً - حالة واحدة ، وهي أن تشهد بينة السماع بأن الذات المتنازع عليها - الدار أو الأرض ، أو غيرها - قد انتقلت للحائز بملك جديد من شراء ، أو هبة ، أو صدقة ، من أبي المحوز عليه أو جدّه ، أو غيرهما - وعلة ذلك عندهم : أن شهادة السماع في هذه الحالة تكون ناقلة للملك ، بينما تكون شهادة القطع مستحبة للملك - دالة على الاستصحاب - ، والناقلة تقدم على المستحبة (٢).

٣ - صفة الشهادة على تقادم الحيازة :

فصل متأخرو الحنفية ، والمالكية ، القول في صفة الشهادة على تقادم الحيازة وكيفيتها ، فذكروا أن صفة الشهادة وكيفيتها ، تختلف باختلاف نوع الشيء المحوز وطبيعته ، وذلك على النحو التالي :

أ - ذهب متأخرو الحنفية ، والمالكية ، الى القول بأن الشيء المحوز اذا كان من المنقول ، وجب احضاره الى مجلس القضاء حين أداء الشهادة ، وتؤدى على عينه أمام القاضي (٣) .

ب - وان كان الشيء المحوز عقاراً كالطريق مثلاً ، ففي المسألة التفصيل التالي :

١ - ذهب متأخرو الحنفية الى اشتراط اثبات الحائز ليدّ على الشيء المحوز بالبينة ، أولاً ، وقبل سماع شهادة الشهود على دعوى الملك المطلق ، في العقار ، ولا يحكم للحائز بصحة اليد - وصناعة اليد على الشيء المحوز باقراره ، وتصديق المدعي له بذلك ، لاحتمال أن يكون تصادقهما على ذلك وسيلة لأخذهما عقار الغير بحكم القاضي ، فاذا أثبت صحة يده وأنه ذو اليد ، سمع القاضي بعد ذلك شهادة الشهود على دعوى العقار ، وفصل بينهم بما ثبتت عنده من البينة (٤) .

الآن أن متأخري الحنفية استثنوا من الشرط السابق - لزوم اثبات الحائز ليدّ على الشيء المحوز في دعوى العقار - مسائل الشراء ، والغصب ، والسرقه ، وذلك كأن يدعى المدعي - المحوز عليه - قائلاً : اني كنت اشتريت ذلك العقار منك أو من مورثك فلان ، أو كنت قد غصبت - أو سرقته - مني ، فيكفي تصديق الطرفين حينئذ على وصناعة اليد ، ولا حاجة الى اثبات الحائز لصحة يده على الشيء المحوز وأنه ذو اليد (٥) ، وعلى هذا المعنى نصت "مجلسة

(١) راجع في ذلك ص ١٢٨ ، من هذه الرسالة .

(٢) الشرح الكبير ، والدسوقي : الشرح الكبير ، وحاشيته ١٩٦/٤ ، الدردير ، والماوي : الشرح الصغير وبلغه السالك ٣٦٢/٢ .

(٣) حيدر : درر ٥١٥/٤ ، ابن جزى : القوانين ص ٣٠١ .

(٤) حيدر : المرجع السابق ٥١٣/٤ .

(٥) حيدر : المرجع السابق ٥١٤/٤ .

الأحكام العدلية " في المادة (١٧٥٤) منها : فقالت : " يلزم اثبات وضع اليد بالبينة في العقار المنازع فيه ، ولا يحكم بتصادق الطرفين يعني لا يحكم بكون المدعى عليه ذا اليد باقراره عند دعوى المدعي ولكن اذا ادعى المدعي قائلًا : اني كنت اشتريت ذلك العقار منك ، أو كنت غصبتك منه ، فلا حاجة الى اثبات كون المدعى عليه ذا اليد بالبينة ، وأيضًا لا حاجة الى اثبات ذى اليد في المنقول على الوجه الذي ذكرنا ، بل اذا وجد في يد أي شخص كان فهو ذو اليد وتمتصادق الطرفين كاف في هذا " (١) .

٢ - وذهب فقهاء المالكية الى القول بأن حكم هذه المسألة يختلف بحسب اتفاق الحائز والمحوز عليه واختلافهم على حدود العقار ، وذلك على التفصيل التالي (٢) :

- أ - فان اتفقا على حدودها فلا تكون هناك حاجة الى معاينة الشهود لها .
- ب - وان اختلفا على حدودها ، فلا بد من معاينة الشهود المقبولين لها ، ويعرف هؤلاء بـ " شهود الحيابة أو المعاينة " ، ويبعث القاضي معهم بشاهدي عدل يحضران حيابة شهود المعاينة لها ، ويعرف هذان الشاهدان بـ "موجهي القاضي" ، وانما احتيج اليهما هنا لاثبات صحة الحيابة في حالة موت شهود الحيابة، أو عزل القاضي أو موته ، حتى لا يضيع الحق ، ويشترط لصحة الشهادة هنا ، أن يتلفظ شاهد الحيابة بحضرة القاضي بقولهم : هذا الذي حزننا عليكم وعيناه لكم ، هو الذي شهدنا فيه عند قاضي موضع كذا . فان وقفنا على العقار وعيناه ولم يتلفظ بذلك ، كان ذلك جهلا منهما ومن موجهي القاضي كذلك ، ولا تعمل الشهادة حينئذ ولا الحيابة كذلك عملهما من حيث ترتب الآثار الشرعية عليهما ، من الحكم بالشهادة وعدم سماع الدعوى بالحيابة الصحيحة .

ويشترط كذلك في الشهادة حتى تكون عاملة مؤثرة ، أن يكون موجهي القاضي يعرفان الشيء المحوز وحدوده معرفة قاطعة لا شك فيها ، والآ فلا فائدة من حضورهما وشهادتهما ، وكانت شهادتهما حينئذ شهادة زور ، لأنها شهادة على شيء مجهول غير معروف (٣) .

(١) حيدر : درر ٥١٢/٤ .

(٢)، (٣) ابن فرحون : تبصرة ١٠١/٢ وما بعدها ، عيش : فتح ١٩٢/٢ .

ثانيا : مراحل إثبات دعوى تقادم الحيازة :

اتفق الفقهاء عامة والقائلون بتقادم الحيازة خاصة، على العمل بالقاعدة الفقهية المتفق عليها من أن : " البينة على المدعي " (١) ، وعليه ، فيطالب المحوز عليه - المدعي - بإثبات صحته دعواه لملكية الشيء المحوز حتى يحكم له بذلك .

الآن فقهاء المالكية ، فملوا القول بعد ذلك في مراحل اثبات دعوى تقادم الحيازة ، ورسموا صورة عملية لمراحل اثبات دعوى تقادم حيازة الميراث كمثال لدعوى الحيازة ، وذلك على النحو التالي (٢) :

- ١ - يطالب المحوز عليه - المدعي - بإثبات موت مورثه .
- ٢ - فإذا أثبت المحوز عليه ذلك ، فالحائز مخير بين أمرين ، إما الاقرار للمحوز عليه بملكته للشيء المحوز ، وإما انكار صحة دعواه .
- ٣ - في حالة انكار الحائز لدعوى المحوز عليه ، يكتفى منه بهذا الانكار ، ولا يطالب بإثبات ملكته للشيء المحوز بأي وجه من الوجوه .
- ٤ - يكلف المحوز عليه بإثبات ملكته للعقار طبقا لقواعد الميراث والبينة فيه .
- ٥ - فإذا تمكن المحوز عليه من اثبات ذلك ، ينقل عبء الإثبات حينئذ الى الحائز ، ويتمثل موقفه في أحد فرضين هما :
أ - إما أن يدعي أن العقار قد صار اليه من شخص غير مورث المحوز عليه ، فلا اعتبار لادعائه هذا مهما تكن قوة حجته ويحكم للمحوز عليه بملكته للشيء المحوز .
ب - وإما أن يدعي أنه قد صار اليه عن طريق مورث المحوز عليه بوجه من الوجوه ، كبيع أو هبة ونحوهما ، وتمكن من اثبات ذلك ، وعجز المحوز عليه حينئذ عن دفع ادعاء الحائز وبينته فيحكم حينئذ بالعقار لحائزه ، والعكس صحيح ، أي لو عجز الحائز عن إثبات دعواه ، فيحكم حينئذ بالعقار للمحوز عليه .

ومن الأهمية بمكان هنا ، الإشارة الى أن الحيازة الصحيحة قد منحت الحائز مزية إلقاء عبء الإثبات على عاتق المحوز عليه ، اذ لا يطالب الحائز بشيء حتى ينجح المحوز عليه في اثبات صحة دعواه لملكية الشيء المحوز .

(١) يقول ابن المنذر في ذلك : " أجمعوا على أن البينة على المدعي ، واليمين على المدعي عليه " . انظر في ذلك : ابن المنذر : الاجماع ص ٦٢ . وانظر كذلك : الشعراني : الميزان الكبرى ٢ / ١٩٤ ، دمشق : رحمة الأمة ٢ / ٢٠٠٠ .

(٢) ابن فرحون : تبصرة ١ / ٣٠٨ ، عيش : فتح ٢ / ١٩١ ، وانظر كذلك : عبد الجواد : الحيازة ص ٢٨٣ .

ثالثا : تقادم الحيازة . . . وترجيح البيئات :

في البداية ، تجدر الإشارة الى أنه من المتفق عليه بين الفقهاء - ما عدا الظاهرية - أن الحيازة - اليد - بصورة عامة هي إحدى مرجحات الدعوى في القضاء .^(١)

ثم اختلف الفقهاء بعد ذلك في عدّها كذلك - أي مرجحة للدعوى - في حالة تعارض بين - صاحبا - الحائز ، ذى اليد - ويسمى " الداخل " ، وبينه المحوز عليه ويسمى " الخارج " ، وذلك فـي حالة تساويهما من كل وجه وتعارضهما ، سواء أكان ذلك في دعوى الملك المطلق ، أم في الملك المضاف^(٢) الى سبب ، وانقسم الفقهاء فـي حكم هذه المسألة الى فريقين :

الفريق الأول : وهم الحنابلة في ظاهر المذهب عندهم ومشهور رواية الامام أحمد ، والظاهرية والاباضية على المختار عندهم ، والامامية في الراجح عندهم ، حيث ذهبوا الى القول بترجيح بيئة الخارج - المحوز عليه - مطلقا ، اذ لا تسمع دعوى الداخل - الحائز - أصلا ، فلا يكون هناك تعارض ، سواء أكان ذلك في دعوى الملك المطلق ، أم دعوى الملك المضاف الى سبب ، سواء أكان السبب مما يتكرر ، أم كان مما لا يتكرر .

(١) السرخسي : المبسوط ٢٣/١٧ ، القرافي : الفروق ٦٢/٤ ، البيجرمي : سليمان بن محمد بن عمسّر (ت ١٣٣١هـ) / حاشية على الخطيب الشربيني ، المسعاة ب " تحفة الحبيب على شرح الخطيب " ط ١٣٩٨ هـ - ١٩٧٨ م ، دار المعرفة ، بيروت (٣٥٢/٤) ، وحيث يأتي يشار اليه ب " البيجرمي : تحفة الحبيب " ، ومعه الخطيب بن شمس الدين محمد بن أحمد (ت ٩٧٧هـ) / شرح لألفاظ أبي شجاع ، المسمى ب " الاقناع " ، وحيث يأتي يشار اليه ب " الخطيب : الاقناع " . البهوتي : كشاف ٢٨٥/٦ ، الشوكاني : السيل الجرار ١٥٢/٤ ، اطفيش : شرح النيل ٧٠٤/٦ ، الحلبي : شرائع ١١١/٤ .

(٢) الملك المطلق : هو الذي لم يتقيد بأحد أسباب الملك كالارث أو الشراء ونحوها ، وذلك كأن يقبض المملوك المدعي : هذه الدار - مثلا - ملكي . انظر في ذلك : القاضي : مجلة الأحكام ٧١/٤ .

(٣) الملك المضاف الى سبب : هو الذي تقيد بأحد أسباب الملك ، والسبب في الملك المضاف على نوعين :

أ - سبب يتكرر : وذلك كالغراس والشراء والبناء ونحوها ، فمثلا يمكن زرع الغرس في مكان ثم قلعه ، ثم غرسه من جديد في مكان آخر . وهكذا ، وتكون صورة الدعوى فيه : كأن يقول الداخل - الحائز - انني غرسته في ملكي فهولي ، ويقول الخارج - المحوز عليه - بل هو ملكي وأنا غرسته في ملكي فهولي ، ويقدم كل منهما البيئة على صحة دعواه .

ب - سبب لا يتكرر : وذلك كالنتاج - أي نتاج الحيوان ، ونتاج الزرع - اذ لا يمكن تكراره ، فبعد خروج الحيوان من بطن أمه ، والزرع من الأرض ، لا يمكن ارجاعهما مرة أخرى الى - بطن الدابة أو الأرض - وخروجهما مرة ثانية ، وصورة الدعوى فيهما : كأن يقول الداخل : هي دابتي - مثلا - نتجت في أرضي ، ويقول الخارج : بل هي دابتي نتجت في ملكي ، ويقدم كل واحد منهما البيئة على صحة دعواه . انظر في ذلك : حيدر : درر ٥٢٥/٤ ، وما بعدهما ، والقاضي : المرجع السابق ٧١/٤ ، وانظر كذلك : ابن فرحون : تبصرة ٣٠٩/١ ، القرافي : المصدر السابق ١٠٧/٤ .

ووافق الحنفية أصحاب هذا الفريق فيما ذهبوا إليه في دعوى الملك المطلق^(١)، وفي دعوى الملك المضاف الى سبب يتكرر، وخالفوهم - أي وافقوا أصحاب الفريق الثاني - في دعوى الملك المضاف الى سبب لا يتكرر^(٢).

واستدل أصحاب هذا الفريق على تقديم وترجيح بينة الخارج مطلقا، بأدلة من السنة، ومسنن المعقول، وذلك على النحو التالي :

١ - من السنة :

قوله صلى الله عليه وسلم : " البينة على المدعي ، واليمين على المدعى عليه " ^(٣) .

وقالوا في وجه الدلالة من الحديث الشريف : ان النبي - صلى الله عليه وسلم - قد جعل جميع البينة في جانب المدعي - المحوز عليه - ، اذ ان اللام في البينة لا تستغراق الجنس ، فلم يبق في جانب المدعى عليه - الحائز - الا البعير ، فيكون - صلى الله عليه وسلم - بذلك قد قسم بين المدعى - الخارج - وبين المدعى عليه - الداخل في البيئات ووسائل الاثبات ، والقسمة تقتضي عدم مشاركة كل واحد منهما لصاحبه في قسمة ، فدل ذلك على عدم قبول بينة الحائز - الخارج - أصلا ، وتبقى بذلك بينة المحوز عليه - الداخل - منفردة بدون معارضة ، ويقضى له بها ^(٤) .

٢ - من المعقول :

واستدلوا بالمعقول على ما ذهبوا اليه من وجهين :

الوجه الأول : أن البيئات انما تترجح على بعضها البعض بزيادة الاثبات ، والاثبات في بيئته الخارج أكثر منه في بينة الداخل ، فلزم ترجيحها وتقديمها عليها ، والدليل على زيادة الاثبات في بينة الخارج ، هو أنها مثبتة لأصل الملك ، أي أنها تثبت سببا للملك لم يكن موجودا أصلا ، بينما تكون بينة الداخل مؤكدة للملك الذي دل عليه الظاهر - وضع اليد ، الحيازة - ، فتكون بينته بذلك بمنزلة اليد المفردة التي لا مزية لها ،

(١) ابن مفلح : شمس الدين المقدسي أبي عبد الله محمد ، (ت ٦٤٦هـ) / الفروع ، ط ٤ ، ١٤٠٤ هـ - ١٩٨٤ م ،

عالم الكتب ، بيروت (٥٣٥ / ٦) ، وحيث يأتي يشار إليه ب " ابن مفلح : الفروع " ، ابن حزم : المحلى ٥٣٢ / ٨ ، اطفيش : شرح النيل ٧٠٤ / ٦ ، الحلبي : شرايع ١١١ / ٤ .

(٢) السرخسي : المبسوط ٢٩ / ١٧ ، ٦٣ ، وما بعدها ، الكاساني : البدائع ٢٢٥ / ٦ وما بعدها .

(٣) الترمذي : سنن ٦٢٦ / ٣ . وقال فيه : هذا حديث في إسناده مقال ، ضعفه ابن

المبارك وغيره . وانظر كذلك ابن حجر : تلخيص الحبير ٢٠٨ / ٤ .

(٤) السرخسي : المصدر السابق ٢٦ / ١٧ ، ابن مفلح : المصدر السابق ٥٣٥ / ٦ .

كما لم يكن لشاهدي الفرع أية مزية على شاهدي الأصل في اثبات شهادتهما ، فتقدم بينونة الخارج عليها كما تقدم على اليد (١) .

الوجه الثاني : أن بينة الخارج أظهرت له سبق الملك ، فكان القضاء بها أولى ، إذ إن شهادة الشهود لسه بالملك المطلق يدل على علمهم بملكيتهم له ، وآ لما جاز لهم الشهادة له بذلك بدون علم فدل ذلك على كون الملك في يد الخارج أصلا ، وما يد الداخل الآ دليل على الملك فسي حال ، وإذا ثبت ذلك ، فإنه يقضى للخارج ببيئته ، لأنه لما ثبت له سبق اليد والملسك ولم يعرف لثالث فيها يد وملك ، علم أن ملكيته انتقلت من يد الخارج اليه ، فوجب إعادة يد الخارج / وملكه اليه ، حتى يقيم الداخل البينة على مشروعية الطريق التي انتقلت اليه من خلاله ملكية الشيء المحوز (٢) .

هذا ، واستدل الحنفية لما ذهبوا اليه من استثناء دعوى الملك المضاف الى سبب لا يتكرر ممن عموم الاطلاق الذي قال به أصحاب الغريق الأول، وهو عدم سماع بينة الداخل مطلقا ، بقولهم : الأصل عدم سماع بينة ذي اليد - الداخل ، المدعى عليه - في دعوى النتاج كما هو الشأن في دعوى الملك السعطلق وذلك عملاً بالقياس ، إلا أننا قلنا بجواز ذلك في دعوى النتاج وما شابهه من أسباب الملك التي تتكرر كحلب اللبن ، وجزّ الصوف ، ونحوها ، استحسانا ، للأثر الوارد في ذلك ، وهو حديث النتاج السابق ، وكذلك لأن بينة ذي اليد أفادت مالا تفيدده اليد ، ألا وهو أسبقية الملك بالنتاج كبينة الخارج ، فاستوت البيئتان وتعارضتا ، فترجحت بينة ذي اليد ليده ، فقضى له بها ، بخلاف البيئتان في الملك المطلق إذ ان بينة الخارج دلت على أسبقية الملك فقضى له بها ، وهذا ما لم تفده بينة الداخل إذ كانت مؤكدة لما أفادته اليد من الظاهر ، فلم تسمع بينته (٣) .

وعلى هذا المعنى نمت " مجلة الأحكام العدلية " في المادتين (١٧٥٧) ، (١٧٥٩) منها : فقالت المادة (١٧٥٧) : " بينة الخارج أولى في دعوى الملك المطلق التي لم يبين فيها تاريخ ، مثلاً : إذا ادعى أحد الدار التي هي في يد آخر قائلاً : أنها ملكي وأن هذا الرجل قد وضع يده عليها بغير حق ، وأنا أطلب أن تسلم لي ، وقال ذو اليد : أن هذه الدار ملكي ، ولذا فأنا واضع اليد عليها بحق ، ترجح بينونة الخارج وتسمع " (٤) .

وقالت المادة (١٧٥٩) بينة ذي اليد أولى في دعوى الملك المقيد بسبب غير قابل للتكرار كالنتاج

(١) السرخسي : المبسوط ٣٣/١٧ ، البهوتي : كشاف ٣٩٠/٦ .

(٢) الكاساني : بدائع ٢٣٢/٦ .

(٣) السرخسي : المصدر السابق ٦٣/١٧ وما بعدها ، الكاساني : المصدر السابق ٢٣٤/٦ .

(٤) حيدر : درر ٥٢٣/٤ ، الباز : شرح المجلة ص ١١١٦ ، القاضي : مجلة الأحكام ١٤٣/٤ .

مثلا لو تنازع الخارج وفواليد في مهرة ، وادعى كل منهما أنها ماله ، ومولودة من فرس ترجح بينة ذى اليد " (١) .

الفريق الثاني : وهم المالكية في المشهور من المذهب عندهم ، والشافعية ، والحنابلة في رواية عن الامام أحمد ، والزيدية ، والامام زفر من الحنفية ، حيث ذهبوا الى ترجيح بينة الداخل مطلقا سواء أكنان ذلك في دعوى الملك المطلق أم في دعوى الملك المضاف الى سبب ، سواء أكان السبب مما يتكرر أم كان السبب مما لا يتكرر (٢) .

واستدل أصحاب هذا الفريق على تقديم وترجيح بينة الداخل مطلقا ، بأدلة من السنة ، ومــــن القياس ، ومن المعقول ، وذلك على النحو التالي :

١ - من السنة :

أن النبي - صلى الله عليه وسلم - اختص اليه رجلان في دابة أو بعير ، وأقام كـــــــل واحد منهما البينة بأنها له أنتجها ، فقضى رسول الله - صلى الله عليه وسلم - للذى هي في يده " (٣) .

وقالوا في وجه الدلالة من الحديث الشريف : يستدل بقضاء النبي - صلى الله عليه وسلم - لصاحب اليد بتقديم بينة الداخل على بينة الخارج اذا تعارضا ، وانما قضى له وقدمت بينته ليده على الشــــيء المحوز (٤) .

٢ - من القياس :

إذا قاسوا الملك المطلق من حيث تقديم بينة الداخل على بينة الخارج في القضاء والحكم على الملك المضاف الى سبب لا يتكرر كالنتاج ، الذي دلّ عليه حديث المتنازع السابق (٥) .

٣ - من المعقول :

وقالوا في بيان وجه ذلك : أنّ بينة الداخل في دعوى الملك المطلق تقدم مطلقا على

(١) حيدر : درر ٥٢٨/٤ ، الباز : شرح المجلة ص ١١٢ ، القاضي : مجلة الأحكام ١٤٤/٤ .
(٢) ابن فرحون : تبصرة ٣٠٩/١ ، البيجرمي : حاشية ٣٥٣/٤ ، ابن قدامة : المغني ٢٤٣/١٠ ، الشوكاني السيل ١٥٢/٤ .

(٣) الدارقطني : سنن ٢٠٩/٤ ، وقال صاحب التعليق المغني فيه : رأيت في بعض الهوامش المعتمدة أن ابن القطان قال : لا يعرف حاله - أي يزيد بن نعيم الذي في اسناده - وأما الذهبي ، فما تكسره في الميزان . انظر في ذلك : آبادي : التعليق المغني ٢٠٩/٤ ، وقال فيه صاحب تلخيص الحبير : رواه الدارقطني ، والبيهقي ، واسناده ضعيف . انظر في ذلك : ابن حجر : تلخيص الحبير : ٢١٠/٤ .

(٤) القرافي : الفروق ٦٣/٤ ، ابن حسين : تهذيب الفروق ١٠٧/٤ .

(٥) القرافي : المصدر السابق ٦٣/٤ ، ابن حسين : المصدر السابق ١٠٧/٤ .

بينه الخارج حال تساويهما ، لأن البينتين قد تعارضتا ومع صاحب اليد ترجيح بها - أي باليد - فقدمت بينته - أي الداخل - كالتصمين إذا تعارضا ومع أحدهما قياس فيقدم الذي معه القياس (١) .

ثم أجاب أصحاب هذا الفريق على أصحاب الفريق الأول في استدلالهم بحديث عمرو بن شعيب السابق ، بقولهم : لا خلاف بيننا وبينكم في الأخذ والعمل بالحديث ، إلا أننا لا نسلم لكم بصحة استدلالكم بسببه من حيث القول بعدم جواز سماع بينة صاحب اليد ، بدعوى القسمة في البيئات بين المدعي وبين المدعى عليه ، بل تسمع بينة صاحب اليد - الداخل - بدلالة الحديث نفسه ، وذلك أن الحديث ينص صراحة على أن البينة على المدعي ، فتعيين أن يكون المراد بالبينة هنا بينة صاحب اليد ، إذ يصدق عليه أنه مدع ، إذ لو فسر المدعي بالطالب للحق ، فصاحب البينة طالب لنفسه ما يظلم به لنفسه وإن فسر بأضعف الخصمين سببا - حجة - فالخارج لما أقام بينة صار الداخل أضعف ، فوجب أن يكون صاحب اليد على كلا التفسيرين مدعيا تشرع البينة في حقه ، وإن سلمنا لكم صحة استدلالكم بالحديث فإنه معارض بقوله تعالى : " إن الله يأمر بالعدل .. الآية " (٢) ، والعدل التسوية في كل شيء ، حتى يقوم المخصص ، فلا تسمع بينة أحدهما دون الآخر ، كما أنه معارض بحديث التتبع السابق ، الذي قضى فيه رسول الله - صلى الله عليه وسلم - لصاحب اليد الداخل بعد سماع بينته مع بينة الخارج فدل ذلك على أن المراد بقوله - صلى الله عليه وسلم - " البينة على المدعي " (٣) أنها عليه أصالة ، فإذا جاء خصمه ببينة كانت مقبولة ، وعلى القاضي سماعها . والترجيح بين البينتين والقضاء بما ترجح له منهما (٤) .

كما أجابوا على استدلال الفريق الأول بالمعقول ، بقولهم : ان اليد لا تفيد ملكا ، وإنما هي مجرد دليل عليه ، فتفيد تبقيّة الشيء المحوز عند حائزه حتى تقوم البينة على الملك ، فتكون البينة هي المفيدة للملك وليس اليد ، إذ لو كانت اليد لما احتيج معها إلى اليمين كالبينة (٥) .

هذا ، وأجاب الحنفية من الفريق الأول على استدلال أصحاب الفريق الثاني بقياس الملك المطلق على الملك المضاف الذي سبب يتكرر ، من حيث ترجيح بينة الداخل فيه على بينة الخارج بقولهم : ان هذا القياس غير صحيح ، إذ ان القياس يقضي بعدم جواز ذلك كما سبق البيان (٦) .

(١) ابن مفلح : العبدع ١٠١٥٥/١٠ المرداوي : الإنصاف ٢٨١/١٠ ، ابن مفلح : الفروع ٥٢٥/٦ .

(٢) سورة النحل / الآية (٩٠) .

(٣) سبق تخريجه وراجع في ذلك عن ١٣٨ من هذه الرسالة .

(٤) القرافي : الفروق ٦٣/٤ ، ابن حسين : تهذيب الفروق ١٠٧/٤ ، ١٠٨ .

(٥) القرافي : المصدر السابق ٦٣/٤ .

(٦) راجع في ذلك ١٣٩ من هذه الرسالة .

الرأي الراجح :

ونحن ، وبعد استعراضنا لأدلة كل من الفريقين ومناقشتهم ، نميل الى ترجيح ما ذهب اليه

أصحاب الفريق الثاني - المالكية ومن معهم - وذلك للأسباب التالية :

- ١ - لقوة الأدلة التي استدلوها بها ، ومن أبرزها حديث " النتاج " سابق الذكر ، الذي عمل به أصحاب الفريق الأول وخاصة الحنفية منهم بالرغم مما قيل فيه .
- ٢ - وكذلك لقوة ردودهم على أدلة أصحاب الفريق الأول .
- ٣ - هذا بالإضافة الى ضعف استدلال أصحاب الفريق الأول ، إذ كان عماد استدلالهم حديث " البيئنة " السابق ، الذي يقضي - حسب استدلالهم بلفظه بجعل كل البيئنة في جانب المدعي فلا بينة للمدعى عليه ، وجعل كل اليمين في جانب المدعى عليه فلا يمين للمدعي ، إلا أنه يزد عليهم بالقول: إن هذا الحديث حديث ضعيف ، وعلى فرض صحته فهو حديث عام ، حيث انه يشكسل قاعدة أساسية في توزيع عبء الاثبات في الدعاوى بشكل عام ، إلا أنه قد وردت أحاديث خاصة تدل على جواز نقل الاثبات بين المتخاصمين ، بحيث تسمع البيئنة من المدعى عليه واليمين من المدعي ، ومن هذه الأحاديث : حديث النتاج السابق ، الذي يدل على جواز سماع بيئنة المدعى عليه ، وكذلك حديث الشاهد واليمين الذي يدل على جواز القضاء بشاهد يمين من المدعي (١) ، وكذلك حديث القسامة (٢) الذي جعل فيه رسول الله (٣) - صلى الله عليه وسلم -

(١) الإمام مسلم في صحيحه عن ابن عباس : أن النبي - صلى الله عليه وسلم - قضى بشاهد ويمين " انظر في ذلك مسلم : صحيح ١٢٨/٥ ، وانظر كذلك : الترمذي : سنن ٦٢٧/٣ ، وأبو داود : سنن ٣٠٧/٣ ، ٣٠٨ ، الزرقاني : أبو عبد الله محمد بن عبد الباقي ١١٢٢ هـ / شرح على موطأ الامام مالك ، ط ١٤٠١ هـ - ١٩٨١ م ، دار الفكر (٣٨٩/٣) ، وحيث يأتي يشار اليه بـ " الزرقاني : شرح الموطأ " محمد ناصر الدين الألباني صحيح سنن ابن ماجه ، ط ١٤٠٧ هـ - ١٩٨٦ م ، المكتبة الاسلامي ، بيروت ، (٤٤/٢) ، وحيث يأتي يشار اليه " الالباني : صحيح سنن ابن ماجه " .

(٢) القسامة في الشرع : هي اليمين بالله تبارك وتعالى بسبب مخصوص ، وعدد مخصوص ، وعلى شخص مخصوص ، على وجه مخصوص . انظر في ذلك الكاساني : البدائع ٢٨٦/٧ ، ابن عابدين : ردالمختار ٦٢٥/٦ .

(٣) وهو حديث متفق عليه . وهو في صحيح مسلم بلفظ : عن سهل بن أبي خيثمة ورافع بن خديج أن محبصة بن مسعود ، وعبد الله بن سهل ، انطلقا قبل خبير فتفرقا في النخل ، فقتل عبد الله بن سهل ، فاتهموا اليهود ، فجاء أخوه عبد الرحمن ، وابنا عمه حويصة ومحبصة الى النبي - صلى الله عليه وسلم - فتكلم عبد الرحمن في أمر أخيه وهو أصغر منهم ، فقال رسول الله - صلى الله عليه وسلم - : كبر الكبر ، أو قال ليبدأ الأكبر ، فتكلما في أمر صاحبهما ، فقال رسول الله - صلى الله عليه وسلم - : يقسم خمسون منكم على رجل منهم فيدفع برمته ، قالوا : أمر لم نشهده كيف نحلف ؟ قال فتبرئكم يهود بايمان خمسين منهم ، قالوا يا رسول الله قوم كفار ، قالوا : فوداه رسول الله - صلى الله عليه وسلم - من قبله . انظر في ذلك : مسلم : صحيح ٩٨/٥ ، البخاري صحيح ١٠/٩ .

الأيمان في جانب المدعين^(١) . . . والله أعلم بالصواب .

الفرع التاسع : اثار تقادم الحيازة :

لما كان من الطبيعي أن يترتب على كل دعوى من الدعاوى اثارها الشرعية ، كان لدعوى تقادم الحيازة آثارها الشرعية كذلك ، فبعد أن استعرضنا فيما سبق من المباحث تعريف الحيازة وشروطها ، وموانعها ، وأقسامها وغير ذلك من المواضيع ، بحيث أصبحت فكرة " تقادم الحيازة " واضحة جلية ، كان لا بد من التعرض لبيان الآثار الشرعية المترتبة على هذه الدعوى ، وسنتناولها - إن شاء الله تعالى - وبالترتيب ، وذلك من خلال العناصر التالية :

أولا : عدم سماع الدعوى والبينة .

ثانيا : حماية الحيازة (وضع اليد) .

ثالثا : سقوط حق الملكية .

فاليك بيان هذه الآثار بالتفصيل ، وذلك على النحو التالي :

أولا : أثر تقادم الحيازة على سماع الدعوى والبينة :

والمراد بعدم سماع الدعوى هنا ، هو عدم العمل بمقتضاها ، من حيث إنه لا يتوجه على المدعي يمين اذا أنكر ، وليس المراد أنها لا تسمع ابتداء ، ولا يسأل المدعى عليه - الحائز - عن جوابها بل تسمع الدعوى ابتداء ، ويطلب المدعى عليه بالجواب ، لاحتمال أن يقر بالشيء المحوز لمدعيه - المحوز عليه - أو يكون معتقدا أن مجرد حيازته للشيء المحوز تلك المدة وان كان مملوكا للغير يوجب له الملك^(٢) .

وقد اختلف الفقهاء في ذلك وانقسموا إلى فريقين :

الفريق الأول : وهم جمهور الفقهاء : من متقدمي الحنفية ، والشافعية ، ومتقدمي الحنابلة ما عدا ابن قيس

الجوزية ، والزيدية ، والامامية حيث ذهبوا الى القول بعدم وجود أي أثر لتقادم الحيازة على

(١) كون الأيمان في جانب المدعين مسألة خلافية ، اذ ذهب الحنفية والمالكية الى كونها في جانب المدعين ، أي توجه لهم أولا ، وذهب الشافعية والحنابلة الى كونها في جانب المدعى عليهم ، وسبب الخلاف هو تعدد روايات الحديث سابق الذكر . وللمزيد في ذلك تراجع كتب المذاهب ويراجع أيضا ، ابن رشد : بداية المجتهد ٢/٤٢٩ ، الشعراني : الميزان الكبرى ٢/١٤٨ ،
الدمشقي : رحمة الأمة ٢/١٢٢ .

(٢) الحطاب : مواهب ، ٦/٢٢٤ ، الدسوقي : حاشية ٤/٢٣٤ .

سماع دعوى المحوز عليه أو بينته ، بل ذهبوا الى القول بعدم وجود فكرة تقادم الحيازة أصلا ، لعدم ثبوت حديث الحيازة عندهم ، لذلك لم يتعرض هؤلاء الفقهاء لذكر أحكام تقادم الحيازة ، ولا لإثارها ، من قريب أو بعيد ، إلا عند الحديث عن ترجيح البيِّنات . وأثر اليد - الحيازة - في ترجيح بينة صاحبها على بينة المدعى عليه ، كما سبق البيان (١) .

الفريق الثاني : وهم متأخرو الحنفية ، والمالكية ، وابن قيم الجوزية من متقدمي الحنابلة ، بالإضافة لمتأخريهم ، والاباضية ، حيث ذهبوا الى القول بعدم سماع دعوى المحوز عليه - المدعى - ولا بينته بعد مضي مدة التقادم المحددة والمعتبرة شرعا (٢) .

ولقد استدل متأخرو الحنفية ومن معهم على عدم جواز سماع دعوى المحوز عليه بعد مضي مدة التقادم ، بأدلة من السنة ، ومن المعقول ، ومن المصلحة العامة ، ومن سد الذرائع ، ومن الاستحسان ، ومن السياسة الشرعية ومن العرف والعادة ، وذلك على النحو الذي سبق ذكره عند الحديث عن ادلة مشروعية التقادم وبيانه هنا بشيء ، من الاجاز والاختصاص أيضا ، وذلك على النحو التالي :

١ - من السنة النبوية المطهرة :

ما خرجته أبو داود في المراسيل عن هلال بن بشر ، حدثنا يحيى بن محمد بن قيس ، سمعت زبيد بن أسلم ، أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : " من حاز شيئا عشر سنين فهو له " (٣) .

وقالوا في وجه الدلالة من الحديث الشريف : أن الحائز اذا حاز الشيء المحوز ، في حضور المحوز عليه وعلمه ، وهو ساكت ، ولا يمنعه من المطالبة مانع شرعي ، مع توفر شروط الحيازة الأخرى ، حتى مضت مدة التقادم المحددة والمعتبرة شرعا - وهي عشر سنين في الحديث الشريف - ، فلا تسمع دعوى المحوز عليه بعد ذلك ولا بينته (٤) .

٢ - من المعقول :

وقالوا في بيان وجه الدلالة به : إن سكوت المحوز عليه على تصرف الحائز في الشيء المحوز ،

-
- (١) راجع في ذلك ص ١٣٧ من هذه الرسالة .
(٢) ابن عابدين : رد المحتار ٤١٩/٥ ، الامام مالك : المدونة ١٩١/٥ ، ١٩٢ ، ابن الجوزية : الطسرق الحكمية ص ٨٥ ، ١١٥ ، العاصمي : الدرر السنية ١٩٦/٦ وما بعدها ، اطفيش : شرح النيل ١٠٨/٧ وما بعدها .
(٣) سبق تخريجه ، راجع في ذلك ص ٢٥ من هذه الرسالة .
(٤) الخطاب : مواهب ٢٢٣/٦ ، ٢٢٩ ، الخوشي : شرح ٢٤٢/٧ ، التمولي : البهجة ٢٥٤/٢ .

تصرف الملاك ، المدة الطويلة من الزمن ، وهو حاضر عالم ، لا يطالب به ولا يدعيه ، ولم يمنعه من ذلك مانع شرعي ، مع توفر شروط الحيازة الأخرى ، يدل على اهماله لملكه ويكون بمثابة الاقرار منحه للحائز بأن لا حق له عليه ولا مطالبة ، فلذلك لا تسمع دعواه بعد ذلك ولا بينته (١) .

٢- من المصلحة العامة :

وقالوا في بيان وجه الدلالة بها : ان في منح المحوز عليه الدعوى متى شاء ، دون تحديد ذلك بمدة زمنية معينة ، فتح لباب المنازعات والشغب بين الناس لأن الشهود والوثائق تفنى ويبقى الشيء المحوز من دار أو أرض ونحوهما ، فيدعى أناس أموال أناس آخرين ، لا بينة لهم بها ولا شهود، ومن شأن ذلك أن يؤدي الى اضطراب معاملات الناس فيما بينهم وعدم استقرارها ، والخوف من تهديدها بالنقض في المستقبل ، لذلك لا تسمع دعوى المحوز عليه ولا بينته بعد مضي المدة المحددة للتقادم حفاظا على المصلحة العامة (٢) .

٤- من سد الذرائع :

وقالوا في بيان وجه الدلالة بها : ان في منح المحوز عليه الحق في الدعوى متى شاء ، دون تحديد ذلك بمدة معينة من الزمن ، فتحا لباب التزوير والتحايل ، إذ بإمكان أصحاب الحيل ومحترفي التزوير ادعاء حقوق مملوكة للغير ، بعد مرور الزمان الطويل ، على ملكيتهم لها ، حيث تكون البيئات والوثائق قد هلكت ، وتكون الشهود قد فنيت ، فلذلك لا تسمع دعوى المحوز عليه ولا بينته بعد مضي مدة التقادم المحددة ، سدا للذرائع (٣) .

٥- من الاستحسان :

وقالوا في بيان وجه الدلالة به : الأصل في القياس يقضي بأن للمحوز عليه الحق في اقامة الدعوى وسماع حجته متى شاء ، إلا أننا منعنا من ذلك بعد مرور المدة المحددة للتقادم استحسانا ، إذ أن في ترك الدعوى بعد مضي مدة التقادم مع التمكن من اقامتها ما يدل على عدم الحق ظاهرا لذلك لا تسمع دعواه بعد ذلك ولا بينته (٤) .

(١) الخطاب : مواهب ٢٢٩/٦ .

(٢) الباز : شرح المجلة ، ص ٩٨٣ ، اطفيش : شرح النيل ١١٠/٧ .

(٣) ابن عابدين : رد المحتار ٤١٩/٥ وما بعدها ، ابن عابدين : قرة عيون الأختيار ٤٨٦/٧ وما بعدها الباز : المرجع السابق ص ٩٨٣ .

(٤) الباز : المرجع السابق ص ٩٨٣ ، وانظر كذلك : ابن عابدين : رد المحتار ٤١٩/٥ ، وما بعدها ، ابن عابدين : قرة عيون الأختيار ٤٨٦/٧ وما بعدها ، اطفيش : المصدر السابق ١٠٩/٧ .

٦- من المياسة الشرعية :

وقالوا في بيان وجه الدلالة بها : إن الشارع الحكيم قد منح الامام أو الحاكم سلطة تقييد الحق الخاص اذا تعارض مع المصلحة العامة ، تغليباً للمصلحة العامة ، وذلك من قبيل المياسة الشرعية (١) .

وبناء على ما سبق ، فللامام تخصيص القضاء بزمان ومكان معينين ، أي له منع القضاة عن سماع الدعوى بعد مضي مدة زمنية معينة تحقيقاً للمصلحة العامة ، من سد لباب المنازعات والخصومات والشغب بين الناس ، وكذلك من تنظيم العملية التقاضي بين الناس وتسهيلها ، من حيث تخفيف العبء عن القاضي بمنعه من سماع مثل هذه الدعاوى بعد أن طال زمانها ، لما يترتب على سماعها من العنت والمشقة عليه ، فلذلك كله لا تسمع دعوى المحوز عليه ولا بينته بعد مضي هذه المدة المحددة (٢) .

٧- العرف والعادة :

وقالوا في وجه الدلالة بهما : أنّ العرف والعادة يقضيان بأن الشخص لا يسكت على ملكه يكون في يد غيره ، يتصرف فيه تصرف الملاك ، المدة الطويلة من الزمن ، دون أن يدعيه أو يخاصمه فيه ، لذلك لا تسمع دعوى المحوز عليه ولا بينته ، لأنها دعوى يكذبها العرف والعادة ، وكل دعوى يكذبها العرف والعادة فهي غير مقبولة (٣) .

الرأى الراجح :

ونحن ، وبعد استعراضنا لأدلة القائلين بعدم سماع دعوى المحوز عليه وبينته بعد مضي مدة تقادم الحيابة المعتبرة شرعاً ، نميل الى ترجيح ما ذهبوا اليه ، وذلك للأسباب التالية :

- ١- لقوة الأدلة التي استدلووا بها على ذلك ، وفي مقدمتها الحديث الصحيح الثابت - كما سبق البيان - .
- ٢- ومما يزيد في قوة هذا الترجيح ، عدم ذكر أصحاب الفريق الآخر لأي دليل يرجح ما ذهبوا اليه ، سوى زعمهم عدم صحة حديث الحيابة سابق الذكر .

(١) الدريني : الحق ص. ١١٠ .

(٢) المحمكي : الدر المختار ٤١٩/٥ ، ابن عابدين : رد المحتار ٤١٩/٥ ، ابن عابدين : قرة عيون الأخبار ٤٨٦/٧ ، الباز : شرح المجلة ص ٩٨٢ ، اطفيش : شرح النيل ١٠٩/٧ .

(٣) الحطاب : مواهب ٢٢٤/٦ ، الزرقاني : شرح ٢٢٤/٧ .

٣ شروط سماع دعوى المحجوز عليه وبينته :

هذا ، ويفهم من اطلاق الفقهاء القائلين بعدم سماع دعوى المحجوز عليه وبينته بعد مضي
المدة المحددة للتقادم ، أمران :

الأول : جواز سماع دعواه المحجوز عليه - وبينته قبل مضي مدة التقادم المحددة مطلقا .

الثاني : عدم جواز سماع دعواه وبينته بعد مضي المدة المحددة مطلقا .

والصحيح أن هذا الفهم ليس على اطلاقه ، إذ يرد على هذين الأمرين بعض الاستثناءات والقيود ،

التي يمكن مياغتها في شروط على النحو التالي :

أ - شرط سماع الدعوى قبل مضي مدة التقادم (١) :

ذهب متأخرو الحنفية ، والمالكية ، الى القول بأن سماع الدعوى قبل مضي مدة التقادم المحددة
مقيد بعدم وجود أي مانع يمنع من سماع الدعوى ، ويتمثل ذلك بعدم وجود أي شيء قد يبدل في الظاهر على
عدم حق المحجوز عليه في الشيء المحجوز ، فإذا وجد مثل هذا المانع ، فلا تسمع الدعوى حينئذ وإن لم
تمض مدة الحيازة المحددة (٢) .

ومن الأمثلة التي ضربها الفقهاء لمثل هذه الموانع ، حضور المحجوز عليه لمجلس بيع الشيء
المحجوز ، فإذا كان حاضرا لمجلس البيع ، وهو ساكت لا ينكر أو يعترض ، ولم يمنع من ذلك مانع شرعي ،
فلا تسمع دعواه بعد ذلك ولا بينته وان لم تمض مدة التقادم المحددة (٣) .

ولم يفرق فقهاء المالكية بين كون المحجوز عليه قريبا للحائز ، وبين كونه أجنبيا عنه (٤) ، فسي
حين ذهب متأخرو الحنفية إلى التفريق بينهما ، إذ عدوا أن مجرد سكوت المحجوز عليه القريب من نحو
ابن أو زوجة أو غيرهما كاف لعدم سماع دعواه بعد ذلك أو بينته ، وهذا بخلاف كون المحجوز عليه أجنبيا
ولو جارا ، إذ لا بد بالإضافة الى سكوته في مجلس البيع ، من اطلاعه على تصرفات المشتري في الشيء المحجوز

(١) ابن عابدين : رد المحتار ٤٢٢/٥ ، ابن عابدين : قرة عيون الأخيار ٤٨٦/٧ ، الدردير ، والصاوي
الشرح الصغير ، بلغة السالك ٣٨٠/٢ .

(٢) تجدر الملاحظة هنا ، الى أن المالكية وان ذهبوا الى سقوط حق المحجوز عليه في سماع دعواه وبينته
ومطالبته بالشيء المحجوز ، إلا أنه لا يسقط حقه في ثمن الشيء المحجوز ، إذ يعد حضوره للبيع مع سكوته
بلا مانع أخفا منه وإقرارا . بالبيع فيجب له الثمن ، فإن مضي العام وهو ساكت لم يطالب به ، سقط
حقه في الثمن أيضا ، واستحققه الحائز - البائع - مع يمينه أنتظرني ذلك : الدردير ، والصاوي :
المصدرين السابقين ٣٨٠/٢ .

(٣) ابن عابدين : رد المحتار ٤٢٢/٥ ، ابن عابدين : قرة عيون الأخيار ٤٨٦/٧ ، الدردير والصاوي :
المصدرين السابقين ٣٨٠/٢ .

(٤) الدردير ، والدسوقي : الشرح الكبير ، وحاشيته ٢٣٦/٤ .

زرعا وبناء وغيرها من التصرفات^(١)، وفي هذا المعنى يقول صاحب " حاشية رد المحتار " : " سماع الدعوى قبل مضي المدة المحدودة مقيد بما اذا لم يمنع منه مانع اخر يدل على عدم الحق ظاهرا ، لمسا سيأتي في مسائل شتى في اخر الكتاب من أنه لو باع عقارا أو غيره ، وامرأته أو أحد أقاربه حاضرا يعلم به ، ثم ادعى ابنه مثلا أنه ملكه ، لا تسمع دعواه ، وجعل سكوته كالأفصاح قطعاً للتزوير والتحصيل ، بخلاف الأجنبي فان سكوته ولو جاراً لا يكون رضا إلا اذا سكت الجار وقت البيع والتسليم ، وتصرف المشتري فيه زرعا وبناء ، فلا تسمع دعواه على ما عليه الفتوى قطعاً للاطماع الفاسدة !

ولم يفرق المالكية كذلك بين كون المجلس مجلس بيع ، وبين كونه مجلسا لغيره من التصرفات المفوتة للملك ، كالهبة أو الوصية^(٢) .

هذا، وقد نص صاحب " مرشد الحيران " على هذه المعاني في المادتين (١٦٠) ، (١٦١) ، منه ، فقالت المادة (١٦٠) : " من كان واضعا يده على عقار، اشتراه، فلا تسمع دعوى الملك عليه ممن كان في البلد وهو يعلم البيع ويراه. وهو يتصرف فيه بناء وزرعا وغير ذلك ، وسكت عن دعواه، ولو لم تمتض على وضع اليد خمس عشرة سنة ، ووارث من كان حاضرا يعلم البيع ويرى التصرف كموثقه في عدم سماع الدعوى^(٣) . وقالت المادة (١٦١) : " لا تسمع دعوى الملك على واضع اليد من ولد البائع له ، ولا ممن أقاربه ، أو زوجته الذين كانوا حاضرين وقت بيع العقار له وعالمين به ، وسكتوا عن دعواه ولو لم يمتض على بيعه خمس عشرة سنة " .^(٤)

ب - شروط سماع الدعوى بعد مضي مدة التقادم :

في البداية ، تجدر الإشارة الى أن النهي عن سماع دعوى المحوز عليه وبينته ، انما هو في حق القاضي لا في حق الحكم نفسه ، وعليه ، فقد ذهب متأخرو الحنفية الى القول بأنه يجب على السلطان الذي نهى قضاة عن سماع الدعوى بعد مضي مدة تقادم الحيازة المحددة أن يسمعها بنفسه ، أو يأمر بسماعها ، وذلك اذا لم يظهر من المدعي - المحوز عليه - أمانة تدل على التحايل والتزوير في دعواه ، وانما يجب على السلطان سماعها بعد ذلك حتى لا يضيع حق المدعي^(٥) .

وذهب متأخرو الحنفية كذلك الى القول بجواز سماع القاضي وغيره الدعوى ، لا باعتبار أنه قاض بل باعتبار أنه حكم بين الطرفين ، فاذا مضت مدة تقادم الحيازة المحددة ، وحكم القاضي أو غيره بين الحائز وبين المحوز عليه فله ذلك ، وحكمه صحيح نافذ في حق المتحاكمين اليه^(٦) .

(١) ابن عابدين : رد المحتار ٤٢٢/٥ ، ابن عابدين : قرة عيون الأخبار ٤٨٦/٧ .

(٢) الدردير والساوي : الشرح الصغير بلغة السالك ٣٨٠/٢ .

(٣) ، (٤) ، (٥) قدرى : مرشد الحيران ص

(٥) ، (٦) ابن عابدين : رد المحتار ٤٢٠/٥ ، ابن عابدين : قرة عيون الأخبار ٤٨٧/٧ ، حيدر : درر الحكام ٢٩٥/٤ .

هذا وليس المراد من منع القاضي عن سماع دعوى المحوز عليه وبينته بعد مضي مدة تقادم الحيازة هو عدم سماعها نهائياً ، اذ ذهب الفقهاء القائلون بالحيازة الى القول بوجوب سماع القاضي لدعوى المحوز عليه وبينته في حالة توفر أحد الشرطين التاليين:

- ١ - قيام البينة على عدم شرعية الحيازة .
- ٢ - اقرار الحائز للمحوز عليه بملكيته للشيء المحوز .

فاليك بيان كل شرط من هذين الشرطين بشيء من التفصيل على النحو التالي :

١- قيام البينة على عدم شرعية الحيازة :

اتفق الفقهاء القائلون بتقادم الحيازة ، على أنه يجب على القاضي سماع دعوى المحوز عليه وبينته حال قيام البينة على عدم شرعية أصل الحيازة ، بأن تقوم البينة دالة على أن أصل دخول الشيء المحوز في ملك الحائز ، إنما كان بأحد التصرفات غير الناقلة للملك كالغصب مثلاً ، أو الاجارة ، أو الاعارة ونحوها من التصرفات ، فتسمع حينئذ دعوى المحوز عليه وبينته وإن مضت مدة التقادم المحددة والمعتبرة شرعاً ، مهما طال الزمان وتقادم ، ولا ينتفع الحائز حينئذ بحيازته السابقة ، ولا يترتب عليها أي أثر شرعي^(١) ، وفي هذا المعنى يقول صاحب فتح العلي المالك : " لأن شرط اعتبار الحيازة مانعة من سماع الدعوى جهل المحوز استيلاء الحائز على الشيء المحوز " (٢)

ويقول صاحب " الشرح الصغير " في المعنى نفسه : " ولا حيازة في شيء من عقار أو غيره ، ان شهدت البينة للمدعي على وافع اليد باعارة . ونحوها ، كاجارة ، وعمري^(٣) ، واخدام ومساقاة^(٤) فتسمع تلك البينة ، ويقضى للمدعي بمقتضى الشهادة^(٥)

الآن فقهاء المالكية قد استثنوا من الشرط السابق الحالتين التاليتين :

أ- ألا يطول زمن الحيازة جداً كالخمسین سنة ونحوها بحيث يكون الحائز قد أحدث فيها بناء أو غرساً

(١) حيدر : درر الحکام ٤/٣١٧، ٣١٨، القاضي : شرح المجلة ص ٩٩٦، الدردير ، والماوی : الشرح الصغير ، وبلغه السالك ٢/٣٨٠، العاصمي : الدرر السنية ٦/١٩٧، اطفيش : شرح النيل ٧/١٠٥ .

(٢) عيش : فتح ٢/٣١٩ .

(٣) الحُمري في الشرع . هي هبة منافع الملك مدة غمر الموهوب له ، أو مدة عمره وغمر عقبه . انظر في ذلك : الباجي : المنتقى ٦/١١٩ ، الحطاب : مواهب ٦/٦٠ .

(٤) المساقاة (وتسمى المعاملة) في الشرع : هي أن يعامل انسانا على شجر ليتعهد بها بالسقي والتربية على أن ما رزقه الله تعالى من ثمر يكون بينهما . انظر في ذلك : المحلي ، وقلبيوي شرح وحاشية ٣/٦٠ .

(٥) الدردير ، والماوی : الشرح الصغير ، وبلغه السالك ٢/٣٨٠ .

بحضرة المدعي ، وهو ساكت لا يطالب بالشيء المحوز ولا يدعيه من غير مانع شرعي يمنعه من ذلك ، مع توفر شروط الحيابة الأخرى ، فلا تسمع دعوى المحوز عليه ولا بينته بعد مضي مدة تقادم الحيابة ، مهما طال الزمان وتقدم (١)

ب - ألا يكون الحائز قد تصرف في الشيء المحوز بأي تصرف من التصرفات التي لا تحصل إلا من المالك كالبيع ، والهبة ، والصدقة ، وذلك في حضور المحوز عليه وعلمه ، وهو ساكت لا يطالب به أو يدعيه ، ولم يمنعه من ذلك مانع شرعي ، مع توفر شروط الحيابة الأخرى ، فلا تسمع دعوى المحوز عليه ولا بينته بعد مضي مدة تقادم الحيابة ، مهما طال الزمان وتقدم (٢) .

وعلى هذا المعنى نصت " مجلة الأحكام العدلية " في المادة (١٦٧٣) منها ، فقالت : " ليس لمن كان مقرا بكونه مستأجرا في عقار أن يملكه لمرور زمن أزيد من خمس عشرة سنة ، وأما إذا كان منكرًا وادعى المالك بأنه ملكي ، وكنت أجرتك أياه قبل سنين ، وما زلت أقبض أجرته، فتسمع دعواه ان كان ايجاره معروفًا بين الناس ، وآلا فلا " (٣) .

وعلى هذا المعنى أيضا نص صاحب " مرشد الحيران " في المادة (١٥٥) منه ، فقالت " ممن كان واضعا يده على عقار بطريق الاجارة أو الاعارة ، وهو مقر بالاجارة أو العارية ، فليس له أن يتمسك بمرور خمس عشرة سنة على وضع يده في منع سماع دعوى المؤجر أو المعير عليه ، فان كان منكرًا للاجارة أو العارية جميع تلك المدة ، والمدعي حاضرًا ، وهو تارك للدعوى عليه ، مع التمكن منها ، ووجود المقتضي لها ، فلا تسمع دعواه بعد ذلك " (٤) .

٢ - اقرار الحائز للمحوز عليه بملكته للشيء المحوز :

لا خلاف بين الفقهاء القائلين بتقادم الحيابة على أن اقرار الحائز للمحوز عليه بملكته للشيء المحوز وان كان ذلك بعد مضي مدة تقادم الحيابة المحددة ، هو كالبينة الدالة على عدم شرعية الحيابة في قطع حيابة الحائز للشيء المحوز ، وازالة كل ما ترتب عليها من اثار ، من منع سماع للدعوى ، وغيرها من الآثار ، بل هو أولى في ذلك من البينة ، لأن عدم سماع القاضي للدعوى بعد مرور مدة التقادم المحددة عند انكار المدعي عليه - الحائز - انما هو لمنع التزوير والتحايل ، فاذا اعترف الحائز بعد ذلك تسمع

(١) ابن فرحون : تبصرة ١٠٣/٢ ، البناني : حاشية ٢٢٥/٧ .

(٢) الدردير : المصدر السابق ٣٨٠/٢ ، الدسوقي : حاشية ٢٣٥/٤ .

(٣) حيدر : درر ٣١٧/٤ ، الباز : شرح المجلة ص ٩٩٦ ، القاضي : مجلة الأحكام ٥١/٤ .

(٤) قدرى : مرشد الحيران ، ص ٤٥٠ .

الدعوى اذ لا تزوير مع الاقرار (١).

ولقد اشترط متأخرو الحنفية في الاقرار القاطع لصحة الحيازة شرطين :

- أ - أن يكون الاقرار في حضور القاضي ، وهذا ان كان الاقرار شفها ، ولا يشترط ذلك اذا كان الاقرار كتابيا ان أرفق مع اقراره المكتوب امضاءه أو ختمه المعروف (٢).
- ب - أن يكون الاقرار دالا على الحال ، أي أن يعترف الحائز صراحة أمام القاضي ، بأن الحق المحوز عليه ما زال في ذمته الى الآن ، ويحترز بذلك عن اقراره له بالحق في الزمن الماضي ، وذلك كما أن يقول الحائز : أقر بأن الشيء المحوز الذي يدعيه المدعي - المحوز عليه - حق له قبيل ثلاثين سنة - مثلا - ، فلا يعتد بهذا الاقرار ، لأنه وان كان يصدق عليه أنه اقرار بالحق للمدعي ، إلا أنه لا يعتبر لاحتمال أن يقول المقر - المدعى عليه ، الحائز - بعد ذلك إلا أنني اشتريته منه بعد ذلك ، أو وهبني آياه ، أو يذكر وجهها من وجوه انتقال الملك ، فبدعواه الشراء وغيره ، اقرار بعدم بقاء الملك والحق في ذمته للمحوز عليه ، فلا يقطع اقراره بالحق له في الزمن الماضي تقادم الحيازة لما سبق تعليله (٣).

وعلى هذا المعنى نصت " مجلة الأحكام العدلية " في المادة (١٦٧٤) منها ، فقالت " لا يسقط الحق بتقادم الزمن ، بناء عليه ، اذا أقر واعترف المدعى عليه صراحة في حضور القاضي بأن للمدعى عنده حقا في الحال في دعوى وجد فيها مرور الزمن بالوجه الذي ادعاه المدعي ، فلا يعتبر مرور الزمن ويحكم بموجب اقرار المدعى عليه ، وأما اذا لم يقر المدعى عليه في حضور القاضي ، وادعى المدعى بكونه أقر في محل اخر ، فكما لا تسمع دعواه الأصلية كذلك لا تسمع دعوى الاقرار ، ولكن الاقرار الذي ادعى أنه كان قد ربط بسند حاو لخط المدعى عليه المعروف سابقا أو ختمه ، ولم يوجد مرور الزمن من تاريخ السند الى وقت الدعوى ، تسمع دعوى الاقرار على هذه الصورة " (٤).

ثانيا : حماية الحيازة :

والمراد بحماية الحيازة هنا ، هو المحافظة على استمرار وضع الحائز ليدته على الشيء المحوز ، وكذلك استمرار بقاء الشيء المحوز على حالته قبل الحيازة دون تغيير أو تبديل بزيادة أو نقصان (٥).

- (١) انظر في ذلك : ابن عابدين : رد المحتار ٥/٤٢٠.
- (٢) حيدر : درر الحكام ٤/٣٢٠ ، الباز : شرح المجلة ص ٩٩٧.
- (٣) ابن عابدين : قرة عيون الأختيار ٧/٤٨٨ ، الباز : المرجع السابق ، ص ٩٩٦.
- (٤) حيدر : المرجع السابق ٤/٣١٨ ، الباز : المرجع السابق ص ٩٩٦ ، القاضي : مجلة الأحكام ٤/٢١٨.
- (٥) عبد الجواد : الحيازة ص ٢٨٨ ، المعيني : أثر التقادم ص ٩١ وما بعدها .

ولقد اتفق الفقهاء القائلون بالحيازة - وغيرهم - على الأخذ بمبدأ " حماية الحيازة " اجمالاً اذ انهم متفقون على المبدأ القائل : بأن اليد دليل الملك (١) ، وعليه ، فيبقى الشيء المحوز في يـــــــد حائزه حتى تقوم البينة على ترجيح دعوى أحد الخصمين ، وذلك حماية لاستقرار معاملات الناس من الاضطراب ، وفي هذا المعنى يقول صاحب " تبين الحقائق " : " . . . لكنه يستدل بالتمكن من التصرف على أنه كان في يده ، واليد دليل الملك حتى جازت الشهادة له بالملك فيترك في يده حتى تقوم الحجج والتراجيح " (٢) .

هذا ، ومن خلال التعريف السابق بمبدأ حماية الحيازة ، يمكننا تفصيل القول في كيفية حماية الحيازة ، وذلك من خلال العنصرين التاليين :

١ - حماية يد الحائز .

٢ - حماية الشيء المحوز نفسه .

فاليك البيان على النحو التالي :

أ - حماية يد الحائز :

وتتمثل صورة حماية يد الحائز باحدى الصورتين التاليتين (٣) :

أ - منع التعرض للحائز :

أي يمنع المحوز عليه من التعرض للحائز في الشيء المحوز بالاستيلاء عليه أو غصبه ، بعد ثبوت الحيازة الشرعية بشروطها السابقة ، ويدفع عنه اذا ماتعرض له ، اذ لا يجوز للمحوز عليه التعرض للحائز بعد ثبوت الحيازة ، إلا ببينة قاطعة تدل على ملكيته للشيء المحوز (٤) ، وفي هذا المعنى يقول صاحب " شرح النيل " : " وان مات بعد مكث السنين الثلاث بلا معارض ، شهدوا لوارثه بالارث ، فيدفع عنه من يعارضه فيه بقول الشهود : ان هذا الأصل ميراث لهذا أو لفلان ، ولا يلزمهم أن يذكروا أنه ثبت للمورث بالحيازة " ثم قال : " من عرف فيه سنيين ثلاثاً ، ولم يعرف لغيره ، فعورض فيـــــــه

(١) ابن نجيم : البحر ٢٤٤/٧ ، ابن رشد : البيان ١٤٥/١١ ، قليوبي وعميرة : حاشيتان ٣٢٩/٤ ،

البهوتي : كشاف ٣٨٤/٦ ، ابن الجوزية : الطرق الحكمية ص ١١٥ ، العنصامي : الدرر السنية ص ١١٨/٦ ، الشوكاني : السيل ١٥٠/٤ ، ١٥١ ، مغنية : فقه الامام جعفر ١١٨/٦ .

(٢) الزيلعي : تبين ٣٢٥/٤ .

(٣) عبد الجواد : الحيازة ص ٢٨٨ وما بعدها ، المعيني : أثر التقادم ص ٩١ وما بعدها .

(٤) اطفيش : شرح النيل ١٠٢/٧ .

فشهد له بالمشهور أو بالحيازة ، قعد فيه ولا يزاح منه إلا ببيان قاطع أنه ملك لفلان ، أو أنه غصبه منه ، أو رهن منه ، أو نحو ذلك " (١) .

ب - استرداد اليد على الشيء المحوز :

إذا ثبت منع التعرض للحائز من قبل المحوز عليه - كما سبق البيان - ، فتعرض له بـ... ذلك بأن استولى على الشيء المحوز بالقوة ، فإنه يجب على القاضي رده إلى حائزه ، سواء كانت حيازة الحائز شرعية أم لا ، حتى يفصل القاضي في دعوى الحيازة بالحكم لأحد الخصمين ، وذلك حماية لاستقرار المجتمع باستقرار معاملات الناس فيه ، وهذا ما يعرف " باسترداد اليد " (٢) وفي هذا المعنى يقول صاحب " التبصرة " : " لو شهد شاهد أن أحد الخصمين غلب الآخر على ما في يديه ، فإنه يحكم على هذا الغالب بأن يرده على المغلوب عليه ، ويكون هذا المردود إليه صاحب يد ، وهو أعم من المملك ، ولا يشهدون بأنه ملك " (٣) .

وتجدر الإشارة هنا ، إلى أن مبدأ استرداد اليد مقيد بثبوت البيينة القاطعة على تعرض المحوز عليه للحائز ، كشهادة الشهود - مثلاً - بذلك ، وإلا فلا يعتبر المحوز عليه حينئذ هو صاحب اليد ، ويكون صاحب اليد الأولى - الحائز الأول - هو المدعي ، وعليه اثبات غصب الآخر للشيء المحوز (٤) ، وفي هذا المعنى يقول صاحب " الأم " : " وإذا كان العبد في يد رجل ، فادعاه آخر ، وأقام البيينة أنسه كان في يديه أمس ، فإنه لا تقبل منه البيينة على هذا ، لأنه قد يكون في يديه ماليس له ، ولو أقام البيينة أن هذا العبد أخذه منه ، أو انتزع منه العبد ، أو اغتصبه منه ، أو غلبه على العبد وأخذه منه ، أو أشهد أنه أرسله في حاجته فاعترضه هذا من الطريق فذهب به ، أو شهدوا أنه أبق من هذا فأخذه هذا ، فإن هذه الشهادة جائزة ، ويقضى له بالعبد ، فإن لم تكن له بيينة ، فعلى الذي في يديه العبد اليمين " (٥) .

٢ - حماية الشيء المحوز :

إن المراد بحمايته هنا ، هو إبقاؤه على حالته التي كان عليها ، قبل حيازته ، دون تغيير أو تبديل ، من زيادة أو نقصان ، وذلك بمنع التصرف فيه (٦) .

- (١) اطفيش : شرح النيل ١٠٢/٧ .
- (٢) عبد الجواد : الحيازة ص ٢٨٨ ، المعيني : أثر التقادم ص ٩٧ وما بعدها .
- (٣) ابن فرحون : تبصرة ٣١١/١ .
- (٤) عبد الجواد : المرجع السابق ص ٣٩٩ ، المعيني : المرجع السابق ص ٩٧ وما بعدها .
- (٥) الامام الشافعي : الأم ٢٤١/٦ .
- (٦) عبد الجواد : الحيازة ص ٢٨٧ وما بعدها ، المعيني : أثر التقادم ص ١٠١ .

وبهذا المبدأ أخذ متأخرو الحنفية ، والمالكية ، والاباضية ، على سبيل الاجمال (١) ، ثم اختلفوا بعد ذلك في طبيعة التصرفات التي يمنع الحائز من التصرف بها في الشيء المحوز ، وذلك على التفصيل التالي :

أ - ذهب متأخرو الحنفية ، والمالكية الى القول بمنع الحائز من التصرف في الشيء المحوز مطلقا سواء كان الشيء المحوز عقارا أم منقولا ، وفي هذا المعنى يقول صاحب " القوانين الفقهية " " وان كان المدعى عرضا ، أو حيوانا ، أمر القاضي بايقافه حتى يحكم فيه ، ونفقة العبد والدابة مدة الايقاف على من يثبت له ، وان كان عقارا فان اقام الطالب المدعي - شاهدا واحدا ، منسح الذي هو في يده من احداث شيء فيه ، فان اقام شاهدا ثانيا أخرج من يده ، ومنع من التصرف فيه وأغلق إن كان دارا ، حتى ينفذ الحكم فيه " .

وجاء في " المدونة " في المعنى نفسه : " قال : وسمعت مالكا ، واختصم اليه في أرض حفرت فيها عين ، فادعى صاحب الأرض ، فاخصموا الى صاحب تلك المياه ، فأوقفهم ، حتى يرتفعوا الى المدينة ، فأتى صاحب العين الذي عملها ، فشكا ذلك الى الامام مالك ، فقال مالك : قد أحسن حين أوقفها ، وأراه قد أصاب ، قال : فقال له صاحب الأرض : أترك عمالي يعملون ، فان استحق الأرض فليهدم عملي ، فقال : لا أرى ذلك ، وأرى أن توقف ، فان استحق حقه ، وإلا بنيت ، قلت لابن القاسم : " وهل يكون هذا بغير بينة ، وبغير وجه توقف هـ هذه الأرض ، قال : لا توقف إلا أن يكون لدعوى هذا المدعي وجه " (٢) .

ب - وذهب الاباضية الى القول بمنع الحائز من اتلاف الشيء المحوز بأكله ، أو شربه ، أو حرقه إلا أن له استعماله واستغلاله بما يتفق وطبيعته ، وفي هذا المعنى يقول صاحب " شرح النيل " : " ويمنع القاعد باليد من اتلاف ما قعد فيه ، كأكله ، وشربه ، واحرقه ، وهدمه ، وإخراج من ملك ببيع أو هبة أو غيرها ، معاوضة أو بلا معاوضة ، ولا سيما غير الأصل ، فان اخراجه من ملك ببيع أو هبة ، أذعى الى تلفه وتغييره ، لا من استخدامه ، استخدام العبد ، والدابة ، وآلة الخدمة ، كالدواة ، والقلم ، وآلة الزجر ، ولا من خدمته بلا زيادة كاصلاح فساد الأرض والشجر والنخل وقلبها للحرث أو غيره ، ويأكل الغلة ، ما لم يبين مدعيه بينة عادلة تشهد له به ، أو يحلف مدعيه أنه له ، أعني للذي هو بيده عند عدم البيان ، وعجزه ، أو تركه الاتيان ببيانه ، وقناعته بيمين الذي هو بيده على القول بجواز ذلك " (٣) .

(١) حيدر : درر ٥١١/٤ ابن جزي : القوانين ص ٣٠١ ، اطفيش : شرح النيل .

(٢) ابن جزي : القوانين ص ٣٠١ .

(٣) الامام مالك : المدونة ١٩٥/٥ .

(٤) اطفيش : النيل ٢٠/٧ .

ثالثا : أثر تقادم الحيازة على سقوط حق الملكية :

في البداية ، تجدر الإشارة الى أن الفقهاء قد اتفقوا على أن اليد تعتبر دليلا على الملاك حتى جاز الشهادة لماحبها - للحائز - بالملك ، حتى تقوم الحجج والتراجيح ، ولقد سبق أن ذكرنا مسأله قاله صاحب " تبیین الحقائق " في هذا المعنى (١) ، وهو ما ذكره صاحب " كشاف القناع " أيضا بقوله: " لأن الظاهر من اليد الملك ، ولا يثبت بها الملك ، أي باليد كثبوته بالبينة ، لأن الظاهر لا تثبت به الحقوق ، بل ترجح به الدعوى " (٢) .

هذا ، ولئن اتفق الفقهاء القائلون بمبدأ تقادم الحيازة على سقوط حق المحوز عليه - المدعي - في سماع دعواه وبينته ، بعد مضي مدة التقادم المعتبرة شرعا ، إلا أنهم اختلفوا بعد ذلك في سقوط حقه في ملكية الشيء المحوز ، وانتقال ملكيته الى حائزه ، وانقسموا في ذلك الى فريقين :

الفريق الأول :

وهم جمهور الفقهاء من متأخري الحنفية ، وجمهور المالكية وابن قيم بالاضافة الى متأخري الحنابلة ، وبعض الاباضية ، حيث ذهبوا الى القول بعدم سقوط حق المحوز عليه في ملكية الشيء المحسوز بتقادم الحيازة (٣) ، وفي هذا المعنى يقول صاحب " حاشية قرة عيون الأخيار " : " ثم اعلم أن عدم سماع الدعوى بعد مضي ثلاثين سنة ، أو بعد الاطلاع على التصرف ليس مبنيا على بطلان الحق ذلك وانما هو مجرد منع للقضاة عن سماع الدعوى مع بقاء الشيء لصاحبه ، حتى لو أقر به الخصم يلزمه ولو كان ذلك حكما ببطلانه لم يلزمه ، ويدل على ما قلناه تعليلهم للمنع بقطع التزوير والحيل " (٤) .

ويقول صاحب " مجلة الأحكام العدلية " في هذا المعنى أيضا : " وحكمه - أي مرور الزمان - أن يدفع استماع الدعوى ، فهو يملح سببا للدفع ، لا سببا للتملك ، لانه ليس من أسباب التملك ، ولهذا لو أقر المدعى عليه بالدعوى ، ودفع بمرور الزمان ، لا يلتفت الى دفعه ، لأن الحق لا يسقط بتقادم الزمان " (٥) .

وعلى هذا المعنى نصت " مجلة الأحكام العدلية " في المادة (١٦٧٤) منها ، والتي سبق ذكرها (٦) .

وعليه ، فلا يكون تقادم الحيازة عند هؤلاء الفقهاء - بالاضافة الى جمهور الفقهاء من متقدمي الحنفية ،

(١) راجع في ذلك ص ١٥٢ من هذه الرسالة .

(٢) البهوتي : كشاف ٣٨٤/٦ .

(٣) ابن عابدين : رد المحتار ٤٢٠/٥ ، ابن رشد : البيان ١٤٥/١١ ، ابن الجوزية : الطرق الحكمية

ص ٨٩ ، ١١٤ ، العاصمي : الدرر السنية ١٩٦/٦ ، اطفيش : شرح النيل ١٠٦/٧ .

(٤) ابن عابدين : قرة عيون الأخيار ٤٨٨/٧ .

(٥) القاضي : مجلة الأحكام ٥١/٤ .

(٦) راجع في ذلك ص ١٥١ من هذه الرسالة .

والشافعية ، ومتقدمي الحنابلة ، والظاهرية ، والزيدية ، والامامية - سببا من أسباب الملكية في الشريعة الاسلامية ، وانما يعد أكلا لأموال الناس بالباطل كما سبق البيان^(١) .

ولقد استدل أصحاب هذا الفريق على عدم سقوط حق الملكية بتقادم الحيازة ، بأدلة من السنّة ومن المعقول ، وذلك على النحو التالي :

١ - من السنة النبوية المطهرة :

استدل جمهور المالكية بما روى عن النبي - صلى الله عليه وسلم - أنه قال : " لا يبطل حسب امرئ مسلم وان قدم " (٢) .

ووجه الدلالة من الحديث الشريف: أن الحديث واضح الدلالة على عدم سقوط الحق وبطلانـه مهما طال الزمن وتقدم ، وهذا يتمشى مع الأصل في الشريعة الاسلامية ، من أن الحق باق لا يسقط بـعد ثبوته ، اذ تبقى ذمة المقتصب - الحائز - مشغولة به الى يوم القيامة ، فيكون التملك عن طريق تقـادم الحيازة غير مشروع ، لأنه من قبيل النصب ، وأكلا لأموال الناس بالباطل ، الذي نهى الشارع عنه (٣) ودل عليه قوله تعالى : " ولا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل " (٤) .

٢ - من المعقول :

وقالوا في بيان وجه الدلالة به : إن الحكم والقضاء بالتقادم والحيازة انما هو حكم بالشك والشبهة ، لأن تقادم الحيازة انما يقوم على أساس شكوك وشبهات في أن الحائز قد يكون مالكا للشيء المحوز ، إذ لو كان مالكا له في الواقع ونفس الأمر ، لاستطاع اثباته بغيرها ، فدل استناده عليها ، على عدم جواز القضاء والحكم بسقوط ملكية الشيء المحوز من يد صاحبه - المحوز عليه - ، ونقله الى حائزه ، بناء على تقادم الحيازة ، لأنه يكون قضاء بالشك والشبهة ، والقضاء بهما باطل لا يجوز (٥) .

الفريق الثاني :

وهم بعض المالكية وعلى رأسهم الامام مالك وبعض كبار أصحابه ، وجمهور الاباضية ، حيث ذهبوا الى القول بسقوط حق المحوز عليه في ملكية الشيء المحوز بتقادم الحيازة ، وانتقال ملكيته

(١) راجع في ذلك ص ١٦، ٦٣ من هذه الرسالة .

(٢) يمكنني القول - وبعد اطلاعي على كتب الحديث المشهورة والمعروفة - أن هذا الحديث لا وجود له ولم يثبت في أي من كتب السنة المشهورة والمعروفة لدينا ، كالصحيحين - البخاري ومسلم - ، وكتب السنة الستة .

(٣) انظر في ذلك : وهبة الزحيلي : الفقه الاسلامي ٤/٦٩، ٥/٥٠١، ٥٠٢ .

(٤) سورة البقرة / الآية (١٨٨) .

(٥) اطفيش : شرح النيل ٧/١٠٦ ، وانظر كذلك : عبد الجواد : الحيازة ص ٣٣٩ .

لحائزه (١) . وفي هذا المعنى يقول صاحب " مواهب الجليل " (٢) : " وقاله مالك - أي القضاء بتغليب الأجزاء - فيمن له شيء ترك غيره يتصرف فيه ، ويفعل فيه ما يفعل المالك الدهر الطويل ، فإن ذلك مما يسقط الملك ، ويمنع الطالب من الطلب ، قاله مالك ، وابن وهب ، وابن عبد الحكم (٣) ، وأصبغ (٤) . "

وعليه ، فيكون تقادم الحيابة عند هؤلاء الفقهاء سببا من أسباب الملكية في الشريعة الإسلامية كغيره من الأسباب التي سبق ذكرها .

ولقد استدل أصحاب هذا الفريق على سقوط حق الملكية بتقادم الحيابة بأدلة من السنة ، ومن القياس ، ومن المعقول ، ومن العرف والعادة ، وذلك على النحو التالي :

١ - من السنة النبوية المطهرة :

لقد كان عمدة استدلال الإمام مالك ومن معه من كبار المالكية ، والاباضية ، حديث الحيابة برواياته المختلفة التي سبق ذكرها ، وهو :

١ - ما رواه أبو داود في " المراسيل " عن هلال بن بشر: حدثنا يحيى بن محمد بن قيس ، سمعت زيد بن أسلم يروي أن رسول الله - صلى الله عليه وسلم - قال : " من احتاز شيئا عشر سنين فهو له " (٥) .

وقالوا في وجه الدلالة بالحديث الشريف : دل ظاهر قوله - صلى الله عليه وسلم - " فهو له " ، وفي رواية " فهو أحق به " ، وفي رواية ثانية " فهو أحق به منه " وفي رواية ثالثة " فهي لسه " وفي رواية رابعة " فهو لمن حازه " ، على أن الحيابة اذا وقعت على الوجه الشرعي ، بشروطها المذكورة - سابقا - ، فمن شأن ذلك أن يقطع حجة المدعي على الشيء المحوز ، بحيث لا تسمع دعواه بعد تلك المدة المعتبرة شرعا ، ويسقط حقه في ملكيته له (٦) .

(١) الإمام مالك : المدونة ١٩٥/٥ ، الخرشي : شرح ٢٤٣/٧ ، ابن فرحون : تبصرة ٩٤/٢ ، التسولي : التاودي

١٠٦/٧ .

(٢) الحطاب : مواهب ٢٢٩/٦ .

(٣) هو عبد الله محمد بن عبد الله بن عبد الحكم ، العالم المحقق الفقيه ، انتهت إليه الرئاسة بعصر ، سمع من أبيه ، وابن وهب ، وابن القاسم ، وغيرهم ، وسمع عنه أبو عبد الرحمن بن أبوبكر النيسابوري ، وأبو حاتم الرازي ، وأبو جعفر الطبري ، وابن المواز ، وغيرهم ١٠٠ له تصانيف عديدة منها : كتاب أحكام القرآن وكتاب الشروط ، وكتاب الرد على الشافعي ، وكتاب البيئات ، وكتاب الدعوى والبيئات ، وغيرها . توفي - رحمه الله - عام ٢٦٨ هـ . انظر في ذلك : مخلوف : شجرة النور ص ٦٧ ، ٦٨ .

(٤) هو أبو القاسم أصبغ بن خليل القرطبي ، الإمام الفقيه ، سمع من الغازي بن قيس ، ويحيى بن يحيى ، وسحنون ، وغيرهم ، حدث عنه ابن أيمن ، قاسم بن أصبغ ، وأحمد بن خالد ، وغيرهم ، توفي - رحمه الله -

عام ٢٧٣ هـ . انظر في ذلك : مخلوف : شجرة النور ص ٧٥ ، عياض : ترتيب المدارك (٢ ، ٣ / ١٤٢) .

(٥) سبق تخريجه ، راجع في ذلك ص ٢٥ من هذه الرسالة .

(٦) الحطاب : المصدر السابق ٢٢٩/٦ .

٢- من القياس :

وقالوا في بيان وجه الدلالة به : ان مضي مدة الحيازة الطويلة - العشر سنين كما نص عليها الحديث الشريف - على تصرف الحائز في الشيء المحوز تصرف الملاك ، والمحوز عليه حاضر ، ساكت لا يطالب به ولا يدعيه ، ولم يمنعه من ذلك مانع شرعي ، مع توفر شروط الحيازة الأخرى ، لهو أبلغ عذر على سقوط ملكيته له ، وذلك قياسا على عدّ الشارع لمثل هذه المدة عذرا في قتال كفار قريش الذين لم يؤمنوا بدعوة النبي - صلى الله عليه وسلم - واذنه له بقتالهم^(١) ، بقوله تعالى : " أذن للذين يقاتلون بأنهم ظلموا ، وإن الله على نصرهم لقدير " ^(٢) ، لأن مثل هذه المدة تكون كافية للاقتناع بالآيات الدالة على النبوة والرسالة ، وهداية من أراد الهدى^(٣) .

٣ ، ٤- من المعقول ، ومن العرف والعادة :

استدل أصحاب هذا الفريق بالمعقول ، وبالعرف والعادة ، على سقوط حق المحوز عليه فسي ملكية الشيء المحوز ، على النحو الذي استدلوا بهما في منع سماع الدعوى والبيئة بعد مضي مدة الحيازة ، فانظره هناك لعدم التكرار^(٤) .

هذا ، ولقد قام بعض الفقهاء من أصحاب هذا الفريق ، بالتوفيق بين حديث " الحيازة " من احتياز شيئا... ، وحديث عدم بطلان الحق بمضي الزمان ، " لا يبطل حق امرئ مسلم... " وذلك لثبوت الحديثين عندهما ، ولدفع أي توهم بالتعارض فيما بينهما ، فقالوا :

أ - إن حديث الحيازة حديث عام ، وحديث عدم بطلان الحق حديث خاص بحالات معينة ، وهي حالات وجود الأسباب المانعة من الطلب كالغيبة البعيدة ، أو الخوف من الطلب والدعوى ، وغيرها من الموانع التي سبق ذكرها^(٥) .

(١) يقول ابن العربي في تفسير قوله تعالى " أذن للذين يقاتلون بأنهم ظلموا... الآية " : " بيننا أن الله سبحانه لما بعث محمد - صلى الله عليه وسلم - بالحجة ، دعا قومه الى الله دعاء دائما عشرة أعوام لاقامة الحجة لله سبحانه ، ووفاء بوعدده الذي امتن به بفضله في قوله : " وما كنا معذنين حتى نبعث رسولا " واستمر الناس في الطغيان وما استدلوا بواضح البرهان ، وحين أعذر الله بذلك الى الخلق ، وأبوا عن الصدق ، أمر رسوله بالقتال ، ليستخرج الاقرار بالحق منهم بالسيف " . انظر في ذلك : ابن العربي أحكام القرآن ١٢٩٦/٣ ، ١٢٩٧ ، وانظر كذلك : القرطبي : الجامع لأحكام القرآن ١٢/٦٩ ، الطبري : جامع البيان ١٧/١٢٣ ، ١٢٤ .

(٢) سورة الحج / الآية (٣٩) .

(٣) الخطاب : مواهب ٦/٢٢٤ .

(٤) راجع في ذلك ص ١٤٤ من هذه الرسالة .

(٥) الخطاب : المصدر السابق ٦/٢٢٩ .

ب - ان حديث عدم بطلان الحق خاص بالديون ، وأما حديث الحيازة خاص بحيازة الأشياء الأخرى غير الديون (١) .

ولقد أجاب أصحاب الفريق الأول على استدلال أصحاب الفريق الثاني - سابق الذكر - بحديث الحيازة ، بقولهم : ليس المراد من قوله - صلى الله عليه وسلم - في الحديث السابق " هوله " أنه يصبح ملكا لحائزته بعد مضي مدة التقادم المذكورة ، بل المراد من ذلك ، أن الشيء المحوز يجب لمدعيه - الحائز - بحكم القاضي له بذلك ، فإذا حاز الرجل مال غيره ، وهو حاضر عالسم وادعاه ملكا لنفسه ببيع أو هبة أو صدقة ونحوها ، والمحوز عليه ساكت ، لا يطالب به ولا يدعيه ، حتى مضت مدة الحيازة ، فوجب أن يكون القول قول الحائز مع يمينه (٢) .

الرأى الراجح :

بعد استعراضنا لأراء الفقهاء وأدلتهم في حكم هذه المسألة ، يمكننا القول بأنه لا يوجبسد خلاف بينهم في الحقيقة ونفس الأمر ، اذ انّ الخلاف بينهما خلاف شكلي ، وبيان ذلك : أن الامام مالك - رحمه الله - وكبار أصحابه ، وكذلك الاباضية - شأنهم في ذلك شأن أصحاب الفريق الأول - اشترطوا لصحة الحيازة ، ادعاء الحائز ملكية الشيء المحوز ، اذ ان مجرد الحيازة لا يكون عندهم كافيا لسقوط حق الملكية (٣) ، وعليه فيكون حكم القاضي للحائز بملكية الشيء المحوز ، انما هو حكم بدعوى الحائسز ملكية الشيء المحوز مع قرينة مرور الزمن - التقادم - وليس حكما قاصرا على قرينة مرور الزمن فقط فينفذ ذلك الحكم قضاء وديانة اذا كان الحائز - مدعي الملك - صادقا في دعواه ، والآ - بأن كان كاذبا - فيصدق عليه قوله - صلى الله عليه وسلم - : " انكم تختصمون اليّ ، ولعل بعضكم ألحن بحجته من بعض فمن قضيت له بحق أخيه شيئا بقوله ، فانما أقطع له قطعة من النار ، فلا يأخذها " (٤) ، الذى هو مستند اجماع الفقهاء سابق الذكر - من أن قضاء القاضي لا يحل حراما ولا يحرم حلالا في الشرع ، ومن هؤلاء الفقهاء المالكية وعلى رأسهم الامام مالك - رحمه الله - (٥) ومما سبق ذكره يجب أن يحمل حديث الحيازة " من حاز شيئا عشر سنين فهو له " ، فيكون المراد منه ما ذكره أصحاب الفريق الثاني من أن الشيء المحوز يجب لمدعيه بحكم القاضي له بدعواه ، ويكون القول قول الحائز بيمينه (٦) .

(١) عليش : فتح ٢/٣٢٠ .

(٢) ابن رشد : البيان ١١/١٤٥ .

(٣) راجع في ذلك ص ٦٩ من هذه الرسالة .

(٤) سبق تخريجه ، راجع في ذلك ص ١٧ من هذه الرسالة .

(٥) راجع في ذلك ص ١٦ من هذه الرسالة .

(٦) راجع في ذلك ابن رشد : المصدا السابق ١١/١٤٥ ، وكذلك التسولي : البهجة ٢/٢٥٥ .

وبناء على ما سبق ، يمكن القول بأن اجماع فقهاء المسلمين منعقد على عدم سقوط حق الملكية بمجرد مرور الزمان وتقدمه على حيازة المال المملوك للغير ، وعليه فلا يُعدّ تقادم الحيازة سببا من أسباب الملكية المشروعة في الشريعة الاسلامية الغراء . . . والله أعلم بالصواب .

القضاء للحائز بيمينه :

اختلف فقهاء المالكية بعد ذلك فيما بينهم في مطالبة الحائز بيمينه للقضاء له بحيازته وذلك على التفصيل التالي :

- ١ - ذهب بعض المالكية الى القول بعدم وجوب اليمين على الحائز ، لان الحيازة كالبينة القاطعة لا يُحتاج معها الى اليمين ، اذ ان فائدة عدم سماع الدعوى من المحوز عليه ، سقوط اليمين عن الحائز المُنكر الدعوى المحوز عليه (١) .
- ٢ - وذهب جمهور المالكية الى القول بوجوب اليمين على الحائز ، وهو الظاهر من المذهب عندهم (٢) . وعليه فيكون حكم القاضي للحائز بحيازته في الراجح عند فقهاء المالكية بناء على دعواه الملك مع يمينه والله أعلم بالصواب .

(١) الحطاب : مواهب ٢٢١/٦ ، الزرقاني : شرح ٢٢٥/٧ .
(٢) ابن رشد : البيان ١٤٥/١١ ، الحطاب : المصدر السابق ٢٢١/٦ .

الفصل الثالث

أثر التقادم في سقوط العقوبات في الشريعة الإسلامية

xx

وفيه ثلاثة مباحث

المبحث الأول : أثر التقادم في سقوط الحد ، وفيه ثلاثة مطالبات :

المطلب الأول : تعريف الحد لغة واصطلاحاً .

المطلب الثاني : الفرق بين الحد والقصاص والتعزير .

المطلب الثالث : أثر التقادم في سقوط الحد ، وفيه أربعة فروع رئيسية :

الفرع الأول : أثر تقادم الشهادة في سقوط الجريمة .

أولاً : أثر تقادم الشهادة في سقوط الجريمة .

ثانياً : أثر تقادم الاقرار في سقوط الجريمة .

الفرع الثاني : أثر التقادم في سقوط العقوبة .

الفرع الثالث : مدة تقادم الشاة على الحد .

الفرع الرابع : ملوانع تقادم الشهادة على الحد .

المبحث الثاني : أثر التقادم في سقوط القصاص ، وفيه مطلبان :

المطلب الأول : تعريف القصاص لغة واصطلاحاً .

المطلب الثاني : أثر التقادم في سقوط القصاص .

المبحث الثالث : أثر التقادم في سقوط التعزير ، وفيه مطلبان :

المطلب الأول : تعريف التعزير لغة واصطلاحاً .

المطلب الثاني : أثر التقادم في سقوط التعزير .

والتعزير ، وهي (١) :

- ١ - **التقدير** : فالحد قدره الشارع مسبقا للجرائم الموحدة له ، ولا دخل للحاكم أو القاضي فسي تقديره ، بخلاف التعزير ، إذ ان تقديره منوط باجتهاد القاضي ، وذلك على حسب ظروف كل من الجريمة والمجرم .
- ٢ - **وجوب التنفيذ** : فالحد اذا ثبت عند الحاكم أو القاضي ، وجب انفاذه واقامته ، ولا يملك أي منهما ولا غيرهما ، اسقاطه بأي شكل من الاشكال من نحو ابراء ، أو شفاعة ، أو عفو ، بخلاف التعزير إذ يجوز للحاكم أو القاضي اسقاطه بالعفو فيه ، سواء أكان واجبا حقا لله تعالى ، أم حقا للعبد ، إذا رأى الحاكم أو القاضي أن في اسقاطه مصلحة .
- ٣ - **الاتفاق مع الأصل أو القاعدة العامة** : فالحد إذا تجاوز على أصل القاعدة التي تقرر أن اختلاف العقبة يكون على حسب اختلاف الجريمة إذ جعل الشارع القطع حدًا للدرقة والجلاد حدًا لشرب الخمر ، والرجم حدًا للزاني المحصن .
- وبخالفها أحيانا أخرى إذ سوى الشارع بين سرقة دينار وسرقة ألف دينار ، وسوى كذلك بين شرب القليل والكثير في الخمر ، وهذا بخلاف التعزير ، فإنه يجزى على أصل القاعدة دوماً حيث أنه يختلف باختلاف نوع الجريمة وطبيعتها .
- ٤ - **وصف الجريمة بالمعصية وعدمها** : فالحد لا يجب في الشرع إلا في معصية ، بخلاف التعزير ، إذ ليس من الضروري أن يكون عقوبة لمعصية ، وذلك كما هو الشأن في تأديب الصبيان والمجانين ، إذ لا يصدق على أفعالهما أنها معاصي شرعا .
- ٥ - **سقوط العقوبة** : فالحد - كما سبق البيان - لا يسقط بأي حال من الأحوال ، بخلاف التعزير فقد يسقط وإن قلنا بوجوده ، كما إذا كان الجاني من الصبيان أو المكلفين إذا جنى جناية حقيرة والعقوبة المقررة لها لا تردعه والعقوبة التي تردعه غير مقررة لهذه الجريمة فيسقط تأديبه حينئذ ، لعدم موجب العقوبة الرادعة ، ولعدم تأثير العقوبة المقررة .
- ٦ - **أثر التوبة** : فالحد لا يسقط بالتوبة على الصحيح - عند المالكية - ، إلا حد الحرابة لقوله تعالى : " إلا الذين تابوا من قبل أن تقدروا عليهم " (٢) بخلاف التعزير فإنه يسقط بالتوبة ، بلا خلاف - حسب علم المصنف - .

(١) القرافي : الفروق ١٧٧/٤ ، وانظر كذلك : ابن الشاط : ادرار الشروق ١٧٧/٤ ، وابن حسيب : تهذيب الفروق ٢٠٤/٤ ، ابن عابدين : رد المحتار ٦٠/٤ ، عامر : التعزير ص ٤٩ ، وما بعدها ، وهبة :

الفقه الاسلامي ١٨/٦ وما بعدها .

(٢) سورة المائدة : الآية (٣٤) .

- ٧- التخيير : فالحد عقوبة مقدرة مسبقا من قبل الشارع لا تخيير فيها ، إلا في حد الحرابــــــــــــة
الثابت بقوله تعالى : " انما جزاء الذين يحاربون الله ورسوله ، ويسعون في الأرض فسادا
أن يقتلوا ، أو يصلبوا ، أو تقطع أيديهم وأرجلهم من خلاف ، أو ينفوا من الأرض ^(١))
بخلاف التعزير اذ العقوبة فيه غير مقدرة ، ومنوطة بتقدير الامام أو القاضي القائم على
اجتهاده ، بحيث يختار العقوبة المناسبة بحسب الجريمة والمجرم .
- ٨- مراعاة الظروف المخففة : فالحد لا يختلف باختلاف ظرف الجاني ، أو المجني عليه ، أو الجريمة
بخلاف التعزير ، اذ لا بد فيه من مراعاة هذه الظروف عند تقدير الامام أو القاضي للعقوبة
فيه .
- ٩- مراعاة مكان الجريمة وزمانها : فالحد لا يختلف باختلاف المكان أو الزمان ، بخلاف التعزير
اذ تتأثر العقوبة فيه بالزمان والمكان ، فمثلا قد تكون عقوبة السرقة في المال الذي لــــــــــــم
يبلغ نصابا في زمان القحط ، والجذب أشد منها بكثير في زمن الرخاء والترف ، أو قد يكون كشف
الرأس في بلد تعزيرا وهوانا ، بينما لا يكون كذلك في بلد اخر .
- ١٠- حق الله وحق العبد : فالحدود كلها انما وجبت حقاً لله تعالى ، إلا حد القذف فمختلف فيــــــــــــه
وأما التعزير فمنه ما هو حق خالص لله تعالى كشتم الصحابة - رضوان الله عليهم أجمعين - ومنه
ما هو حق خالص للعبد كشتم فلان من الناس .
- ونكر صاحب " الدر المختار " من الحنفية سبعة فروق بين عقوبتي الحد ، و القصاص ، هي ^(٢) :
- ١- يجوز للقاضي القضاء بعلمه في القصاص دون الحد .
 - ٢- القصاص يورث والحد لا يورث .
 - ٣- يصح العفو عن القصاص بخلاف الحد .
 - ٤- التقادم لا يمنع الشهادة بالقتل - القصاص - بخلاف الحد سوى حد القذف .
 - ٥- يثبت القصاص بلمشارة الأخرس وكتابته ، بخلاف الحد .
 - ٦- تجوز الشفاعة في القصاص لا الحد .
 - ٧- لا بد في القصاص من الدعوى ، بخلاف الحد ، سوى حد القذف .
وزاد بعض الحنفية عليها فروقا ثلاثة هي :
 - ٨- اشتراط الامام لاستيفاء الحدود دون القصاص .
- (١) سورة المائدة / الآية (٣٣) .
- (٢) الحمكفي : الدر المختار ٥٤٩/٦ .

- ٩- جواز الاعتياض في القصاص بخلاف حد القذف .
١٠- صحة رجوعه عن الاقرار في الحد بخلاف القصاص (١) .

المطلب الثالث

أثر التقادم في سقوط الحد

xx

في البداية ، تجدر الإشارة الى أن الفقهاء قد أطلقوا لفظ " الحد " على الجريمة وعلى العقوبة كذلك (٢) ، ثم اختلفوا بعد ذلك في أثر التقادم في سقوط كل منهما ، وانقسموا في ذلك الى فريقين :

الفريق الأول :

وهم جمهور الفقهاء من المالكية ، والشافعية ، والحنابلة ، والظاهرية ، والزيدية ، والاباضية والامامية ، حيث ذهبوا الى القول بعدم وجود أى أثر للتقادم في سقوط الحد مطلقا ، سواء أكان ذلك حقا لله تعالى ، أم كان حدا يشترك فيه حق الله وحق العبد ، سواء أكان ذلك سقوط الجريمة ، أم كسبان سقوط العقوبة ، وحجتهم في ذلك : أن الحق بعد ثبوته لم يعرض له ما يبطله ، وقد تكون الفتنة التي أحدثتها الجريمة لم تخمد الى ذلك الوقت الذي يقام الحد فيه (٣) . وفي هذا المعنى يقول صاحب " رحمة الأمة في اختلاف الأئمة " : " والشهادة في القذف والزنا وشرب الخمر تسمع في الحال بالاتفاق ، فلومضى على الواقعة مدة زمان ، قال أبو حنيفة لا يسمع ذلك بعد تطاول المدة اذا لم يكن تأخرهم ببعدهم عن الامام ، وقال الثلاثة - أى الأئمة الثلاثة - مالك ، والشافعي ، وأحمد - تسمع ولو أقر على نفسه بذلك بعد مدة ، قال أبو حنيفة : يسمع إقراره بذلك الآ في شرب الخمر خاصة ، وقال الثلاثة : يسمع إقراره في الكل " (٤) .

الفريق الثاني :

وهم فقهاء الحنفية ، حيث اتفقوا على الأخذ به في جرائم الحدود الخالصة حقا لله تعالى الثلاثة التالية : الزنا ، وشرب الخمر ، والسرقه ، ولم يأخذوا به في الحدود التي يشترك فيها حق الله

(١) ابن عابدين : رد المختار ٦/٥٥٠ .

(٢) عودة : التشريع الجنائي ١/٢٩٩ ، د. عوض محمد عوض : دراسات في الفقه الجنائي الاسلامي ، ط ٢ ، ١٤٠٣ هـ ، ١٩٨٣ م ، دار البحوث العلمية ، الكويت ، ص ٣١٥ ، وحيث يأتي يشار اليه بـ " عوض : دراسات

(٣) الشعراني : الميزان الكبرى ٢/١٥٨ ، المواق : التاج ٦/٣١٣ ، الماوردي : الأحكام ص ٣٧٠ ، الفسري : الأحكام ص ٢٦٤ ، ابن حزم : المحلى ٨/٤٢ ، الشوكاني : السيل ٤/٣١٣ ، ٢٢٢ ، النحلي : الشرائع ٤/٣

(٤) المشقي : رحمة الأمة ٢/١٣٧ ، وانظر كذلك : الشعراني : الميزان الكبرى ٢/١٥٨ .

وحق العبد كالقذف، ثم اختلفوا بعد ذلك فيما بينهم في أثر كل من تقادم الشهادة ، وتقادم الاقرار في سقوط الحد ، وذلك على ثلاثة مذاهب أو أقوال على التفصيل التالي (٣) :

- ١ - رد الشهادة على الحدود المتقادمة وقبول الاقرار بها بما سوى الشرب وهو قول أبي حنيفة وأبي يوسف - رحمهما الله - .
- ٢ - رد الشهادة وقبول الاقرار حتى بالشرب القديم كالزنا والسرقه ، وهو قول محمد بن الحسن - رحمه الله - .
- ٣ - رد الشهادة والاقرار في الحدود جميعها ، وهو قول ابن أبي ليلى (٤) .

وبناء على ما سبق يكون في حكم مسألة تقادم الحدود ، من حيث قبول الشهادة عليها أو الاقرار بها ، أربعة مذاهب أو أقوال أجملها صاحب " شرح فتح القدير " بقوله : " والحاصل أن في الشهادة بالحدود القديمة والاقرار بها أربعة مذاهب : الأول : رد الشهادة بها وقبول الاقرار بما سوى الشرب وهو قول أبي حنيفة وأبي يوسف والثاني : ردهما وقبول الاقرار حتى بالشرب القديم كالزنا والسرقه والثالث : قبولهما وهو قول الشافعي ومالك ، وأحمد ، الرابع : ردهما ، نقل عن ابن أبي ليلى ، ولهم يقل أحد بقلب قول أحمد " (٥) .

وبناء على ما سبق ، سيقصر حديثنا عن أثر التقادم في سقوط الحدود على الفقه الحنفي فقط فاليك البيان على التفصيل التالي :

- (١) السرخسي : المبسوط ٦٩/٩ ، وما بعدها ، الزيلعي ، والشليبي : تبين ، وحاشية ١٨٣/٣ الكاساني : بدائع ٤٦/٧ ، وما بعدها ، ابن الهمام : الشرح ٢٧٩/٥ وما بعدها ، ابن نجيم : البحر ٢٠/٥ وما بعدها ، ابن عابدين : رد المحتار ٤٠/٤ وما بعدها ، ابن مودود : الاختيار ٨١/٤ وما بعدها .
- (٢) المرغيناني : ابن الهمام البابرني : الهداية وشرحها ٢٧٨/٥ .
- (٣) ابن الهمام : الشرح ٢٧٩/٥ .
- (٤) هو محمد بن عبد الرحمن بن أبي ليلى ، قاضي الكوفة ، تفقه بالشعبي ، والحكم بن عتيبة ، وأخذ عنه الفقه سفيان بن سعيد الثوري ، والحسن بن صالح بن حي ، له أخبار مع الامام أبي حنيفة وغيره ، توفي - رحمه الله - عام ١٤٨هـ . انظر في ذلك : الشيرازي : أبي اسحق ابراهيم بن علي بن يوسف ، (ت ٤٧٦هـ) / طبقات الفقهاء ، تحقيق : د . احسان عباس ، ط ١٩٧٠ ، دار الرائد العربي ، بيروت ص ٨٤ ، وحيث يأتي يشار اليه بـ " الشيرازي طبقات " . وانظر كذلك : الزركلي : الأعلام ١٨٩/٦ .
- (٥) ابن الهمام : الشرح ٢٩٧/٥ .

الفرع الأول : أثر التقادم في سقوط الجريمة (١) :

لما كانت الجريمة في الحدود تثبت بالشهادة عليها ، أو بالاقرار بها ، فلقد فصل فقهاء الحنفية القول في أثر تقادم كل منهما في سقوط الجريمة ، وذلك على النحو التالي :

أولا : أثر تقادم الشهادة في سقوط الجريمة (٢) :

اتفق فقهاء الحنفية فيما بينهم على سقوط الجريمة بتقادم الشهادة عليها إذا كانت من جرائم الحدود الخالصة حقا لله تعالى كالزنا ، والشرب ، والسرقه ، بخلاف جرائم الحدود التي يشترك فيها حق الله مع حق العبد كالقذف ، وفي هذا المعنى يقول صاحب " الهداية " - نقلا عن " الجامع الصغير " (٣) : " وإذا شهد عليه الشهود بسرقة أو شرب خمر أو بزنا بعد حين لم يؤخذ به وضمن السرقة ، والأصل فيه أن الحدود الخالصة حقا لله تعالى لا تبطل بالتقادم " (٤) ، وعللوا ذلك بقولهم : ان الشهادة بعد طول الزمان وتقدمه ، تكون شهادة متهم ، وشهادة المتهم مردودة ، وببعض ذلك : أن الشهود بعد رؤيتهم ومعاينتهم للجريمة النكراء - الزنا ، أو شرب الخمر ، أو السرقة - يجب عليهم أحد أمرين على التخيير بينهما ، الأول منهما : الستر على الجريمة النكراء حسبة لله تعالى لقوله صلى الله عليه وسلم : " من ستر على مسلم ستره الله في الدنيا والآخرة " (٥) ، وثانيهما : أداء الشهادة حسبة لله تعالى أيضا ، لقوله تعالى : " وأقيموا الشهادة لله " (٦) . وذلك بنية إخلاء العالم عن الفساد بانزجار المجرم وغيره بالحد ، فيكون أحد هذين الأمرين في حق الشهود واجبا مخيرا كخصال الكفارة ، ويكون واجبا على الفور ، لأن كلا من الستر وإخلاء العالم عن الفساد لا يتصور طلبهما على

(١) عبر فقهاء الحنفية عن الجريمة هنا ، بعبارة أخرى هي : " قبل القضاء " إذانه من المؤكّد

أن المراد بالحد قبل القضاء به . هو الجريمة . انظر في ذلك : المرغيناني : الهداية ٢٨١/٥ .

(٢) الكاساني : بدائع ٤٦٦/٧ ، المرغيناني : المصدر السابق ٢٧٨/٥ ، ابن مودود : الاختيار ٨٢/٤ ابن

نجيم : البحر ٢٠/٥ ، الزيلعي : تبیین ١٨٧/٣ ، ابن عابدين : رد المحتار ٣١/٤ .

(٣) الجامع الصغير في الفروع : للامام محمد بن الحسن الشيباني المتوفى عام ١٨٧ هـ ، انظر في

ذلك : حاجي خليفة : مصطفی بن عبد الله / كشف الظنون ، ط ١٣٦٢ هـ - ١٩٤٣ م ، وكالة المعارف

تركيا (٥٦١/١) ، وحيث يأتي يشار اليه بـ " حاجي خليفة : كشف الظنون " .

(٤) المرغيناني : الهداية ٢٧٩/٥ .

(٥) متفق عليه ، وهو جزء من حديث طويل ، هو عند البخاري بلفظ عن ابن عمر - رضي الله عنهم -

أن رسول الله - صلى الله عليه وسلم - قال : " المسلم أخو المسلم ، لا يظلمه ، ولا يسلّمه ، ومن كان في

حاجة أخيه . كان الله في حاجته ، ومن فرّج عن مسلم كربة فرّج الله عنه كربة يوم القيامة ، ومن ستر

مسلم ستره الله يوم القيامة " انظر في ذلك البخاري : صحيح ١٦٨/١ مسلم

صحيح ١٨/٨ .

(٦) سورة الطلاق : الآية (٢) .

التراخي ، فإن اختاروا أداء الشهادة ، فإنه يحرم عليهم بعد ذلك تأخيرها ، لما يترتب عليه من تأخير إقامة الحد ، ولزم من ذلك الحكم عليهم بأحد أمرين : أحدهما : الفسق ورد الشهادة بذلك ، إذ لا تقبل شهادة الفاسق ، وثانيهما : التهمة بحقهم بأنهم ما شهدوا بعد طوال هذه المدة إلا لغينة حملتهم ، أو عداوة حركتهم على ذلك ، فلا تقبل الشهادة للتهمة ، لما روى عن عمر بن الخطاب - رضي الله عنه - أنه خطب فقال : " أيما شهود ، شهدوا بحد لم يشهدوا عند حضرته ، فإنما هم شهود ضغن لا تقبل شهادتهم " وفي رواية " فلا شهادة لهم " (١) ، ولم ينقل أن أحدا من الصحابة - رضوان الله عليهم أجمعين - أنكر عليه ذلك ، فيكون ذلك إجماعاً منهم على عدم قبول شهادة المتهم (٢) .

وقد علل الحنفية ما ذهبوا إليه من التفريق بين الحد الخالص حقا لله تعالى ، وبين الحد الذي يشترك فيه حق الله وحق العبد من حيث سقوط الحد بهما : بقولهم : لا يشترط للشهادة فسق الحد الخالص حقا لله تعالى - الزنا ، أو الشرب ، أو السرقة - رفع الدعوى مسبقاً من الناس ، إذ تجوز الشهادة فيها حسبة لله تعالى ، بخلاف يذكر بين الفقهاء في ذلك ، بخلاف الحد الخالص حقا للعبد - القذف - إذ لا تجوز الشهادة على المجرم أو الجريمة فيه إلا برفع الدعوى من صاحب الحق دفعا للعار عن نفسه ، فيحمل تأخير شهادة الشهود فيه على تأخر صاحب الحق المدعي. في رفع الدعوى على المدعى عليه - القاذف - ، فلا يترتب على تأخرهم عن الشهادة تفسيقهم ، أو اتهامهم ، فلا تبطل شهادتهم مهما طال الزمان وتقدم (٣) . وفي هذا المعنى يقول صاحب " الهداية " : " فحد الزنا وشرب الخمر ، والسرقة ، خالص حق الله تعالى حتى يصح الرجوع عنها بعد الاقرار ، فيكون التقادم فيسه مانعا ، وحد القذف فيه حق العبد لما فيه من دفع العار عنه ، ولهذا لا يصح رجوعه بعد الاقرار ، والتقدم غير مانع في حقوق العباد ، ولأن فيه المدعى ليست بشرط فيحمل تأخيرهم على انعدام الدعوى فلا يوجب تفسيقهم ، بخلاف حد السرقة لأن الدعوى ليست بشرط للحد لأنه خالص حق الله تعالى على ما مر ، وإنما شرطت للمال " (٤) .

الآن أنه اعترض على الحنفية بالقول : لو كان اشتراط الدعوى في الحدود التي يشترك فيها حق الله مع حق العبد مانعا من الرد بالتقدم ، للزم في حد السرقة - وهو حد خالص حقا لله تعالى - أن لا تسرد

(١) ذكره الامام مالك في الموطأ ، وهو بلفظ : " حدثني مالك أنه بلغه أن عمر بن الخطاب قال : لا تجوز شهادة خصم ولا ظنين . انظر في ذلك : الامام مالك : الموطأ بشرح المنتقى ١٩٧/٥ ، الموطأ : بشرح الزرقاني ٣/٣٨٨ .

(٢) ، (٣) السرخسي : المبسوط ٦٩/٩ ، الكاساني : بدائع ٤٦/٧ ، ٤٧ ، ابن الهمام : الشرح ٢٧٩/٥ ، ابن نجيم : البحر ٢٠/٥ ، ابن عابدين : رد المحتار ٣١/٤ .

(٤) المرغيناني : الهداية ٢٨٠/٥ ، ٢٨١ ، ابن عابدين : رد المحتار ٣١/٤ .

الشهادة المتقدمة عليها ، اذ ان الدعوى شرط فيها لاقامة الحد " (١) .

فأجاب الحنفية على هذا الاعتراض بقولهم : إن السرقة تختلف عن الحدود التي يشترك فيها حق الله وحق العبد كالقذف من وجهين (٢) :

١ - ان السرقة يجتمع فيها أمران - اجتماعا وثيقا بحيث لا يمكن فصل أحدهما عن الآخر فتخلص من أحدهما دون الآخر :- أولهما المال ، وثانيهما الحد ، والدعوى فيها انما تشترط للمسال ولا تشترط للحد ، لأن الحد خالص حق الله تعالى ، ولهذا لو شهد اثنان على رجل أنه سرق من آخر ، وكان المدعي - المسروق - غائبا ، فتقبل شهادة الشهود فيما يتعلق بالمال فقط دون الحد ، اذ يُحبس المتهم بالسرقة دون أن يقيم عليه الحد حتى حضور المدعي فيدعي السرقة ، لأنه يشترط في دعوى السرقة الشهادة بملك المسروق منه للمال المسروق ، وهذا يتوقف على حضور المسروق منه ودعواه الملك ، لاحتمال أن يكون المال المسروق ملكا للسارق ولا يعلم هؤلاء الشهود بذلك ، كأن يكون المسروق منه قد ملكه آياه قبل السرقة مثلا ، فيبدل حبس السارق على ثبوت حق الله في السرقة ، اذ انه يحبس حفاظا على حق الله في اقامة الحد فيما لو ثبتت السرقة عليه ، وبدل عدم اقامة الحد عليه حتى حضور المدعي الغائب وادعائه السرقة ، على اشتراط الدعوى للمال دون الحد ، وهذا بخلاف الحدود الخالصة حقا للمعبد كالقذف فانه لا يحبس القاذف حتى يحضر المقذوف ، فدل ذلك على اختلاف السرقة عن غيرها من الحدود الخالصة حقا للعبد كالقذف (٣) .

٢ - ان السرقة لما كانت تتم في الخفاء والسر ، وعلى حين غفلة من المالك - المسروق منه - كسائر واجبا على الشهود اعلامه بحدوثها ، اذ يكونون بكتمانهم لها المدة الطويلة - مدة التقادم - آثمين فاسقين ، فلا تقبل شهادتهم بعد ذلك ، إلا أن عدم قبولها في حد السرقة يكون مؤثرا في الحد - حق الله - فقط ، فيسقط ، ولا يكون له أي أثر على المال - حق العبد - فلا يسقط بالتقادم ، فدل ذلك أيضا على اختلاف السرقة عن غيرها من الحدود الخالصة حقا للمعبد كالقذف (٤) ، وفي هذا المعنى يقول صاحب البدائع : " ان عادة السراق الاقدام على السرقة في حال الغفلة وانتهاز الفرصة في موضع الخفية ، وصاحب الحق لا يطلع على من شهد ذلك

(١) ، (٢) الكاساني : بدائع ٤٦/٧ ، ابن الهمام : الشرح ٢٧٩/٥ ، الزيلعي : تبیین ١٨٨/٣ ، ابن نجيم : البحر ٢٠/٥ .

(٣) الكاساني : البدائع ٤٦/٧ ، ٤٧ ، ابن الهمام : الشرح ٢٧٩/٥ ، الزيلعي : تبیین ١٨٨/٣ ، ابن نجيم : البحر ٢٠/٥ ، ابن عابدين : رد المحتار ٣١/٤ .

(٤) الكاساني : المصدر السابق ٤٧/٧ ، ابن مودود : الاختيار ٨٢/٤ ، ابن نجيم : المصدر السابق ٢٠/٥ .

ولا يعرفهم إلا بهم وبخيرهم ، فاذا كتعوا أثموا ، وقد يعلم المدعي شهوده في غير ذلك من الحقوق ويطلبها اذا احتاج اليها فكانوا في سعة من تأخيرها ، واذا بطلت الشهادة على السرقة بالتقادم قبلت في حق المال لأن بطلانها في حق الحد لتمكن الشبهة فيها. والحد لا يثبت مع الشبهة ، وأما المال فيثبتت معها^(١).

الرأي الراجح :

بعد استعراضنا لما ذكره فقهاء الحنفية في مسألة سقوط الجريمة في حدود الزنا والسرقة والشرب بتقادم الشهادة عليها ، فالتنا نميل الى ترجيح ما ذهبوا اليه من القول بسقوط جرائم الحدود ، وذلك للأسباب التالية :

١ - لما في مرور المدة الطويلة من الزمن - مدة التقادم - على هذه الجرائم دون الشهادة عليها من التهمة بحق الشهود ، اذ يتهمون بالعداوة والضغينة للمشهود عليه ، وهذه التهمة كافية لعددها شبهة دائرة للحد ، اذ اجماع منعقد على درء الحدود بالشبهات^(٢) ، لقوله - صلى الله عليه وسلم - : " ادرووا الحدود بالشبهات " (٣) .

٢ - ومما يزيد في قوة هذا الترجيح ، أن الشريعة الاسلامية نذبت الى الستر على المسلمين لقوله - صلى الله عليه وسلم - : " من ستر مسلماً ستره الله - فستره فستره " .

(١) الكاساني : بدائع ٤٧/٧ .

(٢) ابن المنذر : الإجماع ص ٩٩ .

(٣) قال الزيلعي في " نصب الراية " : " غريب بهذا اللفظ ، وذكر أنه في الخلافات للبيهقي عمن علي ، وفي مسند أبي حنيفة عن ابن عباس ، وأخرج ابن أبي شيبة في مصنفه عن عمر بن الخطاب - رضي الله عنه - أنه قال : " لان أعطل الحدود بالشبهات خير الي من أن أقيمها بالشبهات . وخرجه أيضا الترمذي ، والنسائي ، والحاكم ، والدارقطني عن عائشة - رضي الله عنها - بلفظ : " ادروا الحدود عن المسلمين ما استطعتم فان كان له مخرج فخلوا سبيله ، اقرن الامام ان يخطي ، فسي العفو خير من أن يخطي ، في العقوبة ، قال الترمذي - رحمه الله - وفي الباب عن أبي هريرة ، وعبد الله بن عمر ، ثم قال : حديث عائشة لا نعرفه مرفوعاً الا من حديث محمد بن ربيعة عن يزيد بن زياد الدمشقي عن الزهري عن عروة عن عائشة عن النبي - صلى الله عليه وسلم - ، ورواه وكيع عن يزيد بن زياد نحوه ولم يرفعه ورواية وكيع أصح ، ويزيد بن زياد الدمشقي ضعيف في الحديث ، ويزيد بن زياد الكوفي أثبت من هذا وأقدم " . وقال النسائي : " يزيد بن زياد شامي متروك " ، وقال الحاكم في المستدرک : صحيح الإسناد ولم يخرجاه . وقال الذهبي في " تلخيص المستدرک " قلت : قال النسائي : يزيد بن زياد شامي متروك . وقال ابن حجر في تلخيص الحبير : " في اسناده يزيد بن زياد الدمشقي وهو ضعيف " .

الدنيا والآخرة (١) ، وقوله - صلى الله عليه وسلم - كذلك لهزال (٢) في قصة ماعز الشهيرة (٣) :
" لو سترته بثوبك كان خيرا لك " (٤) . فكيف بمن نوى الستر على المجرم الزاني ، أو السارق
أو شارب الخمر - ثم حركته بعد هذه المدة الطويلة العداوة أو الضغينة ، فجاء ليشهد عليه

خرج ابن ماجة في سننه عن أبي هريرة - رضي الله عنه - بلفظ : قال رسول الله - صلى الله عليه وسلم -
" ادفعوا الحدود ما وجدتم لها مدفعا " وقال فيه الألباني في " ضعيف سنن ابن ماجة " : ضعيف .
وقال الشوكاني في " نيل الأوطار " بعد ذكره للأحاديث وذكر آراء العلماء فيها : " وما فسي
الباب وإن كان فيه العقاب المعروف فقد شد عضده ما ذكرناه فيصلح بعد ذلك للاحتجاج به
على مشروعية درء الحدود بالشبهات المحتملة لا مطلق الشبهة " . انظر في ذلك كله : الزيلعي
جمال الدين أبي محمد عبد الله بن يوسف (ت ٥٧٦٢هـ) / نصب الراية لاحاديث الهداية مع حاشيته
" بغية الأملعي في تخريج الزيلعي " للزيلعي أيضا ، ط ١٣٥٧ هـ - ١٩٣٨ م ، مطبعة دار المأمون
مصر ، (٣ / ٣٢٢) ، وحيث يأتي يشار إليه بـ " الزيلعي : نصب الراية " ، الزيلعي : بغية الأملعي " .
الترمذي : سنن ٢٥ / ٤ ، النسائي : أبو عبد الرحمن أحمد بن شعيب ، (ت ٣٠٣ هـ) السنن الكبرى
تحقيق د . عبد الغفار سليمان البنداري ، وسيد كسروي حسن ، ط ١٤١١ هـ - ١٩٩١ م ، دار الكتب
العلمية ، بيروت (٤ / ٣٠٦) ، وحيث يأتي يشار إليه بـ " النسائي : السنن " ، الحاكم ، الذهبية :
المستدرک ٢٨٤ / ٤ ، الدارقطني ، وأبادة : سنن ، والتعليق المغني ٨٤ / ٣ ، ابن حجر : تلخيص
الحبير ٥٦ / ٤ ، ابن ماجة : أبي عبد الله محمد بن يزيد القزويني (ت ٢٧٥ هـ) / سنن ، تحقيق محمد
فؤاد عبد الباقي ، ط المكتبة العلمية ، بيروت (٢ / ٨٥) ، وحيث يأتي يشار إليه بـ " ابن ماجة : سنن
وانظر كذلك : الألباني : ضعيف سنن ابن ماجة ، ص ٢٠٢ .

(١) سبق تخريجه ، راجع في ذلك ص ١٦٧ من هذه الرسالة .

(٢) هو هزال بن يزيد بن ذئب بن كليب بن عامر بن خزيمة بن مازن الأسلمي . قال ابن حبان : له صحبة
روى عن النبي صلى الله عليه وسلم . قصة ماعز الأسلمي ، وعنه ابنه نعيم ، وابن ابنه يزيد بن نعيم .
انظر في ذلك ابن حجر : أبي الفضل أحمد بن علي بن محمد بن محمد ٨٥٢ هـ / الاصابة في تمييز
الصحابه ، ط دار الكتب العلمية ، بيروت ، ٢٨٤ / ٦ ، وحيث يأتي يشار إليه بـ " ابن حجر : الاصابة " .
وانظر كذلك : ابن حجر : تهذيب ٣٠ / ١١ .

(٣) قصة ماعز بن مالك - رضي الله عنه - واقارره عند النبي - صلى الله عليه وسلم - بالزنا ذكرتها كتب
السنة ، ومنها صحيح البخاري ومسلم ، إلا أن الامام أبا داود - رحمه الله - ذكرها كاملة ، وبالتفصيل على
النحو التالي : بن هزال عن أبيه قال : كان ماعز بن مالك يتيمًا في حجر أبي ، فأصاب جارية من أبي
فقال له (أبي) : ائت رسول الله - صلى الله عليه وسلم - فأخبره بما صنعت لعله يستغفر لك ، وانما
يريد بذلك رجاء أن يكون له مخرجًا ، فأتاه فقال : يا رسول الله إني زينت فأتم عليّ كتاب الله
حتى قالها أربع مرات ، قال صلى الله عليه وسلم : انك قد قلتها أربع مرات فبمن ؟ قال : بفلانة
قال هل ضاجعتها ؟ قال نعم ، قال هل باشرتها ؟ قال : نعم ، قال : هل جامعتها ؟ قال : نعم ، قال :
فأمر به أن يرحم ، فأخرج به إلى الحرة ، فلما رجم فوجد من الحجارة ، (اجزع) ، فخرج يشتد ، فلقبه عبد الله
ابن أنيس ، وقد عجز أصحابه فنزع له بوظيف بعير فرماه به فقتله ثم أتى النبي - صلى الله عليه وسلم - فذكر
ذلك له ، فقال : لا تركزموه لعله أن يتوب فيتوب الله عليه " . انظر في ذلك : أبو داود : سنن

١٤٤ / ٤ . وانظر كذلك : البخاري : صحيح ٢٠٧ / ٨ ، مسلم : صحيح ١١٧ / ٥ .

(٤) البيهقي : السنن ٣٣٠ / ٨ ، والحاكم في المستدرک ٣٦٣ / ٤ ، وقال فيه صحيح الاسناد ولم يخرجاه

وقال الذهبي في تلخيص المستدرک : صحيح ، وانظر كذلك : الزيلعي : نصب الراية ٣٠٧ / ٣ .

أفضحه والتنكيل والتشهير به ، فالأولى عدم قبول شهادته حينئذ (١) . والله أعلم بالصواب .

ثانيا : أثر تقادم الاقرار في سقوط الجريمة :

اتفق فقهاء الحنفية فيما بينهم على عدم سقوط جريمتي الزنا والسرقه بتقادم الاقرار بهما ، اذ لا أثر يذكر لتقادم الاقرار بهما ، وذلك لانتهاء المعنى الذى من أجله ردت الشهادة عليهما بالتقادم وهوتهمة العداوة والضغينة ، لأن الانسان لا يعادي نفسه ، حتى يتهم عند تأخيره للاقرار بالعداوة أو الضغينة (٢) .

وفي هذا المعنى يقول صاحب " البدائع " : " وأما عدم التقادم فهل هو شرط لصحة الإقرار بالحد اما في حد القذف فليس بشرط. لأنه ليس بشرط لقبول الشهادة فأولى أن لا يكون شرطا لصحة الاقرار وكذلك في حد الزنا عند أصحابنا الثلاثة وعند زفر رحمه الله كما في الشهادة ، ولنا الفرق بين الاقرار والشهادة وهو ان المانع في الشهادة تمكن التهمة والضغينة وهذا لا يوجد في الاقرار لأن الانسان غير متهم في الاقرار على نفسه ، وكذا في حد السرقة لما قلنا " (٣) .

ثم اختلف فقهاء الحنفية فيما بينهم بعد ذلك في سقوط حد الشرب بتقادم الاقرار به ، وذلك على التفصيل التالي :

١ - ذهب الامامان أبو حنيفة وأبو يوسف - رحمهما الله - الى القول بسقوطه بتقادم الاقرار به ، وقسّدروا حد التقادم بزوال رائحة الخمر ، فاذا أقر الشخص بشرب الخمر بعد زوال الرائحة ، سقط الحد عنه (٤) . ولقد استدل الامامان - رحمهما الله - على ما ذهبوا اليه بقولهم : لا يقام الحد إلا بوجود الرائحة لأن حد الشرب ثبت باجماع الصحابة - رضوان الله عليهم أجمعين - ولما كان قد ثبت عن ابن مسعود - رضي الله عنه - أنه اشترط قيام الرائحة لاقامة الحد ، اذ ثبت عنه أنه قال في رجل سكران جيء به اليه : " تلتله " (٥) ، ومزمزه (٦) ،

(١) انظر في ذلك : د- جبر محمود الفضيلات : سقوط العقوبات في الفقه الاسلامي ، ط ١ ، ١٤٠٨ هـ ، ١٩٨٧ م ، دار عمار ، الاردن ٨٩/٢ ، ٩٦ ، ٨٣/٣ ، ٤٩/٤ ، وحيث يأتي يشار اليه ب " الفضيلات : سقوط العقوبات " ، وانظر كذلك عودة : التشريع الجنائي ٢٠٨/١ .

(٢) الكاساني : بدائع ٥١/٧ ، ابن الهمام ، البابرّي : الشرح ، شرح العناية ٢٧٨/٥ .

(٣) الكاساني : المصدر السابق ٥١/٧ .

(٤) المرغيناني ، وابن الهمام ، والبابرّي ، وجلبّي : الهداية وشروحها ٢٧٨/٥ ، ابن نجيم : البحر .

(٥) التلتلة : الحركة إذ يقال تلتله اذا حركه . انظر في ذلك : الفيروزابادي : القاموس المحيط ، والسررازي : مختار ، أنيس : المعجم الوسيط (مادة / تَلَّ) .

(٦) المزمزة : هي الحركة أيضا ، اذ يقال مزمزه . انظر في ذلك : الفيروزابادي ، والسررازي : المصادر السابقة (مادة / مَزَّ) .

واستنكبه^(١)، فان وجدت رائحة الخمر فاجلدوه " ، فدل ذلك على أن زوال الرائحة يسقط الحد مطلقاً سواء أكان ثبوت الحد بالشهادة ، أم كان ذلك بالاقرار^(٢) .

٢ - وذهب الامام محمد بن الحسن الى القول بعدم سقوط الحد بتقادم الاقرار ، كما هو الشأن في حدي الزنا والسرقة .

ولقد استدل الإمام محمد لما ذهب اليه ، بما سبق ذكره من الاستدلال على عدم سقوط حدي الزنا والسرقة بتقادم الاقرار من حيث انتفاء العداوة والضغينة في اقرار الانسان على نفسه بعد طول المنسدة ، لأن الانسان لا يعادى نفسه^(٣) .

الرأى الراجح :

والراجح عند الحنفية من القولين - وهو ما نرجحه نحن أيضا - ، هو قول الامام محمد ، بالرغم من أن ما ذهب اليه الامامان أبو حنيفة وأبو يوسف هو المعتمد والمذهب ، والسبب في ذلك يرجع الى انكار بعض اهل العلم لحديث ابن مسعود - رضي الله عنه - سابق الذكر من جهة المعنى ، وهو عمدة استدلال الشيخين ،وقالوا في بيان وجه انكارهم له : ان الأصل في الحدود اذا جاء صاحبها مقرا بها السرور والاعراض . أى يجب على القاضي أن يرد ذلك المقر ويعرض عنه ولا يستمع اليه ، احتيالا لدرء الحد عنه كما فعل رسول الله - صلى الله عليه وسلم - حين أقر " ماعز " أمامه بالزنا ، فكيف يخالف ابن مسعود تلك السنة ويأمر بتحريك واستنكاه السكران حتى يتبين سكره ، فلو صح ذلك عنه ، لكان تأويله أنه قاله في رجل مولع مدمن على الشرب ، فأجازه لذلك^(٤) .

وفي هذا المعنى يقول صاحب "البحر الرائق " : " والحاصل أن المذهب قول أبي حنيفة وأبي يوسف ، الآ أن قول محمد أرجح من جهة المعنى "^(٥) ، وفي المعنى نفسه يقول صاحب " شرح فتوح القدير " : وقول محمد هو الصحيح "^(٦) .

(١) الاستنكاه من النكبة ، وهي رائحة الفم ، واستنكبه : أى شم رائحة فمه ليعرف هل شرب خمراً أم لا . انظر في ذلك : الفيروز آبادي : القاموس المحيط ، والرازي مختار (مادة / نكه) .

(٢) المرغيناني ، وابن الهمام ، والبايرتي ، وجليبي : المصادر السابقة ٢٧٨/٥ ، ابن نجيم : المصنوع السابق ٢٧/٥ .

(٣) راجع في ذلك الصفحة السابقة من هذه الرسالة .

(٤) ابن الهمام : الشرح ٣٠٤/٥ ، ابن نجيم : البحر ٢٧/٥ .

(٥) ابن نجيم : المصدر السابق ٢٧/٥ .

(٦) ابن الهمام : المصدر السابق ٣٠٤/٥ .

الفرع الثاني : أثر التقادم في سقوط العقوبة (١) :

اختلف فقهاء الحنفية فيما بينهم في أثر التقادم على سقوط العقوبة بعد الحكم بها على التفصيل التالي :

١ - ذهب جمهور الحنفية الى القول بأن التقادم كما يمنع قبول الشهادة في الحدود الخالصة حقا لله تعالى ابتداء - أي قبل الحكم - ، يمنع كذلك من اقامة الحد وتنفيذ العقوبة بعد الحكم بها عملا بالاستحسان ، اذ يقضي القياس باقامة الحد وتنفيذ العقوبة مهما طال الزمان وتقدم ، لأن تأخر إقامتها انما كان بعذر ، ولا تسقط العقوبة بالعذر ، ووجه الاستحسان أن الاستيفاء في الحدود الخالصة حقا لله تعالى من القضاء ، فكان العارض - التهمة هنا وهي الضغينة والعداوة كما سيأتي - في هذه الحدود بعد الشهادة وقبل الاتمام كالمقترن بالشهادة (٢) .

ويبين صاحب " شرح العناية " هذا المعنى - الاستيفاء في الحدود الخالصة حقا لله تعالى مسن القضاء - بالتفريق في معنى القضاء بين حق الله وبين حق العبد بقوله : " لأن المقصود من القضاء في حقوق العباد إما اعلام من له القضاء أو التمكين لمن له القضاء من الاستيفاء بالقضاء ، وهذان المعنيان يحملان بمجرد القضاء فلم يتوقف تمامه الى الاستيفاء ، وأما الله تبارك وتعالى في حقوقه فمستغن عن هذين المعنيين ، فكان المقصود منها النياية عن الله تعالى في الاستيفاء فلذلك كان الاستيفاء من تنمة القضاء في حقوق الله تعالى (٣) .

وبناء على ما سبق ، فلو ثبتت الجريمة في أي حد من الحدود الخالصة حقا لله تعالى كالزنا مثلا ، بشهادة الشهود أو الاقرار ، فقضت على الزاني بالرجم مثلا ، وفي أثناء رجمه وقبل موته ، تمكن من الهرب ، وبقي هاربا حتى مضت مدة التقادم المعتبرة ثم قبض عليه بعد ذلك ، فلا يقام عليه بقية الحد حينئذ ، أي لا يرجم مرة ثانية حتى الموت استكمالا للحد ، ، لما سبق ذكره من أن الاستيفاء في الحدود الخالصة حقا لله تعالى من القضاء عندهم فوجب استمرار قيام الشهادة حتى يتم تنفيذ الحد كاملا ، وبالتقدم - أي تقدم مدة الهرب - لم تبق الشهادة قائمة ، فلا يصح هذا القضاء - الاستيفاء - فانتهى وسقط ، فيكون المانع العارض في هذه الحدود - الهرب هنا - بعد القضاء وقبل اتمام الحد كالمانع المقترن بالشهادة ابتداء فتسقط بقية الحد بهذا التقدم بعد الحكم ، كما يسقط الحد بأكمله بتقدم الشهادة ابتداء ، أي قبل الحكم ، وذلك لتحقق الشبهة نفسها في صورتين ، ألا وهي الضغينة

(١) لقد عبر فقهاء الحنفية عن العقوبة بعبارة أخرى هي : " بعد القضاء " انظر في ذلك : المرغيناني الهداية ٢٨١/٥ .

(٢) السرخسي : المبسوط ٧٠/٩ ، المرغيناني ، ابن النهم ، والبايرتي ، وجلي : الهداية وشروحها ٢٨١/٥

(٣) البابرتي : شرح العناية ٢٨٢/٥ .

والعداوة ، وقالوا في بيان ذلك : ان هرب الجاني انما كان لتفريط أعوان الامام القائمين على تنفيذ الحد ، اذ الظاهر أنهم قد تقاعسوا عن منعه من الهرب ، ميلا منهم الى درء الحد عنه ، ثم حملتهم العداوة بعد ذلك على طلبه والبحث عنه ، فكانت هذه التهمة سببا في منع بقية الحد ، كما كانت سببا في منع سماع الشهادة عليه بعد تقادمها ابتداء ، كما سبق البيان^(١) وفي هذا المعنى يقول صاحب الهداية : " ثم التقادم كما يمنع قبول الشهادة في الابتداء يمنع الاقامة بعد القضاء عندنا خلافا لفرس حتى لو هرب بعد ما ضرب بعض الحد ثم أخذ بعد ما تقادم الزمان لا يقام عليه الحد لأن الامضاء ممن القضاء في باب الحدود^(٢) " .

ويقول صاحب " المبسوط " : " ٠٠٠ قلنا في مسألة الكتاب وهو ما اذا هرب فوجد بعد أيام ، فـ في القياس أنه لا يمتنع اقامة بقية الحد عليه ، لأنه انما تأخر لعذر وهو هربه ، فلا يكون ذلك قدحا في الشهادة ، ولكنه استحسن فقال العارض في هذه الحدود بعد الشهادة قبل الاتمام . كالمقترن بالشهادة ، بدليل عمى الشهود وردتهم^(٣) ، وهذا لأن التفريط هنا كان من أعوان الامام حتى تمكن من الهرب منهم فالظاهر أنهم مالوا الى اكتساب سبب درء الحد عنه ، ثم حملتهم العداوة على الجد في طلبه ، فكان هذا والفضينة في الشهود سواء " ^(٤) .

٢- وذهب الامام زفر من الحنفية الى القول بعدم وجود أى أثر للتقادم في سقوط العقوبة بعد الحكم بها عملا بالقياس سابق الذكر ، حتى لو هرب المجرم المشهود عليه بعد ما أقيم عليه بعض الحد ، ثم أخذ بعد ما تقادم الزمن ، أقيم عليه بقية الحد ، لأن التأخير انما كان بعذر هربه ، وقد زال العذر بالامساك به ثانية ، فيستكمل الحد ، ولا أثر لذلك على الشهادة ، اذ وقعت صحيحة موجبة للحد .

الرأى الراجح :

بعد استعراضنا لأراء الفريقين وأدلتهم ، فاننا نميل إلى ترجيح ما ذهب اليه الإمام زفر - رحمه الله - وذلك : لأن استدلال جمهور الحنفية انما يقوم على أساس قياس تنفيذ العقوبة بعد الحكم

(١) السرخسي : المبسوط ٧٠/٩ ، المرغيناني ، وابن الهمام ، والبايرتي ، وجلبى : الهداية وشروحها ٢٨١/٥ .

(٢) المرغيناني : الهداية ٢٨١/٥ .

(٣) لما كان المراد بقيام الشهادة عند الحنفية هو استمرار أهلية الشهود وحضورهم حتى إقامة الحسد فيكون عمى الشهود هنا أوردتهم بعد أداء الشهادة وثبوت الحد . وقبل اتمام الحد سببا في سقوط الحد ، لان مثل هذه العوارض بعد الأداء كالمقترنة بالشهادة ابتداء ، فكذا هروب الجاني . انظر في ذلك ابن الهمام : الشرح ٢٨١/٥ .

(٤) السرخسي : المبسوط ٧٠/٩ .

بها على أداء الشهادة ابتداء من حيث انه يترتب على تأخير القيام بهما شبهة يندرى الحد بها ، وهسي التهمة - كما سبق البيان - ، وهذا قياس بعيد اذ ان التأخير في التنفيذ لا يترتب عليه شبهة كما ترتبت على التأخير عن أداء الشهادة ابتداء ، فوجب اقامة الحد الثابت بشهادة صحيحة^(١) ، وهذا ما رجحسه صاحب " شرح فتح القدير " بقوله : " ٠٠٠ لكن التقادم انما يبطل في ابتداء الأداء^(٢) للمتهمة ، وقد وجدت الشهادة بلا تقادم ووقعت صحيحة موجبة ، فاتفاق تقادم السبب بلا توان منهما لا يبطل الواقع صحيحا^(٣) .

الفرع الثالث : مدد تقادم الشهادة على الحدود - الجريمة ، والعقوبة:

اختلف فقهاء الحنفية فيما بينهم في تحديد مدد تقادم الشهادة على الحدود الخالصة حقا لله تعالى ، بحيث تسقط الجريمة بعدها ، ويسقط بعدها كذلك اقامة الحد ، وذلك على التفصيل التالي :

أولا : مدة تقادم الشهادة في حدي الزنا ، والسرقة :

في البداية ، تجدر الاشارة الى أن فقهاء الحنفية قد اتفقوا على أن مدة تقادم الشهادة في حد الزنا ، هي المدة نفسها في حد السرقة^(٤) ، وفي هذا المعنى يقول صاحب " البحر الرائق " : " وحد التقادم في السرقة هو حده في الزنا^(٥) ، ثم اختلفوا بعد ذلك في تحديد المدة ذاتها ، وذلك على التفصيل التالي :

- ١ - ذهب الامام أبو حنيفة - رحمه الله - الى القول بعدم تحديدها بمدة معينة ، وترك تحديدها الى الامام أو القاضي في كل عصر ، وذلك على حسب تقديره واجتهاده ، لأن التقادم يختلف باختلاف الأحوال والأعدار ، ويختلف باختلاف أحوال الناس في البعد عن القاضي والقرب منه ، ويروى عن الامام أبي يوسف - رحمه الله - في هذا المعنى أنه قال : " جهدت بأبي حنيفة - رحمه الله - كل الجهد ، فأبى أن يؤقت في التقادم وقتا ، وهذا لأن ذلك يختلف باختلاف أحوال الناس في البعد من القاضي والقرب ، وباختلاف عادة القاضي في الجلوس ، والتوقيت لا يكون بالرأي بل بالنص ، فلما لم يجد فيه نصاً أبى أن يؤقته بشيء ، وجعله موكولا الى رأي القاضي^(٦) .
- وروى عنه - أي أبي حنيفة - أنه قد وقت ذلك بسنة ، فلا تقبل شهادة الشهود بعدها أبدا^(٧) .

(١) انظر في ذلك : الشيخ محمد أبو زهرة : الجريمة والعقوبة في الفقه الإسلامي ، طدار الفكر العربي ، ص ٢٢٥ ، وحيث يأتي بشار إليه في أبو زهرة " الجريمة والعقوبة " .
(٢) المراد بالأداء هنا ، أداء الشهادة ابتداء أي قبل الحكم ، وثبوت الحد .
(٣) ابن الهمام : الشرح ٢٨١/٥ .
(٤) ، (٥) ابن نجيم : البحر ٥٢/٥ ، وانظر كذلك : ابن عابدين : منحة الخالق ٥٢/٥ .
(٦) ، (٧) السرخسي : المبسوط ٧٠/٩ ، الكاساني : بدائع ٤٧/٧ ، الشلبي : حاشية ١٨٧/٣ ، ابن مودود : الاختيار ٨٢/٤ .

٢ - وذهب الإمام الطحاوي - رحمه الله - الى تحديدها بستة أشهر ، باعتبار أن العدة هي " الحين " فلقد وقَّت الحنفية " الحين " عند عدم النية بستة أشهر ، بناء على ما في مسألة الأيمان ، كما لو حلف ألا يكلمه حينا ، كذلك لو شهدوا عليه بعد حين (١) .

٣ - وذهب الامام محمد بن الحسن - رحمه الله - الى تحديدها بشهر ، وعدَّ أن ما دونه عاجل ، وذلك بناء على ما في مسألة الخلف ، كما لو حلف ليقضين دينه عاجلا ، فقضاه فيما دون الشهر لا يحنث ، فلو قضاه بعده يحنث . وهذه رواية أيضا عن أبي حنيفة وأبي يوسف ، فقد روى عن أبي حنيفة أنه قال : لو سأل القاضي الشهود ، متى زنا بها ، فقالوا : منذ أقل من شهر ، أقيم الحد ، وإن قيل : شهر أو أكثر ، درى عنه الحد (٢) .

وما ذهب اليه الإمام محمد - وأبو حنيفة وأبو يوسف في هذه الرواية - من حيث تحديد مدة التقادم بشهر ، هو أصح الأقوال عند الحنفية وفي (٣) هذا المعنى يقول صاحب " المبسوط " - بعد أن ذكر أقوال أبي حنيفة والطحاوي سابقة الذكر : " والأصح ما نقل عن أبي يوسف ومحمد - رحمهما الله تعالى - أنهما قدرا ذلك بشهر ، فقالا ما دون الشهر قريب عاجل ، والشهر وما فوَّقه أجل كما بيَّنا في الأيمان ، فإذا شهدوا به بعد شهر لا تقبل " (٤) .

ثانيا : مدة تقادم الشهادة في حد الشرب :

لئن اتفق فقهاء الحنفية فيما بينهم على سقوط حد الشرب بتقادم الشهادة - كما سبقت الإشارة - إلا أنهم اختلفوا بعد ذلك في تحديد مدة التقادم التي لا تسمع الشهادة بعدها ، ويسقط الحد بعدها كذلك ، وذلك على التفصيل التالي :

١ - ذهب الامامان أبو حنيفة وأبو يوسف - رحمهما الله - ، الى القول بأنها مقدرة بزوال الراححة وهي المدة نفسها في تقادم الاقرار عندهم .

ولقد استدل الامامان - رحمهما الله - لما ذهب اليه بعدد من الأدلة ، منها (٥) :

أ - قول ابن مسعود - رضي الله عنه - سابق الذكر : " ٠٠٠ فان وجدتم رائحة الخمر فاجلدوه " .

الذي يدل على أن ضابط اقامة الحد أو سقوطه ، هو وجود الراححة أو زوالها .

(١) السرخسي : المبسوط : ٧٠/٩ ، الزيتلي ، والشلبي : تبين ، وحاشية ٣/١٨٧ .

(٢) السرخسي : المصدر السابق ٧٠/٩ ، الشلبي : المصدر السابق ٣/١٨٧ ، ابن الهمام : الشرح

٥/٢٨٢ .

(٣) السرخسي : المصدر السابق ٧٠/٩ ، ابن الهمام : المصدر السابق ٥/٢٨٢ ، ابن نجيم : البحر ٥/٢٠ .

(٤) السرخسي : المصدر السابق ٧٠/٩ .

(٥) المرغيناني ، وابن الهمام ، والبايرتي ، وجليبي : الهداية وشروحها ٥/٣٠٣ ، ابن مودود : الاختيار

٤/٩٧ ، ابن نجيم : المصدر السابق ٥/٢٠ ، ابن عابدين : رد المحتار ٤/٣٠٢ .

ب - واستدلوا من المعقول بقولهم : ان الرائحة أقوى في الدلالة على قرب العهد بالشبيري والسكر ، فيكون زوالها أكثر دلالة على تقادم العهد ، وانما يصار الى التقدير بالزمان عند تعذر اعتباره ، كما أن التمييز بين الروائح أمر ممكن سهل لصاحب الخبرة والمعرفة وانما يتعذر على الجهال .

٢ - وذهب الامام محمد بن الحسن - رحمه الله - الى القول بأنها شهر كما هو الشأن في حدى الزنا والسرقة ، وفي قول ثان: ستة أشهر ، وفي قول ثالث : إن ذلك متوقف على رأى الامام وتقديره ، والأول - تحديدها بشهر - هو المختار عنده .

ولقد استدل الامام محمد - رحمه الله - لما ذهب اليه بعدد من الأدلة العقلية منها (١) :

١ - لما كان المقصود بالتقادم هو مرور الزمان - كما سبق البيان عند تعريفه - ، فالأصل أن يكون تقديره بالزمان ، ولا يصح أن يكون تقديره بوجود الرائحة أو زوالها .

٢ - ان تحقق التقادم بمرور الزمان أمر مقطوع به ولا خلاف عليه ، بينما تحققه بوجود الرائحة وزوالها أمر مشكوك فيه ، لأن الرائحة قد تكون منه - أى من الخمر - وقد تكون من غيره ، ولا خلاف في أن المقطوع به مقدم على المشكوك فيه ، فدل ذلك على عدم عمد الرائحة في التقدير .

٣ - ولو سلمنا أن الرائحة لا تلتبس على ذوى الخبرة والمعرفة ، إلا أننا لا نسلم بموجب تقييد العمل بالبينة بوجودها ، لأن العقل يقيد قبول البينة بعدم وجود التهمة ، والتهمة لا تتحقق في الشهادة بسبب وقوعها بعد زوال الرائحة بل بسبب التأخير في أدائها تأخيراً مفرطاً ، ولا يعدّ اليوم ونحوه - وهو الزمن الذي تزول به الرائحة - من التفريط أو التقصير ، فدل ذلك أيضاً على عدم عمد الرائحة في التقدير ، وقبول الشهادة وعدم ردها بزوالها .

هذا ، ولقد أجيب عن الأدلة التي استدلت بها الامامان الجليلان بما يلي :

أ - ان الاستدلال بقول ابن مسعود - رحمه الله - ليس في محل النزاع ، اذ ان محل النزاع هو عدم العمل بالشهادة الآ مع وجود الرائحة ، وحديث ابن مسعود انما جاء ليبيان مذهبه فليس الكشف عن الرائحة ، وذلك بتلثة ومزمة السكران . كما سبق البيان - فكل ما يمكن الاستدلال به من قوله السابق ، أنه كان يخذ من يجد منه ريحا اذا لم تتوفر البينة من شهادة أو اقرار ، ولا يمكن الاستدلال به على اشتراط وجود الرائحة مع أحدهما - الشهادة أو الاقرار - لاقامة الحد

(١) العرغيناني ، وابن الهمام ، والبايرتي ، وجليبي : الهداية وشروحها ٣٠٣/٥ ، ابن مودود : الاختيار ٩٦/٤ ، ابن نجيم : البحر ٢٠/٥ ، ابن عابدين : رد المحتار ٣٠٢/٤ .

فلا يصح الاستدلال به (١).

ب - وأما قولكم بأن وجود الرائحة أقوى في الدلالة على قرب العهد بالشرب والسكسّر، فيستلزم ذلك انحصار القرب فيها، ليلزم من علومها وانتفاؤها ثبوت البعد والتقدم، وهذا غير صحيح، إذ يمكن تحقق القرب بصور عديدة ومنها التقدير بالشهر بحيث يدل ما دون الشهر على قرب العهد، وما فوقه على بعد العهد وتقدمه (٢).

الرأي الرابع :

ونحن، وبعد اطلاعنا على أدلة الفريقين وعلى اجاباتهم على هذه الأدلة، نتمسك بالترجيح ما ذهب إليه الإمام محمد بن الحسن - رحمه الله - من تحديد مدة التقدم بشهر وذلك للأسباب التالية :

- ١ - لقوة الأدلة التي ذكرها، وكذلك لقوة الاجابات على أدلة الفريق الأول - أدلة الامامين أبي حنيفة أبي يوسف - رحمهما الله - .
- ٢ - بالإضافة لما سبق ذكره من انكار بعض أهل العلم لقول ابن مسعود - رضي الله عنه - والقول بعدم صحته من جهة المعنى .
- ٣ - بالإضافة أيضا الى أن تقديره بالوقت يكون أكثر دقة، وكذلك أكثر يسرا وسهولة في ضبطه وتحديد من الناحية العملية منه بتقديره بوجود الرائحة وزوالها، وهذا ما رجحه صاحب شرح فتح القدير بقوله : " فقول محمد هو الصحيح " (٣) . والله أعلم بالصواب .

(١) ابن السهام : الشرح ٣٠٣/٥ .

(٢) ابن السهام : المصدر السابق ٣٠٤/٥ .

(٣) ابن السهام : المصدر السابق ٣٠٤/٥، وانظر كذلك : ابن نجيم : البحر ٢٧/٥، ابن عابدين :

رد المحتار ٤٠/٤ . وانظر كذلك د . سامح السيد جاد : تقدم الدعوى الجنائية في الفقه الاسلامي والقانون الوضعي، ط ١٤٠٤هـ - ١٩٨٤م، دار الهدى للطباعة، مصر، ص ٣٣ .

وحيث يأتي يشار اليه ب " سامح : تقدم الدعوى " .

الفرع الرابع : موانع تقادم الشهادة على الحد :

=====

لقد ذكر فقهاء الحنفية الموانع الشرعية التي من شأنها أن تمنع من تقادم الشهادة على الحد فتقبل شهادة الشهود على الحد وان مضت مدة التقادم لعدم حساب المدة الزمنية التي استغرقها المانع الشرعي من مدة التقادم ، كما سبق بيان ذلك عند حديثنا عن موانع تقادم الحيازة (١) .

ومن الأشياء التي ذكرها فقهاء الحنفية وعدوها من الموانع الشرعية لتقادم الشهادة ما يلي :
١ - بعد مكان الشهود عن القاضي : وذلك كأن يكون الشهود في بلد ليس فيه قاض ، وكان بلد القاضي بعيدا بحيث لو ساروا اليه للشهادة بين يديه مضت مدة التقادم المحددة (٢) ، فتقبل شهادتهم حينئذ وان تأخرت ، لأنهم معذورون بتأخرهم ، فلا يكون التقادم مانعا من قبول شهادتهم واقامة الحد بها ، وفي هذا المعنى يقول صاحب البدائع : " ثم التقادم انمسا يمنع قبول الشهادة في الحدود الثلاثة - الزنا ، والخمر ، والسرقه - اذا كان التقادم في التأخير من غير عذر ظاهر ، فأما اذا كان لعذر ظاهر ، بأن كان المشهود عليه في موضع ليس فيه حاكم فحمل الى بلد فيه حاكم فشهدوا عليه ، جازت شهادتهم وان تأخرت ، لأن هذا موضع العذر ، فلا يكون التقادم فيه مانعا " (٣) .

ولقد دل على هذا الاعتبار - أي عدّ بعد الشهود عن مكان القاضي - من الموانع الشرعية ، حديث المغيرة بن شعبة - رضي الله عنه - اذ كان واليا على البصرة حين جاء الشهود الى المدينة فشهدوا عليه بالزنا ، فكتب اليه عمر بن الخطاب - رضي الله عنه - أن سلم عملك الى أبي موسى ، والحق بي ، فلمسا حضر ، قبل الشهادة عليه ، حتى قال بعد شهادة الواحد : أوه ، وأودى ربح المغيرة (٤) . اذ يستدل من قبول عمر - رضي الله عنه - لشهادة الشهود بعد تأخيرها وتقادمها على عدّ بعد المسافة من الأعدار الشرعية للتقادم ، اذ لا يخفى بعد المسافة وطول السفر بين المدينة والبصرة ، في ذلك الوقت .

ومما يلاحظ أن هذا العذر ربما لا يكون له وجود أو اعتبار في عصرنا الحاضر ، عصر السرعة ، عصر الطائرات والصواريخ والسيارات وغيرها .

- (١) راجع في ذلك ص ٧٤ من هذه الرسالة .
- (٢) السرخسي : المبسوط ٧٠/٩ ، الكاساني : بدائع ٤٧/٧ ، ابن مودود : الاختيار ٨٢/٤ ، ابن الهمام : الشرح ٢٧٨/٥ ، الحمكفي : الدر المختار ٣١/٤ ، ابن نجيم : البحر ٢٠/٥ .
- (٣) الكاساني : المصدر السابق ٤٧/٧ .
- (٤) السرخسي : المصدر السابق ٧٠/٩ .

٢ - الخوف من الطريق : وذلك كأن يكون مكان القاضي بعيدا عن مكان الشهود - كما سبق بيانه - وكان الشاهد - أو الشهود - يخشى على نفسه أو ماله من التلف أو السرقة من قطاع طسرق أو سباع ، أو غير ذلك ، حتى إذا أمن على نفسه وماله ، قام بأداء الشهادة أمام القاضي ، فتقبل شهادته ويقام بها الحد وان كانت مدة التقادم المحددة قد انتهت ، لان الخوف من الموانع الشرعية التي تمنع - من تقادم الشهادة وسقوط الحد بعد ثبوته (١) .

٣ - المرض : وذلك بأن يصاب الشاهد - أو الشهود - بمرض يحول دون المسارعة بأداء الشهادة على الحد ، ثم سارع بعد شفائه من مرضه بأداء الشهادة ، فتقبل شهادته ويقام بها الحد وان كانت مدة التقادم المحددة قد انتهت ، لأن المرض من الموانع الشرعية التي تمنع من تقادم الشهادة ، وسقوط الحد بعد ثبوته (٢) .

* هذا ، ولا تقتصر الموانع الشرعية على الموانع الثلاثة سابقة الذكر ، اذ يمكن عدّ كل شيء يمنع الشاهد من المسارعة الى أداء الشهادة عذرا بقدره ، وهذا ضابط يندرج تحته الكثير من الأشياء التي يمكن عدّها من الأعذار والموانع الشرعية (٣) ، وعدّ الشيء عذرا أو مانعا شرعيا أو عدم عدّه كذلك مفسوف تقديره الى الامام أو القاضي بحسب الزمان والمكان (٥) .

-
- (١) ابن الهمام : الشرح ٢٧٨/٥ ، الحمكفي : الدر المختار ٣١/٤ ، ابن نجيم : البحر ٢٠/٥ .
 - (٢) المصادر السابقة في الصفحات نفسها .
 - (٣) ابن الهمام : المصدر السابق ٢٧٨/٥ ، ابن نجيم : المصدر السابق ٢٠/٥ .
 - (٤) ابن الهمام : الشرح ٢٧٨/٥ .
 - (٥) الكاساني : بدائع ٤٧/٧ ، وانظر كذلك سامح : تقادم الدعوى ص ٣٦ ، ٣٧ .

المبحث الثاني
أثر التقادم في سقوط القصص
المطلب الأول

تعريف القصص لغة واصطلاحاً

XX

أولاً : تعريف القصص لغة (١) :

=====

القصص في اللغة من قصص : وهو القود ، أى أن يوقع على الجاني مثل ما جنى ، القتل بالقتل ، والجرح بالجرح . ومنه يقال : أقصّ الأمير فلانا من فلان ، أى اقتص له منه ، فقتله مثل قتليه ، وجرحه مثل جرحه .

ثانياً : تعريف القصص اصطلاحاً :

=====

عزفه الجرجاني بقوله : هو أن يفعل بالفاعل مثل ما فعل (٢) .

ومن الملاحظ التشابه الكبير بين المعنى اللغوي ، والمعنى الاصطلاحي لتعريف القصص ، فـ لا يحتاج ذلك لمزيد بيان .

المطلب الثاني

أثر التقادم في سقوط القصص

XX

في البداية تجدر الإشارة الى أن القصص من الحقوق التي يغلب فيها حق العبد ، لذا يجوز اسقاطه من قبل ولي الدم بالعفو عنه ، والصلح عليه مقابل مال أو بدون مقابل ، ويجوز كذلك الشفاعة فيه - كما سبقت الإشارة - (٣) .

ومما يترتب كذلك على كونه حقاً للعبد ، اشتراط الدعوى من ولي الدم ، أو ممن له الحسب

(١) ابن منظور : لسان ، الفيومي : المصباح ، الفيروزآبادي : القاموس المحيط ، الرازي : مختار ،

أنيس : المعجم ، وانظر كذلك : أبو جيب : القاموس الفقهي (مادة / قَصَص) .

(٢) الجرجاني : التعريفات ص ١٧٦ .

(٣) راجع في ذلك ص ١٦٤ من هذه الرسالة .

في القصاص ، حتى يثبت له - أولهم - حق الاستيفاء والاقتصاص ، وعليه ، فلا يكون للتقادم أي أثر من حيث منع سماع الشهادة على القصاص ، فتقبل الشهادة عليه ويقتصر من الجاني وإن مضت مدة التقادم إذ يحل التأخير في أدائها على تأخر المدعى - ولي الدم - أو من كان له الحق في القصاص - فليس الدعوى ، كما هو الشأن في حد القذف (١) .

وإذا ثبت هذا في حق الشهادة ، فإنه يثبت في حق الاقرار أيضا من باب أولى ، فلا يمنع تقادم الاقرار من القصاص ، لأن التقادم بوجه عام غير مانع في حقوق العباد والتي منها القصاص (٢) .

وجدير بالذكر هنا ، أن جمهور الفقهاء من غير الحنفية لم يفرقوا بين الحد والقصاص من حيث القول بعدم وجود أي أثر للتقادم على سقوطهما بعد ثبوتهما ، لذلك لم يتعرضوا لبيان أثره على سقوط القصاص كما فعلوا من قبل في الحدود

(١) راجع في ذلك ص ١٦٤ من هذه الرسالة . وانظر كذلك : عوض : دراسات ، ص ٣١٥ .

(٢) انظر في ذلك : ابن الهمام : الشرح ٥ / ٢٨٠ .

المبحث الثالث

أثر التقادم في سقوط التعزير

المطلب الأول

تعريف التعزير لغة واصطلاحاً

XX

أولاً : تعريف التعزير لغة (١) :

=====

التعزير والعزْر في اللغة بمعنى واحد ، لذا يقال : عزّره وعزّره ، وهو من أسماء الأضداد ، فالتعزير : التأديب دون الحد ، والتعزير أيضا : التعظيم والتوقير مع النصرة والاعانة ، ومنه قوله تعالى : " لتعزروه وتوقروه " الآية (٢) . أي لتنصروه بالسيف وتعظموه .

ثانياً : تعريف التعزير اصطلاحاً :

عرفه الخطيب الشربيني بأنه : " تأديب على ذنب لا حد فيه ولا كفارة " (٣) .

المطلب الثاني

أثر التقادم في سقوط التعزير

XX

في البداية ، تجدر الإشارة الى أن الفقهاء عامة ، وفقهاء الحنفية خاصة لم يتعرضوا لبيان أثر التقادم في التعزير كما سبق وأن فعلوا وبينوا آثاره على كل من الحدود والقصاص ، كما سبق البيان .

الآن أنه من المهم الإشارة هنا ، الى أن الفقهاء -وعلى مختلف مذاهبهم- متفقون على أنه يجوز للامام أو القاضي إسقاط التعزير الواجب حقالله تعالى بعد شبوته كعقوبة ترك الصلاة ، أو الصيام ، ونحوها إذا رأى أن ففي تركها وإسقاطها مصلحة . كأن جاءه الجاني تائباً -مثلاً- وهذا بخلاف العقوبة

(١) ابن منظور : لسان ، الفيومي : المصباح ، الفيروزآبادي : القاموس المحيط ، الرازي : مختصر ،

أنيس : المعجم الوسيط : وانظر كذلك أبو جيب : القاموس الفقهي (مادة / عزر) .

(٢) سورة الفتح / الآية (٩) .

(٣) الخطيب : مغني المحتاج ١٩١/٤ ، وانظر كذلك : قليبوي : حاشية ٢٠٥/٤ .

التعزيرية الواجبة حقا للعبد ، كعقوبة القذف بغير الزنا ، أو الشتم ، ونحوها ، فالاتفاق قائم على عدم جواز اسقاطها إلا برضا صاحب الحق ^(١) . وفي هذا المعنى يقول صاحب " الأحكام السلطانية " ^(٢) : فيجوز في التعزير العفو عنه وتسوغ الشفاعة فيه ، فإن تفرد التعزير بحق السلطنة ^(٣) وحكم التقويم ولم يتعلق به حق لآدمي ، جاز لولي الأمر أن يراعي الأصلح في العفو والتعزير ، وجاز أن يُسْفَع فيسه من سأل العفو عن الذنب لعائبت عن النبي - صلى الله عليه وسلم - أنه قال : " اشفعوا لي ويقضني الله على لسان رسوله ما يشاء " ^(٤) ولوتعلق بالتعزير حق لآدمي كالتعزير في الشتم والمواثبة ، ففيه حق للمشتوم والمضروب ، وحق السلطنة التقويم والتهديب ، فلا يجوز لولي الأمر بعفوه حق المشتوم والمضروب ، وعليه أن يستوفي له حقه من تعزير الشاتم والضارب ، فان عفا المضروب والمشتوم كان ولي الأمر بعد عفوهما على خياره في فعل الأصلح من التعزير تقويما والمفح عنه عفوا . . " ^(٥) .

وبناء على ما سبق يمكننا القول بأنه اذا جاز للامام أو القاضي ، اسقاط التعزير الواجب حقا لله تعالى مطلقا دون تقييد ذلك بفترة زمنية معينة ، يجوز القول بسقوطه بعد مرور فترة زمنية معينة يحددها الامام أو القاضي . اذا كان في ذلك تحقيق للمصلحة من باب أولى ^(٦) .

الآن نقل عن بعض الفقهاء ، كالاستروشنى ^(٧) وابن عابدين من الحنفية قولهم بعدم جواز سقوط التعزير بالتقادم مطلقا ، سواء أكان التعزير واجبا حقا لله تعالى ، أم كان حقا للعبد ^(٨) . وفي هذا المعنى يقول ابن عابدين " في حاشيته " " رد المحتار " عند ذكره للفروق بين الحد والتعزير : " وأن الحد لا تجوز الشفاعة فيه ، وأنه لا يجوز للامام تركه ، وأنه لا يسقط بالتقادم "

(١) ابن الهمام : الشرح ٣٤٦/٥ ، ابن فرحون : تبصرة ٢/٣٠٣ ، الماوردي : الأحكام ص ٣٨٨ ، ابن قدامة : المغني ١٤٩/٩ .

(٢) الأحكام السلطانية للماوردي الشافعي .

(٣) المراد بحق السلطنة هنا هو الحق العام . . أى حق الله .

(٤) متفق عليه . . وهو عند البخارى بلفظ : " اشفعوا فلتؤجروا ، ولتقضى الله على لسان رسوله ما شاء " انظر في ذلك : البخارى : صحيح ١٥/٨ ، مسلم : صحيح ٣٧/٨ .

(٥) : الماوردي : الأحكام ، ص ٣٨٨ .

(٦) انظر في ذلك عاشر التعزير ، ص ٤٤٦ .

(٧) هو محمد بن محمود بن حسين مجد الدين الاستروشنى ، الفقيه المجتهد ، والده شيخ الاسلام ، جلال الدين ، وبرهان الدين الاستروشنى ، أخذ عن أبيه وعن استاذ أبيه صاحب الهداية - المرغيناني - وعن السمرقندى ، وعن محمد بن البخارى ، له تصانيف عديدة منها

كتاب الفصول على ثلاثين جزء في ذلك ، كتاب جامع أحكام الصغار ، توفي رحمه الله - عام ٦٣٢ هـ

انظر في ذلك : اللكنوي ، الفوائد البهية ، ص ١٦٧ .

(٨) نقل د. عبدالعزیز عامر عن الاستروشنى قوله هذا ، في رسالته المسماة بـ " التعزير فسي

الشريعة الاسلامية " انظر في ذلك : عامر : التعزير هامش ، ص ٤٤٥٥ .

بخلاف التعزير (١).

ونحن نعيلى الى ترجيح القول الأول ، الذى يقول بجواز سقوط التعزير الواجب حقالله تعالى مطلقاً، سواء أكان ذلك سقوط الجريمة أم العقوبة، اذا كان فى اسقاطه تحقيق مصلحة ، لان أصحاب القول الثانى المانعين من ذلك ، لم يذكروا أى دليل على ما ذهبوا اليه ، كما أن قولهم هذا مخالف لاتفاق الفقهاء القائل بالجواز ، كما سبق ذكره - الذى يستند على اتفاهم كذلك - على تفويض الامام أو القاضى بتحديد التعزير المناسب واقامته كذلك ، فدل ذلك كله على مدى ضعف القول الثانى ، وعسدم اعتباره (٢) ، والله أعلم بالصواب .

(١) ابن عابدين : رد المحتار ٤/٦٠ .

(٢) انظر فى ذلك : عامر : التعزير ص ٤٤٥ ، ٤٤٦ ، سامح : تقادم الدعوى ص ٣٨ وما بعده

عودة. التشريع الجنائى ١/٧٧٨ وما بعدها ، عوض : دراسات ص ٣١٥ .

الخاتمة

XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX

الحمد لله الذي هدانا لهذا ، وما كنا لنهتدي لولا أن هدانا الله ، وصلى الله على سيدنا محمد وعلى آله وصحبه وسلم . . . وبعد ،

فبفضل الله وتوفيقه أختتم رسالتي هذه بأهم النتائج التي توصلت اليها من خلال استعراضٍ لمواضيعها ، وهي :

أولاً : عرف التقادم - مرور الزمن - منذ قديم الزمان عند الرومان ، كقانون مدني وضعي ، وعدّوه أهم الطرق الاجبارية لكسب الملكية .

ثانياً : عرف التقادم كحكم شرعي في الفقه الإسلامي ، وتعرض له الفقهاء على مختلف مذاهبهم في معرض بيانهم لأحكام الفقه الاسلامي بمختلف فروعها ، ونكروا أنه مشروع بالسنة ، والمعقول والمصلحة العامة ، والاستسحان ، والسياسة الشرعية ، والعرف والعادة.

ثالثاً : عرّف التقادم كقانون - تقنين - شرعي ، اذ جاءت أحكامه مفصلة في كثير من مواد القوانين الشرعية ، كمجلة الأحكام العدلية ، ومرشد الحيران .

رابعاً : مدد التقادم في الشريعة الاسلامية على ثلاثة أنواع : الأول نصي ، وهو ما توقف تحديده وتقديره على النصوص الشرعية - السنة - ، والثاني : اجتهادي ، وهو ما توقف تحديده وتقديره على اجتهاد الفقهاء ، الثالث : سلطاني . وهو ما توقف تحديده وتقديره على مرسوم سلطاني . .

خامساً : تختلف مدة التقادم في الدعوى المدنية - بحسب نوع الحق - الشيء المحوز - وطبيعته ، وبحسب علاقة المدعي بالمدعى عليه ، وبحسب طبيعة التصرف في الشيء المحوز ، بينما يمكن تحديدها في الدعوى الجنائية - الحدود - بشهر .

سادساً : أسباب الملكية المتفق على مشروعيتها في الشريعة الاسلامية ستة هي :

- ١ - حيازة المباحات والانتيلاء عليها .
- ٢ - العقود الناقلة للملكية .
- ٣ - الخلافة (الميراث) .
- ٤ - التضمين أو التعويض .
- ٥ - الشفعة .
- ٦ - اللقطة .

سابعاً : تقادم الحيازة يكون سبباً مشروعاً للملكية في الشريعة الاسلامية إذا ادعى الحائز ملكية الشيء ،

المحوز ، وحكم له القاضي بذلك ، ولا يعد مجرد مرور الزمان على حيازة الشيء المحوز - الملك - سبباً مشروعاً ، بل يكون أكلاً لأموال الناس بالباطل ، الذي نهى عنه الشارع الحكيم بقوله

تعالى : " ولا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل " . (البقرة / ١٨٨) .

ثامنا : يعد تقادم الحيازة - وضع اليد - من مرجحات الدعوى في الشريعة الاسلامية بشكل عام ، وذلك عند تعارض الحجج والبيانات عند القضاء .

تاسعا : يمنع تقادم الحيازة الصحيحة التي توفرت فيها شروط الصحة - من سماع دعوى المحوز عليه وبينته ، بعد مضي مدة التقادم المحددة ، منعا للتزوير والتحايل .

عاشرا : يعمل تقادم الحيازة الصحيحة على بقاء الشيء المحوز بيد حائزه ، حتى يحكم القاضي بسفه لأحد المتخاصمين ، كما يحمى الحائز من تعرض المحوز عليه في الشيء المحوز ، وهذا ما يسمى ب " حماية الحيازة " .

حادي عشر: تسقط حدود الزنا ، والشرب ، والسرقه ، بتقادم الشهادة على جرائمها ، لأنها وجبت حقا خالما لله تعالى ، ولا تسقط بالاقرار بها .

ثاني عشر : لا تسقط حدود الزنا ، والشرب ، والسرقه ، بتقادم اقامة بعض العقوبة فيها - كما لو جلد الزانسي - مثلا - جلدتين ثم هرب ، فقبض عليه بعد مرور مدة التقادم ، فلا يسقط بقية الحد عنه .

ثالث عشر : لا يسقط القصاص - الجريمة أو العقوبة - بالتقادم مطلقا ، سواء أكان القصاص على النفس - أم كان القصاص على العضو ، وسواء أكان ذلك بتقادم الشهادة أم بتقادم الاقرار ، لأنه وجب حقا خالما للعبد .

رابع عشر : يسقط التعزير الواجب حقا لله تعالى بتقادم الشهادة عليه - الجريمة أو للعقوبة - أيضا اذا رأى الامام أو القاضي في ذلك مصلحة ، لاختمامه بتحديدده واقامته .

الفهارس

XX

- ١ - فهرس الآيات القرآنية الكريمة
- ٢ - فهرس الأحاديث النبوية الشريفة
- ٣ - فهرس المصطلحات الفقهية والأصولية
- أ - فهرس المصطلحات الفقهية
- ب - فهرس المصطلحات الأصولية
- ٤ - فهرس مواد القانون الشرعي
- أ - فهرس مواد مجلة الأحكام العدلية
- ب - فهرس مواد مرشد الحيوان
- ٥ - فهرس الأعراض
- ٦ - فهرس المصادر والمراجع

XX

XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX

الرقم	الحديث	المفحة التي ورد فيها
١ -	"أتدرون ما أخبرها"	ب
٢ -	" اعرف وكاءها وعفاصها ، ثم عرفها سنة ٠٠٠ "	٦٠
٣ -	" ادروا الحدود بالشبهات "	١٧٠
٤ -	" اشفعوا اليّ ويقضي الله على لسان رسوله ٠٠ "	
٥ -	" أن محيصة بن مسعود وعبد الله بن سهل انطلقا قبل خير ٠٠٠ "	١٤٢ (هامش)
٦ -	" أن النبي - صلى الله عليه وسلم - اختص اليه رجلان في بعير أو دابة ٠٠٠ "	١٤٠
٧ -	" أن النبي - صلى الله عليه وسلم - قضى بشاهد وبعين ٠٠ "	١٤٢ (هامش)
٨ -	" انكم تختصمون اليّ ، ولعل بعضكم ألحن بحجته من بعض ٠٠ "	١٧
٩ -	" البينة على المدعي ، واليمين على المدعى عليه " .	١٣٨
١٠ -	" قضى رسول الله صلى الله عليه وسلم - بالشفعة في كل شركة ٠٠ "	٥٨
١١ -	لا يبطل حق امرئ مسلم وان قدم "	
١٢ -	لا تزول قدما عبد يوم القيامة ٠٠ "	أ
١٣ -	" لا تحل للمرأة تؤمن بالله واليوم الآخر تسافر مسيرة يوم ٠٠ "	٧٥
١٤ -	" لا تحل للقط فمعن التقط شيئا فليعرفه سنة ٠٠ "	٦٠
١٥ -	" لا تشهد الآ على ما يضيء لك كضياء الشمس ٠٠ "	١٢٨
١٦ -	" لا يشكر الله من لم يشكر الناس ٠٠ "	د
١٧ -	" لو سترته بثوبك كان خيرا لك ٠٠ "	١٧١
١٨ -	" من احتاز شيئا عشر سنين ٠٠ "	٢٧
١٩ -	" من أخذ شبرا من الارض ظلما ٠٠ "	١٧
٢٠ -	" من حاز أرضا وعمرها عشر سنين ٠٠ "	٢٩
٢١ -	" من حاز شيئا عشر سنين ٠٠٠ "	٢٥
٢٢ -	" من ستر على مسلم "	١٧٠ ، ١٧٢
٢٣ -	" نعمتان مغبون فيهما كثير من الناس ٠٠ "	أ

٢- فهرس المصطلحات الفقهية والأصولية
أ- فهرس المصطلحات الفقهية

الرقم	المصطلح	الصفحة التي ورد فيها	الرقم	المصطلح	الصفحة التي ورد فيها
١-	الاجارة	٥٣	٢٤-	الدية	٤٨
٢-	الأراضي الأميرية	٧٣	٢٥-	الزكاة	٥٣
٣-	الارث	٥٦	٢٦-	الزنا	٢٧
٤-	الأرثش	٥٧	٢٧-	السرقه	٢٧
٥-	أصل الوقف	٧٢	٢٨-	السياسة	٢٢
٦-	الأرض الموات	٤٨	٢٩-	الشرب	٣٧
٧-	الافلاس	٧٨	٣٠-	الشركة	٨١
٨-	الأهلية	٧٧	٣١-	الصدقة	٤٨
٩-	البيع	٥٣	٣٢-	الطلاق	١٠٧
١٠-	التقادم	٢٠	٣٣-	طلب المواتية	١٠٧
١١-	التولية	٩٠	٣٤-	العارية	٩٥
١٢-	الحق	٤٠	٣٥-	العمرى	١٤٩
١٣-	حق الاجارتين	٩٠	٣٦-	الغرة	٤٨
١٤-	حق الارتفاق	٩٦	٣٧-	الغنيمة	٤٧
١٥-	حق الشرب	٧٢	٣٨-	القسامة	١٤٢
١٦-	الحق العيني	٥	٣٩-	الكفارة	٥٤
١٧-	حق الله	٨٥	٤٠-	متولي الوقف	٧٢
١٨-	حق المرور	١٠٦	٤١-	المرتزقة من الوقف	٧٢
١٩-	حق المسيل	٧٢	٤٢-	المساقاة	١٤٩
٢٠-	حق المَطل	٩٩	٤٣-	المعاوضات المالية	٤٧
٢١-	حق الانتفاع	١٠١	٤٤-	المقاطعة	٨٩
٢٢-	الحيازة	٦٥	٤٥-	الملكية	٤٣
٢٣-	الخلع	٤٩	٤٦-	المهر	٤٩

الرقم	المصطلح	الصفحة التي ورد فيها
٤٧ -	النذر	٥٤
٤٨ -	النفقة	٥٣
٤٩ -	النكاح	١٠٧
٥٠ -	الهبة	٤٧
٥١ -	الوديعة	٨٩
٥٢ -	الوصية	٤٧
٥٣ -	الوقف	٤٧

ب فهرس المصطلحات الأصولية

١ -	الاستحسان	٣١
٢ -	الذريعة	٣٠
٣ -	العادة	٣٢
٤ -	العرف	٣٢
٥ -	القياس	٣١
٦ -	المصلحة	٣٠

٤- فهرس مواد القانون الشرعي
أ- فهرس مواد مجلة الأحكام العدلية

الرقم	المادة	رقم المادة	الصفحة التي وردت فيها
١-	" إذا ادعى أحد علي آخر خصوصاً في حضور القاضي ... "	١٦٦٦	١١٩
٢-	" إذا ترك المورث الدعوى مدة ... "	١٦٧٠	١٢١
٣-	" إذا كان ماء مطر دار يسيل من القدم ... "	١٢٢٥	٩٨
٤-	" أسباب التملك ثلاثة ... "	١٢٤٨	٦٣
٥-	" إن كانت دعوى الطريق الخاص والمسيل وحق الشرب ... "	١٦٦٢	٧٢
٦-	" البائع المشتري، والواهب والموهوب له، كالمورث والوارث ... "		
		١٦٧١	١٢١
٧-	" بينة الخارج أولى في دعوى الملك المطلق ... "	١٧٥٧	١٣٩
٨-	" بينة اليد أولى في دعاوى الملك المقيد بسبب ... "	١٧٥٩	٠٣٩
٩-	" تسمع دعوى المتولي والمرزقة في حق أصل الوقف ... "	١٦٦١	٧٢
١٠-	" الضرر الأشد يزال بالضرر الأخف "	٢٧	٩٧ (هامش)
١١-	" الضرر لا يكون قديماً ... "	٧	٩٧
١٢-	" لا اعتبار لمرور الزمن في دعاوى المحال التي يعود نفعها للعموم ... "		
		١٦٧٥	٨٣
١٣-	" لا تسمع الدعاوى غير العائدة لأصل الوقف ... "	١٦٦٠	٨٩
١٤-	" لا يسقط الحق بتقادم الزمن ... "	١٦٧٤	١٥١
١٥-	" لا يعتبر مرور الزمن في دعوى الطلب من المفلس ... "	١٦٦٨	١١٧، ٧٩
١٦-	" ليس لمن كان مقراً بكونه مستأجراً ... "	١٦٧٣	١٥٠، ٨٣
١٧-	" لو أقر الشقيع طلب الخصومة ... "	١٠٣٤	٩٥
١٨-	" لو وجد مرور الزمن في حق بعض الورثة ... "	١٦٧٢	١٢٣
١٩-	" مدة السفر هي ثلاثة أيام ... "	١٦٦٤	٧٤
٢٠-	" والمعتبر في هذا الباب، أي في مرور الزمن ... "	١٦٦٣	١١٧، ٨٦، ٧٣
٢١-	" يعتبر التقدم في حق المرور ... "	١٢٢٤	٩٧
٢٢-	" يعتبر مرور الزمن من تاريخ وجود صلاحية الادعاء ... "	١٦٦٧	١١٦

ب- فهرس مواد مرشد الحيران

الرقم	المادة	رقم المادة	الصفحة التي وردت فيها
١ -	" اذا ترك بعض الورثة الدعوى ..."	٢٦١	١٢٣
٢ -	" اذا تركت الدعوى لعذر ..."	١٥٧	٧٤
٣ -	" أسباب الملك هي ..."	٧٢	٦٣
٤ -	" انما تعتبر المطالبة في مجلس القضاء لا في غيره ..."	٢٦٠	١٢٠
٥ -	" انما لا تسمع دعوى الملك أو الارث أو الوقف ..."	١٥٦	٨٤
٦ -	" تبطل الشفعة بترك طلب المواثبة ..."	١٣٦	٩٥
٧ -	" دعوى الدين أياً كان سببه ..."	٢٥٦	٧٤
٨ -	" لا تسمع دعوى الملك على واضع اليد ..."	١٦١	١٤٨
٩ -	" لو اضع اليد على العقار أن يضم ..."	١٥٣	١٢١
١٠ -	" المطالبة في أثناء المدة المحدودة في غير مجلس القضاء ..."	١٥٩	١٢٠
١١ -	" من كان له مجرى أو سياق ماء ..."	٥١	٩٨
١٢ -	" من كان واضعاً يده على عقار اشتراه ..."	١٦٠	١٤٨
١٣ -	" من كان واضعاً يده على عقار أو غيره ..."	١٥١	٧٣
١٤ -	" من كان واضعاً يده على عقار بطريق الإجارة أو الاعارة ..."	١٥٥	١٥٠
١٥ -	" من كان واضعاً يده على عقار ومتصرفاً فيه ..."	١٥٢	٨٧
١٦ -	" واذا ادعى في أثناء المدة في مجلس القضاء ..."	١٥٨	١٢٠
١٧ -	" يعتبر ابتداء المدة المقررة لعدم سماع دعوى الدين المؤجل ..."	٢٥٨	١١٦

٥ - فهرس الأعلام

الرقم	اسم العالِم	الصفحة التي ورد فيها
١-	أصبغ بن خليل القرطبي - أبو القاسم - .	١٥٧
٢-	جابر بن زيد الأزدي الحميدي الجوفي البصرى - أبو الشعثاء	٢٨
٣-	الربيع بن حبيب الحنفي البصرى - أبو سلمة - .	٢٨
٤-	ربيعة بن أبي عبد الرحمن فروخ مولى المنكدر، المعروف بربيعة	
	الرأى - أبو عثمان - .	٢٥
٥-	زيد بن أسلم العدوى ، مولى عمر بن الخطاب - رضي الله عنه -	
	أبو أسامة ، ويقال أبو عبد الله - .	٢٧
٦-	السلطان سليمان بن السلطان سليم بن بايزيد العثماني	٢٥
٧-	عبد الجبار بن عمر الأيلي - أبو عمر ، ويقال أبو الصباح - .	٢٥
٨-	عبد الرحمن بن القاسم بن خالد بن جنادة العتقي المصري -	
	أبو عبد الله - .	٩٢
٩-	عبد العزيز بن عبد المطلب بن حنطب المخزومي	٢٧
١٠-	عبد العزيز الثميني الجزائري الاباضي - ضياء الدين - .	٦٦
١١-	عبد الله بن وهب بن مسلم القرشي - أبو محمد - .	٢٥
١٢-	عبد الملك بن حبيب السلمي القرطبي البيهقي - أبو مروان - .	٩٩
١٣-	علي بن أحمد الصعدي العدوى . مآب الحسن - .	٨٥
١٤-	علي بن محمد بن علي المعروف بالسيد الشريف الجرجاني	٤٤
١٥-	علي بن محمد بن محمد بن يخلق المنوفى المصرى المعروف	
	بالشاذلي - نور - الدين أبو الحسن - .	٦٥
١٦-	محمد بن عبد الباقي الزرقاني - أبو عبد الله - .	٨٥
١٧-	محمد بن عبد الرحمن بن أبي ليلى .	١٦٦
١٨-	محمد بن عبد الله بن أبي زمنين المرى القرطبي - أبو عبد الله - .	١٠٠
١٩-	محمد بن عبد الله بن عبد الحكم - أبو عبد الله - .	١٥٧
٢٠-	محمد بن محمود بن حسين الأستروشنى - مجد الدين - .	١٨٥
٢١-	مسعود بن عمر بن عبد الله التفتازانى - سعد الدين - .	٤٤

الرقم	اسم العالِم	الصفحة التي ورد فيها
٢٢ -	مسلم بن أبي كريمة	٢٨
٢٣ -	مطرف بن عبد الله بن مطرف بن سليمان بن يسار الهلالي	
١٢٤ -	- أبو مصعب -	
٢٤ -	هزال بن يزيد بن ذئاب بن كليب بن عامر بن خزيمه الأسلمي	١٧١
٢٥ -	هلال بن بشر بن محبوب بن هلال بن ذكوان المزني	
٢٧	البصري - أبو الحسن -	٢٧
٢٦ -	يحيى بن زكريا بن مزين القرطبي - أبو زكريا -	١٠٠
٢٧ -	يحيى بن محمد بن قيس المحاربي البصري - أبو زكبير -	٢٧
٢٨ -	يحيى بن يحيى بن كثير الليثي القرطبي - أبو محمد -	٩٢
٢٩ -	يوسف بن خالد السمتي	٦٢

٦- فهرس المصادر والمراجع

XX

أولا : القرآن الكريم .

ثانيا : كتب التفسير :

- ٢- أحكام القرآن : لأبي بكر أحمد بن علي الرازي الجصاص ، المتوفى سنة ٣٧٠ هـ ، طبعة ١٣٣٥ هـ ، مطبعة الأوقاف الإسلامية .
 - ٣- أحكام القرآن : لأبي بكر محمد بن عبد الله بن العربي ، توفي سنة ٥٤٣ هـ ، تحقيق علي حامد البجسـاوى طبعة مطابع عيسى البابي الحلبي وشركاه ، مصر .
 - ٤- تفسير القرآن العظيم : لأبي الفداء اسماعيل بن كثير ، توفي سنة ٧٧٤ هـ ، طبعة ١٤٠٨ هـ ١٩٨٨ م ، الدار المصرية اللبنانية
 - ٥- الجامع لأحكام القرآن : لأبي عبد الله محمد بن أحمد الانصارى القرطبي ، توفي ٦٧١ هـ ، طبعة دار الفكر .
 - ٦- جامع البيان في تفسير القرآن : لأبي جعفر محمد بن جرير الطبري ، توفي ٣١٠ هـ ، الطبعة ١ ، ١٣٢٣ هـ ، المطبعة الكبرى الاميرية ، مصر .
 - ٧- روح المعاني في تفسير القرآن العظيم والسبع المثاني : لأبي الفضل شهاب الدين محمود الألوسي ، توفي ١٢٧٠ هـ ، طبعة دار احياء التراث العربي ، بيروت .
 - ٨- غرائب القرآن و رغائب الفرقان : لنظام الدين الحسن بن محمد بن حسين القمي ، توفي بعد ٨٥٠ هـ ، وهو مطبوع بهامش " جامع البيان " للطبري .
 - ٩- في ظلال القرآن : لسيد قطب ، الطبعة ٧ ، ١٣٩١ هـ - ١٩٧١ م ، دار احياء التراث العربي ، بيروت .
 - ١٠- المعجم المفهرس لألفاظ القرآن : لمحمد فؤاد عبد الباقي ، طبعة ١٤٠٨ هـ - ١٩٨٨ م ، دار الجيل ، بيروت .
- ثالثا : كتب السنة النبوية المطهرة :
- ١١- ارواء الغليل في تخريج أحاديث منار السبيل لابن زويان : محمد ناصر الدين الالباني ، الطبعة ١ ، ١٣٩٩ هـ - ١٩٧٩ م ، المكتب الاسلامي ، بيروت .

- ١٢ - تخريج الأحاديث النبوية الواردة في مدونة الإمام مالك بن أنس :
للدكتور الطاهر محمد الدرديري ، طبعة ١ ، ١٤٠٦ هـ - ١٩٨٦ م ، مركز البحث العلمي و احياء التراث الاسلامي ، كلية الشريعة والدراسات العليا ، مكة المكرمة .
- ١٣ - التلخيص الحبير في تخريج الرافي الكبير :
لأبي الفضل أحمد بن علي بن حجر العسقلاني ، توفي ٨٥٢ هـ ، طبعة ١٣٨٤ هـ - ١٩٦٤ م ، شركة الطباعة الفنية المتحدة ، القاهرة .
- ١٤ - الجامع الصحيح :
لأبي عبد الله محمد بن اسماعيل البخاري ، توفي ٢٥٦ هـ ، طبعة دار الجيل ، بيروت .
- ١٥ - الجامع الصحيح :
لأبي عيسى محمد بن عيسى بن سورة ، توفي ٢٧٩ هـ ، وهو المشهور بـ " سنن الترمذي " ، تحقيق احمد فؤاد شاكر ، الأجزاء (١ ، ٢ ، ٥) ، ومحمد فؤاد عبد الباقي جزء (٣) ، وكامل يوسف الحسوت جزء (٤) .
- ١٦ - الجامع الصحيح :
لأبي الحسين مسلم بن الحجاج بن مسلم القشيري النيسابوري ، توفي ٢٦١ هـ ، طبعة دار الآفاق الجديدة ، بيروت .
- ١٧ - الجامع الصغير :
لجلال الدين عبد الرحمن بن أبي بكر السيوطي ، توفي ٩١١ هـ ، طبعة ١٣٩١ هـ - ١٩٧٢ م ، دار المعرفة بيروت .
- ١٨ - سنن الدارقطني :
لعلي بن عمر الدارقطني ، توفي ٣٨٥ هـ ، طبعة ٤ ، ١٤٠٦ هـ - ١٩٨٦ م ، دار الكتب ، بيروت ، ومعه التعليق المغني على الدارقطني لأبي الطيب محمد شمس الحق العظيم .
- ١٩ - سنن أبي داود :
لأبي داود سليمان بن الأشعث بن اسحاق السجستاني الأزدي ، توفي ٢٧٥ هـ ، طبعة السند المصرية ، القاهرة .
- ٢٠ - السنن الكبرى :
لأبي بكر أحمد بن الحسين بن علي البيهقي ، توفي ٤٥٨ هـ ، طبعة ١ ، ١٣٥٥ هـ ، مطبعة دائرة المعارف العثمانية ، بحيدرآباد ، الهند .
- ٢١ - السنن الكبرى :
لأبي بكر أحمد بن الحسين بن علي البيهقي ، توفي ٤٥٨ هـ ، طبعة ١ ، ١٣٥٥ هـ ، مطبعة دائرة المعارف العثمانية ، بحيدرآباد ، الهند .

- لأبي عبد الرحمن أحمد بن شعيب النسائي ، توفي ٣٠٣ هـ ، تحقيق الدكتور عبد الغفار سليمان البنداري ، وسيد كسروي حسن ، طبعة ١ ، ١٤١١ هـ - ١٩٩١ م ، دار الكتب العلمية ، بيروت .
- ٢٢ - سنن ابن ماجه :
- لأبي عبد الله محمد بن يزيد بن ماجه القزويني ، توفي ٢٧٣ هـ ، تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي ، طبعة المكتبة العلمية ، بيروت .
- ٢٣ - شرح الزرقاني على موطأ الامام مالك :
- لأبي عبد الله محمد بن عبد الباقي الزرقاني ، توفي ١١٢٢ هـ ، طبعة ١٤٠١ هـ - ١٩٨١ م ، دار الفكر .
- ٢٤ - صحيح سنن ابن ماجه :
- لمحمد ناصر الدين الألباني ، طبعة ١ ، ١٤٠٧ هـ - ١٩٨٦ م ، المكتبة الاسلامي ، بيروت .
- ٢٥ - ضعيف سنن ابن ماجه :
- لمحمد ناصر الدين الألباني ، اشراف وتعليق وفهرسة زهير الشاويش ، طبعة ١ ، ١٤٠٨ هـ - ١٩٨٨ م ، المكتبة الاسلامي .
- ٢٦ - فيض القدير شرح الجامع الصغير :
- لزبن العابدين عبد الرؤوف بن تاج العارفين بن علي ، توفي ١٠٣١ هـ ، وهو مطبوع بهامشش الجامع الصغير للسيوطي .
- ٢٧ - مجمع الزوائد ومنبع الفوائد :
- لعلي بن أبي بكر الهيثمي ، توفي ٨٠٧ هـ ، طبعة ١٣٥٣ هـ ، مكتبة القدس ، القاهرة .
- ٢٨ - المراسيل :
- لأبي داود سليمان بن الأشعث السجستاني الأزدي ، توفي ٢٧٥ هـ ، وتخريج الأحاديث ، الشيخ شعيب الارناؤوط ، طبعة ١ ، ١٤٠٨ هـ - ١٩٨٨ م ، مؤسسة الرسالة ، بيروت .
- ٢٩ - المستدرك على الصحيحين :
- لأبي عبد الله محمد بن عبد الله المعروف بالحاكم النيسابوري ، توفي ٤٠٥ هـ ، وفي ذيلـــــــــــــــــه ، تلخيص المستدرك : لأبي عبد الله محمد بن أحمد الذهبي ، توفي ٨٤٨ هـ ، طبعة مكتبة ومطابع النصر الحديثة ، الرياض .
- ٣٠ - المعجم المفهرس لألفاظ الحديث النبوي عن الكتب الستة وعن مسند الدارمي وموطأ مالك ومسند أحمد بن حنبل :
- رتبة ونظمة لفيف من المستشرقين ، ونشره الدكتور أ. ي. - ونسك ، الدكتور ي. ب. - منســـــــــــــــــج طبعة ١٩٤٣ ، مطبعة بريل / ليدن .

- ٣١- المنتقى شرح موطأ الامام مالك :
لأبي الوليد سليمان بن خلف بن سعد الباجي الأندلسي توفي ٤٩٤هـ ، طبعة دار الكتب -
العربي ، بيروت .
- ٣٢- الموطأ :
للإمام مالك بن أنس الأصبحي ، توفي ١٧٩هـ ، وهو مطبوع بهامش كل من المنتقى ، وشرح
الزرقاني .
- ٣٣- نصب الراية لأحاديث الهداية :
لأبي محمد عبد الله بن يوسف الزيلعي ، توفي ٧٦٢هـ ، طبعة ١٣٥٧ هـ - ١٩٣٨ م ، دار المأمون
مصر .
- ٣٤- نيل الأوطار شرح منتقى الأخبار من أحاديث سيد الأخيار :
لمحمد بن علي بن محمد الشوكاني ، توفي ١٢٥٠هـ ، طبعة الأخيرة ، مطبعة مصطفى البابي
الحلبي وأولاده ، مصر .

رابعاً : كتب الفقه :

=====

- أ- كتب الفقه الحنفي :
٣٥- الاختيار لتعليل المختار :
لعبد الله بن محمود بن مودود الموصلبي ، توفي ٦٨٣هـ ، طبعة ٣ ، ١٣٩٥ هـ - ١٩٧٥ م ، دار المعرفة
بيروت .
- ٣٦- الأشباه والنظائر :
لزَيْن الدين بن إبراهيم بن نجيم ، توفي ٩٧٠هـ ، وهو مطبوع مع شرح غمز عيون البصائر للحموي .
- ٣٧- البحر الرائق شرح كنز الدقائق للسنفي :
لزَيْن الدين بن إبراهيم بن نجيم ، توفي ٩٧٠هـ ، طبعة المطبعة العربية ، باكستان .
- ٣٨- بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع :
لأبي بكر بن مسعود الكاساني ، توفي ٥٨٧هـ ، طبعة ١٤٠٦ هـ - ١٩٨٦ م ، دار الكتب العلمية
بيروت .
- ٣٩- تبين الحقائق شرح كنز الدقائق للسنفي :
لفخر الدين عثمان بن علي الزيلعي ، توفي ٧٤٢هـ ، طبعة ١ ، ١٣١٣ هـ ، المطبعة الكبرى الأميرية

- مصر .
- ٤٠- حاشية الجلبي على شرح العناية للبابرتي :
- لسعد الله بن عيسى ، الشهير بسعدى جلبي ، وبسعدى أفندي ، توفي ٩٨٨هـ ، وهي مطبوعة مع شرح فتح القدير .
- ٤١- حاشية الشلبي على تبیین الحقائق للزيلعي :
- لأبي العباس أحمد بن محمد بن أحمد الشلبي ، توفي ١٠٢١هـ ، وهي مطبوعة بهامش تبیین الحقائق للزيلعي .
- ٤٢- حاشية رد المحتار على الدر المختار للحصكفي :
- لمحمد أمين الشهير بابن عابدين ، توفي ١٢٥٢هـ ، طبعة ١٣٩٩هـ - ١٩٧٩م ، دار الفكر .
- ٤٣- حاشية قرة عيون الأخبار :
- لمحمد علاء الدين نجل محمد أمين - ابن عابدين - ، توفي ١٣٠٦هـ ، وهي تكملة حاشية رد المحتار ومطبوعة في آخرها .
- ٤٤- الدر المختار شرح تنوير الأبصار للتمرتاشي :
- لمحمد بن علي بن محمد الحصني الحصكفي ، توفي ١٠٨٨هـ ، وهو مطبوع مع حاشية رد المحتار لابن عابدين .
- ٤٥- شرح العناية على الهداية للمرغيناني :
- لمحمد بن محمود البابرتي ، توفي ٧٨٦هـ ، وهو مطبوع بهامش شرح فتح القدير .
- ٤٦- شرح فتح القدير على الهداية للمرغيناني :
- لكمال الدين محمد بن عبد الواحد المعروف بابن الهمام ، توفي ٦٨١هـ ، طبعة ٢ ، دار الفکر، بيروت .
- ٤٧- غمز عيون البصائر شرح الأشباه والنظائر لابن نجيم :
- لأحمد بن محمد الحموي ، توفي ٩٧٠هـ ، طبعة ١٤٠٥هـ ، ١٩٨٥م ، دار الكتب العلمية ، بيروت .
- ٤٨- الفتاوى الهندية المسماة بالفتاوى العالمية في مذهب الإمام الأعظم أبي حنيفة النعمان :
- للشيخ نظام ومجموعة من علماء الهند ، طبعة ٣ ، ١٤٠٠هـ - ١٩٨٠م ، دار احياء التراث العربي ، بيروت .
- ٤٩- المبسوط :
- لأبي بكر محمد بن أحمد بن سهل السرخسي ، توفي ٤٩٠هـ ، طبعة ٣ ، دار المعرفة ، بيروت .
- ٥٠- نتائج الأفكار في كشف الرموز والأسرار :

- لأحمد بن قودر المعروف بقاضي زاده ، وهي تكملة شرح فتح القدير لابن الهمام ، ومطبوعة
في آخره .
- ٥١ - الهداية شرح بداية المبتدى :
لعلي بن أبي بكر المرغيناني ، توفي ٥٩٣ هـ ، وهي مطبوعة مع شرح فتح القدير .
- ب - كتب الفقه المالكي :
- ٥٢ - أنوار البروق في أنواع الفروق (الفروق) :
لأبي العباس أحمد بن ادريس الصنهاجي المشهور بالقرافي ، توفي ٦٨٤ هـ ، طبعة عالم الكتب
بيروت .
- ٥٣ - ادرار الشروق على أنواع الفروق :
لأبي القاسم قاسم بن عبد الله بن محمد بن محمد الانصارى المعروف بابن الشاط ، توفي
٧٢٣ هـ ، احمد بن محمد بن رشد القرطبي ، ٥٩٥ هـ ، ط ٧ ، ١٤٠٥ هـ - ١٩٨٥ م ، دار المعرفة ، بيروت .
- ٥٥ - بلغة السالك لأقرب المسالك الى مناهج الامام مالك :
توفي ١٢٤١ هـ ، طبعة الأخيرة ، ١٣٧٢ هـ - ١٩٥٢ م ، مطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده بمصر .
- ٥٦ - البهجة في شرح التحفة :
لأبي الحسن علي بن محمد بن عبد السلام التسولي ، توفي ١٢٥٨ هـ ، وهو شرح لتحفة الحكام
لابن عاصم ، طبعة ٢ ، ١٣٧٠ هـ - ١٩٥١ م ، مطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده ، مصر .
- ٥٧ - البيان والتحصيل والشرح والتوجيه والتعليل في مسائل المستخرجة :
لأبي الوليد محمد بن أحمد بن محمد بن رشد القرطبي ، توفي ٥٩٥ هـ ، تحقيق محمد العرايشي ،
طبعة ١٤٠٥ هـ - ١٩٨٥ م ، دار الغرب الاسلامي ، بيروت .
- ٥٨ - التاج والاكليل شرح مختصر خليل
لأبي عبد الله محمد بن يوسف العبدري المشهور بالموافق ، توفي ٨٩٧ هـ ، وهو مطبوع بهامش
مواهب الجليل للحطاب .
- ٥٩ - تبصرة الحكام في أصول الأفضية ومناهج الأحكام :
لابراهيم بن علي بن فرحون ، توفي ٧٩٩ هـ ، وهو مطبوع بهامش فتح العلي المالكي للشيخ عlish .
- ٦٠ - تهذيب الفروق والقواعد السنية في الاسرار الفقهية :
لمحمد علي بن حسين ، توفي ١٣٦٧ هـ ، وهو مطبوع بهامش الفروق للقرافي .
- ٦١ - حاشية تسهيل منح الجليل :
لأبي عبد الله محمد بن أحمد بن محمد عlish ، توفي ٢٩٩ هـ ، وهي حاشية على منح الجليل

- للشيخ عليش ، ومطبوعة بهامشه .
- ٦٢ - حاشية البناني على شرح الزرقاني :
- لأبي عبد الله محمد بن حمدون البناني ، توفي ١٣٠٧هـ ، وهي مطبوعة بهامش شرح الزرقاني .
- ٦٣ - حاشية الدسوقي على الشرح الكبير للدردير :
- لأبي عبد الله محمد بن أحمد بن عرفة الدسوقي ، توفي ١٢٣٠هـ ، طبعة دار الفكر .
- ٦٤ - حاشية العدوي على شرح الخرشي :
- لأبي الحسن علي بن أحمد الصعدي العدوي ، توفي ١١٨٩هـ ، وهو مطبوع بهامش شرح الخرشي .
- ٦٥ - حاشية العدوي على كفاية الطالب الرباني للشاذلي :
- لأبي الحسن علي بن أحمد الصعدي العدوي ، توفي ١١٨٩هـ ، وهو مطبوع بهامش كفاية الطالب الرباني للشاذلي .
- ٦٦ - شرح حلى المعاصم لبنت فكر بن عاصم :
- لأبي عبد الله محمد القباودي ، توفي ١٢٠٧هـ ، وهو شرح تحفة الحكام لابن عاصم ، وهو مطبوع بهامش البهجة للتسولي .
- ٦٧ - شرح الخرشي على مختصر خليل :
- لأبي عبد الله محمد بن عبد الله الخرشي ، توفي ١١٠١هـ ، طبعة دار الفکر ، بيروت .
- ٦٨ - شرح الزرقاني على مختصر خليل :
- لعبد الباقي بن يوسف بن أحمد الزرقاني ، توفي ١٠٢٠هـ ، طبعة دار الفكر ، بيروت .
- ٦٩ - الشرح الصغير على مختصر خليل :
- لأبي البركات أحمد بن محمد بن أحمد الدردير ، توفي ١٢٠١هـ ، وهو مطبوع بهامش بلغة السالك للماوي .
- ٧٠ - الشرح الكبير على مختصر خليل :
- لأبي البركات أحمد بن محمد بن أحمد الدردير ، توفي ١٢٠١هـ ، وهو مطبوع بهامش حاشية الدسوقي .
- ٧١ - شرح كفاية الطالب الرباني لرسالة ابن أبي زيد القيرواني :
- لأبي الحسن علي بن محمد الشاذلي ، توفي ٩٣٩هـ ، طبعة ١٣٥٧هـ - ١٩٣٨م ، مطبعة مصطفي البابي الحلبي وأولاده ، مصر .
- ٧٢ - فتح العلي المالک في الفتوى على مذهب الإمام مالك :
- لأبي عبد الله محمد أحمد عليش ، توفي ١٢٩٩هـ ، الطبعة الأخيرة ، ١٣٧٨هـ - ١٩٥٨م ، مطبعة

- مصطفى البابي الحلبي وأولاده ، مصر .
- ٧٣ - القوانين الفقهية :
- لأبي عبد الله محمد بن أحمد بن محمد بن جزي الكلبي ، توفي ٧٤١هـ ، طبعة ٢ ، ١٤٠٩هـ - ١٩٨٩م
دار الكتاب العربي ، بيروت .
- ٧٤ - المدونة الكبرى :
- للإمام مالك بن أنس الأصبحي ، توفي ١٧٩هـ ، رواية الإمام سحنون عن عبد الرحمن بن قاسم
عن الإمام مالك ، طبعة ١ ، مطبعة السعادة ، مصر .
- ٧٥ - مواهب الجليل شرح مختصر خليل :
- لأبي عبد الله محمد بن محمد بن عبد الرحمن المغربي المعروف بالحطاب ، طبعة ٢ ، ١٣٩٨هـ -
١٩٧٨م ، دار الفكر .
- ٧٦ - منح الجليل شرح مختصر خليل :
- لأبي عبد الله محمد أحمد عليش ، توفي ١٢٩٩هـ ، طبعة مكتبة النجاح ، طرابلس ، ليبيا .
- ت : كتب الفقه الشافعي :
- ٧٧ - الاحكام السلطانية والولايات الدينية :
- لأبي الحسن علي بن محمد بن حبيب الماوردي ، توفي ٤٥٠هـ ، خرّج أحاديثه وعلق عليه خالد
عبد اللطيف السبع العليمي ، طبعة ١ ، ١٤١٠هـ - ١٩٩٠م ، دار الكتاب العربي ، بيروت .
- ٧٨ - الأشباه والنظائر في قواعد وفروع فقه الشافعية :
- لجلال الدين عبد الرحمن بن أبي بكر السيوطي ، توفي ٩١١هـ ، تحقيق وتطبيق محمد المعتمم
بالله البغدادي ، طبعة ١ ، ١٤٠٧هـ - ١٩٨٧م ، دار الكتاب العربي ، بيروت
- ٧٩ - الأم :
- للإمام أبي عبد الله محمد بن إدريس الشافعي ، توفي ٢٠٤هـ ، طبعة ٢ ، ١٤٠٣هـ - ١٩٨٣م ، دار
الفكر ، بيروت .
- ٨٠ - تكملة المجموع :
- لمحمد بخيت بن حسين المطيعي ، توفي ١٣٥٤هـ ، وهي التكملة الثانية للمجموع للنووي ، وهي
مطبوعة في آخر المجموع .
- ٨١ - حاشية البيجرمي على شرح الخطيب المسماة " بتحفة الحبيب على شرح الخطيب " :
- لسليمان بن محمد بن عمر البيجرمي ، توفي ١٣٣١هـ ، طبعة ١٣٩٨هـ - ١٩٧٨م ، دار المعرفــــــــــــة
بيروت .

- ٨٢ - حاشية البيجوري على شرح ابن قاسم الغزوي :
لأبي اسحق ابراهيم بن أحمد البيجوري، توفي ٨٢٥هـ، طبعة دار الفكر .
- ٨٣ - حاشية قليوبي على شرح المنهاج للمحلي :
لأبي العباس أحمد بن أحمد القليوبي ، توفي ١٠٦٩ هـ ، طبعة دار احياء الكتب العربية ، مصر ،
ومعه حاشية الشيخ عميرة .
- ٨٤ - روضة الطالبين وعمدة المفتين :
لأبي زكريا يحيى بن شرف النووي ، توفي ٦٧٦ هـ ، طبعة ٢ ، ١٤٠٥ هـ - ١٩٨٥ م ، المكتب الاسلامي .
- ٨٥ - شرح ابن قاسم الغزوي على متن أبي شجاع :
لأبي عبد الله محمد بن قاسم بن محمد الغزوي ، توفي ٩١٨ هـ ، وهو مطبوع بهامش حاشية
البيجوري .
- ٨٦ - شرح المحلي على منهاج الطالبين للنووي :
لجلال الدين محمد بن أحمد المحلي ، توفي ٨٦٤ هـ ، وهو مطبوع بهامش حاشيتي قليوبي وعميرة .
- ٨٧ - قواعد الأحكام في مصالح الأتام :
لأبي محمد عزالدين عبد العزيز ابن عبد السلام ، توفي ٦٦٠ هـ ، طبعة دار الفكر العلمية ، بيروت .
- ٨٨ - المجموع شرح المذهب للشيرازي :
لأبي زكريا يحيى بن شرف النووي ، توفي ٦٧٦ هـ ، طبعة دار الفكر . بيروت .
- ٨٩ - مغني المحتاج الى معرفة معاني ألفاظ المنهاج للنووي :
لمحمد بن أحمد المعروف بالخطيب الشربيني ، توفي ٩٧٧ هـ ، طبعة دار الفكر .
- ٩٠ - منهاج الطالبين :
لأبي زكريا يحيى بن شرف النووي ، توفي ٦٧٦ هـ ، وهو مطبوع بهامش مغني المحتاج للخطيب
الشربيني .
- ٩١ - نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج في الفقه على مذهب الامام الشافعي :
لمحمد بن أبي العباس حمزة بن شهاب الدين الرملي ، الشهير بالشافعي الصغير ، توفي
١٠٠٤ هـ ، الطبعة الأخيرة ، ١٤٠٤ هـ - ١٩٨٤ م ، دار الفكر ، بيروت .
- ث - كتب الفقه الحنبلي :
- ٩٢ - الأحكام السلطانية :
لأبي يعلى محمد بن الحسين الفراء ، توفي ٤٥٨ هـ ، صححه وعلق عليه محمد حامد الفقيهي ،

- طبعة ١٤٠٣هـ - ١٩٨٣م ، دار الكتب العلمية ، بيروت .
- ٩٣ - الانصاف في معرفة الراجح من الخلاف على مذهب الامام أحمد بن حنبل :
لأبي الحسن علي بن سليمان المرदाوي ، توفي ٨٨٥ . تحقيق ، محمد حامد الفقهي ، طبعة ١ ،
١٣٧٧هـ - ١٩٥٨م ، دار احياء التراث العربي ، بيروت .
- ٩٤ - الدرر السنية في الأجوبة النجدية - مجموعة رسائل ومسائل علماء نجد :
لعبد الرحمن بن محمد بن قاسم العاصمي ، توفي ١٣٩٢هـ ، طبعة ١٣٥٢هـ ، مطبعة أم القرى .
السعودية .
- ٩٥ - الروض المربع شرح زاد المستقنع للحجاوي :
لمنصور بن يونس بن ادريس البهوتي ، توفي ١٠٤٦هـ ، طبعة ١٣٩٠هـ - ١٩٧٠م ، مطبعة
السعادة ، الرياض .
- ٩٦ - الطرق الحكيمة في السياسة الشرعية أو الغراسة المرضية في أحكام السياسة الشرعية :
لأبي عبد الله محمد بن أبي بكر الزرعي المعروف بابن قيم الجوزية ، تحقيق محمد حامد
الفقهي ، طبعة دار الكتب العلمية ، بيروت .
- ٩٧ - الفروع :
لأبي عبد الله محمد بن مفلح ، توفي ٦٤٦هـ ، الطبعة ٤ ، ١٤٠٤هـ - ١٩٨٤م ، عالم الكتب ، بيروت .
- ٩٨ - الكافي في فقه الامام المبجل أحمد بن حنبل :
لأبي محمد عبد الله بن قدامة ، توفي ٦٢٠هـ ، طبعة ٢ ، ١٤٠٢هـ - ١٩٨٢م ، المكتب الاسلامي ،
بيروت .
- ٩٩ - كشاف القناع عن متن الإقناع للحجاوي :
لمنصور بن يونس بن ادريس البهوتي ، توفي ١٠٤٦هـ ، طبعة ١٤٠٢هـ - ١٩٨٢م ، دار الفکر
بيروت .
- ١٠٠ - المبدع في شرح المقنع لابن قدامة المقدسي :
لأبي اسحق برهان الدين ابراهيم بن محمد بن عبد الله بن محمد بن مفلح ، توفي ٨٨٤هـ
طبعة ١٤٠٠هـ - ١٩٨٠م ، المكتب الاسلامي ، بيروت .
- ١٠١ - مجموع فتاوى ابن تيمية :
لأبي العباس أحمد بن عبد الحلیم بن تيمية ، توفي ٧٢٨هـ ، جمع وترتيب عبد الرحمن بن
قاسم العاصمي ، وابنه محمد ، طبعة الرئاسة العلمية لشئون الحرمين الشريفين
السعودية .

- ١٠٢ - المعني في فقه الإمام أحمد بن حنبل الشيباني :
لأبي محمد موفق الدين عبد الله بن قدامة المقدسي ، توفي ٥٦٢٠هـ ، طبعة ١ ، ١٤٠٥هـ - ١٩٨٥م ،
دار الفكر ، بيروت .
- ج - كتب الفقه الطاهري :
١٠٣ - المعلى بالآثار :
لأبي محمد علي بن احمد بن سعيد بن حزم ، توفي ٤٥٦هـ ، تحقيق الدكتور عبد الغفار سليمان
البنداري ، طبعة ١٤٠٨هـ - ١٩٨٨م ، دار الكتب العلمية ، ودار الفكر .
- ح - كتب الفقه الزيدي :
١٠٤ - البحر الزخار الجامع لعلماء الأمازيغ :
لأحمد بن يحيى المرتضى ، توفي ١٠٣٩هـ ، طبعة ٢ ، ١٣٩٤هـ - ١٩٧٥م ، مؤسسة الرسالة ، بيروت .
- ١٠٥ - السيل الجوار المتدفق على حدائق الأزهار :
لمحمد بن علي بن محمد الشوكاني ، ت ١٢٥٠هـ ، تحقيق ابراهيم زايد ، طبعة ١ ، ١٤٠٥هـ - ١٩٨٥م
دار الكتب العلمية ، بيروت .
- ١٠٦ - الدرارى العضية شرح الدرر البهية في المسائل الفقهية
لمحمد بن علي بن محمد الشوكاني توفي ١٢٥٠هـ ، طبعة مكتبة التراث الاسلامي ، القاهرة .
- خ - كتب الفقه الاباضي :
١٠٧ - شرح النيل وشفاء العليل للثميني :
محمد بن يوسف اطفيش ، توفي ١٣٣٢هـ ، طبعة ١٣٤٣هـ ، المطبعة السلفية ، القاهرة .
- ١٠٨ - النيل وشفاء العليل : لضياء الدين عبد العزيز الثميني ، توفي ١٧٢٠هـ ، وهو مطبوع بهامش
شرح النيل لاطفيش .
- د - كتب الفقه الشيعي الامامي :
١٠٩ - شرائع الاسلام في مسائل الحلال والحرام :
لأبي القاسم نجم الدين جعفر بن الحسن الحلبي ، توفي ٦٧٦هـ ، طبعة ١ ، ١٣٨٩هـ - ١٩٦٩م ،
مطبعة الآداب ، النجف الأشرف .
- ١١٠ - فقه الامام جعفر الصادق :
لمحمد جواد مغنبيّة ، طبعة ١٤٠٢هـ - ١٩٨٢م ، دار الجواد ، بيروت .

خامسا : كتب الفقه العام :

=====

١١١ - الاجماع :

لمحمد بن إبراهيم بن المنذر ، توفي ٢١٨ هـ ، تحقيق ودراسة الدكتور فؤاد عبد المنعم أحمد -
طبعة ١ ، ١٤٠١ هـ - ١٩٨١ م ، من مطبوعات رئاسة المحاكم الشرعية والشؤون الدينية بدولة
قطر .

١١٢ - احياء علوم الدين :

لحجة الاسلام أبي حامد محمد بن محمد الغزالي ، توفي ٥٠٥ هـ ، طبعة دار المعرفة ، بيروت .

١١٣ - رحمة الأمة :

لأبي عبد الله محمد بن عبد الرحمن الدمشقي ، توفي ٧٨٠ هـ ، وهو مطبوع بهامش الميــزان
الكبرى للشعراني .

١١٤ - الميزان الكبرى :

لعبد الوهاب أحمد بن علي الأنصاري الشعراني ، توفي ٩٧٣ هـ ، دار احياء الكتب العربية .

سادسا : كتب أصول الفقه :

=====

١١٥ - الاحكام في أصول الأحكام :

لأبي الحسن علي بن محمد الآمدي ، توفي ٦٤٦ هـ طبعة ١٤٠٣ هـ - ١٩٨٣ م ، دار الكتب العلمية
بيروت .

١١٦ - أثر الأدلة المختلف فيها في الفقه الاسلامي :

للدكتور مصطفى ديب البغا ، طبعة دار الامام البخاري ، دمشق .

١١٧ - أصول الفقه الاسلامي :

للدكتور وهبة مصطفى الزحيلي ، طبعة ١ ، ١٤٠٦ هـ - ١٩٨٦ م ، دار الفكر ، دمشق .

١١٨ - تنقيح الأصول :

لصدر الشريعة عبید الله بن مسعود ، توفي ٧٤٧ هـ ، طبعة دار الكتب العلمية ، بيروت .

١١٩ - سد الذرائع في الشريعة الاسلامية :

لمحمد هشام برهاني ، طبعة ١ ، ١٤٠٦ هـ - ١٩٨٥ م ، مطبعة الريحاني ، بيروت .

١٢٠ - شرح التلويح على التوضيح لمتن التنقيح في أصول الفقه لابن مسعود :

لسعد الدين مسعود بن عمر بن عبد الله التفتازاني ، توفي ٧٩٢ هـ ، طبعة دار الكتب العلمية ،

بيروت .

- ١٢١ - كشف الأسرار في أصول فخر الإسلام البيزدوي :
لعبد العزيز البخاري ، مطبعة المصنف ، كراتشي ، باكستان .
- ١٢٢ - المستصفي :
لمحمد بن محمد بن محمد الغزالي ، توفي ٥٠٥ ، طبعة ٢ ، ١٤٠٣ هـ - ١٩٨٣ م ، دار الكتب العلمية ، بيروت .
- ١٢٣ - الموافقات في أصول الشريعة :
لأبي اسحق إبراهيم بن موسى اللخمي ، توفي ٧٩٠ هـ ، طبعة دار المعرفة ، بيروت .
- ١٢٤ - نظرية الاباحة عند الأصوليين :
للدكتور محمد سلام مدكور ، طبعة ٢ ، ١٤٠٤ هـ - ١٩٨٤ م ، دار النهضة العربية ، بيروت .
- ١٢٥ - نهاية السؤل في شرح منهاج الاصول للبيضاوي :
لجمال الدين عبد الرحيم بن الحسن الأسنوي ، توفي ٧٧٢ هـ ، طبعة عالم الكتب .

سابعا : كتب فقهية حديثة :

- ١٢٦ - أثر التقادم في الفقه الاسلامي - دراسة مقارنة - :
للدكتور محمد سعود المعيني ، طبعة ١٩٩٠ م ، مطبعة العاني ، بغداد .
- ١٢٧ - أحكام المعاملات الشرعية :
للشيخ علي الخفيف ، طبعة ٣ ، دار الفكر العربي .
- ١٢٨ - أحكام الوقف في الشريعة الاسلامية :
للدكتور محمد عبيد الكبيسي ، طبعة ١٣٩٧ هـ - ١٩٧٧ م ، مطبعة الارشاد ، بغداد .
- ١٢٩ - تاريخ الفقه الاسلامي :
للدكتور عمر سليمان الأشقر ، طبعة ١ ، ١٤٠٢ هـ - ١٩٨٢ م ، مكتبة الفلاح ، الكويت .
- ١٣٠ - تاريخ الفقه الاسلامي :
للشيخ محمد علي السائيس ، طبعة ١٤٠٦ هـ - ١٩٨٦ م ، دار المعارف ، مصر .
- ١٣١ - التشريع الجنائي الاسلامي :
للدكتور عبد القادر عودة ، طبعة ٨ ، ١٤٠٦ هـ - ١٩٨٦ م ، مؤسسة الرسالة ، بيروت .
- ١٣٢ - التعزير في الشريعة الاسلامية :
للدكتور عبد العزيز عامر ، طبعة ٣ ، ١٣٧٧ هـ - ١٩٥٧ م ، مطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده ، مصر .

- ١٣٣ - تقادم الدعوى الجنائية في الفقه الاسلامي والقانون الوضعي :
للدكتور سامح السيد جاد ، طبعة ١٤٠٤ هـ - ١٩٨٤ م ، دار الهدى للطباعة ، مصر .
- ١٣٤ - الجريمة والعقوبة في الفقه الاسلامي :
للشيخ محمد أبو زهرة ، طبعة دار الفكر العربي .
- ١٣٥ - الحق ومدى سلطان الدولة في تقييده :
للدكتور محمد فتحي الدريني ، طبعة ٣ ، ١٤٠٤ هـ - ١٩٨٤ م ، مؤسسة الرسالة ، بيروت
- ١٣٦ - الحياة والتقدم في الفقه الاسلامي المقارن بالقانون الوضعي :
للدكتور محمد عبد الجواد محمد ، طبعة ١٣٩٧ هـ - ١٩٧٧ م ، منشأة المعارف .
- ١٣٧ - دراسة تاريخية للفقه وأصوله والاتجاهات التي ظهرت فيهما :
للدكتور مصطفى سعيد الخن ، طبعة ١ ، ١٤٠٤ هـ - ١٩٨٤ م ، الشركة المتحدة للتوزيع ، دمشق .
- ١٣٨ - سقوط العقوبات في الفقه الاسلامي :
للدكتور جبر محمود الفضيلات ، طبعة ١ ، ١٤٠٨ هـ - ١٩٨٧ م ، دار عمّار ، الاردن .
- ١٣٩ - العقود المسماة (البيع ، والمقايضة ، والإيجار) شرح القانون المدني السوري المقارن بالفقه الاسلامي :
للدكتور محمد مصطفى الزحيلي ، طبعة ١٤٠٩ هـ - ١٩٨٩ م ، مطبعة دار الكتاب ، دمشق .
- ١٤٠ - العقود المسماة في قانون المعاملات المدنية الاماراتي والقانون المدني الأردني :
للدكتور وهبة مصطفى الزحيلي ط ١ ، ١٤٠٧ هـ - ١٩٨٧ م ، دار الفكر ، دمشق .
- ١٤١ - الفقه الاسلامي وأدلته :
للدكتور وهبة مصطفى الزحيلي ، طبعة ٣ ، ١٤٠٩ هـ - ١٩٨٩ م ، دار الفكر ، دمشق .
- ١٤٢ - القضاء في الاسلام :
للدكتور محمد عبد القادر أبو فارس ، طبعة ١٤٠٤ هـ - ١٩٨٤ م ، دار الفرقان ، عمان .
- ١٤٣ - المدخل الفقهي العام - الفقه الاسلامي في ثوبه الجديد
للشيخ مصطفى أحمد الزرقا ، طبعة ٩ ، ١٩٦٧ م - ١٩٦٨ م ، مطابع ألف باء - الأديب ، دمشق .
- ١٤٤ - المدخل في التعريف بالفقه الاسلامي وقواعد الملكية فيه :
للدكتور محمد مصطفى شلبي ، ط ١٤٤٣ هـ - ١٩٨٣ م ، دار النهضة العربية ، بيروت .
- ١٤٥ - المدخل لدراسة التشريع الاسلامي :
للدكتور عبد الرحمن الصابوني ، طبعة ١٣٩٨ هـ - ١٩٧٨ م ، المطبعة الجديدة
دمشق .

- ١٤٦ - المدخل لدراسة الشريعة الاسلامية :
للدكتور عبد الكريم زيدان ، طبعة ١١ ، ١٤١٠هـ - ١٩٩٠م ، مؤسسة الرسالة ، بيروت .
- ١٤٧ - المدخل للفقه الإسلامي - تاريخ الفقه الإسلامي :-
للدكتور حسن الشاذلي ، طبعة ٢ ، ١٤٠٠هـ - ١٩٨٠م .
- ١٤٨ - الملكية الخاصة في الشريعة الاسلامية ومقارنتها بالاتجاهات المعاصرة :
لعبد الله المصلح ، طبعة ١٣٩٦هـ - ١٩٨٦م - من مطبوعات الاتحاد الدولي للبنوك الاسلاميـة
الرياض .
- ١٤٩ - الملكية في الشريعة الإسلامية ودورها في الاقتصاد الإسلامي :
لعبد الله يونس ، طبعة ١ ، ١٤٠٧هـ - ١٩٨٧م ، مؤسسة شباب الجامعة ، الاسكندرية .
- ١٥٠ - الملكية في الشريعة الاسلامية - طبيعتها ووظيفتها وقيودها دراسة مقارنة بالقوانين الوضعية - :
لعبد السلام داود العبادي ، طبعة ١ ، ١٣٩٤هـ - ١٩٧٤م ، مكتبة الأقصى ، عمان .
- ١٥١ - الملكية ونظرية العقد في الشريعة الاسلامية :
للشيخ محمد أبو زهرة ، طبعة دار الفكر العربي .
- ١٥٢ - النظرية العامة للتقادم في الفقه الإسلامي - دراسة مقارنة - :
للدكتور محمد سعود المعيني ، طبعة ١٤٠٩هـ - ١٩٨٩م ، مطبعة العاني ، بغداد .
- ١٥٣ - وسائل الاثبات في الشريعة الاسلامية في المعاملات المدنية والأحوال الشخصية :
للدكتور محمد مصطفى الزحيلي ، الطبعة ١ ، ١٤٠٢هـ - ١٩٨٢م ، مكتبة دار البيان ، دمشق .

ثامنا : كتب القانون وشروحه :

أ - كتب القانون الشرعي وشروحه :

- ١٥٤ - جهود تقنين الفقه الإسلامي :
للدكتور وهبة مصطفى الزحيلي ، الطبعة ١ ، ١٤٠٨هـ - ١٩٨٧م ، مؤسسة الرسالة ، بيروت .
- ١٥٥ - درر الحكام شرح مجلة الأحكام :
لعلي حيدر أفندي ، تعريب المحامي فهمي الحسيني ، طبعة ١ ، ١٤١١هـ - ١٩٩١م ، دار الجيل
بيروت .
- ١٥٦ - شرح المجلة :
لسليم رسنم باز ، طبعة ٣ ، ١٤٠٦هـ - ١٩٨٦م ، دار احياء التراث العربي
بيروت .

- ١٥٧ - العقود المسماة في قانون المعاملات المدنية الاماراتي والقانون المدني الاردني
للدكتور وهبة مصطفى الزحيلي ، طبعة ١ ، ١٤٠٧ هـ - ١٩٨٧ م ، دار الفكر ، دمشق .
- ١٥٨ - مجلة الأحكام العدلية :
لمنير القاضي ، طبعة ١ ، ١٩٤٩ م ، مطبعة العاني في بغداد .
- ١٥٩ - مرشد الحيران الى معرفة أحوال الإنسان :
لمحمد قدرى باشا ، تقديم وتعليق وفهرسة الدكتور صلاح الدين عبد اللطيف الناهسي ،
طبعة ١ ، ١٤٠٧ هـ - ١٩٨٧ م ، الدار العربية للنشر والتوزيع ، عمان .
- ب - كتب القانون الوضعي وشروحه :
١٦٠ - الاتجاهات التشريعية في قوانين البلاد العربية :
للدكتور شفيق شحاته ، طبعة ١٩٦٠ م ، جامعة الدول العربية ، معهد الدراسات العربية
العالية ، مصر .
- ١٦١ - بين الشريعة الاسلامية والقانون الروماني :
للدكتور صوفي حسن أبوطالب ، طبعة ١٩٦٣ م مكتبة نهضة مصر ، مصر .
- ١٦٢ - تشريعات البلاد العربية من القوانين الغربية والشريعة الاسلامية :
للدكتور محمد عبد الجواد محمد طبعة ١٩٦٧ م ، منشورات معهد الدراسات الاضافية ، جامعة
الخرطوم ، السودان .
- ١٦٣ - التقادم في المواد المدنية والتجارية فقها وقضاء :
للدكتور على أحمد حسن ، طبعة ١٤٠٥ هـ - ١٩٨٥ م ، منشأة المعارف ، مصر .
- ١٦٤ - الحيابة - دراسة تأصيلية للحيابة من الناحيتين المدنية والجنائية - :
للدكتور محمد المنجى ، طبعة ٢ ، ١٤٠٥ هـ - ١٩٨٥ م ، منشأة مصر ، مصر .
- ١٦٥ - القانون الروماني :
للدكتور عمر ممدوح مصطفى ، طبعة ٥ ، ١٩٦٥ م - ١٩٦٦ م ، دار المعارف ، مصر .
- ١٦٦ - القانون الروماني والشريعة الاسلامية :
للدكتور زهدى يكن ، تحقيق الدكتور محمد زهدى يكن ، طبعة ١٣٩٥ هـ - ١٩٧٥ م ، دار يكن
للنشر ، بيروت .
- ١٦٧ - محاضرات في القانون الروماني :
للدكتور عبد السلام الترماتيني ، طبعة ١٩٦٤ م - ١٩٦٥ م ، جامعة حلب ، سوريا .

- ١٦٨ - الوجيز في شرح قانون التجارة الجديد - أحكام الافلاس :-
للدكتور عزيز عبد الأمير عكيلي ، طبعة ١ ، ١٣٩٣هـ - ١٩٧٣م ، مطبعة دار السلام ، بغداد .
- تاسعا : كتب اللغة والامطلاحات الفقهية :
=====
- ١٦٩ - التعريفات :
لعلي بن محمد بن علي الجرجاني ، طبعة ١ ، ١٤٠٣هـ - ١٩٨٣م ، دار الكتب العلمية ، بيروت .
- ١٧٠ - القاموس الفقهي لغة واصطلاحا :
لسعدى أبو جيب ، طبعة ٢ ، ١٤٠٨هـ - ١٩٨٨م ، دار الفكر ، دمشق .
- ١٧١ - القاموس المحيط :
لمحمد بن يعقوب الفيروزآبادي ، توفي ٨١٧هـ ، تحقيق مكتب التراث في مؤسسة الرسالة
طبعة ٢ ، ١٤٠٧هـ - ١٩٨٧م ، مؤسسة الرسالة ، بيروت .
- ١٧٢ - لسان العرب : لأبي الفضل محمد بن منظور ، توفي ٧١١هـ ، طبعة دار صادر ، بيروت .
- ١٧٣ - المصباح المنير في غريب الشرح الكبير للرافعي :
لأحمد بن محمد بن علي المقرئ ، توفي ٧٧٠هـ ، طبعة دار الفكر .
- ١٧٤ - معجم لغة الفقهاء - عربي / انجليزي :
للدكتور محمد رواس قلعة جي ، والدكتور حامد صادق قنيني ، طبعة ١ ، ١٤٠٥هـ - ١٩٨٥م ، دار
النفائس ، بيروت .
- ١٧٥ - المعجم الوسيط : للدكتور إبراهيم أنيس وآخرين ، طبعة ٢ ، دار احياء التراث العربي بيروت .
- ١٧٦ - مختار الصحاح :
لمحمد بن عبد بكر بن عبد القادر ، توفي بعد ٦٦٦هـ ، طبعة ١٤٠٥هـ - ١٩٨٥م ، مكتبة لبنان
بيروت .

عاشرا : كتب السير والتراجم :
=====

- ١٧٧ - الاصابة في تمييز الصحابة :
لأبي الفضل أحمد بن علي بن محمد بن حجر العسقلاني ، توفي ٨٥٢هـ ، طبعة دار الكتب
العلمية ، بيروت .
- ١٧٨ - الأعلام - قاموس تراجم لأشهر الرجال والنساء من العرب والمستعربين والمستشرقين :-

- لخير الدين الزركلي ، طبعة ٤ ، ١٣٩٩هـ - ١٩٧٩م ، دار العلم للملايين ، بيروت .
- ١٧٩ - البدر الطالع بمحاسن من بعد القرن السابع :
- لمحمد بن علي بن محمد الشوكاني ، توفي ١٢٥٠هـ ، طبعة دار المعرفة ، بيروت .
- ١٨٠ - بنية الوعاة في طبقات اللغويين والنحاة :
- لجلال الدين عبد الرحمن بن أبي بكر السيوطي ، توفي ٩١١هـ ، تحقيق محمد أبو الفضل إبراهيم ، طبعة المكتبة العصرية ، بيروت .
- ١٨١ - ترتيب المدارك وتقريب المسالك لمعرفة أعلام مذهب مالك :
- للقاضي أبي الفضل عياض بن موسى بن عياض السبتي ، توفي ٥٤٤هـ ، تحقيق الدكتور أحمد .
- ١٨٢ - تقريب التهذيب :
- لأبي الفضل أحمد بن علي بن حجر العسقلاني ، توفي ٨٥٢هـ ، تقديم ومقابلة ودراسة محمد العواملة ، طبعة ١٤٠٦هـ - ١٩٨٦م ، دار الرشيد ، حلب ، سوريا .
- ١٨٣ - تهذيب التهذيب : لأبي الفضل أحمد بن علي بن حجر العسقلاني ، توفي ٨٥٢هـ ، طبعة ١٤٠٤هـ ، ١٩٨٤م ، دار الفكر .
- ١٨٤ - الجرح والتعديل :
- لأبي محمد عبد الرحمن بن أبي حاتم الرازي ، توفي ٣٢٧هـ ، طبعة ١ ، ١٣٧٢هـ - ١٩٥٣م ، دار إحياء التراث العربي ، بيروت .
- ١٨٥ - شجرة النور الزكية في طبقات المالكية :
- لمحمد بن محمد مخلوف ، توفي ١٣٦٠هـ ، طبعة ٢ ، دار الكتاب العربي ، بيروت .
- ١٨٦ - طبقات الفقهاء :
- لأبي اسحق إبراهيم بن علي بن يوسف الشيرازي ، توفي ٤٧٦هـ ، تحقيق الدكتور احسان عباس ، طبعة ٢ ، ١٤٠١هـ - ١٩٨١م ، دار الرائد العربي ، بيروت .
- ١٨٧ - الطبقات الكبرى :
- لأبي عبد الله محمد بن سعد بن منيع الزهري البصري توفي ٢٣٠هـ ، طبعة ١٣٧٧هـ - ١٩٨٥م ، دار صادر ، بيروت .
- ١٨٨ - الفوائد البهية في تراجم الحنفية : لحد الحي اللكنوي ، توفي ١٣٠٤هـ ، طبعة ١٩٤٧م ، مكتبة ندوة علماء الهند .
- ١٨٩ - كشف الثنون عن أسامي الكتب والغنون :
- لمصطفى بن عبد الله الشهير بحاجي خليفة وبكاتب جلبي ، طبعة ١٣٦٢هـ - ١٩٤٣م ، وكالسسة

المعارف، تركيا .

١٩٠- لسان الميزان :

لأبي الفضل أحمد بن علي بن حجر العسقلاني، المتوفى ٨٥٢، طبعة ٢، ١٣٩٠ هـ - ١٩٧١ م، دار
الأعلمي للمطبوعات، بيروت .

١٩١ - معجم المؤلفين - تراجم مصنفي الكتب العربية :

لعمر رضا كحالة، طبعة دار احياء التراث العربي، بيروت .

١٩٢ - ميزان الاعتدال في نقد الرجال :

لأبي عبد الله محمد بن أحمد بن عثمان الذهبي، المتوفى ٧٤٨ هـ، تحقيق علي محمد البجاوي
طبعة دار الفكر .

حادى عشر : البحوث والمجلات :

=====

١٩٣ - أثر التقادم في حق الملكية :

للدكتور محمد سلام مذكور، مجلة القضاء والتشريع، عدد ٦، ١٤٠٣ هـ - ١٩٨٣ م، الكويت .

١٩٤ - التقادم وأثره في الدعوى وفي العقوبة :

للدكتور محمد سلام مذكور، مجلة العدالة، عدد ٤٢٢، ١٤٠٠ هـ - ١٩٨٠ م، أبوظبي .

UNIVERSITY OF JORDAN
FACULTY OF POSTGRADUATE
POSTGRADUATE SECTION FOR
POLITICS, LAW, AND JURISPRUDENCE

**OLDNESS RULES IN
ISLAMIC
JURISPRUDENCE**
"COMPARISION STUDY"

*BY STUDENT
SALAH OWDEH AHMAD HASHEESH*

*UNDER THE SUPERVISION OF
DR. AL-ABED KHALIL ABU-EID*

This thesis has been submitted in partial
fulfilment of obtaining a master degree in
Jurisprudence and its basis in the Faculty
of Postgraduage in the Jordan University

1992

Fifth Section: fabrication in imitation, ways, and judgement: I talked in this section about the ways and methods of fabrication in general and in particular, and after accomplishing the fabricated action, I concluded that it is permitted if replacing the sign of imitation and it is not for false purpose.

CHAPTER TWO, Tracking of permissibles, I divided this chapter into two sections:

Section One: definition of tracking of permissibles in connection with fabrication. I defined in terms the assurness and permission, then I defined the term tracking of permissibles as taking the easiest wherever indicated in any Imam's methods, and this action is different than fabrication, but in the same time tracking the permissibles is one of the ways that may lead to fabrication.

٤٠٧٣٠١

Section two, the judgement and view of tracking the permissible: I talked about the judgement of taking the legal permission and the easiest, I concluded that tracking the permissibles is permitted within a limited terms and conditions, then I spoke about giving Fatwa from the easiest Method, I stated that it is better for the man whom give Fatwa to deal with people far from false purposes and objectives; also I said it is not permissible to take Olama's mistakes and also I stated the conditions of taking from the easiest method (Mathhab).

ABSTRACT

The title of my thesis is Fabrication and track permissibles, this thesis contained two chapters and introduction.

INTRODUCTION: This part of my thesis stated the judgement of fabrication for Mujtahed (endeavourers) and for non-endeavorers, I talked about the aspects of imitation where I permitted the illetrant imitation for non-endeavorers, in some of questionable issues.

CHAPTER ONE, Fabrication, I divided this chapter into five sections: in Section one, definition of fabrication and determining of its scope and occurrence, where I stated that fabrication in terms means collecting of two efforts or more, for a certain matter, in which finally will conclude to a fact unacceptable by any of these parties. Also I talked about fabrication and its occurrence, where I concluded that fabrications space of work is questionable laws, its occurrence only took place in the fifth Hijra century only.

Second Section, The judgement of fabrication and the resulted issues: I studied some issues that lead to fabrication then talked about fabrication judgement where I mentioned the four famous Imams methods one by one, where I concluded that the issue is a matter of differences between them and finally to permit some kind of fabrication within a limited special terms.

Third Section, sections and terms of fabrication: In this section I talked about the terms and conditions of fabrications which is divided into many parts, in which some of them is made based on permission and prohibition, some others based on the legal actions.

Section four: Fabrication of endeavors and legislation: I talked about fabrication in Ijthiad through two issues, I concluded that fabrications is permitted within a limited rules. and the fabrication cannot be an obstacle.