



الحياسة فقها وقضاء

marocdroit



رشيد غاي

باحث جامعي

ماستر قانون العقود والعقار

كلية الحقوق جامعة محمد الأول وجدة

MAROCDROIT.COM

تاريخ النشر: 29 يونيو 2011

بسم الله الرحمن الرحيم

مقدمة

من المسلم به أن الكتابة في موضوع من قبيل الحيازة لا يعد أمرا مبتكرا، مادام فقهاء المالكية قد خصوا هذه المؤسسة بالعديد من الأحكام التي ساهمت في إغناء الفكر القانوني على مر الزمن.

لكن وبالرغم من ذلك، فإن البحث في هذا المضمار يقتضي ويتطلب مجهودا خاصا يرقى إلى صف الواجب، خاصة وأن الحيازة من المواضيع التي تحتم على الباحث الرجوع إلى أمهات الكتب الفقهية لاستخلاص القواعد التي توطرها، على اعتبار أن الفقه المالكي قد أولى اهتماما خاصا للموضوع محل البحث من خلال تحليل أحكامه في كل نازلة عرضت على الفقهاء بخصوصه، مستندين في ذلك إلى القاعدة الفقهية المشهورة "أن من له شيء ترك غيره يتصرف فيه ويفعل فيه ما يفعل المالك الدهر الطويل فإن ذلك مما يسقط الملك ويمنع الطالب من الطلب".¹

وغني عن البيان أن الحيازة قد تنصب على المنقول كما قد تنصب على العقار، هذا الأخير الذي يشكل المجال الخصب للمنازعات المرتبطة بها، وذلك بالنظر إلى أهميته الاجتماعية، و الاقتصادية، مما أدى إلى ضرورة تدخل القضاء في هذا الإطار بغية وضع حد للمشاكل التي تطرحها الحيازة على أرض الواقع، وهي مهمة ليست بالسهلة على الإطلاق، ذلك أن الأمر يحتاج إلى دراية بقواعد الفقه المالكي مادامت هي التي تطبق على العقارات غير المحفظة بشكل عام والحيازة بشكل خاص، الأمر الذي جعل القضاة يختلفون في التعامل مع موضوع الحيازة بالنظر إلى تفضيلهم لهذا المصنف

¹ - الحطاب، مواهب الجليل على شرح مختصر خليل الجزء 6، الطبعة الأولى دار الكتب العلمية، بيروت 1995 ص 229

الفقهي أو ذاك من المصنفات الفقهية المعتمدة، فكان من اللازم على المجلس الأعلى التدخل في أكثر من مرة لأجل توحيد الاجتهادات القضائية بهذا الخصوص.

ومن هذا المنطلق نتساءل عن مدى تفاعل القضاء المغربي مع القواعد الفقهية المنظمة للحيازة في العقار؟

الشيء الذي يحتم علينا تقسيم الموضوع إلى المبحثين التاليين:

المبحث الأول: أقسام الحيازة وشروطها.

المبحث الثاني: موانع الحيازة وآثارها

المبحث الأول: أقسام الحيازة وشروطها

لقد حظيت الحيازة باهتمام الفقه والقضاء نظرا للأهمية البالغة التي عرفتها هذه الأخيرة في جل المجتمعات الإسلامية، لذلك كان من البديهي أن يثار حول هذه المؤسسة نقاش واختلاف بين الفقهاء، بل وحتى بين المذاهب الإسلامية مادام كل مذهب يأخذ بتعريف خاص به لا يخرج عن ما جاء في الكتاب والسنة، ولما كان المذهب المالكي هو المذهب المعتمد في المغرب فإننا سنتقيد بأحكامه من أجل إبراز مفهوم الحيازة وأقسامها (المطلب الأول) هذا بالإضافة إلى بيان شروطها (المطلب الثاني).

المطلب الأول: الحيازة، المفهوم والأقسام

من المسلم به في كل دراسة، سواء كانت فقهية أو قانونية، أنه لا بد من تعريف الموضوع محل البحث وهذا ما يجب أن ينطبق على الحيازة (الفقرة الأولى)، وغني البيان أن للحيازة أقساما اختلف الفقه المالكي بخصوصها (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: مفهوم الحيازة

يقصد بالحيازة لغة الجمع وضم الشيء كالحيازة والإحتياز² وفي لسان العرب الحوز والجمع وكل من ضم شيئاً إلى نفسه من مال أو غيره ذلك فقد حازه حوزاً أو حيازة وحازه إليه وإحتازه إليه أي ضمه إلى نفسه³ يتبين من خلال هذين التعريفين أن الحيازة لغة ماهي في حقيقة الأمر إلا ضم الشخص شيئاً لنفسه مادامت الحيازة لا تتحقق إلا بالسيطرة على الشيء ولا شك أن مفهوم الحيازة لا ينحصر في التعريف اللغوي فقط وإنما يمتد إلى التعريف الفقهي، وهكذا عرفها الفقيه الدردير على أنها "وضع اليد على الشيء والاستيلاء عليه والتصرف فيه بهدم أو بناء أو صدقة أو زرع أو غرس أو إيجار أو بيع أو قطع شجر"⁴ في حين عرفها أحد الفقهاء المتأخرين من المالكية بأنها وضع اليد على الشيء مع إدعاء تملكه والتصرف فيه عشرة أعوام فأكثر على عين المدعي الذي سكت عن ملكه من غير عذر، ومحلها ما جهل أصل مدخل الحائز أو علم وكان ينقل الملك عن الأول مثل الشراء منه أو التبرع منه على الحائز أو ورثته⁵ إلى جانب هذه التعاريف الفقهية المقتبسة من أمهات الكتب، نجد بعض الفقه المغربي الحديث الذي حاول هو الآخر تحديد مفهوم للحيازة وإذ عرفها ابن معجوز على أنها وضع اليد من قبل الإنسان على شيء ويبقى تحت تصرفه مدة من الزمن.⁶

وعرفها الأستاذ مأمون الكزبري بأنها السلطة الواقعية أو السيطرة الفعلية على شيء منقولاً كان أو عقاراً أو على حق عيني مترتب على شيء.⁷

يتضح من خلال هذه التعاريف المذكورة أعلاه أنها اختلفت في الصياغة واللفظ دون المضمون، مادامت كلها تصب في اتجاه واحد ألا وهو وضع اليد على الشيء المحوز، وعلى هذا الأساس يمكن القول أن وضع اليد هو مظهر أساسي لقيام الحيازة وتحققها مادام

² - مجد الدين محمد بن يعقوب، القاموس المحيط الجزء الثاني، مؤسسة الحلي وشركاؤه للنشر والتوزيع القاهرة، ص 173.

³ - ابن منظور لسان العرب، الجزء الخامس، ص 341.

⁴ - أحمد بن محمد بن أحمد الدردير، الشرح الصغير على أقرب المسالك إلى مذهب الإمام مالك، مطبعة دار المعارف دون ذكر الطبعة ص 319.

⁵ - أبو الشتاء بن الحسن الغازي الحسيني التدريب على تحرير الوثائق العدلية الجزء الأول مطبعة الأمانة الرباط، 1995، ص 142.

⁶ - محمد ابن معجوز، الحقوق العينية في الفقه الإسلامي والتقنين المغربي، مطبعة النجاح الجديد، دار البيضاء ط2008 ص 310.

⁷ - مأمون الكزبري، التحفيظ العقاري والحقوق العينية، الأصلية والتبعية الطبعة الثانية سنة 1987، دون ذكر الطبعة، ص 194.

تخلفه يترتب عليه انتفاء الحيازة. ومن هذا المنطق نتساءل عن ما إذا كان القضاء المغربي قد تقيد بالتعاريف المشار إليها سابقا وخاصة مسألة وضع اليد؟⁸

إن الإجابة عن هذا التساؤل تقتضي الرجوع إلى بعض القرارات التي لها صلة بالموضوع الذي نحن بصدد من قبيل القرار الصادر عن المجلس الأعلى الذي جاء في إحدى حيثياته " وأن وضع اليد من شأنه أن ينتج آثار قانونية حتى ولو لم تكن الحيازة مرتكزة على أي رسم".⁹

يتبين من خلال هذا القرار أن وضع اليد ينتج كافة آثاره سواء كانت الحيازة مجهولة الأصل أو معلومة الأصل وهو ما سنفصل فيه الكلام في الفقرة الموالية.

الفقرة الثانية: أقسام الحيازة

لقد اختلف فقهاء المالكية في معالجة مسألة أقسام الحيازة، حيث برز في هذا الإطار تقسيمين يتعلق أحدهما بطبيعة الشيء المحجوز (أولا) يرتبط الآخر بالعلاقة بين الحائز والمحوز عليه (ثانيا).

أولا: أقسام الحيازة بالنظر إلى طبيعة الشيء المحجوز

في هذا الإطار ذهب الفقيه التسولي في شرحه لتحفة ابن عاصم إلى القول أن الحيازة على قسمين، حيازة مع جهل أصل الملك لمن هو، وحيازة مع علم أصل الملك لمن هو.¹⁰ فالأولى تكون لمن استولى على شيء مباح أو عقار غير مملوك لأحد وهذه تكفي فيها 10 أشهر فأكثر سواء كان ذلك يتعلق بالعقار أو بغيره، بحيث إذا كان شيء لا يعرف مالكة ثم أثبت شخص أنه حاز 10 أشهر فأكثر فإنه يصبح مالكا له¹¹ وفي نفس السياق

⁸ - سنفصل الكلام في مسألة وضع اليد عندما نتطرق إلى شروط الحيازة، في المطلب الثاني من هذا المبحث.
⁹ - القرار عدد 221 الملف المدني رقم 44852 أورده عبد العلي العبودي، الحيازة فقها وقضاء المركز الثقافي العربي الطبعة الأولى 1996، ص44.

¹⁰ - أبو الحسن علي بن عبد السلام التسولي البهجة في شرح التحفة دار الرشاد الحديثة، دون ذكر الطبيعة، ص 462.
¹¹ - محمد ابن محجوز، وسائل الإثبات في الفقه الإسلامي، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء طبعة 1995، ص 388.

ذهب جانب من الفقه المالكي¹² إلى حد الإقرار بأن الحيابة تنفع فيما جهل أصله، أما إذا ثبت المدخل لأحد وكان غير ناقل للملكية فلا يضره تصرف غيره بمحضه ولو طال.

وانسجاما مع ما تقدم قضى المجلس الأعلى في أحد قراراته والذي جاء في إحدى حيثياته "الحيابة إنما تنفع فيما جهل أصله وأن المحكمة لا تكون ملزمة بأن تتعرض لشروط الحيابة بل يكفيها أن تثبت بمجرد وضع اليد ومطلق الحيابة.¹³ يتضح من خلال هذا القرار أن المجلس الأعلى كرس قاعدة فقهية من صلب ما سنه الفقه المالكي في حيابة ما جهل أصله.

أما الثانية التي تتمثل في حيابة ما علم أصله ، وهي التي يعلم أصل الملك فيها لمن هو كما إذا وقع نزاع بين شخصين حول عقار أحدهما يدعي أنه يملك ذلك العقار ويتمسك الآخر بان ذلك العقار تحت حيازته وتصرفه، فهذه الحيابة إذا توفرت فيها شروطها وكذا بيان أصل مدخله تعتبر قرينة قاطعة على أن ذلك الشيء لذلك الحائز وأنه لا حق فيه للغير بحيث يحكم باستمرار حيازته له إن كان تحت يده كما يحكم برده له إن كان قد انتزع منه ولا ينفع مدعي الملكية ما يدلي به من حجج لتأييد دعوى الملكية هذه¹⁴ وهذا ما أكده المجلس الأعلى في أحد قراراته التي جاء فيها: "إذا أثبت المدعي وجه تملكه للعقار موضوع الدعوى فلا ينفع المدعي عليه الحائز إلا إثبات وجه مدخله وإلا استحق العقار من يده.¹⁵

ثانيا: أقسام الحيابة بالنظر إلى العلاقة بين الحائز والمحوز عليه

لقد قسم الفقيه المالكي ابن فرحون¹⁶ الحيابة إلى ستة أقسام تتمثل في حيابة الأب على ابنه والابن على أبيه، وتتجلى الثانية في حيابة الأقارب الشركاء، أما الثالثة تتعلق بحيابة

¹² - الونشريسي، المعيار المعرب والجامع المغرب عن فتاوى أهل إفريقيا والأندلس والمغرب الجزء 10 منشورات وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، الطبعة 1981، ص 58.

¹³ - قرار عدد 374 بتاريخ 96/06/05 مجلة قضاء المجلس الأعلى عدد 9، ص 57.

¹⁴ - جواد الهروس، الحيابة والاستحقاق في الفقه المالكي والقانون المغربي رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في الشريعة، جامعة القرويين فاس، السنة ج 2001-2002، ص 63.

¹⁵ - قرار عدد 4575 المؤرخ في 99/10/06 في الملف المدني عدد 99/1/14/158 منشور بمجلة قضاء المجلس الأعلى عدد 58/57 دجنبر 2004، ص 41.

¹⁶ - أبو عبد الله محمد ابن فرحون، تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام الجزء الثاني، دار الكتب العملية بيروت لبنان، ص 84.

القرابة بعضهم على بعض فيما لا شركة فيه بينهم، أما الرابعة فتتعلق بحيازة الموالى والأختان فى فى فى يتعلق النوع الخامس بالأجانب الأشراك بعضهم على بعض أما النوع الأخير فهو مرتبط بحيازة الأجانب بعضهم على بعض فيما لا شركة بينهم فى.

17 والملاحظ أن هذا التقسىم المعتمد من قبل الإمام ابن فرحون جاء فى شكل تصاعدى حيث كان البدء بأضعف أقسام الحىازة وهى الحىازة بين الآباء والأبناء ووصولاً إلى أقواها وهى الحىازة بين الأجانب غير الشركاء.

وعلى خلاف التقسىم السابق نجد جانب من الفقه¹⁸ من نهج فى تقسىم الحىازة تقسىما يتسم بدقة الفصل بين العلاقة القائمة بين الحائز والمحوز عليه فجعلها ثمانية أقسام حىازة القربى جدا كالأب مع ابنه وإلى قربى دون ذلك كسائر الأقرباء، ورثة أو غير ورثة، وإلى كونه من الأصهار والموالى وإلى كونه أجنبىا وكل واحد من الأربعة إما أن يكون شريكاً أم لا.

إن الاختلاف القائم بين الفقهاء المالكى بخصوص أقسام الحىازة ما هو إلا اختلاف من حيث المنظور على اعتبار أن الفقهاء الذين يقسمون الحىازة إلى ستة وثمانىة أقسام بالنظر إلى العلاقة الرابطة بين الحائز والمحوز عليه يخلصون عند تحليلهم لهذه الأقسام إلى أن الحىازة ما هى إلا قسمان حىازة معلومة الأصل، وحىازة مجهولة الأصل.¹⁹

المطلب الثانى: شروط الحىازة

إن كل تصرف قانونى لا ينتج آثاره القانونية إلا بتوفر شروط وعناصر تكوينية، وما الحىازة إلا واحدة من هذه التصرفات التى أجمع بشأنها الفقهاء على أنها لا تقوم إلا بتحقق شروطها والتى جاءت فى لامية الزقاق:

يد نسبة طول كعشرة أشهر وفعل بلا خصم بها الملك يجتلى

¹⁷ - جواد الهروس، م س، ص 64.
¹⁸ - ميارة الفاسى، شرح تحفة الحكام للقاضى أبى بكر محمد بن عاصم الأندلسى الغرناطى الجزء 2، مطبعة دار الفكر، ص 164.
¹⁹ - عب السلام بن زروع، مدخل لدراسة العقارات غير المحفظة محاضرة ألقىت على طلبة الماستر فى قانون العقود والعقار السنة الأولى السداسى الثانى، بكلية الحقوق وجدة بتاريخ 2009/05/08 السنة الجامعى 2008/ 2009 - (غير منشور).

وهل عدم التفويت في علمهم كمال أو صحة للحي الميت إذا جعل

هذه الشروط منها ما يتعلق بشخص الحائز (الفقرة الأولى) وما يتعلق بظروف الحياة (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: الشروط المتعلقة بشخص الحائز

تتمثل هذه الشروط في وضع اليد (أولاً) وتصرف الحائز في الشيء المحوز (ثانياً) وهذا بالإضافة إلى النسبة (ثالثاً).

أولاً: وضع اليد

يعتبر وضع اليد أهم مظهر للحيازة ويراد به في اصطلاح الفقهاء والعدول والمؤتقين وعند النص عليه في الأحكام القضائية تلك السيطرة الفعلية والسلطة الواقعية على العقار محل الحيازة إذ من دونه تنفي الحيازة²⁰ وقد وضح القرافي في الفروق معنى وضع اليد بقوله "اليد عبارة القرب والاتصال وأعظمها ثياب الإنسان التي هي عليه ونعله ويليه البساط الذي هو جالس عليه والدابة التي هو راكبها ويليه الدابة التي هو سائقها أو قائدها ويليه الدار التي هو ساكنها".²¹

وترجع أهمية هذا الشرط إلى اتفاق فقهاء المالكية على أن الأصل في كل من بيده شيء أنه له وأن الظاهر فيما هو في يد الإنسان مما يصلح له أن يملكه²² وعلى هذا الأساس يمكن القول أن المالكية استقروا على قاعدة أساسية ومهمة مفادها أن اليد تدل على ملك الحائز وتسقط دعوى القائم الحاضر الساكت بلا عذر وهو ما أكد عليه الشيخ خليل في مختصره بقوله "وإن حاز أجنبي غير شريك وتصرف ثم ادعى حاضر ساكت بلا مانع عشر سنين لم تسمع بنيته إلا بإسكان ونحو²³ وهو ما ذهب إليه المجلس الأعلى في أحد قراراته التي جاء فيها " أن كل من سبقت يده إلى الشيء لا يخرج من يده إلا بيقين وإن

²⁰ عبد العلي العبودي، م س، ص 42.

²¹ شهاب الدين الصنهاجي القرافي، الفروق، الجزء الرابع دار المعرفة بيروت لبنان، ص 130.

²² جواد الهروس، م س، ص 73.

²³ الحطاب، م س، ص 230.

واضع اليد غير مكلف بإثبات شيء إذ أن وضع اليد يعتبر حجة يجب أن تعارض بحجة أقوى²⁴ وفي نفس السياق أكدت استئنافية الناظور على أن وضع اليد شرط ضروري في الحيازة ودال على الملك وذلك متى شهد الشهود بذلك إذ جاء في قرارها ما يلي "... حيث استند المستأنف لاستحقاق المدعى فيه على موجب تلقيه عدد 146 يشهد شهود للمشهود له أن له وببده وعلى ملكه مالا من ماله جامع ثلاثة مواضع من الأرض."²⁵

يبين من خلال هذين القرارين أن القضاء المغربي قد طبق فعلا القواعد الفقهية التي قررها الفقهاء المالكيين، حيث اعتبر وضع اليد بمثابة دلالة على الملك وهو أيضا ما استقر عليه القضاء المصري، ذلك أن هذا الأخير يعتبر وضع اليد إذا كان مستوفيا لشروطه سببا مشروعاً للتملك وقرينة قانونية قاطعة على ثبوت الملك على اعتبار التملك بوضع اليد واقعة متى تحققت شروطها القانونية فإنها تكفي بذاتها لسبب الملكية.²⁶

ثانياً: تصرف الحائز

مما لا شك فيه أن الملك لا يصلح إلا بالتصرف وفي هذا يقول الشيخ خليل وصحة الملك بالتصرف²⁷ ومن ثم، فإن التصرف يعتبر من أهم شروط الحيازة وسندنا في ذلك ما قاله الفقيه التسولي " وكل من حيازتين أي حيازة ما جهل أصله وما علم أصله لابد فيهما من تصرف الحائز تصرف المالك في ملكه²⁸ ويثبت التصرف بالسكنى أو الإسكان أو الزرع والغرس أو الاستغلال أو الهبة أو البيع أو الهدم أو البناء أو قطع الشجر²⁹ وقد أجمع معظم فقهاء المالكية³⁰ على أن التصرف شرط أساسي لإثبات الحيازة وفي ذلك يقول الونشريسي شروط الملك خمسة (اليد وتصرف الملاك ونسبة وعدم المنازع وطول مدة الحيازة).

²⁴ - قرار عدد 1019 بتاريخ 1986/07/15 ملف عقاري عدد 4978 قضاء المجلس الأعلى عدد 40، ص 143.

²⁵ - قرار رقم 288 بتاريخ 2005/15/10، ملف رقم 02/1051 غير منشور.

²⁶ - عبد العلي العبودي، م س، ص 45.

²⁷ - خليل بن إسحاق بن موسى المالكي، مختصر خليل في فقه الإمام مالك، مكتبة عباس عبد السلام بنشقرون مصر 1964، ص 255.

²⁸ - التسولي، م س، ص 462.

²⁹ - محمد عرفة الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير لأبي البركات أحمد الدردي الجزء الرابع مكتبة دار إحياء الكتب العربية، ص 233.

³⁰ - الونشريسي، م س، ص الجزء 10، ص 342.

وتجدر الإشارة إلى أن التصرفات في الفقه المالكي تنقسم إلى ثلاثة مراتب وذلك من حيث القوة والضعف فهي إما تصرفات قوية، وهي أعمال التفويت الناقلة للملكية كالبيع والهبة والصدقة وغيرها وهي التي تنفع في الحيابة بين الآباء والأبناء وبين جميع أصناف الحائزين سواء كانوا أقارب أو أجانب أو شركاء أو غير شركاء وإن لم تطل المدة باتفاق المالكية³¹ أما التصرفات المتوسطة فتتجلى في الاستغلال والغرس والهدم والبناء وقد اختلف الفقهاء بخصوص بعض التصرفات المتوسطة كالهدم والبناء الغرس في مدى إمكانية اعتبارها نافعة للحيابة بين الآباء والأبناء وفي ذلك يقول أبو الوليد ابن رشد أن هذه الحيابة لا تنفع ولا يحوز أحدهما على الآخر في ذلك.³²

في حين تتمثل التصرفات الضعيفة في السكنى والإزدراع مثلا وهي أعمال مختلف فيها بين الفقهاء فبعضهم يعتبرها صالحة للحيابة من قبيل ابن فرحون الذي أكد على أن هذه التصرفات تنفع في حالة واحدة وهي حالة الأجانب غير الشركاء³³ أما البعض الآخر فيقر بأن التصرفات الضعيفة لا تنفع في الحيابة بين الآباء والأبناء ولا في حيابة الأقارب سواء كانوا شركاء أو غير شركاء ولا في حيابة الأجانب الشركاء وإن طالت المدة.³⁴ وغني عن البيان أن فقهاء المالكية حرصوا على أن يكون تصرف الحائز في الشيء المحوز تصرفا مناسباً لطبيعة الشيء أي أن يتم التصرف بجميع أنواع التصرفات بمعنى أن يكون بمراتبه الثلاث، قوية، متوسطة وضعيفة، وهو استقر عليه القضاء المغربي، حيث جاء في قرار صادر عن المجلس الأعلى "إن التصرف عام لا ينحصر في الحرث والغرس بل يشملها وغيرهما من الرعي والحفر وغير ذلك"³⁵ وفي نفس الإطار تؤكد الأحكام الصادرة عن محاكم الموضوع عن أهمية شرط التصرف إذ جاء في حكم صادر

³¹- جواد الهروس، م س، ص 76.

³²- أبي الوليد ابن رشد القرطبي، البيان والتحصيل والشرح والتوجيه والتعليل في مسائل التشريع الجزء 11 مطبعة دار الغرب الإسلامي، بيروت 1988، ص 146.

³³- ابن فرحون، م س، 86/2.

³⁴- الحطاب، م س، 277/5.

³⁵- قرار عدد 343 بتاريخ 1967/03/21 أورده أحمد برادة غزيول وآخرون، الدليل العملي للعقار غير المحفظ، جمعية نشر المعلومة القانونية والقضائية، مطبعة فضالة المحمدية، ص 19.

عن ابتدائية الناظور " ويجب أن يشهد له بالتصرف في قطع الأرض المتعرض عليها 10 سنوات"³⁶.

يبدو من خلال ما تقدم أن القضاء المغربي تفاعل وتناغم مع القواعد الفقهية المالكية المنظمة لشرط التصرف إلى حد يمكن معه الجزم بأنه لا حيابة بدون تصرف مادام هذا الأخير يعتبر مظهر أساسي من مظاهر الحيابة.

ثالثا: النسبة

علاوة على الشرطين السابقين نجد شرطا آخر لا يقل أهمية عنهما ويتعلق الأمر بنسبة الحائز الملك لنفسه والناس ينسبون إليه وهو ما يسمى بإدعاء الملك، ومن هذا المنطلق ولكي تثبت الحيابة يجب على الشهود الذين يشهدون بالحيابة لشخص أن يذكروا أن الحائز يصرح دائما بملكيته لذلك الشيء وأنه يتصرف فيه تصرف المالك في ملكه.³⁷ ويظهر أثر النسبة للحائز في أقواله وأقوال الناس وتسميتهم للمتنازع عليه بأرض فلان أو دار فلان على ما هو شائع بين المالكين المجاورين له خاصة والنسبة هذه لا تكون بواسطة سماع الناس منه أي ينسبها لنفسه فقط، بل قالوا لابد أن تكون نسبة الناس للملك له بكيفية مستفيضة تفيد العلم للشاهدين بها.³⁸ وفي ذلك يقول الفقيه الخرشي بأن نسبة الحائز وإدعاءه ملكية الموضع المحاز تكفي ولو مرة ولا يشترط استمرار النسبة والإدعاء طول مدة الحيابة³⁹ وفي نفس السياق ذهب الفقيه التسولي إلى أنه من شروط الحيابة أن يشهد الشهود بتصرف المالك في ملكه وينسبه لنفسه والناس ينسبونه إليه من غير علم منازع ولا معارض مدة عشرة أشهر أو عشر سنين ولا يعلمون أنها خرجت من ملكه إلى الآن أو تعدى عليها فلان أو إلى أن غاب أو إلى أن توفي وتركها لمن أحاطها في ميراثه...⁴⁰ ومن الفقهاء أيضا من اشترط أن يدرج في وثيقة الحيابة الإشهاد صراحة بأن

³⁶ -حكم ابتدائية الناظور في ملف رقم 18/98 بتاريخ 2006/12/4 غير منشور

³⁷ - جواد الهروس، م س، ص 80.

³⁸ - عبد العلي العبودي، م س، ص 52.

³⁹ - أبو عبد الله محمد بن عبد الله الخرشي، الخرشي علي مختصر خليل وبهامشه حاشية الشيخ علي العدوي ج 7 مطبعة دار صادر بيروت لبنان،

ص 243.

⁴⁰ - التسولي، م س، ص 462.

الشيء المحوز مال من ماله وملك صحيح خالص له من جملة أملاكه⁴¹ هذه الشهادة، على النسبة يجب أن تكون على القطع لا على مجرد نفي العلم شأنها في ذلك شأن باقي شروط الملك عدا شرط عدم التفويت التي تكون الشهادة فيه على نفي العلم.

علاوة على ذلك ذهب بعض الفقه المالكي⁴² إلى أنه إذا لم يثبت أصل الملك للمدعي فإن الحائز لا يسأل عن بيان ملكه وإن ثبت الأصل عن بينة أو إقرار الحائز، يسأل عن سبب ذلك، وبدوره القضاء المغربي ثبت هذا الشرط وهكذا جاء في قرار المجلس الأعلى:⁴³ "إن من شروط إثبات الملك النسبة كما جاء في العمل الفاسي أن التصييص على ذكر النسبة في الوثيقة سواء كانت علمية أو إستراتيجية لازم" وفي نفس الإطار جاء في إحدى حيثيات قرارات المجلس الأعلى "ولقد قرر بعض الفقهاء بأن التصريح في عقد الاستحقاق أصل يبني عليه الحكم لأن ذكر الحوز لا يغني عن ذكر الملك إذ قد يكون الحوز بغير الملك، وكذلك ذكر النسبة إذ كثيرا ما يكون الملك لشخص وتكون النسبة لغيره وقالوا لأبد من ذكر الملك والمال لأنه أوضح من الملك وحده، والواجب في مادة الحيازة هو إثبات صفة الملكية تلك الصفة التي يتصرف بها المالك في ملكه بأن ينسبه لنفسه وينسبه الناس له⁴⁴ وفي نفس الاتجاه أقرت استئنافية الناظر بضرورة تضمين وثيقة الإشهاد بشرط النسبة حيث جاء في الحكم " حيث أنه بعد اكتمال نصاب اللفيف وعدم بيان مدة الحيازة يجعل رسم الملكية المحتج به غير قائم وغير عاملة في النزاع ناقصة عن درجة الاعتبار وبالتالي استبعاد ما بنى عليها من اشرية التي بقيت بهزل عن سندها ومجردة من نسبة الملك، أضف إلى ذلك أن الطرف المدعي لم يدلي بما يفيد استمرار تملكه للعقار وحيازته له خاصة أن من نسب إليه الملك قد توفي سنة 1934 والحال أنه يدعي الإستيلاء مؤخرا".⁴⁵

⁴¹ أبو الشتاء الغازي الصنهاجي، م س، ص 152.

⁴² الخطاب، م س، 225/5.

⁴³ قرار عدد 1116 بتاريخ 2000/03/14 في ملف عقار رقم 95/91/2309 أورده محمد بريدة غزبول م س، ص 19.

⁴⁴ قرار مدني، عدد 9417 بتاريخ 1959/12/24 أورده عبد العلي العبودي م س، ص 53.

⁴⁵ قرار صادر عن استئنافية الناظر عدد 459 بتاريخ 2005/10/2 في ملف رقم 221/04 (غير منشور).

يتضح من خلال هذه القرارات أن الحيازة لا تنتفع صاحبها إلا مع إدعاء التملك، ومن ثم فإن الحيازة المجردة من دعوى التملك أو شرط النسبة لا تنتفع صاحبها ولو طال، إذ لا عبرة للحيازة بدون نسبة وهو فعلا ما يشكل إجماع من قبل القضاء على هذا الشرط يوازيه إجماع على مستوى الفقه المالكي.

الفقرة الثانية: الشروط المتعلقة بظروف الحيازة

إن الحيازة لا تستقيم كمؤسسة إلا بتوفر جميع شروطها فبعد أن تطرقنا في الفقرة الأولى إلى الشروط التي تتصل بشخص الحائز نحاول في هذه الفقرة التطرق لشرط عدم المنازع (أولا) والمدة (ثانيا).

أولا: سكوت المحوز عنه وعدم منازعته للحائز

يعتبر شرط عدم المنازع من أهم شروط الحيازة على اعتبار أنه يمنح القيمة للتصرف المعتبر شرعا، ذلك التصرف الذي يتسم بالهدوء من جهة والعلنية من جهة أخرى⁴⁶ وقد طرح النقاش بخصوص طبيعة هذا الشرط ما إذا كان شرط صحة أو شرط كمال، في هذا الإطار ذهب الفقيه التاودي إلى أن شرط عدم المنازع هو شرط صحة الملك بالتصرف⁴⁷ ففي حكم صادر عن ابتدائية الناظور جاء في حيثياته: "حيث إن رسم الملك الذي استدل به المدعون ينقصه شرط عدم المنازعة في التصرف وهو شرط صحة في وثيقة الملكية".⁴⁸

فلو افترضنا أن شخصا حاز عقارا ومنقولا وتصرف فيه تصرف المالك في ملكه على مرأى ومسمع المحوز عليه مع سكوت هذا الأخير وعدم منازعته له، وبعد مضي مدة الحيازة قام على الحائز يطالبه بحقه فإن حقه يسقط وتعتبر دعواه لا غيه لان العرف

⁴⁶ - عبد العلي العبودي، م س، ص 49.

⁴⁷ - محمد التاودي، شرح التاودي للاميع الزقاق ج2 دون ذكر الطبعة والمطبعة، ص 3

⁴⁸ - حكم صادر عن ابتدائية الناظور رقم 143 تاريخ 2007/05/21 في ملف عقاري عدد 06/07/143 غير منشور

يكذبه، فسكوته مع علمه بالحيازة وعدم اعتراضه دليل وقرينة على أنه غير مالك للشيء المحوز⁴⁹.

وانسجاما مع هذا الطرح قضى المجلس الأعلى في أحد قراراته⁵⁰ " بأن من شروط الحيازة أن تطول عشر سنين مع حضور المدعى وسكوته دون مانع طيلة المدة المذكورة" و في نفس السياق قضى المجلس الأعلى بما يلي " إذا اعتبرت المحكمة أن هناك نزاعا في التصرف أو التباسا في الحيازة وقررت عدم قبولها له تكون قد صادفت الصواب".⁵¹ وفي قرار آخر لنفس المجلس جاء فيه: " أن عدم وجود منازعة أثناء الحيازة المشهود بها في الملكية هو أحد الشروط الخمسة للملكية المنصوص عليها في لامية الزقاق.

يد نسبة طول كعشرة أشهر وفعل بلا خصم بها الملك يجتلا

إلا أن المنازعة التي تجعل الملكية ناقصة عن درجة الاعتبار هي تلك التي تنص على مدة الحيازة المشهودة بها المنازعة اللاحقة لتلك المدة".⁵²

إن هذه القرارات السالفة الذكر تجمع على أن إنعدام المنازع شرط من أهم شروط الحيازة فبدونه لا تستقيم ولا تكتمل ولا تنتج آثارها.

وغني عن البيان أن عدم منازعة المحوز عنه للحائز يجب أن تكون بلا عذر أو مانع شرعي طول مدة الحيازة وفي ذلك يقول الحطاب في شرحه لقول خليل: "ثم ادعى حاضر ساكت بلا مانع" أي أن يكون سكوت المدعي طول مدة الحيازة بلا مانع، فلو كان هناك مانع يمنعه من الكلام فإن حقه لا يبطل.⁵³

كذلك فالمقصود بالنزاع حسب المجلس الأعلى هو الذي يعيب الشروط الموجبة للملك والإدعاء بالحق خلال المدة المشهودة بها أما إقامة الدعوى بعد ذلك فلا يشكل منازعة

⁴⁹ - جواد الهروس، م س، ص 92.

⁵⁰ - قرار عدد 217 بتاريخ 1968/05/8 أورده محمد القهوري، حيازة العقار وحيازة المنافع.. مطبعة دار الأمان الرباط، ط1، ص 81.

⁵¹ - قرار عدد 217 بتاريخ 1968/9/8 في ملف عدد 1420 أورده محمد برادة غزيول، ص 20.

⁵² - قرار عدد 969 المؤرخ في 20/2/2002 ملف عدد 1/1/1873 غير منشور

⁵³ - الحطاب م س، الجزء الخامس، ص 222.

مؤثرة في شروط إثبات الملك، ومما لا شك فيه أيضا أن الحيازة الخالية من النزاع هي التي لم ينازع المحوز عنه الحائز فيها الذي كان حاضرا عالما بالغا رشيدا ولقول صاحب التحفة: 54

والمدعي إن اثبت النزاع مع خصيمه في مدة الحوز انتفع
وقائم ذو غيبة بعيـدة
والبعد كالسبع وكالثـمان
وكالحضور اليوم واليومـان
حجته باقية مـفـيـدة
وفي التي توسطت قـولـان
بنسبة الرجال لا النسـوان

وهذا ما ذهب إليه استئنافية الناظور حينما عللت قرار لها "أن من شروط الحيازة بالنسبة للأجنبي الحوز مدة عشر سنوات بدون منازع والمالك قائم حاضر البلد " 55 يتضح من خلال ما تقدم أن فقهاء المالكية والقضاء المغربي أجمعوا على اعتبار المنازعة مانعا من موانع الحيازة لكن قد يطرح التساؤل في هذا الصدد حول ما إذا كانت هذه المنازعة تكفي من المدعي مرة واحدة أم لا بد من دوامها وتكرارها؟.

في هذا الإطار انقسم المالكية على قولين فالقول الأول يرى أن مدعي الملكية لا تنفعه ولا تكفيه المنازعة مرة واحد أو مرتين بل يجب أن تتكرر منه وان تدوم طول مدة الحيازة 56، أما القول الثاني فإنه لا يشترط دوام المنازعة وتكرارها من المدعي طيلة مدة الحيازة بل تكفيه ولو مرة واحدة 57.

والرأي فيما نعتقد أن الرأي الأول حري بالتأييد على اعتبار أن من تم المس بملكيته (المحوز عنه) ، لا يمكن أن ينازع الحائز مرة واحدة، فقط فالمنطق يقتضي دوام هذه المنازعة حتى يتم استرداد الملك الذي يدعيه.

54 - قرار المجلس الأعلى عدد 2450 المؤرخ في 2003/7/24 ملف مدني عدد 2002/4/1/23/8 أورده محمد برادة غزبول.

55 - قرار استئنافية الناظور رقم 453 بتاريخ 2005/10/25 في الملف رقم 00/565 غير منشور

56 - قال بهذا القول كل من ميارة الفاسي، شرح ميارة الفاسي لتحفة الحكام للقاضي أبو بكر محمد بين عاصم الأندلسي الغرناطي ج 2 مطبعة دار الفكر ص 169 وقال به أيضا الوهوني في حاشيته، حاشية الرهوني على شرح الزرقاني لمختصر خليل ج 7 دار الفكر بيروت الطبعة 1978 ص 510.

57 - التسولي، م، س، ج 2، ص 463/462

ومن المفيد في الأخير أن نشير حول ما إذا كان أثر المنازعة نسبيا لا يستفيد منه إلا المنازع شأنه شأن التقادم أو أن للمنازعة أثرا عاديا في حق كل من يبدو له القيام ولو لم يكن هو المنازع. في هذا الصدد يمكن القول انطلاقا مما وضعه الفقهاء من قواعد الحيازة أن المنازعة ولو من قبل الغير تعيب الحيازة وتفيد القائم ولو لم يكن هو الذي نازع الحائز وذلك لأن ثبوت المنازعة من قبل الغير ولو أنه لا يمكن أن يشفع للقائم بسكوته يجعل شرط النسبة غير قائم وبذلك يختل أهم شرط من شروط الحيازة ويستفيد القائم من الاختلال رغم سكوته.⁵⁸

ثانيا: مدة الحيازة

إن الحيازة لا تتفع صاحبها إلا إذا طالت مدتها ، أي وضع اليد على العقار المحوز مدة محددة من الزمن تختلف تلك المدة تبعا للصلة التي تربط بين الحائز والمحوز عنه من جهة ولنوع العقار من جهة أخرى، وقد حدد الحديث الشريف مدة الحيازة في عشر سنين ولم يفرق في ذلك بين حيازة العقار والمنقول إذ جاء في حديث الرسول الكريم: (من حاز على خصمه شيئا عشر سنين فهو أحق به)⁵⁹ ومدة الحيازة تختلف عندما يتعلق الأمر بملك علم أصله لمن كان أو بملك لم يعلم أصله لمن كان قبل الحائز. فالحيازة مجهولة الأصل يكفي فيها عشرة أشهر فأكثر سواء كان ذلك يتعلق بالعقار أو بغيره لقول صاحب العمل الفاسي:

وحوز ما جهل أصله كفى	عشر أشهرة أو العام وفا
تصرف المالك والنسبة مع	يد ولا منازع طول وقع
هذا إذا توفرت فيشهد	عالمها يملك لمن له اليد ⁶⁰

⁵⁸- محمد القدوري، م س، ص 82.

⁵⁹أنظر تخريج الأحاديث الواردة بالمدونة الجزء الثالث الصفحة 1179 و 1180 الحديث رقم 500.

⁶⁰- عبد الرحمان الفاسي، نظم العمل الفاسي، مطبعة دار الفكر الطبعة الثالثة 1998.

وهكذا جاء في قرار للمجلس الأعلى "الإحياء الذي يؤدي إلى الملكية هو الذي يكون محله أرضا غير مملوكة، أما الأرض المملوكة لشخص إذا أهملها حيث صارت ميتة فلا يعتبر إحيائها من طرف الغير سببا لمليكتها".⁶¹

من خلال القرار يتضح أن المجلس الأعلى يتحدث بخصوص حيازة ما جهل أصله، أما حيازة ما علم أصله فإن المدة فيها تختلف بحسب نوع تصرف الحائز في عقار بالتقويت فقد أجمع الفقهاء أن المدة هنا سنة، ويقول الفقيه المهدي الوزاني في هذا الإطار: "نص الفقهاء على هذا كل من أقدم على بيع ملك غيره وهو يدعيه لنفسه وصاحبه ساكت لا ينازع في ذلك فإن ذلك يعتبر حيازة ولو لم تمضي مدة الحيازة بل يكفي في سقوط حقه سكوته سنة واحدة وقل ذلك وقوع القسمة لان القسمة بيع"⁶²

والحيازة بالتقويت تنفع بين جميع أصناف الحائزين ولو بين الأب وابنه⁶³ أما التصرف دون التقويت فإن المدة التي تعتبر حيازة قاطعة لحق المالك تختلف بحسب ما إذا كان الأجنبي بعيدا عن مدعي الملكية أو كان قريب له.

1) مدة الحيازة بين الأجانب:

تختلف هذه الحيازة حول ما إذا كان هؤلاء الأجانب غير شركاء (أ) أو شركاء (ب).

أ - حيازة الأجانب غير الشركاء:

جاء في باب التداعي والحوز في القوانين الفقهية لابن جزي " وأما إذ كان بيد واحد منهما فلا يخلو الذي حازه أن يكون بيده مدة الحوز أو أقل، فإن بقي مدة الحوز فأكثر فهي عشرة أعوام بين الأجانب..."⁶⁴

⁶¹- قرار صادر عن المجلس الأعلى عدد 1930 بتاريخ 2001/05/17 في ملف مدني عدد 99/2/3/985 أورده برادة غزيول مرجع سابق ص

21.

⁶²- المهدي الوزاني، الجامع المعرب عن فتاوى المتأخرين من علماء المغرب (أشار إليه ابن معجوز وسائل الإثبات في الفقه الإسلامي، م س، ص

398.

⁶³- الخطاب، م س، ص 228.

⁶⁴- ابن جزي، القوانين الفقهية، مطبعة أمنية الرباط، ص 224.

فمرور عشر سنوات وأكثر عن تصرف الحائز وحضور المحوز عنه يجعل دعوى القائم غير مسموعة وفي ذلك يقول ابن عاصم في تحفته:

والأجنبي إن يحز أصلا بحق عشر سنين فالتملك استحق.

ويقول الشيخ خليل في هذا الصدد وإن حاز أجنبي غير شريك وتصرف ثم ادعى حاضر ساكت بلا مانع عشر سنين لم تسمع بينته إلا بإسكان ونحوه.⁶⁵

والجدير بالذكر أن الحيابة بين الأجانب غير الشركاء في مدة العشر سنوات تنفع بجميع أنواع التصرفات كسكن الدار وحرث الأرض ولو لم تكن لهدم والبناء.

ب حيابة الأجانب الشركاء

إن حيابة الأجنبي الشريك لا يكفي فيها مطلق التصرف بل يجب لكي تمضي الحيابة لصالحه أن يكون التصرف متصفا بخطورة جسمية كالهدم والبناء والغرس، أي تصرفا يغير عين المدعى فيه تغيرا بينا ويغير صفته وشكله،⁶⁶ وفي ذلك يقول الشيخ خليل "كشريك أجنبي حاز فيه إن هدم وبني".⁶⁷

2- مدة الحيابة بين الأقارب

تختلف المدة بخصوص حيابة الأقارب حول ما إذا تعلق الأمر بالحيابة بين الأصول والفروع (أ) أو حيابة بين غيرهم من الأقارب (ب).

أ- الحيابة ما بين الأصول والفروع

إن الحيابة بين الآباء والأبناء لا تصح بطول المدة ففي ذلك يقول الشيخ خليل: لا بين أب وابنه وإلا كهبة أن يطول معهما أمد تهلك فيها البيئات وينقطع العلم⁶⁸ فلا تنفع الحيابة بين الآباء والأبناء بشيء إلا بمثل هبة أحدهما عقار لآخر⁶⁹ وفي هذا الصدد

⁶⁵ - الشيخ خليل، م س، ص 255.

⁶⁶ - عبد العلي العبودي، م س، ص 59.

⁶⁷ - الشيخ خليل م س، ص 257.

⁶⁸ - نفس المرجع، نفس الصفحة.

⁶⁹ - جواد الهروس، م س، ص 106.

جاء في قرار للمجلس الأعلى " إن الحيافة التي لا تعتبر أصلاً بين الأقارب هي التي تكون بين الأب وابنه، أما بين الأقارب الآخرين فهي عاملة وهي عشر سنين إذا كان بينهم تشاجر و إلا أربعون سنة سواء كانوا شركاء أو لا⁷⁰ أما الحيافة التي تنفع بين الأب والابن هي التي يتصرف فيها الحائز بما يفوت الذات أو كان بالبناء والهدم وفي ذلك يقول الفقيه الدسوقي: " والحاصل أن الحيافة لا تعتبر بين الأب وابنه إلا إذا كان تصرف الحائز مما يفوت الذات أو الهدم أو ما يلحق بهما وطالت مدة الحيافة جداً كالسنتين سنة والآخر حاضر عالم ساكت طول المدة بلا مانع له من التكلم".

أما الحيافة بمجرد زرع الأرض وسكنها لحل من غير هدم أو بناء أو غرس ولا تفويت والمحوز عنه حاضرًا أو قريباً للغيبه فلا تنفع بين الأب والابن مطلقاً.⁷¹

ب) حيافة الأقارب دون الآباء والأبناء

تختلف مدة الحيافة بين الأقارب بحسب ما إذا بينهم عداوة أو خصومة أم لا فإذا ثبت أن بينهم خصومة أو عداوة فمدة الحيافة عشر سنوات فأكثر أما إذا لم يكن بينهم عداوة ولا خصومة فمدتها أربعون سنة حيث قال فيها ابن عاصم في تحفته:

والأقربون حوزهم مختلف	بحسب اعتمارهم يختلف
فإن يكن بمثل سكنى الدار	والزرع للأرض والاعتمار
فهو ما يجوز الأربعين	وذو تشاجر كالأبـــــــــــــــــعدين
وفيه بالهدم وبالبنیان	والغرس أو عقد الكراء قولان

وهكذا جاء في قرار للمجلس الأعلى "من المقرر فقها أن الحيافة المبطله للملك أو القاطعة لحجة القائم محلها ما إذا علم الشيء قبل حائز و جهل أصل المدخل للحائز أو

⁷⁰- قرار صادر عن المجلس الأعلى عدد 1265 بتاريخ 1988/11/1 في ملف شرعي رقم 86/6307 أورده محمد برادة غزيول م س، ص 23.

⁷¹- محمد برادة غزيول، م س، ص 24.

عرف أصل مدخله ولكنه كان مما ينقل الملك من شراء أو تبرع وهي كاملة أو مكسبة للملك حتى بين الأقارب وإنما تختلف مدتها بين ما إذا كان بينهم تشاجر أو لا.

لما كان الطاعنون أدلو ببينة متوفرة على الشروط المعروفة ومنها حيازة موروثهم وحيازتهم بعده عن مدة تجاوزت الأربعين سنة فإن قضاة الموضوع عندما اعتبروا هذه الحيازة غير كاملة بعلّة أن موروث الطاعنين هو أحد الورثة وهذا لا يعطيه الحق في التمسك مهما طالّت مدة تصرفه واستجابوا بناء على ذلك لطلب المطلوبين في النقص الرامي إلى قسمة المدعى فيه من الورثة فإنه يكونوا قد أهدروا القيمة الفقهية للبينة المذكورة وخرقوا قواعد الحيازة.⁷²

يتبين من خلال هذا القرار أنه القضاء المغربي يتمسك بقواعد الفقه المالكي بخصوص كل ما يتعلق بالحيازة بل أكثر من ذلك فهو يتمسك بكل الجزئيات بل في بعض الأحيان يرجح بين الاختلافات الفقهية التي ناقشها فقهاء المالكية كما هو الشأن بالنسبة للقرار أعلاه، كذلك فالحيازة بين الأقارب تقع بالتصرفات القوية ولو قصرت المدة أما إذا كانت بالهدم أو الغرس فقد اختلف الفقه بين من يقول أن مدتها عشر سنوات⁷³ وبين من يقول أن المدة أربعون سنة وهو الراجح.

وفي الأخير تجدر الإشارة أن الحيازة تلفق بين السلف والخلف، فالفقه المالكي مجمع على أن ضم المدد بين الموروث ووارثه.

أما بالنسبة للخلف الخاص كالمشتري فقد انقسم الفقه إلى رأيين:

الرأي الأول: يرى ضم مدة وضع يد السلف إلى الخلف الخاص والعام على حد سواء⁷⁴

الرأي الثاني: يرى عدم ضم مدة وضع يد السلف إلى الخلف الخاص يعمل بهذا الرأي

معظم فقهاء المذهب المالكي فيقصرون ضم مدة وضع اليد على الخلف العام لأنهم يرون

⁷² - قرار رقم 50 بتاريخ 1966/04/27 في ملف عدد 59/59 أورده برادة غزيول م س، ص 25.

⁷³ - التسولي م س، الجزء الثاني، 465-466.

⁷⁴ - المدونة الكبرى للأمام مالك بن أنس الأصبحي بروايع الامام سحنون عن عبد الرحمن بن القاسم ج 13 المطبعة الخيرية بمصر الطبعة الأولى 1324 م، ص 192 وما بعدها.

أن وضع اليد بنفسه لا يسقط ملكية العقار المحاز و لا يكسب هذه الملكية لوضع اليد.⁷⁵ وهكذا جاء في قرار للمجلس الأعلى ما يلي: "الشهادة بالملكية يلزم أن تذكر استمرار الملك بيد ورثته وإلا لم تنفعهم، وأن على هؤلاء الورثة أن يثبتوا استمرار الملك ولا ينفعهم مجرد التمسك بالاستصحاب."⁷⁶

المبحث الثاني: موانع الحيازة وآثارها

يقصد بموانع الحيازة الأعدار المانعة من قيام المدعي بالمنازعة أمام القضاء ضد الحائز وهي في نفس الوقت أعدار بالنسبة للمحوز عنه لأن تحقق أو وجود أحدهما يحفظ له حقه في المطالبة به مهما طال أمد الحيازة ومهما توفرت شروط الحيازة الأخرى (المطلب الأول) أما في حالة عدم وجود موانع وتحقق الشروط السالفة الذكر فإن الحيازة تنتج كافة آثارها (المطلب الثاني).

المطلب الأول: موانع الحيازة

لقد فصل فقهاء المالكية في موانع الحيازة تفصيلا دقيقا فقد ذكروا مجموعة من الموانع التي تعترض المحوز عنه منها غيبته أو غياب وقصور الحجة (الفقرة الأولى) إلى جانب عدة موانع أخرى سنحاول التفصيل فيها (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: غياب القائم بالنزاع أو غياب الحجة

يعتبر غياب القائم بالنزاع (أولا) أو غياب الحجة (ثانيا) مانعا من موانع الحيازة.

أولا: غياب القائم بالنزاع

يجمع فقهاء المالكية على أنه لا حيازة على غائب ففي ذلك يقول الونشريسي ببيع دار الغائب بإدعاء الحيازة لا يقع بجهل مالك الدار⁷⁷ وقد قسم الفقهاء الغيبة إلى ثلاثة أقسام

⁷⁵ - الخطاب م س، الجزء السادس، ص 224-225.

⁷⁶ - قرار عدد 2096 بتاريخ 1995/11/28 في ملف شرعي عدد 90/5465 أورده برادة غزبول م س، ص 26.

⁷⁷ - الونشريسي، م س، ج 9، ص 926.

بعيدة ومتوسطة وقريبة فإذا كان المحوز عنه غائبا غيبة بعيدة عن بلد الحوز فقد انفق الفقهاء على أن حقه لا يسقط مهما طال الزمن ومتى حضر كان بإمكانه القيام والمطالبة بحقه سواء علم بالحيازة أو لم يعلم وفي ذلك يقول صاحب التحفة:

وقائم ذو غيبة بعيدة حجته باقية مفيدة

أي أن القيام بالمطالبة من طرف الغائب غيبة بعيدة عن البلد الذي وقع فيه الحوز باق على حجته وتفيده في قطع حيازة خصمه نظرا لاعتبار غيبته عن محل العقار المحاز عليه عذرا مقبولا شرعا.⁷⁸

ونسجل هنا الموقف الإيجابي للفقهاء المالكي مقارنة بما عليه الأمر في ظهير التحفيظ العقاري، إذ أنه في حالة غيبة صاحب العقار وتم تأسيس الرسم العقاري لشخص ما فإنه طبقا لمبدأ التطهير فإن العقار لا يبقى في ملك صاحبه ولا يمكن لهذا الأخير ان يتعرض على ذلك ، باستثناء مطالبته بالتعويض.

وطبقا لقواعد الفقه المالكي جاء في قرار صادر عن استئنافية الناظور⁷⁹ "... ولا ينزع منها في حكم الحائز الأجنبي الذي يكفيه الحوز لمدة عشر سنوات بدون منازع والمالك قائم حاضر البلد " يتبين من هذا القرار أن الحائز كي تكتمل حيازته يجب أن يكون المحوز عنه حاضرا.

أما إذا كان المحوز عنه غائبا غيبة متوسطة فقد حددها الفقهاء بنحو الأربعة أو الخمسة أو الستة أيام، فالقول الراجح أن حقه لا يسقط ولا تعمل عليه الحيازة ولو علم بها ويقول صاحب التحفة في هذا الصدد:

والبعد كالسبع وكالثمان وفي التي توسطت قولان

⁷⁸ - عبد العالي العبودي، م س، ص 68.
⁷⁹ - قرار صادر عن استئنافية الناظور عدد 459 بتاريخ 2005/10/25 في ملف رقم 04/221 (غير منشور)

والمقصود في القولان في البيت أعلاه هو مسألة العلم من عدمه، أي علم الغائب بالحياسة أو عدم علمه بها.

وبخصوص الغيبة القريبة فإن لم يعلم المحوز عنه بالحياسة فهو على حقه مهما طال الزمن إلا أن يكون المحوز عنه امرأة، فإن غيبتها تعتبر دائما غيبة بعيدة ولو قصرت كمسافة اليوم واليومين فيكون لها متى حضرت المطالبة بحقها.⁸⁰

إن هذه الآجال لا يمكن التسليم بها في الوقت الحاضر نظرا لما وصلت إلي البشرية من تقدم إن على مستوى تقنيات التواصل أو على مستوى وسائل المواصلات المتاحة، ما دام الإنسان يستطيع أن يتنقل عبر بقاع العالم في ظرف وجيز.

ثانيا: غياب الحجة

إن غياب حجة صاحب الحق القائم بالنزاع يعتبر مانعا من موانع الحياسة وذلك عند غياب الشهود أو الرسوم أو غيرها ذلك أن بعض الفقهاء اعتبروا ذلك من الموانع المقبولة للمطالبة ولو طال الزمن ومن الأعذار المفيدة لمن يتمسك بها فيه الشهود الذين يعرفون حق القائم بالحياسة تلك الغيبة التي تفيد القائم عند حضور شهوده ولو بعد مرور المدة القانونية للحياسة⁸¹ هذا ما أقر به الفقيهان العلامة التسولي في تحفته والفقيه العلمي في نوارله فقد جاء في البهجة للتسولي "وإما إن قال كنت عالما بأنه ملكي ويتصرف الحائز ولكن سكنت لغيبة شهودي أو لعدم وجود رسمي والآن وجدت ذلك فأردت القيام فالذي نقله العلمي عن الونشريسي في شرحه لابن حاجب أن الصواب قبول عذره: وقال به الحكم والقضاء، وكذا قال ابن رحال في شرحه، الحق أنه يقبل قوله مع يمينه قال: وتصويب ابن ناجي عدم القبول غير ظاهر وسيأتي أول الاستحقاق أن الإنسان إن اشترى شيئا وهو يرى أنه لا بينة له ثم وجدها له القيام ويأخذ الثمن من البائع".

⁸⁰- محمد بن يوسف الكافي، إحكام الأحكام على تحفة الحكام مطبعة دار العلم بيروت لبنان ص 227.

⁸¹- عبد العلي العبودي، م س، ص 70

يتضح من خلال هذا أن العلامة التسولي يعتبر غياب الحجة من شهود أو رسوم بمثابة مانع من موانع الحيازة فمتى حضرت الحجة إلا وللمحجوز عنه أن يدلي بالحجة التي كانت غائبة فيقبل عذره.

وهذا أما أقره المجلس الأعلى في قرار له ⁸² جاء فيه: "ونظرا إلى أن من قال كنت عالما بأن الملك ملكي وبتصرف الحائز لكن سكتت لغيبة شهودي أو لعدم وجود رسمي والآن وجدت ذلك وأردت القيام قبل عذره وسماع قوله بيمينه.

وحيث أن تم الاستئناف الإقليمي بفاس حكم في القضية المسجلة هذه تحت عدد 77 بعدم توجه دعوى المستأنف عليهما على المستأنفين وبعدم توجه اليمين عليهم معللا ذلك بأن تاريخ التعريف للرسم المدلى به من طرفهما عام 1360هـ يدل على أنهما عالمان من تاريخه بدليل تعريفهما له في حين أن التعريف ليس فيه ما يدل على تعيين طالب التعريف حتى يحتج به على علم المدعين.

وحيث أن قسم الاستئناف الإقليمي خالف بذلك مقتضيات القاعدة المذكور أعلاه.

من خلال القرار يتضح أن المجلس الأعلى ساير ما ذهب إليه كل من الفقيه التسولي والعلمي بخصوص غياب الحجة واعتبارها عذرا للمحوز عنه، لكن في وقتنا الحاضر نساير الرأي الذي يقول بأنه يجب إعادة النظر في هذا المقتضى نظرا لما هو متيسر اليوم من مواصلات تسهل الانتقال من مكان لآخر ولما هو متوفر من امن الطرق ويسر السفر سواء داخل البلاد أو خارجها⁸³

الفقرة الثانية: بعض الموانع الأخرى للحيازة

علاوة على المانع السابقين للحيازة هناك موانع أخرى سنحاول إيرادها في هذه

الفقرة.

أولاً: القصور

⁸²- قرار عدد 211 يناير ج 1960/01/16 (أورده عبد العلي العبودي، م س، ص 70.71).

⁸³- عبد العلي العبودي، م س، ص 71.

سئل الونشريسي عن ورثة قاصرين ووجهوا بكون أن أبناء أعمامهم حازوا الدار التي كانوا يسكنونها؟ فأجاب بأن الدار في هذه الحالة ترجع للورثة هنا ولا حيازة في ذلك لأنهم قاصرين⁸⁴ وجاء في البهجة " وكذا السفية وغير العالم بأنه ملكه أو بأنه يتصرف فيه فإن الحيازة لا تعمل عليهما إلا بعد أن يرشد السفية أو يعلم غيره وتحاز عليهما الأملاك عشرة أعوام من يوم الرشد والعلم وهما ساكتان بلا مانع"⁸⁵ كذلك قال: " كأن هناك مانع من الخصام كصغر أو سفه.... فإن مع وجود واحد من هذه الأمور غير ساكت ولا يسقط حقه"⁸⁶.

من هذا المنطلق يمكن الجزم على أن فقهاء المالكية يرون بأن جميع عوارض الأهلية من صغر سن وسفه وجنون.... تجيز للمحوز عنه المتصرف بإحداها متى ارتفعت القيام والمطالبة بحقه مهما طالت مدة الحيازة. وهو نفس ما حكمت به المحكمة العليا للاستئناف الشرعي (سابقا) بنطوان معتمدة في حكمها على تبصرة ابن فرحون قائلة "حسبما يستفاد من قول صاحب التبصرة نقلا عن ابن العطار ما لفظه " ولا يقطع قيام البكر غير المعنسة، ولا قيام الصغير ولا قيام المولى على الاعتماد المذكور بحضرته إلى أن يبلغ الصغير ويملك نفسه المولى عليه، وتعني الجارية وتحاز عنهم عشرة أعوام من بعد ذلك وهم عالمون بحقوقهم ولا يعترضون من غير عذر"⁸⁷.

وقد نتساءل عن حالة ما إذا كان للمحجوز عليه ولي، هل تنفع الحيازة في هذه الحالة أو لا؟ لم تتطرق المالكية لذلك ولكن ظاهر قولهم أنهم لا يفرقون في الحيازة بين الصغير والسفيه والمجنون والمعتوه و بين المهمل منهم الذي لا ولي له وبين من له ولي ينوب عنه في تصرفاته وحقوقه، إلى جانب اعتبارهم أن هذه الولاية في التصرفات لا تكون إلا

⁸⁴- الونشريسي، م س، ج 9، ص 626.

⁸⁵- التسولي، م س، ص 467.

⁸⁶- نفس المرجع نفس الصفحة.

⁸⁷- عبد العلي العبودي، م س، ص 73.

فيما يرجع على المحجور بالنفع ولا يخفي ما في الحيابة من ضرر يتمثل في ضياع حقوق المحجور.⁸⁸

ثانيا: الخوف من تسلط الحائز

جاء في المعيار للونشريسي أن من سكت نتيجة قهر أو إكراه عن حيابة شخص لملكه فإن مدة الحيابة لا يعتد بها⁸⁹ وقال التسولي في شرحه للبهجة و إحتراز به أيضا مما إذا كان هناك مانع يمنع من الخصام... أو كون الحائز ذا سطوة أو استنادا لذي سطوة... فإنه مع وجود واحد من هذه الأمور مع سكوت المحوز عنه فان حقه لا يسقط.⁹⁰

يتضح من خلال ما سبق ذكره أن فقهاء المالكية اتفقوا على أن الحيابة في حالة خوف المحوز عنه من تسلط الحائز وبطشه لا تنفع في هذه الحالة مهما طال مدتتها إذا يبقى المحوز عنه على حقه ويمكن المطالبة به متى ارتفع عذره .

غير أنه في الوقت الحاضر لا يمكن التسليم بهذا المانع نظرا لوجود آليات تهدف إلى حماية الأفراد خاصة في ظل دولة المؤسسات.

ثالثا: علاقة الدائنية بين الدائن والمدين وعدم علم المحوز عنه أن الحوز ملك له

من الأعدار التي ذكرها المالكية كذلك يكون المحوز عنه مدينا للحائز بمال وخاف أن يطالبه به ولا يجد من أين يسدد مبلغ الدين الذي عليه⁹¹ فقد جاء في البهجة أن من موانع الحيابة علاقة الدائنية بين الدائن والمدين⁹² ولإعتبار علاقة المديونية بين المدين المحوز عنه ودائنة الحائز لماله مانعا لأعمال الحيابة لمصلحة الدائن الحائز يجب توافر شرطين أن يكون الدين حالا بحيث يستطيع الدائن الحائز مطالبة المحوز عنه بدينه وان يكون

⁸⁸ - جواد العروس، م س، ص 125.

⁸⁹ - الونشريسي، م س، ج 10، ص 88.

⁹⁰ - التسولي، م س، ج 2، ص 467.

⁹¹ - الحطاب، م س، ج 5، ص 222.

⁹² - التسولي، م س، ج 2، ص 467.

المدين المحجوز عنه غير قادر على الوفاء بدينه لدائنه الحائز لماله أو لا يجد من أين يعطيه فإذا أثبت القائم ذلك ينتفع بمديونيته للحائز.

نجد كذلك إلى جانب هذا المانع مانعا، آخر ويتعلق الأمر بعدم علم المحوز عنه بان العقار المحوز ملك له أو إذا لم يكن عالما بتصرف الحائز فيه وحيازته أو لم يعلم بهما معا فإن حقه لا يسقط ولو طال مدة الحيازة فلا بد من العلم بالمعلوماتين أي بملكية المحوز و بالحيازة أما إذا علم بأحدهما ولم يعلم بالآخر فإنه باق على حقه وهذا ما جاء في مواهب الجليل للحطاب "ويدخل في المانع أيضا ما إذا لم يعلم المدعي بالحيازة أو لم يعلم بان العقار ملكه".⁹³

رابعا: المرأة المحجوبة والبكر غير المعنسة

يقول التسولي في شرح التحفة "واحتراز به أيضا مما إذا كان هناك مانع منعه من الخصام... كان المحوز عنه امرأة ذات زوج غير عليها شديد الضبط لها مانع لها..."⁹⁴ ويقول ابن فرحون في حديثه عن موانع الحيازة "أو امرأة محجوبة أو غير محجوبة".⁹⁵ من خلال ما تقدم يرى فقهاء المالكية أن المرأة المحجوبة التي لا يسمح لها زوجها بالخروج من بيتها لمقابلة الناس والاختلاط بهم، تكون معذورة في عدم المطالبة بحقها عند انقضاء مدة الحيازة كذلك الشأن بالنسبة للبكر غير المعنسة التي تمنع من الخروج فهي على حقها مهما طال أمد الحيازة إلى أن يؤذن لها بالخروج لمباشرة أعمالها وهذا الحكم ينطبق أيضا على النساء اللواتي لا يأخذن شيئا من الميراث ولا يطلبه حياء من إخوانهن فإن حقهن لا يسقط مهما طال الزمن.⁹⁶

لكن الرأي فيما نعتقد أن هذا المانع لم يعد له مكان اليوم أمام ما وصلت إليه المرأة من مراكز، ونظرا للتطورات الاقتصادية والاجتماعية بل حتى التكنولوجية فوسائل الاتصال

⁹³ - الحطاب، م س، ج 5، ص 222.

⁹⁴ - التسولي، م س، ج 2، ص 467.

⁹⁵ - ابن فرحون، م س، ج 2، ص 82.

⁹⁶ - المعيار الجديد للوزاني، أشار إليه جواد الهروس، م س، ص 126.

والمراسلات قد تعلم من خلالها المرأة العانس والمحجوبة كل ما يرتبط بأملاتها بل قد تسيرها انطلاقاً من هذه الوسائل.

خامساً: كون الحيازة في بلد لا تتاله الأحكام

يرى فقهاء المالكية أنه من الموانع التي تتيح للمحوز عنه المطالبة بحقه أن يكون المال المحاز في مكان لا تتاله الأحكام الشرعية، فإذا أثبت القائم ذلك فإنه ينتفع به، إذ يقول الدسوقي في عرض حديثه عن موانع الحيازة "ومن ذلك ما إذا كان الموضع لا يتيسر فيه من يزجر ويرجع إليه ولذا قال ابن عمر الحيازة إنما تكون في موضع الأحكام وأما البادية فنحوها فلا حيازة"⁹⁷ ويقول التسولي "واحترز به أيضاً مما إذا كان هناك مانع منعه... أو كانت الحيازة في محل لا تتاله الأحكام".⁹⁸

سادساً: كون المحوز عنه من ذوي التفضل أو الإحسان إلى الناس

إن الشخص الذي جرت العادة بتفضله على الناس لعلو همته وصلاحة حسب بعض الفقه المالكي⁹⁹ يعتبر عذراً ومانعاً للحيازة لأن المحوز عليه واسع الثروة كثير المال إذ له أملاك عديدة في أماكن مختلفة فالحائز لمثل هذه الأموال لا يتقيد بحيازته وللمحوز عنه المطالبة بحقه مهما طال الزمن إلى أن يأتي الحائز ببينة على ملكيته لهذا الملك.

سابعاً: الاستناد إلى حكم سابق في شأن المحوز أو كون المحوز عنه تلقى المحوز من الحائز ببيع أو هبة:

إذا ما تنازع شخصان حول عقار والتجاء كل منهما إلى القضاء فحكم لأحدهما بملكيته ولو لم يتم تنفيذ هذا الحكم وبقي ذلك العقار بيد المحكوم عليه إلى أن حازه بطول المدة فإن هذه الحيازة لا تنفع في مواجهة من سبق وحكم له بالملكية مهما طال الزمن،¹⁰⁰ ويطبق نفس الحكم في حالة ما إذا رفع شخص دعوى ضد آخر يطلب فيها التخلي عن

⁹⁷ - الدسوقي، م س، ج 4، ص 234.

⁹⁸ - التسولي، م س، ج 2، ص 467.

⁹⁹ - الرهوني، م س، ج 7، ص 513.

¹⁰⁰ - جواد الأروس، م س، ص 130.

عقار لأنه سبق أن اشتراه هو أو موروثه من هذا المدعي عليه أو هو ورثه أو أن هذا الحائز وهبه له أو لمورثه وأدلى برسم الشراء أو الهبة الذي مضت عليها المدة المعتبرة في الحيابة، فإن ذلك لا ينفعه ولا يعتبر بقاء العقار تحت يد البائع أو الواهب حيابة مسقطه لحق المشتري أو الموهوب له، ويحكم عليه برد العقار لمالكه، كما لا يمكن لو ارث البائع أن يحتج بأن العقار آل إليه من موروثه لأنه ثبت أن موروثه قد باع ذلك العقار أو وهبه.¹⁰¹

المطلب الثاني: آثار الحيابة

إن تحقق شروط الحيابة من وضع يد وتصرف ونسبة وعدم المنازع وطول مدة دون مانع ولا عذر فالحيابة تنتج آثار مهمة فهي تكسب ملكية العقار وتطهر الملكية (الفقرة الأولى) كما يكون لها أثر في ترجيح البنات (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: أثر الحيابة في كسب ملكية العقار

إن الحيابة إذا ما اكتملت شروطها، تعتبر مثبتة لحق الحائز ومسقطه لدعوى الغير في ملكية الشيء المحاز، أي أن من حاز شيئاً طيلة المدة المطلوبة فيه وتوفرت له الشروط الأخرى فإنه يصبح مالكا له ولو كان مملوكا لغيره قبل ذلك لأن الحيابة نقلت ملكيته لهذا الحائز وأزالت ملكية المالك السابق¹⁰². ومن هذا المنطلق يمكن القول أن الحائز يكون مالكا لذلك الشيء المحوز، بالرغم من إدعاء شخص آخر ملكية ذلك الشيء كما تعتبر مطهرة للملكية من العيوب التي كانت تشوبها قبل توفر الحيابة كما هو الشأن بالنسبة للحالة التالية: " لو فرضنا أن شخصا ملك عقار بمقتضى عقد بيع غير مستوف للشروط المتطلبة في ذلك العقد، ثم حاز ذلك الملك وتصرف فيه طيلة المدة المعتبرة في الحيابة" فإنه يعتبر مالكا له ملكا صحيحا بالتالي يتطهر ذلك العقد من العيوب التي شابته إذ لا يمكن لأي شخص آخر أن يتمسك بذلك العيب ليطلب الحكم ببطلان البيع¹⁰³ وعلى هذا

¹⁰¹ - قرار صادر عن المجلس الأعلى عدد 211 صادر بتاريخ 16 يناير 60/1 منشور مجلة القضاء والقانون عدد 39 ماي 1/19 472.

¹⁰² - جواد الهروس، م س، ص 183.

¹⁰³ - محمد ابن معجوز، وسائل الإثبات في الفقه الإسلامي، م س، ص 404.

الأساس فإن الحيازة تنتج آثارها كلما كانت مستوفية لشروطها، ومن ثم فإنه لا يستطيع أي شخص أن ينازع الحائز في حيازته. لكن قد يطرح التساؤل في هذا الإطار حول طبيعة هذه الحيازة المنتجة لآثارها، وتحديدًا ما إذا كانت تعتبر بسبب من أسباب نقل الملكية أو هي مجرد قرينة دالة على الملك؟ في إجابته عن هذا التساؤل ذهب جانب من الفقه المالكي إلى حد القول بأن الحيازة تنقل الملك وتثبتها للحائز بتوفر الشروط، وعليه فمن حاز شيئًا عقارًا أو منقولًا وبالشروط المتطلبة في الحيازة ومرت المدة المطلوبة فإنه يصبح مالكا هذا الشيء ويسقط حق المالك السابق¹⁰⁴ في حين ذهب جانب آخر من الفقه المالكي إلى حد اعتبار الحيازة قرينة على الملك ودليل عليه، وهي بمثابة الشاهد العرفي الذي يشهد للحائز بأن الشيء المحاز له، وكذلك فإن هذا الشاهد العرفي لا ينقل الملك للحائز وإنما يثبت له بدعواه مع حلفه اليمين، وهو ما ذهب إليه الإمام الحطاب في معرض شرحه لقول خليل: "وإن حاز أجنبي غير شريك وتصرف ثم ادعى حاضر ساكت بلا مانع عشر سنين لم تسمع بينته إلا بإسكان ونحوه"¹⁰⁵ أي أن الشيخ خليل ختم كلامه بالحديث عن الحيازة لأنها كالشاهد على الملك وعلى هذا النحو فإن الحيازة المكتملة الشروط توجب الملك للحائز وتقطع حجة المدعي لأنها كالشاهد على الملك. وفي رأينا المتواضع أن الاتجاه الأخير حري بالتأييد ما دام وضع اليد على العقار لا ينقل الملكية إلى الحائز وإنما يدل على الملك فقط على اعتبار أن واضع اليد على العقار يتعين عليه أن يدعى الملكية، خاصة وأن المجلس الأعلى استقر في العديد من قراراته على أن وضع اليد دليل على ملكية العقار وليس ناقلا له.¹⁰⁶

الفقرة الثانية: آثار الحيازة في ترجيح البيئات

إن القاضي عندما تتوفر لديه حجتان أو أكثر فإنه يبحث أولاً عن إمكانية الجمع بين الحجج التي بين يديه فإن تيسر له ذلك عمل بكل الحجج وحكم بها جميعاً واعتبر أن كل

¹⁰⁴ - التسولي، م س، الجزء الثاني، ص 346.

¹⁰⁵ - الحطاب م س، الجزء الخامس، ص 221.

¹⁰⁶ - كما هو الشأن في القرار عدد 3120 المؤرخ في 18/9/2001 ملف مدني عدد 2001/1/1/838 (أورده برادة غزبول م س ص 17) قرار عدد 1558 المرخ في 24/14/2001 ملف مدني عدد 2001/1/1/2546 (أورده برادة غزبول نفس المرجع، نفس الصفحة).

حجة تشهد بحق أما إذا لم يتمكن من الجمع بين البيئات فإنه يجب حينئذ الرجوع إلى قواعد الترجيح بينهما، بحيث تقع المقارنة بين الحجج إما من طرف المدعين و إما من طرف القاضي للبت فيهما مما يؤدي إلى ترجيح إحداها على الأخرى ليصدر الحكم بمقتضى ما شهدت به البيئة الراجحة وتلغى البيئة المرجوحة.¹⁰⁷

ففي هذا الصدد يرجح معظم فقهاء المالكية بيئة حائز العقار بملكيته فإذا ما أثبت حائز العقار بأن حيازته شرعية ومستوفية لشروطها فإن هذه الحيازة تقطع حجة المدعي واستناداً لأقوال الفقهاء في الموضوع فإذا تعارضت بينتان ولم تنفرد إحدهما عن الأخرى بمرجح من المرجحات السالفة الذكر فإن البيئتان تسقطان معاً ولا يعمل بأي واحدة منهما ويحكم في هذه الحالة بما يلي:

- إذا كان الشيء المتنازع فيه بيد غير المتنازعين فإن الشيء يبقى بيد حائزه فإن أقر هذا الحائز بأن المتنازع فيه لأحد المتداعين فإن المقر له يحلف على مقتضى هذا الإقرار ويدفع له ذلك الشيء حينئذ لأن هذا الإقرار رجح بنية المقر له
- إذا كان الشيء المتنازع فيه بيد المتنازعين معاً أو بيد غيرهما ولم يدعيه لنفسه ولا أقربه لأحدهما، أو لم يكن بيد أحدهما فإن المتنازعين اللذين لم يستطع ترجيح بيئة أحدهما على الأخرى يحلفان كل على مقتضى دعواه ثم يحسم ذلك الشيء بينهما على قدر ما يدعيه كل منهما فإن ادعى كل واحد منهما أنه يملك كله دون غيره قسم بينهما مناصفة وأعطى مدعي الجميع ثلثيه، ومدعي النصف الثلث وإن اتفقا أن كلا منهما يملك حظاً في ذلك الشيء لكنهما مجهلان مقدار ما يملك كل واحد فيه، فالحكم أن الشيء يقسم بينهما مناصفه.¹⁰⁸

والقضاء المغربي لا يتردد في مسايرة القواعد المشار إليها سابقاً حين يتعذر عليه الوصول في معرفة من له الحق في العقار المحوز كما لو توفي شخص وأخذ ماله من أقام بينة

¹⁰⁷ - محمد ابن معجوز وسائل الإثبات في الفقه الإسلامي، م س، ص 162.
¹⁰⁸ - الثاودي، شرح الثاودي على تحفة ابن عاصم الجزء الأول، ص 141.

أنه وارثه وأقام آخر بينة أنه وارثه كذلك وتعادلت البينتان، يقسم بينهما وإن كانت العقار بيد أحدهما وتكافأت البينتان فإن القضاء يطبق ما جاء في لامية الزقاق.

وإن يعدم الترجيح فالحكم لحائز ويحلف أو للذي يقر له جعلاً

أي أن الحائز تكون له الأولوية في الاحتفاظ بالمحور وهنا تظهر أهمية آثار الحيازة.

كما أن القضاء المغربي كان له دور مهم عند تعارض وتساوي الحجج إذ قضى

مجلس الاستئناف الشرعي الأعلى بأنه " إذا تعارضت الحجتان سقطت فيها و

تعارضتا فيه وبقي استصحاب الحال وما كان على المكان".¹⁰⁹

وهو ما أكده أيضا المجلس الأعلى بقوله: " لما اعتبرت المحكمة أن حجج الطرفين

متساويين تعين عليها اسقطهما معا وعدم العمل بأي واحد منهما مع إبقاء الشيء بيد

حائزه".¹¹⁰

كما جاء في قرار آخر "عند انهيار الحجج يبقى الشيء المتنازع فيه بيد حائزه مع

يمينه"¹¹¹

خاتمة

نخلص في الأخير إلى أن الحيازة من المواضيع التي اهتم بها الفقه الإسلامي ؛ وذلك

عن طريق تخصيصه لحيز مهم من القواعد الفقهية التي أقل ما يمكن أن يقال عنها

أنها في غاية الدقة والإتقان، وهو ما جعل القضاء المغربي يتقيد بهذه القواعد ويأخذ

¹⁰⁹ - الحكم عدد 24 صادر بتاريخ 13 شوال 1393. في القضية رقم 347 أورده عز الدين المختاري أثر الحيازة في كسب ملكية العقار وإثباتها، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في القانون الخاص وحدة التكوين والبحث في قانون العقود والعقار كلية الحقوق جامعة محمد الأول وجدة السنة الجامعية 2006.2007، ص 98.

¹¹⁰ - المعطي الجبوجي، القواعد الموضوعية والشكلية للإثبات وأسباب الترجيح بين الحجج، ط 1 2002 مطبعة النجاح الجديدة الدار البيضاء ص 121.

¹¹¹ - قرار رقم 428 صادر بتاريخ 14/12/1978 ملف اجتماعي رقم 63859 أورده عبد العزيز توفيق قضاء المجلس الأعلى في الأحوال الشخصية والعقارية ومن سنة 1975 إلى سنة 2002 ط 2002 مطبعة النجاح الدار البيضاء، ص 119.

بها في العديد من اجتهاداته القضائية في هذا المجال؛ مادامت هي السبيل لإيجاد الحلول للنزاعات المتعلقة بالحيازة .

وعلى هذا الأساس يمكن القول بأن القضاء المغربي قد تفاعل مع القواعد الفقهية حينما قام بتطبيقها على أرض الواقع، ولا يمكن أن نبرر هذا التطبيق بالفراغ القانوني الذي يعرفه العقار غير المحفظ، بقدر ما هو في اعتقادنا تسليم من قبل القضاء المغربي بأن الفقه الإسلامي قد أبدع وأقنع في تحديد القواعد الفقهية المنظمة للعقار الغير المحفظ عامة والحيازة خاصة.

ومع ذلك فإن بعض قواعد الفقه المالكي تحتاج إلى مجموعة من التعديلات والتطبيقات لكي تساير واقع الحال فلكل زمانه ، لكن هذا لا يعني أنها غير صالحة لأي دراسة تقتضي وضعها في سياقها التاريخي مع مراعاة الظروف الاقتصادية وللاجتماعية التي كانت تسود آنذاك.

تو بحمد الله

لائحة المراجع

أولا : المعاجم

مجد الدين محمد بن يعقوب، القاموس المحيط الجزء الثاني، مؤسسة الحلي وشركاؤه للنشر والتوزيع القاهرة، ص 173.

-إبن منظور لسان العرب، الجزء الخامس

ثانيا: الكتب الفقهية

1- أحمد بن محمد بن أحمد الدردير، الشرح الصغير على أقرب المسالك إلى مذهب

الإمام مالك، مطبعة دار المعارف دون ذكر الطبعة

- 2- أبو الشتاء بن الحسن الغازي الحسيني التدريب على تحرير الوثائق العدلية الجزء الأول مطبعة الأمانة الرباط، 1995، ص 142.
- 3- أبو الحسن علي بن عبد السلام التسولي البهجة في شرح التحف دار الرشاد الحديثة، دون ذكر الطبعة
- 4- الونشريسي، المعيار المعرب والجامع المغرب عن فتاوى أهل إفريقيا والأندلس والمغرب الجزء 10 منشورات وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، الطبعة 1981.
- 5- أبو عبد الله محمد ابن فرحون، تبصرة الحكام في أصول الأفضية ومناهج الأحكام الجزء الثاني، دار الكتب العملية بيروت لبنان،
- 6- ميارة الفاسي، شرح تحفة الحكام للقاضي أبي بكر محمد بن عاصم الأندلسي الغرناطي الجزء 2، مطبعة دار الفكر.
- 7- الرصاع، شرح حدود بن عرفة، دون ذكر المطبعة.
- 8- شهاب الدين الصنهاجي القرافي، الفروق، الجزء الرابع دار المعرفة بيروت لبنان،.
- 9- الحطاب، مواهب الجليل لشرح مختصر خليل، الطبعة الأولى دار الكتب العلمية، بيروت 1995
- 10- خليل بن إسحاق بن موسى المالكي، مختصر خليل في فقه الإمام مالك، مكتبة عباس عبد السلام بنشقرن مصر 1964.
- 11- محمد عرفة الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير لأبي البركات أحمد الدردوي الجزء الرابع مكتبة دار إحياء الكتب العربية.
- 12- أبي الوليد ابن رشد القرطبي، البيان والتحصيل والشرح والتوجه والتعليل في مسائل التشريع الجزء 11 مطبعة دار الغرب الإسلامي، بيروت 1988.
- 13- أبو عبد الله محمد بن عبد الله ال خرشي، ال خرشي علي مختصر خليل وبها مشه حاشية الشيخ علي العدوي ج 7 مطبعة دار صادر بيروت لبنان

- 14- محمد التاودي، شرح التاودي للامية الزقاق دون ذكر الطبعة والمطبعة،
 15- ميارة الفاسي، شرح ميارة الفاسي لتحفة الحكام للقاضي أب و بكري محمد بين
 عاصم الأندلسي الغرناطي ج 2 مطبعة دار الفكر
 16- حاشية الرهوني على شرح الزرقاني لمختصر خليل ج 7 دار الفكر بيروت
 الطبعة 1978.

- 17- عبد الرحمان الفاسي، نظم العمل الفاسي، مطبعة دار الفكر الطبعة الثالثة 1998.
 18- ابن جزري، القوانين الفقهية، مطبعة أمنية الرباط.
 19- المدونة الكبرى للأمام مالك بن أنس الأصبحي برواية الإمام سحنون عن عبد
 الرحمن بن القاسم ج 13 المطبعة الخيرية بمصر الطبعة الأولى 1324 م.
 20- محمد بن يوسف الكافي، أحكام الأحكام على تحفة الحكام مطبعة دار العلم بيروت
 لبنان.

21- التاودي، شرح التاودي على تحفة ابن عاصم الجزء الأول

ثالثا: الكتب القانونية الحديثة

- 1- المعطي الجبوجي، القواعد الموضوعية والشكلية للإثبات وأسباب الترجيح بين
 الحجاج، ط 1 2002 مطبعة النجاح الجديدة الدار البيضاء.
 2- عبد العزيز توفيق قضاء المجلس الأعلى في الأحوال الشخصية والعقارية ومن سنة
 1975 إلى سنة 2002 ط 2002 مطبعة النجاح الدار البيضاء
 3- محمد ابن معجوز، الحقوق العينية في الفقه الإسلامي والتقنين المغربي، مطبعة
 النجاح الجديد الدار البيضاء ط 2008.
 4- مأمون الكزبري، التحفيظ العقاري والحقوق العينية، الأصلية والتبعية الطبعة الثانية
 سنة 1987، دون ذكر المطبعة.

5- عبد العلي العبودي، الحيازة فقها وقضاء المركز الثقافي العربي الطبعة الأولى

1996

6- أمحمد برادة غزيول وآخرون، الدليل العملي للعقار غير المحفظ، جمعية نشر

المعلومة القانونية والقضائية، مطبعة فضالة المحمدية

7- محمد القدوري، حيازة العقار وحيازة المنافع.. مطبعة دار الأمان الرباط، ط1،

8- محمد ابن م عجز، وسائل الإثبات في الفقه الإسلامي، مطبعة النجاح الجديدة، الدار

البيضاء طبعة 1995.

رابعاً: الرسائل الجامعية

1- عز الدين المختاري أثر الحيازة في كسب ملكية العقار وإثباتها، رسالة لنيل دبلوم

الدراسات العليا المعمقة في القانون الخاص وحدة التكوين والبحث في قانون العقود

والعقار كلية الحقوق جامعة محمد الأول وجدة السنة الجامعية 2006.2007.

2- جواد الهروس، الحيازة والاستحقاق في الفقه المالكي والقانون المغربي رسالة لنيل

دبلوم الدراسات العليا المعمقة في الشريعة، جامعة القرويين فاس، السنة ج 2001-

2002

خامساً: المجلات

1- مجلة قضاء المجلس الأعلى عدد 58/57 دجنبر 2004

2- مجلة قضاء المجلس الأعلى عدد 40