

جامعة الجزائر
كلية العلوم الإسلامية
قسم الشريعة

مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في العلوم الإسلامية
تخصص شريعة وقانون
من إعداد الطالب:
أحمد برادي

1429 - 1430هـ / 2008 - 2009م

جامعة الجزائر
كلية العلوم الإسلامية
قسم الشريعة

مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في العلوم الإسلامية
تخصص شريعة وقانون

من إعداد الطالب: أحمد برادي

	:
	:
	:
	:

1429 هـ - 1430 هـ / 2008 - 2009 م

إهداء

[15/ : + وَوَصَّيْنَا الْإِنْسَانَ بِوَالِدَيْهِ إِحْسَانًا]

[24/ : + وَقُلْ رَبِّ أَرْحَمُهُمَا كَمَا رَبَّيَانِي صَغِيرًا]

"

"

شكر و تقدير

عَلَيْهِ

المقدمة

الحمد لله الذي له ملك السموات والأرض، بيده الملك وهو على كل شيء قدير، والصلاة والسلام على خاتم الأنبياء والمرسلين سيدنا محمد المبعوث رحمة للعالمين، وعلى آله وصحبه الطيبين الطاهرين، وكل من تبعهم بإحسان إلى يوم الدين.

أما بعد:

تعرض القانون الجزائري ومن قبله الشريعة الإسلامية لموضوع الملكية، لما لها من أهمية بالغة على جميع المستويات، وركيزة أساسية تبني عليها العلاقات الإنسانية وما يتصل بها من معاملات مدنية، كما تعتبر مقياساً للتفرقة بين حقوق الشخص الذاتية التي تمكنه من الانتفاع والتصرف فيها كما يشاء وكيفما يريد، سواء بالاستعمال أو الاستغلال، وما يتصل بها من حقوق تبعية يرتبها عليها باختياره وعند إرادته، وحقوق غيره التي لا يحق له التعامل معها بشيء من ذلك، ما يجعلها تتنوع بحيث يتميز بعضها بخاصية الاكتساب، معنى الأصل فيها ليست ملكاً للشخص، ثم يملكها بإتباع خطوات يفرضها القانون، حسب طبيعة الشيء المراد اكتسابه، ومن بينها اكتساب الملكية عن طريق التقادم المكسب، المرتبط ارتباطاً وثيقاً بالملكية العقارية، التي ترد على العقار باعتباره عنصراً أساسياً وجوهرياً تنصب عليه الملكية، لذا كان من الأجدر والأليق أن يفرد المشرع الجزائري بقواعد قانونية تحكمه، ويخضعه لإجراءات ونظم خاصة به، وتخصه الشريعة بأحكام وضوابط تميزه عن غيره من المعاملات، جعلته يمتاز بالخصوصية من جهة، وحدث من عملية التزوير والتلاعب بوثائق الملكية من جهة أخرى.

أهمية الموضوع:

يستمد هذا البحث أهميته من عدة أمور، أهمها ما يلي:

أولاً- مسابرة لأحداث الساعة وارتباطه الوثيق بالواقع، وما يقع يومياً من صراعات واختلافات في هذا المجال، تكون سبباً لانعقاد الكثير من جلسات المحاكم، خاصة مع نقص السكن وغلاء أسعار الإجارة، والحيل التي يسلكها الكثير من الناس، مكرراً وخداعاً بغية أخذ ملك الغير بغير حق والحياسة عليه من جانب، بالإضافة إلى الإهمال والتفريط الواقع من جانب آخر، ما يجعل القاضي في حيرة من أمره، بحيث يصعب عليه تكييف الوقائع والحكم عليها بالمنظور السليم.

ثانياً- المقارنة البارزة فيما يخص الموضوع، ومحاولة تقريب الآراء فيما يخصه بين الشريعة والقانون، والربط بين الأفكار والآراء المذهبية، بالإضافة إلى إبراز الخطوات التي

يمر بها هذا النوع من التملك في القانون، ومقارنته بالشريعة الإسلامية وكيف تتعامل مع هذه الوقائع، لما تتصف به الشريعة المحمدية من مرونة، بحيث لا تقف جامدة عند أي مستجد.

ثالثاً- أهمية الموضوع من خلال طبيعته القانونية تبدو محدودة، وصلاحيته مقيدة بزمان موقوت، ومبادؤه تخص مكان معين، تسري أحكامه في حق أشخاص معلومة، لكن في حقيقة الأمر يمتاز بماهية شرعية توطد ركائزه وتبرز مدى شموليته، وصلاحيته لكل زمان ومكان.

رابعاً- المغزى الحقيقي من هذا التملك، هو المحافظة على النظام العام والبحث عن الأمن والاستقرار، والتورع عن إلحاق الضرر بأشخاص لحساب أشخاص آخرين، قد يكونوا مهملين أو متطفلين وإلا متسلطين.

أسباب اختيار الموضوع:

وقع اختياري لهذا الموضوع "التملك عن طريق التقادم المكسب وأثره في الشريعة والقانون المدني الجزائري" لعدة أسباب نجملها فيما يلي:

أولاً- الغموض الذي ينتاب الموضوع، لقلة الدراسة والاهتمام به من قبل الباحثين، خاصة من الجانب الشرعي، إما لقلة درايتهم بالموضوع، أو نتيجة لإهمالهم وغفلتهم عن مثل هذه المواضيع.

ثانياً- اتصال الموضوع بالمعاملات اليومية، وتصرفات الناس فيما بينهم داخل المجتمعات، بحيث نجد مثل هذه الوقائع تحدث يومياً بين فئات المجتمع، والدعاوى فيما يخص المنازعات المتعلقة بها مطروحة في جلسات المحاكم.

ثالثاً- إبراز مدى صلاحية الشريعة لكل زمان ومكان، ومسايرتها لكل وقت وحين.

رابعاً- محاولة تغيير نظر بعض الآراء الفكرية، التي يتبادر إلى أذهانها أن الشريعة لم تخص هذه المواضيع بالعناية والذكر، وتعميقاً لمفهوم: **الْيَوْمَ أَكْمَلْتُ لَكُمْ دِينَكُمْ وَأَتَمَمْتُ عَلَيْكُمْ نِعْمَتِي وَرَضِيتُ لَكُمُ الْإِسْلَامَ دِينًا** [المائدة/جزء من الآية3].

خامساً- التنسيق والمجابهة بين النظرة الواقعية والطرح العلمي.

سادساً- الجمع بين المعلومات المتناثرة وتنظيمها في حلة جديدة، محاولة للتقليل من معاناة الباحث وتعبه، والاستفادة السريعة مع كسب الوقت.

الإشكالية التي يعالجها الموضوع:

لعل الإشكالية التي نحاول الإجابة عنها هي:

❖ هل يمكن كسب الملكية عن طريق التقادم المكسب؟ وكيف يتم ذلك؟ وما هي الآثار المترتبة عليه؟

❖ وإذا كان كذلك فهل كسب الملكية عن طريق التقادم في القانون المدني الجزائري هو نفسه في الشريعة الإسلامية؟

❖ بمعنى هل توافق الشريعة الإسلامية القانون المدني الجزائري في هذا النوع من كسب الملكية؟ أم لها رؤية مخالفة لما يراه؟

❖ ما هي المعايير والأسس التي من خلالها يعد التقادم مكسباً للملكية؟

❖ وإلى أي مدى نستطيع كسب الملكية من خلاله؟

هذه الأسئلة سنحاول الإجابة عنها، انطلاقاً من الخطة المقترحة التي سنعرضها لاحقاً.

الدراسات السابقة:

لم أجد أطروحة بنفس العنوان المراد درسته، سواء كانت أطروحة دكتوراه أو ماجستير، لكن حصلت على بعض المواضيع المشابهة نوعاً ما ولو بالتقريب، وهذا في كلية الحقوق، بجامعة الجزائر.

أولاً- رسائل دكتوراه:

1- فاضلي إدريس، نظام الملكية ومدى وظيفتها الاجتماعية في القانون الجزائري:

تعرض إلى دراسة نظام الملكية بشكل عميق، حيث تناولها في القانون الجزائري بالإضافة إلى قوانين بلدان أخرى على سبيل المقارنة، ثم حاول استخلاص وظيفتها الاجتماعية وما تهدف إليه من رعاية المصلحة العامة وحفظ النظام العام في القانون الجزائري.

ثانياً- رسائل ماجستير:

1- زواوي فريدة، الحيابة كسب من أسباب كسب الملكية في القانون المدني الجزائري مقارناً:

ركزت دراستها على الحيابة بصفة عامة في القانون المدني الجزائري، حيث تكلمت على النظرية العامة للحيابة، كما تعرضت إلى الآثار القانونية لها، والتي من أهمها كسب الملكية عن طريق التقادم المكسب.

2- عبد الله مسعودي، التقادم في عقد التأمين طبقاً للقانون الجزائري والقانون المقارن:

تكلم فيه معده عن النظرية العامة في عقد التأمين المنبثقة عن المادتين "25-146" من قانون عقد التأمين، والمادة رقم "17 من المرسوم رقم 37/80"، ثم ركز دراسته في الباب الثاني عن التقادم في التشريع المقارن، حيث عرض فيه مدة التقادم في عقد التأمين الذي يعد من أنواع التقادم المسقط، والفرق بينه وبين التقادم بصفة عامة.

3- بوذريعات محمد، نزع الملكية للمنفعة العمومية في القانون الجزائري المقارن:

تناول فيه مبادئ وإجراءات نزع الملكية للمنفعة العمومية، الصادرة في القانون رقم "11/91" 27 1991، ثم انتقل إلى حقوق المالك اتجاه الإدارة نازعة الملكية، موضحاً ما وصل إليه المشرع الجزائري من أهداف التوفيق بين ما تقتضيه المصلحة العامة والملكية الخاصة.

5- عبد الله بن سالم باحماري، النظام القانوني للأملاك الوطنية:

كان موضوعه مجلياً لعنوانه بالشرح والتحليل، حيث احتوى الإطار القانوني لتنظيم وتكوين الأملاك الوطنية، بالإضافة إلى الجانب التنظيمي لهذه الأملاك، وسبل حمايتها في القانون المدني الجزائري.

منهج البحث:

أما المنهج المتبع في الدراسة، فهو المنهج التحليلي المقارن، الذي حاولت من خلاله تسليط الضوء على جوانب الاتفاق والاختلاف بين الفقه الإسلامي والقانون المدني الجزائري، فيما يخص الموضوع المدروس "التملك عن طريق التقادم المكسب وأثره في الشريعة والقانون المدني الجزائري" مبرزاً ومحللاً لفقرات البحث، من خلال تتبع لحيثيات ومضامين خطته.

إلا أنني وددت أن أنوه إلى صعوبة الموضوع، نظراً لقلّة المراجع والبحوث فيه، إلا ما كان متناثراً هنا وهناك يحتاج إلى جهد كبير ووقت طويل، حتى يتسنى جمعه وتخرجه في الحلة المرجوة خاصة من الجانب الشرعي.

كما ألفت النظر إلى أن الجانب القانوني كان له الباع الأكبر فيه، وهذا لا يعد تقصيراً مني أو ميلاً وانتساباً، لكن طبيعة الموضوع تقتضي ذلك.

وأما منهجية توثيق المادة العلمية التي جاءت في هذه الرسالة فهي كالآتي:

أولاً- عزو الآيات القرآنية إلى موضعها من المصحف، وذلك بذكر اسم السورة ورقم الآية منها، برواية حفص عن عاصم.

ثانياً- تخريج الأحاديث النبوية الشريفة والآثار الواردة في متن الرسالة، فإذا كان الحديث في الصحيحين أو أحدهما اكتفيت بالعزو إليهما، وأما إذا لم يكن الحديث فيهما أو في أحدهما فإنني أعزوه إلى من أخرج من أصحاب السنن والمصنفات وغيرها.

ثالثاً- التعريف بأغلب الأعلام الوارد ذكرهم في ثنايا البحث مع استثناء المشهورين منهم كالخلفاء الراشدين، وأمّهات المؤمنين، والأئمة الأربعة، كما لم تترجم الدراسة المعاصرين لشهرتهم.

رابعاً- وضع الكلام المنقول بنصه بين مزدوجتين، ثم الإشارة في الهامش إلى مصدر النقل مباشرة أو بالواسطة، وأما الكلام المتصرف فيه مع المحافظة على معناه فقد أحيل في الهامش على مصدره.

وتبعاً لهذه النقطة، أشير إلى وجود بعض المصادر القليلة المعادة بنفس العناوين مع اختلاف في الطبعات، وهذا راجع للصعوبات التي تلقيتها أثناء مراحل البحث، خاصة بعد حوادث ديسمبر 2007 وتأثيراتها التي أدت إلى غلق جل المكاتب الزاخرة بالمصادر، المعتمدة لدى أغلب الباحثين.

خامساً- تذييل الرسالة بخاتمة مختصرة شملت أهم النتائج المتوصل إليها.

سادساً- وضع فهرس علمية تحتوي على:

- ❖ فهرس الآيات القرآنية.
- ❖ فهرس الأحاديث النبوية والآثار.
- ❖ فهرس المصطلحات القانونية.
- ❖ فهرس الأعلام.
- ❖ فهرس المواد، الأوامر والمراسيم القانونية.
- ❖ فهرس المصادر والمراجع.
- ❖ فهرس الموضوعات.

خطة البحث:

المقدمة:

تناولت فيها: أهمية الموضوع، أسباب اختياره، الإشكالية التي يعالجها الموضوع، الدراسات السابقة، ومنهج البحث.

الفصل التمهيدي: ماهية الملكية العقارية وطرق اكتسابها في الشريعة والقانون المدني الجزائري.

قسمته إلى مبحثين، كل مبحث يضم تحته ثلاث مطالب.

المبحث الأول: ماهية الملكية في الشريعة والقانون المدني الجزائري.

تحدثت فيه عن مفهوم الملكية، الذي استهلته بالمعنى اللغوي فالقانوني والشرعي، ثم انتقلت إلى عناصر الملكية، وأخيراً عرجت على خصائصها مع مراعاة منهج المقارنة المعتمد في الدراسة - بين القانون والشريعة الإسلامية -، محاولة مني لتوضيح مصطلح الملكية كحق من الحقوق العينية الأصلية بصفة عامة، والمعايير التي يجب أن تتوفر ليصح إطلاق هذه التسمية، وما ينجر عليها من تبعات وميزات، يختص بها مالك الشيء المملوك.

المبحث الثاني: مفهوم الملكية العقارية، نطاقها وأنواع العقارات، أسباب اكتسابها في الشريعة والقانون المدني الجزائري.

تناولت فيه مدلول الملكية العقارية بصفة خاصة والفرق بين العقار والمنقول، ثم حاولت تحديد نطاق حق الملكية العقارية وما تشمله من عقارات، بالإضافة إلى محاولة ذكر طرق وأسباب اكتساب هذا النوع من الملكية، كتوطئة لفهم الموضوع والدخول له عن سابق علم ودراية.

الفصل الأول: التقادم المكسب، طبيعته ومجاله القانوني والشرعي.

تناولت فيه ثلاث مباحث، تحت كل مبحث مطلبين كالتالي:

المبحث الأول: أساس التقادم المكسب ومدلوله في الشريعة والقانون المدني الجزائري.

تحدثت في هذا المبحث عن أساس التقادم المكسب، وما ورد فيه من آراء واجتهادات فكرية في القانون المدني والشريعة الإسلامية، استطرده بمدلوله-التقادم المكسب- اللغوي والشرعي والقانوني، لأبين أصل هذا النوع من التقادم، ومدى اهتمام المفكرين والفقهاء به.

المبحث الثاني: أنواع التقادم المكسب في الشريعة والقانون المدني الجزائري، والتميز بينه وبين التقادم المسقط.

أوردت في هذا المبحث أنواع التقادم المكسب، الذي ينقسم بدوره إلى عدة أقسام متباينة في القانون والشريعة الإسلامية، كما حاولت تحديد الفروق التي تميزه عن التقادم المسقط، بغية تجنب الخلط بين المفاهيم المتقاربة والمتداخلة، وزيادة للشرح والتبيين.

المبحث الثالث: طبيعة التقادم، ومجاله القانوني والشرعي.

تكلمت فيه عن طبيعة التقادم المكسب، وما تمحورت من خلافات بصدد تحديدها في كل من القانون والشريعة الإسلامية، أردفتها بالحقوق التي تندرج تحته-التقادم المكسب- وتحدد مجاله، لأبين حقيقته والأشياء التي يستطيع الحائز تملكها بموجبه.

الفصل الثاني: شروط التقادم المكسب، والآثار التي تترتب عليه في الشريعة والقانون المدني الجزائري.

قسمت هذا الفصل إلى مبحثين، يحوي كل واحد منهما تحته مطلبين.

المبحث الأول: شروط التقادم المكسب في الشريعة والقانون المدني الجزائري.

تناولت في هذا المبحث الشروط التي يجب أن تتوفر في العقار المحاز، لكي يتثنى للحائز كسب الملكية بموجبه في القانون المدني الجزائري والشريعة الإسلامية، لأبين المعايير التي يحددها الفقهاء والقانونيين بهدف استمرار المعاملات واستقرار النظام العام، الذي يتنافى مع الإهمال والكسل وينبذ روح الإتكال والخمول.

المبحث الثاني: الآثار التي تترتب على التقادم المكسب في الشريعة والقانون المدني الجزائري.

تحدثت فيه عن الآثار التي تتمخض عن هذا التقادم، إذا اكتملت مدته وتحققت جميع الشروط المذكورة آنفاً، والطريقة الرسمية لاكتساب هذا النوع من الملكية، لأبين المغزى من هذه الدراسة، والقوة الشرعية التي تنجم عن اتباع الضوابط التي رسمتها أحكام القانون والشريعة الإسلامية، تجنباً للتضارب من أجل رعاية الصالح العام.

الخاتمة:

حاولت أن أجمع فيها أهم النتائج المتوصل إليها والأحكام المستنبطة، من خلال دراستي للموضوع، والإحاطة به من كل جوانبه الأساسية، على قدر الجهد والاستطاعة.

:

الملكية في حقيقتها تعود إلى الله باعتباره المالك الوحيد لهذا الكون قال تعالى:
وَتَبَارَكَ الَّذِي لَهُ مُلْكُ السَّمَوَاتِ وَالْأَرْضِ وَمَا بَيْنَهُمَا (1) وقال أيضاً: اللَّهُ مُلْكُ
السَّمَوَاتِ وَالْأَرْضِ وَمَا فِيهِنَّ (2) فهو الذي خلقه وصوره وأبدعه قال عز وجل: اللَّهُ الَّذِي
خَلَقَ السَّمَوَاتِ وَالْأَرْضَ وَمَا بَيْنَهُمَا (3) والإنسان مجرد خليفة في الأرض أودعه الله فيها
وجلبه على حب التملك الذي يمنحه الحرية المطلقة في الانتفاع بها قال تعالى: وَهُوَ الَّذِي
جَعَلَكُمْ خَلِيفَةً فِي الْأَرْضِ (4) وقال عز من قائل: وَإِذْ قَالَ رَبُّكَ لِلْمَلَائِكَةِ إِنِّي جَاعِلٌ فِي
الْأَرْضِ خَلِيفَةً (5) وقال فيما يرويه عنه x «لو كان لابن آدم واديان من ذهب لابتغى ثالثاً ولا
يملا جوف ابن آدم إلا التراب ويتوب الله على من تاب» (6).

والملكية من تاريخ نشأة الإنسان في تطور مستمر فبعدما كانت الملكية مقتصرة على
الفرد وحده أصبحت حق ذو وظيفة اجتماعية بمعنى أن الفرد له الحق في التمتع بملكه وفي
نفس الوقت مقيداً بعدم الضرر بالمجتمع وهو عين ماتدعوا إليه القيم الإسلامية السامية.

في هذا الفصل نحاول إبراز ماهية الملكية العقارية وإجراءات تحديدها وأساليب
اكتسابها- دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون- في مبحثين يتحدث الأول عن الملكية بصفة
عامة والسلطات التي تمنحها والخصائص التي تميزها، والثاني يوضح ماهية الملكية العقارية
وما ينجر تحتها بالإضافة إلى طرق اكتسابها.

(1) [الزخرف/جزء من الآية 85].

(2) [المائدة/جزء من الآية 120]

(3) [السجدة/جزء من الآية 03].

(4) [الأنعام/جزء من الآية 165].

(5) [البقرة/جزء من الآية 30].

(6) مسلم بن الحجاج بن مسلم، صحيح مسلم، كتاب الزكاة، باب لو كان لابن آدم واديان من ذهب لابتغى ثالثاً، مكتبة الإيمان، المنصورة، د ط ن، [140/4].

:

إن فكرة الملكية وتحديد معناها الدقيق والحقوق التي تنجر من خلال اكتسابها مما أشكل ضبطه نظرا لأهميتها فهي من الموضوعات القليلة التي حظيت باهتمام المفكرين في العالم من قديم الزمان وشموليتها إذ تناولها الفلاسفة وعلماء الاجتماع والقانون والاقتصاد وتعرضت لها الأديان وبالخصوص ديننا الحنيف الذي أولاها عناية خاصة وسنحاول من خلال هذا المبحث التركيز على إبراز ماهية الملكية في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي في ثلاث مطالب تدرج تحته يتناول الأول تعريف الملكية أما المطلبين الثاني والثالث فيتحدثان عن عناصر الملكية وخصائصها.

المطلب الأول: مفهوم الملكية في الشريعة والقانون المدني الجزائري.

قبل أن نعرض على تعريف الملكية في الشريعة الإسلامية والقانون يبدو من المنطقي إبراز مفهومها اللغوي.

الفرع الأول: المعنى اللغوي للملكية

الملكية من أصل الملك والمُلك والمَلِك⁽¹⁾ فهي من ملكه يملكه ملكاً مثلثة وملكه محركة ومملكه بضم اللام أو يتلث احتواء الشيء والقدرة على الاستبداد به وماله ملك مثلثاً وبضمتين شيء يملكه⁽²⁾.

ومنه قوله تعالى: مَلِكٍ يَوْمَ الدِّينِ⁽³⁾ بمعنى يملك إقامة يوم الدين وقوله أيضاً:

مَلِكِ الْمَلِكِ⁽⁴⁾ بمعنى مالكا لكل شيء.⁽⁵⁾

(1) ابن منظور، لسان العرب المحيط، باب الكاف، حرف الميم، دار الجيل، بيروت، ط1408-1988، [528/5].

(2) الفيروز آبادي مجد الدين محمد بن يعقوب، القاموس المحيط، باب الكاف، فصل الميم، مؤسسة الرسالة، بيروت ط6/ 1419-1998، ص954.

(3) [الفاحة/04].

(4) [آل عمران/26].

(5) ابن منظور، لسان العرب، [52/5].

الفرع الثاني: المفهوم القانوني للملكية

جاء في المادة "674" ق م ج: "الملكية هي حق التمتع والتصرف في الأشياء بشرط ألا يستعمل استعمالاً تحرمه القوانين والأنظمة".

أما المشرع المصري فقد عرفها في المادة "802" م م بقوله: "لمالك الشيء وحده في حدود القانون حق استعماله و استغلاله والتصرف فيه"⁽¹⁾.

أما الملكية في القانون الفرنسي فهي كما في المادة "544" م ف: "الحق في استعمال واستغلال والتصرف في الشيء على نحو مطلق فيما لم يمنعه القانون"⁽²⁾.

وهذا ما وضعه زهدي يكن في تعريفه للملكية: "بأنه الحق الذي بمقتضاه يوضع شيء تحت إدارة شخص وتصرفه فيه بوجه دائم وبصورة مقتصرة عليه دون سواه على أن يكون الاستعمال والانتفاع والتصرف متفقاً مع ما لحق الملكية من وظيفة اجتماعية"⁽³⁾.

الفرع الثالث: تعريف الملكية في الشريعة الإسلامية.

تعددت التعاريف بتنوع الآراء والأفكار عند الفقهاء والعلماء المسلمين على حسب المذاهب والمناهج المتبعة نورد بعضها ثم نحاول الجمع بينها في تعريف واحد مختار.

- تعريف الملكية عند الحنفية:

عرفها ابن نجيم الحنفي⁽⁴⁾ بقوله: "قدرة يثبتها الشارع ابتداء على التصرف إلا لمانع"⁽⁵⁾.

(1) السنهوري أحمد عبد الرزاق، الوسيط في شرح القانون المدني، منشأة المعارف بالإسكندرية، جلال جزي وشركاؤه، ط 2004، [432/8]. الصدة عبد المنعم، الملكية في قوانين البلاد العربية، شركة مكتبة ومطبعة مصطفى البابي وأولاده بمصر، دار الفكر العربي، د ط ن، ص 13.

(2) همام محمد محمود زهران، الحقوق العينية الأصلية-حق الملكية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، ط 2007 ص 31.

(3) زهدي يكن، الملكية والحقوق العينية الأصلية، منشورات الملكية العصرية، بيروت-لبنان، ط 2/د ن، ص 27.

(4) هو: زين الدين بن إبراهيم بن محمد الشهير بابن نجيم الحنفي، الفقيه المصري، كان عمدة العلماء العاملين وختام المحققين والمفتين، من مصنفاته: "البحر الرائق"، و"الأشباه والنظائر" وغيرها. توفي

سنة 970هـ.

انظر: [نجم الدين محمد الغزي، الكواكب السائرة بأعيان المائة العاشرة، تحقيق جبرائيل جبور، دار الآفاق الجديدة، بيروت-لبنان، 154/3، عبد الحي بن العماد، شذرات الذهب في أخبار من ذهب، المكتب التجاري للطباعة والنشر، دار إحياء التراث العربي، بيروت-لبنان، د ط ن، 8/358].

(5) ابن نجيم زين الدين بن إبراهيم، الأشباه والنظائر، دار الفكر المعاصر، بيروت-لبنان، ط 2/1420-1999، ص 411.

ثانياً - تعريف الملكية عند المالكية:

عرفها صاحب (الفروق) بأنها: "حكم شرعي مقدر في العين أو المنفعة يقتضي تمكن من يضاف إليه من انتفاعه بالمملوك والعيوض عنه من حيث هو كذلك"⁽¹⁾.

ثالثاً - الملكية عند الشافعية:

كما ورد في كتاب (الأشباه والنظائر): "حكم شرعي يقدر في عين أو منفعة تمكن من نسب إليه من انتفاعه والعيوض عنه من حيث هو كذلك"⁽²⁾.

رابعاً - الملكية عند الحنابلة:

كما ساقه صاحب كتاب (الفتاوى الكبرى): "هي القدرة الشرعية على التصرف في الرقبة"⁽³⁾.

نلاحظ أن هذه التعريفات تباينت في مفهومها لمصطلح الملكية، تبعاً للأساس الذي اعتمد عليه كل مذهب فيما استخلصه، فالمالكية والشافعية عرفوها انطلاقاً من كونها حقيقة شرعية، أو امراً أو حالة أو معناً شرعياً، ثم أخذوا في ذكر مضمون هذا الحكم وموضوعه وأثره، أما الحنفية والحنابلة فبنوا تعريفهم على أساس ذكر موضوعها⁽⁴⁾، فاكتفوا بذكر الآثار والنتائج التي تترتب على الملكية من القدرة على التصرف وغيره⁽⁵⁾.

لكنها لم تبرز حقيقتها-الملكية- ومعناها الدقيق، كونها علاقة شرعية بين الإنسان والشيء المملوك، من شأنها أن تعطيه القدرة على التصرف، والإننتفاع وحده إلا إذا منع من ذلك مانع خارجي⁽⁶⁾ كالمحجور عليهم لهم الملك، وليس لهم التمكن من التصرف لأمر خارجي⁽⁷⁾ ومثلهم الواقفين للأوقاف على القول الذي يرى بأنها تظل على ملكهم⁽⁸⁾.

(1) القرافي أحمد بن إدريس، الفروق في أنواع البروق وأنوار الفروق، دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان، ط1/ 1418- 1998، [364/3].

(2) السيوطي جلال الدين، الأشباه والنظائر في قواعد وفروع فقه الشافعية، مؤسسة الكتب الثقافية، بيروت- لبنان، ط3/ 1419- 1999، ص396.

(3) تقي الدين بن تيمية، الفتاوى الكبرى، دار القلم، بيروت- لبنان، ط/ 1407- 1987، [163-162/3].

(4) عبد الله بن عبد العزيز المصلح، قيود الملكية الخاصة، مؤسسة الرسالة، ط1/ 1408-1988، ص35. العبادي داود عبد السلام، الملكية في الشريعة الإسلامية، مؤسسة الرسالة، دار البشير، ط1/ 1421-2000، [167/1].

(5) عبد الله بن عبد العزيز، قيود الملكية الخاصة، ص36.

(6) عبد الله بن عبد العزيز، قيود الملكية الخاصة، ص36. العبادي عبد السلام، الملكية في الشريعة الإسلامية، [167/1].

(7) السيوطي جلال الدين، الأشباه والنظائر، ص396.

(8) القرافي أحمد بن إدريس، الفروق في أنواع البروق وأنوار الفروق، [366/3].

أما التعريف الذي أميل إليه، والمختار عند " فهو

كالتالي:

"علاقة شرعية بين الإنسان و الشيء المملوك تخول صاحبها الانتفاع والتصرف وحده ابتداءً إلا لمانع" (1).

ونستخلص من هذه التعريفات أن الأصل في حق الملكية هو الإباحة للمالك على مباشرة كافة السلطات من استعمال واستغلال وتصرف على الشيء محل حقه لتحقيق أوجه الاستفادة منه فيما عدا ما حرمه القانون والأنظمة.

المطلب الثاني: عناصر الملكية في الشريعة والقانون المدني الجزائري

الفرع الأول: عناصر الملكية في القانون.

اعتنى رجال القانون ببيان ما لصاحب حق الملكية من مكنات أو سلطات أو مزايا يستطيع مباشرتها أو التمتع بها في مجال انتفاعه بالشيء مجال هذا الحق والتي أطلقوا عليها اسم عناصر الملكية.

أولاً - حق الاستعمال (P'usage):

يقصد بعنصر الاستعمال استخدام الشيء فيما أعد له وبما يتلاءم مع طبيعته للحصول على منافعه فيستطيع أن يستعمل الشيء استعمالاً شخصياً كسكانه منزله وركوبه سيارته وارتدائه ملابسه وقد يصل إلى أبعد من هذا، وذلك باستهلاكه لما يملك كمن له طعاماً أكله أو حديقة قطف ثمارها وأكلها.

ويعتبر من قبيل الاستعمال أعمال الحفظ التي يقدم بها المالك في ملكه كمن رمم منزله أو أعاد بناءه بعد أن كاد ينهدم أو استصلح أرضه. - ونفرق بين استعمال المالك للشيء وغير المالك له كالمنتفع والمستأجر والمرتهن رهن حيازي في أن المالك الأصلي يحق له استعمال الشيء إلى حد إتلافه كتهديم منزله أو إتلاف سيارته ولا يحق لغير المالك إتلاف الشيء بل يجب المحافظة عليه ورده لأصحابه سالمًا.

(1) عبد الله بن عبد العزيز، قيود الملكية الخاصة، ص 39.

كما يحق له أن لا يستعمله كمن له منزل له أن لا يسكنه ويتركه خالياً دون إجارة أو كانت له أرضاً زراعية فله كل الاختيار في استصلاحها أو تركها إلا في حالة تدخل المشرع بفرض قيود أخرى.

فالأصل عند المالك إباحة كل أوجه الاستعمال إلا ما استثناه القانون أما غير المالك – المنتفع و المستأجر – فالأصل عنده تحريم كل استعمال إلا ما أباحه القانون⁽¹⁾.

ثانيا - حق الاستغلال (la jouissance):

إلى جانب استعمال الشيء يخول القانون أيضا حق استغلاله وهو القيام بالأعمال اللازمة للحصول على ثمار ومنتجات الشيء محل الملكية واستعمالها أو التصرف فيها حسب إرادة المالك.

وينقسم هذا الاستغلال إلى مباشر وغير مباشر .

فالاستغلال المباشر: هو قيام مالك باستغلال ملكه بنفسه كزراعته لأرضه وجني ثمارها واستخدامه سيارته خصيصا للأجرة.

أما غير المباشر فيكون بتوكيل المالك غيره بالنيابة عنه في استغلاله لما يملك من شيء مع دفعه مقابل حسب ما اتفقا عليه في إبرام عقدهما كمن يؤجر أرضه لغيره لجني ثمارها أو يستعمل سيارته للكراء مقابل مبلغ معين .

والمالك للشيء مخير في استغلال ملكه أو عدم استغلاله فمن حقه أن يزرع أرضه ويسكن منزله كما يحق له أن لا يزرعها ولا يسكن بيته ولا يؤجره إلا في حالة تدخل المشرع وفرضه قيودا يجب الالتزام بها كالإزامه بزرع أرضه لكي يساهم في تقوية عضد المحاربين في حالة الحرب أو في التمويل في حالة الأزمات الاقتصادية⁽²⁾.

وما نص عليه **قانون التوجيه العقاري** في المادة "48" بأن عدم استغلال الأرض موسمين فلاحيين يعد تعسفا في استعمال الحق إلا دليل على السعي إلى تحقيق المصلحة العامة⁽³⁾.

(1) السنهوري، الوسيط، [435/8]. أحمد سلامة، الملكية الفردية في القانون المصري، القاهرة، ط1/1970، ص103.

(2) السنهوري، الوسيط، [437/8].

(3) شامه سماعين، الأدوات القانونية للسياسة العقارية في الجزائر منذ 1990، رسالة لنيل شهادة الماجستير في القانون، بن عكنون- الجزائر 1999، ص 108.

بقي لنا أن نشير إلى أن هناك قيوداً قد يفرضها المشرع على الشيء المملوك يجب على المالك أن يحترمها والالتزام بها كإلزامه للمالك الذي يريد استغلال صيدلية بان يقيم بها صيدلياً مؤهلاً⁽¹⁾.

ثالثاً - حق التصرف (la disposition):

يقصد بالتصرف في القانون سلطة المالك على الشيء المملوك⁽²⁾ وقد يكون التصرف قانوني أو مادي.

فالتصرف المادي يكون باستهلاك الشيء إلى حد إتلافه حسب الإرادة وبالتالي فهو يشبه الاستعمال.

أما التصرف القانوني فهو التصرف الذي ينقل الملكية بصفة كلية كالبيع والهبة والقرض وغيرها وهذا النوع من التصرف يعد أوسع ضروب التصرف القانوني.

كما يجوز له نقل جزء من ملكيته كأن يبيع نصف المنزل أو نصف الأرض ويجوز له أيضاً نقل عنصر من عناصر الملكية كأن يتنازل لأحد على أن ينتفع بالشيء المملوك له فيكون قد خصص له حق الاستعمال والاستغلال دون حق التصرف فهو بمثابة التصرف بالمنفعة دون الرقبة كأن يخصص لأحد حق السكنى في داره دون التصرف فيها بالهبة أو البيع.

كما يجوز له أن يرتب على العقار المملوك حق ارتفاق ويستتقي ملكية العين له كمن يرهنه رهناً رسمياً فيستتقي حق الملكية له لكنها مقيدة بالرهن فأعمال التصرف هنا تقابل أعمال الإدارة فيما يتعلق بالاستغلال وبالتالي تنشئ عنصر ثالث لحق الملكية يعرف بالتصرف⁽³⁾.

وينبغي التفريق بين أعمال التصرف التي يقصد بها نقل الملكية أو إنشاء حق عيني وأعمال الإدارة التي يراد بها استغلال الشيء كالإيجار والميزة الأساسية التي تفرق بينهما

(1) السنهوري، الوسيط، [437/8].

(2) زهدي يكن، شرح مفصل لقانون الملكية العقارية والحقوق العينية غير المنقولة، سيما، ط1/ دن، [232/1].

(3) السنهوري، الوسيط، [501/8].

تتجلى في الأهلية التي يجب توفرها في الشخص المتصرف كما نصت عليه المادة "40" من ق م ج ولا توفر ببالغ الأهمية في أعمال الإدارة⁽¹⁾.

ويختلف التصرف في الملكية نفسها على التصرف في عنصر من عناصرها فالمتصرف في الملكية لا يحق له إرجاعها إلا بسبب جديد مكسباً للملكية أما المتصرف في عنصر من عناصرها يستطيع استرداد العنصر المتصرف فيه دون سبب جديد كمن رتب حق انتفاع أو استعمال أو حق سكنى يسترد العنصر الذي نقله بواسطة أحد هذه التصرفات بانقضاء أجل حقوقهم أو موت هؤلاء. فالمالك الأصلي كما يستطيع أن يتصرف في ملكه يحق له ألا يتصرف فيه إلا إذا تدخل المشرع وفرض قيوداً على التصرف كالشريك في ملكية لأسرة فلا يجوز له أن يتصرف في نصيبه لأجنبي عن الأسرة إلا بموافقة الشركاء جميعاً كما نصت عليه المادة "740" ق م ج: "لا يجوز لأي شريك أن يتصرف في نصيبه لأجنبي عن الأسرة إلا بموافقة الشركاء جميعاً" وكذلك يتقيد حق المتصرف بما يتقرر لغيره من حقوق على ما يملك فوجود حق انتفاع لشخص على شيء مملوك لغيره يمنع مالكة من أن يتصرف فيه تصرفاً مادياً طيلة مدة الانتفاع. [المادة "2/994" ق م م]. كما يمنعه من أن يرتب عليه حق انتفاع لشخص آخر خلال هذه المدة.

وجود حق ارتفاق على عقار يمنع صاحبه من أن يعمل فيه ما يؤدي إلى انتقاص في استعمال

هذا الحق أو إرهاب صاحبه عند استعماله بما لم يكن يتعرض له قبل. [المادة "1/1023" ق م م].⁽²⁾

وهناك قيوداً أخرى قد يفرضها المشرع على التصرف كما في نزع الملكية جبراً على صاحبها وفي التأميم.⁽³⁾

(1) البدر اوي عبد المنعم، الحقوق العينية الأصلية، الملكية والحقوق المنقرعة عنها وأسباب كسبها، مكتبة سيد عبد الله وهبة، ط2/1968، ص 26.

(2) الخفيف علي، الملكية في الشريعة الإسلامية، دار الفكر العربي، ط/1416-1996، [80/2].

(3) السنهوري، الوسيط، [502/8].

الفرع الثاني: عناصر الملكية في الشريعة الإسلامية.

هتم الفقهاء ببيان القدرات والمكنات والسلطات التي يخولها حق الملك لصاحبه ومرادهم به الأثر أو الثمرة التي رتبها الشارع الحكيم على قيام الملك لكنهم لم يفرقوا بينهم كما فعل فقهاء القانون بإفراد كل عنصر بالشرح والتبيان بل تحدثوا عليهم بصفة جامعة وهذا لا يعد تقصيراً أو إهمالاً وإنما فهم معمق للموضوع وإحاطة به من كل جوانبه والوصول إلى أن التصرف والاستعمال والاستغلال عناصر متداخلة متكاملة فيما بينها بحيث يصعب التفريق بينها وتحديد معاني محددة دقيقة فالتصرف والانتفاع يقتضي الاستغلال والاستعمال وهذا ما اعترف به القانونيون فالدكتور عبد الناصر توفيق العطار يقول: "كان من الأولى والأجدر اختصار الجدل كله في عبارة واحدة تنص على أن: للمالك التصرف في ملكه والحصول على كل منافعه"⁽¹⁾ وفيما يلي أذكر بعض النصوص الفقهية التي تدل على هذه العناصر وتوضح ما يثبت للمالك من سلطات :

فمن الحنفية يقول صاحب (رد المحتار على الدر المختار): "الانتفاع بالمال يعتمد في كل شيء بما يصلح له"⁽²⁾.

أما عند المالكية يقول القرافي⁽³⁾: "وبالجملة فموجب الملك الانتفاع والانتفاع يكون بوجهين انتفاع يتولاه المالك بنفسه وانتفاع يتولاه النائب عنه قد يكون باستئابة المالك وقد يكون بغير استئابه فغير المحجور عليه يتوصل إلى الانتفاع بملكه بنفسه وبنيايته والمحجور عليه لا يتوصل إلى الانتفاع بملكه إلا بنيابته ونائبه لا يكون إلا باستئابته والانتفاع إما مع أخذ العوض أو بدونه وإما مع رد العين أو بدونه"⁽⁴⁾.

(1) العطار عبد الناصر توفيق، شرح أحكام حق الملكية، دار الفكر العربي، د س ط، ص 18.
(2) ابن عابدين، رد المختار على الدر المختار، دار إحياء التراث العربي، بيروت- لبنان، ط4/1407-1987 [03/4].

(3) هو: أحمد بن إدريس بن عبد الرحمن، أبو العباس شهاب الدين القرافي، أصله من صنهاجة قبيلة من بربر المغرب، فقيه مالكي، أصولي، ولد سنة 626هـ، من تصانيفه: الفروق، الذخيرة، شرح التهذيب، شرح الجلاب، توفي في جمادي الآخرة سنة 684هـ/1285م.

انظر: [ابن فرحون إبراهيم بن نور الدين، الديباج المذهب في معرفة أعيان علماء المذهب، دار الكتب العلمية، بيروت-لبنان، ط1/1417-1996، ص128-130. محمد بن محمد مخلوف، شجرة النور الزكية في طبقات المالكية، دار الكتب العلمية، بيروت-لبنان، ط1/1424-2003، ص188، الذهبي شمس الدين محمد بن أحمد، سير أعلام النبلاء، دار الفكر، بيروت-لبنان، ط1/1417-1997، 277/17].

(4) القرافي أحمد بن إدريس، تهذيب الفروق، عالم الكتاب، بيروت، د ط ن، [234/3].

فالقرافي يبين أنواع الاستغلال والاستعمال ويفرق بين استعمال الشيء واستغلاله من طرف المالك بنفسه أو بالنيابة عنه وهو يقابله في القانون الاستغلال والاستعمال المباشر وغير المباشر فالأول كمن يركب سيارته ويسكن بيته ويزرع أرضه والثاني كالمنتفع والمستأجر ومن يستعمل سيارته للكراء وهذا حسب ما اتفقا عليه بمقابل أو بدونه ويبين في الجزء الأخير أنواع التصرف القانوني الذي ينقل الملكية بصفة كلية كالبيع والهبة أو بنقل جزء منه كالذي يخص لشخص قطعة أرض يزرعها ويجني ثمارها دون التصرف فيها بالبيع والهبة فهو بمثابة ملك المنفعة دون الرقبة.

أما في فقه الشافعية يقول صاحب (قواعد الأحكام في مصالح الأنام): "يثبت التصرف بحصول الملك ويزول بزواله"⁽¹⁾.

وأورد صاحب كتاب (طريقة الخلاف) كلام في الموضوع أيضاً حيث يقول⁽²⁾: "إن الملك ثابت لحاجة الانتفاع بالعين المملوكة ولحاجة الاستمناء والاسترباح" "ملك العين سبب جواز الانتفاع" "إن المنافع مملوكة فملكها سبب لجواز الانتفاع" "كمال الملك بكمال التصرف"

وعند الحنابلة يقول ابن قدامة⁽³⁾: "... لأن المطلق للتصرف الملك"⁽⁴⁾ "لأن الملك سبب لإطلاق التصرف والمنفعة المباحة يباح له استيفاؤها فجاز له أخذ عوضها..."

وعلى أية حال فعبارات الفقهاء بصفة عامة توضح المعنى وتبين أن الملك يعطي صاحبه القدرة على التصرف في محله بجميع أنواع التصرف الجائز ويمكنه منها .

إلا أن هناك بعض القيود ترد على التصرف في هذا الملك وتحد من منفعه المطلقة، نوجزها في المقولة التالية للكاساني⁽⁵⁾: "حكم الملك ولاية التصرف للمالك في المملوك

(1) عز الدين بن عبد السلام، قواعد الأحكام في مصالح الأنام، دار الكتب العلمية، بيروت- لبنان، د ط ن، [04/2].
(2) محمد بن عبد الحميد، طريقة الخلاف، مكتبة دار التراث، د ط ن، ص 364، 291، 362، 171.
(3) هو: عبد الله بن محمد بن قدامة المقدسي ثم الدمشقي أبو محمد، موفق الدين، أصولي فقيه من أئمة المذهب الحنبلي في زمانه، عميق التفكير، من مؤلفاته: "المغني"، "الكافي"، و"روضة الناظر" وغيرها. توفي سنة 620هـ.

انظر: [عبد الرحمن بن رجب، نيل طبقات الحنابلة، دار المعرفة، بيروت، 133/2، شذرات الذهب، 88/5، كحالة عمر رضا، معجم المؤلفين في تراجم مصنفي الكتب العربية، دار إحياء التراث العربي، بيروت-لبنان، د ط ن، 227/3].

(4) ابن قدامة عبد الله أحمد بن محمد، المغني، مكتبة الرياض الحديثة، الرياض، ط/1401-1981، [128/4].
(5) هو: أبو بكر بن سعود بن أحمد علاء الدين الكاساني، ملك العلماء، توفي سنة (587هـ)، ودفن بظاهر حلب، من مصنفاته: البدائع شرح تحفة الفقهاء، الكتاب الجليل، السلطان المبين.
انظر: [اللكوني محمد، الفوائد البهية في تراجم الحنفية، شركة دار الأرقم، بيروت-لبنان، ط/1418-1998، ص 91. الزركلي خير الدين، الأعلام، دار العلم للملايين، بيروت-لبنان، ط/12/1997، 70/2].

ليس لأحد ولاية الجبر عليه إلا لضرورة ولا لأحد ولاية المنع عنه وإن كان يتضرر به ... إلا إذا تعلق به حق الغير فيمنع من التصرف من غير رضا صاحب الحق وغير المالك لا يكون له التصرف في ملكه من غير إذنه ورضاه إلا لضرورة"⁽¹⁾.

أي أن الأصل في الملك الإباحة المطلقة إلا لضرورة كالمثال السابق- نزع الملكية للمنفعة العامة- أو تعلق حق الغير به كالشريك وحق الارتفاق وغير المالك الأصل في حقه المنع إلا في حالات معينة كحصوله على حق انتفاع .

المطلب الثالث: خصائص الملكية في الشريعة والقانون المدني الجزائري

كما تحتوي الملكية على عناصر تميزها عن باقي الحقوق العينية الأخرى سواء كانت حقوق أصلية أم تبعية تتمتع أيضاً بخصائص تجعلها أوسع هذه الحقوق نطاقاً تناولها فقهاء القانون والشريعة الإسلامية بالتبيين والشرح والتحليل.

الفرع الأول: خصائص الملكية في القانون

يتسم حق الملكية في القانون بالديمومة والعينية ويتعدى إلى كونه حق جامع مانع.

أولاً- الملكية حق عيني :

الحق هو سلطة شخص على شيء لشخص آخر⁽²⁾. أي أنها ترد على شيء معين ولا يحتاج صاحبها إلى وساطة شخص آخر⁽³⁾ بخلاف الحق الشخصي الذي هو سلطة ولاية تثبت لشخص على آخر فمعيار التفرقة بين الحقين هو في محل كلاً من الحقين فمحل الحق الشخصي هو عمل في حين أن محل الحق العيني هو شيء مادي حسب الرأي الراجح وسلطة صاحب الحق العيني ترد على هذا الشيء مباشرة⁽⁴⁾ ولما كانت الملكية حقاً عينياً

(1)الكاساني علاء الدين بن سعود، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، دار إحياء التراث العربي، بيروت-لبنان ط1/1417-1997، [394/5]. العبادي داود عبد السلام، الملكية في الشريعة الإسلامية، [263/1].

(2) البدر اوي عبد المنعم، الحقوق العينية الأصلية، الملكية والحقوق المتفرعة عنها وأسباب كسبها، ص05.

(3) أحمد شوقي، الحقوق العينية الأصلية، حق الملكية، توزيع منشأة المعارف، الإسكندرية، ط/2004، ص05.

(4)سوار محمد وحيد الدين، حق الملكية في ذاته في القانون المدني، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان-الأردن، ط/1418-1997، ص11.

مطلقاً فهي تعطي لصاحبها كل السلطات على الشيء(حق الاستعمال حق الاستغلال حق التصرف) وهذه الاستفادة تكون بالقدر الذي يتناسب مع مضمون هذا الحق.

ثانياً - الملكية حق دائم

والمقصود بهذه الخاصية أن حق الملكية لا يرتبط بأية مدة زمنية فهو يستمر طالما أن موضوعه موجوداً لأن صفة التأييد ترد على موضوع الحق وليس على صاحبه وبالتالي فهو ملازم للشيء المملوك ما دام هذا الشيء باقياً⁽¹⁾.

ودوام حق الملكية له عدة معاني:

1- الملكية لا تقبل التآقيت: أي أنها تدوم بدوام الشيء فإذا ثبت حق الملكية لشخص فلا يجوز أن تكون مؤقتة⁽²⁾.

2- الملكية لا تسقط ولا تزول بعدم استعمالها: بمعنى أن المالك إذا ترك ملكه مهما طال مدة الاستعمال ولم يرد نص صراحة يقرر سقوطه كما أن حق الملكية لا يسقط بالتقادم المسقط والدعوى التي تحميه هي دعوى الاستحقاق فهي دعوى لا تسقط⁽³⁾ وللمالك رفعها في أي وقت بشرط عدم اكتسابها بالتقادم المكسب⁽⁴⁾.

ثالثاً- الملكية حق جامع مانع : هذه الخاصية تتعلق بمضمون حق الملكية وبالتالي فهي صفة أساسية فالأصل في المالك أن يكون جامعاً (total) لكل السلطات فحقه ينطوي على أوسع السلطات الممكن وجودها على الشيء محل الملكية⁽⁵⁾ وأشملها بما يمكنه منه الاستفادة من كل منافعه(استعمالاً واستغلالاً) ويتحكم في كيانه سواء بالأعمال المادية أو بالتصرفات

(1) سلامة أحمد، الملكية الفردية في القانون المصري، القاهرة، ط1/1970، ص78. سوار محمد وحيد الدين، شرح القانون المدني، الحقوق العينية الأصلية في القانون السوري، مطابع ألف باء، دمشق، ط/1969، ص25. جورج ش دراوي، حق الملكية العقارية، المؤسسة الحديثة للكتاب، طرابلس- لبنان، ط/2006، ص33.

(2) كبيرة حسن، أصول القانون المدني، الحقوق العينية الأصلية، أحكام حق الملكية، منشأة المعارف بالإسكندرية، ط/1965، [173-162/1].

(3) باشا محمد كامل مرسي، الحقوق العينية الأصلية، المطبعة العالمية، مصر، ط2/د ن، [264/1]، هامام محمد محمود زهران، الحقوق العينية الأصلية، ص51.

(4) الخفيف علي، الملكية في الشريعة الإسلامية، [69/2]. جورج ش دراوي، حق الملكية العقارية، ص36.

(5) غني حسون طه، الحقوق العينية في القانون المدني الكويتي -حق الملكية-، دراسة مقارنة، مطبوعات جامعة الكويت، ط/1977، [52/1].

القانونية وهذا ما أشار إليه المشرع المصري في المادة "802" م م بقوله: "لمالك الشيء وحده..."(1).

وأما كون الملكية حق مانع (exclusif) فالمالك يستأثر بجميع مزايا ملكه فهو حق مقصور على المالك دون غيره فلا يجوز لأحد أن يشاركه في ملكه أو يتدخل في شؤون ملكيته ويحتج به المالك قبل الكافة(2) وإذا تعدى أحد عليها وجب عليه التعويض للمالك المتضرر(3).

الفرع الثاني: خصائص الملكية في الشريعة الإسلامية

بعد ما تحدثنا عن خصائص الملكية في القانون نحاول إبراز نظائرها في الجانب الشرعي الإسلامي أي ما تميزت به الملكية من خصائص عند فقهاء الدين تبرز حقيقتها وتظهر ماهيتها.

أولاً- إن ملكية العين تستلزم مبدئياً ملكية المنفعة:

إذا ملك الإنسان عينا من الأعيان بسبب من أسباب الملك المقررة فإنه يملك منفعتها لذلك أيضا فملك العين يستلزم ملك المنفعة أي يستتبعها حالا ومآلاً وذلك لأن ملكية الأشياء ليست مقصودة لذاتها وإنما الغاية منها هي منافعها وملكية الرقبة ما أقرت إلا لتكون سندا لكمال الانتفاع والتصرف المشروع ولو بالاستهلاك فإذا تصورنا انفكاك ملكية الرقبة في الشيء عن حق الانتفاع بصورة دائمة فذلك من العبث الذي ليس من شأن التشريع أن يقره(4).

على هذا الأساس لم يكن في الفقه الإسلامي من أسباب الملكية ما يوجب امتلاك الرقبة وحدها دون المنفعة إلا في صورتها الوصية بالمنفعة وهما(5):

1- إذا وصى المالك بمنفعة شيء من ماله كسكنى داره أو ثمرة بستانه لشخص مدة محدودة أو مدى حياته.

(1) همام محمد محمود زهران، الحقوق العينية الأصلية، حق الملكية، ص 49-50.

(2) السنهوري عبد الرزاق، الوسيط [529/8].

(3) ش دراوي جورج، حق الملكية العقارية، ص 48.

(4) الزرقا مصطفى أحمد، المدخل الفقهي العام، دار القلم، دمشق، ط2/1425-2004، [359/1]. العبادي عبد

السلام، الملكية في الشريعة الإسلامية، [454/1]

(5) الزرقا مصطفى أحمد، المدخل الفقهي العام، ص 361.

2- إذا أوصى بعين المال لشخص وبمنفعته لآخر مدة محدودة.

ثانياً- إن أول ملكية تثبت على الشيء الذي لم يكن مملوكاً قبلها إنما تكون دائماً ملكية تامة:

أي أنها تكون شاملة لرقبة الشيء ومنافعه معا فلا يمكن أن تثبت الملكية الأولى على الشيء ناقصة مقصورة على رقبته دون منافعه أو على منافعه دون رقبته فالملك يثبت من أجل الحصول على جميع الفوائد المشروعة التي يمكن الحصول عليها من الأشياء المملوكة بحسب أنواعها وسببها الاستيلاء على المباح إذ كانت جميع الأشياء منذ خلقها الله مباحة لقوله تعالى: **هُوَ الَّذِي خَلَقَ لَكُمْ مَّا فِي الْأَرْضِ جَمِيعًا** (1) وإنما ملكت بداية بالاستيلاء وعنها تفرعت جميع أنواع الملكيات بالأسباب الناقلة للملكية (2).

غير أن من ملك المنافع ما لا يستند إلى ملكية تامة في محله كحقوق الارتفاق (3).

ثالثاً- إن ملكية العين لا تقبل التوقيت:

فملكية العين متى ثبتت لأحد أسبابها تثبت مؤبدة (4) فهي غير موقوتة بزمن معين تنتهي بانتهائه لأنها لا تقبل التقيد بالزمان والمكان وبالتالي فحق الملكية دائم ويبقى قائماً ما دام الشيء المملوك قائماً ولا ينتهي إلا بانعدامه أو بإخراجه عن ملكية صاحبه بسبب ناقل للملكية أو بوفاة مالكة حتى ينتقل إلى الورثة (5).

(1) [سورة البقرة/ جزء من الآية 28].

(2) الخفيف علي، الملكية في الشريعة الإسلامية مع المقارنة بالشرائع الوضعية، دار الفكر العربي، ط/1416-1996، ص77.

(3) الخفيف علي، الملكية في الشريعة الإسلامية، ص77.

(4) الزرقا مصطفى أحمد، المدخل الفقهي العام، ص362.

(5) زيدان عبد الكريم، المدخل لدراسة الشريعة الإسلامية، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط14/1417-1996، ص203 بدران أبو العينين بدران، الشريعة الإسلامية- تاريخها ونظرية الملكية والعقود-، مؤسسة شباب الجامعة للطباعة والنشر والتوزيع، الإسكندرية، د ط ن، ص321.

أحسن مثال يضربه الفقهاء في هذا الصدد العمرى⁽¹⁾ وهي ثابتة عن النبي ﷺ بقوله: «العمرى لمن وهبت له»⁽²⁾ وفي رواية «قضى النبي بالعمرى أنها لمن وهبت له» وقوله أيضاً: «العمرى جائزة لأهلها»⁽³⁾ رغم اختلاف الفقهاء في مصيرها بعد وفاة الموهوب له (المالك للمنفعة) هل ينتقل إلى ورثته أو يعود إلى مالكة الأول (الواهب) وورثته في حالة وفاته لكنهم يتفقون على جوازها في باديء الأمر⁽⁴⁾.

رابعاً- إن ملكية الأعيان لا تقبل الإسقاط:

فلو أسقط أحد ملكيته عن شيء مملوك له لا يسقط ويبقى مالكا له وعلى هذا الأساس منع الإسلام وهو الشيء يخرج عن ملك مالكة لا إلى مالك جديد وقد كانت العرب قبل الإسلام تعتاد التسيب في الإبل في حالات خاصة فأبطله القرآن بالنص الصريح⁽⁵⁾ في قوله تعالى: مَا جَعَلَ اللَّهُ مِنْ نَحِيرَةٍ وَلَا سَائِبَةٍ وَلَا وَصِيلَةٍ وَلَا حَامٍ⁽⁶⁾.

من هذا نستنتج أن خصائص الملكية في القانون والشريعة الإسلامية هما بمثابة وجهان لعملة واحدة يصبان في قالب واحد فهما يتفقان إلى حد بعيد والاختلاف بينهما في الصياغة فقط.

(1) وتعرف بالرقبي أيضاً: وهي أن يهب إنسان لآخر شيئاً مدى عمره. انظر: ابن منظور، لسان العرب، حرف العين، [882/4].

(2) مسلم، صحيح مسلم، كتاب الهبات، باب العمرى، [63/6].

(3) مسلم، صحيح مسلم، كتاب الهبات، باب العمرى، [64/6].

(4) العبادي داود عبد السلام، الملكية في الشريعة الإسلامية، [1/456-457]. الخفيف علي، الملكية في الشريعة الإسلامية، [76/1].

(5) بدران أبو العينين بدران، الشريعة الإسلامية-تاريخها ونظرية الملكية والعقود-، ص320. الزرقا مصطفى أحمد، المدخل الفقهي العام، [365/1].

(6) [سورة المائدة/جزء من الآية 105].

:

بعدما رأينا الملكية بصفة عامة نحاول في هذا المبحث تدقيق دراستنا على الملكية العقارية وذلك بمحاولة التعرض لمفهومها في المطلب الأول ثم نطاقها وأنواع العقارات يحويها المطلب الثاني وفي الأخير كمطلب ثالث نبين طرق اكتسابها دائماً باتباع منهج المقارنة بين الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي.

المطلب الأول: مفهوم الملكية العقارية في الشريعة والقانون المدني الجزائري.

عرفت الملكية العقارية في المادة "11" من قانون الملكية العقارية القرار رقم "3339"

الصادر بتاريخ 12-11-1930 الخاص بحق الملكية العقارية كآلاتي: "الملكية العقارية هي حق استعمال عقار ما والتمتع والتصرف به ضمن حدود القوانين والقرارات والأنظمة"⁽¹⁾.

أما المشرع الجزائري فعرفها في المادة "27"، قانون رقم 25/90 المؤرخ في 18-11-

1990 المتضمن التوجيه العقاري: "الملكية العقارية الخاصة هي حق التمتع والتصرف في

المال العقاري أو الحقوق العينية من أجل استعمال الأملاك وفق طبيعتها أو غرضها"⁽²⁾

وملكية العقار في الشريعة الإسلامية هي ما كانت لصاحب خاص واحد كان أو متعدد

له الاستئثار بمنافعها والتصرف في محلها"⁽³⁾.

وبالتالي فالملكية العقارية تعتبر سلطة مباشرة لصاحب العقار.

(1) ش دراوي جورج، حق الملكية العقارية، ص17.

(2) حمدي باشا عمر، نقل الملكية العقارية، دار هومة، الجزائر، ط2/1433-2000، ص05.

(3) الخفيف علي، الملكية في الشريعة الإسلامية مع مقارنتها بالقوانين الوضعية، [73/2].

الفرع الأول: تعريف العقار في الشريعة والقانون.

عرفه المشرع الجزائري في المادة "1/683" من ق م ج على أنه: "كل شيء مستقر

بحيز وثابت فيه ولا يمكن نقله منه كل ما عدا ذلك من شيء فهو منقول".

ويضيف في "ف2": "غير أن المنقول الذي يضعه صاحبه في عقار يملكه رسداً على

خدمة هذا العقار أو استغلاله يعتبر عقاراً بالتخصيص".

أما العقار في الشريعة الإسلامية وفقاً لما ذهب إليه الحنفية وجمهور الفقهاء: "هو ما لا

يمكن نقله وتحويله عن مكانه"⁽¹⁾.

وهو بهذا لا يتأتى في غير الأرض سواء كانت للزراعة أو البناء أو كانت فضاء.

وذهب المالكية إلى أن العقار "ماله أصل ثابت لا يمكن نقله وتحويله من مكان لآخر مع بقاء

هيئته وشكله فيتناول الأرض والبناء والغراس والشجر وغير ذلك من كل ماله أصل ثابت

مستقر"⁽²⁾.

وبناء على ما ذهب إليه المالكية يكون العقار عندهم أعم منه عند غيرهم لتناوله

الأرض والبناء والغراس وهو بهذا يوافق ما ذهب إليه القانون.

(1) شمس الدين أحمد بن قودر، تكملة شرح فتح القدير المسمى نتائج الأفكار في كشف الرموز والأسرار، دار الكتب العلمية، بيروت-لبنان، ط1/ 1415-1995، [413/9]. الكاساني، بدائع الصنائع، [132/4]. البغوي الحسين بن مسعود، التهذيب في فقه الإمام الشافعي، دار الكتب العلمية، بيروت-لبنان، ط1/ 1418-1997، [337/4]. الفيروزآبادي إبراهيم بن علي، المذهب في فقه الإمام الشافعي، دار الكتب العلمية، بيروت-لبنان، ط1/ 1416-1995، [212/2]. ابن قدامة موفق الدين، الكافي في فقه الإمام أحمد بن حنبل، دار الفكر، بيروت-لبنان، ط1/ 1414-1994، [297/2].

(2) الدسوقي محمد بن عرفة، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، دار الكتب العلمية، بيروت-لبنان، ط1/ 1417-1996، [213/5]. أحمد بن غنيم، الفواكه الدواني على رسالة بن أبي زيد القيرواني، دار الكتب العلمية، بيروت-لبنان، ط1/ 1418-1997، [249/2].

الفرع الثاني: الفرق بين العقار والمنقول.

المشرع الجزائري عرف العقار فقط ولم يعرف المنقول إلا في قوله: "ماعدا ذلك فهو منقول" وذلك في الفقرة الأولى من المادة "683" ق م ج.

أما فقهاء الشريعة الإسلامية فتتباين آراؤهم في تعريف المنقول لاختلافهم في تقدير العقار.

فهو في نظر الحنفية وجمهور الفقهاء: ما يمكن نقله وتحويله من مكان لآخر سواء ظل بعد نقله على شكله الأول كالحیوانات والسيارات والسفن والكتب وأثاث المنازل والمعادن في مناجمها أو تغيرت صورته و هيئته كالبناء والغراس يصيران بالهدم والإزالة أنقاصا وأخشاباً⁽¹⁾.

وعند المالكية كل ما أمكن نقله وتحويله من مكان لآخر مع بقاء هيئته وشكله كالسيارات والكتب ونحوهما من كل ماله استغلال ذاتي ولا يكون متصلاً بالأرض اتصال قرار ودوام⁽²⁾.

وعليه يمكن أن نفرق بينهما - العقار والمنقول - من خلال ما يلي:

أولاً- في القانون

1- العقار لا يمكن نقله وتحويله من مكان لآخر مع بقاء هيئته بينما المنقول يمكن نقله من مكان إلى آخر دون تلف. وهذا الفرق عام في الشريعة و القانون.

2- الشفعة ترد على العقار دون المنقول المادة "794" ق م ج.

3- دعاوي الحيازة تحمي العقار دون المنقول المواد "819-820-821" ق م ج.

4- العقار من حيث انتقال الملكية لا ينتقل إلا بالتسجيل بينما المنقول لا يحتاج في نقل ملكيته سواء أكان بهبة أو بيع إلى تسجيل.

(1) أحمد بن قوذر، تكملة شرح فتح القدير، [413/9]. الكاساني، بدائع الصنائع، [132/4]. حيدر علي، در الحكام شرح مجلة الأحكام، دار الكتب العلمية، بيروت-لبنان، ط1، 1419-1991، [688/9]. البغوي الحسين بن مسعود، التهذيب في فقه الإمام الشافعي، [337/4]. الفيروزآبادي إبراهيم بن علي، المهذب في فقه الإمام الشافعي، [213، 212/2]. ابن قدامة موفق الدين، الكافي في فقه الإمام أحمد بن حنبل، [297/2].

(2) أبو زهرة، الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية، دار الفكر العربي، القاهرة، د س ن، ص 59. بدران أبو العينين بدران، الشريعة الإسلامية - تاريخها ونظرية الملكية والعقود-، ص 289

- 5- العقار لا تثبت الملكية فيه بوضع اليد عليه بسند وبحسن نية إلا بعد مضي عشر سنوات بينما المنقول تثبت الملكية فيه بوضع اليد في الحال إلا في حالة السرقة أو الضياع.
- 6- الرهن التأميني وحق الاختصاص لا يكونا إلا في العقار ولا يكونان في المنقول⁽¹⁾.
- 7- الدعاوي العقارية تكون أمام المحكمة التي يقع العقار في دائرة اختصاصها المادة "08"ق.ج، أما المنقول فالاختصاص يكون مكان موطن المدعي عليه لأنه غير ثابت المادة "09"ق.ج.
- 8- في القانون الدولي الخاص القانون الواجب التطبيق على العقار هو قانون موقعه أما المنقول قانون الجهة التي يوجد فيها هذا المنقول وقت تحقق السبب الذي يترتب عليه الكسب⁽²⁾.

ثانياً- في الشريعة الإسلامية

- 1- الشفعة لا تكون إلا في العقارات على ما ذهب إليه جمهور الفقهاء دون المنقولات إلا إذا كانت تابعة للعقارات.⁽³⁾
- 2- العقار يصح وقفه بإجماع الفقهاء الذين أفتوا بجواز الأوقاف و لوازمها⁽⁴⁾ أما المنقول فلا يصح وقفه إلا تبعاً للعقار أو يكون قد ورد بصحة وقفه أثر أو يكون قد جرى به عرف، ما أفتى به الإمام محمد- رحمه الله-⁽⁵⁾ وهذا كله في مذهب الحنفية⁽⁶⁾.

(1) أبو زهرة، الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية، ص 61.

(2) أعراب بلقاسم، القانون الدولي الخاص الجزائري، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، ط/2001، ص 281.

(3) مالك بن أنس، المدونة الكبرى، دار الفكر للطباعة والنشر، د ط ن، [207/4]. عبد الكريم بن محمد، العزيز شرح الوجيز المعروف بالشرح الكبير، دار الكتب العلمية، بيروت-لبنان، ط/1417-1997، [487/5]. ابن قدامة، المغني، [463/5].

(4) أبي حامد الغزالي، الوجيز في فقه مذهب الإمام الشافعي، دار الفكر للطباعة والنشر، بيروت - لبنان، ط/1414-1994، ص 199. منصور بن يونس، كشف في القناع عن متن الإقناع، دار الكتب العلمية، بيروت-لبنان، ط/1418-1997، [296/4].

(5) هو: الإمام المجتهد أبو عبد الله محمد بن الحسن بن واقد الشيباني، صحب أبي حنيفة وأخذ الفقه عنه، وعن جماعة من الأعلام، من خلال تصانيفه الكثيرة ظهر مذهب أبي حنيفة، والتي من بينها: المبسوط، الجامع الصغير، الجامع الكبير، الزيادات، والسير الكبير والصغير، توفي سنة (189هـ).

انظر: [ابن خلكان شمس الدين، وفيات الأعيان وأبناء الزمان، دار صادر، بيروت- لبنان، د س ن، 1984/4-1985، الفوائد البهية: ص 268-270].

(6) ابن نجيم زين الدين بن إبراهيم، البحر الرائق شرح كنز الدقائق في فروع الحنفية، دار الكتب العلمية، ط/1418-1997، [334/5].

أما مذهب غيرهم من الأئمة فقد أجازوا في الجملة وقف المنقول وإن اختلفوا فيما بينهم بين مضيق وموسع⁽¹⁾

3- العقار إذا كان مبيعاً صح التصرف فيه قبل قبضه عند أبي حنيفة وأبي يوسف⁽²⁾
(3) وخالفهما محمد⁽⁴⁾ الشافعي بمنعهما التصرف فيه قبل قبضه⁽⁵⁾ وأما المنقول فلا يجوز التصرف فيه⁽⁶⁾، لأنه قبل القبض على خطر الهلاك، وإذا هلك بطل المبيع الذي كان أساساً لذلك التصرف⁽⁷⁾.

4- بيع أموال المدين المحجوز عليه بسبب الدين حيث يباع أولاً ما عنده من مال منقول ولا يلجأ إلى بيع العقار إلا إذا بيعت المنقولات ولم تف بما عليه من الديون مراعاة لمصلحة المدين.

5- ليس للوصي بيع عقار المحجور عليه لصغر أو عته أو سفه أو جنون إلا عند وجود حاجة دافعة كإيفاء دين أو لمصلحة راجحة أو اضطرار كنزع الملك في سبيل المنافع العامة وأما المنقول فبيعه سائغ من غير قيد إلا أن يكون للنظر و المصلحة على حسب تقدير الوصي⁽⁸⁾.

(1) القرافي شهاب الدين أحمد بن ادريس، الذخيرة، دار الغرب الإسلامي، بيروت-لبنان، ط1/1994، [313+312/6].
أبي حامد الغزالي، الوجيز، ص199. ابن يونس منصور، كشاف في القناع، [296/4].
(2) هو: الإمام المجتهد يعقوب بن ابراهيم بن حبيب القاضي، كان حديث حافظاً، لزم أبا حنيفة حتى صار المقدم من أصحابه، كان أول من وضع الكتب على مذهب أبي حنيفة ونشر علمه، توفي سنة (183هـ)، له من التصانيف: الأمالي، النوادر، وكتاب الخراج.
انظر: [اللكنوي، الفوائد البهية: ص372-373، شذرات الذهب: 1/298-301].
(3) نفس الرأي ركن إليه المذهب الحنبلي. انظر: علي عبد الحميد بلطه جي، المعتمد في فقه الإمام أحمد، دار الخير، بيروت-لبنان، ط2/1414-1994، [420/1].
(4) ابن نجيم زين الدين بن إبراهيم، البحر الرائق شرح كنز الدقائق في فروع الحنفية، [193/6].
(5) الكاساني، بدائع الصنائع، [483/4]. الرملي شمس الدين محمد، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، دار إحياء التراث العربي، بيروت-لبنان، ط3/1413-1992، [87/4].
(6) الكاساني، بدائع الصنائع، [483/4]. النووي يحيى بن شرف الدين، روضة الطالبين، دار عالم الكتب، الرياض-المملكة العربية السعودية، ط3/1423-2003، [166/3].
(7) ابن نجيم زين الدين بن إبراهيم، البحر الرائق شرح كنز الدقائق في فروع الحنفية، [194/6].
(8) أبو زهرة محمد، الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية، ص60. أحمد فراج حسين، الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية، ص20-21.

6- حقوق الارتفاق والجوار لا تتعلق بالمنقول بل تتعلق بالعقار⁽¹⁾.

من هذا نستنتج أن العقار في القانون أعم وأشمل منه في الشريعة ويلحق به في أحكامه من ناحية القانون مالا يلحق به في نظر الشريعة الإسلامية.

المطلب الثاني: نطاق حق الملكية العقارية وأنواع العقارات في الشريعة والقانون المدني الجزائري

الفرع الأول: نطاق حق ملكية العقار في الشريعة والقانون.

أولاً- نطاق حق الملكية العقارية في القانون.

يتحدد مدى حق الملكية العقارية في أن المالك يملك الشيء أصلاً وفرعاً فنتناول الملكية الشيء ذاته وعناصره الجوهرية ويتم تحديد العنصر الجوهري فيما إذا نزع يؤدي إلى تلف أو فساد الشيء فإذا كان الشيء عقاراً كالبناء مثلاً فتماسك أجزائه تحصر هذه الأجزاء أما إذا كان العقار أرضاً شملت الملكية سطح الأرض وما فوقها وما تحتها ويملكه فرعاً فنتناول الملكية ما يلحق بالشيء وما يتفرع عنه من ثمار ومنتجات⁽²⁾.

1- شمول ملكية الأرض لما فوقها وما تحتها (ملكية الشيء ذاته):

إذا كانت الملكية أكثر الحقوق عناصراً وأشملها خصائصاً فهي أوسع الحقوق نطاقاً فنتناول الأرض في سطحها طولاً وعرضاً وفي حيزها علواً وعمقاً⁽³⁾ وقد نص المشرع الجزائري عنه في نص المادة "1675²" من القانون المدني الجزائري بقوله: "وتشمل ملكية الأرض ما فوقها وما تحتها للحد المفيد في التمتع بها علواً وعمقاً" ويوافق المشرع المصري في المادة "1803²" م م حيث يقول: "وملكية الأرض تشمل ما فوقها وما تحتها إلى الحد المفيد

(1) أبو زهرة محمد، الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية، ص 61.

(2) هذا ما نصت عليه المادة "675²" م ج: «مالك الشيء يملك كل ما يعد من عناصره الجوهرية بحيث لا يمكن فصله عنه دون أن يفسد أو يتلف أو يتغير، وتشمل ملكية الأرض ما فوقها وما تحتها إلى الحد المفيد في التمتع بها علواً وعمقاً، ويجوز بمقتضى القانون أو الاتفاق أن تكون ملكية سطح الأرض منفصلة عن ملكية ما فوقها وما تحتها.»، وهي نفسها المادة "803²" م م.

(3) الكزبري مأمون، القانون المدني في الحقوق العينية، تقسيم الأشياء والأموال (الحقوق العينية الأصلية، الحقوق العينية التبعية)، مطبعة الجامعة السورية ط 1959، ص 261-262.

في التمتع بها علوا وعمقا" فمن يملك سطح الأرض يعتبر مالكا لما فوقها (dessus) أي للعلو (Hauteur) ولما تحتها (dessous) أي للعمق (profondeur) وقد أكد هذا المعنى في المادتين "782" مدني جزائري و"966" م م في فقرتيهما الأولى: "كل ما على الأرض أو تحتها من بناء أو غراس أو منشآت أخرى يعتبر من عمل صاحب الأرض أقامه على نفقته ويكون مملوكا له".

وملكية سطح الأرض يجوز أن تكون منفصلة عن ملكية ما فوقها وما تحتها بمقتضى القانون أو الاتفاق ولا يعتبر هذا الاتفاق مخالف للنظام العام وما حق المثل وحق المرور إلا أمثلة مختلفة عن ملكية ما فوق السطح⁽¹⁾.

فملكية الأرض هي التي تسمح لصاحبها بزرع الأرض وغرسها وتمكن له من النور والهواء وعليه فإن ملكية العلو يكون بموجبها للمالك أن يمنع غيره في مزاحمته لهذا الاستعمال فإذا اعتدى عليه جاره بأي نوع من أنواع الاعتداء كأن امتدت أغصانه حتى احتلت حيزا من الأرض المجاورة كان له الحق أن يطلب منه أن يقطع ما أمتد من الزرع إلى علوه⁽²⁾.

وملكية العمق تسمح للمالك بأن يحفر في أرضه حتى يضع أساس البناء الذي يقيمه فوق الأرض وله أن يغرس أشجاراً ومزروعات تمتد جذورها إلى الأعماق التي تتطلبها وله أن يقوم بالحفريات وله أن يمنع اعتداء الغير على باطن أرضه فيستطيع المالك تملك العمق لأن الحاجة والاستفادة الفعلية بباطن الأرض هي المعيار في مد حق ملكية سطح الأرض إلى الباطن⁽³⁾.

واستثنى المشرع ما يتم العثور عليه في باطن الأرض من آثار⁽⁴⁾ ومواد المناجم والمحاجر⁽⁵⁾ وكذلك الأراضي التي تفجرت فيها مياه الحمامات ولم يقبل أصحابها إيجارها للدولة ولا التنازل عنها فهذه كلها تكون ملكاً للدولة لا للمالك⁽⁶⁾.

(1) قرار المحكمة العليا، المؤرخ في 07/02/1994، المجلة القضائية، العدد 02-1994، ص 158 .

(2) السنهوري عبد الرزاق، الوسيط في القانون المدني، دار إحياء التراث العربي، بيروت-لبنان، ط7/1967، [572/8].

(3) زهدي يكن، شرح مفصل جديد لقانون الملكية العقارية والحقوق العينية غير المنقولة، مطبعة سيما، ط3/ن، [57/1].

(4) الأمر رقم 281/67 المؤرخ في 20 ديسمبر 1967، المتعلق بالحفريات وحماية الأماكن والآثار التاريخية والطبيعية، المادة 16 منه، الجريدة الرسمية رقم 07.

(5) القانون رقم 06/84 المؤرخ في 07 يناير 1984، المتعلق بالأنشطة المنجمية.

(6) المرسوم التنفيذي رقم 41/94 المؤرخ في 29 يناير 1994، المتضمن تعريف مياه الحمامات المعدنية وتنظيم حمايتها واستعمالها واستغلالها، المادة 31 منه.

ولا يفهم أنه لا حد للعلو فقد صرحت المادة "1675" ق م ج والمادة "2/803" ق م م:
"أن ملكية الأرض لما فوقها وما تحتها تشمل إلى الحد المفيد في التمتع بها علواً وعمقاً".
وتظهر أهمية تقييد حق العلو والسفل في أن تقدم العلوم والصناعات أظهر بوضوح
أهمية استخدام الفضاء وباطن الأرض في سبيل تحقيق الخدمات العامة كمد الأسلاك
الكهربائية وحفر مجاري المياه وتحليق الطائرات وبالتالي له الحرية التامة في ممارسة حقوقه
بشرط مراعاة القيود القانونية⁽¹⁾.

2- ملكية ما يتفرع عن الشيء المملوك:

بمعنى امتداد الملكية إلى الملحقات والثمار والمنتجات فالمشروع الجزائري نص عليها
في المادة "676" ق م ج والمشروع المصري في المادة "804" ق م م: "لمالك الشيء الحق في
كل ثماره ومنتجاته وملحقاته ما لم يوجد نص أو اتفاق يخالف ذلك".

أ- ملكية الثمار (fruits): وهي كل ما ينتجه الشيء من غلة متجددة دون المساس
بجوهره أو الانتقاص من مادته.⁽²⁾

وتنقسم الثمار إلى ثلاثة أنواع⁽³⁾:

1- الثمار الطبيعية (fruits naturels): وهي الثمار التي ينتجها الشيء دون تدخل الإنسان
فيها كالكلاً والأعشاب التي تنبت في الأرض.

2- الثمار الصناعية (fruits industriels): وهي الثمار التي ينتجها الشيء بعمل ومجهود
الإنسان كمحصول الأراضي الزراعية.

3- الثمار المدنية (fruits civils): وهي الربيع الدوري المتجدد الذي يقبضه المالك من استثماره
للشيء أي يقبضه من الغير لقاء نقل الشيء إلى هذا الغير وذلك كأجر المساكن والأراضي الزراعية.

(1) مراد عبد الفتاح، التعليق على القانون المدني، ط1، د س ن، ص306.

(2) سوار محمد وحيد الدين، شرح القانون المدني، الحقوق العينية الأصلية في القانون المدني السوري،
ص41.

(3) البدر اوي عبد النعم، الحقوق العينية الأصلية، الملكية والحقوق المتفرعة عنها وأسباب كسبها، ص29،
السنهوري، الوسيط، [589-588/8].

والأصل أن الثمار ملك لصاحب الشيء إلا إذا نص القانون على غير ذلك كما نص على جعل الثمار للحائز حسن النية.
وتتميز الثمار بخاصيتين⁽¹⁾:

1- إن الثمار متجددة في أوقات متعاقبة منتظمة دون انقطاع.

2- إن فصل الثمار لا يمس أصل الشيء ولا ينقص منه إلا أن المساس هذا ترد عليه بعض التحفظات فمن ناحية يقصد به عدم المساس في الوقت القصير أما المساس في الوقت الطويل فهو لا يتنافى مع فكرة الثمار فمثلاً المزروعات تعتبر ثماراً رغم أنها تستنفذ خصوبة الأرض على مر الزمن.

ب- ملكية المنتجات (produits): وهي كل ما يخرج الشيء من ثمرات غير متجددة كما هو الأمر في المناجم والمحاجر وإنتاج الحيوان.⁽²⁾
وتتميز المنتجات بما يلي⁽³⁾:

1- المنتجات تمس أصل الشيء منه فالمعادن التي تخرج من المناجم والأحجار التي تخرج من المحاجر تنفذ بعد وقت طويل أو قصير وتعتبر أقساط الإيراد المرتب مدى الحياة من المنتجات.

2- إن المنتجات دورية وغير متجددة بل تخرج من الشيء في أوقات متقطعة غير منتظمة

- ملكية الملحقات (accessoires): وهي كل ما أعد بصفة دائمة لاستعمال الشيء كحقوق الارتفاق والعقار بالتخصيص وهذا ما لم يوجد اتفاق مخالف كأن يتفق بأن ملكية الشيء تنفصل عن ملكية ملحقاته أو منتجاته.⁽⁴⁾

(1) أنور العمروسي، التعليق على نصوص القانون المدني المعدل بمذاهب الفقه وأحكام القضاء الحديثة في مصر والأقطار العربية مع أحكام للنقض المصرية لم يسبق نشرها، حق الملكية والشيوخ والقسم، ط1/1993، [35/4]

(2) السنهوري، الوسيط، [589/8].

(3) سلامة أحمد، الملكية الخاصة في القانون المصري، دار النهضة العربية، المطبعة العالمية بالقاهرة، ط1/1968، ص176.

(4) السنهوري، الوسيط، [585/8].

ثانياً - نطاق حق الملكية العقارية في الشريعة الإسلامية:

الأصل في الشريعة ومما اتفق عليه الفقهاء أن لمالك الأرض أن يستفيد مما فوقها إلى أعنان السماء وما تحتها إلى أعماق أعماقه لأنه يملكها بجميع أجزائها وطبقاتها فله أن يعلي على الأرض من الأبنية ما يشاء وله أن يحفر فيها ما يشاء كما يحق له التصرف فيها بكافة التصرفات المشروعة من بيع وإجارة وإعارة وغيرها وتصير ميراثاً إذا مات صاحبها.

وهذا الإطلاق لا يتقيد بشيء غير عدم الضرر بالغير سواء كان الغير فرداً أو جماعة أو الدولة نفسها وهذا الانتفاع بالأرض المملوكة على وجه الدوام والاستمرار غير مقيد بزمان محدد ولا مدة معينة⁽¹⁾.

ما أورده ابن الشاط⁽²⁾ وأعتمده، بقوله: "حكم ما تحت الأبنية كحكم الأهوية ومن ملك موضعاً له أن يبني فيه ويرفع فيه البناء ما شاء ما لم يضر بغيره وأن يحفر فيه ما شاء ويعمق ما شاء ما لم يضر بغيره"⁽³⁾ ودليله أن من أراد أن يحفر مطمورة تحت ملك غيره يتوصل إليها من ملك نفسه يمنع من ذلك بلا ريب.

وساق في المعنى حديث النبي x «من ظلم قيد شبر من أرض طوقه من سبع أرسين»⁽⁴⁾ قال: الحديث فيه إشعاراً بملك السفلى إلى الأرض السابعة⁽⁵⁾.

(1) شلبي محمد مصطفى، المدخل في الفقه الإسلامي، الدار الجامعية، ط10/1405-1985، ص587. الكاساني،

بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، دار إحياء التراث العربي، بيروت- لبنان، ط1/1417-1997، [281/5].

(2) هو: أبو القاسم بن عبد الله بن محمد بن الشاط الأنصاري السبتي، الفقيه المالكي الأصولي الفرضي، ولد

سنة (643هـ)، من شيوخه المحاسبي، وابن الغماز، ومن تلاميذه أبو زكرياء بن الهزيل، وابن الحباب،

من تأليفه، أنوار البروق في تعقب مسائل الفروق، وتحفة الرائض في علم الفرائض، وتحرير الجواب

في توفير الثواب، توفي سنة (723هـ/1323م).

انظر ترجمته في: [شجرة النور الزكية: 311/1، الديباج المذهب: ص324-325، معجم المؤلفين: 105/8].

(3) ابن الشاط قاسم، إذرار الشروق على أنواء الفروق بهامش الفروق، دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان،

ط1/1418-1998، [47-44/4].

(4) البخاري محمد بن اسماعيل، صحيح البخاري، كتاب المظالم، باب إثم من ظلم شيئاً من الأرض،

[549/1]. مسلم، صحيح مسلم، كتاب المساقاة، باب تحريم الظلم وغصب الأرض وغيرها، [42/6].

(5) ابن الشاط، إذرار الشروق على أنواء الفروق، [47-44/4].

ووافق القرافي في تبعية جهة العلو لما فوق الأرض من جهة السفلى في ملكية أحدهما
للآخر بقوله: "اعلم أن حكم الأهوية (جهة العلو) تابع لحكم الأبنية (جهة السفلى) فهواء الوقف
وقف وهواء الطلق طلق وهواء الموات موات وهواء المملوك مملوك"⁽¹⁾.

لكن خالفه فيما يخص ملكية ما تحت الأرض بملكية ما فوقها ونسب الرأي إلى
المذهب المالكي بقوله: "وأما تحت الأبنية الذي هو عكس الأهوية إلى جهل السفلى فظاهر
المذهب أنه مخالف لحكم الأبنية"⁽²⁾.

واستدل بقاعدة شرعية مفادها: "أنه يملك لأجل الحاجة وما لا حاجة فيه لا يشرع فيه
الملك"⁽³⁾ فلذلك لم يملك ما تحت الأبنية من تخوم الأرض بخلاف الهواء إلى عنان السماء.

وفسر حديث النبي ﷺ: «من ظلم قيد شبر من أرض طوقه من سبع أرضين»⁽⁴⁾ قال:
تطويقه ذلك إنما كان عقوبة لا لأجل ملك صاحب الشبر الأرض السابعة.⁽⁵⁾

أما حكم المعادن فاختلف فيه تبعاً لما ساقه القرافي في الفرق بين الأبنية وما تحتها بين
المذهب المالكي والجمهور:

فالمالكية في أشهر أقوالهم يرون أن المعادن كلها لا تملك تبعاً لملكية الأرض ذلك لأن
الأرض في أول أمرها بعد الفتح الإسلامي ملكت للمسلمين باعتبارها مغنومة لهم ولما وزعها
الإمام على الغانمين ملكوا ظاهرها فقط لأن الأرض إنما تقصد للانتفاع بظاهرها بالزراعة أو
البناء ولا تقصد لما فيها من المعادن حينئذ بقي ما كان في باطنها من جميع المعادن على ملك
المسلمين عامة وأمره مفوض للإمام (ولي الأمر) يتصرف فيه حسبما تقضي به مصلحة الدولة⁽⁶⁾.

(1) القرافي، الفروق، [44/4].

(2) القرافي، الفروق، [45/4].

(3) القرافي، الفروق، [46/4].

(4) سبق تخريجه، ص 36.

(5) القرافي المالكي، الفروق، [47/4].

(6) الباجي سليمان بن خلف، المنتقى شرح موطأ مالك، منشورات دار الكتب العلمية، بيروت-لبنان، ط1، [46/4].

وذهب الجمهور من الحنفية والشافعية والحنابلة في إحدى الروايتين عنهم إلى أن هذه المعادن بجميع أنواعها إن وجدت في أرض مملوكة لشخص أو للحكومة فهي للمالك لأنها تابعة للأرض بجزئيتها والأرض إذا ملكت بملك بجميع أجزائها لأنها مباحة تبعاً للأرض⁽¹⁾. وفيما يخص الكلاً⁽²⁾ والآجام⁽³⁾ فالرأي الأول لا يملك وإن نبت في أرض مملوكة بل هو مباح للناس جميعاً لهم أخذه ورعيه وهو الراجح في المذاهب الأربعة⁽⁴⁾ لقوله X: «المسلمون شركاء في ثلاث الماء والكلاً والنار»⁽⁵⁾.

والثاني يعد ملكاً لصاحب الأرض المملوكة فليس لأحد أن يأخذ منه شيئاً⁽⁶⁾.

الفرع الثاني: أنواع العقارات في الشريعة والقانون.

أولاً - أنواع العقارات في القانون:

العقارات ثلاثة أنواع: العقارات بطبيعتها العقارات بالتخصيص العقارات تبعاً

لموضوعها.

(1) السمرقندي علاء الدين، تحفة الفقهاء، د س ن دار الكتب العلمية، بيروت-لبنان، [331/1]. محمد بن ادريس الشافعي، الأم، دار الوفاء، المنصورة-لبنان، ط2/1426-2005، [116/3]. ابن النجار تقي الدين محمد، معونة أولي النهى شرح المنتهى، دار خضر، بيروت-لبنان، ط1/1416-1996، [539/5]. اليهودي منصور بن يوسف، كشف القناع عن متن الإقناع، دار عالم الكتب، الرياض، المملكة العربية السعودية، ط1423-2003، [866/4].

(2) هو العشب أو ما ليس له ساق رطبة ويابسة. انظر: ابن منظور، لسان العرب، حرف الكاف، [282/5]. المعلم بطرس البستاني، محيط المحيط، مكتبة لبنان ناشرون، بيروت-لبنان، ط1998، ص787. الفيروز آبادي، القاموس المحيط، باب الهمزة، فصل الكاف، ص51.

(3) هي الشجر الكثيف المتلف. انظر: ابن منظور، لسان العرب، حرف الألف، [26/1]. بطرس البستاني، محيط المحيط، ط1998، ص04.

(4) الباجي، المنتقى شرح موطأ مالك، [46/4]. السمرقندي علاء الدين، تحفة الفقهاء، [322/3]. ابن عابدين، رد المحتار على الدر المختار، [16/10]. ابن النجار، معونة أولي النهى شرح المنتهى، [544/5، 545].

(5) أحمد بن حنبل، مسند الإمام أحمد بن حنبل، دار الفكر لطباعة والنشر والتوزيع، ط2/1414-1994، [38/9]. أبي داود سليمان بن الأشعث السجستاني، سنن أبي داود، كتاب البيوع، باب في منع الماء، دار السلام للنشر والتوزيع، الرياض، ص1482.

(6) الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، [282/5].

1- العقارات بطبيعتها: هي كل الأشياء المادية التي يكون لها بالنظر إلى كيانها موقع ثابت غير متنقل فتشمل بذلك الأرض وما يتصل بها على وجه الاستقرار من مباني ونباتات وأشجار.

الأرض: لا فرق في الأرض أن تكون قد أعدت للزراعة أو البناء وسواء كانت في المدن أو في الريف فهي عقاراً بطبيعته لأنها ثابتة ومستقرة وتشمل الأرض سطحها وباطنها فالمناجم والمعادن مثلاً هي جزء من الأرض وبالتالي تعتبر عقاراً بطبيعته.⁽¹⁾

المباني والمنشآت: تعتبر من العقارات بطبيعتها الأبنية والمنشآت المقامة فوق الأرض على سبيل الثبات والاستقرار دون التفات إلى مالكة إن كان مالكة للأرض المقامة عليها أم لا فلا يؤثر في طبيعتها العقارية.⁽²⁾

وتشمل جميع أنواع المنشآت سواء على سطح الأرض أو تحتها لاندماجها في الأرض وهذا شرط ضروري لإضفاء صفة العقار عليها فالأرض إذن هي مصدر الصفة العقارية للمباني والمنشآت.

أمثلتها: المساكن المصانع الجسور الأنفاق الآبار أعمدة الإنارة أنابيب البترول والغاز المدفونة في الأرض.⁽³⁾

النباتات المتأصلة في الأرض: كل ما ينبت على سطح الأرض يعتبر عقاراً بطبيعته ما دام متصلاً بها وجذوره ممتدة في باطن الأرض سواء بالنسبة للنباتات الصغيرة أو الأشجار الكبيرة فلا تعتبر عقاراً النباتات التي تنمو داخل إصيص (أوعية) لعدم اتصالها بالأرض على وجه الثبات.⁽⁴⁾

2- العقارات بالتخصيص: هي منقولات منحت على سبيل المجاز صفة العقار لأنها معدة لخدمة العقار أو استغلاله أو مخصصة له.

ولهذا جاء في الفقرة الثانية من المادة "683" ق م ج: "غير أن المنقول الذي يضعه صاحبه في عقار يملكه رسداً على خدمة هذا العقار أو استغلاله يعتبر عقاراً بالتخصيص".

(1) حمدي باشا عمر، نقل الملكية العقارية، ص06. عمار علوي، الملكية والنظام العقاري في الجزائر، دار هومة، الجزائر، ط/2004، ص118.

(2) كالأبنية التي يقيمها المستأجر بترخيص من المالك المؤجر على الأرض المؤجرة.

(3) حمدي باشا عمر، نقل الملكية العقارية، ص06.

(4) السنهوري عبد الرزاق، الوسيط، [28/8].

ووافق المشرع الفرنسي في المادة "2/524" ق م ف بقوله: "الأشياء التي يضعها مالك العقار في عقاره لخدمة هذا العقار واستغلاله تكون عقاراً بالتخصيص".

وفكرة العقار بالتخصيص وردت في القانون عن طريق الافتراض أو الحيلة القانونية (fiction publique) توصلاً إلى شمول أحكام العقار على المنقولات التي أعدت لخدمته أو استغلاله لتأمين الاستمرار بخدمته أو باستغلاله ومنعاً لما يترتب على بقاء طبيعتها المنقولة من أحكام وفصلها عن العقار المرصدة لخدمته وهذا لا يعرقل أو يعطل منفعة العقار أو استغلاله.⁽¹⁾

أمثلتها: الجرارات محراث حيوانات وأدوات أخرى يستعملها المالك لفائدة مستثمرته الفلاحية الآلات قطع غيار وغيرها كثيرة يرتبط بالاستغلال الصناعي.⁽²⁾

شروط صيرورة المنقول عقاراً بالتخصيص:⁽³⁾

أ- أن يكون لدينا منقول بطبيعته وعقاراً بطبيعته.

ب- أن يكون مالك العقار هو مالك المنقولات في الوقت نفسه.

ج- أن ترصد هذه المنقولات لخدمة العقار.

د- توفر رغبة مالك العقار في أن يخلق رابطة بين المنقول والعقار.

3- العقارات بحسب موضوعها: عرفتها المادة "684" ق م ج بقولها: "يعتبر مالاً

عقارياً كل حق عيني على عقار بما في ذلك حق الملكية وكذلك كل دعوى تتعلق بحق عيني على عقار".

فالحقوق العينية الأصلية، كحق الملكية وحق الانتفاع وحق الارتفاق وحق الاستعمال وحق السكنى والحقوق العينية التبعية، كالرهن الرسمي والرهن الحيازي وحق التخصيص وحقوق الامتياز تعتبر عقاراً إذا كان موضوعها عقاراً غير أنها تعتبر منقولاتاً إذا كان موضوعها منقولاً.⁽⁴⁾

(1) حمدي باشا عمر، نقل الملكية العقارية، ص08.

(2) علوي عمار، الملكية والنظام العقاري في الجزائر، ص119.

(3) حمدي باشا عمر، نقل الملكية العقارية، ص08.

(4) حمدي باشا عمر، نقل الملكية العقارية، ص07.

ثانياً: أنواع العقارات في الشريعة الإسلامية:

انطلاقاً من التعريفات السابقة للعقار في المذاهب الفقهية والتي نعيد ذكرها تجنباً لشروء ذهن القاريء:

فالعقار وفقاً لما ذهب إليه الحنفية وجمهور الفقهاء: "هو ما لا يمكن نقله وتحويله عن مكانه"⁽¹⁾.

أما عند المالكية فهو: "ما له أصل ثابت لا يمكن نقله وتحويله من مكان لآخر مع بقاء هيئته وشكله"⁽²⁾.

وبالتالي فالنزاع بين الفقهاء فيما يمكن نقله مع تغيير صورته وهيئته عند النقل كالبناء والأشجار هل هو عقار أم منقول

فالجمهور يقولون أنه منقول وبالتالي فالعقار عندهم لا يصدق إلا على الأرض خاصة.

والمنقول عندهم ما يمكن نقله سواء بقي على صورته الأولى كالحيوانات والمعادن من الذهب والفضة والحديد أو تغيرت صورته وهيئته كالأشجار والبناء.

أما المالكية فجعلوه من العقار وبالتالي فالمنقول عندهم ما أمكن نقله مع بقاء هيئته وصورته الأولى.

والعقار ما عدا ذلك فيدخل في العقار الأرض والشجر بأنواعه والبناء⁽³⁾ لأنهما متصلان بالأرض اتصال قرار ولأنهما ثابتان غير قابلان للانتقال وهما على شكلهما بل يتغير حالهما فيتحول الغراس إلى أحطاب والبناء إلى أنقاض وهذا الثبات يكفي في اعتبارهما عقارا كالأرض.⁽⁴⁾

وبناءً على ما ذهب إليه المالكية فالعقار عندهم أعم منه عند غيرهم لتناوله الأرض والبناء والغراس وهو الأقرب للتقسيم القانوني.⁽⁵⁾

غير أن هذا الأخير توسع أكثر بإدخاله بعض المنقولات في العقار وسماها عقاراً بالتخصيص كما أدخل بعض الحقوق العينية المترتبة على العقار سماها عقارات تبعاً لموضوعها.⁽⁶⁾

(1) شمس الدين أحمد بن قودر، تكملة شرح فتح القدير المسمى نتائج الأفكار في كشف الرموز والأسرار، [413/9]. الكاساني، بدائع الصنائع، [132/4]. البغوي الحسين بن مسعود، التهذيب في فقه الإمام الشافعي، 1997، [337/4]. الفيروزآبادي إبراهيم بن علي، المهذب في فقه الإمام الشافعي، [212/2]. ابن قدامة موفق الدين، الكافي في فقه الإمام أحمد بن حنبل، [297/2].

(2) الدسوقي محمد بن عرفة، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، [213/5]. أحمد بن غنيم، الفواكه الدواني على رسالة بن أبي زيد القيرواني، [249/2].

(3) شلبي محمد مصطفى، المدخل في الفقه الإسلامي، ص 548.

(4) أبو زهرة، الملكية ونظرية العقد، ص 60.

(5) أحمد فراج حسين، الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية، ص 19. أبو زهرة، الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية، ص 60.

(6) شلبي محمد مصطفى، المدخل في الفقه الإسلامي، ص 548.

المطلب الثالث: طرق اكتساب الملكية العقارية في الشريعة والقانون المدني الجزائري

تكتسب الملكية العقارية في القانون بفعل وقائع مادية تؤدي إلى إحداث فعلي في الأوضاع القائمة أو تصرفات إرادية ينتج عنها أثر قانوني وقد بين المشرع الجزائري في التقنين المدني أسباب كسب هذه الملكية ابتداء من المادة "773" حتى المادة "843" وذكر أنها تكتسب بسبب الوفاة بواسطة الوصية أو الميراث أو ما بين الأحياء بواسطة الشفعة أو الحيازة أو العقد.

وهذه الأسباب في جملتها تتفق مع التي ذكرها الفقهاء في الشريعة الإسلامية ولا تختلف عنها إلا في الاستيلاء على المباح الذي تنفرد به الشريعة لأنه في القانون لا يقع إلا على المنقول والالتصاق لأنه في حقيقته ليس سبباً أصيلاً ومستقلاً في نظر فقهاء الدين الإسلامي.

وسندرس هذه الأسباب بإتباع التقسيم القانوني محاولين التوفيق بين الأسباب القانونية والشرعية بذكر الرأيين تجنباً للتكرار نظراً لتشابه الأسماء وتقارب المعاني بينهما في شرح هذه الطرق.

الفرع الأول: اكتساب الملكية العقارية عن طريق الواقعة القانونية.

تكتسب الملكية العقارية في بعض الأحيان عن طريق الواقعة القانونية التي قد تحدث بفعل الإنسان كما هو الحال بالنسبة للحيازة والاستيلاء وقد تنتج بتدخل الإنسان أو الطبيعة كما في الالتصاق وإما أن تكون خارجة عن إرادته كالوفاة التي ترتبط بالمشيئة الإلهية.

أولاً - الحيازة (possession):

الحيازة هي وضع مادي به يسيطر الشخص سيطرة فعلية على شيء يجوز التعامل فيه أو يستعمل بالفعل حقاً من الحقوق.⁽¹⁾

ويستخلص من هذا التعريف أن الحيازة وضع مادي ينجم أن شخصاً يسيطر سيطرة فعلية على حق سواء كان الشخص هو صاحب الحق أو لم يكن.

(1) المادة (1398) قانون مدني مصري، نقلاً عن السنهوري عبد الرزاق، الوسيط في شرح القانون المدني، أسباب اكتساب الملكية، منشأة المعارف بالإسكندرية، جلال جزيء وشركاؤه، ط/2004، [784/9]. عدلي أمير خالد، اكتساب الملكية العقارية بالحيازة في ضوء المستجدات من أحكام محكمة النقض والفقهاء القانونيين، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، د ط ن، ص 45.

والسيطرة الفعلية على هذا الحق تكون عن طريق الأعمال المادية التي يقوم بها المالك للشيء فيستعمله ويستغله ويتصرف فيه تصرف المالك فالشخص يكون حائزاً لحق الملكية أو للشيء محل هذا الحق متى استعمل بالنسبة إليه حقوق المالك فيسكنه مثلاً أو يؤجره إذا كان داراً ويزرعه ويتصرف فيه بالبيع أو الهبة أو الرهن أو غيرها من التصرفات التي تجوز للمالك. ولكي تثبت الحيازة يجب توافر العنصرين المادي والمعنوي.⁽¹⁾

فالعنصر المادي (corpus) يعبر عنه بوضع اليد أي أن الحائز يباشر أعمالاً مادية التي يخولها حق من حقوق الملكية ويريد الحائز اكتساب حق على الشيء.⁽²⁾

والعنصر المعنوي (animus) يقصد به نية الحائز الذي يباشر الأعمال المادية على هذا الشيء لحسابه الخاص كمالك أو كصاحب حق من الحقوق العينية الأصلية.⁽³⁾

ولكي تؤدي الحيازة إلى التملك يجب أن تتوفر على الشروط التالية:⁽⁴⁾

1- أن تكون الحيازة شخصية: ظهور الحائز بمظهر المالك أقله لجهتي الاستعمال والاستغلال بحيث يعتبر الحائز مالكاً من قبل الناس كافة.

2- أن تكون الحيازة هادئة (paisible): تكون الحيازة هادئة إذا ما بدأت واستمرت بدون حاجة الحائز إلى استعمال العنف أو القوة أو أعمال مماثلة للمحافظة عليها.

3- أن تكون الحيازة علنية (publique): ومفادها أن يباشر الحائز حيازته في العلن بحيث يمكن أن يعلم بها كل من يمكن أن يحتج بوجهه بها مستقبلاً.

4- أن تكون الحيازة مستمرة (continue): ومفادها أن لا يظهر العقار في أي وقت من الأوقات خلال المدة المطلوبة قانوناً في حيازة آخر بصورة جدية أو يتصرف به تصرف المالك.

(1) السنهوري، الوسيط، أسباب كسب الملكية العقارية، [785/9].

(2) الصدة عبد المنعم، الحقوق العينية الأصلية، دراسة في القانون اللبناني والقانون المصري، دار النهضة العربية للطباعة والنشر، بيروت- لبنان، د ط ن، ص 513.

(3) الذنون حسن، محاضرات في القانون المدني العراقي، جامعة النول العربية، معهد الدراسات العربية العالية، د ط ن، ص 29.

(4) جورج ش دراوي، حق الملكية العقارية، ص 161. سوار محمد وحيد الدين، شرح القانون المدني الأردني، الحقوق العينية الأصلية، أسباب كسب الملكية والحقوق المشتقة من حق الملكية، دراسة موازنة بالمدونات العربية، مكتبة دار الثقافة للطباعة والنشر والتوزيع، ط 2/1996، ص 244. عرفة عبد الوهاب، الحيازة المدنية وحمايتها الجنائية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ط 1/2007، ص 28.

5- أن تكون خالية من الالتباس (non équivoque): تكون الحيازة خالية من الالتباس عندما تظهر بجلاء صفة الحائز على أنه مالك.

أما الحيازة في الفقه الإسلامي فهي وضع اليد على الشيء والاستيلاء عليه والتصرف يكون بواحد من أمور سكنى أو إسكان أو زرع أو غرس أو استغلال أو هبة أو صدقة أو بيع أو هدم أو بناء... الخ.⁽¹⁾

ولكي يترتب عليها أثرها وتكسب الملكية يجب توفر سبعة شروط أوردها المالكية باعتبارهم المذهب الوحيد الذي يقر بالحيازة ويعتبرها مكسبة لملكية العقار من طرف واضع اليد على العقار المحاز نوردها فيما يلي:

ورد الشرط الأول في حديث النبي ﷺ: «من احتاز شيئاً عشر سنين فهو له»⁽²⁾ وهو استمرار الحيازة.

وجاء في ما نقل على الإمام مالك -رحمه الله- في (المدونة) بقوله: "قلت) أرأيت إن شهدوا على دار أنها في يد رجل منذ عشر سنين يحوزها ويكرها ويهدم ويبني وأقام آخر البينة أن الدار داره يجعل مالك الذي أقام البينة على الحيازة وهي في يديه بمنزلة الذي يقيم البينة وهي في يديه أنها له فيكون أولى بها في قول مالك ويجعل مالك الحيازة بمنزلة الملك (قال) قال مالك -رحمه الله-: "إذا كان حاضراً يراه يبني ويهدم ويكري فلا حجة له"⁽³⁾ شرطان وهما تصرف الحائز وحضور المحوز عليه.

ثم الشرط الرابع تكلم عليه الشيخ خليل⁽⁴⁾ -رحمه الله- في مختصره بقوله: "وإن حاز أجنبي غير شريك وتصرف ثم ادعى حاضر ساكت بلا مانع عشر سنين لم تسمع ولا بينته"⁽⁵⁾ وهو سكوت المحوز عليه بلا مانع.

(1) الدردير سيدي أحمد بن محمد، الشرح الكبير، وبهامشه حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، دار الكتب العلمية، بيروت- لبنان، ط1/ 1417-1996، [169/9].

(2) أبي داود سليمان بن الأشعث، المراسيل، باب ما جاء في القضاء، تحقيق شعيب الأرنؤوط، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط1/ 1408-1988 ص286.

(3) مالك بن انس، المدونة الكبرى، [71/9].

(4) هو: خليل بن إسحاق بن موسى المصري الملقب بضياء الدين، تلقى دراسته الأولى على يد والده الذي كان حنفياً، ثم على شيوخ بلده، فقيه مالكي، توفي سنة (776هـ)، ومن مؤلفاته: التوضيح، شرح ابن الحاجب في الفروع، وشرح على المدونة، وكان من أهم مؤلفاته المختصر الفقهي المشهور "بمختصر خليل".

انظر: [التنبيكي أحمد بابا، كفاية المحتاج لمعرفة من ليس في الديباج، دار ابن حزم، بيروت-لبنان، ط1/ 1422-2002، ص164-167. الديباج المذهب، ص186. الدرر الكامنة، 86/2].

(5) خليل بن إسحاق، مختصر خليل، دار الفكر للطباعة والنشر، بيروت- لبنان، ط/ 1419-1999، ص272.

أما الخامس فأشار إليه الحطاب بقوله: " وفي الرسالة (حاضر عالم) أي عالم بالمعلوماتين بتصرف الحائز وبأنها ملكه "(1) وهو علم الحائز بملكته للمال وعلمه بحيازة الحائز له.

ووضح الشرط السادس الخرشى في تعليقه كالتالى: "وبقى من شروط الحيازة أن يدعى الحائز ملكية الموضع المحاز"(2) وهو ادعاء الحائز الملكية.

وأخيراً الشرط السابع تحليف الحائز اليمين وهو ما اختلف فيه الملكية بين معترف وناكر له كالتالى:

أورد صاحب كتاب (الشرح الصغير) ما يلي: "وفي المدونة الحيازة كالبينة القاطعة لا يحتاج معها ليمين أي من الحائز"(3) فهو يدل على عدم اعتبار أداء اليمين.

واستند إليه ابن رشد كما جاء في (البيان والتحصيل) بقوله: " فإذا حاز الرجل مال غيره في وجهه مدة تكون فيها الحيازة عاملة...وجب أن يكون القول قوله في ذلك مع يمينه"(4)

ثانياً - الاستيلاء (Occupation):

انطلاقاً من المادة "773" ق م ج: "تعتبر ملكاً من أملاك الدولة جميع الأموال الشاغرة التي ليس لها مالك وكذلك أموال الأشخاص الذين يموتون عن غير وارث أو الذين تهمل تركتهم".

يتبين أن الاستيلاء في القانون لا يتحقق إلا في المنقولات لأنها وحدها التي تكون بلا مالك أما العقارات فلا يمكن أن تكون بلا مالك.(5)

(1) الحطاب محمد بن محمد، مواهب الجليل لشرح مختصر خليل، دار الكتب العلمية، بيروت- لبنان، ط1/ 1417-1997 عس [272/8].

(2) الخرشى محمد بن عبد الله، حاشية الخرشى على مختصر خليل، دار الكتب العلمية، بيروت- لبنان، ط1/ 1416-1995، [130/8].

(3) الدردير أحمد بن محمد، الشرح الصغير، وبهامشه بلغة السالك لأقرب المسالك على الشرح الصغير للقطب الدردير، للشيخ أحمد الصاوي، دار الكتب العلمية، بيروت- لبنان، ط1/ 1415-1995، [156/4].

(4) ابن رشد القرطبي، البيان والتحصيل، دار الغرب الإسلامي، بيروت- لبنان، ط2/ 1408-1988، [145/11].

(5) ووافق المشرع المصري في المادة (02/874) ق/م/م، بقوله: «الأراضي غير المزروعة التي لا مالك لها تكون ملكاً للدولة...» وبعد صدور القانون رقم "100" لسنة 1964، أكد ملكية الدولة بتنظيم العقارات المملوكة للدولة ملكية خاصة والتصرف فيها، إذ نص في المادة (01/47) منه، على أنه: «لا يجوز لأي شخص طبيعي أو معنوي أن يحوز أو يضع اليد بأية صفة كانت على العقارات الداخلة في ملكية الدولة الخاصة التي تسري عليها أحكام هذا القانون...»، أنظر عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، أسباب كسب الملكية، [47/9].

أما في الشريعة الإسلامية فالاستيلاء على المباح يتنوع لتنوع الأموال المباحة سواء كانت عقاراً أو منقولاً فقد يكون أرضاً جرداء أو سمكاً في ماء وقد يكون نباتاً أو شجراً على ظهر الأرض أو معادن وكنوز في باطنها.⁽¹⁾

ويشترط لتمكنك المباح بهذا الطريق شرطان⁽²⁾

1- ألا يسبق إلى إحرازه شخص آخر.

2- قصد التملك فلو دخل الشيء في ملك إنسان دون قصد منه لا يملكه.

ونقتصر في تناولنا للاستيلاء كسبب من أسباب الملكية العقارية لأنه موضوع دراستنا ومن أمثله التي يسوقها الفقهاء إحياء الأرض الموات أي استصلاح الأراضي البور والمقصود بالموات الذي يستحقه الناس هي الأرض التي لا نبات فيها ولا ينتفع بها⁽³⁾ لقوله تعالى: **وَاللَّهُ أَنْزَلَ مِنَ السَّمَاءِ مَاءً فَأَحْيَا بِهِ الْأَرْضَ بَعْدَ مَوْتِهَا**⁽⁴⁾

والإحياء يكون بجعلها صالحة للانتفاع بها بإزالة السبب المانع من الانتفاع⁽⁵⁾ ويرجع في ذلك إلى العرف لأن النبي **×** أطلق الإحياء ولم يبين فحمل على المتعارف⁽⁶⁾.

والأصل فيه من عمر أرضاً ليست لأحد فهو أحق بها ويستحب التملك به للخبر الصحيح عنه **×** أنه قال: **«من أحيا أرضاً ميتة فهي له»**⁽⁷⁾ وفي رواية **«من أحيا أرضاً ميتة فله أجر ما أكلت العواف»** أي طلاب الرزق⁽⁸⁾.

وحكم إحياء الموات يختلف بحسب موضوعه وهي على ثلاثة أوجه⁽⁹⁾:

(1) شلبي مصطفى، المدخل في الفقه الإسلامي، ص595.
(2) الزرقا مصطفى أحمد، المدخل الفقهي العام، دار القلم، دمشق، ط2/1425-2004، [336/1]. الزحيلي وهبة، الفقه الإسلامي وأدلته، ص69.
(3) الأبي صالح عبد السميع، جواهر الإكليل شرح مختصر خليل، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط1/1418-1997، [301/2]. شمس الدين أحمد بن قودر، تكملة شرح فتح القدير-نتائج الأفكار في كشف الرموز والأسرار-، دار الكتب العلمية، بيروت-لبنان، ط1/د س ن، [83/10]. الدسوقي محمد عرفة، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، [6/102-103]
(4) [النحل/65]
(5) الزحيلي وهبة، الفقه الإسلامي وأدلته، ص70.
(6) النووي محي الدين، المجموع شرح المذهب، دار الفكر، د س ن، [211/5].
(7) محمد بن إسماعيل البخاري، صحيح البخاري، كتاب المزارعة، باب من أحيا أرضاً مواتاً، [521/1].
(8) الرملي شمس الدين، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، [330/5].
(9) الحطاب الرعيني، مواهب الجليل لشرح مختصر خليل، [614/7].

- 1- بعيد من العمران: لا يستحق في إحيائه لإذن الإمام إلا عن طريق الاستحباب.
- 2- قريب من العمران لا ضرر في إحيائه على أحد: لا يجوز إحيائه إلا بإذن الإمام.
- 3- قريب من العمران في إحيائه ضرر: كالأفنية التي يكون أخذ شيء منها ضرراً بالطريق وشبه ذلك فلا تجوز إحيائه بحال ولا يبيحه الإمام.

ثالثاً - الالتصاق (Accession):

يعتبر الالتصاق طريقاً لاكتساب الملكية العقارية عندما يتحد شيء مملوك لشخص معين بشيء مملوك لشخص آخر بصفة تبعية دون اتفاق بينهما على هذا الاندماج بحيث يتعذر الفصل بين الشئيين دون تلف يلحق بأحدهما أو بكليهما وطبقاً لقاعدة الأصل يتبع الفرع فإن ملكية الشيء الفرعي تكون لمالك الشيء الذي التصق به على أن يعرض مالك الأصل مالك الفرع طبقاً للمادة "788" ق م ج.

وقد يكون الالتصاق بفعل الطبيعة فيسمى التصاقاً طبيعياً وقد يكون بفعل الإنسان فيسمى التصاقاً صناعياً.⁽¹⁾

1- الالتصاق الطبيعي (Accession nature):

وهي حالة التصاق المنقول بالأرض بفعل المياه كما وضح المشرع الجزائري في المادة "778" م ج والمشرع المصري في المادة "918" م م: "الأرض التي تتكون من طمي يجلبه النهر بطريقة تدريجية غير محسوسة تكون ملكاً للمالكين المجاورين"

يتبين من خلال النص أن الأرض التي تتكون من جراء تراكم الطمي الذي يجلبه النهر تكون ملكاً لصاحب الأرض المجاورة ويكون التملك بسبب الالتصاق ويشترط في تراكمه أن يكون بطريقة تدريجية خلال مدة طويلة متعاقبة على وجه غير محسوس ويشترط في الأرض أن تكون ملاصقة لضفة النهر.⁽²⁾

3- الالتصاق الصناعي (Accession industriel):

(1) حمدي باشا عمر، نقل الملكية العقارية، ص 37.

(2) السنهوري، الوسيط، [248/9].

وهي حالة التصاق المنشآت بالأرض بفعل الإنسان وهو ما ورد في المادة "1782¹ق م ج والمادة "1922¹م م كما يلي: "كل ما على الأرض أو تحتها من بناء أو غراس أخرى يعتبر من عمل صاحب الأرض أقامه على نفقته ويكون مملوكاً له".

يتبين من نص المادة أن المشرع قد وضع قرينة قانونية تقضي بأن كل ما يوجد على الأرض أو تحتها من بناء أو غراس أو منشآت أخرى يعتبر من عمل صاحب الأرض وأنه هو الذي أنشأه على نفقته بحيث أصبح بمقتضى هذا الاندماج عقاراً بالتخصيص ومن ثم يكون مملوكاً له.⁽¹⁾

وتستند هذه القرينة إلى المبدأ الذي تقرر في المادة "1675²ق م ج، والمادة "1803²م م: "وملكية الأرض تشمل ما فوقها وما تحتها إلى الحد المفيد في التمتع بها علواً وعمقاً".

وحالات الالتصاق الصناعي بالعقار تتحقق في ثلاثة فروض:

- 1- أن يقيم صاحب الأرض المنشآت بمواد مملوكة لغيره.
 - 2- أن يقيم صاحب المواد المنشآت في أرض مملوكة لغيره.
 - 3- أن يقيم شخص منشآت على الأرض مملوكة لغيره بمواد مملوكة لشخص ثالث.
- ففي كل هذه الحالات يتحقق الالتصاق الصناعي.

رابعاً - الميراث (succession):

يعتبر الميراث سبباً مكسباً للملكية بحكم شرعي لا دخل لإدارة الإنسان فيها بسبب وفاة المورث.

من هذا المنطلق أخرج المشرع الجزائري من نطاق القانون المدني و أحاله إلى قانون الأحوال الشخصية بقوله في المادة "774³ق م ج: "تسري أحكام قانون الأحوال الشخصية على تعيين الورثة وتحديد أنصبتهم في الميراث وعلى انتقال أموال التركة" لذا نص عليها قانون الأسرة في المواد "126 حتى 183" منه وأحال إلى تطبيق الشريعة في ما لم يرد فيه نص في المادة "222" منه بقوله: "كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية".

أما المشرع المصري فنص في الفقرة الأولى من المادة "875" م م إلى أن أحكام الميراث وما يتعلق به تفصل فيها الشريعة الإسلامية مباشرة بقوله: "تعيين الورثة وتحديد أنصبتهم في

(1) السنهوري، الوسيط، [260/9].

الإرث وانتقال أموال التركة إليهم تسري في شأنها أحكام الشريعة الإسلامية والقوانين الصادرة في شأنها" (1).

والتفصيل في هذا الباب طويل لا سبيل للخوض فيه هنا لذا نقتصر على الأحكام العامة الخاصة به وبما أن جميع الأحكام الواردة في قانون الأسرة مستنبطة من قواعد الشريعة الإسلامية نحاول التوفيق بينهما في الدراسة:

فالميراث علم يعرف به من يرث ومن لا يرث ومقدار ما لكل وارث. وموضوعه التركات وغايته إيصال كل ذي حق حقه من تركة الميت والتركة حق يقبل التجزيء يثبت لمستحق بعد موت من كان ذلك له (2).

وأسباب التوارث نسب ونكاح وولاء عتق إجماعاً عند أهل العلم واقتصر المشرع الجزائري في المادة "126" ق أ ج عن القرابة والزوجية دون ولاء العتق لزواله منذ أمد بعيد (3).

وأركانه ثلاثة: المورث (المتوفى) والوارث (الحي الذي يستحق الميراث) والموروث (مال المتوفى الذي يأخذه الوارث) (4).

وسبب استحقاق الإرث كما في المادة "127" ق أ ج هو موت المورث أو اعتباره ميتاً بحكم القاضي في حالة المفقود وهو مذهب الشافعية والمالكية والحنابلة (5) في أن التركة سواء كانت مستغرقة بالديون أو غير مستغرقة تنتقل ملكيتها إلى الورثة وقت وفاة المورث (6). ويجب لاستحقاق الإرث تحقق حياة الوارث وقت موت المورث أو وقت الحكم باعتباره ميتاً. المادة "128" ق أ ج فإذا مات متوارثان ولم يعلم أيهما مات أولاً كما في حالة

(1) السنهوري، الوسيط في القانون المدني، [74/9].

(2) الدسوقي محمد بن عرفة، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، [710/6].

(3) ابن عابدين، رد المختار على الدر المختار ط1، [498-497/10]. ابن عبد البر يوسف، الكافي في فقه أهل المدينة، دار الكتب العلمية، بيروت-لبنان، د س ن، ص555. ابن النجار تقي الدين، منتهى الإرادات، عالم الكتاب، بيروت-لبنان، ط1/1416-1997، [05/2]. المرادوي بن سليمان، الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف على مذهب الإمام أحمد بن حنبل، دار إحياء التراث العربي، بيروت-لبنان، ط1/1419-1998، [228/7]. غولي عادل عبد الرزاق، أحكام الميراث في الفقه الإسلامي وقانون الأحوال الشخصية، دار صادر- بيروت، ط1/1425-2004، ص19.

(4) الزحيلي محمد، الفرائض والموارث والوصايا، دار الكلم الطيب، بيروت-لبنان، ط1/1422-2001، ص75.

(5) الخرشي محمد، حاشية الخرشي على مختصر سيدي خليل، [512/511]. الفيروزآبادي إبراهيم، المذهب في فقه الإمام الشافعي، [405/2]. الكلذاني محفوظ بن أحمد، التهذيب في علم الفرائض والوصايا، مكتبة العبيكان، الرياض، المملكة العربية السعودية، ط1/1416-1995، ص27.

(6) الرأي الآخر للحنفية، وهو أن التركة المستغرقة بالديون لا تنتقل ملكيتها إلى الورثة وقت الموت، انظر: عبد الله بن محمود، الإختيار لتعليل المختار، دار الكتب العلمية، بيروت-لبنان، ط1/1419-1998، ص93.

الغرقى والهدمى والحرقى فلا استحقاق لأحدهما في تركة الآخر. المادة "129" ق أ ج وهو مذهب مالك وأبي حنيفة والشافعي⁽¹⁾.

ويستحق من التركة قبل إرث الورثة كما في المادة "180" ق أ ج ما يكفي لتجهيز الميت ودفنه ديون الميت ما أوصى به في الحد الذي تنفذ فيه الوصية. وهو مذهب الحنابلة⁽²⁾.

أما مذهب جمهور الفقهاء من الحنفية والمالكية والشافعية فجعلوا الحقوق المتعلقة بالتركة خمسة وهي: الديون العينية ثم التكفين والتجهيز والدفن ثم الديون الشخصية فالوصايا وأخيراً الميراث⁽³⁾.

ويمنع من الإرث كما في المادة "135" ق أ ج قاتل المورث عمداً وعدواناً سواء كان فاعلاً أصلياً أو شريكاً وشاهد الزور الذي أدت شهادته إلى الحكم بالإعدام وتنفيذه والعالم بالقتل أو تدبيره ولم يخبر السلطات المعنية وزادت المادة "138" ق أ ج: "ويمنع من الميراث اللعان والردة".

أما القاتل خطأ فيرث المال دون الدية أو التعويض كما في المادة "137" من ق أ ج وهو رأي مالك - رحمه الله -⁽⁴⁾.

أما الحنفية والشافعية والحنابلة فألحقوه بالقاتل العمد العدوان الذي أجمع الفقهاء من الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة على أنه سبب مانع من الإرث بالإضافة إلى الرق واختلاف الدين⁽⁵⁾.

(1) ابن عابدين، رد المحتار على الدر المختار [556، 555/10]. الخرشي محمد، حاشية الخرشي على مختصر سيدي خليل، [563/8]. الزرقاني عبد الباقي بن يوسف، شرح الزرقاني على مختصر سيدي خليل، دار الكتب العلمية، بيروت-لبنان، ط1/ 1422-2002 [402/8]. الفيروزآبادي، المهذب في فقه الإمام الشافعي، [409، 408/2].

(2) ابن قدامة عبد الله، الكافي في فقه الإمام أحمد بن حنبل، [373/2].

(3) الخرشي محمد، حاشية الخرشي على مختصر سيدي خليل، [514، 511/8]. البغوي الحسين بن مسعود، التهذيب في فقه الإمام الشافعي، [373/2].

(4) أحمد الصاوي، بلغة السالك لأقرب المسالك على الشرح الصغير للقطب سيدي أحمد الدردير، دار الكتب العلمية، بيروت-لبنان، ط1/ 1415-1995، ص401.

(5) ابن رشد القرطبي، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، دار ابن حزم، بيروت-لبنان، ط1/د س ن، [1555/4]. الفيروزآبادي إبراهيم، المهذب في فقه الإمام الشافعي، [407، 406/2]. البغوي الحسين بن مسعود، التهذيب في فقه الإمام الشافعي، [7/5، 16]. ابن قدامة عبد الله، الكافي في فقه الإمام أحمد بن حنبل، [395، 393/2].

الفرع الثاني: اكتساب الملكية عن طريق التصرف القانوني.

كما تكتسب الملكية بوقائع مادية فهي أيضاً تكتسب بواسطة وقائع معنوية يرتب القانون عليها هذا الأثر وهي ما يعرف بالتصرفات القانونية وتتمثل هذه التصرفات في الوصية والشفعة والعقد نحاول توضيحها فيما يلي:

أولاً - الوصية (Testament):

تعتبر من بين الأسباب المكتسبة للملكية عن طريق التصرف القانوني والمشرع الجزائري أحالها إلى قانون الأحوال الشخصية في المادة "775 ق م ج": "يسري على الوصية قانون الأحوال الشخصية والنصوص القانونية المتعلقة بها".

أما المشرع المصري في المادة "915" م م فتعامل معها كالميراث بإرجاعها لأحكام الشريعة الإسلامية: "تسري على الوصية أحكام الشريعة والقوانين الصادرة في شأنها".

وقد نص قانون الأسرة الجزائري على الوصية في المواد "184 حتى 201"، فبدأ بتعريف الوصية في المادة "184" بقوله: "الوصية تملك مضاف إلى ما بعد الموت بطريق التبرع".

فالوصية تصرف في التركة مضاف إلى ما بعد الموت.

فهي بمثابة استثناء من الحكم القاضي ببطان التعامل في التركة المستقبلية إذ هي تعامل الموصي في تركته المستقبلية بإرادته المنفردة⁽¹⁾ وتكون في حدود الثلث وما زاد عليه يتوقف على إجازة الورثة طبقاً لأحكام المادة "185" ق أ ج.

أما عن وقت انتقال الوصية فتكون بعد الوفاة مباشرة. المادة "197" ق أ ج فإذا مات الموصى له قبل قبول الوصية فلا يزول حقه في قبولها بل ينتقل إلى الورثة فيكون لهم الحق في القبول أو الرد. المادة "198" ق أ ج.

أما الوصية في الشريعة الإسلامية فهي تملك مضاف إلى ما بعد الموت بطريق التبرع سواء أكان الملك غني أم فقير أم منفعة كالوصية بدار أو بمنفعتها لفلان.⁽²⁾

(1) السنهوري، الوسيط، [203/9].

(2) الزحيلي وهبة، الفقه الإسلامي وأدلته، النظريات الفقهية والعقود، دار الفكر، دمشق، ط1/1404-1984، [86/4].

وبالتالي فهي شبيهة بالقانون كون أحكام هذا الأخير المتعلقة بالوصية معظمها مقتبسة من الشريعة الإسلامية.

والأصل فيها الكتاب و السنة و الإجماع.

أما الكتاب : قوله تعالى: كُتِبَ عَلَيْكُمْ إِذَا حَضَرَ أَحَدُكُمْ الْمَوْتُ إِنْ تَرَكَ خَيْرًا الْوَصِيَّةَ لِلْوَالِدَيْنِ وَالْأَقْرَبِينَ بِالْمَعْرُوفِ (1)

و قوله أيضاً: مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصِي بِهَا أَوْ دَيْنٍ (2)

و من السنة : ما روى سعيد بن أبي وقاص قال: «جاءني رسول الله x يعودني عام حجة الوداع من وجع اشتد بي فقلت يا رسول الله: قد بلغ بي الوجع ما ترى و أنا ذو مال ولا يرثني إلا ابنة أفأصدق بثلثي مالي قال: «لا» قلت: فبالشطر يا رسول الله قال: «لا» قلت: فبالثلث قال: الثلث و الثلث كثير إنك إن تذر ورتك أغنياء خير من أن تدعهم عالة يتكفون الناس ولن تنفق نفقة تبتغي بها وجه الله إلا أجرت عليها حتى ما تجعل في فيء امرأتك» (3).
وأجمع العلماء في جميع الأقطار جواز الوصية (4).

وأركانها أربعة: الموصى والموصى له والموصى به والوصية (الصيغة) (5).

وتستحب الوصية بجزء من المال لمن ترك خيراً لأن الله تعالى قال: كُتِبَ عَلَيْكُمْ إِذَا حَضَرَ أَحَدُكُمْ الْمَوْتُ إِنْ تَرَكَ خَيْرًا الْوَصِيَّةَ لِلْوَالِدَيْنِ وَالْأَقْرَبِينَ بِالْمَعْرُوفِ (6)
والأولى ألا يستوعب الثلث بالوصية وإن كان غنياً لقوله x: «...والثلث كثير».

أما الموصي فاتفقوا على أنه كل مالك صحيح الملك وتصح عند مالك وصية السفیه والصبي الذي يعقل القرب وعند أبي حنيفة تجوز وصية السفیه والصبي الذي لم يبلغ وعند الشافعي القولان وكذلك وصية الكافر تصح عندهم إذا لم يوص بمحرم.

(1) [البقرة/ جزء من الآية 180].

(2) [النساء/ جزء من الآية 11].

(3) البخاري، صحيح البخاري، كتاب الوصايا، باب أن يترك وراثته أغنياء خير من أن يتكفوا الناس، [628/2]. مسلم، صحيح مسلم، كتاب الوصية، باب الوصية بالثلث، [68/6].

(4) ابن قدامة، المغني، [414/6].

(5) الدسوقي محمد بن عرفة، حاشية الدسوقي، ص484.

(6) [البقرة/ جزء من الآية 180].

وأما الموصى له فإنهم اتفقوا على أن الوصية لا تجوز لو ارث لقوله x: «كان المال للولد، وكانت الوصية للوالدين، فنسخ الله من ذلك ما أحب، فجعل للذكر مثل حظ الانثيين، وجعل للأبوين لكل واحد منهما السدس، وجعل للمرأة الثمن والرابع، وللزوج الشطر والرابع»⁽¹⁾ (2).

وتنفذ الوصية باللفظ أي الإقرار، والكتابة⁽³⁾ عجز عن النطق، وكذا الإشارة عند عدم القدرة عن العبارة والكتابة باتفاق الفقهاء⁽⁴⁾ تنعقد الوصية المالكية والحنابلة بالكتابة مع استطاعة الكلام لأنها عندهم كاللفظ تماماً⁽⁵⁾ وأما فيما يخص انعقادها بالإشارة مع القدرة عن النطق فقال المالكية تصح⁽⁶⁾ و اشترط الحنفية و الحنابلة في معتقل اللسان أن يصير ميئوساً من نطقه⁽⁷⁾.

ثانيا- الشفعة (Préemption):

عرفها المشرع الجزائري انطلاقاً من نص المادة "794" ق م ج بقوله: "الشفعة رخصة تجيز الحلول محل المشتري في بيع العقار ضمن الأحوال و الشروط المنصوص عليها في المواد التالية"

و أخذ المشرع المصري بنفس التعريف في المادة "935" م م: "الشفعة رخصة تجيز في بيع العقار الحل محل المشتري ..."

ومن هذا التعريف يتضح بأن الشفعة هي سبب من أسباب كسب الملكية رخصة إذا استعملها الشفيع تملك عقاراً باعه صاحبه إليه وحل الشفيع محل المشتري في هذا البيع.

(1) البخاري، صحيح البخاري، كتاب الوصايا، باب لا وصية لو ارث، [629/2].

(2) ابن رشد القرطبي، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، [1558/4].

(3) شيخ الإسلام تقي الدين ابن تيمية، الفتاوى الكبرى، دار القلم، بيروت- لبنان، ط1 / 1407-1987، [436/4].

(4) الحطاب الرعيني، مواهب الجليل لشرح مختصر خليل، [517/8]. ابن النجار تقي الدين، منتهى الإرادات، [447/1]. الرملي شمس الدين، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، [64/6].

(5) أحمد بن غنيم، الفواكه الدواني على رسالة بن أبي زيد القيرواني، [218/2]. ابن النجار تقي الدين، منتهى الإرادات، [441/1].

(6) الدسوقي محمد بن عرفة، حاشية الدسوقي، ط1، [486/6].

(7) ابن عابدين، ردالمحتار على الدر المختار، [349/10]. البهوتي منصور بن يونس، شرح منتهى الإرادات، عالم الكتاب، بيروت-لبنان، ط1/1416-1996، [454/2].

والشفعة طبقاً لأحكام المادة "795" ق م ج رخصة جاء بها المشرع لدفع ضرر عن الشريك في الشيوع إذا بيع جزء من العقار المشاع إلى أجنبي و لمالك الرقبة إذا بيع الكل أو البعض منها و لصاحب حق الانتفاع إذا بيعت الرقبة كلها أو بعضها⁽¹⁾.

وهي بهذا تفترض أن يكون هناك شفيعاً و هو الذي يأخذ الشفعة و مشفوعاً منه و هو المشتري الذي يحل محله الشفيع و بائعاً لهذا المشتري و هو الذي حل الشفيع بإذائه مشترياً محل المشتري الأصلي و عقاراً مشفوعاً به و هو العقار المملوك للشفيع و قد شفيع به أو عقاراً مشفوعاً فيه و هو العقار الذي باعه صاحبه للمشتري الأصلي و شفيع الشفيع فيه و بها تتشكل أطراف الشفعة .

ولكي يستطيع الشفيع الأخذ بالشفعة يجب أن تتوفر فيه الشروط التالية:

- 1- أن يكون مالكاً للعقار المشفوع به من وقت بيع العقار المشفوع فيه إلى وقت ثبوت حقه من الشفعة.
- 2- أن يكون متوفراً على الأهلية الواجبة .
- 3- أن يكون غير ممنوع من شراء العقار المشفوع فيه.
- 4- ألا يكون العقار وقفاً .

والأخذ بالشفعة إما أن يكون بالتراضي يثبت متى سلم المشتري للشفيع الشفعة عن رضاه منه فيحل الشفيع محل المشتري للصفقة التي عقدها هذا الأخير مع البائع و متى حصل هذا التسليم و جب تسجيله حتى تنتقل ملكية العقار⁽²⁾.

وإما بالتقاضي الذي يتم بإتباع إجراءات تبدأ بإخبار الشفيع بوقوع البيع عن طريق إنذار رسمي يوجه إليه من المشتري و من البائع و يليه إبداء الشفيع رغبته في الأخذ بالشفعة بإعلان رسمي لكل من المشتري و البائع في أجل أقصاه ثلاثين يوماً (30 يوماً) من تاريخ إبلاغه بإنذار طبقاً لأحكام المادة "799" ق م ج كل هذا قبل رفع الدعوى الذي يكون بمثابة الخطوة الأخيرة التي يقوم بها الشفيع في مدة ثلاثين يوماً من تاريخ الإعلام. [المادة "802" ق.م.ج.]

(1) حمدي باشا عمر، نقل الملكية العقارية، ص33.
(2) السنهوري الوسيط، [622/9].

وفي حالة مخالفته للخطوات أو تأخيرها⁽¹⁾ أو تقديم بعضها عن بعض يعد كل ما قام به باطلاً ويسقط حقه تلقائياً كما يسقط في حالة تنازله نتيجة قرار صادر عنه. المادة "807" ق م ج المادة "948" ق.م.م.ا.

أما الشفعة في الشريعة الإسلامية: فهي استحقاق شريك أخذ مبيع شريكه بثمن⁽²⁾. أو هي استحقاق الشريك انتزاع حصة شريكه المتنقلة عنه من يد من انتقلت إليه. وهي ثابتة بالسنة والإجماع:

فمن السنة: عن أبي سلمة بن عبد الرحمن عن جابر بن عبد الله - رضي الله عنهما - قال: «**قضى النبي x بالشفعة في ما لم يقسم فإذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة**»⁽³⁾.

وثبت على النبي x: «**أنه قضى بالشفعة في كل شركة لم تقسم ربعة أو حائط لا يحل له أن يبيع حتى يؤذن شريكه فإن شاء أخذ وإن شاء ترك فإن باع ولم يؤذنه فهو أحق به**»⁽⁴⁾.

وأما الإجماع فقال ابن المنذر أجمع أهل العلم على إثبات الشفعة للشريك الذي لم يقاسم فيما يبيع من أرض أو دار أو حائط.⁽⁵⁾

وأركانها الشافع والمشفوع عليه والمشفوع فيه وصفة الأخذ بالشفعة.⁽⁶⁾

وتقع الشفعة في المشاع بين الشركاء⁽⁷⁾ أي في كل مشترك مشاع قابل للقسمة لم يقسم بالفعل بين الشركاء لما روي عن أبي سلمة بن عبد الرحمن بن عوف عن جابر بن عبد الله - رضي الله عنهما - أن رسول الله x «**قضى بالشفعة فيما لم يقسم بين الشركاء فإذا وقعت الحدود فلا شفعة فيه**»⁽⁸⁾، وسياقه يشعر باختصاصها في العقار وهو مشهور مذهب الإمام مالك والشافعي وأحمد والمراد بالعقار المحتمل للقسمة.⁽⁹⁾

(1) إلى غاية مرور سنة من يوم تسجيل عقد البيع "المادة (807) ق/م/ج".

(2) الزرقاني سيدي محمد، شرح الزرقاني على موطأ الإمام مالك، مصر - صندوق بوسنة الغورية رقم 138، دطن، [376/3].
(3) البخاري، صحيح البخاري، كتاب الشفعة، باب بيع الأرض والدور والعروض مشاعاً غير مقسوم، [488/1].

(4) مسلم، صحيح مسلم، كتاب المساقاة، باب الشفعة، [40/6].

(5) ابن قدامة، المغني، [467-459/5].

(6) ابن رشد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، [1403/4].

(7) ابن تيمية، الفتاوى الكبرى [422/4].

(8) سبق تخريجه، ص 55.

(9) الزرقاني سيدي محمد، شرح الزرقاني على موطأ الإمام مالك، [377/3]. النووي، روضة الطالبين، [247-246/4].

ولكي تثبت الشفعة لابد لها من شروط جملها الفقهاء في النقاط التالية:⁽¹⁾

1- خروج العقار عن ملك صاحبه خروجاً باتاً لا خيار فيه.

2- أن يكون العقد عقد معاوضة وهو البيع وما في معناه.

3- أن يكون العقد صحيحاً.

4- أن يكون الشفيع مالكاً وقت الشراء وإلى القضاء له بالشفعة.

5- عدم رضا الشفيع بالبيع.

ثالثاً - العقد (contrat):

يمكن للملكية العقارية أن تكتسب عن طريق العقد الذي يعد من قبيل التصرف القانوني الصادر من جانبيين.

والعقد يعتبر مصدر من مصادر الالتزام وقد نص عليه المشرع الجزائري في المادة "54" ق م ج بقوله: "العقد اتفاق يلتزم بموجبه شخص أو عدة أشخاص نحو شخص أو عدة أشخاص آخرين بمنح أو فعل أو عدم فعل شيء ما" وفصل أحكامه في المواد التي تليها إلى المادة "123" منه.

أما عن العقد كمصدر من مصادر الملكية فالمشرع الجزائري تطرق إليه في المادة "792" ق م ج بقوله: "تنقل الملكية وغيرها من الحقوق العينية في العقار بالعقد متى كان الشيء مملوكاً للمتصرف...". ووافق المشرع المصري بنفس العبارة في المادة "932" م م وأهم العقود التي تنقل الملكية: البيع⁽²⁾ والهبة⁽³⁾ والمبادلة⁽⁴⁾.

(1) الزحيلي وهبة، الفقه الإسلامي وأدلته، [817/5].

(2) هو عقد يلتزم بمقتضاه البائع أن ينقل للمشتري ملكية شيء أو حقاً مالياً آخر مقابل ثمن نقدي، ويعتبر الأكثر تداولاً بين الناس في حاضرتنا. انظر: حمدي باشا عمر، نقل الملكية العقارية، ص26.

(3) هو عبارة عن عقد يبرم بين شخص يسمى الواهب الذي يتبرع بماله لشخص آخر، يسمى الموهوب له بدون مقابل. انظر: حمدي باشا عمر، نقل الملكية العقارية، ص26.

(4) عقد يلتزم بموجبه كل من المتعاقدين أن ينقل للآخر على سبيل التبادل، ملكية ما ليس من النقود. انظر: حمدي باشا عمر، نقل الملكية العقارية، ص26.

أما بالنسبة لإجراءات نقل الملكية العقارية فلا تيم إلا بإخضاعها للشكلية الرسمية وبالتالي مراعاة قوانين الشهر العقاري وفقاً للمادتين "793،165" م ج وإثباتها بعقد رسمي مشهر بالمحافظة العقارية طبقاً للمادة "29" من قانون التوجيه العقاري: "يثبت الملكية الخاصة للأموال العقارية والحقوق العينية عقد رسمي يخضع لقواعد الإشهار العقاري.⁽¹⁾ ولا يتم إلا بعد توثيق العقد. [المادة " 324 مكرر 01" ق م ج].

وهو ما أشار إليه المشرع المصري في المادة "934" م م بقوله: "في المواد العقارية لا تنتقل الملكية ولا الحقوق العينية الأخرى سواء أكان ذلك فيما بين المتعاقدين أم كان في حق الغير إلا إذا روعيت الأحكام المبنية في قانون تنظيم الشهر العقاري".

والمقصود أن الملكية في العقار لا تنتقل إلا بالتسجيل أي تسجيل العقد لدى مصلحة الضرائب.⁽²⁾

وبالتالي فالتسجيل في القانون الجزائري ليس نفسه في القانون المصري ويقابله عندنا (الشهر) أي الشهر العقاري في المحافظة العقارية.⁽³⁾

أما العقد في الشريعة الإسلامية فلا يكاد يختلف عنه في القانون وسنتطرق إلى بعض أحكامه بصفة وجيزة:

فالعقد هو ارتباط إيجاب بقبول على وجه مشروع يثبت أثره في محله.

وأركانه عند الجمهور الإيجاب والقبول (صيغة العقد) والمحل والعاقدين⁽⁴⁾.

بخلاف الحنفية يقتصرونهم على الإيجاب والقبول فقط⁽⁵⁾.

(1) حمدي باشا عمر، نقل الملكية العقارية، ص26.

(2) السنهوري، الوسيط، [332/9].

(3) الأمر رقم 105/76، المؤرخ في 09 ديسمبر 1976 المتضمن قانون التسجيل المعدل والمتمم للجريدة الرسمية رقم 81.

(4) الرافي عبد الكريم بن محمد، العزيز شرح الوجيز المعروف بالشرح الكبير، دار الكتب العلمية، بيروت-لبنان، ط/1417-1997، [09/4]. الرملي شمس الدين، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، [374/3]. الدسوقي محمد بن عرفة، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، [4-3/4]. عبد العزيز حمد آل مبارك، تبين المسالك شرح تدريب السالك إلى أقرب المسالك، دار الغرب الإسلامي، بيروت-لبنان، ط/1995/2، [270/3].

(5) الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، [318/4]. ابن الهمام كمال الدين، شرح فتح القدير، دار الكتب العلمية، بيروت-لبنان، ط/1415-1995، [230/6].

وسنحاول تفصيل وشرح كل عنصر على حدى كالتالي:

1- الصيغة: هي ما صدر عن المتعاقدين دالاً على توجه إرادتهما الباطنة لإنشاء العقد وإبرامه بواسطة اللفظ أو القول أو ما يقوم مقامه من الفعل أو الإشارة أو الكتابة وتتحقق في الإيجاب والقبول.⁽¹⁾ وعلى هذا فالإيجاب عند الجمهور: هو ما صدر ممن يكون منه التمليك وإن جاء متأخراً.

والقبول: ما صدر ممن يصير له الملك وإن صدر أولاً. فإذا قال المشتري: اشتريت منك هذا الشيء بثمن قدره كذا وقال البائع: بعته لك بهذا الثمن فإن البيع ينعقد ويكون الإيجاب هو ما صدر من البائع لأنه المملك ويكون ما صدر من المشتري قبولاً وإن صدر أولاً.⁽²⁾

شروط انعقاد العقد (الإيجاب والقبول)⁽³⁾

- 1- وضوح دلالة الإيجاب والقبول.
- 2- تطابق الإيجاب والقبول وهذا باتحاد موضوع العقد.
- 3- اتصال القبول بالإيجاب ويشترط لتحقيق معناه:
 - أ- أن يكونا في مجلس واحد (اتحاد المجلس).
 - ب- ألا يصدر من أحد العاقدين ما يدل عن إعراضه.
 - ج- ألا يرجع الموجب في إيجابه قبل قبول القابل الآخر.

2- العاقدان⁽¹⁾: الإيجاب والقبول لا يتصور وجودهما من غير عاقد فالعاقدان ركيزة

التعاقد الأصلية.

(1) وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، [44/4].
(2) الرملي شمس الدين، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، [378-374/3]. الحطاب الرعيني، مواهب الجليل شرح مختصر خليل، [13/6]. البهوتي منصور بن يونس، الروض المربع شرح زاد المستنقع، مؤسسة الرسالة، بيروت-لبنان، ط1/1417-1996، ص304.
(3) الزحيلي وهبة، الفقه الإسلامي وأدلته، [104/4]. شلبي مصطفى، المدخل في الفقه الإسلامي، ص635.

ويشترط فيهما الأهلية للتعاقد وتحقق بالتمييز أو ولاية شرعية للتعاقد بالنيابة عن غيره.
3- محل العقد⁽²⁾: وهو ما وقع عليه التعاقد وظهرت فيه أحكامه وآثاره كالمبيع والمرهون والموهوب.

شروطه:

- 1- أن يكون موجوداً وقت التعاقد.
 - 2- أن يكون المعقود عليه مشروعاً.
 - 3- أن يكون مقدور التسليم وقت التعاقد.
 - 4- أن يكون معيناً معروفاً للعاقدين.
- وزاد الحنفية شرطاً خامساً هو: أن يكون المبيع طاهراً لا نجساً ولا متنجساً.

مبطلات العقد⁽³⁾:

- 1- الرجوع عنه قبل القبول في المجلس عند الجمهور.
- 2- رفضه ممن وجه إليه صراحة أو ضمناً بإعراضه عنه.
- 3- انتهاء مجلس العقد بالاتفاق.
- 4- خروج الموجب عن أهليته بالموت أو بالمجنون قبل قبول الآخر.
- 5- هلاك المبيع المعين بالإشارة ونحوها قبل القبول وكذلك تغييره تغييراً يصير شيئاً

آخر.

(1) عبد العزيز حمد آل مبارك، تبين المسالك شرح تدريب السالك إلى أقرب المسالك، [273/3]. منصور بن يونس، الروض المربع شرح زاد المستنقع، ص305.
(2) الحجاوي شرف الدين، زاد المستنقع، دار الخزيمية، الرياض-المملكة العربية السعودية، ط1423/2-2003، ص92. عبد العزيز حمد آل مبارك، تبين المسالك شرح تدريب السالك إلى أقرب المسالك، [279/3-287]. البهوتي منصور بن يونس، الروض المربع شرح زاد المستنقع، ص305-312.
(3) شلبي مصطفى، المدخل في الفقه الإسلامي، ص645-656.

خاتمة الفصل:

من هذا نستنتج أن للملكية العقارية نظامها القانوني والشرعي لما لها من أهمية بالغة على المستوى الاقتصادي والاجتماعي فهي تعتبر من أهم الحقوق العينية الأصلية التي تعطي سلطات مباشرة للمالك على الشيء من استعمال واستغلال وتصرف كما أنها تتميز عن غيرها من الحقوق كونها أصلية تثبت مباشرة على الشيء المملوك شاملة لرقبته ومنفعته تتمتع بالديمومة غير مقيدة بزمان معين ولا مدة محددة.

تبنى أحكامها على العقار باعتباره عنصراً أساسياً وجوهرياً للملكية لما له من فضل في تحديد مداها والتفريق بين أنواعها وتبيين طرق اكتسابها التي تتعدد بين وقائع وتصرفات قانونية والتقادم المكسب أو مرور الزمن بتعبير أوضح يعد أكثرها شيوعاً نظراً لتعلقه بالمجتمع وارتباطه بالواقع المعاش عبارات تبدو غامضة لكنها تسوغ وتسهل بالشرح والتوضيح ولا يتأتى ذلك إلا بالدراسة المخصصة للموضوع التي يتضمنها الفصل اللاحق.

:

بعدما تحدثنا على الملكية العقارية باعتبار العقار عنصراً أساسياً وجوهرياً تنصب عليه الملكية ورأينا أن من طرق اكتسابها الحيابة التي تنصب على عقار أو على حق عيني عقاري تؤدي إلى تغيير في المراكز القانونية بعد مضي مدة محددة يطلق عليه ما يسمى بالتقادم المكسب مصطلح غريب نحاول إيضاحه بالشرح والتبيين في هذا الفصل وذلك بمعرفة أساس التقادم المكسب وطبيعته القانونية والشرعية ثم التطرق إلى مجاله القانوني والشرعي في ثلاث مباحث مرتبة تدريجياً ابتداءً بأساس التقادم ثم طبيعته وأخيراً مجاله كل هذه الخطوات نتطرق في عرض تفاصيلها إلى إبراز الرأي القانوني والشرعي في إطار التمسك بطبيعة دراستنا لكن قبل ذلك ولإعطاء مفهوم أوسع وأفضل نستهل دراستنا بإطلالة تاريخية حول نظام التقادم المكسب وما مر به من تحولات وتطورات عبر العصور والأزمنة ابتداءً بالعصر الروماني إلى ما هو عليه في وقتنا الحاضر.

لمحة تاريخية عن نظام التقادم المكسب:

يرجع التقادم المكسب في أصله إلى القانون الروماني ويصعد في أصوله الأولى إلى ظهور "الألواح الإثني عشر" أي خلال الفترة الممتدة ما بين "44-450" قبل الميلاد على الأرجح ويرى بعض الباحثين أن تاريخ العمل به يرقى إلى ما قبل ظهور "الألواح الإثني عشر" وتبع قانون الألواح قانون "ATINA" مؤكداً أو مكماً له وكان يقضي بمنع تملك العقارات المسروقة ثم جاء بعده قانون "PLAUTIA" والذي تجدد فيما بعد وكان يقضي بمنع تملك العقارات بالتقادم إذا أخذت الحيابة بالقوة⁽¹⁾ وقد كانت مدة التقادم في بدايته الأولى قصيرة جداً بحيث لا تتجاوز العام أو العامين فكان على صاحب الحق إذا ما استولى الغير على حقه وضع حد لحيابة الغير بسرعة لأن المدة القصيرة كانت كافية لكسب الملكية⁽²⁾.

وبدأ التقادم في روما يؤدي مهمتين أساسيتين:

(1) محمد علي الأمين، التقادم المكسب للملكية في القانون اللبناني-دراسة مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت-لبنان، ط/1993، ص211.

(2) زواوي فريدة، الحيابة والتقادم، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون- الجزائر، ط/2000، ص84.

المهمة الأولى: هي تحويل الحيازة الفعلية إلى ملكية رومانية صحيحة إذ كانت هذه الملكية الرومانية كثيرة التعقيد زاخرة بالأشكال والأوضاع الرومانية فإذا لم تستكمل هذه الأوضاع أغنى عنها حيازة لمدة قصيرة ينقلب عند انتهائها حق الحائز إلى حق ملكية قانونية.

المهمة الثانية: يعمل على علاج مركز من يتعامل مع غير المالك فلا تنتقل إليه الملكية بداهة بل بأعمال التقادم المكسب الذي ينقل إليه الملكية بعد حيازة العين لمدة قصيرة إذا كان حسن النية ومعه سبب صحيح.

وبذلك كان التقادم المكسب في كل من هاتين المهمتين يضع حداً لتزعزع الملكية وعدم استقرارها وتنتقل به الحيازة إلى ملكية قانونية صحيحة ولكنه لا يسري إلا على الرومان دون الأجانب.⁽¹⁾

وظل الأمر كذلك إلى أن جاء **عهد البريتور** ولم تكن الحيازة تؤدي إلى كسب الملكية بالتقادم بل تمنع فقط من سماع الدعوى ولكن سرعان ما تطور الأمر وأصبحت الحيازة المقترنة بالمدة تؤدي إلى كسب الملكية بالتقادم وكان يتطلب في الحيازة أن تكون قانونية وخالية من العيوب إذ كانت الحيازة تعتبر وسيلة للدفع فقط.⁽²⁾

ولما زالت الفروق بين الأشياء الرومانية وغير الرومانية اندمج النوعان من التقادم المكسب وخلص هذا الاندماج إلى نظام مشترك مدته من عشر سنين إلى عشرون سنة في العقار وثلاث سنوات في المنقول.

ثم أنشأ **قانون الإمبراطور ثيودوس "424" قبل** نظام جديد للتقادم مدته ثلاثون سنة تخلى فيها عن شرطي حسن النية والسبب الصحيح وزادت المدة إلى أربعين سنة بالنسبة إلى أموال الخزانة العامة والكنائس والمؤسسات الدينية ثم ارتفعت إلى مائة سنة بالنسبة إلى أموال الكنيسة.⁽³⁾

إذن فالقانون الروماني عرف التقادم بنوعيه التقادم القصير و التقادم الطويل.

(1) السنهوري عبد الرزاق، الوسيط في شرح القانون المدني، [990/9].

(2) زواوي فريدة، الحيازة والتقادم، ص84.

(3) السنهوري عبد الرزاق، الوسيط في شرح القانون المدني، [991/9].

وتأثر المقنن المدني الفرنسي القديم بالتقادم الذي كان معروفاً عند الرومان وكذلك بالتقادم الذي كان موجوداً في القانون الكنسي إذ كان هذا القانون يقوم على مبدأ حسن النية طيلة مدة التقادم وقد كان يسري في فرنسا حتى أواخر القرن الثامن عشر القانون الكنسي بالنسبة للتقادم القصير والذي تتراوح مدته من عشر إلى عشرين سنة وكان يشترط حسن النية طيلة فترة التقادم بينما القانون الروماني كان يتطلب حسن النية وقت بدأ الحيازة فقط ولا يهم أن تتغير نية الحائز فيما بعد ويصبح سيء النية لكن واضعي قانون نابليون "1804" رجعوا إلى مبادئ القانون الروماني ولم يشترطوا توافر حسن النية عند الحائز طيلة فترة التقادم بل يكفي توافرها عند بدأ الحيازة.⁽¹⁾

ولم تكن فرنسا الدولة الوحيدة التي تأثرت بالقانون الروماني بل ظهر أثره في القوانين الجرمانية والمناطق الأنجلوسكسونية وعلى هؤلاء أخذت أغلب التشريعات الحديثة وتأثرت المجموعات المدنية الحديثة لبعض البلاد العربية بهذه المصادر كما تأثرت بأحكام الشريعة الإسلامية لكنها مع هذا اعتمدت في تشريعاتها على الدول التي أخذت عن القانون الروماني كفرنسا وألمانيا وسويسرا.⁽²⁾

:

يتناول هذا المبحث مطلبين حيث يتحدث الأول على أساس التقادم المكسب في القانون والشريعة بينما يخصص الثاني لمدلوله القانوني والشرعي.

(1) زواوي فريدة، الحيازة والتقادم، ص 85-86.

(2) محمد علي الأمين، التقادم المكسب للملكية في القانون اللبناني، ص 218-219.

المطلب الأول: أساس التقادم المكسب في الشريعة والقانون المدني الجزائري

الفرع الأول: أساس التقادم المكسب في القانون.

قد يبدو لأول وهلة أن التقادم ينافي العدالة والأخلاق ووسيلة لاغتصاب الحقوق باسم القانون لأنه يعمل على تجريد المالك عن ملكيته بلا مقابل وبدون رضاه بحيث يجعل الغاصب مالكا بعد حيازته الشيء مدة معينة.⁽¹⁾

ومع هذا فهو نظام لا غنى عنه إذ يقوم على اعتبارات اجتماعية واقتصادية عادلة إذ لولاه لعمت الفوضى واضطربت الأعمال في المحاكم وتكدست بها القضايا يقول العلامة لوران: "لو سمحت القوانين في بلد ما للأفراد المطالبة بحقوقهم وقد مضى عليها آلاف السنين لعمت الفوضى واضطرب حبل النظام وتزعزعت المراكز القانونية الأمر الذي يجب أن تنتزه عليه المجتمعات"⁽²⁾.

فالمصلحة والضرورة الاجتماعية تجعله ألزم ما يكون لنظام المجتمع حيث يتعين أن يضع حد للمنازعة في أمر معين ويعمل على استقرار التعامل⁽³⁾ ويكفي أن نتصور مجتمعاً لم يدخل التقادم في نظمه القانونية لندرك إلى أي حد يتزعزع فيه التعامل وتحل الفوضى محل الاستقرار⁽⁴⁾ ففضله يصبح الوضع الفعلي مطابقاً للوضع القانوني ويصبح من يحوز العين مدة معينة هو المالك لها ولو لم يكن مالكا من قبل.⁽⁵⁾

إلى جانب هذا التقادم يحل إشكالاً في الإثبات وعلى الخصوص إثبات حق الملكية فيساعد بذلك على حماية الحق نفسه إذ من المعروف أن إثبات حق الملكية تكتنفه صعوبات جمة تبدأ بإقامة الدليل على السند الذي آلت به إلى المالك ثم أن هذا السند لا يؤدي إلى كسبها إلا إذا صدر من مالك حقيقي فيجب إثبات سند ملكية السلف وسلفه... وهكذا فالأمر يعد ضرب من التكليف بما لا يطاق إن لم يكن مستحيلاً وأمام هذه الصعوبات كان لا بد من اعتماد نظام التقادم الذي يعتمد على اعتماد الحيازة واستمرارها المدة المحددة في القانون للتملك.

(1) الصدة عبد النعم، الحقوق العينية الأصلية- دراسة في القانون اللبناني والقانون المصري-، ص563.
(2) محمد أحمد عابدين، التقادم المكسب والمسقط في القانون، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ط/1995، ص09.

(3) الصدة عبد المنعم، الحقوق العينية الأصلية، ص563.

(4) السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، [687/9].

(5) السنهوري عبد الرزاق، الوسيط في شرح القانون المدني، [689/9].

بالإضافة إلى ما تقدم ثمة اعتبار اقتصادي يسوغ نظام التقادم ذلك لأن مصلحة الاقتصاد القومي تقتضي إثبات الحائز الذي يحرص على استعمال الشيء واستغلاله بشروط معينة على المالك الذي يقعد على هذا الاستغلال.⁽¹⁾

وقد حاول البعض إرجاع التقادم إلى اعتبارات فردية على أساس أن المالك الذي يترك ماله في يد الغير مدة معينة من الزمن دون أية مبادرة لاسترجاعه يعد متنازلاً عنه. وقد انتقد هذا الرأي لأن التنازل عن المال لا يفترض ولو رضينا بافتراضه لوجب علينا السماح للمالك بإقامة الدليل على العكس.

وهناك رأي آخر يرى أن التقادم هو جزء يوقعه القانون على المالك المهمل الذي لم يستعمل ملكه مدة من الزمن. ولكن هذا الرأي منتقد أيضاً إذ أن المالك لا يكون مهملًا في جميع الأحوال بل قد توجد لديه مبررات معقولة تمنعه من استعمال ملكه.

فالتقادم إذن لا يقوم مطلقاً على اعتبارات فردية بل هو ضرورة يقتضيها الصالح العام فالتقادم المكسب يؤدي إلى استقرار المعاملات ويحمل من يتعامل مع الحائز على الاعتقاد بأنه يتعامل مع شخص باستطاعته إثبات ملكيته بسهولة.⁽²⁾

إلا أن التقادم يؤدي في بعض الأحيان إلى تملك الشخص مال غيره بدون وجه حق بل قد يكون سيء النية أو غاصباً. لكن هذه الحالات قليلة وقد قرر المشرع أن ما يحققه نظام التقادم من مزايا في مجال استقرار المراكز القانونية وفي مجال إثبات الملكية يبرر التضحية ببعض المصالح الخاصة في حالات قليلة.⁽³⁾

ورغم ذلك فقد أعطي لصاحب الحق مدة معقولة يحق له فيها المطالبة بحقه وإذا لم يطالب به طيلة هذه المدة فيكون في غالب الأحيان مهملًا لمصالحه ويفضل عليه الحائز الذي يستغل العين ولو كان سيء النية أو مغتصباً.⁽⁴⁾

(1) سوار محمد وحيد الدين، شرح القانون المدني- الحقوق العينية الأصلية-، مطبعة الداودي-دمشق، ط3/1399-1979، [632،631/1].

(2) زواوي فريدة، الحيازة والتقادم، ص81

(3) أبو السعود رمضان، الوجيز في الحقوق العينية الأصلية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت- لبنان، ط/2002، ص359.

(4) زواوي فريدة، الحيازة والتقادم، ص82-83.

وتبرز أهمية التقادم أساساً في الدول التي لا تطبق نظام السجل العيني وتتضاءل في الدول التي تطبقه⁽¹⁾ لأن السجل العيني يتميز بعدم سريان التقادم في مواجهة صاحب الحق المسجل ولا يستطيع أي كان تملك هذا الحق مهما طال مدة حيازته لأن نظام التقادم يتعارض مع مبدأ القوة المطلقة للسجل العقاري.⁽²⁾

والمشرع الجزائري بدوره تبنى نظام السجل العيني انطلاقاً من المرسوم رقم "74/75" المؤرخ في 12 نوفمبر 1975 المتضمن إعداد مسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري. لكن هذا لا يعني أنه تخلى عن التقادم المكسب فبالرجوع إلى قانون التوجيه العقاري الصادر بموجب القانون رقم "25/90" المؤرخ في 18 نوفمبر 1990 المعدل والمتمم نجده ما زال يكرس مبدأ الاكتساب عن طريق التقادم لصالح المستفيدين من الأراضي الفلاحية أثناء تطبيق قانون الثورة الزراعية.⁽³⁾

و من العوامل التي ساهمت أيضاً في سريان اكتساب الملكية عن طريق التقادم اتساع رقعة الأراضي الوطنية التي لم تمسها عملية المسح العقاري.⁽⁴⁾

الفرع الثاني: أساس التقادم في الشريعة الإسلامية.

لقد ساد القول بأن الفقه الإسلامي لا يعرف اكتساب ملكية العقارات أو سقوطها بسبب تقادم الزمان لأن ذلك يؤدي ضمناً إلى إقرار الغصب في بعض الحالات والغصب في كل حالاته مناف للأخلاق وللدین ولكن إذا أهمل المالك العقارات التي يملكها وجاء الغير ووضع اليد عليها وظلت في حيازته الزمن الطويل يتصرف فيها تصرف المالك في ملكه بحضور هذا الأخير ومشاهدته ودون معارضة منه⁽⁵⁾ ألا يعد رضاه ونزول ضمنى عن الحق من صاحبه

(1) شنب محمد لبيب، اكتساب الملكية بالتقادم في كل من نظام الشهر الشخصي ونظام الشهر العيني، مجموعة أعمال الحلقة الدراسية لقوانين الشهر العقاري في البلاد العربية، 21-26 مارس 1972، ص 605.

(2) أبو السعود رمضان، الوجيز في الحقوق العينية الأصلية، ص 361.

(3) حمدي باشا عمر، محررات شهر الحيازة، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، بوزريعة- الجزائر، ط/2001، ص 84-86.

(4) حمدي باشا عمر، محررات شهر الحيازة، ص 109.

(5) علي أمير خالد، تملك العقارات بوضع اليد، منشأة المعارف بالإسكندرية، جلال جزي وشركاؤه، ط/1992، ص 216.

بداية نقول بأن الشريعة الإسلامية حينما أقرت الملكية الفردية كان ذلك لمصلحة المالك وكذلك لتكون دعائمه من دعائم قيام النظام الاجتماعي لتحقيق المصلحة الاجتماعية⁽¹⁾ فالملكية في الإسلام لها وظيفة اجتماعية فامتلاك الأرض ليس مقصوداً في ذاته بل لما يحققه من فوائد للمجتمع.⁽²⁾

من هذا المنطلق تباينت آراء الفقهاء والمحدثين في مسألة تقادم الزمان المؤدي إلى كسب الملكية.

فالحنفية والشافعية والحنابلة لا يتعرضون لمسألة تقادم الزمان بصفة خاصة وإنما يشيرون إليها في باب الدعوى وما يلحق بها ويفهم من كلامهم أن الحق لا يسقط بتقادم الزمان⁽³⁾ لأنهم يسوقون نفس الحديث للنبي x القائل فيه: «لو يعطى الناس بدعواهم لادعى ناس دماء رجال وأموالهم ولكن البينة على المدعي واليمين على من أنكر»⁽⁴⁾ وفي رواية «قضى النبي x باليمين على المدعي عليه»⁽⁵⁾.

وفي هذا المعنى قال السرخسي⁽⁶⁾: "إذا كانت الدار في يدي رجل فادعى رجل كلها أو طائفة منها فالبينة على المدعي واليمين على من الدار في يده"⁽⁷⁾

ويستطرد الشافعي القول: "واليمين على المدعي عليه أي إذا ادعى الرجل فالظاهر أنه لمن هو في يديه مع يمينه لأنه أقوى سبباً فإن استوى سببهما فهما فيه سواء فإن أقام الذي الشيء في يده البينة يستويان في الدعوى ولكن الحق للحائز بالأولوية التي يكسبها بالشيء المحاز"⁽⁸⁾.

(1) الخفيف علي، الملكية في الشريعة الإسلامية مع المقارنة بالشرائع الوضعية، ص33.

(2) أحمد فراج حسين، الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية، ص59.

(3) ابن نجيم، الأشباه والنظائر، ص263

(4) مسلم، صحيح مسلم، كتاب الأفضية، باب اليمين على المدعي عليه، [202/6].

(5) البخاري، صحيح البخاري، كتاب الشهادات، باب اليمين على المدعي عليه في الأموال والحدود، [604/1].

(6) هو: محمد بن أحمد بن أبي سهل، أبو بكر، شمس الأئمة، القاضي، المجتهد، الفقيه الحنفي، المتكلم الأصولي، له "المبسوط في الفروع"، و"شرح الجامع الكبير للإمام محمد"، و"النكت"، و"الأصول"، وغيرها.

توفي سنة 483هـ.

انظر: [اللكنوي محمد عبد الحي، الفوائد البهية في تراجم لحنفية، شركة دار الأرقم بن أبي الأرقم، بيروت-لبنان، ط1/1418-1998، ص158، عبد القادر بن محمد، الجواهر المضيئة في طبقات الحنفية، تحقيق عبد

الفتاح الحلوي، مطبعة عيسى البابي الحلبي وأولاده، مصر ط1979م: 28/2].

(7) السرخسي شمس الدين، المبسوط، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1/1414-1993، [30/17].

(8) محمد ابن إدريس، الأم، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت-لبنان، ط1420-1990، [423/5].

وذكر صاحب كتاب (المقنع) مثلاً يوافق الحديث بقوله: "ومن ادعى دابة في يد رجل فأنكره وأقام كل منهما بينة حكم بها للمدعي ولم يلتفت إلى بينة المدعي عليه لأن النبي x أمر باستماع بينة المدعي أو يمين المدعي عليه"⁽¹⁾.

والظاهر أن العمل بهذه الأحكام لا يتأتى إلا في الحيازة التي يحتمل أن تكون محقة وأن تكون مبطلّة فهذه هي التي تسمع الدعوى ويحكم بها عند ما هو أقوى منها فالشارع لا يعين على إبطال الحق ويحكم في المتشابهات بأقرب الطرق إلى الصواب وأقواها⁽²⁾.

إلى جانب ما سبق استدل أصحاب هذا الرأي بما يلي:

فمن الكتاب: قوله تعالى: وَلَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ وَتُدْلُوا بِهَآ إِلَى الْحُكْمِ لِتَأْكُلُوا فَرِيقًا مِّنْ أَمْوَالِ النَّاسِ بِالْإِثْمِ وَأَنْتُمْ تَعْلَمُونَ⁽³⁾

ووجه الدلالة أن الآية اشتملت على النهي عن أكل الأموال والنهي يقتضي التحريم فيكون أكلها محرماً والمعنى لا يأكل بعضكم مال بعض بغير حق كما قال تعالى: وَلَا تَقْتُلُوا أَنْفُسَكُمْ⁽⁴⁾ وقوله : وَلَا تَلْمِزُوا أَنْفُسَكُمْ⁽⁵⁾ يعني بعضكم بعضاً⁽⁶⁾ فيدخل في هذا القمار والخداع والغصون وجدد الحقوق وما لا تطيب به نفس مالكة أو حرمة الشريعة وإن طابت به نفس مالكة كمهر البغي وحلوان الكاهن وأثمان الخمر وغير ذلك... إلى أن قال: وأضيفت الأموال إلى ضمير المنهي لما كان كل واحد منهما منهيًا ومنهيًا عنه⁽⁷⁾.

ومن السنة: قوله x في خطبة الوداع: «إن الله حرم عليكم دماءكم وأموالكم وأعراضكم كحرمة يومكم هذا في شهركم هذا في بلدكم هذا»⁽⁸⁾ وهذا النص واضح في تحريم أموال الناس بعضهم على بعض.

(1) ابن البنا الحسن، كتاب المقنع في شرح مختصر الخرقى، مكتبة الرشد، الرياض، ط2/ 1415-1994، [320/4]

(2) ابن قيم الجوزية، الطرق الحكمية في السياسة الشرعية، دار الجيل- بيروت، ط1/ 1418-1998، ص154.

(3) [سورة البقرة/188].

(4) [سورة النساء/ جزء من الآية 29].

(5) [سورة الحجرات/ الآية 11].

(6) الرازي أحمد بن علي، أحكام القرآن، دار الكتب العلمية، بيروت- لبنان، [303/14].

(7) القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، دار الكتب العلمية، بيروت- لبنان، ط5/ 1417-1996، [225/2].

(8) البخاري، صحيح البخاري، كتاب الحج، باب الخطبة أيام منى، [391/1]. مسلم، صحيح مسلم، كتاب الحج، باب حجة النبي x، [365/4].

والمذهب الحنفي يفرق في عدم سماع الدعوى من طرف القاضي بين حالتين⁽¹⁾:

الحالة الأولى: عدم سماع الدعوى من طرف القاضي بعد مضي خمس سنوات عنها سوى الوقف والإرث وهذا النهي بأمر من السلطان لقطع الحيل والتزوير فيكون القاضي معزولاً عن سماعها إلا بأمر لجواز تخصيص القضاء وتقييده بالزمان والمكان واستثناء بعض الخصومات أي فإذا أمر بسماعها بعد هذه المدة تسمع وفي حالة موت السلطان لا بد من تجديد النهي ولا يستمر النهي بعده.

الحالة الثانية: إذا تركت الدعوى ثلاثاً وثلاثين سنة لا تسمع وهذا النهي ليس مبنياً على المنع السلطاني بل هو منع من الفقهاء فلا تسمع الدعوى بعده وإن أمر السلطان بسماعها كما في دعوى الوقف واستثنوا الغائب ولم يبينوا له مدة فتسمع من الغائب ولو بعد خمسين سنة.

وهذا المنع لا يتعارض مع أن الحق لا يسقط بتقادم الزمان⁽²⁾.

ونفس الرأي ورد في شرح مجلة الأحكام العدلية مع اختلاف في المدة التي حددها الفقهاء بحيث تمتد إلى ست وثلاثين سنة في المجلة وهو ما بينه صاحب كتاب

(در الحكام شرح مجلة الحكام) بقوله: أما مرور الزمن فهو على نوعين⁽³⁾:

النوع الأول: مرور الزمن الذي حكمه اجتهادي ومدته ست وثلاثين سنة ولذلك فالدعوى التي تترك ستاً وثلاثين بلا عذر لا تسمع مطلقاً حيث أن ترك الدعوى تلك المدة مع الاقتدار عليها وفقدان العذر يدل على عدم الحق وهذا يكون في دعوى أصل الوقف وفي دعوى صاحب الأرض برقبة الأرض.

النوع الثاني: مرور الزمن المعين من قبل السلطات ومدته خمس عشرة سنة ويتحقق من الدين ولو كان دية أو ودیعة والعارية والعقار الملك والملك الذي لم يكن عقاراً كالحيوان والأمتعة الأخرى... فإذا ادعى أحد بأن العقار كالدور الذي في تصرف شخص آخر مدة خمس عشرة سنة بلا نزاع بأنه ملكه وأن له حصة فيه فلا تسمع دعواه.

(1) ابن عابدين، رد المحتار على الدر المختار، [117-114/8].

(2) ابن نجيم زين الدين، الأشباه والنظائر، ص 263.

(3) حيدر علي، در الحكام في شرح مجلة الأحكام، دار الكتب العلمية، بيروت-لبنان، ط1/1419-1991، [262-259/14].

المعتبر في مرور الزمن المانع لاستماع الدعوى هو مرور الزمن الواقع بلا عذر أما الذي مر بعذر شرعي ككون المدعي صغيراً أو مجنوناً أو معتوهاً سواء كان له وصي أم لم يكن أو كان المدعي غائباً أو كان خصمه المدعي عليه من المتغلبة (ذوي السلطة والحكم) فلا يعتبر وتسمع الدعاوى في شأنه ولو بلغت مدته أربعين أو خمسين سنة.⁽¹⁾

لكن الحق لا يسقط بالتقادم ولو تقادم الزمن أحقاباً كثيرة وإن عدم استماع الدعوى بمرور الزمن مبني على الأمر السلطاني بسبب امتناع الحكام عن سماع الدعوى خوف وقوع التزوير ولقطع الحيل والأطماع الفاسدة الفاشية بين الناس فلذلك لو أقام أحد الدعوى بمطلوبه الذي على آخر بعد مرور خمس عشرة سنة ورد القاضي الدعوى بسبب مرور الزمن فيبقى المدين مديناً ولا يخلص من حق غرمائه ما لم يؤد دينه أو يرضي مدينه.⁽²⁾

لكن في حالة ما إذا كان رجلاً حائزاً لدار متصرفاً فيها مدة سنين طويلة بالهدم والبناء والإجارة والعمارة وهو ينسبها إلى نفسه ويضيفها إلى ملكه وإنسان حاضر يراه ويشاهد أفعاله فيها طوال هذه المدة وهو مع ذلك لا يعارضه فيها ولا يذكر أن له فيها حقاً ولا مانع يمنعه من مطالبته كخوف سلطان ونحوه وليس بينه وبين المتصرف في الدار قرينة ولا شركة في ميراث وما أشبه ذلك مما يتسامح فيه القرابات والصهر بينهم في إضافة أحدهم أموال الشركة إلى نفسه بل كان عرياً على ذلك أجمع ثم جاء بعد طول هذه المدة يدعيها لنفسه ويريد أن يقيم بينة على ذلك فهذا مما يخالف العرف والعادة والشريعة أوجب الرجوع إلى التعاليم الشائعة من الأعراف في مثل هذه التصرفات.⁽³⁾

ويؤيد هذا قوله تعالى: **وَأْمُرْ بِالْعُرْفِ وَأَعْرِضْ عَنِ الْجَاهِلِينَ** ⁽⁴⁾ وترد في ذات السياق **القاعدة المشهورة** "المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً"⁽⁵⁾ ففي كل محل يعتبر ويراعى فيه شرعاً صريح الشرط المتعارف إذا اعتاد الناس التعامل عليه بدون اشتراط صريح فهو مرعي ويعتبر بمنزلة الاشتراط الصحيح⁽⁶⁾.

(1) حيدر علي، در الحكام في شرح مجلة الأحكام، ط1، [268/14].

(2) حيدر علي، در الحكام في شرح مجلة الأحكام، ط1، [279/14].

(3) ابن القيم الجوزية، الطرق الحكمية في السياسة الشرعية، ص153.

(4) [سورة الأعراف/جزء من الآية 199].

(5) حيدر علي، در الحكام في شرح مجلة الأحكام، ط1، [46/1]. وورد بلفظ متقارب عند "ابن تميم الحنفي"

بقوله: "المعروف كالمشروط" انظر ابن نجيم، الأشباه والنظائر، ط2، ص109.

(6) الزرقا أحمد بن محمد، شرح القواعد الفقهية، دار القلم، دمشق، ط5/1419-1998 ص237.

أما المذهب المالكي وبفضل جهد فقهاءه ودقتهم في توطيد الأحكام ومراعاتهم للمصلحة العامة واستقرار النظام العام تطرقوا لموضوع الحيازة كسبب للملكية بعد مرور الزمن أو ما يعرف بالتقادم المكسب وأثبتوا ذلك بالأدلة العقلية والنقلية التي سنوردها فيما يلي:

1- الأدلة النقلية:

الدليل النقلية الوحيد الذي أورده المالكية على صحة الحيازة هو حديث مرسل يروونه عن سعيد بن المسيب⁽¹⁾ وزيد بن أسلم جاء في المدونة الكبرى ما يلي: (ابن وهب) عن عبد الجبار بن عمر عن ربيعة بن أبي عبد الرحمن عن سعيد بن المسيب يرفع الحديث إلى رسول الله ﷺ أنه قال: «من احتاز شيئاً عشر سنين فهو له»⁽²⁾ قال (عبد الجبار)⁽³⁾: "وحدثني عبد العزيز بن المطلب عن زيد بن أسلم عن النبي ﷺ بمثله"⁽⁴⁾.

ونفس الرواية أوردها صاحب كتاب (مواهب الجليل على مختصر خليل) في شرحه لمقولة خليل -رحمه الله-: " وإن حاز أجنبي غير شريك وتصرف ثم ادعى حاضر ساكت بلا مانع عشر سنين لم تسمع ولا بينته... " ⁽⁵⁾ في قوله x: «من حاز شيئاً عشر سنين فهو له»⁽⁶⁾

ويفهم من الحديث أن الحيازة إذا استمرت عشر سنين تكسب الحائز الملكية بدليل قوله x: «فهو له» واللام تدل على الملك والاختصاص بالشيء أي أن الحكم يوجب له بدعواه⁽⁷⁾ وهذه المدة تخص العقار والرباع والأرضين أما فيما يتعلق بالمنقول فالحيازة فيه أقل من عشر سنين فلا تكاد تتجاوز السنة والسنتين إلى ثلاث سنوات كما في الثياب والدواب في قول لأصبع

(1) هو سعيد بن المسيب بن حزن، أبي وهب، أبو محمد القرشي المخزومي، ولد لسنتين خلثا من خلافة عمر بن الخطاب، كان من أعلم الناس بما تقدمه من الآثار وأفقههم في رأيه،، توفي سنة (94هـ)، انظر: [محمد بن سعد، الطبقات الكبرى، دار الكتب العلمية، بيروت-لبنان، ط2/1418-1997، 105-89/5. الذهبي شمس الدين محمد بن أحمد، سير أعلام النبلاء، دار الفكر، بيروت-لبنان، ط1/1417-1997، 233-215/5].
(2) سليمان بن الأشعث، المراسيل، باب ما جاء في القضاء، تحقيق شعيب الأرنؤوط، مؤسسة الرسالة للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، ط1/1408-1988، ص286.
(3) هو: أبو عمر عبد الجبار بن عمر الأيلي ويقال أبو الصباح، روى عن الزهري، وابن المكندر، وناقع مولى ابن عمر، وربيعه، وغيرهم، كما روى عنه جماعة منهم رشدين بن سعد، وابن المبارك، ، توفي ما بين (260هـ و270هـ).

انظر: [تهذيب التهذيب: 13-12/5].

(4) مالك، المدونة الكبرى، [72/9].

(5) خليل بن إسحاق، مختصر خليل، ص272.

(6) سبق تخريجه، ص44.

(7) الحطاب الرعيني، مواهب الجليل لشرح مختصر خليل، [276/8].

من المالكية⁽¹⁾ وعلى ذلك كان المال للذي في يديه لحيازته إياه كل هذه المدة⁽²⁾ ويبدو من عموم هذا الحديث أن الحيازة تشمل حيازة الأموال المباحة وغير المباحة على حد سواء.

ولكن ابن فرحون⁽³⁾ أورد في (تبصرته) رواية لهذا الحديث تقول: «من حاز على خصمه شيئاً عشر سنين فهو أحق به»⁽⁴⁾ وهاته الرواية لم ترو بالإنسناد المعنعن إلى سعيد بن المسيب وزيد بن أسلم كما ورد في المدونة ورواية الحديث بهذه الصفة تدل على أن الحيازة هنا مقصود بها حيازة العقار غير المباح بدليل قوله: «على خصمه» ومعلوم أن الخصومة لا تكون إلا بين طرفين يدعي أحدهما الملك والآخر ينكره فهذه الرواية إنن تكون مخصصة لعموم الحديث الأول الوارد في المدونة بمعنى مقيدة لإطلاقه على أي حيازة سواء كانت مترتبة على شيء مباح أو غير مباح ويؤيد هذا الفهم أن الأموال

المباحة وردت أحاديث صحيحة تبين أحكامها ومن ذلك حديث النبي x القائل فيه: «من أحميا أرضاً ميتة فهي له»⁽⁵⁾ وعنه x أيضاً: «من سبق إلى ما لم يسبقه مسلم فهو له»⁽⁶⁾.

فالحديث برواياته المتعددة يدل على إمكانية كسب العقار أو الحق العيني بالتقادم المكسب بعد مرور عشر سنوات لكنه يندرج تحت مراسيل سعيد بن المسيب وزيد بن أسلم⁽⁷⁾ فهل يعتبر الحديث المرسل حجة ينبنى عليها تقرير الأحكام كما هو الشأن في الأحاديث المتصلة الإسناد إلى النبي x

(1) ابن فرحون، تبصرة الحكام، دار الكتب العلمية، بيروت- لبنان، ط1/ 1416-1995، [92-91/2].

(2) مالك، المدونة الكبرى، [72/9].

(3) هو: إبراهيم بن علي بن محمد بن أبي القاسم بن محمد بن فرحون اليعمرى، برهان الدين أبو الوفاء المغربي الأصل، قاضي المدينة المنورة، من تأليفه تبصرة الحكام في أصول الأفضية ومناهج الأحكام، وشرح على مختصر ابن الحاجب وغير ذلك، توفي سنة (799هـ) بالمدينة المنورة.

انظر ترجمته: [شجرة النور الزكية: 291/1، الديباج المذهب: 96-97، العسقلاني شهاب الدين أحمد بن حجر، الدرر الكامنة في أعيان المائة الثامنة، دار الجيل، بيروت-لبنان، ط/1414-1993، 300/2].

(4) ابن فرحون، تبصرة الحكام، [91/2].

(5) سبق تخريجه، ص46.

(6) سليمان بن الأشعث، سنن أبي داود، كتاب الخراج والإمارة، باب في إقطاع الأرضين، ص1454. هذا حديث غريب، وقال أبو القاسم البغوي: "ولا أعلم بهذا الإسناد حديثاً غير هذا". انظر: الخطابي، مختصر سنن أبي داود ومعالم السنن، كتاب الخراج والإمارة، باب في إقطاع الأرضين، دار المعرفة، بيروت-لبنان، ط1400-1980، [264/4].

(7) هو أبو عبد الله العدوي العمري المدني الفقيه، والده أسلم مولى عمر، من الطبقة الوسطى من التابعين، كان له حلقة للعلم في مسجد النبي x، توفي سنة (136هـ/743م)، ظهر لزيد من المسند أكثر من مائتي حديث، كما له تفسير رواه عنه ابنه عبد الرحمن.

قبل أن نجيب عن السؤال نعرف الحديث المرسل تقريباً للمعنى:

فالمرسل من الحديث هو أن يروي الرجل حديثاً عن لم يعاصره أو هو ما رفعه التابعي إلى رسول الله \times (1) ويرى البعض أن المرسل يشمل أيضاً مرسل الصحابي الصغير كابن عباس ممن لم يسمعوا عن النبي \times وقد عد جمهور أهل العلم مرسل الصحابي في حكم الموصول لأن الصحابة يروي بعضهم عن بعض أحياناً وهم كلهم عدول وجهالتهم لا تضر (2).

وأكثر ما تروى المراسيل من أهل المدينة عن سعيد بن المسيب ومن أهل مكة عن عطاء بن رباح ومن أهل مصر عن سعيد بن أبي هلال ومن أهل الشام عن مكحول ومن أهل البصرة عن الحسن البصري ومن أهل الكوفة عن إبراهيم بن يزيد النخعي (3).

أما فيما يخص حجيته فالخلاف وارد فيها على ثلاثة أقوال لا مجال لذكرها والخوض في تفاصيلها نورد منها ما يهمنا- بيت القصيد- في دراستنا لهذه المسألة وهو ما ركن إليه المذهب المالكي بخصوص

فالإمام مالك وأبي حنيفة وأصحابهما وفي رواية عن الإمام أحمد بن حنبل يرون بجواز الاحتجاج بالحديث المرسل مطلقاً (4).

واستدلوا لما ذهبوا إليه بأن سكوت التابعي مع علمه أن روايته عن النبي \times يترتب عليها حكم عام يقتضي أنه ما سكت عن ذكر الصحابي إلا وقد جزم بعدالته فسكوته يعدل إخباره إذ أن التابعي مع علمه وورعه لا يقدم على نسبه قول إلى النبي \times إلا إذا استوثق أنه صادر عنه (5) حتى منهم من قال أنها أصح من المتصل المسند فإن التابعي إذا أسند الحديث أحال الرواية على من رواه عنه وإذا قال: قال الرسول \times فإنه لا يقوله إلا بعد اجتهاد في معرفة صحته (6).

انظر: [الذهبي، سير أعلام النبلاء، 124/5-125، شجرة النور الزكية: 72/1].
(1) المبارك بن محمد بن الأثير، جامع الأصول في أحاديث الرسول، دار الفكر للطباعة والنشر، بيروت- لبنان، ط2/1403-1983، [115/1].
(2) الحافظ بن كثير، الباعث الحثيث شرح اختصار علوم الحديث، مكتبة المعارف للنشر والتوزيع، الرياض، ط2/1417-1996 [158/1].
(3) المبارك بن محمد، جامع الأصول في أحاديث الرسول، [116/1].
(4) الحافظ بن كثير، الباعث الحثيث شرح اختصار علوم الحديث، [156-155/1].
(5) الحافظ بن كثير، الباعث الحثيث شرح اختصار علوم الحديث، [158 /1].
(6) المبارك بن محمد، جامع الأصول في أحاديث الرسول، [117 /1].

ومما هو جدير بالملاحظة أنه قد ورد في كتب المالكية الاستشهاد بحديث النبي ﷺ: «لا يسقط حق امرئ مسلم وإن قدم»⁽¹⁾ حال أنهم يأخذون بحديث الحيابة وهذا الحديث وقد وفقوا بينه وبين حديث الحيابة السابق الذي يقرر كسب الملكية بالتقادم في أن قوله ﷺ: «لا يسقط حق امرئ مسلم وإن قدم» معلل بوجود الأسباب المانعة من الطلب بالغيبة البعيدة وعدم القدرة على الطلب مع الحضور حتى إذا ارتفعت هذه الأسباب من الطلب كان طول المدة مع السكوت والحضور دلالة يقوي بها سبب المطلوب بدليل قوله ﷺ: «من حاز شيئاً عشر سنين فهو له»⁽²⁾. فحديث الحيابة عام في كل من يترك غيره يتصرف في ماله السنين الطويلة ولا عذر له في عدم المطالبة بحقه وحديث عدم سقوط الحق بالتقادم معلّل بوجود الأسباب المانعة من الطلب⁽³⁾.

وهو ما ذهب إليه ابن رشد⁽⁴⁾ على حد قوله بأنه إذا تقرر الدين في الذمة وثبت فيها لا يبطل وإن طال الزمن وكان ربه حاضراً ساكناً قادراً على الطلب به لعموم خبر النبي ﷺ: «لا يسقط حق امرئ مسلم وإن قدم»⁽⁵⁾ أي خصه بما في الذمة.

2- الأدلة العقلية:

استدل المالكية على ما ذهبوا إليه بالإضافة إلى الحديث السابق أيضاً بالعرف والعادة. يقول صاحب (مواهب الجليل): "واعتمد أهل المذهب على الحديث المتقدم وعل أن كل دعوى يكذبها العرف فإنها غير مقبولة ولا شك أن بقاء ملك الإنسان بيد الغير يتصرف فيه عشر سنين دليل عن انتقاله عنه"⁽⁶⁾.

(1) وهذا الحديث لم أعر عليه في كتب الحديث المعتبرة على قدر ما وسعني البحث، ولكن فقهاء المالكية أوردوه في كتبهم وهو مسلم بصحته عندهم، بيد أنهم لم يوردوه مسنداً ولا مراسلاً كما فعلوا في حديث الحيابة.

(2) سبق تخريجه، ص 44.

(3) الخطاب الرعيني، مواهب الجليل لشرح مختصر خليل، [287/8].

(4) هو: القاضي أبو الوليد محمد بن أحمد بن رشد القرطبي، المعترف له بصحة النظر وجودة التأليف، ولد سنة (455هـ)، تفقه بابن رزق وعليه اعتماده، من تأليفه: البيان والتحصيل، المقدمات لأوائل كتب المدونة، توفي 520هـ/1126م.

انظر: [الديباج المذهب: 374-374، شجرة النور الزكية: 190/1].

(5) الدسوقي محمد بن عرفة، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، [174/2].

(6) الخطاب الرعيني، مواهب الجليل لشرح مختصر خليل، [279/8].

ويضيف صاحب كتاب (حاشية الدسوقي على الشرح الكبير): "لم تسمع دعواه سماعاً معتاداً به ولا تعتبر وثائقه(بينته) التي أقامها على صحة دعواه وإنما لم تسمع دعواه مع الشروط المذكورة وهي: أن يحصل من الأجنبي الحائز تصرف وأن يكون المنازع له المدعي للملكية حاضراً معه بالبلد حقيقة أو حكماً وأن يكون ساكناً ولا مانع له من التكلم مدة عشر سنين وأخيراً يجب على الحائز أن يدعي وقت المنازعة ملك الشيء المحاز لأن العرف يكذبه لأن سكوته تلك المدة دليل على صدق الحائز لجري العادة أن الإنسان لا يسكت عن ملكه تلك المدة..." (1).

ويوضح صاحب كتاب (الفروق) في قوله: "وأما ما تكذبه العادة فعن رسول الله x نه قال: «من حاز شيئاً عشر سنين فهو له» (2) ولقوله تعالى: وَأَمْرُوا بِالْمَعْرُوفِ (3) فكل شيء يكذبه العرف وجب ألا يؤمر به بل يؤمر بالملك لحائزه لأنه العرف" (4).

أما صاحب (حاشية العدوي على كفاية الطالب الرباني) فقيد مجال الحيابة التي يعتبر فيها العرف احترازاً منه على امتداد أيادي الناس لحقوق الله بغية تملكها بالتقادم فقال في هذا الصدد: "ولا تسمع بينته لأن العرف يكذبه إذ لو كانت له لما سكت عن الدعوى بها في هذه المدة وهذا كله في غير حق الله وأما حق الله فلا يفوت بالحيابة ولو طالبت المدة كحيابة طريق المسلمين أو قطعة فلا يملكها ولو طال الزمان ومثلها لو حاز مسجداً أو محلاً موقوفاً على غيره فلا يملكه الحائز ولو طال الزمان لأن الحيابة لا تنفع في الأوقاف كما لا تنفع في وثائق الحقوق فللمستحق ما فيها القيام به ولو طال الزمان" (5).

المطلب الثاني: تعريف التقادم المكسب في الشريعة والقانون المدني الجزائري

قبل أن نخرج إلى تعريف التقادم من الناحيتين القانونية والشرعية كان من الأجدر والأحسن التطرق إلى مدلولها اللغوي كأساس للمعاني ذات الأصل العربي.

(1) محمد بن عرفة الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، [170/2-171].

(2) سبق تخريجه، ص44.

(3) سورة الحج، [41].

(4) القرافي، الفروق، [156/4].

(5) العدوي علي بن أحمد، حاشية العدوي على كفاية الطالب الرباني لرسالة ابن أبي زيد القيرواني، دار الكتب العلمية، بيروت- لبنان، ط1/1417-1997، [485 /2]

الفرع الأول: المدلول اللغوي للتقادم:

القديم على الإطلاق الله- (1) - والقدم ضد الحدوث أي نقيضه وقديماً كعنب تقادم فهو قديم (2) فنقول قديم يقدم قديماً وقديمة وتقادم فهو قديم والجمع قديماً وقديماً وشيء قدام كقديم وفي ابن مسعود- -قال: "فأخذني ما قدم وما حدث أي الحزن والكآبة يريد أنه عاودته أحزانه القديمة واتصلت بالحديثه وقيل معناه غلب علي التفكير في أحوالي القديمة والحديثه أيها كان سبباً لترك رده السلام علي..." (3)

الفرع الثاني: المدلول القانوني للتقادم:

لم يخص المشرع الجزائري التقادم المكسب بتعريف مستقل وإنما تناوله كسبب من أسباب الملكية وتكلم عنه في القسم الخاص بالحيازة في الفصل الثاني بالضبط المخصص لطرق اكتساب الملكية"المواد827- 834" من ق م ج ووافق المشرع المصري فيما ذهب إليه انطلاقاً من المواد"968- 975 م م." (4)

غير أن المشرع الفرنسي عرفه في نص المادة"2219"ق م ف بقوله: "هو وسيلة تملك أو تحرر بواسطة مرحلة زمنية معينة وفق شروط محددة في القانون" (5).
ولقد حاول الفقهاء إعطاء تعاريف للتقادم نذكر منها:

1- الدكتور زاوي فريدة: "التقادم طريقة لكسب الملكية أو الحق العيني الذي ترد عليه الحيازة" (6)

2- الدكتور عبد المنعم فرج الصدة: "وسيلة يكسب بها الحائز ملكية الشيء أو حقاً عينياً آخر عليه بمقتضى حيازة تظل مدة معينة" (7).

3- محمد وحيد الدين سوار: "التقادم المكسب وسيلة يستطيع بمقتضاها الحائز إذا استمرت حيازته على حق عيني مدة معينة أن يتمسك بكسب هذا الحق" (8).

(1) ابن منظور، لسان العرب المحيط، باب الكاف، حرف الميم، [34/5].

(2) الفيروز آبادي، القاموس المحيط، باب الميم، فصل القاف، [159/4].

(3) ابن منظور، لسان العرب المحيط، باب الكاف، حرف الميم، [34/5].

(4) أبو السعود رمضان، الوجيز في الحقوق العينية الأصلية، ص354.

(5) محمد علي الأمين، التقادم المكسب للملكية في القانون اللبناني، ص222.

(6) زاوي فريدة، الحيازة والتقادم، ص81.

(7) الصدة عبد المنعم، الحقوق العينية الأصلية- دراسة مقارنة في القانون اللبناني والقانون المصري، ص561.

(8) سوار محمد وحيد الدين، شرح القانون لمديني-الحقوق العينية الأصلية، [629/1].

4- تعريف دينود "Dunod": "هو وسيلة للحصول على ملكية الأشياء وذلك بحيازتها تحت صفة الملكية وللتحرر من الحقوق المعنوية ومن الدعاوى والالتزامات عندما يهمل أصحابها استعمالها وممارستها مدة من الزمن".

5- تعريف دوما "Domat": "التقادم هو نمط لاكتساب وخسارة حق الملكية على شيء وكل حقوق أخرى بمفعول الزمن".

6- تعريف بودري: "التقادم المكسب هو نمط للحصول على الملكية نتيجة الحيابة الشرعية والممتدة بعض الزمن".

بعد استعراضنا لتعاريف بعض الفقهاء القانونيين نلاحظ تقارب في التعاريف إلى حد بعيد تتخللها بعض الفروق شأنها في ذلك كغيرها من الآراء الفقهية.

ويظهر هذا الاختلاف في ثلاثة ألفاظ متباينة وهي: وسيلة (Moyen) طريقة (Manier) نمط (Mode) على أن أكثرهم مالوا إلى لفظة وسيلة (Moyen) والوسيلة ترمي إلى غاية فلا بد فيها من نية ومقصد والغاية تتصف إما بالخير وإما بالشر وهذا ينعكس على توصيف الوسيلة الموصلة لها ولما كان التقادم في جانب منه يحتمل صفة الشر يكون إطلاقنا للفظه وسيلة دون أي تحفظ كأنه باستعمالها قبول ورضى ضمني بالجانب الرديء منها إن لم نقل تشجيع عليه.

وعليه يكون استعمال لفظة نمط (Mode) أكثر استساغة لضعف ظهور النية والقصد فيه⁽¹⁾.

الفرع الثالث: المدلول الشرعي للتقادم المكسب:

التقادم ويسمى مرور الزمن: وهو انقضاء زمن معين على حق في ذمة إنسان أو على عين لغيره دون أن يطالب صاحبهما بهما وهو قادر على المطالبة⁽²⁾.

ويقصد بوضع اليد على الدار أن يسكن فيها أو يحدث أبنية فيها وفي العرصة حفر بئر أو نهر أو قناة أو غرس أشجار أو زرع مزروعات أو إنشاء أبنية وفي الغاب قطع الأشجار منها وبيعها وبالانتفاع منها وفي المرعي قلع الحشائش وحفظها أو بيعها ورعي الحيوانات فيها وما أشبه ذلك من التصرفات أما وجود مفتاح باب الدار في يد أحد فلا يكون

(1) محمد علي الأمين، التقادم المكسب للملكية في القانون اللبناني، ص 224-225-226.

(2) الزرقا مصطفى أحمد، المدخل الفقهي العام، دار القلم- دمشق، ط1/1418-1998، [335/1].

بمجرد وجوده في يده ذا يد فذلك إذا كان أحد ساكناً في دار وأشياؤه موضوعة فيها وكان مفتاح تلك الدار في يد آخر فالواضع اليد على الدار هو الساكن فيها وليس حامل مفتاح بابها⁽¹⁾.

:

يدخل ضمن هذا المبحث مطلبين الأول يدرس أنواع التقادم المكسب بينما الثاني يتعرض لمدي الفرق بينه والتقادم المسقط نظراً للتداخل الحاصل بين النظامين خاصة في الاختصاصات.

المطلب الأول: أنواع التقادم المكسب في الشريعة والقانون المدني الجزائري

الفرع الأول: أنواع التقادم المكسب في القانون.

إن للتقادم المكسب في العقار نوعين هما التقادم المكسب الطويل والتقادم المكسب القصير يمكن التمييز بينهما في المدة والحيازة والسند الصحيح وإثبات حسن النية.

1- التقادم المكسب الطويل:

تعرض المشرع الجزائري إلى التقادم المكسب في المادة "827" ق.م.ج بقوله: "من حاز منقولاً أو عقاراً أو حقاً عينياً منقولاً كان أو عقاراً دون أي يكون مالكاً أو خاصاً به صار له ذلك ملكاً إذا استمرت حيازته له مدة خمسة عشر سنة بدون انقطاع".

ووافق المشرع المصري في المادة "968" م م بقوله: "من حاز منقولاً أو عقاراً دون أن يكون مالكاً له أو حاز حقاً عينياً على منقول أو عقار دون أن يكون هذا الحق خاصاً به كان

(1) حيدر علي، در الحكام شرح مجلة الأحكام، [460/14].

له أن يكسب ملكية الشيء أو الحق العيني إذا استمرت حيازته دون انقطاع خمس عشرة سنة⁽¹⁾.

يتبين من هذين النصين أن الحائز لحق عيني عقاراً كان أو منقولاً دون سبق ملك واستمرت حيازته له مدة خمس عشرة سنة مستوفاة لكل الشروط اللازمة من هدوء وعلنية واستمرارية بعنصريها المادي والمعنوي مع عدم المنازعة كان له الحق في اكتساب ملكية ذلك الشيء أو الحق العيني بصفة قانونية وشرعية ولا يحق لأي التعرض له أو الادعاء أن الحق المكتسب ملكاً له.

كما لا يجوز الاتفاق عن مدة تختلف عن المدة التي عينها القانون لأن القيام بمثل هذا العمل يعد خرقاً للنظام العام كما هو واضح في المادة "322" ق.م.ج: "لا يجوز التنازل عن التقادم قبل ثبوت الحق فيه كما لا يجوز الاتفاق على أن يتم التقادم في مدة تختلف عن المدة التي عينها القانون".

2- التقادم المكسب القصير:

هذا النوع من التقادم يعد النوع الثاني بعد التقادم المكسب الطويل بحيث يتميز عليه بقصر المدة لكن بتوفر شروط تعمل على ذلك ما أشار إليه المشرع الجزائري في المادة "1/828" ق.م.ج بقوله: "إذا وقعت الحيازة على عقار أو على حق عيني عقاري وكانت مقترنة بحسن نية ومستندة في الوقت نفسه إلى سند صحيح فإن مدة التقادم المكسب تكون عشر سنوات".

فلكي يستطيع الحائز تملك الحق العيني في مدة عشر سنوات يجب أن تتوفر فيه حسن النية وذلك إذا كان يجهل أنه يعتدي على حق الغير أي على أساس اعتقاد الحائز أنه يتعامل مع مالك العقار أو صاحب الحق العيني⁽²⁾ وحيازته مستندة إلى سند صحيح بمعنى التصرف الصادر عن غير صاحب الحق المراد كسبه بالتقادم كما هو واضح في المادة "3/828" ق.م.ج.

والمشرع المصري بدوره وافق المقتن الجزائري في هذه الشروط إلا أنه خالفه في المدة التي يستطيع الحائز بانقضائها كسب الملكية بالتقادم القصير بحيث جعلها خمس سنوات

(1) أبو السعود رمضان، الوجيز في الحقوق العينية الأصلية، ص 362.

(2) الشواربي عبد الحميد، أسامة عثمان، أحكام التقادم، ص 118.

فقط وذلك انطلاقاً من نص المادة "1/669" م م: "إذا وقعت الحيازة على عقاراً أو على حق عيني عقاري وكانت مقترنة بحسن نية ومستندة في الوقت ذاته إلى سبب صحيح فإن مدة التقادم المكسب تكون خمس سنوات"⁽¹⁾.

إلى جانب نوعي التقادم المكسب المعروفين⁽²⁾ أضاف المشرع الجزائري نوعاً ثالثاً يتمثل في حقوق الإرث وأضفى عليه خاصية تميزه عنهما أشار إليها في المادة "829" ق م ج بقوله: "لا تكسب بالتقادم في جميع الأحوال الحقوق الميراثية إلا إذا دامت الحيازة ثلاثاً وثلاثين سنة".

وهي أن الحائز لا يستطيع تملكها بالتقادم المكسب إلا إذا دامت حيازته واستمرت إلى غاية ثلاثاً وثلاثين سنة كاملة مع توفر شروطها كما هو معلوم.

والمشرع المصري وافق الجزائري فيما ذهب إليه وتعرض لهذه الحقوق في المادة "1/970" م م كالآتي: "في جميع الأحوال لا تكسب حقوق الإرث بالتقادم إلا إذا دامت الحيازة مدة ثلاث ثلاثين سنة"⁽³⁾

لكن هذا التأويل للمشرع غير مستساغ في قوله أن حق الإرث يكسب بالتقادم إذا دامت الحيازة مدة ثلاث وثلاثين سنة لأنه يخالف القواعد الأساسية في الحيازة فاستلزم عدم التسليم به ويترتب على ذلك وجوب القول بأن حق الإرث لا يكسب بالتقادم وإنما يسقط بالتقادم المسقط أي لا يجوز سماع الدعوى فيه على خلاف أعيان التركة التي يمكن للحائز كسبها بالتقادم لكن بانقضاء خمس عشرة سنة لا ثلاث وثلاثون.⁽⁴⁾

الفرع الثاني: أنواع التقادم المكسب في الشريعة.

الظاهر أن فقهاء الشريعة الإسلامية لم يتعرضوا لأنواع التقادم المكسب لأنهم لم يفرقوا بين الحائز سواء كان حسن النية أو سيء النية فالمدة عندهم تسري على الحائز بصفة

(1) أبو السعود رمضان، الوجيز في الحقوق العينية الأصلية، ص 362.

(2) التقادم المكسب الطويل، والتقادم المكسب القصير.

(3) السنهوري عبد الرزاق، الوسيط في شرح قانون المدني، [1007/9].

(4) السنهوري عبد الرزاق، الوسيط في شرح قانون المدني، [1009-1008/9].

مطلقة لأن الإهمال صادر عن المالك الأصلي للحق العيني فسكوته -كما وضعنا سابقاً- يعد كالإقرار المنطوق بأن لا حق عليه ولا تباعة ولا طلب مع اختلاف بينهم في طول المدة المكتسبة للملكية على ثلاثة أقوال:

الأول: لمالك في المدونة أنها لا تحد بسنين محددة بل باجتهاد الإمام "قال: ما سمعت مالكا لا يحد عشر سنين ولا غير ذلك ولكن على قدر ما يرى أن هذا قد حازها دون الآخر فيما يكره ويهدم ويبني ويسكن"⁽¹⁾.

أما الثاني: فهو لربيعة تحد بعشر سنين وبه أخذ ابن القاسم في أحد أقواله وابن وهب⁽²⁾ وابن عبد الحكم⁽³⁾ وأصبغ⁽⁴⁾ وهو المشهور في المذهب لحديث النبي x المروي عن سعيد بن المسيب وزيد بن أسلم القائل فيه: «من حاز شيئاً عشر سنين فهو له»⁽⁵⁾.

والرأي الثالث: قول ابن القاسم الثاني حدها بسبع سنين.

لخصها ابن عرفة في قوله: "وفي تحديد مدة الحيازة بعشر أو سبع ثالثها لا تحديد بمدة بل باجتهاد الإمام."⁽⁶⁾

(1) مالك، المدونة الكبرى، [71/9].

(2) هو: أبو محمد بن عبد الله بن وهيب مسلم القرشي، الإمام الجامع بين الفقه والحديث، ولد سنة 125هـ، روى عن أربعمئة عالم، منهم الليث ومالك، كما روى عنه سحنون والزهري وأصبغ وغيرهم، مات بمصر 197هـ/812م، له مصنفات غزيرة منها: سماعه من مالك، موطأه الكبير وموطأه الصغير، الجامع الكبير، المجالس.

انظر: [الجوزي جمال الدين عبد الرحمن بن علي، صفة الصفوة، مؤسسة الكتب الثقافية، بيروت-لبنان، ط2/1413-1992، 221/4. العسقلاني أحمد بن حجر، تهذيب التهذيب، دار الفكر، ط1/1415-1995، 530/4، الديباج المذهب: 214-217].

(3) هو: أبو عثمان عبد الحكم بن عبد الله بن عبد الحكم، أكبر بني عبد الله وأفقههم، وأجل أصحاب ابن وهب، من رواة مالك، حدث عنه الرمادي، وتوفى بمصر في سجن يزيد التركي وعذابه سنة 237هـ/870م.

انظر: [الديباج المذهب: 268. شجرة النور الزكية: 101/1].

(4) هو أبو عبد الله أصبغ بن الفرغ بن سعيد بن نافع المصري، ولد بعد سنة (150هـ)، روى عن الدراوردي ويحيى بن سلام وعبد الرحمن بن زيد، وسمع ابن القاسم وأشهب، وابن وهب الذي كان كاتباً له، روى عنه الذهبي والبخاري وأبو حاتم الرازي وغيرهم، وتفقه به الكثير منهم ابن المواز وابن حبيب وأحمد بن زيد القرطبي، توفى بمسقط رأسه سنة (225هـ/839م)، من تأليفه: كتاب الأصول، تفسير حديث الموطأ، كتاب آداب الصيام، كتاب سماعه من ابن القاسم، الرد على الأهواء.

انظر: [شجرة النور الزكية: 99/1، تهذيب التهذيب: 372/1-373، الديباج المذهب: 158-159].

(5) سبق تخريجه، ص44.

(6) عليش محمد، شرح منح الجليل على مختصر خليل، دار صادر، د س ن، [336/4].

كما فرقوا بين حيازة العقار والمنقول بحيث جعلوا مدة حيازة المنقول أقل منها في العقار فعلى قول أصبغ: "إن السنة والسنتين في الثياب حيازة إذا كانت تلبس وتمتحن وإن السنتين والثلاث حيازة في الدواب إذا كانت تركب وفي الإماء إذا كن يستخدمن وفي العبيد والعروض فوق ذلك ولا يبلغ في شيء من ذلك كله إلى العشرة أعوام"⁽¹⁾.

المطلب الثاني: التفرقة بينه وبين التقادم المسقط في الشريعة والقانون

الفرع الأول: الفرق بين التقادم المكسب والمسقط في القانون.

يمكن التفريق بين التقادم المكسب والتقادم المسقط في فروق واضحة⁽²⁾ فهما يختلفان من حيث المقومات والنطاق والأثر⁽³⁾ كالآتي:

1- التقادم المسقط أوسع من نطاق التقادم المكسب فبينما يطبق التقادم المكسب على الحقوق العينية التي يمكن وضع اليد عليها فإن التقادم المسقط يطبق على جميع الحقوق الشخصية والعينية - ما عدا حق الملكية-⁽⁴⁾ إذا لم يستعمل صاحب الحق حقه مدة معينة.⁽⁵⁾

2- من حيث المقومات التقادم المكسب يقوم على واقعة ايجابية هي حيازة الشيء لمدة معينة بينما يقوم التقادم المسقط على واقعة سلبية هي سكوت صاحب الحق عن اقتضائه أو استعماله مدة معينة.⁽⁶⁾

3- من حيث الأثر أن التقادم المكسب لا يقتصر فقط على تعزيز الحالة الواقعة ولكنه يحول الواقع إلى حق أما التقادم المسقط فهو يقتصر على تثبيت حالة واقعة استمرت مدة معينة من الزمن وعلى ذلك فالتقادم المكسب لا يكسب الحائز مجرد دفع بل يعطيه حق الدعوى أما التقادم المسقط فهو وسيلة للدفع فحسب يباشرها المدين عندما توجه الدعوى ضده للمطالبة بالحق⁽⁷⁾.

(1) ابن رشد القرطبي، البيان والتحصيل - كتاب الاستحقاق-، [150/11].

(2) السنهوري عبد الرزاق، الوسيط في شرح قانون المدني، [984/9].

(3) الصدة عبد المنعم فرج، الحقوق العينية الأصلية، ص 561.

(4) محمد أحمد عابدين، التقادم المكسب والمسقط في القانون، ص 641.

(5) السنهوري عبد الرزاق، الوسيط في شرح قانون المدني، [984/9].

(6) الصدة عبد المنعم فرج، الحقوق العينية الأصلية، ص 561.

(7) سوار محمد وحيد الدين، شرح القانون المدني - الحقوق العينية الأصلية-، ص 641.

4- يعتد في التقادم المكسب بحسن النية كما سنرى فيما بعد بخصوص التقادم المكسب القصير بينما التقادم المسقط لا يعتد فيه بحسن النية⁽¹⁾.

على الرغم من هذه الفروق الجوهرية بين نوعي التقادم فإن هناك أحكاماً مشتركة تجمع بينهما حيث يعتبر من مقومات كل منهما مضي مدة معينة ولذلك فهما يتفقان في الأحكام المتعلقة بحساب المدة ووقفها وانقطاعها⁽²⁾ ووجوب التمسك بالتقادم والنزول عنه⁽³⁾، ما نصت عليه المادة "832" مدني جزائري: "تسري قواعد التقادم المسقط على التقادم المكسب فيما يتعلق بحساب المدة ووقف التقادم وانقطاعه والتمسك به أمام القضاء والتنازل عنه والاتفاق على تعديل المدة وذلك بالقدر الذي لا تتعارض فيه هذه القواعد مع طبيعة التقادم المكسب ومع مراعاة الأحكام التالية: وهو عين ما ذهب إليه المقنن المصري في المادة "973" م م⁽⁴⁾.

ويراد بهذه الأحكام المتعلقة بوقف التقادم المكسب أيًا كانت مدته "833" م ج وبجواز انقطاعه بفقد الحيابة ولو بفعل الغير "834" م ج.

الفرع الثاني: الفرق بين التقادم المكسب والمسقط في الشريعة الإسلامية:

قد لا يميز البعض بين التقادم المكسب والمسقط ويقول بوحدة النظامين على أساس أن كل تقادم مكسب ومسقط في نفس الوقت فبمجرد البراءة من الدين يتضمن اكتساباً لأن ذلك يتضمن اغتناء لزمة واقتقاراً مقابلاً لزمة أخرى.

وعلى هذا فالشريعة الإسلامية تتقارب إلى حد بعيد مع القانون في التفرقة بين التقادمين على أساس أن التقادم المكسب هو وضع اليد على الشيء وهذا فعل إيجابي من قبل الحائر أما التقادم المسقط فيقوم على واقعة سلبية هي سكوت الدائن وتركه حقه حتى يسقط بمرور الزمن⁽⁵⁾.

(1) زواوي فريدة، الحيابة والتقادم، ص 83.

(2) الصدة عبد المنعم فرج، الحقوق العينية الأصلية، ص 562.

(3) زواوي فريدة، الحيابة والتقادم، ص 84.

(4) محمد أحمد عابدين، التقادم المكسب والمسقط في القانون، ص 13.

(5) عدلي أمير خالد، تملك العقارات بوضع اليد، ص 237.

ومن ثم فالفرق التي تتخالف فيها الشريعة الإسلامية مع القانون تتمثل في تحديد نية الحائز ومدة الحيابة فبالنسبة لتحديد نية الحائز فيستوي فيها التقادمين (المكسب والمسقط) في الشريعة الإسلامية بحيث لا تعتبر هاته النية ولا ينظر إليها من قبل الشريعة الإسلامية.

أما من حيث مدة الحيابة ففي الوقت الذي يتكافأ فيها التقادمين المكسب والمسقط في نظر القانون إلا ما استثناءه المشرع الجزائري في المواد "309-310-311-312"م ج يفرق فقهاء الشريعة بين المدتين حيث تحد في التقادم المكسب بعشر أو سبع سنين وفي المنقول تنتقل إلى سنتين أو ثلاث على التفصيل السابق الذكر بيد أن الفرق في المدة التي يسقط بها طلب الدين أي حد السكوت القاطع لطلب الديون الثابتة في الوثائق والأحكام فعلى قول مالك تحد بثلاثين سنة وفي نظر مطرف⁽¹⁾ عشرون سنة والمرجع في ذلك حال الطالب مع المطلوب فمن غلب على حاله كثرة المشاحة وأنه لا يمكن أن يسكت على خصمه عشرين سنة جعلها حداً قاطعاً ومن جعلها ثلاثين سنة بمعنى أنها أقصى ما يمكن السكوت في بيع المتحمل فكانت حداً قاطعاً لأعذار الطالبين لأن الغالب من الحال انه قضاء وقد قضى بتغليب الأحوال عمر بن الخطاب-رضي الله عنه-⁽²⁾.

:

نحاول تدقيق دراستنا في هذا المبحث على طبيعة التقادم المكسب في القانون والشريعة يحويها المطلب الأول ومجاله القانوني والشرعي يدخل ضمن المطلب الثاني.

(1) هو: أبو مصعب مطرف بن عبد الله بن مطرف بن سليمان بن يسار اليساري الهلالي، ويقال أبو عبد الله مولى ميمونة أم المؤمنين، زوج النبي ﷺ، وهو ابن اخت مالك بن أنس الإمام، وكان أصم، روى عن مالك وغيره وهو ثقة، صحب مالك سبعة عشر سنة، مات في سنة (220هـ) بالمدينة.
انظر: [العسقلاني أحمد بن حجر، تقريب التهذيب، دار الفكر، ط1/1415-1995، 2/588. الديباج المذهب: 242].

(2) الخطاب الرعيني، مواهب الجليل لشرح مختصر خليل، [287/8].

المطلب الأول: الطبيعة القانونية والشرعية للتقادم المكسب

الفرع الأول: الطبيعة القانونية للتقادم المكسب.

اختلفت آراء الفقهاء وتباينت فيما يخص طبيعة التقادم المكسب كالتالي:

الرأي الأول: يذهب إلى أن التقادم المكسب ليس طريقاً لكسب الملكية بالمعنى

الصحيح بقدر ما هو وسيلة لتأييد ملكية مهددة بالانتزاع أو مفترضة.

وقد أخذ على هذا الرأي أن تأييد مثل هذه الملكية إنما هو من البواعث التي اقتضت

تقرير التقادم فهو رأي ينطوي على خلط بين طبيعة التقادم ومبرراته.

الرأي الثاني: يميل إلى أن التقادم عبارة عن وسيلة دفاع ضد مطالبة متأخرة.

لكن يعاب عليه أن التقادم لا يخول الحائز دعواً فحسب بل يخوله أيضاً دعوى يستطيع

بها أن يحمي الحق الذي كسبه إذا استحوذ عليه الغير. (1)

وأخيراً هناك رأي ثالث يقول: بأن التقادم ليس سبباً لكسب الملكية وإنما هو قرينة

قانونية قاطعة على ملكية الحائز ودليله هو أن المشرع قدر أن حيازة الشيء مدة زمنية معينة

ترجع في أغلب الأحيان إلى أن الحائز هو المالك أي أن الحيازة طوال هذه المدة قامت في

تقديره قرينة على الملكية. (2)

وانتقد هذا الرأي من وجهين:

الأول: القول بأن هناك قرينة قانونية قاطعة قول ليس له معنى قانوني فهو ليس إلا

تعبيراً غير سليم عن قاعدة موضوعية أي التي تتعلق بموضوع الحق لا بإثباته وبالتالي

فالقريضة القانونية القاطعة فكرة مشكوك في صحتها إذ أن القرينة قاعدة إثبات فهي دليل

من الأدلة والدليل لا بد أن يقبل إثبات العكس فإذا امتنع هذا الإثبات أصبحنا بصدد قاعدة

موضوعية حقيقية.

والثاني: يتمثل في أن هذا الرأي ينطوي على خلط بين القرينة القانونية التي تقوم على

فكرة القرينة حيث يقرر على هدى هذه الفكرة حكماً موضوعياً وفي هذه الحالة لا تكون

(1) الصدة عبد المنعم، الحقوق العينية الأصلية، ص565-566.

(2) أبو السعود رمضان، الوجيز في الحقوق العينية الأصلية، ص360.

فكرة القرينة إلا بمثابة علة تكمن في الدوافع التي أملت الحكم الموضوعي الذي قرره الشارع ومن ثم فهي تتوارى وراء هذا الحكم بحيث لا يكون في الوسع مناقشتها.

ومن هذه القواعد الموضوعية تلك التي تتعلق بالتقادم فمثلاً القاعدة التي نصت عليها المادة "827" ق.م.ج والمادة "968" ق.م.م وهي التي تقضي بإمكان كسب الملكية بالتقادم الطويل من المحتمل أن يكون المشرع قد استعان في تقريرها بفكرة القرينة حيث قدر أن حيازة الشيء مدة خمس عشرة سنة ترجع في أغلب الأحيان إلى أن الحائز هو المالك أي أن الحيازة طوال هذه المدة قامت في تقديره قرينة على الملكية وفي ضوء هذه الفكرة جعل التقادم سبباً لكسب الملكية ولا يعني هذا أن الشارع قد أورد حكماً موضوعياً اهتدى فيه بفكرة القرينة تلك الفكرة التي تقف عند كونها مبرراً للحكم المنصوص عليه ومع ذلك فإن فكرة القرينة هذه لم تكن هي العلة الوحيدة التي دفعت المشرع إلى تقرير قاعدة التقادم فهناك اعتبارات تتصل بنظام المجتمع قامت لدى المشرع إلى جانب هذه الفكرة.⁽¹⁾

لكن اعترض على هذا الرأي من قبل مؤيدي فكرة القرينة القانونية وقالوا لا نسلم بفكرة أننا نخلط بين القرينة القانونية والقاعدة الموضوعية التي تقوم على فكرة القرينة فنحن لسنا بصدد قاعدة موضوعية وإلا كان معنى ذلك أن يتساوى مرور الزمن (التقادم المكسب) مع الميراث والعقد وغيره من أسباب كسب الملكية.⁽²⁾

والمشرع الجزائري بدوره نص على أن التقادم المكسب وسيلة لاكتساب الملكية أو أي حق عيني آخر فالحائز إذا تمسك به فإنه يستفيد من قاعدة موضوعية تكسب الحق وليس من قاعدة إثبات تعفيه من إثبات حقه⁽³⁾. وهو ما تعرضت له المادتان "827" و "828" م ج إذ تناول فيهما المقنن الجزائري الحيازة باعتبارها سبباً لكسب الملكية وما أشار إليه المشرع المصري انطلاقاً من المادتين "968" و "969" م م اللتان بدورهما ينصان على إمكانية كسب الملكية بالتقادم.

(1) الصدة عبد المنعم، الحقوق العينية الأصلية، ص 566-567.

(2) أبو السعود رمضان، الوجيز في الحقوق العينية الأصلية، ص 360-361.

(3) الصدة عبد المنعم، الحقوق العينية الأصلية، ص 567.

الفرع الثاني: الطبيعة الشرعية للتقادم المكسب:

تباينت الآراء في الفقه المالكي حول طبيعة الحيازة المكسبة للملكية (التقادم المكسب) فمنهم من يرى أن وضع اليد على العقار لا ينقل الملكية إلى الحائز ولكن يدل عيه فقط بينما يرى فريق آخر أن الحيازة سبب في تملك الحائز للعقار الذي يحوزه على أساس أن سكوت مالك العقار وإهماله له وقيام الحائز بحيازته المدة المقررة يترتب عليه سقوط ملكية العقار المحاز من المالك وتنتقل ملكيته إلى واضع اليد.

الرأي الأول: وضع اليد على العقار لا ينقل ملكيته ولكن يدل عليه (قرينة قانونية).

فعلى قول ابن القاسم وهو رأي الإمام القاضي أن مجرد الحيازة لا ينقل الملك عن المحوز عليه إلى الحائز ولكنه يدل على الملك كإرخاء الستر على المرأة ومعرفة العفاص والوكاء⁽¹⁾ عن اللقطة فالأول (العفاص) الوعاء الذي تكون فيه النفقة جلدأ أو خرقة⁽²⁾، والثاني (الوكاء) الخيط الذي يشد به الوعاء أو الكيس وغيره⁽³⁾ دلالة على إثبات الملكية لا إنشائها.
(4)

وهو ما ذهب إليه العدوي⁽⁵⁾ في قوله: "وهذه الحيازة دالة على نقل الملك لا ناقلة له"
(6)

وبالتالي فحيازة العقار في نظر هؤلاء دالة على الملك وليست ناقلة له.

واعترض ابن رحال على كلام ابن رشد واعتبره غير صحيح بل ينقل الملك ونقل على ذلك أنقالاً وإن أراد ابن رشد أن الملك لا يقطع بنقله كما قاله ابن عرفة وغيره... ولكن مراد ابن

(1) ابن رشد القرطبي، البيان والتحصيل - كتاب الاستحقاق-، [145/11].

(2) بطرس البستاني، محيط المحيط، ص614. الفيروز آبادي، القاموس المحيط، باب الصاد، فصل العين، ص623.

(3) ابن منظور، لسان العرب، حرف الواو، [973/6]. بطرس البستاني، محيط المحيط، ص984.

(4) السيوطي جلال الدين، تنوير الحوالك شرح على موطأ مالك، المكتبة الثقافية، بيروت- لبنان، دطن، [226/2].

(5) هو: أبو البركات أحمد بن الشيخ صالح محمد العدوي الأزهرى، الشهير بالدردير، ولد سنة 1127هـ، أخذ عن الشيخ الصعيدي وأحمد الصباغ، وعنه أخذ الدسوقي والصاوي وجماعة، وله مؤلفات كثيرة منها شرح المختصر، وأقرب المسالك إلى مذهب مالك وشرحه، وغيرها، توفي سنة (1201هـ/1786م).

انظر ترجمته في [شجرة النور الزكية: 516-517، الأعلام: 244/1].

(6) العدوي علي بن أحمد، حاشية العدوي بأسفل حاشية الخرشى على مختصر سيدي خليل، دار الكتب العلمية، بيروت- لبنان، ط1/1417-1997، [129/8].

رشد هو ما قاله ثانياً من أنه لا يقطع بنقله بدليل قوله: "ولكنه يدل على الملك" (1) والنظر بين أن يقول أراد لا ينقله فلا يصح وبين أن يريد لا يقطع بنقله فهو صحيح ولكن لا خصوصية لها. (2)

الرأي الثاني: الحيابة سبب من أسباب كسب الملكية

ويرى أصحاب هذا الرأي أن وضع اليد على العقار سبب من أسباب كسب الملكية فالحيابة المستوفية لشروطها تنقل ملكية العقار إلى الحائز وهو ما ذهب إليه الإمام

مالك- رحمه الله- على حد قوله: "بخصوص دار في يد رجل منذ عشر سنين يحوزها ويمنعها ويكرها ويهدم ويبني فحيابته لها بمنزلة الملك" (3).

ولعل وجه نقلها للملك هو حضور صاحبها وعلمه بأنه ملكه مع مشاهدته لتصرفه فيها بدعوى الملكية مما يدل على إعراضه عنها وتسليمها للحائز وأنه ملك الشيء المحاز لذلك الحائز (4).

وهو ما نقله صاحب كتاب (بلغة السالك لأقرب المسالك) وحاز إليه في قوله: "الحيابة تسقط الحق وتقطع البينة" (5). ويراد به بمفهوم المخالفة أن هذا الحق يصبح مكتسباً من طرف الحائز وبالتالي يدخل تحت أملاكه.

وأعتبره خليل أيضاً في قوله: "وإن حاز أجنبي غير شريك وتصرف ثم ادعى حاضر ساكت بلا مانع عشر سنين لم تسمع ولا بينته" (6).

واعتمده الخرشي (1) على حسب كلامه: "أن الأجنبي غير الشريك إذا حاز شيئاً على صاحبه وتصرف فيه مدة عشر سنين وصاحبه حاضر ساكت طول المدة لا مانع له من القيام فإن ذلك ينقل الملك عنه".

(1) ابن رشد القرطبي، البيان والتحصيل - كتاب الاستحقاق-، [145/11].

(2) التسولي علي بن عبد السلام، البهجة في شرح التحفة، دار الكتب العلمية، بيروت- لبنان، ط1/1418-1998، [417/2].

(3) مالك، المدونة الكبرى، [71/9].

(4) ابن غنيم أحمد، الفواكه الدواني على رسالة ابن أبي زيد القيرواني، [401/2].

(5) أحمد الصاوي، بلغة السالك لأقرب المسالك على الشرح الصغير للقطب سيدي أحمد الدردير، دار الكتب

العلمية، بيروت- لبنان، ط1/1415-1995 [156/4].

(6) خليل بن إسحاق، مختصر خليل، ص272.

وأضاف الخرشي موضحاً: "أن الشريك الأجنبي إذا حاز شيئاً عن صاحبه عشر سنين وتصرف فيه بالهدم والبناء وصاحبه حاضر ساكت طول المدة المذكورة ولا مانع له من القيام بحقه فإن الحائز يملكه"⁽²⁾.

لذلك قال صاحب (البهجة في شرح التحفة): "وهو معنى قولهم حيازة عشرة أعوام مع علم أصل الملك لمن هو أي لأنها قطعت حجة القائم... إذا الحائز لا يكلف ببيان وجه ملكه وبأي سبب صار له لأنه يقول ملكته بأمر لا أريد إظهاره"⁽³⁾.

ويفهم من هذه النصوص أن وضع اليد المستوفي لشروطه الشرعية لا يحتاج معه واطئ اليد إلى بينة أخرى على الملك ولا يطلب منه إثبات ملكيته للدار فالحائز يعتبر مالكا للفقار الذي يحوزه ولا يكلف بإثبات ملكيته للدار.

المطلب الثاني: مجال التقادم المكسب في الشريعة والقانون:

الفرع الأول: مجال التقادم المكسب في القانون.

تنص المادة "827" ق.م.ج على ما يلي: "من حاز منقولا أو عقاراً أو حقاً عينياً منقولا كان أو عقاراً دون أي يكون مالكا له أو خاصاً به صار له ذلك ملكاً إذا استمرت حيازته له مدة خمسة عشر سنة بدون انقطاع".

يتبين من هذا النص ارتباط التقادم المكسب بالحيازة فالحقوق التي يجوز اكتسابها بالتقادم هي تلك التي يمكن أن تكون محلاً للحيازة⁽⁴⁾ وبالتالي فالحقوق العينية وحدها هي التي يمكن تملكها بالتقادم المكسب أما الحقوق الشخصية فلا يجوز تملكها بالتقادم المكسب

(1) هو: شيخ الإسلام أبو عبد الله محمد بن عبد الله الخرشي المالكي، شارح خليل وغيره، يروي عن والده- الشيخ عبد الله الخرشي-، والبرهان اللقاني، والنور الأجهوري وغيرهم، ونقل عنه جماعة، كالشيخ علي النوري والنفراوي والزرقاني، تولى مشيخة الأزهر، توفي سنة (1001هـ/1689م)، انظر ترجمته في: [عبد الرحمن بن حسن الجبيري، تاريخ عجائب الآثار في التراجم والأخبار،: دار الجيل، بيروت، د س ط، 114/1، شجرة النور الزكية: 159/1].

(2) محمد الخرشي، حاشية الخرشي على مختصر سيدي خليل، [129/8].

(3) التسولي علي بن عبد السلام، البهجة في شرح التحفة، [417-416/2].

(4) أبو السعود رمضان، الوجيز في الحقوق العينية الأصلية، ص567.

ولكنها تنقضي بالتقادم المسقط ولا يمكن كسبها بالتقادم حتى ولو كانت قابلة للحيازة كحق المستأجر⁽¹⁾.

وأول الحقوق العينية التي يمكن تملكها بالتقادم المكسب هو حق الملكية وعلى ذلك يكون قابلاً للتملك بالتقادم العقار ويدخل في ذلك الأرض زراعية كانت أو أرضاً فضاء وكل ما تبنته الأرض من ثمار ومحصول وزرع وكل ما يغرس فيها من أشجار ونخيل وكل ما يقام على الأرض من مباني ومنشآت كالمساكن والمكاتب والحوانيت والمصانع والمخازن والزرائب والأفران والمطاحن وغير ذلك من الأماكن التي تشيد فوق سطح الأرض أو تشيد في باطنها كالأنفاق والمجاري والآبار والأنابيب المدفونة في باطن الأرض.

وكما تكسب الملكية في العقار بالتقادم المكسب كذلك يكسب بهذا التقادم كل حق عيني آخر فتكسب الملكية الشائعة وملكية الرقبة في العقار وحق الانتفاع وحق الاستعمال وحق السكنى في العقار كما يكسب حق الارتفاق الظاهر وحق الحكر وحق الرهن الحيازي في العقار⁽²⁾.

وأوجب المشرع الجزائري في المادة "868" ق.م.ج أن يكون الارتفاق ظاهراً دون اشتراط أن يكون مستمراً وبهذا تجيز المادة المذكورة أعلاه تملك حق المرور بالتقادم⁽³⁾ وهو عين ما ذهب إليه المشرع المصري في المادة "1016" م.م بقوله: "لا يكسب بالتقادم إلا الارتفاقات الظاهرة بما فيها حق المرور"⁽⁴⁾.

ويشترط في الحق العيني المراد كسبه بالتقادم أن يكون قابلاً للتعامل فيه وقابلاً للحيازة.

1- أن يكون الحق العيني قابلاً للتعامل فيه:

ويكون الحق العيني غير قابل للتعامل فيه إذا كانت طبيعته أو الغرض الذي خصص له يأبى ذلك أو إذا كان التعامل فيه غير مشروع.

فالشيء لا يكون قابلاً للتعامل فيه بطبيعته إذا كان لا يصلح أن يكون محلاً للتعاقد كالشمس والهواء والبحر وقد يكون غير قابل للتعامل فيه لعدم مشروعيته وذلك بمخالفته

(1) زواوي فريدة، الحيازة والتقادم، ص86.

(2) السنهوري عبد الرزاق، الوسيط في شرح القانون المدني، [995/9].

(3) زواوي فريدة، الحيازة والتقادم، ص568.

(4) الصدة عبد المنعم، الحقوق العينية الأصلية، ص996-997.

للقانون أو النظام العام أو الآداب العامة ومن أمثلته الأهلية والحالة المدنية والمخدرات والحشيش... وغيرها⁽¹⁾.

وكذلك الأموال بالنسبة لأموال الدومين الخاص إذ تعتبر غير قابلة للتعامل فيها في القانون الجزائري فقد نصت المادة "689" ق.م.ج على ما يلي: "لا يجوز التصرف في أموال الدولة أو حجزها أو تملكها بالتقادم..." فالنص يشمل أموال الدولة العامة والخاصة أما بالنسبة للأموال المدونة في السجل العقاري فالالاتجاه العام الذي يسود الدول التي تأخذ بهذا النظام هو عدم الاعتراف بوضع اليد كسبب لاكتساب ملكية العقارات أو الحقوق العقارية الأخرى وبعض مشرعي هذه الدول يورد نصوص صريحة بالنسبة لهذا الحكم في قوانينه المدنية المنظمة للملكية إلى جانب النصوص الواردة في قوانين الشهر العقاري⁽²⁾.

ويلاحظ أنه لا يوجد نص خاص في القانون الجزائري يقضي بعدم كسب الحقوق المسجلة في السجل العقاري بالتقادم وهذا نقص في القانون أدى إلى ظهور إشكال في الحياة العملية يمكن بلورته في التساؤل الآتي: هل يخضع العقار المملوك بسند رسمي مشهر بالمحافظة العقارية إلى التقادم المكسب أم أن العقار الذي ليس له مالك بسند رسمي هو الذي يكون محلاً للتقادم المكسب فقط

ولقد انقسم الرأي بخصوص هذه المسألة القانونية إلى اتجاهين:

الاتجاه الأول:

يرى بأنه لا يمكن لواضع اليد على عقار مهما طال أمد وضع يده اكتسابه بالتقادم إذا كان مشهراً لأن ذلك يتعارض مع مبدأ "القوة الثبوتية المطلقة للشهر" ولأن الحيازة قرينة

(1) السنهوري عبد الرزاق، الوسيط في شرح القانون المدني، [997-996/9].
(2) انظر المادة (925) قانون مدني سوري، والمادة (19) من قانون السجل العقاري- القرار (15) الصادر في 3-1926، تقابلها المادة (73) من قانون التسجيل العقاري الليبي الصادر في 24 سبتمبر 1965، والمادة (1158) من القانون المدني العقاري، والمادتين: (225) من قانون الملكية اللبناني الصادر في 12-11-1930، والمادة (19) من قانون السجل العقاري- القرار (188) المؤرخ في 15-03-1926، والمادة (05) من القانون 05 لسنة 1958 الأردني، والفصل (63) من الظهير المغربي- الصادر في 9 رمضان 12/1331 غشت 1913 بشأن التحفظ العقاري، والفصل (305) من مجلة الحقوق المدنية التونسية- الصادرة بالقانون عدد (05) لسنة 1965، والمادة (13) من قانون السجل العيني المصري- القانون رقم (142) لسنة 1964، وهو غير معمول به بعد، نقلاً عن شنب محمد لبيب، اكتساب الملكية بالتقادم، ص 607، 608، 609.

على الملكية وهذه الأخيرة ثابتة هنا بالشهر فكسب الملكية والحالة هذه يفقد الشهر قوته الثبوتية.

وعليه لا يمكن حسب هذا الاتجاه تحرير عقد شهرة يتضمن اعتراف بالملكية على عقارات لها سندات ملكية مشهرة⁽¹⁾.

الاتجاه الثاني:

التقادم المكسب هو طريق للإثبات ذو دلالة قاطعة في ثبوت الملكية فمتى أثبت المدعي أنه حائز للعقار مدة خمسة عشر (15) سنة متوالية دون انقطاع وأن حيازته استوفت جميع شروطها فيصبح مالكا لهذا العقار بالتقادم المكسب ويعتبر هذا دليلاً قاطعاً على ملكيته وهو حجة على الناس كافة بما في ذلك المالك الأصلي.

وعليه فحسب هذا الاتجاه فإن التقادم المكسب هو طريق استثنائي لكسب الملكية ومن ثمة فلا مانع أن ترد عقود الشهرة على عقارات لها سندات ملكية مشهرة.

وفي هذا السياق أصدرت الغرفة المدنية للمحكمة العليا عدة قرارات أقرت بموجبها - مبدأ التقادم المكسب - دون تمييز بين العقار المملوك بسند عرفي أو رسمي مشهر بالمحافظة العقارية أو الذي ليس له مالك وهذا القضاء لا يعد اجتهاداً وإنما تطبيقاً لأحكام القانون⁽²⁾.

2- أن يكون الحق العيني قابلاً للحيازة:

يجب أن يكون الحق العيني قابلاً للحيازة فمجموع الأموال كالتركة غير قابلة للحيازة فلا يجوز كسبها بالتقادم.

(1) وهو ما تبنته الغرفة الإدارية للمحكمة العليا (التي تحولت إلى مجلس الدولة بموجب القانون العضوي رقم 98/01) في القرار رقم 129.947، المؤرخ في 09 مارس 1998 «غير منشور» بقولها: «لكن حيث وكما دفع به المستأنف عليه، فإن الإجراءات المنصوص عليها في المرسوم رقم 352/83، يستبعد تطبيقها أمام وجود سند رسمي ومشهر للعقار موضوع النزاع بالمحافظة العقارية بفلسطينية بتاريخ 03 جوان 1998، وحيث أن طبيعة الأرض كانت ملكية بدون سند، وقد تناولت الدولة عليها آنذاك أي سنة 1998 لفائدة الشاغلين بها، وعليه فإن رفض إشهار عقد الشهرة من طرف المحافظة العقارية كان مؤسساً، لأن المرسوم رقم 352/83 السالف الذكر، يرمي إلى تطهير الوضعية العقارية للأمالك التي لم تتم فيها بعد عمليات مسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري، وعليه فإن القرار المستأنف قد أصاب فيما قضى به.»، نقلاً عن حمدي باشا عمر، محررات شهر الحيازة، ص 79-80.

(2) انظر القرار رقم 23/782، المؤرخ في 82/4/14، مجلة قضائية 1990، عدد 61، ص 12، القرار رقم 104/967، المؤرخ في 1993/11/10، مجلة قضائية 1994، عدد 01، ص 23.

لكن المشرع الجزائري وقع في خطأ في المادة "829" قانون مدني جزائري ومثله المشرع المصري في المادة "1/970" قانون مدني مصري إذ تنصان على ما يلي: "لا تكسب الملكية إلا إذا دامت الحيازة ثلاثاً وثلاثين سنة".

والخطأ في هذا ناجم عن كون الإرث هو عبارة عن مجموعة من المال (Universalité) لا يتصور أن يرد عليها التقادم المكسب - كما قدمنا آنفاً - فقول المشرع أن حق الإرث يكسب بالتقادم إذا دامت الحيازة مدة ثلاث وثلاثين سنة قول يخالف القواعد الأساسية للحيازة⁽¹⁾ ولا يلزم التسليم به إذ نكون بصدد شخص غير وارث ثم أصبح مالكا لحق الإرث بمرور الزمن فهذا غير مقبول وإنما التفسير الصحيح لهذا النص أن حق الإرث يسقط بالتقادم المسقط بمعنى أنه لا يجوز سماع الدعوى فيه بمضي ثلاث وثلاثون سنة إذ تستطيع القول أن الأمر هنا بالدعوى التي يرفعها الوارث لتقرير حقه في الإرث بالنسبة إلى التركة في مجموعها فهي عبارة عن ادعاء الورثة وهي تسقط بمضي ثلاث وثلاثون سنة من وقت وفاة المورث والتقادم هنا مسقط لا مكسب.

وجاء في المذكرة الإيضاحية المصرية للمشروع التمهيدي تبياناً لما أوردناه بقولها: "أما دعوى الإرث فهي تسقط بثلاث وثلاثون سنة والتقادم هنا مسقط لا مكسب لذلك يجب حذف (حقوق الإرث) من المادة "970" مدني مصري وجعل الكلام عنها في التقادم المسقط"⁽²⁾.

الفرع الثاني: مجال التقادم المكسب في الشريعة الإسلامية:

من خلال تتبعنا للنصوص والأمثلة التي ساقها الفقهاء كما في المدونة وغيرها نستشف أن التقادم المكسب يرد على حيازة الأموال بما تشمله من دور أو عبيد أو دراهم أو دواب والعروض كلها وغير ذلك من الأشياء المادية فهو يشمل حيازة العقار والمنقول⁽³⁾

(1) وفي هذا الصدد صدر عن المحكمة العليا قرار جاء فيه: من حيث الموضوع: « حيث أنه وإن كانت المادة (829) مدني مكنت من كسب الحقوق الميراثية بالتقادم...، وبما أن لم يثبت للقضاة في قرارهم المطعون توفر حيازة الأرض المتنازع عليها من قبل الطاعنين بعنصرها المادي والمعنوي...، لذا فالنص عن القرار المطعون بالخطأ في تطبيق القانون... نعي غير سديد، ويتعين بذلك رفض الطعن.»، نقلاً عن زاوي فريدة، الحيازة والتقادم، ص 88-89.

(2) الصدة عبد المنعم، الحقوق العينية الأصلية، ص 571.

(3) مالك، المدونة الكبرى، [71/9-72]. الحطاب، مواهب الجليل لشرح مختصر خليل، [272/8]. ابن فرحون، تبصرة الحكام، [91/2].

وذلك بتملكها كما ورد في النصوص السابقة الذكر ويندرج تحتها استعمالها واستغلالها والتصرف فيها بالسكنى والهدم والبنيان وغيرها من المنافع بالنسبة للعقارات⁽¹⁾.

وفي الأراضي بالزرع والغرس وقطع الشجر وغيرها⁽²⁾ أما بالنسبة للدواب والعروض فحيازتها تكون بملكها وركبها واستغلالها وإعمالها وامتهانها على وجه الملك⁽³⁾ وبالتالي فالحقوق التي يجوز اكتسابها بالتقادم هي تلك التي يمكن أن تكون محلاً للحيازة.

ومن هذا نستنتج أن هناك بعض الحقوق التي لا تصح أن تكون محلاً للحيازة فلا يحق لأحد وضع اليد عليها وادعاء تملكها بالتقادم وتتمثل في الحقوق التي تتعلق بها حقوق الله تعالى كالمساجد والطرق والوقف وحق الله تعالى هو ما تعلق به النفع العام لجميع الناس من غير اختصاص بأحد ففيه مصلحة عامة للمجتمع وأيضاً مصلحة خاصة للعبد وينسب إلى الله لعظم خطره وشمول نفعه⁽⁴⁾.

1- الأرض والوقف:

أخذ الوقف عدة تعاريف كلها تصب في معنى واحد: فالوقف هو إعطاء منفعة شيء مدة وجوده لازماً بقاءه في ملك معطيها ولو تقديراً⁽⁵⁾.

أو هو حبس المملوك عن التملك من الغير⁽⁶⁾.

كما يعرف بأنه حبس العين على ملك الواقف والتصدق بالمنفعة ولا يلزم إلا أن يحكم به حاكم أو يقول إن مت فقد وقفته.

ولقد أجمعت الأمة على جواز أصل الوقف لما جاء في الأثر عن الصحابة أنهم وقفوا والخليل - عليه السلام - وقف ووقفاً هي باقية جارية إلى يومنا هذا⁽⁷⁾.

ويصح الوقف في كل شيء مملوك من أرض أو دار أو حانوت أو قنطرة أو مسجد أو رباط أو مصحف أو كتاب أو رقيق أو دابة أو عرض أو غيرها⁽⁸⁾.

وعلى ذلك فالأرض تكون وقفاً في حالة إخراج الشخص العين من ملكه إلى ملك الله تعالى والتصدق بريعها⁽⁹⁾ لأن الوقف عندما يرد على العين يجعل رقبتها غير مملوكة لأحد

(1) الخرشي محمد، حاشية الخرشي على مختصر سيدي خليل، [129/8]. عليش محمد، شرح منح الجليل على مختصر خليل، [337/4].

(2) الدسوقي محمد بن عرفة، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، [170/2].

(3) ابن فرحون، تبصرة الحكام، [92/2].

(4) الخفيف علي، الملكية في الشريعة الإسلامية، ص52.

(5) الأبى صالح عبد السميع، جواهر الإكليل شرح مختصر خليل، [306/2].

(6) السرخسي شمس الدين، المبسوط، [27/12].

(7) عبد الله محمود بن مودود، الاختيار لتعليل المختار، دار الكتب العلمية، بيروت- لبنان، ط1/ 1419-1998 [46/3]

(8) الأبى صالح عبد السميع، جواهر الإكليل، [306/2]

(9) عبده عيسى، الملكية في الإسلام، دار المعارف، القاهرة، ط1984، ص195.

من العباد وتبقى المنفعة للمستحقين ولا يملك المستحق أن يتصرف في المنفعة بل هي موقوفة عليه طول حياته وتؤول من بعده إلى من يليه من المستحقين⁽¹⁾.

2- المساجد:

تعتبر المساجد من الأملاك الجماعية فهي ملك لأفراد المسلمين لا لهيئة من الهيئات إذ جعلها الله- سبحانه وتعالى- له بقوله: وَأَنَّ الْمَسَاجِدَ لِلَّهِ⁽²⁾ وليس يراد من ذلك إلا أنها لجماعة المسلمين يؤدون فيها عبادتهم وشعائرهم⁽³⁾.

يقول العدوي: "لا تنفع فيه الحيازة ومثل ذلك... المساجد لا حيازة فيها"⁽⁴⁾ فحق الله لا يفوت بالحيازة ولو طالت المدة ومثلها لو حاز مسجداً فلا يملكه الحائز ولو طال الزمان⁽⁵⁾.

3- العقارات المخصصة للمنفعة العامة:

وهو ما كان مخصصاً لمنفعة من المنافع العامة كالطرق والجسور والقناطر والأنهار والأقلاع والحصون وسدود المياه والبيع والسكك الحديدية وغيرها مما أعد لمصالح المسلمين العامة ويمتاز هذا النوع بأنه لا يصلح أن يكون محلاً للملكية الفردية⁽⁶⁾ وهذه العقارات لا تقبل التملك بالحيازة مهما طال زمن وضع اليد عليها⁽⁷⁾.

(1) السنهوري عبد الرزاق، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت- لبنان، ط2/1998، [33-32/1].

(2) [سورة الجن/جزء من الآية 18].

(3) الخفيف علي، الملكية في الشريعة الإسلامية، ص39.

(4) الخرشي، حاشية الخرشي على مختصر سيدي خليل، وبهامشه حاشية العدوي، [129/8].

(5) أحمد بن غنيم، الفواكه الدوني على رسالة ابن أبي زيد القيرواني، [402/2].

(6) الخفيف علي، الملكية في الشريعة الإسلامية، ص63، 64.

(7) الخرشي، حاشية الخرشي على مختصر سيدي خليل، [129/8].

خاتمة الفصل

بعدما تحدثنا على أساس وطبيعة التقادم المكسب بالإضافة إلى مجاله الشرعي والقانوني نلاحظ اتفاق بين الشريعة والقانون إلى حد بعيد إلا بعض الفروق التي لا تخلو حتى بين التوأمين يظهر بعضها في الفرق بينه والتقادم المسقط حاولنا إبرازه تحت عنوانه بالإضافة إلى نوعي التقادم المكسب القصير والطويل والهوة التي تضح جلياً في القانون بينما لا تكاد تبين في الشريعة الإسلامية فالفقهاء لم يتطرقوا للتقادم المكسب إلا من جهة واحدة وعلى أنها تكمن في نوع واحد ووحيد. ويمكن أن تظهر فروق أخرى فيما تبقى من محور الدراسة يحويها الفصل اللاحق.

:

بعدها تطرقنا لإبراز ماهية التقادم المكسب في الشريعة والقانون من خلال ما تعرضنا إليه بالتمحيص والدراسة وحتى تكتمل الإحاطة بالموضوع من كل جوانبه كان من الأجر والأولى والأكمل والأنسب أن نتحدث عن شروط التقادم المكسب والآثار التي تترتب عليه ما نحاول سرد تفاصيله وحيثياته في هذا الفصل الذي يضم تحته مبحثين يتناول الأول شروط التقادم المكسب أما الثاني فيركز على الآثار التي تنشأ عليه بعد اكتمال شروطه على حسب تحديدها في كل مجال وما ينجر عليه من خلفيات ونتائج حتمية ومنطقية.

:

نقسم هذا المبحث إلى مطلبين الأول يحدد الشروط التي يجب أن تتوفر عليها التقادم المكسب في القانون بينما الثاني يبرز شروطه التي عينها وفرضها فقهاء الشريعة الإسلامية، لكي يصل الحائز إلى الهدف المنشود.

المطلب الأول: شروط التقادم المكسب في القانون المدني الجزائري

الفرع الأول: الشرطان العامان للتقادم المكسب:

هناك شرطان عامان يجب توافرها في التقادم المكسب طويلاً كان أو قصيراً وهما الحيابة والمدة.

الشرط الأول: الحيابة:

لا يقوم التقادم المكسب - الطويل والقصير - إلا على أساس الحيابة والمتمثلة في السلطة الفعلية أو الواقعية التي يباشرها الحائز على الشيء بحيث تكون في مظهرها الخارجي وفي قصد الحائز مزاولة للملكية أو لحق عيني آخر⁽¹⁾.

فيجب أن توجد حيابة قانونية أي حيابة حقيقية توفر فيها العنصران المادي والمعنوي اللذان تقوم عليهما الحيابة فالحائز بهذه الصفة يباشر سلطته على الشيء لحساب نفسه بنية الظهور بمظهر صاحب الحق الذي يحوزه⁽²⁾ لا أن يباشرها-الحيابة-مجردة من عنصرها المعنوي(القصد) أو لحساب الغير وهي ما يطلق عليها بالحيابة العرضية التي لا تؤدي إلى كسب الحق بالتقادم مهما طال عليها الأمد⁽³⁾.

(1) الشواربي عبد الحميد، أسامة عثمان، أحكام التقادم في ضوء القضاء والفقهاء، ص 82.

(2) الصدة عبد المنعم، الحقوق العينية الأصلية، ص 577.

(3) السنهوري عبد الرزاق، الوسيط، [1010/9].

ويكسب الحائز بالتقادم ما حازه فإذا حاز الشخص حق الانتفاع يكسب بالتقادم حق الانتفاع فقط أي ذات الحق الذي انصبت عليه حيازته فلا يملكه كسب حق الملكية مثلاً⁽¹⁾.

وإذا أراد الحائز العرضي أن يغير حيازته إلى حيازة أصلية قانونية تمكنه من كسب الحق بالتقادم فلا يستطيع إلا بفعل يصدر من الغير أو بفعل يصدر منه يعارض به حق المالك⁽²⁾ طبقاً للمادة "813" ق م ج.

ولا ترد الحيازة على عمل يأتيه الغير على أنه مجرد رخصة مباحة أو عمل من أعمال التسامح فلا يجوز اكتسابه بالتقادم طبقاً لأحكام المادة "1/808" ق م ج والمادة "1/949" ق م م.

ويفترض في الحيازة أن تكون خالية من العيوب التي تشوبها وهي الإكراه والخفاء واللبس وإن كانت موجودة فهي غير صالحة لأن تترتب عليها آثارها قبل من وقع عليه الإكراه أو أخفيت عنه أو التبس عليه أمرها إلا من الوقت الذي تزول فيه هذه العيوب وهذا ما قضت به المادة "2/808" ق.م.ج ومثلها "2/949" ق.م.م. والأصل هو افتراض أن الحيازة غير مشوبة بعيب من العيوب السابقة حتى يقوم الدليل على العكس.

والحيازة وما يتطلبه القانون في شأنها من شروط وقائع مادية يجوز إثباتها بكافة الطرق وهي من مسائل الواقع التي لا تخضع لرقابة المحكمة العليا حيث يتمتع قاضي الموضوع بسلطة تقديرية تمكنه من تقدير ما إذا كانت الحيازة قد توافرت فيها الشروط التي يتطلبها القانون.⁽³⁾

الشرط الثاني: المدة

يشترط أيضاً في التقادم المكسب أن تستمر الحيازة دون انقطاع المدة التي يقررها القانون وبفضل هذه المدة يتاح للمالك الوقت الكافي للاعتراض على حيازة الغير واسترداد الحق منه ومعنى ذلك أن التقادم يحتج به على مالك قعد عن المطالبة بحقه وقتاً يقدره المشرع ويعد كافياً لتفضيل الحائز عليه.

(1) زواوي فريدة، الحيازة والتقادم، ص 89.

(2) السنهوري عبد الرزاق، الوسيط، [1011/9].

(3) أبو السعود رمضان، الوجيز في الحقوق العينية الأصلية، ص 369. الصدة عبد المنعم، الحقوق العينية الأصلية، ص 577.

وتختلف هذه المدة بحسب نوع التقادم فالقاعدة أن مدة التقادم المكسب خمس عشرة سنة وهذه هي المدة المطلوبة في التقادم الطويل فهي تعتبر الأصل العام في التقادم وهي أقصى مدة تسري في حق الحائز سيء النية.

واستثناءً من الأصل العام تكون هذه المدة عشر سنوات فحسب وهي المدة المطلوبة في التقادم القصير في القانون الجزائري⁽¹⁾ إنما يشترط لذلك أن تكون الحيازة مقترنة بحسن نية ومستندة في الوقت ذاته إلى سبب صحيح فهذان الشرطان الخاصان بالتقادم القصير هما اللذان يبرران في نظر الشارع تقصير المدة إلى هذا الحد كما نصت على ذلك المادة "828" ق م ج.

نشير فقط إلى أن مدة التقادم القصير في القانون المصري تختلف عنها في القانون الجزائري فالمشرع المصري قدرها بخمس سنين فقط في حالة وجود السبب الصحيح وتوافر حسن النية أشار لها في المادة "1/969" ق م م⁽²⁾.

ويتبين من نص المادة "829" م ج أن هناك نوعاً ثالثاً من التقادم مدته ثلاث وثلاثون سنة لكن الواقع أن تقادم حقوق الإرث المذكورة في النص السابق هو تقادم مسقط لا مكسب مما سبق بيانه.

والمدة المطلوبة في التقادم بنوعيه تعتبر من النظام العام فلا يجوز الاتفاق على تعديلها لا عن طريق إبطالها ولا عن طريق تقصيرها⁽³⁾ فقد نصت المادة "322" م ج على ما يلي: "لا يجوز التنازل عن التقادم قبل ثبوت الحق فيه كما لا يجوز الاتفاق على أن يتم في مدة تختلف عن المدة التي عينها القانون".

وسأتناول في هذا الموضوع كيفية حساب مدة التقادم ثم ما يرد على هذه المدة من وقف وانقطاع:

أولاً- كيفية حساب مدة لتقادم:

(1) الصدة عبد المنعم، الحقوق العينية الأصلية، ص 578-579.

(2) أبو السعود رمضان، الوجيز في الحقوق العينية الأصلية، ص 370.

(3) السنهوري عبد الرزاق، الوسيط، [1013/9].

تنص المادة "832م.ج" والمقابلة بالمادة "973م.م" على سريان قواعد التقادم المسقط على التقادم المكسب فيما يتعلق بحساب المدة وذلك بالقدر الذي لا تتعارض فيه هذه القواعد مع طبيعة التقادم المكسب ومع مراعاة الأحكام الخاصة بهذا التقادم فاستوجبت الرجوع إلى المادة "314ق.م.ج" والمادة "380ق.م.م" اللتان تنصان على ما يلي: "تحسب مدة التقادم بالأيام لا بالساعات ولا يحسب اليوم الأول وتكمل المدة بانقضاء آخر يوم منها".

فتحسب إذن مدة التقادم بالأيام لا بالساعات⁽¹⁾ والسبب في هذا أنه من المتعذر تحديد الساعة التي بدأ فيها التقادم ولكن يمكن تحديد اليوم الذي بدأ فيه سريانه.

ولا يحسب اليوم الأول في التقادم ذلك أنه من الجائز أن يبدأ التقادم في صباح هذا اليوم أو في منتصفه وبالتالي فإنه إذا احتسب هذا اليوم في التقادم لدخل فيه كسور اليوم أو الساعات وهو ما يتعارض مع صريح المادتين "314ق.م.ج" و"380ق.م.م" وإنما يحتسب التقادم ابتداءً من اليوم التالي باعتبار أنه يوم كامل بطبيعته⁽²⁾.

ويكون حساب المدة من يوم إلى يوم ابتداءً من منتصف الليل إلى غاية منتصف الليل التالي وفقاً للتقويم الميلادي طبقاً للقاعدة العامة الواردة في المادة "03ق.م.ج".

ويدخل في حساب المدة ما يتخلل هذه الأيام من مواسم وأعياد وعطل رسمية غير أنه إذا كان اليوم الأخير من المدة هو أحد الأيام التي يتعذر فيها اتخاذ إجراء لقطع التقادم وعلى هذا النحو فهي تعتبر من قبيل المانع الذي يتعذر معه على المالك أن يطالب بحقه فيقف سريان التقادم في هذا اليوم بالقوة القاهرة إلى اليوم التالي الذي يمكن أن يتخذ فيه إجراء القطع⁽³⁾.

فيبدأ سريان التقادم إذن من اليوم التالي الذي بدأت فيه الحيابة ذلك لأن المالك يستطيع من هذا الوقت حماية حقه برفع دعوى الاستحقاق وعلى هذا فإن كان الحق العيني لا يصبح نافذاً إلا من وقت لاحق لبدأ الحيابة فإن مدة التقادم لا يبدأ سريانها إلا من وقت نفاذه⁽⁴⁾.

(1) الشواربي عبد الحميد، أسامة عثمان، أحكام التقادم في ضوء القضاء والفقهاء، ص111.

(2) محمد أحمد عابدين، التقادم المكسب والمسقط في القانون، ص53.

(3) الصدة عبد المنعم، الحقوق العينية الأصلية، ص582. أبو السعود رمضان، الوجيز في الحقوق العينية الأصلية، ص371.

(4) زواوي فريدة، الحيابة والتقادم، ص 91.

وتنص المادة "315" ق.م.ج على ما يلي: "لا يبدأ سريان التقادم فيما لم يرد فيه نص خاص إلا من اليوم الذي يصبح فيه الدين مستحق الأداء.

وخصوصاً لا يسري التقادم بالنسبة إلى دين معلق على شرط واقف إلا من اليوم الذي يتحقق فيه الشرط وبالنسبة إلى ضمان الاستحقاق إلا من الوقت الذي يثبت فيه الاستحقاق وبالنسبة إلى الدين المؤجل إلا من الوقت الذي ينقضي فيه الأجل.

وإذا كان تحديد ميعاد الوفاء متوقفاً على إرادة الدائن سرى التقادم من الوقت الذي يمكن فيه الدائن من إعلان إرادته".

فنص المادة يبين لنا بوضوح أن الحق العيني المعلق على شرط والحق المقترن بأجل لا يبدأ سريان التقادم بالنسبة إليهما إلا من وقت تحقق الشرط أو من وقت حلول الأجل⁽¹⁾ ذلك لأن حق المالك وإن كان موجوداً من وقت صدور التصرف بأثر رجعي فإنه لا يكون نافذاً إلا من وقت تحقق الشرط والقاعدة في بدأ سريان التقادم بنفاذ الحق لا بوجوده⁽²⁾.

أما فيما يخص الحقوق العينية الاحتمالية كحق الموصى له قبل أن يموت الموصي وحق الموعود له بالبيع لا يسري التقادم في حقها لعلّة عدم وجودها كونها لم تتحقق بعد⁽³⁾.

- افتراض عدم انقطاع الحيابة:

تنص المادة "830" ق.م.ج على ما يلي: "إذا ثبت قيام الحيابة في وقت سابق معين وكانت قائمة في الحال فإن ذلك يكون قرينة على قيامها في المدة ما بين الزمنين ما لم يقم دليل على ذلك".

ونرى من هذا النص أن المشرع إقام قرينة لصالح الحائز يعفيه من عبء إثبات استمرار حيابته خلال كامل المدة المحددة في القانون وعلى ذلك فإذا أثبت مدعي الحيابة في الوقت الحاضر وأنه كان حائزاً من قبل ترتب على هذه القرينة ثبوت استمرار الحيابة في المدة الواقعة بين الزمنين ما لم ينقض الخصم هذه القرينة بالدليل العكسي الذي يتمثل في الإثبات⁽⁴⁾ حيث يجوز لصاحب الحق أن يثبت بكافة طرق الإثبات أن الحيابة لم تستمر طوال

(1) السنهوري عبد الرزاق، الوسيط، [1020/9].

(2) أبو السعود رمضان، الوجيز في الحقوق العينية الأصلية، ص372.

(3) أبو السعود رمضان، الوجيز في الحقوق العينية الأصلية، ص373.

(4) سوار محمد وحيد الدين، شرح القانون المدني- الحقوق العينية الأصلية -، ص374.

المدة الممتدة ما بين بدئها ووقت رفع الدعوى أو أن يثبت أنه برغم استمرارها طوال هذه المدة إلا أنه قد شابها عيب من عيوب الحيازة الذي يجعلها غير قانونية.

وحتى تقوم القرينة القانونية سالفة الذكر يجب على الحائز أن يثبت أمرين:

الأول: إثباته أنه حائز حالاً (أي وقت رفع الدعوى) حيازة قانونية مستوفي لكافة شروطها وخالية من أي عيب يشوبها وللحائز أن يثبت ذلك بكافة الطرق ومنها البينة والقرائن والمعينة فهو يثبت واقعة مادية.

الثاني: إثباته أن حيازته بدأت في وقت سابق مستمر لم تنقطع من تاريخ بدئها حتى هذا الوقت وأنها في خلال هذه الفترة كانت هي الأخرى مستوفية لشروطها وله أن يثبت ذلك بكافة طرق الإثبات ولا بد للحائز من إثبات الأمرين معاً ذلك أن إثبات الحيازة السابقة لا يغني عن وجوب إثبات الحيازة الحالية كما أن إثبات الحيازة الحالية لا يفترض وجود الحيازة السابقة.

وعلى أية حال فإن إثبات الحيازة في وقت معين وقيامها حالاً (أي وقت رفع الدعوى) تعد من مسائل الواقع التي يستقل قاضي الموضوع بتقديرها من دون رقابة المحكمة العليا⁽¹⁾.

- ضم مدد الحيازة في حالة تعاقب الحائزين:

إن حيازة السلف تنتقل إلى الخلف العام بصفاتها أما بالنسبة للخلف الخاص فحيازته مستقلة عن حيازة السلف.

وقد نصت المادة "814"م ج على ما يلي: " تنتقل الحيازة إلى الخلف العام بجميع صفاتها غير أنه إذا كان السلف سيئ النية وأثبت الخلف أنه كان في حيازته حسن النية جاز له أن يتمسك بحسن النية ويجوز للخلف الخاص أن يضم إلى حيازته حيازة سلفه ليبلغ التقادم".

ففيما يتعلق بانتقال الحيازة إلى الخلف العام يتبين من نص المادة سالفة الذكر أن حيازة السلف تنتقل إلى الخلف العام كالوارث والموصى له بجزء شائع في جملة التركة وهي تنتقل بصفاتها التي كانت عليها في يد السلف إلى الخلف الذي يستطيع أن يستمر في هذه

(1) أبو السعود رمضان، الوجيز في الحقوق العينية الأصلية، ص374.

الحيازة وأن يضم مدة حيازة سلفه إلى مدة حيازته حتى تكتمل مدة التقادم الطويل أو القصير على حسب الأحوال.

فإذا كان السلف حسن النية أمكن للخلف أن يضم مدة حيازته إلى مدة حيازة سلفه فإذا توافر أيضاً السبب الصحيح لدى السلف أمكن أن يتمسك الخلف بالتقادم القصير الذي يشمل مدة حيازة سلفه وحيازته بشرط ألا تقل عن عشر سنوات أما إذا تخلف وجود هذا السبب الصحيح كانت المدة خمس عشرة سنة لحيازة السلف والخلف.

أما إذا كان السلف سيء النية انتقلت الحيازة بهذه الصفة إلى الخلف (أي إلى الوارث) حتى ولو كان هذا الأخير حسن النية فلا يستطيع أن يملك إلا بالتقادم الطويل⁽¹⁾.

أما إذا كان السلف السيئ النية لديه السبب الصحيح فطبقاً للقاعدة العامة كان يتعين على الوارث في هذا الفرض لكي يكسب ملكية العقار بالتقادم أن يكمل في حيازته المدة التي بدأها مورثه إلى خمس عشرة سنة حتى لو كان حسن النية لأن الحيازة تنتقل إليه بصفاتها فيكون المعول عليه هو نية المورث ولكن المشرع خرج على الأصل في هذه الحالة وأجاز للخلف (الوارث) أن يستند إلى حسن نية مع السبب الصحيح الصادر لسلفه (مورثه) لكي يكسب الملكية بالتقادم القصير وهي عشر سنوات كاملة⁽²⁾.

أما حيازة الخلف الخاص (كالمشتري من البائع والموهوب له من الواهب...) فهي حيازة جديدة مستقلة عن حيازة سلفه حيث تكون هناك حيازتان مستقلتان يجوز ضمهما بالمعنى الصحيح ومن هذا لا يتقيد الخلف الخاص بحيازة سلفه فهو يضمها إلى حيازته إذا كانت له مصلحة في ذلك ويطرحها مقتضراً على حيازته إذا لم تكن له مصلحة في الضم⁽³⁾ وتنص المادة "814/2"م ج على ما يلي: "يجوز للخلف الخاص أن يضم إلى حيازته حيازة سلفه ليبلغ التقادم".

وفي هذا النص نقص إذ يجوز للخلف الخاص ضم مدة حيازة سلفه إلى حيازته ليس فقط ليبلغ التقادم بل أيضاً لاستكمال المدة المتطلبة لرفع دعاوى الحيازة⁽⁴⁾ ما تظن إليه

(1) أبو السعود رمضان، الوجيز في الحقوق العينية الأصلية، ص375.

(2) الصدة عبد المنعم، الحقوق العينية الأصلية، ص590.

(3) الصدة عبد المنعم، الحقوق العينية الأصلية، ص590.

(4) زواوي فريدة، الحيازة والتقادم، ص47.

المشرع المصري في المادة "2/955" م م بقوله: "يجوز للخلف الخاص أن يضم إلى حيازته حيازة سلفه في كل ما يرتبه القانون على الحيازة من أثر".

ويشترط ليتمكن الحائز من ضم مدة حيازة سلفه إلى حيازته ما يلي:

1- يلزم أن تكون حيازة السلف صالحة لكسب الملكية بالتقادم فإذا لم تكن كذلك بأن كانت حيازة عرضية أو معيبة فلا يجوز للخلف الذي يتوفر على حيازة قانونية خالية من العيوب أن يضمها إلى حيازته ولكن يملك بالتقادم بناءً على حيازته وحدها⁽¹⁾.

2- يلزم أيضاً أن تكون حيازة الخلف الخاص قد انصبت على ذات الحق الذي حازه السلف من قبله أو على حق أدنى منه فإذا كان الخلف الخاص يريد التمسك بالتقادم المكسب لملكية العين مثلاً فلن يستطيع ضم مدة حيازة سلفه إذا كان هذا الأخير حائزاً قبله للعين كصاحب حق انتفاع فقط وليس كصاحب حق ملكية لكن العكس جائز فإذا كان السلف حائزاً لحق ملكية وأراد الخلف الخاص كسب حق انتفاع مثلاً فله أن يضم إلى مدة حيازته مدة حيازة سلفه لأن الحق الذي يريد الخلف اكتسابه يعد أدنى من الحق الذي كان يحوزه السلف⁽²⁾.

3- يجب أن تكون حيازة السلف صالحة لترتيب نفس الأثر الذي يريد الخلف الخاص التمسك به ولإيضاح هذا المعنى نتناول الفرضين الآتيين:

الأول: إذا كانت حيازة السلف مماثلة لحيازة الخلف بأن كانت كل من الحيازتين مقترنة بحسن نية أو سوء نية أمكن ضم مدة السلف إلى حيازة الخلف بناءً على سبب صحيح بحسن نية مدة ثلاث سنوات ثم باع العقار إلى مشتر حسن النية فيحق للمشتري لأن يضم إلى مدة حيازته مدة حيازة البائع ويستطيع بعد سبع سنين من حيازته أن يتمسك بالتقادم القصير وكذا إذا كانت كل من الحيازتين غير مستوفية شرائط التقادم القصير جاز ضم الحيازة الأولى للحيازة الثانية للتمسك بالتقادم الطويل.

الثاني: أما إذا كانت الحيازتين غير متماثلتين فالقاعدة أن الحيازة الصالحة للتقادم القصير - أي المقترنة بحسن نية وسبب صحيح - تصلح أن تضم لكي تكتمل مدة الحيازة الصالحة للتقادم الطويل أما العكس فلا يصلح أي أن مدة الحيازة الصالحة للتقادم الطويل لا

(1) الصدة عبد المنعم، الحقوق العينية الأصلية، ص 592.

(2) زواوي فريدة، الحيازة والتقادم، ص 48.

يصلح أن يضم لكي تكتمل مدة الحيابة الصالحة للتقادم القصير ويرجع ذلك إلى أن التقادم القصير يتطلب بالإضافة إلى شريطي الحيابة والمدة شرطين آخرين هما حسن النية والسبب الصحيح.

وعلى ذلك فإن حيابة السلف إذا كانت صالحة للتقادم القصير وحيابة الخلف لا تصلح إلا للتقادم الطويل فيجوز للخلف أن يضم إلى حيابته حيابة سلفه فإذا كانت مدة حيابة السلف ثلاث سنوات فإن الخلف يستطيع أن يتملك بالتقادم بعد أن يحوز العقار مدة اثنتي عشر سنة.

أما إذا كانت حيابة السلف غير صالحة للتقادم القصير وكانت حيابة السلف صالحة لهذا النوع من التقادم فعندئذ يجوز للمشتري أن يتمسك بالتقادم القصير إلا أنه لا يستطيع أن يضم إلى مدة حيابته مدة حيابة سلفه بل يتعين عليه حينئذ أن يحوز العقار مدة عشر سنوات (1).

هذا وقد يحدث أن يتمسك الخلف بحيابة سلفه دون حيابته هو ويتحقق ذلك متى كان السلف حسن النية ولديه السبب الصحيح واستمرت حيابته عشر سنوات وكان الخلف سيء النية واستمرت حيابته تسع سنوات فإن من مصلحة الخلف هنا أن يتمسك بحيابة سلفه وأن يضع جانباً حيابته (2).

ثانياً- وقف التقادم في القانون المدني الجزائري:

المراد بوقف التقادم هو أن يقف مضي المدة أو حسابها فترة من الزمن بسبب عذر من الأعدار الموضوعية أو القانونية وحينما يزول ذلك العذر يستأنف التقادم سريانه ثم تضاف المدة السابقة على قيام المانع إلى المدة اللاحقة على زواله.

ويجب عدم الخلط بين وقف التقادم وتأخير سريانه ذلك أن وقفه غالباً ما يقع بعد بدأ سريانه وإن كان ليس هناك ما يمنع من أن يقع منذ البداية أما تأخير سريانه فلا يقع إلا عند ابتداء سريانه ولا يتصور وقوعه بعد ابتدائه (3).

(1) سوار محمد وحيد الدين، شرح القانون المدني- الحقوق العينية الأصلية-، ص 649-650.

(2) أبو السعود رمضان، الوجيز في الحقوق العينية الأصلية، ص 377.

(3) الدناصوري عز الدين، عكاز حامد، الحيابة المدنية وحمائتها الجنائية في ضوء الفقه والقضاء، ص 335.

وفي هذا الشأن تقضي المادة "316" م ج بأن: "لا يسري التقادم كلما وجد مانع مبرر شرعاً يمنع الدائن من المطالبة بحقه كما لا يسري بين الأصيل والنائب".

ولا يسري التقادم الذي تنقضي مدته عن خمس سنوات في حق عديمي الأهلية والغائبين والمحكوم عليهم بعقوبات جنائية إذا لم يكن لهم نائب قانوني.

ولا يسري التقادم الذي تزيد مدته عن خمس سنوات في حق الأشخاص المذكورين في الفقرة السابقة ولو كان لهم نائب قانوني طيلة مدة عدم أهليتهم".

إن أحكام هذه المادة (الواردة في صدد التقادم المسقط) تسري في شأن التقادم المكسب بمقتضى الإحالة التي نص عليها المشرع في نص المادة "832" م ج كما يلي: "تسري قواعد التقادم المسقط على التقادم المكسب فيما يتعلق بحساب المدة ووقف التقادم وانقطاعه والتمسك به أمام القضاء والتنازل عنه والاتفاق على تعديل المدة وذلك بالقدر الذي لا تتعارض فيه هذه القواعد مع طبيعة التقادم المكسب ومع مراعاة الأحكام التالية:

منها ما أشار لها في المادة "833" م ج والتي تتعلق بوقف التقادم المكسب وهو فرق ذكره المشرع كونه لم يتقيد في المادة "316/2" م ج بمدة معينة في التقادم المكسب بقوله: "يوقف التقادم المكسب أيًا كانت مدته إذا وجد سبباً لوقفه".

أما أسباب وقف التقادم طبقاً لما نصت عليه المادة "316/1" م ج: "لا يسري التقادم كلما وجد مانع مبرر شرعاً يمنع الدائن من المطالبة بحقه كما لا يسري فيما بين الأصيل والنائب." فيمكن تقسيمها إلى نوعين:

أسباب ترجع إلى ظرف خارجية وأخرى ترجع إلى حالة الشخص من حيث الأهلية.

فأسباب وقف التقادم التي ترجع إلى الظروف الخارجية لم يحددها المشرع الجزائري ذلك لأنه يطبق القاعدة العامة التي تنص على وقف التقادم كلما وجد عند صاحب الحق مانع والموانع ترجع إلى ظروف خارجية قد تكون حرباً مثلاً أو نشوب فتنة فيؤدي هذا الظرف إلى عدم تمكن صاحب الحق من المطالبة بحقه أو منع المحاكم من مباشرة عملها ولقد اعتبر القضاء الجزائري الحرب التحريرية سبباً لوقف التقادم⁽¹⁾.

وقد يكون المانع قانونياً كاتحاد الذمة إذا اجتمعت صفتا دائن ومدين في شخص واحد اعتبر ذلك مانعاً طبيعياً من موانع سريان المدة فإن زال السبب الذي أفضى إلى اجتماع هاتين

(1) زواوي فريدة، الحيازة والتقادم، ص 94.

الصفتين زوالاً مستنداً وعاد المدين إلى الوجود اعتبر التقادم قد وقف طوال الفترة التي تحقق الإتحاد في خلالها⁽¹⁾ كما لو اشترى العقار من المالك ثم أبطل أو نسخ عقد البيع⁽²⁾.

وقد يكون المانع أدبياً كما لو حاز الزوج عقاراً مملوكاً لزوجته حيازة قانونية صحيحة خالية من العيوب وامتنتعت الزوجة عن المطالبة بحقها تفادياً لما يترتب على الخصومة من إفساد الحياة الزوجية.

والمانع الأدبي في هذا الخصوص الذي يتعذر معه على صاحب الحق أن يطالب بحقه فيقف سريان التقادم شأنه شأن المانع الذي يحول دون الحصول على دليل كتابي فيجيز الإثبات بالنية فيما كان يجب إثباته بالكتابة فيما عدا هذا الغرض نجد أن العلاقة الأدبية التي تقوم بين الدائن والمدين أو بين صاحب الحق والحائز لا تكسب هذا الأخير حقاً بالتقادم.

وقد يكون المانع اتفاقياً يتم بين ذوي الشأن فقد يرغب الدائن أن يسوي نزاعه مع المدين أو الحائز ودياً عن طريق التحكيم أو التصالح وقد تكون مدة التقادم أوشكت على الانتهاء نتيجة الاتفاق بينهما على أن يقف سريان التقادم حتى يتم التوصل إلى التسوية خلال الفترة التي يستغرقها التحكيم ومثل هذا الاتفاق صحيح ينتج أثره في وقف سريان التقادم⁽³⁾.

وقد قضت محكمة النقض الفرنسية بوقف التقادم كلما كان صاحب الحق يجهل الاعتداء على حقه وكان الجهل غير راجع لإهمال أو لتقصير منه.

لكن الفقه انتقد هذا الرأي لأن اعتبار جهل صاحب الحق الاعتداء على حقه سبباً لوقف التقادم يكاد يهدم نظام التقادم ككل إذ أن التقادم لا يتم عملاً ضد أشخاص يكونون على بينة من الاعتداء الواقع على حقوقهم وإنما يتم ضد أشخاص يجهلون مثل هذا الاعتداء.

وقد تطور القضاء الفرنسي نتيجة الانتقادات الموجهة إليه فأصبح أكثر شدة في الأخذ بجهل الاعتداء كسبب لوقف التقادم فقضت محكمة النقض الفرنسية في العديد من أحكامها بأن الجهل بالاعتداء لا يعتبر استحالة مطلقة تمنع صاحب الحق من القيام بوقف التقادم مثل القوة القاهرة⁽⁴⁾.

(1) الشواربي عبد الحميد، أسامة عثمان، أحكام التقادم، ص150.

(2) الصدة عبد المنعم، الحقوق العينية الأصلية، ص601.

(3) الشواربي عبد الحميد، أسامة عثمان، أحكام التقادم، ص151-152.

(4) زواوي فريدة، الحيازة والتقادم، ص94-95.

أما أسباب وقف التقادم التي ترجع إلى حالة الشخص من حيث الأهلية وما يلحق بها من أوضاع وفقاً لما نصت عليه المادتان: المادة "316" و"المادة 833"م ج يقف التقادم المكسب أياً كانت مدته في حق من لا يتوفر فيه الأهلية أو في حق الغائب أو حق المحكوم عليه بعقوبة جنائية.

وهنا يجب التفرقة بين حالتين:

الأولى- فإذا كان القاصر أو المحجور عليه أو الغائب أو المحكوم عليه بعقوبة جنائية له نائب يمثله فلا يقف سريان التقادم ضده لأن النائب يحل محل الأصيل من هؤلاء فيكون عليه أن يتولى أمر المطالبة عنه وإلا كان مسئولاً عن ذلك إذ أن وجود النائب ينتفي معه المانع الذي يدعوا إلى وقف التقادم.

الثانية- أما إذا لم يكن لهؤلاء نائب فإن التقادم يقف سريانه في حقهم إذ أنه في هذه الحالة يقوم المانع الذي تتعذر معه المطالبة بالحق⁽¹⁾.

الأثر المترتب على وقف التقادم:

يترتب على وقف التقادم أن المدة التي وقف سريان التقادم خلالها لا تحسب ضمن مدة التقادم وتحسب المدة السابقة عليها والمدة التالية لها.

فلو وضع شخص يده على عين مملوكة للغير لمدة ثماني سنوات ثم مات هذا المالك وخلفه قاصر لم يعين عليه وصي إلا بعد ثلاث سنوات من موت مورثه فإن التقادم يقف سريانه خلال هذه السنوات الثلاث وتحسب المدة التي سبقت الثلاثة سنوات وهي ثماني سنوات فيبقى للقاصر من وقت تعيين وصيه سبع سنوات يستطيع فيها أن يقطع التقادم فإذا لم يفعل ومضت هذه المدة اكتمل للحائز مدة خمس عشرة سنة واستطاع بانقضائها أن يملك العقار بالتقادم⁽²⁾.

وأسباب وقف التقادم تعد أسباباً نسبية (شخصية) بمعنى أن أثرها الموقوف لا يسري إلا لمصلحة من قام لديه سبب الوقف وعلى ذلك إذا حاز شخص عقاراً مملوكاً لعدة شركاء على الشيوع وكان أحد هؤلاء الشركاء قاصراً أو مفقوداً مثلاً فإن سريان التقادم يقف في حق هذا القاصر أو المفقود فقط ويسري في ذات الوقت في حق باقي الشركاء الذين لم توفر في شأنهم

(1) الصدة عبد المنعم، الحقوق العينية الأصلية، ص 602-603.

(2) الدناصوري عز الدين، عكاز حامد، الحيازة المدنية وحمايتها الجنائية، ص 338.

أسباب الوقف ولا يستثنى من تلك القاعدة إلا الحالة التي يكون فيها الحق غير قابل للتجزئة كحق الارتفاق إذ يقف التقادم بصفة مطلقة في حق جميع الشركاء⁽¹⁾.

حيث تقضي المادة "879/2" م ج: "إذا ملك العقار المرتفق شركاء على الشيوع فانتفاع أحدهم بالارتفاق يقطع التقادم لمصلحة الباقيين كما أن وقف التقادم لمصلحة أحد هؤلاء الشركاء يجعله موقوفاً لمصلحة الباقيين".

ثالثاً-انقطاع مدة التقادم في القانون المدني الجزائري: (Interruption De La prescription)

يقصد بانقطاع التقادم إسقاط المدة السابقة على تحقق سبب الانقطاع وتبدأ مدة جديدة من وقت انتهاء الأمر المترتب على هذا السبب⁽²⁾.

وهذا هو الفرق بين وقف التقادم وانقطاعه ففي وقف التقادم لا تحسب المدة التي وقف خلالها ولكن تحسب المدة السابقة عليه والمدة اللاحقة له أما في انقطاع التقادم فلا تحسب المدة التي انقطع فيها التقادم ولا المدة التي سبقت الانقطاع وإنما يبدأ حساب المدة الجديدة التالية لزوال الانقطاع⁽³⁾.

وفي هذا الشأن يقول أحد الشراح بأنه: "إذا كنا قد شبهنا وقف التقادم بالمرض فإننا نشبه قطع التقادم بالوفاة بالنسبة للإنسان إذ أنه ينهي أثر الحيابة ويجعلها عديمة الجدوى"⁽⁴⁾.

فانقطاع التقادم على نوعين انقطاع طبيعي وانقطاع مدني وقد نص المشرع الجزائري على الانقطاع الطبيعي في المادة "834" م ج كما نص على الانقطاع المدني في المواد "317 إلى 319" م ج وسنتاولهما بالبحث فيما يلي:

1- الانقطاع الطبيعي (Interruption naturel):

يكون الانقطاع طبيعياً بزوال اليد أو رفعها وذلك بتخلي الحائز عن حيابة العقار أو فقدها وهذا من أسباب انقطاع الحيابة التي من الحائز ولا يكون إلا في التقادم المكسب ولقد

(1) أبو السعود رمضان، الوجيز في الحقوق العينية الأصلية، ص381-382.

(2) الشواربي عبد الحميد، أسامة عثمان، أحكام التقادم، ص174.

(3) الدناصوري عز الدين، عكاز حامد، الحيابة المدنية وحمايتها الجنائية، ص394. عدلي أمير خالد، تملك العقارات بوضع اليد، ص421.

(4) أبو السعود رمضان، الوجيز في الحقوق العينية الأصلية، ص382.

ورد النص على هذا السبب في المادة "834"م ج بقولها: "ينقطع التقادم المكسب إذا تخلى الحائز عن حيازته أو فقدها ولو بفعل الغير .

غير أن التقادم لا ينقطع بفقد الحيازة إذا استردها الحائز خلال سنة أو رفع دعوى باستردادها في هذا الميعاد".

ويتضح من هذا أن الانقطاع الطبيعي يكون بأحد سببين إما بتخلي الحائز عن الحيازة باختياره بإزالة وضع يده قهراً.

أولاً: التخلي الاختياري عن الحيازة (Abandon volontaire):

يكون بترك الحائز العقار الذي تحت يده والتخلي عن حيازته بأن لا يزرع ولا يستغل العين إذا كانت أرضاً زراعية ولا يسكنها أو يستغلها إذا كانت مباني فهنا يتخلى الحائز عن الحيازة بعنصرها المادي والمعنوي معاً وحينئذٍ تزول كافة الآثار المترتبة عن الحيازة فينقطع التقادم المكسب.

ولكن إذا امتنع الحائز عن الانتفاع بالعقار وليس بقصد التخلي عن الحيازة فلا يترتب على هذا قطع التقادم لأن الحائز لم يتخلى على الركن المعنوي للحيازة وأيضاً تخلى الحائز عن الركن المادي للحيازة لا يعتبر تخلياً عن الحيازة يؤدي إلى فقدها ولا يعتبر قاطعاً للتقادم وذلك كتخلي الحائز عن وضع يده للغير على سبيل الإيجار فهذا وضع يد غير مباشر بواسطة الغير فالمستأجر ينوب عن الحائز في الحيازة المادية فقط⁽¹⁾.

ثانياً: إزالة وضع اليد قهراً (Dépossession du possesseur):

وينقطع التقادم في حالة فقد الحائز لوضع يده بغير إرادته أو قهراً عنه إما بفعل مالك العقار أو بفعل الغير وبشرط زوال الحيازة فعلاً سواء أكان ذلك بحضور الحائز أو بدون علمه وذلك بأن ينتزع المالك نفسه أو الغير حيازة العقار غصباً من الحائز وبذلك يفقد الحائز العنصر المادي وسيطرته على العقار مهما استبقى العنصر المعنوي⁽²⁾.

إنما يكون للحائز أن يطلب استرداد حيازته للعقار خلال السنة التالية لهذا الفقد فإذا تم له استرداد الحيازة خلال هذه السنة أو كان على الأقل قد رفع دعوى استرداد الحيازة في هذا الميعاد فلا يعتبر أنه قد فقد الحيازة طبقاً للفقرة "2" من المادة "834"م ج.

(1) عدلي أمير خالد، تملك العقارات بوضع اليد، ص424-425.
(2) السنهوري عبد الرزاق، الوسيط في شرح القانون المدني، [1052/9].

أما إذا وضع الغاصب يده على العقار بقصد الانتفاع به فترة من الزمن فهذا لا يخول له اكتساب الملكية بالتقادم لافتقاره لنية التملك فوضع يد الأجنبي على العقار لا تقطع التقادم إلا إذا كانت حيازته لحساب نفسه.⁽¹⁾

أما الحيازة العرضية كحائز العقار حيازة مادية لحساب غيره فهي حيازة لا يتوفر فيها عنصر القصد وبالتالي فهي غير صالحة لأن تؤدي إلى كسب العقار بالتقادم المكسب.⁽²⁾

2- الانقطاع المدني (Interruption civil):

هو الذي يكون سببه أعمالاً قانونية صادرة ممن يسري التقادم ضده أو ممن يسري لمصلحته⁽³⁾ أي إما أن يكون صادراً عن المالك وإما عن الحائز.

أولاً: الانقطاع المدني الصادر عن المالك:

المادة "317 م ج على ما يلي: "ينقطع التقادم بالمطالبة القضائية ولو رفعت الدعوى إلى محكمة غير مختصة بالتنبيه أو بالحجز وبالطلب الذي يتقدم به الدائن لقبول حقه في تقليسه المدين أو في توزيع أو بأي عمل يقوم به المدين أثناء مرافعة لإثبات حقه".

والذي يهمننا فيما يتعلق بالتقادم المكسب هو انقطاعه بالمطالبة القضائية والتنبيه أما الطرق الأخرى فهي خاصة بالتقادم المسقط.⁽⁴⁾

أ- انقطاع التقادم بالمطالبة القضائية:

هي أية مطالبة أمام القضاء يتبين منها أنها تظهر بوضوح وجلاء نية صاحب الحق في التمسك بحقه الذي يتهدهده السقوط بالتقادم فيتعين أن يرفع المالك دعوى استحقاق بلب ملكية العقار فلا تكفي المطالبة الودية ولو بخطاب مسجل أو بإنذار على يد محضر كما لا يكفي مجرد اتخاذ الإجراءات التحفظية كالدعوى التي يتطلب فيها وضع العقار محل الحيازة تحت الحراسة القضائية سواء رفعت بطريق أصلي أم بطريق تباعي ولا الإجراءات الوقتية التي يتطلب من قاضي الأمور المستعجلة اتخاذها مثل دعوى إثبات الحالة ودعوى رفع الحجز غير أنه إذا رفع المدعي أمام القضاء المستعجل دعوى مستعجلة غير أنه أبدى فيها طلباً

(1) عدلي أمير خالد، تملك العقارات بوضع اليد، ص 426.

(2) السنهوري عبد الرزاق، الوسيط في شرح القانون المدني، [1056/9].

(3) عدلي أمير خالد، تملك العقارات بوضع اليد، ص 467.

(4) زواوي فريدة، الحيازة والتقادم، ص 98.

موضوعياً بحثاً في الحق كدعوى منع التعرض فإنه يعتبر مطالبة قضائية بموضوع الحق أقيم أمام محكمة غير مختصة ويترتب عليه قطع التقادم⁽¹⁾.

وكما تصدر المطالبة القضائية من المالك يمكن أن تصدر من نائبه كوكيل أو ولي أو وصي أو قيم أو دائن للمالك يستعمل حقوق مدنية كما يستطيع القاصر أو من تتوفر فيه أهلية الإدارة أن يقوم بالمطالبة القضائية التي تقطع التقادم كونه لا يقتضي أهلية التقاضي بل تكفي فيه أهلية مباشرة الإجراءات التحفظية لكن يجب للاستمرار في التقاضي التوافر على أهليته ومن ثم يجب التدخل في الدعوى من قبل الولي أو الوصي أو القيم لتصحيح الإجراءات ولاستبقائها قائمة وتوجه المطالبة إلى لحائز الذي ينتفع بالتقادم أو إلى من ينوب عنه فلو وجهت إلى مستأجر منه ليست له صفة في تمثيله فإنها لا تقطع التقادم⁽²⁾.

ولكي ينقطع التقادم بالمطالب القضائية يجب أن تنتهي الدعوى بحكم لصالح المدعي أما إذا سقطت الدعوى أو رفض الفصل فيها فلا ينقطع التقادم ولا يهم أن يكون سبب رفض الدعوى راجعاً إلى سبب موضوعي أو إلى سبب شكلي فأى رفض للدعوى يؤدي إلى إلغاء انقطاع التقادم ويعتبر الانقطاع كأن لم يكن ويبقى التقادم سارياً⁽³⁾.

ب- انقطاع التقادم بالتنبيه:

إذا كان بيد صاحب الحق سند تنفيذي وهو حكم أو سند رسمي فإنه لا يرفع دعوى على الحائز وإنما يبادر إلى التنفيذ بموجب هذا السند أو الحكم ولكن ألزم المشرع الجزائي في المادة "330" م ج بأن يبلغ القائم بالتنفيذ المحكوم عليه بالحكم المطلوب تنفيذه ويكلفه بالسداد في مهلة عشرين يوماً ومن مشتملات السند التنفيذي التنبيه.

فهذا التنبيه يقطع التقادم ويشترط فيه كي يحدث هذا الأثر أن يكون صحيحاً كما يشترط لذلك أيضاً أن يكون السند التنفيذي صحيحاً⁽⁴⁾.

ولقد اختلف الفقه في مدى اعتبار التنبيه قاطعاً للتقادم فيرى البعض أن التنبيه القاطع للتقادم لا يكون إلا في شأن التقادم المسقط حيث يوجه التنبيه الدائن إلى مدينه بينما يرى

(1) الدناصوري عز الدين، عكاز حامد، الحيازة المدنية وحمائتها الجنائية، ص355.

(2) السنهوري عبد الرزاق، الوسيط في شرح القانون المدني، [1044-1043/9].

(3) زواوي فريدة، الحيازة والتقادم، ص99.

(4) الصدة عبد المنعم، الحقوق العينية الأصلية، ص619.

جمهور الفقهاء إيمان أن يكون التنبيه قاطعاً للتقادم المكسب فيما إذا كان المالك بيده ورقة رسمية تعطيه الحق في تسليم العقار من الحائز فيستطيع عندئذ أن يبنه الحائز بموجب هذه الورقة تنبيهاً رسمياً أن يسلمه إياه أو بإخلائه قبل أن يلجأ إلى التنفيذ الجبري فينقطع التقادم بهذا التنبيه.

والملاحظ أن هذا النوع من التنبيه هو ذلك الذي يوجهه صاحب الحق إلى الحائز أما تنبيه نزع الملكية وما يتبعه من إجراءات فهو إجراء موجه إلى المدين من قبل دائنه وأثره الوحيد هو قطع التقادم المسقط للدين الذي في ذمة المدين ولا تأثير له على من يكون واضعاً يده المكسبة للملك حيث لا يقطعها إلا رفع دعوى الملكية عليه من المالك الحقيقي⁽¹⁾.

ثانياً: الإنقطاع المدني الصادر عن إقرار الحائز:

إن الإنقطاع المدني قد ينتج بفعل الحائز فقد نصت المادة "318" م ج على ما يلي: "ينقطع التقادم إذا أقر المدين بحق الدائن إقراراً صريحاً أو ضمناً ويعتبر إقراراً ضمناً أن يترك المدين تحت يد الدائن مالاً له مرهوناً رهناً حيازياً تأميناً لوفاء الدين".

وقد عرفت المادة "341" م ج الإقرار على النحو التالي: "الإقرار هو اعتراف الخصم أمام القضاء بواقعة قانونية مدعي بها عليه وذلك أثناء السير في الدعوى المتعلقة بها الواقعة".

فالمقصود بإقرار الحائز هو اعتراف واضع اليد بأن العقار الذي يضع يده عليه هو ملك لصاحبه المالك الحقيقي اعترافاً ينطوي على النزول على المدة التي مضت من التقادم.

والإقرار بهذه الصورة يتم بالإرادة المنفردة أي هو تصرف صادر من جانب واحد وهو الحائز فلا يحتاج لقبول المالك ولا يجوز للحائز بعد الإقرار الرجوع فيه.

ولا يشترط في إقرار الحائز أن يكون أمام القضاء أو بحضور الشخص الذي يسري التقادم ضده لأنه لا ينشئ حقاً جديداً بل هو تأكيد لحق المالك.

ولكن يشترط أن يكون للحائز الأهلية اللازمة للتصرف في الحق الذي يثبت له متى تم التقادم لأن إقرار الحائز هنا هو نزول عن الحق نفسه لذلك فإقرار الحائز ضرب من

(1) أبو السعود رمضان، الوجيز في الحقوق العينية الأصلية، ص 388-389.

التصرف في العقار فهو يشبه النزول عن التقادم بعد ثبوت الحق فيه وعلى ذلك يجب أن يكون المقر أهلاً للتصرف فيه وأن يكون إقراره صادراً عنه بحريته واختياره⁽¹⁾.

وهناك رأي آخر لا يشترط في الحائز الذي صدر منه الإقرار أهلية التصرف بل يكفي أن تتوفر لديه أهلية الإدارة فيصح إقرار القاصر في حدود أهليته للإدارة⁽²⁾ ويبررون موقفهم بأن الإقرار لا يعتبر تصرفاً في الحق إذ مدة التقادم المتطلبة لاكتساب الحق لم تكتمل بعد⁽³⁾.

وقد يكون إقرار الحائز صريحاً أو ضمناً ولا يشترط في الإقرار الصريح شكل خاص فقد يكون مكتوباً في عقد أو في رسالة أو في مذكرة مقدمة في قضية لا يكون صاحب الحق طرفاً فيها أو في محضر جرد لحصر تركة الحائز وقد يكون شفويّاً أمام القضاء أو في غير مجلس القضاء وقد يأتي في اتفاق بين الحائز وصاحب الحق أو في عقد بين الحائز والغير أو يصدر من الحائز وحده دون أي اتفاق ويستفاد الإقرار الضمني من أي عمل يصدر من الحائز تنطوي دلالاته على معنى الإقرار كما لو دفع أجره العين التي يحوزها للمالك أو طلب القيام بإصلاح فيها وهذه مسألة واقعية لا يخضع تقدير قاضي الموضوع فيها لرقابة المحكمة العليا⁽⁴⁾.

وقد حكم المجلس الأعلى بالجزائر أن من حق القاضي أن يعتبر الوقائع التي لم ينفها الخصم ثابتة في حقه لكن يجب على القضاة ألا يتوسعوا في تفسيرهم إلى درجة الخروج عن الموضوع الذي تتعلق به الدعوى في الأصل⁽⁵⁾.

آثار انقطاع التقادم:

نتعرض فيه إلى آثار الانقطاع بالنسبة للحقوق ثم بالنسبة للأشخاص.

أولاً - آثار الانقطاع بالنسبة للحقوق:

تنص المادة "319/1" م ج علي ما يلي : "إذا انقطع التقادم بدأ تقادم جديد يسري من وقت انتهاء الأثر المترتب على سبب الانقطاع وتكون مدته هي مدة التقادم الأول".

(1) عدلي أمير خالد، تملك العقارات بوضع اليد، ص 427-428.

(2) الشواربي عبد الحميد، أسامة عثمان، أحكام التقادم، ص 180.

(3) زواوي فريدة، الحيازة والتقادم، ص 101.

(4) الصدة عبد المنعم، الحقوق العينية الأصلية، ص 621-622.

(5) زواوي فريدة، الحيازة والتقادم، ص 101.

تبين لنا من هذا النص أنه في حالة انقطاع التقادم بأي سبب كان فإن المدة السابقة لهذا الانقطاع تسقط ويبدأ سريان تقادم جديد بعد زوال سبب الانقطاع فإذا كان السبب هو زوال الحيازة فإن سريان التقادم الجديد يبدأ من تاريخ استرداد الحائز لحيازة الشيء وإذا كان سبب الانقطاع راجعاً إلى المطالبة القضائية فعندئذ يظل الانقطاع مستمراً ما دامت الدعوى قائمة⁽¹⁾ فإذا انتهت بحكم نهائي لصالح صاحب الحق بدأ سريان التقادم الجديد من وقت صدور هذا الحكم وإذا كانت الدعوى مرفوعة أمام محكمة غير مختصة فيبدأ سريان التقادم من وقت صدور الحكم بعدم الاختصاص⁽²⁾ وإذا كان سبب الانقطاع هو التنبيه فيبدأ سريان التقادم الجديد من وقت إعلان هذا التنبيه إلى الحائز⁽³⁾.

ومدة التقادم الجديد تكون هي نفس مدة التقادم الأول وليس هناك خلاف في هذا بخصوص الانقطاع الطبيعي والانقطاع المدني بالمطالبة القضائية حتى أن بلانيول وربير قالا فيما يخص الانقطاع المدني بالمطالبة القضائية ليس هناك ما يسمى بتقادم جديد ذلك لأن النتيجة لا تخلوا من أحد أمرين:

فإما أن يصدر الحكم لصالح المدعي وعليه يسترد الحيازة من الحائز وإما أن يخسر أو ترفض دعوى المدعي وفي هذه الحالة لا يبدأ تقادم جديد إذ أن حيازة المدعي عليه تستمر وكأن سبب الانقطاع لم يقم.

وقد فات بلانيول وربير أنه في حالة قطع التقادم بالمطالبة القضائية قد نكون أمام حيازة وتقادم جديد وذلك إذا صدر الحكم لصالح المدعي ورغم ذلك ترك الشيء لسبب ما في حيازة المدعي عليه فيبدأ إليه تقادم جديد تكون مدته نفس مدة التقادم السابق⁽⁴⁾.

وإذا كان السبب هو إقرار الحائز بالحق بدأ سريان التقادم الجديد من وقت صدور الإقرار إلا أنه إذا اقترن هذا الإقرار باعتراف الحائز بحق المالك بالتزامه برد الشيء إلى صاحب الحق فيه فإن هذا الاعتراف يجعل الحيازة عرضية فلا يكون من شأنها أن تؤدي إلى تقادم جديد⁽⁵⁾.

(1) سوار وحيد الدين، شرح القانون المدني-الحقوق العينية الأصلية-، ص660.

(2) زواوي فريدة، الحيازة والتقادم، ص102-103.

(3) الصدة عبد المنعم، الحقوق العينية الأصلية، ص626.

(4) أبو السعود رمضان، الوجيز في الحقوق العينية الأصلية، ص392.

(5) الصدة عبد المنعم، الحقوق العينية الأصلية، ص626.

أما عن مدة التقادم الجديد إذا ما عادت العين مرة أخرى إلى حيازة الحائز فيرى البعض أن تكون هي ذات مدة التقادم الأول الذي انقضى بالانقطاع وذلك على أساس أن انقطاع التقادم أياً كان سببه لا أثر له على طبيعة الحق الواردة عليه الحيازة وبناء على ذلك لو أن الحائز كان يحق له قبل الانقطاع أن يملك بالتقادم القصير لتوافر حسن النية والسبب الصحيح لديه فإنه بعد الانقطاع يحق له كذلك أن يملك بالتقادم القصير حتى ولو أصبح سيء النية عند بدء سريان التقادم الجديد حيث أنه لا عبرة بسوء النية الذي يطراً فيما بعد، ما دام أن حسن النية كان متوافراً عند تلقي الحق⁽¹⁾ وهذا ما قضت به محكمة النقض الفرنسية في حكم لها صادر بتاريخ 1945/04/02⁽²⁾ وهو ما مال إليه المشرع الجزائري ورجحه في المادة "828/2"م ج بقوله: "ولا يشترط توافر حسن النية إلا وقت تلقي الحق".

وكذلك هناك من يرى أنه في حالة حدوث انقطاع يترتب على ذلك زوال التقادم السابق بشروطه ومقوماته ويبدأ تقادم جديد في شروطه ومدته وعليه فالحائز إذا كان بصدد تقادم قصير تم انقطاعه فإنه بعد هذا الانقطاع يصبح سيء النية ولا يستطيع إذا تمكن من استعادة الحيازة أن يتمسك بعد ذلك بالتقادم القصير ويسري في حقه التقادم الطويل⁽³⁾.

ثانياً - آثار الانقطاع بالنسبة للأشخاص:

نفرق فيما يتعلق بالأشخاص الذين ينصرف إليهم هذا الأثر بين الانقطاع الطبيعي والانقطاع المدني:

فالانقطاع الطبيعي للتقادم المكسب يقوم على واقعة مادية هي زوال الحيازة ومن ثم كان أثره مطلقاً بحيث يترتب هذا الأثر بالنسبة لجميع الأشخاص فيستفيد منه كل شخص له حقوق مهددة بالتقادم.

أما الانقطاع المدني فيقوم على عمل قانوني يصدر من صاحب الحق أو من الحائز ومن ثم كان أثره نسبياً بمعنى أنه لا ينتج أثره إلا بالنسبة إلى من صدر منه العمل القاطع للتقادم ومن وجه إليه هذا العمل⁽⁴⁾ فإذا وردت الحيازة على عقار مملوك لعدة شركاء على الشيوع فإن العمل القاطع الموجه من أحدهم لا يستفيد منه الآخرون وإذا حاز عدة أشخاص عقاراً على الشيوع فإن العمل القاطع للتقادم الموجه ضد أحدهم لا يضر الآخرين⁽⁵⁾.

(1) أبو السعود رمضان، الوجيز في الحقوق العينية الأصلية، ص 393.

(2) زواوي فريدة، الحيازة والتقادم، ص 103.

(3) أبو السعود رمضان، الوجيز في الحقوق العينية الأصلية، ص 393.

(4) الصدة عبد المنعم، الحقوق العينية الأصلية، ص 627.

(5) سوار محمد وحيد الدين، شرح القانون المدني-الحقوق العينية الأصلية، ص 663.

ويرد على نسبية الانقطاع المدني استثناءان هما (1):

الأول: أن يكون الحق الوارد عليه الحيازة يتضمن حقاً آخر أو يتضمنه حق آخر لمالك فقطع مالك الرقبة لتقادم الحائز يستفيد به صاحب حق الانتفاع كما أن قطع صاحب حق الانتفاع لتقادم الحائز يستفيد منه مالك الرقبة.

الثاني: بالنسبة إلى الحقوق غير القابلة للتجزئة كحق الارتفاق فإذا كان العقار المرتفق مملوكاً لأشخاص على الشيوع فإن قطع التقادم الموجه من أحدهم يستفيد منه الآخرين.

الفرع الثاني: الشروط الخاصة بالتقادم القصير:

التقادم القصير هو التقادم الذي يكتمل بحيازة عقار لمدة عشر سنوات وهو تقادم مقصور التطبيق على كسب الحقوق على العقارات ولكن يلزم فيه بالإضافة إلى الحيازة القانونية ما يبرر تقصير المدة من خمس عشرة سنة إلى عشر سنوات والمتمثل في السبب الصحيح الذي تستند إليه الحيازة بالإضافة إلى حسن نية الحائز أي اعتقاده أنه لا يعتدي على حق الغير (2) وهذا ما نصت عليه المادة "1/828" م ج بقولها: "إذا وقعت الحيازة على عقار أو حق عيني عقاري وكانت مقترنة بحسن نية ومستندة في الوقت نفسه إلى سبب صحيح فإن مدة التقادم المكسب تكون عشر سنوات".

والمشرع جعل مدة التقادم القصير عشر سنوات لحكمة معينة فهو يقرره لمصلحة الحائز الذي يجهل أنه يغتصب أو يعتدي على عقار غيره فكان يعتقد بحسن نية أنه تلقى العقار من مالكة الحقيقي فمثل هذا الحائز قد قام بكل ما يتطلبه القانون للحصول على ملكية العقار ولكنه يتلقى هذه الملكية من غير مالك أو من مالك زالت ملكيته بأثر رجعي عندئذ يقر القانون أنه من حق هذا الحائز أن يكون مالكاً لما تلقاه بعد مدة قصيرة قدرها بعشر سنوات وعلى ذلك يهدف نظام التقادم القصير إلى تغطية ما شاب ملكية الحائز من عيب وهو عدم ملكية من تلقى منه الحائز حقه وذلك في مواجهة المالك الحقيقي (3).

(1) زاووي فريدة، الحيازة والتقادم، ص104. الصدة عبد المنعم، الحقوق العينية الأصلية، ص627-628.

(2) الشواربي عبد الحميد، أسامة عثمان، أحكام التقادم في ضوء القضاء والفقه، ص117.

(3) أبو السعود رمضان، الوجيز في الحقوق العينية الأصلية، ص396.

وقد استثنى المشرع الجزائري حقوق الارتفاق الظاهرة فهي تكسب بالتقادم الطويل فقط وتجدر الإشارة هنا إلى أن حائز حق الملكية التي يقع عليها ارتفاق يستطيع كسب الملكية والارتفاق معاً بالتقادم القصير إذا ما توافر شروطه.

وسنحاول في هذه الدراسة تسليط الضوء على كل منهما ابتداءً بالسند الصحيح ثم حسن النية كالتالي:

أولاً- السند الصحيح:

تنص المادة "3/828" م ج على ما يلي: "السند الصحيح هو تصرف يصدر عن شخص لا يكون مالكاً للشيء أو صاحباً للحق المراد كسبه بالتقادم ويجب إشهار السند".

وقد انتقد الفقهاء هذا التعريف على أساس أنه لم يبين أن السند الصحيح يجب أن يكون من شأنه نقل الحق لو صدر من صاحبه ورأى البعض أنه تعريف غير دقيق إذ أنه أقرب إلى تجهيل السند الصحيح منه إلى تعريفه⁽¹⁾.

فعرف الفقهاء السند الصحيح بأنه: "تصرف قانوني من غير المالك ويكون من شأنه نقل الملكية لو كان صادراً من المالك"⁽²⁾.

إن تحديد معنى السبب الصحيح يجرنا إلى افتراض أن عقاراً انتقلت حيازته إلى شخص وأن انتقال الحيازة يرجع إلى سبب فإذا كان هذا السبب هو تصرف قانوني (Acte juridique) ناقل للملكية (Translatif de propriété) كالبيع والصفقة ولكنه مع ذلك لم ينقلها للحائز لأنه صادر من غير مالك وكان ينقلها لو أنه صدر من المالك فهذا هو السبب الصحيح في معنى التقادم المكسب القصير وسمي صحيحاً (Juste) لا لأنه خال من أسباب البطلان إذ أن التصرف القابل للإبطال يعتبر مع ذلك سبباً صحيحاً⁽³⁾.

وليس المقصود بالسند في هذا النص الكتابة (Instrumentum) المثبتة للتصرف القانوني الصادر إلى الحائز بل المقصود هو التصرف (Negotum) الصادر إلى الحائز والذي تستند إليه الحيازة كالبيع الذي بموجبه اشترى الحائز العقار محل الحيازة.

ووجود السند الصحيح الذي تستند إليه الحيازة في التقادم القصير يفترض أن الحق محل الحيازة كان لينتقل إلى الحائز باعتباره خلفاً خاصاً للمتصرف ذلك أن حيازة الخلف

(1) زواوي فريدة، الحيازة والتقادم، ص106.

(2) أبو السعود رمضان، الوجيز في الحقوق العينية الأصلية، ص397.

(3) السنهوري عبد الرزاق، الوسيط في شرح القانون المدني، [1085-1084/9].

العام تعتبر استمراراً لحيازة سلفه فإذا كان الحائز وارثاً أو موصى له بحصة من التركة أي خلفاً عاماً فلا يكون له فيما يتعلق بالتقادم القصير سنداً خاصاً به وإنما ينظر في هذا الشأن إلى السند الذي يستمد منه المورث أو الموصى حقوقه في خصوص الحيازة.

والسبب الصحيح لا يتأثر في وجوده بالعيوب التي تلحق سند السلف وهو الحائز السابق فلا أهمية إذا كان السلف حائزاً بدون سند أو كان حائزاً عرضياً أو كون سنده باطلاً إذ أن الحائز الحالي لا يكسب الملكية بناء على سند سلفه وإنما يكسبها بناء على حيازة مستندة إلى سنده هو أي السبب الصحيح الذي كان يكسبه الحق لو أن سلفه كان مالكاً وعلم الحائز بهذه العيوب يجعله سيء النية ولكنه لا يحول دون توفر السبب الصحيح لديه⁽¹⁾.

فالمهم في السبب الصحيح هو أن يكون صادراً من غير المالك على اعتبار أنه هو المالك فيتعاقد بالأصالة عن نفسه وما دام العقد له وجود قانوني لا يهم أن يكون مشوباً بعيوب أخرى أو غير مشوب لأنه صادر من غير المالك فلا ينقل الملكية إلى الحائز ومن أجل ذلك شرع التقادم المكسب القصير لحماية الحائز حسن النية الذي صدر له هذا السبب الصحيح لكي يكسب هذه الملكية بتقادم قصير مدته عشر سنوات فقط رعاية لحسن نيته حتى لا يبقى معرضاً لدعوى استحقاق يرفعها عليه المالك الحقيقي طوال خمس عشرة سنة في حالة التقادم المكسب الطويل، كما هو الحال مع الحائز سيء النية أو الحائز حسن النية الذي لا يتوافر لديه السبب الصحيح.

ولا يقتصر السبب الصحيح على التصرف الناقل للملكية فكل تصرف ناقل أو منشيء لحق عيني قابل لأن يكسب بالتقادم كحق الانتفاع وحق الارتفاق الظاهر وحق الرهن الحيازي إذا صدر من غير صاحب هذا الحق لشخص آخر يعتبر هو أيضاً سبباً صحيحاً كل هذه التصرفات تعتبر سبباً صحيحاً لا تنشيء أو تنقل بذاتها الحق العيني ولكن يستطيع الحائز حسن النية أن يستند إليها ليكسب الحق بالتقادم المكسب القصير⁽²⁾.

ويشترط في السبب الصحيح الشروط التالية:

1- أن يكون السبب الصحيح تصرفاً قانونياً صادراً إلى الحائز باعتباره خلفاً خاصاً:

(1) الصدة عبد المنعم، الحقوق العينية الأصلية، ص 642-643-645.

(2) السنهوري عبد الرزاق، الوسيط في شرح القانون المدني، [1086/9-1087-1088].

فيجب أن يستند الحائز في حيازته إلى عمل قانوني هو الذي يجعل الحيازة سليمة كالبيع والهبة والوصية والأحكام الناقله للحق كحكم رسو المزاد الذي يؤدي إليه نزع ملكية المدين (1).

وبناء على ذلك يعد سبباً صحيحاً (2):

أ- **عقد البيع:** هو الأكثر شيوعاً في الحياة العملية إذا صدر عن غير مالك (إي بيع ملك الغير) فالبيع تصرف ناقل للملكية وصادر من غير مالك.

- **عقد المقايضة:** فإذا قايض شخص آخر منزلاً بأرض وكان لا يملك المنزل الذي قايض به وكان الآخر يعتقد خلاف ذلك فإنه يتملك بالتقادم القصير بمقتضى عقد المقايضة باعتباره سبباً صحيحاً.

- **عقد الهبة:** فهو تصرف ناقل للملكية.

د- **عقد الوصية بعقار معين بالذات:** تصلح سبباً صحيحاً إذا كانت صادرة ممن موصي غير مالك.

هـ- **الوفاء بمقابل:** فهو تصرف قانوني ناقل للملكية كالبيع ويصلح أن يكون سبباً صحيحاً.

و- **تقديم الشريك عقاراً حصة له في الشركة:** فهذا أيضاً تصرف قانوني ناقل للملكية فإذا كان الشريك قد نقل إلى الشركة عقاراً لا يملكه استطاعت الشركة التملك بالتقادم القصير.

ز- **الأحكام الناقله للحقوق:** تعد هي الأخرى سبباً صحيحاً وعلى ذلك:

• يعد حكم رسو المزاد سبباً صحيحاً لاكتساب الملكية بالتقادم القصير كونه ينقل الملكية من المدين (غير المالك) إلى الراسي عليه بالمزاد.

• يعد الحكم بالشفعة سبباً صحيحاً لاكتساب الملكية بهذا النوع من التقادم فلو أن عقاراً باعه غير مالك إلى مشتري حسن النية ثم أخذه شفيع بالشفعة وهو حسن النية أي يعتقد أن العقار مملوك للبائع فإن للشفيع أن يستند إلى الحكم بالشفعة وإلى حسن نيته للتملك بالتقادم القصير.

ومن ثم يتعين استبعاد الميراث لأنه ليس تصرفاً قانونياً بل هو واقعة قانونية مادية تنتقل الحق إلى الحائز باعتباره خلفاً عاماً وحيازته تعتبر امتداد لحيازة مورثه وكذا الوصية بحصة شائعة من التركة فهي لا تصلح بدورها سبباً صحيحاً لأنها وإن كانت تصرفاً قانونياً فهي تصدر للموصى له من حيث كونه خلفاً عاماً كالميراث (3).

2- أن يكون السند الصحيح تصرفاً قانونياً ناقلاً للملكية أو الحق العيني:

(1) الشواربي عبد الحميد، أسامة عثمان، أحكام التقادم في ضوء القضاء والفقهاء، ص122.

(2) أبو السعود رمضان، الوجيز في الحقوق العينية الأصلية، ص398-399.

(3) سوار محمد وحيد الدين، شرح القانون المدني-الحقوق العينية الأصلية، ص671.

يشترط في التصرف حتى يعد سبباً صحيحاً أن يكون عملاً قانونياً من طبيعته نقل الملكية أو الحق العيني كالبيع والمقايضة والهبة والوصية والعقود المنشئة لحقوق الانتفاع والارتفاق وعلى هذا لا تعتبر التصرفات التالية أسباباً صحيحة⁽¹⁾.

أ- **التصرف الكاشف عن الحق أو المقرر له:** كالقسمة التي لا تعتبر ناقلة للحق وإنما هي كاشفة عنه وكذلك الصلح باعتباره كاشف عن الحق والأحكام كونها مقررة للحق.

ب- **التصرف غير المسجل:** باعتباره لا ينقل الملكية ولو صدر من المالك.

- **التصرف الباطل أو القابل للإبطال:** ليس للتصرف الباطل وجود قانوني لهذا لا تنتقل الملكية أو الحق العيني بموجبه ولو كان مسجلاً ومن ثم فإنه لا يصلح سبباً صحيحاً. أما التصرف القابل للإبطال فإنه يقع صحيحاً ومنتجاً لآثاره وبطل كذلك إلى أن يحكم بإبطاله.

- **التصرف الصوري:** إذا كان العقد الذي يستند إليه الحائز عقداً صورياً أي عقد غير موجود في الحقيقة والواقع أو كان ظاهراً عقداً نقل لم يجز الاستناد إليه كسبب صحيح.

- **التصرف الظني:** السند الظني هو ذلك الذي يعتقد الحائز بوجوده ولكنه في الحقيقة ليس له وجود أو لم يعد له وجود لذلك لا يصلح سبباً صحيحاً.

- **التصرف المعلق على شرط:** لا يعتبر سبباً صحيحاً التصرف المعلق على شرط واقف إلا من وقت تحقق الشرط لأنه ليس من شأنه أن ينقل الملكية ولو كان قد صدر من المالك.

3- **يجب أن يكون السند الصحيح مشهوراً:**

وقد نصت على هذا الشرط المادة "3/828" م ج بقولها: "والسند الصحيح هو تصرف يصدر عن شخص لا يكون مالكاً للشيء أو صاحباً للحق المراد كسبه بالتقادم و يجب إشهار السند".

(1) الشواربي عبد الحميد، أسامة عثمان، أحكام التقادم في ضوء القضاء والفقهاء، ص 123-124.

فالعقد غير المشهر لا ينقل الملكية في القانون الجزائري فهو لا يصلح أن يكون سنداً صحيحاً لأن المراد بالسند الصحيح هو السند الذي يؤدي إلى نقل الملكية والذي كان ينقلها فعلاً لو أن ناقل الملكية كان مالكا للشيء⁽¹⁾.

فقد نصت المادة "793"م ج على أنه: "لا تنتقل الملكية والحقوق العينية الأخرى في العقار سواء كان ذلك بين المتعاقدين أم حق الغير إلا إذا روعيت الإجراءات التي ينص عليها القانون وبالأخص القوانين التي تدير مصلحة شهر العقار".

وتنص المادة "15" من الأمر رقم "74-75" المنظم للشهر العقاري بالجزائر المؤرخ في 1975/11/12 على ما يلي: "كل حق ملكية وكل حق عيني آخر يتعلق بعقار لا وجود له بالنسبة للغير إلا من تاريخ إشهارة في مجموعة البطاقات العقارية غير أن نقل الملكية عن طريق الوفاة يسري مفعوله من يوم وفاة أصحاب الحقوق العينية".

كما تنص المادة "16" من نفس الأمر على "إن العقود الإدارية والاتفاقات التي ترمي إلى إنشاء أو نقل أو تصريح أو تعديل أو انقضاء حق عيني لا يكون لها أثر حتى بين الأطراف إلا من تاريخ نشرها في مجموعة البطاقات العقارية".

و يتضح من النصين المذكورين أن المشرع الجزائري اشترط الشهر في العقد الناقل للملكية العقارية وإلا فلا يكون له أثر لا فيما بين المتعاقدين ولا بالنسبة للغير.

وبالتالي فإن القانون الجزائري يعتبر العقد غير المشهر لا ينقل الملكية بطبيعته ولو كان صادراً من المالك الحقيقي⁽²⁾.

4- يجب أن يكون السند الصحيح صادراً من غير المالك:

إذا كان السبب الصحيح تصرفاً فيشترط فيه أن يكون صادراً من غير المالك أو صاحب الحق العيني محل الحيازة ذلك لأن التقادم القصير يقتصر غرضه على تغطية العيب الناجم من عدم ملكية المتصرف فهو لا يؤدي إلى زوال العيوب الأخرى التي تلحق المتصرف⁽³⁾ إذ أن هذا النظام قد شرع لحماية من تعامل مع شخص لم تثبت ملكية العقار له أصلاً أو تثبت له هذه الملكية ثم زالت عنه بأثر رجعي نتيجة بطلان التصرف الصادر إليه

(1) زواوي فريدة، الحيازة و التقادم، ص 109.

(2) زواوي فريدة، الحيازة و التقادم، ص 110.

(3) الصدة عبد المنعم، الحقوق العينية الأصلية، ص 656.

من المالك الحقيقي أو فسخه فالتقادم القصير من شأنه تثبيت ملكية الحائز حسن النية وتأمينه إذا صدر إليه التصرف من غير المالك أما الحائز الذي يتلقى ملكية العقار من نفس المالك فلا يحتاج لمثل هذه الحماية فمن تلقى الملكية بمقتضى تصرف صادر من المالك وكان هذا التصرف مشوباً بعيب أو مهدداً بالفسخ المرجع في ذلك لقواعد البطلان أو الفسخ ولا يحتاج المتصرف إليه (الحائز) الاستناد إلى هذا التصرف للاحتجاج بالأثر المكسب للملكية بالتقادم القصير للرد على دعوى الإبطال أو الفسخ لأن هذا التصرف ليس سبباً صحيحاً لصدوره من المالك وعلى ذلك فإذا باع المالك العقار مرتين لشخصين سجل أحدهما عقده وحاز الآخر الذي لم يسجل عقده العقار خمس سنوات فلا محل هنا لتطبيق التقادم القصير وإنما يجري التفاضل بين المشتريين على أساس الأسبقية في التسجيل⁽¹⁾.

إثبات السند الصحيح:

يعد السبب الصحيح في التقادم القصير شرطاً متميزاً أو مستقلاً عن حسن النية وليس عنصراً من عناصر حسن النية فإذا كان حسن النية يقوم على اعتقاد الحائز أنه تلقى العقار من مالكة بمقتضى سبب صحيح إلا أن هذا الاعتقاد وحده بوجود السبب الصحيح لا يكفي لتوفر الشرط لذلك كانت القاعدة هي عدم افتراض وجود السبب الصحيح كما يفترض حسن النية فكان الواجب إثبات السبب الصحيح ويقع عبء الإثبات على الحائز الذي يريد التمسك بالتقادم ويكون طبقاً للقواعد العامة في الإثبات فإذا كان السند الصحيح بيع عقار مثلاً فيجب على الحائز أن يثبت ليس فقط وجود هذا السند وإنما أيضاً أنه مشهر طبقاً لما يقضي به القانون⁽²⁾.

ثانياً - حسن النية:

يشترط أيضاً إلى جانب السبب الصحيح في التملك بالتقادم المكسب القصير توافر حسن النية عند الحائز وفي ذلك تقول المادة "1/828" م ج: "إذا وقعت الحيازة على عقار أو على حق عيني عقاري وكانت مقترنة بحسن نية ومستندة في الوقت نفسه إلى سند صحيح فإن مدة التقادم المكسب تكون عشر سنوات".

(1) عدلي أمير خالد، تملك العقارات بوضع اليد، ص 341-342.

(2) أبو السعود رمضان، الوجيز في الحقوق العينية الأصلية، ص 407.

فمعنى حسن النية على وجه التحديد هو غلط يقع فيه الحائز يدفعه إلى الاعتقاد بأن المتصرف هو مالك العقار أو صاحب الحق أي أنه تلقى الملكية من المالك أو الحق من صاحبه (1).

وفي هذا الصدد تنص المادة "1/824"م ج على ما يلي: "يفرض حسن النية لمن يحوز حقاً وهو يجهل أنه يتعدى على حق الغير إلا إذا كان هذا الجهل ناشئاً عن خطأ جسيم".

فإذا اشترى الشخص أحد العقارات المكونة لمجموع التركة من أحد الورثة قبل القسمة فيعتبر سيء النية لأنه كان من الواجب عليه افتراض أن العقار قد لا يقع في نصيب الوارث المتصرف (2).

وقد يكون الغلط الذي يقع فيه الحائز غلطاً في الواقع كأن يتعامل شخص مع مالك سابق للعقار تكون ملكيته قد فسخت أو أبطلت والحائز يجهل ذلك ويعتقد أن المتصرف لا يزال مالكا للعقار أو أن يتعامل مع مجرد حائز للعقار حسن النية أو سيء النية وهو يعتقد أن هذا الحائز يملك العقار بسبب أو بآخر كما قد يكون الغلط الذي وقع فيه الحائز غلط في القانون كأن يتعامل الحائز مع شخص سند ملكيته للعقار هبة في صورة بيع وهو سند عرفي فاعتقد أن العقد صحيحاً بينما يشترط المشرع الجزائري الرسمية لانعقاد بيع العقار (3).

وقد وضع المشرع الجزائري في المادتين "1/824" و "815"م ج (4) معيارين في تحديد حسن النية معيار شخصي ومعيار موضوعي.

فالمعيار الشخصي ينظر فيه إلى مدى ما يقوم في نفس الحائز من اعتقاد فيما يتعلق بصفة الشخص الذي يتعامل معه فيعتبر الحائز حسن النية إذا كان يعتقد أنه يتلقى العقار من المالك الحقيقي له أو صاحب الحق العيني عليه ويجب أن يكون هذا الاعتقاد تاماً بحيث إذا ساور الحائز أدنى شك في هذا الشأن كان سيء النية (5).

(1) السنهوري عبد الرزاق، الوسيط في شرح القانون المدني، [1105/9].

(2) زواوي فريدة، الحيازة و التقادم، ص111.

(3) السنهوري عبد الرزاق، الوسيط في شرح القانون المدني، [1107-1106/9].

(4) تنص المادة "815"مدني جزائري على ما يلي: « تزول الحيازة إذا تخلى الحائز عن سيطرته الفعلية على

الحق، أي إذا فقد هذه السيطرة بأي طريقة أخرى.»

(5) الصدة عبد المنعم، الحقوق العينية الأصلية، ص634.

أما المعيار الموضوعي فتضمنته المادة "1/824"م ج السابقة الذكر التي تعتبر الحائز سيء النية إذا كان جهله لا اعتدائه على حق الغير ناشئاً عن خطأ جسيم.

والخطأ الجسيم هو الذي لا يقع فيه أقل الناس عناية واحتياطاً⁽¹⁾.

كما وضع المشرع الجزائري معياراً موضوعياً آخر في المادة "2/825"م ج التي تقضي بما يلي: "...ويعد سيء النية من اغتصب حيازة الغير بالإكراه".

والأخذ بالمعيار الموضوعي يؤدي إلى تفادي النتائج غير المنطقية التي يؤدي إليها الأخذ بالمعيار الشخصي وحده إذ يؤدي هذا المعيار إلى ترجيح مصلحة الحائز الغاصب على مصلحة المالك الحقيقي وتجدر الإشارة إلى أن علم الحائز بعيوب السند لا ينفي حسن النية لديه بل هناك عيب واحد يجب أن يجهله الحائز وهو أن السند صادر من غير المالك أما العيوب الأخرى التي تشوب السند الصحيح كالتصرف القابل للإبطال لنقص الأهلية أو العيب في الرضا أو القابل للفسخ أو المعلق على شرط فاسخ فهذه العيوب لا تمنع من أن يكون المتصرف له (الحائز) حسن النية⁽²⁾.

الوقت الذي يشترط فيه توافر حسن النية:

تنص المادة "2/828"م ج على أنه: "لا يشترط توافر حسن النية إلا وقت تلقي الحق".

فيكفي توافر حسن النية وقت تلقي الحق ولا يهم أن يصبح الحائز سيء النية فيما بعد وينتقل الحق في القانون الجزائري بالشهر فيكفي توافر حسن النية عند الشهر⁽³⁾.

وبما أن الحائز السابق في موضوعنا غير مالك فلا يمكن أن ينتقل الحق بموجب السند الصحيح إلى الحائز الحالي ومن ثم يكون المقصود بوقت تلقي الحق الوقت الذي كان ينتقل فيه إلى الحائز الحالي لو أن سلفه كان مالكاً.

وإذا كان التقادم القصير ومدته عشر سنوات لا يرد إلا على العقار فإن هذا الوقت يكون هو الوقت الذي يحدده القانون لانتقال الحق العقاري⁽¹⁾.

(1) أبو السعود رمضان، الوجيز في الحقوق العينية الأصلية، ص 634.

(2) زواوي فريدة، الحيازة و التقادم، ص 112.

(3) زواوي فريدة، الحيازة و التقادم، ص 113.

إثبات حسن النية:

تنص المادة "824"م ج على ما يلي: "يفترض حسن النية دائماً حتى يقوم الدليل على العكس".

فحسن النية دائماً مفترض حتى في حالة الغلط في القانون على الرغم من أن هذا الأمر متعارض مع المبدأ القائل بأنه ليس لأحد أن يدعي جهله للقانون⁽²⁾ إلا أنه يبقى حسن النية لدى الحائز معتبراً ما لم يقدّم الدليل على خلاف ذلك أخذاً بالقاعدة القائلة بأن «الأصل براءة الذمة»⁽³⁾.

وعلى ذلك إذا ادعى المالك الذي يتمسك الحائز بالتقادم القصير في مواجهته، بأن الحائز سيء النية فعليه أن يثبت ذلك فمثلاً عليه أن يثبت أن الحائز كان يعلم وقت انتقال الحق إليه أن المتصرف غير مالك لما تصرف أو أن يثبت أن جهل الحائز بعدم ملكية المتصرف إنما كان ناشئاً عن خطأ جسيم لا يغتفر أو أن يثبت أنه -أي الحائز- قد اغتصب الحيازة بالإكراه وللمالك الحقيقي هذا الإثبات بكافة طرقه وذلك لأن سوء النية واقعة مادية فيجوز إثباتها بالبينة والقرائن⁽⁴⁾.

ويلاحظ أن المادة "826"م ج تقضي بأن: "تبقى الحيازة محتفظة على الصفة التي كانت عليها وقت كسبها ما لم يقدّم الدليل على خلاف ذلك".

وبناء على هذا إذا كانت الحيازة قد بدأت قبل بدء سريان التقادم القصير بسوء نية كما في حالة وضع الشخص يده على عقار يعلم أنه ليس مملوكاً له ثم اشتراه بعد ذلك وشهر عقد البيع فتبقى الحيازة كما كانت-في الأصل- بسوء نية إلى أن يقيم هو الدليل على العكس بأن يثبت أنه كان أحسن النية وقت الشهر⁽⁵⁾.

المطلب الثاني: شروط تقادم الزمان في الشريعة الإسلامية:

وضع فقهاء المذهب المالكي شروط للحيازة باكتمالها تصح الحيازة ويترتب عليها أثرها فإذا تخلفت هذه الشروط أو بعضها لا تنفع الحائز حيازته ولا يترتب عليها أثرها مهما

(1) الصدة عبد المنعم، الحقوق العينية الأصلية، ص638.

(2) زواوي فريدة، الحيازة و التقادم، ص113.

(3) سوار محمد وحيد الدين، شرح القانون المدني-الحقوق العينية الأصلية-، ص668.

(4) أبو السعود رمضان، الوجيز في الحقوق العينية الأصلية، ص413.

(5) أبو السعود رمضان، الوجيز في الحقوق العينية الأصلية، ص413-414.

طال الزمان لذلك سوف نحاول التعرض لهذه الشروط مع تبين ما ورد في شأنها عند الأحناف فيما تعرضوا له منها باعتبارهم أقرب المذاهب للمالكية في تكيف مسألة مرور الزمن.

1- تصرف الحائز:

يحرص فقهاء المذهب المالكي على أن يكون التصرف في الشيء كتصرف المالك في ملكه⁽¹⁾ فقد جاء في المدونة: "بالنسبة لدار في يد رجل يحوزها ويمنعها ويكرها ويهدم ويبني..."⁽²⁾.

والحيازة تكون بثلاثة أشياء أضعفها السكنى والإزدراع ويلبها الهدم والبنيان والغرس والاستغلال ويلبها التقويت بالبيع والهبة والصدقة... وما أشبه ذلك مما لا يفعله الرجل إلا في ماله كالسكنى فيما يسكن والإزدراع فيما يزرع⁽³⁾.

وبالتالي فحائز العقار يشترط لصحة حيازته أن يقوم بهذه التصرفات أو بعضها كونها تظهر بمظهر المالك لهذا العقار.

والأحناف يشترطون لصحة وضع اليد المانعة من سماع الدعوى تصرف المدعى عليه في الشيء المدعى به لأن اليد في العقار لا تثبت بالكون فيه وإنما تثبت بالتصرف فيه⁽⁴⁾.

ونقل صاحب (حاشية قرّة عيون الأختيار تكملة رد المختار) كلاماً في هذا المعنى بقوله: "وعلى هذا لو ادعى على آخر داراً مثلاً وكان المدعى عليه متصرفاً فيها هدماً وبناءاً ومدة ثلاثين سنة وسواء فيه الوقف والملك ولو بلا نهى سلطاني أو خمس عشرة سنة ولو بلا هدم وبناء فيهما والمدعي مطلع على التصرف في الصور الثلاث مشاهد له في بلدة واحدة ولم يدع ولم يمنعه من الدعوى مانع شرعي لا تسمع عليه أما الأول فلاطلاع على تصرفه هدماً وبناءاً وسكوته وهو مانع من الدعوى كما عرفت وأما الثاني فتركه الدعوى للمدة المزبورة وسكوته وهو دليل على عدم الحق له ولأن صحة الدعوى شرط لصحة القضاء والمنع منه حكم اجتهادي كما علمت وأما الثالث فالمنع من السلطان نصره الرحمن قضائه في

(1) العدوي علي بن مكرم الله، حاشية العدوي، [484/2].

(2) مالك، المدونة الكبرى، [71/9].

(3) ابن رشد، البيان والتحصيل، [147/11].

(4) الكاساني، بدائع الصانع في ترتيب الشرائع، [383/5].

سائر ممالكه عن سماعها بعد خمس عشرة سنة إذا كان تركها لغير عذر شرعي في الملك لا لكون التقادم يبطل الحق بدليل أن الحق باق ويلزمه لو أقر به في مجلس القاضي⁽¹⁾.

مما يفهم من هذا النص أن هناك ثلاث صور لتصرف المدعى عليه في الدار:

الصورة الأولى: أن يتصرف فيها بالهدم والبناء مع حضور المدعى معه بالبلد وعدم اعتراضه بلا عذر شرعي في هذه الحالة لا تسمع دعوى المدعي لأن تصرف المدعي عليه بالهدم والبناء في حضور المدعي وسكوته بلا عذر شرعي مانع له من سماع الدعوى ولا يشترط مضي خمس عشرة سنة في حالة التصرف بالهدم والبناء في حضور المدعي وسكوته بلا عذر.

الصورة الثانية: أن يتصرف فيها بلا هدم وبناء لمدة ثلاثين سنة بمعنى أن يتصرف فيها بالتصرفات التي دون الهدم و البناء كالسكن والإعارة والإجارة في هذه الحالة يمنع المدعي من سماع الدعوى لأن تركه الدعوى تلك المدة فيه دليل على عدم الحق لأن صحة الدعوى شرط لصحة القضاء وهذا المنع اجتهادي أي باجتهاد الفقهاء.

الصورة الثالثة: أن يتصرف فيها بلا هدم ولا بناء مدة خمس عشرة سنة مع حضور المدعي وسكوته بلا عذر وفي هذه الحالة يمنع سماع دعوى المدعي والمنع هنا يكون من السلطان بمعنى أنه هو الذي قام بمنع قضائه من سماع الدعوى بعد مضي خمس عشرة سنة.

2- ادعاء الحائز للملكية:

يشترط فقهاء المالكية إلى جانب الحيازة ادعاء الحائز ملكية الشيء المحاز لأن مجرد الحيازة لا تنفع الحائز عندهم ولو طال زمانها.

يقول الزرقاني⁽²⁾: "ومن شروطها أيضا أن يدعي الحائز ملك الشيء المحاز أي ولو مرة وأما إن لم يكن له صحة إلا مجرد الحوز فلا ينفعه"⁽¹⁾.

(1) محمد علاء الدين اقتدى، حاشية قره عيون الأخيار تكملة رد المحتار على الدر المختار، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط1/1415-1994، [656-655/11].

(2) هو: أبو محمد عبد الباقي بن يوسف بن أحمد الزرقاني، شرف العلماء ومرجع المالكية والفضلاء، ولد في مصر سنة 1020هـ، أخذ عن النور الأجهوري والشبرملي والبابلي، ومن تلامذته ابنه محمد وأبو عبد الله القيرواني وغيرهم، من مؤلفاته: شرح على مختصر خليل بن إسحاق، وشرح على مقدمة العزبية، وشرح على خطبة خليل، توفي سنة 1099هـ/1687م.
انظر: [شجرة النور الزكية: 441/1، كحالة، معجم المؤلفين: 76/5].

ووافقه الدسوقي في قوله: "وبقي شرط خامس وهو أن يدعي الحائز وقت المنازعة ملك الشيء المحازر وأما إذا لم يكن له حجة إلا مجرد الحوز فلا ينفعه" (2).

يتبين من ظاهر النصوص ربط الفقهاء الحيازة بإدعاء الملك مما يدل على قوة الصلة التكاملية بينهما مع عدم اشتراطهم أن تكون دعوى الحائز الملك مستمرة من بداية الحيازة لحين وقت المنازعة بل تكفى دعواه وقت المنازعة وإن لم يسبق له دعوى الملك ويؤيد هذا الفهم قول الخرشي «وبقي من شروط الحيازة أن يدعي الحائز ملكية الموضع المحازر أي ولو مرة» (3).

واختلف فقهاء المالكية فيما إذا كان الحائز يكلف ببيان سبب ملكه أم يكفي بمجرد الدعوى على أن المعتمد في المذهب قول ابن أبي زمنين وهو أن الحائز لا يطالب ببيان سبب الملك بل يكفي مجرد ادعائه الملك خلافا لبعض الفقهاء الذين ذهبوا إلى أنه لا بد من اشتراط بيان سبب الملك (4).

فيما حاول البعض الجمع بين الرأيين بقولهم إن لم يثبت أصل الملك للمدعى لم يطالب الحائز ببيان سبب الملك وإن ثبت أصل الملك للمدعى طوالب الحائز بالبيان (5).

وهو ما وضعه صاحب **(البهجة في شرح التحفة)** بقوله: " (بحق) أي بوجه شرعي ... ويدخل في الشرعي ما إذا قال اشتريت منه أو من أبيه أو وهبه لي على ما أورثته أو اشتريته منه وأما إذا لم يقل شيئاً من ذلك كله كما هو ظاهره إذ الحائز لا يكلف ببيان وجه ملكه هو بأي سبب صار له لأنه يقول: ملكته بأمر لا أريد إظهاره كما اقتصر عليه ابن يوسف وكما لابن أبي زمنين وغيره خلافا لما جزم به ابن رشد من أنه لا بد من بيان سبب ملكه من شراء أو إرث قال: وأما مجرد دعوى الملك دون أن يدعي شيئاً من هذا فلا ينتفع به مع الحيازة إذا ثبت أصل الملك لغيره" (6).

(1) الزرقاني عبد الباقي يوسف بن أحمد، شرح الزرقاني على مختصر سيدي خليل، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط1/1422-2002، [415/7].

(2) الدسوقي محمد بن عرفة، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، [171/6].

(3) الخرشي، حاشية الخرشي على مختصر سيدي خليل، [130/8].

(4) الدسوقي محمد بن عرفة، حاشية الدسوقي [171/6].

(5) الزرقاني عبد الباقي، شرح الزرقاني على مختصر سيدي خليل، وبهامشه حاشية محمد بن الحسن بن مسعود البناني، بعنوان: الفتح الرباني فيما ذهل عنه الزرقاني، [416/7].

(6) التسولي علي، البهجة في شرح التحفة، [417/2].

3- حضور المحوز عليه:

يشترط فقهاء المالكية لصحة الحيازة أن يكون المحوز عليه حاضراً يرى الحائز يحوز ماله ومع ذلك سكت عن المطالبة بحقه دون عذر شرعي فإن حقه يسقط في المطالبة إذا انقضت مدة الحيازة فالإمام مالك - رحمة الله عليه - أورد في إجابته على السؤال الذي وجه إليه بخصوص الدار التي فيها يد رجل لمدة عشر سنين يحوزها ما يلي: "إذا كان حاضراً يراه يبني ويهدم ويكري فلا حجة له"⁽¹⁾. ووافقه الشيخ خليل في قوله: "ثم ادعى حاضر ساكت بلا مانع عشر سنين لم تسمع ولا بينته"⁽²⁾ وهو ما وضحه ربيعة في قوله: "ولا حيازة على غائب"⁽³⁾.

وقد اختلف الفقهاء في تحديد مدة القرب والبعد فتباينت اجتهاداتهم على حسب تكيف كل واحد منهم للمسافة التي يعد الشخص إذا استغرقها في حكم الغائب وذلك بالاستناد إلى الوسائل المتاحة عندهم للسير في عصرهم المعهودة في زمانهم.

يقول صاحب الشرح الكبير: "ثم ادعى حاضر) بالبلد ولو حكماً كمن على مسافة يومين فإن بعدت كمن على جمعة فله القيام متى قدم مطلقاً كالأربعة فثبت عذره عن القدوم أو التوكيل فإن جهل أمره فكذلك عند ابن القاسم وقال ابن حبيب: يسقط حقه باختلافهما في القرية كالأربعة مع جهل الحال"⁽⁴⁾ وعلق عليه الدسوقي بالشرح والتبيين بقوله: "(بالبلد) أي مع الحائز قولاً (كمن على جمعة) أي سبعة أيام قوله (مطلقاً) سواء ثبت عذره عن القدوم والتوكيل بالنية أم لا قوله (فكذلك) أي له القيام متى قدم وقوله (فإن جهل) أي لم يعلم هل منعه من القدوم عذر أم لا"⁽⁵⁾.

فعلى هذا القول الغياب الذي هو في حكم الحضور فهو غياب يومين أما إذا زاد على اليومين يعتبر غياباً كأسبوع أو أربعة أيام فلا يسقط حقه متى قدم عذراً مقبولاً على عدم حضوره أو توكيله وإن لم يتبين عذره فهو على حقه وهو ما نسب لابن القاسم ويرى ابن حبيب أن حقه يسقط.

(1) مالك، المدونة الكبرى، [71/9]

(2) خليل بن إسحاق، مختصر خليل، ص272.

(3) مالك، المدونة الكبرى، [272/9]

(4) الدردير، الشرح الكبير على هامش حاشية الدسوقي، [169/6].

(5) الدسوقي محمد بن عرفة، حاشية الدسوقي، [169/6].

وأورد صاحب (تبصرة الحكام) ثلاثة أقوال لابن القاسم في المسألة بقوله: "قال ابن حبيب⁽¹⁾: واخبرني حسين عن ابن القاسم وابن وهب وابن نافع وأصبع ومطرف في الغائب يحاز عليه ماله وهو على مسيرة دون السبعة أيام يريد كالخمسة فإن علم في غيبته بما حيز عليه من ماله فلم يقدم ولم يوكل حتى طال زمان ذلك فهو كالحاضر إلا أن يكون له عذر مثل أن يكون في يد دعوة أو من وراء بحر أو يكون ضعيفاً أو مختلاً أو امرأة محجوبة أو غير محجوبة وما أشبه ذلك من العذر فيكون على حقه أبداً وإن شهد في غيبة على عذره وأنه غير تارك لحقه إلا لما يذكر من عذره كان ذلك أوثق له عندنا وقد يكون للغائب وإن قربت غيبته معاذير يعذر بها إذا ظهرت قال ابن حبيب: ثم رجع ابن القاسم فقال: أرى الغائب على مسيرة الثلاثة الأيام والأربعة معذوراً في غيبته وإن علم بما حيز عليه وإن لم يكن ضعيفاً في بدنه ولا مختلاً في عقله وأراه على حقه أبداً ما زال غائباً لأنه قد يكون للغائب معاذير لا تعرف وقوله الأول عندي أحسن وهو الذي اجتمع عليه كبار أصحاب مالك وفي العتبية رواية عن ابن القاسم أن الثمانية أيام في حكم القريب"⁽²⁾.

يتبين من هذا النص أن أقوال ابن القاسم⁽³⁾ في الغائب الذي هو في حكم الحاضر هي كما يلي:

1- مدة الغائب دون السبعة الأيام كالخمسة والستة يكون فيها الغائب في حكم الحاضر وهو قول ابن وهب وابن نافع⁽⁴⁾ وأصبع ومطرف واستحسنه ابن حبيب.

(1) هو: أبو مروان عبد الملك بن حبيب بن سليمان بن هارون السلمي الإلبيري القرطبي، عالم الأندلس وفقهها في عصره، أصله من طليطة من بني سليم، ولد في البيرة سنة 174هـ/790م، وسكن قرطبة وزار مصر ثم عاد إلى الأندلس، كان عالماً بالتاريخ والأدب، رأساً في فقه المالكية، توفي سنة 238هـ/853م، وصلى عليه القاضي أحمد بن زياد، له تصانيف كثيرة من بينها: حروب الإسلام، طبقات الفقهاء والتابعين، تفسير موطأ مالك، طبقات المحدثين، مصابيح الهدى، الفرائض. انظر: [الأعلام: 157/4، الديباج المذهب: 252-256].

(2) ابن فرحون، تبصرة الحكام، [2/89-90].
(3) هو: أبو عبد الله عبد الرحمن بن القاسم العتقي المصري، الشيخ الحافظ الحجة الفقيه، ولد سنة (133هـ أو 128هـ)، يعتبر أثبت الناس في مالك وأعلمهم بأقواله، صحبه عشرين سنة، لم يرو واحد عن مالك الموطأ أثبت منه، توفي بمصر سنة 191هـ/806م.

انظر في تعريفه: [تهذيب التهذيب: 159/5-160، الديباج المذهب: 239-241، شجرة النور الزكية: 88/1].
(4) هو: أبو محمد عبد الله بن نافع، مولى بن مخزوم المعروف بالصائغ، تفقه بمالك ونظرائه، وصحبه أربعين سنة، روى عنه وكان صاحب رأيه، وأصبح مفتي المدينة بعده، كان أمياً لا يكتب، يعتمد على

2- مدة الغياب يومان وما دونها يكون فيها الغائب في حكم الحاضر أما غيابه الثلاثة والأربعة وما فوقها يعتبر عذراً وهو الرأي الذي رجح إليه ابن القاسم بعد أن كان يفتي بالقول الأول وعليه يكون هو القول المعتمد عنده.

3- غياب الثمانية أيام يكون فيها الغائب في حكم الحاضر.

إلى جانب ما ورد هناك قولاً لمطرف وأصبغ- ووافقهما ابن حبيب- يريان فيه أنه يستحب للغائب المحوز عليه إذا علم بحيازة ماله في غيبته أن يشهد أنه على حقه وسوف يطالب به عند عودته ولكنه إن لم يشهد لا يوهن ذلك حجته إلا إذا طال زمان الحيازة مثل السبعين سنة والستين ويكون مع ذلك سماع مستفيض بأنها بيد الحائزين ومن قبلهم حازوها بما تحاز به الأملاك ففي هذه الحالة فقط يكون الغائب في حكم الحاضر وإن طال غيبته⁽¹⁾.

والأحناف يشترطون أيضاً لصحة وضع اليد أن يكون المدعي حاضراً يرى المدعي عليه يحوز ماله ولم يعترض عليه بلا عذر شرعي واستثنوا الغائب والوقف ولم يبينوا له مدة بحيث تسمع من الغائب ولو بعد خمسين سنة فمن المقرر عندهم أن الترك لا يتأتى من الغائب له أو عليه لعدم تأتي الجواب منه بالغبية والعلة خشية التزوير⁽²⁾.

وأورد صاحب (در الحكام شرح مجلة الأحكام) ما نصه: "والمعتبر في مرور الزمن المانع لاستماع الدعوى هو مرور الزمن الواقع بلا عذر أما الذي مر بعذر شرعي ككون المدعي صغيراً أو مجنوناً... أو كان المدعي غائباً... فلا يعتبر وتسمع الدعوى في شأنه"⁽³⁾. ولم يتعرض فقهاء الأحناف إلى مدة الغياب التي يكون فيها الغائب في حكم الحاضر فلا يقبل عذره ولا للمدة التي يعذر فيها الغائب وبالتالي تقبل دعواه بعد تقادم الزمان كما فعل المالكية بل أطلقوا الغياب والحضور فجعلوا كل غائب معذور وتسمع دعواه وكل حاضر لا تسمع دعواه إلا إذا كان له عذر شرعي.

4- علم المحوز عليه بملكه للمال المحاز وعلمه بحيازة الحائز له:

سعة حفظه وقوة فهمه وإدراكه، سمع منه سحنون وكبار أتباع مالك، روى عنه يحيى بن يحيى، له تفسير في الموطأ، توفي بالمدينة سنة 186هـ/802م.

انظر: [شجرة النور الزكية: 84/1، الديباج المذهب: 213].

(1) ابن فرحون، تبصرة الحكام، [90/2].

(2) ابن عابدين، رد المحتار على الدر المختار، [117/8].

(3) حيدر علي، در لحكا شرح مجلة الأحكام، [268/14].

من شروط فقهاء المالكية لصحة الحيابة علم المحوز عليه وهذا الشرط مرتبط بشرط حضور المدعى عليه فقد ذكر صاحب **(البهجة في شرح التحفة)** في هذا المعنى ما يلي: "والقائم حاضر بالغ رشيد لم يمنعه من القيام مانع" ⁽¹⁾ وأورد في تفصيل آخر: "فقوله: مع الحضور أو مع علمه بأنه ملكه وبأنه يتصرف فيه وينسبه لنفسه... واستغنى بالحضور عن العلم بما ذكر لأنه إذا لم يعلم بذلك فكأنه غير حاضر" ⁽²⁾.

وهو ما ذهب إليه صاحب **(تبصرة الحكام)** أي أن العلم دائماً مرتبط بالحضور في شرحه لجملة (حاضراً يراه) بقوله: " لا بد هنا من العلم بشيئين وهما: العلم بأنه ملكه والعلم بأنه يصرف فيه ولا يفيد العلم بأحدهما دون الآخر لأنه إذا علم بالتصرف قد يقول ما علمت أنه ملكي" ⁽³⁾.

قال صاحب **(الرسالة)**: "ومن حاز داراً عن حاضر عشر سنين تنسب إليه وصاحبها حاضر عالم" أي عالم بأنه ملكه وعالم بحيابة هذا ويتصرفه تصرف المالك ويدعوى الحائز الملكية للموضع المحاز" ⁽⁴⁾.

أما إذا كان المحوز عليه غير عالم فهو على حقه مهما قدم الزمان ولا حيابة عليه مهما طال مدة الحيابة ⁽⁵⁾.

5- سكوت المحوز عليه بلا مانع:

يشترط فقهاء المالكية لصحة الحيابة أن يكون المحوز عليه ساكناً لا يعترض على حيابة الحائز لماله لا بقول ولا بفعل وبلا مانع شرعي من خوف أو إكراه أو صغر أو جنون أو سفه أو غيبة ونحو ذلك ويظل على هذا السكوت حتى تنتهي مدة الحيابة فإن دعواه لا تسمع ويسقط حقه في المطالبة.

يقول صاحب كتاب **(بلغة السالك لأقرب المسالك على الشرح الصغير)**: "في شرحه ل(ساكت بلا مانع) له من التكلم ومفهومه أنه لو نازع لم يسقط حقه" ⁽⁶⁾.

ونقل عن صاحب **(مواهب الجليل لشرح مختصر خليل)** في شرحه لقوله (ساكت): "يعني أنه يشترط أيضاً في الحيابة أن يكون المدعي ساكناً في مدة الحيابة واحترز بذلك مما لو تكلم قبل مضي مدة الحيابة فإن حقه لا يبطل" ⁽¹⁾.

(1) التسولي، البهجة في شرح التحفة، [416/2].

(2) التسولي، البهجة في شرح التحفة، [418/2].

(3) ابن فرحون، تبصرة الحكام في أصول الأفضية ومناهج الحكام، [91/2].

(4) أحمد بن غنيم، الفواكه الدواني على رسالة ابن أبي زيد القيرواني، [401/2].

(5) ابن فرحون، تبصرة الحكام، [90/2].

(6) أحمد الصاوي، بلغة السالك لأقرب المسالك على الشرح الصغير للقطب الدردير، [156/4].

وأضاف العدوي بقوله: " (ساكت) أي أنه عالم واحترز به عن المخاصم بين يدي حكم والخصام عند غيره لا عبرة به كما قال الشيخ سالم "(2).

واختلف المالكية في هل يشترط دوام المنازعة أم تكفي المنازعة ولو مرة واحدة أثناء مدة الحيابة وهل يشترط أن تكون المنازعة أمام القاضي أم تكفي المنازعة ولو لم تكن أمام قاضي

قال صاحب (شرح الزرقاني على مختصر سيدي خليل): " (ساكت) فإن نازع الحائز لم يسقط حقه وظاهره ولو في أي وقت من العشر سنين وفي مق(ابن مرزوق) عن سحنون لا بد من دوام المنازعة فيها وظاهره وإن لم تكن عند حاكم وهو ظاهر الشارح وابن ناجي وفي ابن عمر إنها تنفعه إن كانت عند قاض"(3).

وهو ما وضحه صاحب كتاب (البهجة في شرح التحفة) بقوله: " (عن خصام) يتعلق بمحذوف حال أي حال كونه ساكتاً عن خصام فيه ولا مانع يمنعه منه لأنه إذا كان هناك مانع فهو غير ساكت حكماً إذ لا يشترط الشيء إلا مع إمكان وجوده واحترز به عما إذا خصم فإن حقه لا يسقط كما يأتي في قوله (والمدعي إذا أثبت النزاع مع...الخ) وظاهره ولو مرة في أي وقت من العشر سنين وهو ظاهر الوثائق المجموعة والفشتاني وغيرهما حيث قالوا: لا يعلمونه نازعه في ذلك طول المدة المذكورة وهو الذي يجب اعتماده لأن ماهية النزاع تحصل بالمرة الواحدة وبها يختل السكوت المشترط في قطع حجة القائم وبوجود المنازعة مرة تنخرم ماهية الحيابة خلافاً لما في الفلشاني وابن سحنون من أنه لا تنفعه في المنازعة مرة أو مرتين بل حتى يتكرر ذلك منه مراراً فإنه لا يعول عليه كما لابن رحال في شرحه وحاشيته واعتراض الشيخ الرهوني عليه بما لسحنون خلاف ما أطبق عليه أهل التوثيق إذ لو كان يشترط التكرار لما قالوا: لا يعلمون تكرار نزاع فيه ولقال الناظم: وغيره ساكت عن تكرار خصام فيه وهكذا مع أنهم لم يقولوه فدل ذلك على عدم اشتراطه نعم إذا سكت عشر سنين بعد المنازعة فإنه يسقط حقه وظاهر كلامهم أيضاً أن مجرد النزاع كاف

(1) الخطاب الرعيني، مواهب الجليل لشرح مختصر خليل، [277/8].
(2) الخرشي، حاشية الخرشي على مختصر سيدي خليل وبهامشه حاشية علي بن أحمد العدوي على الخرشي، [129/8].
(3) الزرقاني عبد الباقي، شرح الزرقاني على مختصر سيدي خليل، [414/7].

ولو لم يكن عند القاضي وهو كذلك خلافاً لما في ابن عمر من أن المنازعة إذا لم تكن عند القاضي لم ينتفع بها فإنه لا يعول عليه أيضاً وإن زعم الشيخ الرهوني أيضاً أنه الراجح إذ لا دليل له على رجحانه وظاهر كلام الرسالة وغيرها خلافه وعليه اقتصر الزرقاني وغيره ومن تتبع كلامهم وجدهم أطلقوا ولم يقيدوا بكونها عند القاضي أو عند غيره وإطلاقهم حجة واحترز به أيضاً مما إذا كان هناك مانع منعه من الخصام كصغر أو سفه... فإنه مع وجود واحد من هذه الأمور غير ساكت ولا يسقط حقه" (1).

نخلص من هذه النصوص أن فقهاء المالكية متفقون في اشتراط سكوت المحوز عليه طيلة مدة الحيابة بلا عذر شرعي منعه من ذلك لصحة الحيابة فإذا نازع أثناء المدة تنفعه هذه المنازعة ولا يسقط حقه في الدعوى وهو ما نص عليه صاحب كتاب (مواهب الجليل لشرح مختصر خليل) صراحة بقوله: "واحترز بذلك فيما لو تكلم قبل مضي مدة الحيابة فإن حقه لا يبطل" (2) ولكنهم اختلفوا في هل يشترط تكرار المنازعة وهل يشترط أن تكون المخاصمة أمام القاضي

وقد برز في هذا الخلاف الفقيهان التسولي (3) والرهوني:

فيرى التسولي أنه لا يشترط تكرار المنازعة فلو حصلت مرة واحدة قبل انقضاء مدة الحيابة تكفي واعتمد في ذلك على ظاهر خليل والرسالة وقال أنه لو كان التكرار مشروطاً لذكراه فعدم ذكرهما للتكرار يدل على أنه لا يشترط تكرار المنازعة واحتج لذلك بأن ماهية النزاع تحصل بالمرّة الواحدة وبذلك ينعدم السكوت ويحق له المطالبة بحقه.

بينما يرى الرهوني (4) أنه لا بد من تكرار المنازعة ونسب هذا القول لسحنون وقال أن ابن يونس اعتمده فقهاً مسلماً ولم يحك فيه خلافاً.

(1)التسولي، البهجة في شرح التحفة، [420-418/2].

(2)الخطاب الرعيني، مواهب الجليل لشرح مختصر خليل، [277/8].

(3)هو: القاضي أبو الحسن علي بن عبد السلام التسولي، المدعو مديدش، الفقيه النوازلي، أخذ عن الشيخ محمد بن ابراهيم، حمدون بن الحاج وغيرهما، توفي سنة (1258هـ/1842م)، من تأليفه: شرح على التحفة، حاشية على شرح الشيخ التاودي على لامية الزقاق، وشرح الشمل.
انظر: [شجرة النور الزكية: 567/1-568].

(4) هو: أبو عبد الله محمد بن أحمد الرهوني، العلامة المتقن المطلع، عليه دارت الفتوى في المغرب، ولد في ذي القعدة من عام (1159هـ)، أخذ عن الشيخ التاودي، ومحمد الورزازي، ومحمد البناني وغيرهم، ونهل من بحره جماعة منهم الشيخ الهاشمي بن التهامي، والمكي، والمكناسي، توفي سنة (1230هـ/1814م)، من

أما فيما يخص اشتراط المخاصمة أمام القاضي من عدمها فذهب التسولي إلى القول بعدم اشتراط المخاصمة أمام القاضي بل تكفي ولو لو تكن أمام القاضي وعزى ذلك لظاهر الرسالة أما الرهوني فاستند إلى القول بإلزامية أن تكون المخاصمة أمام القاضي اعتماداً على قول عمر .

والتوفيق بين الرأيين يكون على حسب المتعارف عليه مما هو سائد في واقعنا المعاش وعلى ذلك فالقول المختار هو القول الذي يرى أن المنازعة تكفي ولو مرة واحدة قبل انقضاء مدة الحيابة لأن ماهية النزاع تحصل بالمرّة الواحدة كما يقول التسولي ولكن لا بد أن تكون المنازعة أمام القضاء لأن المخاصمة أمام القضاء تثبت جدية المدعي والإنسان لا يقدم على رفع الدعوى للقضاء إلا إذا كان يعتقد اعتقاداً جازماً أن له حقاً فيها أو أن المدعي به ملكه .

أما فقهاء الأحناف فيشترطون لعدم سماع الدعوى بمرور الزمان أن يترك المدعي الدعوى ضد واضع اليد بلا عذر شرعي فلو ادعى في أثناءها تسمع الدعوى ما أشار إليه صاحب كتاب (رد المحتار على الدر المختار) بقوله: "الرابع: عدم سماعها حيث تحقق تركها هذه المدة فلو ادعى في أثناءها لا يمنع بل تسمع دعواه" (1).

كما يرى الأحناف أن الدعوى يشترط فيها أن تكون في مجلس القضاء فإذا رفع المدعي دعواه للقضاء في أثناء المدة المحددة لعدم سماع الدعوى فالمدعي هذه الحالة تسمع دعواه أما إذا طالب واضع اليد بحقه في غير مجلس القضاء ولو تكرر منه الطلب مراراً لا ينفعه ذلك ولا تسمع دعواه بعد انقضاء المدة المحددة لوضع اليد .

يقول صاحب (رد المحتار على الدر المختار): "ورأيت بخط شيخ مشايخنا التركماني في مجموعته أن شرطها أي شرط الدعوى مجلس القاضي فلا تصح الدعوى في مجلس غيره كالشهادة... ومثاله: أن زيداً ترك دعواه على عمرو مدة خمس عشرة سنة ولم يدع عند القاضي بل طالبه بحقه مراراً في غير مجلس القاضي فمقتضى ما مر لا تسمع لعدم شرط

مؤلفاته: حاشية على شرح ميارة الكبير على المرشد المعين، حاشية على شرح الزرقاني على المختصر.

انظر: [شجرة النور الزكية: 541/1]

(1) ابن عابدين، رد المحتار على الدر المختار، [115/8].

الدعوى... أما إذا ادعى عند القاضي مراراً ولم يفصل القاضي الدعوى ومضت المدة المزبورة تسمع" (1).

وفي هذا يتفق رأي الأحناف مع رأي المالكية القائل بأن المخاصمة في غير مجلس القضاء لا تفيد المحوز عليه ولو تكررت مراراً وقد أشرت إلى ترجيحه آنفاً كون القضاء إلى جانب ما ذكر هو السلطة المخولة قانوناً للفصل في الدعوى.

أما الأعداء التي تجيز للمحوز عليه المطالبة بما له بعد انقضاء مدة الحيابة، فهي كثيرة نذكر منها:

أ- الخوف من سطوة الحائز:

يشترط المالكية والحنفية في المحوز عليه عند حيابة الحائز لما له ألا يكون خائفاً من الحائز لأنه لو كان خائفاً من هذا الحائز لا يستطيع منازعته خشية تعرضه لمكروه يأتيه من قبل الحائز الذي يكون ذا سلطة وسطوة أو مستند إلى ذي سطوة فإن كان الحائز كذلك فحق المحوز عليه لا يسقط مهما طال الزمان.

يقول صاحب (مواهب الجليل لشرح مختصر خليل) من المالكية: "فيكون المراد بالمانع في كلامه الخوف أي خوف المدعي من الذي في يده العقار لكونه ذا سلطان" (2).

أما عند الحنفية فيشترط صاحب كتاب (رد المحتار على الدر المختار) ألا يكون المدعي عليه أميراً جائراً حيث يقول: "لأن العذر يشمل ما لو كان المدعي عليه حاكماً ظالماً" (3).

ب- الصغر والسفه والجنون

إذا كان المحوز عليه صغيراً أو سفياً أو مجنوناً فإن الحائز لا تنتفعه الحيابة مهما طال الزمن إلى أن يبلغ الصغير ويرشد السفه ويعقل المجنون فإذا ظل الحائز حائراً لما لهم بعد زوال عوارضهم حتى مضت مدة الحيابة فإن حقهم في المطالبة يسقط في هذه الحالة.

(1) ابن عابدين، رد المحتار على الدر المختار، [116/8].

(2) الخطاب الرعيني، مواهب الجليل لشرح مختصر خليل، [277/8].

(3) محمد أمين، رد المحتار على الدر المختار، [117-116/8].

ومما سبق في بيان هذه الشروط عند المالكية نذكر كلام الدسوقي⁽¹⁾: " (ساكت) عالم (بلا مانع) له من التكلم فإن نازع أو جهل كون الشيء المحاز ملكه أو قام به مانع من إكراه ونحوه لم يسقط حقه ومن العذر الصغر والسفه"⁽²⁾.

ويستطرد صاحب كتاب (تبصرة الحكام): "ألا يكون له عذر مثل أن يكون في يد دعوة أو من وراء بحر أو يكون ضعيفاً أو مختلاً في عقله...وما أشبه ذلك من العذر"⁽³⁾.

أما عند الأحناف فالذي توسع في ذكر هذه الشروط عندهم هو صاحب (رد المحتار على الدر المختار) بحيث أورد في الصغر والجنون ما نصه: "لا تسمع الدعوى بعد ست وثلاثين سنة إلا أن يكون غائباً أو صبيّاً أو مجنوناً وليس لهما ولي"⁽⁴⁾.

فالحنفية فصلوا في هذه النقطة أي في حالة ما إذا كان لهما- الصغير والسفيه- ولياً وسكت عن المطالبة بحقهم أثناء مدة الحيازة هل يعتبر مانعاً من سماع الدعوى بعد زوال عوارضهم أم لا على عكس المالكية الذين لا يعتدون بهذا السكوت على حسب ظاهر النصوص التي ساقوها في إيضاح هذه الأعدار كونهم لم يتعرضوا لهذه الإشكالية.

ويفهم من قوله (ليس لهما ولي) أن الصبي والمجنون إن كان لهما ولي ولم يطالب بحقهما حتى انقضاء مدة الحيازة فإن حقهما يسقط.

ولكن ورد في شرح صاحب (در الحكام شرح مجلة الأحكام) كلام مفاده أنه لا عبرة بسكوت الوصي على الصبي والمجنون والمعتوه وإن لهم رفع الدعوى سواء كان لهم وصي أو لم يكن والنص كما يلي: "وأما مرور الزمن الحاصل بأحد الأعدار الشرعية ككون المدعي صغيراً أو مجنوناً أو معتوهاً سواء كان له وصي أو لم يكن له أو كونه في ديار أخرى مدة السفر

(1) هو: الدسوقي أبو عبد الله بن الشيخ الصالح المتبرك به، محمد بن عرفة الرغمي التونسي، ولد سنة (716هـ)، اشتغل إماماً وخطيباً بجامع تونس الأعظم مدة (50 سنة)، تتلمذ على أيدي الكثيرين، منهم العز بن عبد السلام ومحمد بن هارون والشريف التلمساني، كما اعترف منه جمع غفير، من بينهم البرزلي والإبي وابن فرحون، حج سنة (792هـ)، تولى إمامة الزيتونة عام (756هـ)، والخطابة سنة (772هـ)، والفتيا عام (773هـ)، توفي في جمادى الثانية، من عام (803هـ/1400م)، وقبره موجود بالجلاز، له تاليف عديدة منها: مختصره في الفقه، مختصر لفرائض الحوفي، مختصر في المنطق.

انظر: [الديباج المذهب: 419، كفاية المحتاج: 361-368، شجرة النور الزكية: 326-327].

(2) الدسوقي محمد بن عرفة، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، [169/6].

(3) ابن فرحون، تبصرة الحكام، [90/2].

(4) ابن عابدين، رد المحتار على الدر المختار، [117/8].

أو كان خصمه من المتغلبة فلا اعتبار له فلذلك يعتبر مبدأ مرور الزمن من تاريخ زوال واندفاع العذر" (1).

وهذا هو الرأي الصحيح على ما أعتقد لأن فاقد الأهلية لا ينبغي أن يحاسبوا بأخطاء الأوصياء والقوام لقوله تعالى: **وَلَا تَزِرُ وَازِرَةٌ وِزْرَ أُخْرَىٰ** (2).

ج- حجب الزوجة والبكر غير المعنسة:

وهو شرط معتبر عند المالكية والمرأة المحجوبة هي التي لا يسمح لها زوجها بالخروج من بيتها لمقابلة الناس والاختلاط بهم تكون معذورة في عدم المطالبة بحقها حتى انقضاء مدة الحيضة جاء في شرح صاحب **(البهجة في شرح التحفة)**: "... أو كان المحوز عليه امرأة ذات زوج غيور عليها شديد الضبط لها مانع لها من الخروج كما في المتيطية فإنه مع وجود واحد من هذه الأمور غير ساكت ولا يسقط حقه" (3).

أما في شأن البكر غير المعنسة يقول صاحب كتاب **(تبصرة الحكام)**: "ولا يقطع قيام البكر غير العانس ولا صيام الصغير ولا صيام المولى عليه في رقاب الأملاك ولا في إحداث الاعتمار بحضرتهم إلا أن يبلغ الصغير ويملك نفسه من الولي عليه وتعنس الجارية ويحاز عليهم عشرة أعوام من بعد ذلك وهم عالمون بحقوقهم لا يعترضون من غير عذر فينقطع حينئذ قيامهم" (4).

وهذا العذر غير معتبر عند الحنفية وهو أمر نادر الوقوع في عصرنا بعد أن شاركت المرأة الرجل في جميع الأعمال والوظائف وتطورت وسائل الاتصالات.

د- وجود المال في موضع لا يتيسر فيه زجر المعتدين:

وهذا أمر ينفرد به المذهب المالكي في حالة عدم وجود سلطان يزجر المعتدين يقول الدسوقي: "قوله (ونحوه) من ذلك ما إذا كان الموضع لا يتيسر فيه من يزجر ويرجع إليه ولذا قال ابن عمر الحيضة إنما تكون في موضع الأحكام أما في البادية ونحوها فلا حيضة" (5).

(1) حيدر علي، در الحكام شرح مجلة الأحكام، ص268.

(2) [فاطر/جزء من الآية 18].

(3) التسولي، البهجة في شرح التحفة، [420/2].

(4) ابن فرحون، تبصرة الحكام، [41/2].

(5) الدسوقي محمد بن عرفة، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، [169/6].

هـ- الغيبة البعيدة:

اجتمع في هذا العذر المالكية والحنفية بالاعتداد به والتطرق إليه من الجانبين:

نورد في المذهب المالكي قول ربيعة: "ولا حيازة على غائب"⁽¹⁾.

ونستطرد بما ساقه صاحب كتاب (الشرح الصغير): "وكذا إذا كان المدعي غائباً أو كان حاضراً ومنعه من التكلم مانع فإنها تسمع دعواه وبينته"⁽²⁾.

أما في المذهب الحنفي يقول صاحب (المبسوط): "وهذا كله بناء على أصلنا أن القضاء على الغائب بالبينة لا يجوز"⁽³⁾.

وأضاف صاحب (بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع) بقوله: "ومنها حضرة الخصم فلا تسمع الدعوى والبينة إلا على خصم حاضر"⁽⁴⁾.

6- تحليف الحائز اليمين:

اختلف فقهاء المالكية في اشتراط تحليف الحائز اليمين بعد اكتمال مدة الحيازة فيرى البعض أن الحيازة لا يحتاج معها ليمين من الحائز لأنها كالشهادة القاطعة على الملكية بينما اعتبر البعض الآخر الحيازة بتحقق جميع شروطها كالشاهد الواحد واليمين بمنزلة الشاهد الثاني وبالتالي فالحيازة في نظرهم لا تكتمل إلا بأداء اليمين ليحكم للحائز بثبوت الملك وأساس الخلاف في هذه المسألة يرجع إلى اختلافهم في طبيعة الحيازة هل هي ناقلة ومكسبة للملكية أم دالة عليها فقط

فالقائلون بعدم توجيه اليمين اعتمدوا على قوله: «من حاز شيئاً عشر سنين فهو له»⁽⁵⁾

فهذا الحديث لم يشترط لاستحقاق الملك للحائز غير الحيازة ومضي المدة ولم يوجب يميناً على الحائز.

واستدلوا بقول خليل: "لم تسمع ولا بينته"⁽⁶⁾ فلم يشترط وجوب اليمين على الحائز.

(1) مالك، المدونة الكبرى، [72/9].

(2) الدردير، الشرح الصغير، وبهامشه بلغة السالك لأقرب المسالك على الشرح الصغير، للشيخ أحمد الصاوي، [154/4].

(3) السرخسي شمس الدين، المبسوط، [39/17].

(4) الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، [333/5].

(5) سبق تحريجه، ص44.

(6) خليل بن إسحاق، مختصر خليل، ص272.

يقول صاحب كتاب (الشرح الصغير): " (لم تسمع ولا بينته.) التي أقامها على دعواه واستحقه الحائز لقوله x: «من حاز شيئاً عشر سنين فهو له» (1) وفي المدونة الحيازة كالبينة القاطعة لا يحتاج معها ليمين أي من الحائز وهذا في محض حق الأدمي وأما الوقف فتسمع فيه البينة ولو طال الزمن (2) وهذا واضح في قول صاحب (المدونة): "إذا كان حاضراً يراه يبني ويهدم ويكري فلا حجة له" (3).

أما عن القول الثاني فأورد صاحب كتاب (البيان والتحصيل) ما يلي: "مجرد الحيازة لا ينقل الملك على المحوز عليه إلى الحائز باتفاق ولكنه يدل على الملك كإرخاء الستر ومعرفة العفاس والوكاء وما أشبه ذلك من الأشياء فيكون القول بها قول الحائز مع يمينه. لقول النبي x: «من حاز شيئاً عشر سنين فهو له» (4) لأن المعنى عند أهل العلم في قوله x (هو له) أي أن الحكم يوجبه له بدعواه فإذا حاز الرجل مال غيره في وجهه مدة تكون فيها الحيازة عاملة وهي عشرة أعوام... وادعاء ملكاً لنفسه بابتياح أو هبة أو صدقة وجب أن يكون القول قوله في ذلك مع يمينه" (5).

وأضاف صاحب (تبصرة الحكام) بقوله: " قال ابن يونس: إذا فرعنا على مذهب مالك فمن قضى له بشيء حلف عليه" (6).

يفهم من هذه النصوص أن الحيازة العاملة توجب الملك للحائز إذا ادعى الملكية وحلف اليمين على ذلك أما الحيازة المتجردة عن الدعوى واليمين فلا توجب الملك للحائز لكن تدل عليه فقط وعليه لا تنفع الحائز إلا إذا ادعى الملك وحلف اليمين.

7- استمرار الحيازة:

يشترط المالكية لصحة الحيازة أن يستمر الحائز واضعاً يده على الشيء المحاز سواء كان عقاراً أو حق عيني المدة المقررة لاكتمال الحيازة ولكنهم اختلفوا في تحديد هذه المدة - كما بينا سابقاً - على ثلاثة أقوال:

(1) سبق تخريجه، ص 44.
(2) الدردير، الشرح الصغير، وبهامشه بلغة السالك لأقرب المسالك على الشرح الصغير، للشيخ أحمد الصاوي، [156/4].
(3) مالك، المدونة الكبرى، [71/9].
(4) سبق تخريجه، ص 44.
(5) ابن رشد القرطبي، البيان والتحصيل، [145/11].
(6) ابن فرحون، تبصرة الحكام، [68/2].

فالأول: للإمام مالك-رحمه الله- في المدونة أنها لاتحد بسنين محددة بل باجتهاد الإمام قال: "ما سمعت مالكا يحد عشر سنين ولا غير ذلك ولكن على قدر ما يرى أن هذا قد حازها دون الآخر فيما يكري ويهدم ويبني ويسكن" (1).

والثاني: قول ربيعة(2)تحد بعشر سنين كما قال عبد الجبار عنه أنه قال:"إذا كان الرجل حاضراً وماله في يد غيره فمضت عليه عشر سنين وهو على ذلك كان المال للذي هو في يديه لحيازته إياه عشر سنين" (3).

وبه أخذ ابن القاسم في أحد أقواله وابن وهب وابن عبد الحكم وأصبغ وهو المشهور في المذهب لحديث النبي X المروي عن سعيد بن المسيب وزيد بن أسلم القائل فيه: «من حاز شيئاً عشر سنين فهو له»(4).

أما الرأي الثالث: فهو القول الثاني لابن القاسم حدها بسبع سنين (5).

وفقهاء الأحناف أيضاً تكلموا عن وضع اليد على العقار مع مرور الزمن وقرروا عدم سماع الدعوى من المدعين بعد انقضاء مدة معينة على وضع اليد مع عدم العذر الشرعي للمدعين في رفع الدعوى وقسموا مرور الزمن على وضع اليد إلى نوعين:

الأول: مرور الزمن المعين من قبل السلطان ومدته خمس عشرة سنة باستثناء الوقف والإرث (6).

الثاني: مرور الزمن الذي حكمه اجتهادي أي يقرر حكمه باجتهاد الفقهاء في حالة وضع اليد على أصل الإرث والوقف باستثناء الغائب وأصحاب الأعدار الأخرى من صغر وجنون... وغيرها.

(1) مالك، المدونة الكبرى، [71/9].

(2) هو: أبو عثمان ربيعة بن عبد الرحمن فروخ مولى المكندر، المدني المعروف بريبعة الرأي، مفتي المدينة الإمام الجليل الثقة، أدرك جماعة من الصحابة، منهم أنس-رضي الله عنه-، وأخذ عنه الإمام مالك-رحمة الله عليه- فأعجب بفقهاء وغزارة علمه، حيث قال فيه: "ذهبت حلوة الفقه منذ مات ربيعة الرأي"، انتقل إلى الرفيق الأعلى سنة 136هـ/753م).

انظر: [تهذيب التهذيب: 83/3، شجرة النور الزكية: 70/1].

(3) مالك، المدونة الكبرى، [72/9].

(4) سبق تخريجه، ص44.

(5) عليش محمد، شرح منح الجليل على مختصر خليل، [336/4].

(6) ابن عابدين، رد المحتار على الدر المختار، [114/8]. حيدر علي، در الحكام شرح مجلة الأحكام، [261/14].

وفي شأن تحديد مدته انشطر المذهب إلى قسمين:

- 1- إذا تركت الدعوى ثلاثاً وثلاثين سنة لا تسمع وبه قال المتقدمون من الحنفية.⁽¹⁾
- 2- ما ورد في مجلة الأحكام العدلية والتي قدرتها بست وثلاثين سنة⁽²⁾ وهو للمتأخرين من الحنفية كما أشاد بذلك صاحب كتاب (رد المحتار على الدر المختار) في قوله: "قال المتأخرون من أهل الفتوى لا تسمع الدعوى بعد ست وثلاثين سنة"⁽³⁾.

أ- حساب مدة وضع الحيازة في الشريعة.

تحسب مدة التقادم المكسب في الشريعة الإسلامية بالتاريخ الهجري لأنه هو الموافق للعرف الشرعي وذلك لقوله تعالى: **يَسْأَلُونَكَ عَنِ الْأَهْلِ قُلْ هِيَ مَوَاقِيتُ لِلنَّاسِ وَالْحَجِّ**⁽⁴⁾.

قال قتادة⁽⁵⁾: ذكر لنا أنهم سألوا نبي الله ﷺ لم خلقت هذه الأهلة فأنزل الله هذه الآية أي هي مواقيت للناس لصومهم وحجهم وعدة نسائهم ومحل دينهم⁽⁶⁾.

فقوله تعالى: **عَنِ الْأَهْلِ** جمع هلال وجمع وهو واحد في الحقيقة من حيث كونه هلالاً واحداً في شهر غير كونه هلالاً في آخر وإنما جمع أحواله من الأهلة ويريد بالأهلة شهورها وقد يعبر بالهلال عن الشهر لحلوله فيه أما قوله -عَنْ-: **قُلْ هِيَ مَوَاقِيتُ لِلنَّاسِ وَالْحَجِّ** تبيين لوجه الحكمة في زيادة القمر ونقصانه وهو زوال الإشكال في الآجال والمعاملات والإيمان والحج والعدد والصوم والفطر ومدة الحمل والأكرية إلى غير ذلك من مصالح العباد ونظيره قوله تعالى: **وَجَعَلْنَا اللَّيْلَ وَالنَّهَارَ آيَاتٍ فَمَحَوْنَا آيَةَ اللَّيْلِ**

(1) ابن عابدين، رد المحتار على الدر المختار، [117/8].

(2) حيدر علي، در الحكام شرح مجلة الأحكام، [259/14].

(3) ابن عابدين، رد المحتار على الدر المختار، [117/8].

(4) [البقرة/جزء من الآية 189].

(5) هو: قتادة بن دعامة بن قنادة، حافظ العصر قدوة المفسرين والمحدثين، ولد سنة (60هـ)، وكان من أوعية العلم، وممن يضرب به المثل في قوة الحفظ، روى عن كثير من بينهم عبد الله بن سرجس، وأنس بن مالك، كما روى عنه جماعة من أئمة الإسلام، منهم الأوزاعي، وشعبة بن الحجاج وغيرهم. توفي سنة (118هـ).

انظر: [الذهبي، سير أعلام النبلاء: 90/6-99، تهذيب التهذيب: 482/6].

(6) ابن أبي زمنين، تفسير القرآن العظيم، الفاروق الحديثة للطباعة والنشر، القاهرة، ط1/1423-2002، [204/1].

وَجَعَلْنَا آيَةَ النَّهَارِ مُبْصِرَةً لِّتَبْتَغُوا فَضْلًا مِّن رَّبِّكُمْ وَلِتَعْلَمُوا عَدَدَ السِّنِينَ وَالْحِسَابَ (1)
(2) بين فيه نعمة أخرى على خلقهن وهي معرفتهم عدد السنين والحساب لأنهم باختلاف الليل والنهار يعلمون عدد الأيام والشهور والأعوام (3).

وقال -عَلَيْكُمْ -: هُوَ الَّذِي جَعَلَ الشَّمْسَ ضِيَاءً وَالْقَمَرَ نُورًا وَقَدَّرَهُ مَنَازِلَ لِّتَعْلَمُوا عَدَدَ السِّنِينَ وَالْحِسَابَ (4) أي حساب الشهور والأيام (5).

وقال أيضاً: إِنَّ عِدَّةَ الشُّهُورِ عِنْدَ اللَّهِ اثْنَا عَشَرَ شَهْرًا فِي كِتَابِ اللَّهِ يَوْمَ خَلَقَ السَّمَوَاتِ وَالْأَرْضَ مِنْهَا أَرْبَعَةٌ حُرُمٌ (6) وقد بينت هذه الآية أن عدة الشهور عند الله اثنا عشر شهراً ومنها أربعة حرم هو الدين المستقيم والحساب الصحيح والعدد المستوفي (7).

ومدة التقادم تحسب بالأيام لا بالساعات واليوم في عرف العرب يبدأ بعد غروب شمس اليوم السابق ويختتم بغروب شمس (8) ومن ثم فإن مدة التقادم تبدأ في السريان من غروب شمس اليوم الذي يظهر فيه واضع اليد بمظهر المالك (9).

هذا بالنسبة لبداية اليوم ونهايته أما الشهر فيبدأ بظهور الهلال وفي نفس الوقت نهاية الشهر السابق وفي حالة عدم التمكن من رؤية الهلال يجب حساب الشهر ثلاثين يوماً عملاً بنص حديث النبي: «فإن غم عليكم فأكملوا عدة شعبان ثلاثين يوماً».

أما تحديد بداية السنة الهجرية فتعرف بظهور هلال شهر المحرم الذي يعد بمثابة الشهر الفاصل بين الأعوام أي بدخوله ينتهي العام الماضي وتكمل المدة بغروب شمس آخر

(1) [الإسراء/ 12].

(2) القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، [228/2].

(3) الجكني محمد الأمين بن محمد المختار، أضواء البيان في إيضاح القرآن، دار الكتب العلمية، بيروت-

لبنان، ط1/1417-1996، [339/3]

(4) [يونس/جزء من الآية 05].

(5) ابن عباس، تنوير المقياس من تفسير ابن عباس، دار الكتب العلمية، بيروت- لبنان، ط1/1421-2000،

ص218.

(6) [التوبة/جزء من الآية 36].

(7) الشوكاني محمد علي بن محمد، فتح القدير، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، ط1/1412-1992،

[5251/2].

(8) عدلي أمير خالد، تملك العقارات بوضع اليد، ص407.

(9) حيدر علي، در الحكام شرح مجلة الأحكام، [260/14].

يوم منها إذا كانت المدة قد بدأت في أول المحرم وإذا صار في آخر يوم منها في المدة عطلة رسمية فتمتد المدة إلى أول يوم عمل⁽¹⁾.

ب- ضم مدد الحيازة في حالة تعاقب الحائزين في الشريعة الإسلامية:

لم يتعرض المالكية للخلف الخاص في قضية ضم مدد الحيازة أما فيما يتعلق بالخلف العام نجد آرائهم تباينت بخصوصه إلى قولين:

يرى جمهور المالكية أن مدة حيازة المورث تضاف إلى مدة حيازة الوارث لتكتمل مدة الحيازة فمثلاً إذا حاز المورث خمس سنوات وبعد موته خلفه وارثه في الحيازة خمس سنوات أخرى هذه الحيازة تكتمل بهذا التلقيق ويرى البعض أنها لا تلتق بمعنى لا يضم بعضها لبعض.

يقول صاحب **(البيان والاستحقاق)**: "تضاف مدة حيازة الوارث إلى مدة حيازة المورث مثل أن يكون الوارث قد حاز خمسة أعوام ما كان مورثه قد حاز خمسة أعوام فيكون ذلك حيازة على حاضر"⁽²⁾.

وهو ما نقله صاحب كتاب **(تبصرة الحكام)** وعزى إليه بقوله: "وتضاف مدة حيازة الوارث إلى مدة حيازة الموروث مثل أن يكون الوارث قد حاز خمسة أعوام ومورثه حاز خمسة أعوام فيكون ذلك حيازة على حاضر"⁽³⁾.

ويجوز للخلف واضع اليد أن يضم إلى مدة وضع يده ليس فقط مدة سلفه المباشر بل حتى وضع يد من سبقوه إلى مورث مورثه وهكذا كما في قول الخرشي: "ثم إن مدة عشر السنين تلتق من حيازة الوارث ومورثه وكذا مورث مورثه"⁽⁴⁾.

أما الرأي المخالف الذي يرى أن مدة حيازة الوارث لا تضاف إلى مدة حيازة مورثه فنقله **التسولي** ونسبه إلى ما في المعيار وقال إنه رأي لا يعول عليه ولا يلتفت إليه بعدما أورد القول الأول الذي يرى أن مدة السكوت تلتق بين الوارث ومورثه بقوله: "وأعلم أن مدة الحيازة تلتق بين الوارث والموروث فإذا تصرف الموروث خمساً بالقيود المذكورة ومات ثم

(1) عدلي أمير خالد، تملك العقارات بوضع اليد، ص 408.

(2) ابن رشد القرطبي، البيان والتحصيل، [146/11].

(3) ابن فرحون، تبصرة الحكام، [93/2].

(4) الخرشي، حاشية الخرشي على مختصر سيدي خليل، [130/6].

تصرف وارثه خمساً أيضاً فإن ذلك قاطع لحجة القائم كما لابن رشد وغيره وما في المعيار من أنها لا تلتق لا يعول عليه ولا يلتفت إليه وكما تلتق الحيابة بين وارث وموروث كذلك يلق السكوت من وارث وموروث أيضاً كما في الدر النثير عن أبي الحسن قائلاً : إن الحيابة التي تشهد بنقل الملك لمن ادعاه كما يحكم بها على ساكت واحد كذلك يحكم بها ملفقة من سكوت وارث و مورثه⁽¹⁾.

أما فقهاء الحنفية في تعرضهم لضم مدة مرور الزمن الذي يؤدي إلى عدم سماع الدعوى تناولوا الخلف العام والخلف الخاص على حد سواء.

فأوردت المادة "1670" من مجلة الأحكام العدلية ما يلي: "إذا ترك المورث الدعوى مدة وتركها الوارث أيضاً مدة وبلغ مجموع المدتين حد مرور الزمن فلا تسمع".

وأضافت المادة "1671": "البائع والمشتري والواهب والموهوب كالمورث والوارث مثلاً إذا أحد في عرصه مدة خمس عشرة سنة وسكت صاحب الدار المتصلة بتلك العرصه تلك المدة ثم باع الدار لآخر فإذا ادعى المشتري أن تلك العرصه هي طريق خاص للدار التي اشتراها فلا تسمع دعواه كذلك إذا سكت البائع مدة وسكت المشتري مدة وبلغ مجموع المدتين حد مرور الزمن فلا تسمع دعوى المشتري".

وعلى ذلك فإذا ضمت مدد تصرف الوارث والموروث بالنسبة للخلف العام والبائع والمشتري والواهب والموهوب له بالنسبة للخلف الخاص إلى بعضها وبلغ مجموع المدتين حد مرور الزمن فلا يجوز إقامة الدعوى عليهم من آخر.

فمثلاً: إذا تصرف المورث في عقار ملك مدة ثماني سنوات وتصرف الوارث مدة ثماني سنوات أخرى بلا نزاع فإذا ادعى من سكت هذه المدة بلا عذر أن ذلك العقار هو ملكه فلا تسمع دعواه كذلك بالنسبة للبائع الذي تصرف في عقار مدة تسع سنوات بلا نزاع ثم باعه لآخر وسلمه وتصرف المشتري ست سنوات بلا نزاع فإذا ظهر أحد وأدعى على المشتري أن ذلك العقار ملكه فلا تسمع دعواه ويقاس الواهب والموهوب له على ذلك⁽²⁾.

فما قررته المجلة بالنسبة للخلف العام يتفق مع رأي المالكية الذي أورده التسولي من أن مدة السكوت تلتق بين الوارث و مورثة بمعنى أنه إذا سكت المورث عن الدعوى أو تركها مدة خمس سنوات وبعد وفاته تركها أو سكت عنها الوارث مدة خمس سنوات فإن حق

(1)التسولي، البهجة في شرح التحفة، [421-420/2].

(2) حيدر علي، در لحكام في شرح مجلة الأحكام، [277-276/14].

الوارث سيسقط في الدعوى لاكتمال مدة الحيازة والفرق الوحيد هو أن المجلة تجعل حد مرور الزمن خمس عشرة سنة عملاً برأي الأحناف بينما يحددها (المدة) المالكية بعشر سنوات.

ج- وقف سريان مدة وضع اليد المكتسبة للملكية في الشريعة الإسلامية:

يكون الوقف في حالة ما إذا بدأت الحيازة صحيحة مستوفية لشروطها الشرعية عندما يطرأ على الحائز أو المحوز عليه مانع أو عذر يمنع من أعمال الحيازة لصالح الحائز وعندما يزول المانع أو العذر تعود الحيازة صحيحة مؤثرة⁽¹⁾ فأسباب وقف التقادم تتخذ أشكال عدة:

1- وقف المدة بسبب فقد الأهلية أو نقصها:

تكلم على هذا السبب صاحب كتاب "بلغة السالك لأقرب المسالك". بقوله: "من العذر المانع الصغر والسفه فلا تعتبر فيه مدة الحيازة إلا بعد زوالهما"⁽²⁾. كما ورد في كلام صاحب "تبصرة الحكام" ما يلي: "وإن لم يكن ضعيفاً ولا مختلاً في عقله"⁽³⁾.

وهو ما ساقه صاحب كتاب "رد المختار على الدر المختار" في قوله: "إلا أن يكون المدعى غائباً... أو مجنوناً وليس لهما ولي"⁽⁴⁾.

والظاهر في هذه الأعدار أنه لا مدة لها لأن بقاء العذر وإن طالته مدته يؤكد عدم التزوير فمهما مضى من مدة وضع يد الحائز على العقار وحدث العذر في أثنائها بأن جن المدعي أو غاب ولو خمسين سنة فيجب إسقاط مدة العذر من مجموع المدة الظاهرة⁽⁵⁾.

2- وقف المدة بسبب الغيبة:

(1) عدلي أمير خالد، تملك العقارات يوضع اليد، ص 458

(2) أحمد الصاوي، بلغة السالك لأقرب المسالك، [156/4].

(3) ابن فرحون، تبصرة الحكام، [90/2].

(4) ابن عابد بن، رد المختار على الدر المختار، [117/8].

(5) سليم رستم باز، شرح المجلة، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط 3/د س ن، [990/2].

الغيبية من الأعدار الشرعية التي توقف التقادم وهي الغيبية في بلاد بعيدة بينها وبين العقار موضوع الحيازة مسافة سفر لأن العبرة ببعد المسافة بين الغائب وبين العقار المحوز وتوقف مدة التقادم وقت تحقق الغياب ثم تعود للسريان بعد زوال هذا العذر ثم تضم المدة السابقة لوقف التقادم للمدة اللاحقة لزوال العذر⁽¹⁾.

3- وقف المدة بسبب جهل المحوز عليه لحيازة الحائز لعقاره وتصرفه فيه:

انفراد المالكية باعتبار عدم علم المحوز عليه بحيازة عقاره والتصرف فيه عذر يوقف سريان مدة التقادم فيقول " : " لا بد هنا من العلم بشيئين وهما: العلم بأنه ملكه والعلم بأنه يتصرف فيه ولا يفيد العلم بأحدهما دون الآخر لأنه إذا علم بالتصرف قد يقول ما علمت أنه ملكي " ⁽²⁾.

وهو ما اعتبره صاحب "البهجة في شرح التحفة" بقوله: "وغير العالم بأنه ملكه أو بأنه يتصرف فيه فإن الحيازة لا تعمل عليها... " ⁽³⁾.

وفي هذه الحالة قد يكون المحوز عليه حاضراً ومع ذلك لا يعلم بحيازة ماله عنه أو يعلم بحيازته ولكنه لا يعلم بأن العقار هو ماله لذا وجب العلم بأن العقار المحاز هو عقاره وأن يعلم بالتصرف فيه أما جهل المحوز عليه بالأحكام الشرعية لا يعتبر عذراً مانعاً ما نوه إليه الدسوقي حيث قال: "بخلاف جهله أن الحيازة تسقط الحق وتقطع البينة فإنه لا يعذر بذلك الجهل" ⁽⁴⁾.

4- وقف المدة بسبب العلاقة الزوجية والقرباية وغيرهما من العلاقات.

قيد الفقهاء أعمال الحيازة بعدم وجود مانع يمنع صاحب الحق من المطالبة بحقه ومن الموانع التي توقف سريان التقادم وجود العلاقة الزوجية والقرباية بين الحائز والمحوز عليه⁽⁵⁾ فوجود العلاقة الزوجية تؤدي إلى وقف سريان مدة التقادم وكذلك العلاقة بين الأصول والفروع بشرط أن تكون الصلة بينهما وثيقة مبنية على التسامح والود ومرتبطة بقرائن تؤكد

(1) الخطاب، مواهب الجليل لشرح مختصر خليل، [277/8]. الكاساني، بدائع الصانع، [333/5].

(2) ابن فرحون، تبصرة الحكام، [94/2].

(3) التسولي، البهجة في شرح التحفة، [419/2].

(4) الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، [170/6].

(5) الخطاب، مواهب الجليل، [277/8].

معنى المانع أما إذا كانت العلاقة يغلب عليها المشاحة والشجار والتناجش والتنافر فلا تكون لهذه الرابطة أي أثر في سريان التقادم⁽¹⁾.

5- وقف المدة بسبب سطوة المدعى عليه:

يرى فقهاء الإسلام أن من الأعدار التي توقف سريان التقادم كون الحائز أو المدعى عليه سلطاناً أو صاحب شوكة وسطوة وغلبة⁽²⁾ فيحمل سكوت المدعى على خوفه من الذي في يده العقار لكونه سلطان أو مستند لدى سلطان⁽³⁾ وهو ما أشار إليه الدسوقي بقوله: "ومن ذلك خوف الحاضر من سطوة الحائز أو من سطوة من استند إليه الحائز"⁽⁴⁾.

فخوف المدعى من الحائز يعتبر مانعاً من سريان المدة.

د - انقطاع مدة وضع اليد المكتسبة للملكية في الشريعة الإسلامية.

الانقطاع هو محو ما تم سريانه من مدة التقادم قبل اكتمالها نتيجة لعمل يصدر من الحائز أو من المالك على أن تبدأ مدة جديدة من وقت زوال السبب الذي أدى إلى الانقطاع فهو بذلك يختلف عن الوقف الذي لا يؤثر عن السابقة على العذر ولما كانت الحيابة تحتاج لمظهر مادي يدل عليها ويتعين وجوب إدعاء الحائز ملكيته للعقار⁽⁵⁾ فإن الانقطاع لا يحدث إلا بالإجراءات التالية :

1- انقطاع التقادم بإقرار الحائز بأحقية مالك العقار المحاز.

الإقرار هو أن يخبر الحائز عن أحقية مالك العقار المحاز له وهذا هو إخبار الإنسان عن ثبوت حق لغيره على نفسه⁽⁶⁾ فإن أقر يؤمر بالدفع إلى المدعى لظهور صدق دعواه⁽⁷⁾ لأن الإقرار يوجب الحق بنفسه⁽⁸⁾. لقوله تعالى: **بَلِ الْإِنْسَانُ عَلَىٰ نَفْسِهِ بَصِيرَةٌ**⁽⁹⁾.

(1) ابن فرحون، تبصرة الحكام، [14/2].

(2) أحمد بن غنيم، فواكه الدواني على رسالة بن أبي زيد القيرواني، [402/2].

(3) الحطاب، مواهب الجليل، [277/8].

(4) الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، [169/6].

(5) أحمد بن أمير خالد، تملك العقارات بوضع اليد، [169/6].

(6) واصل نصر فريد، نظرية الدعوى والإثبات في الفقه الإسلامي، دار الشروق، القاهرة، ط1/ 1422-2002، ص29.

(7) الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، [336/5].

(8) السرخسي، المبسوط، [36/17].

(9) [القيامة،/جزء من الآية 14].

والإقرار إما أن يكون صريحاً أو ضمناً فالصريح هو الإقرار المنطوق به من الحائز بملكية المالك الأصلي للعقار الذي يحوزه أما الإقرار الضمني فهو الذي كأن يكون العقار المحاز تحت يد الحائز بسبب كالإسكان على وجه الإجارة أو العارية⁽¹⁾.

2- انقطاع التقادم بالمطالبة بالعقار:

يقطع سريان مدة التقادم أيضاً مطالبة صاحب العقار بعقاره بشرط أن تكون هذه المطالبة قبل انقضاء مدة الحيابة.

فقوله (ساكت) على شرح صاحب "بلغة السالك الأقرب المسالك" يعني أنه: "لو نازع لم يسقط حقه"⁽²⁾ وواقفه صاحب "مواهب الجليل" بقوله (ساكت) يعني أنه يشترط أيضاً في الحيابة أن يكون المدعى ساكناً في مدة الحيابة واحترز بذلك مما لو تكلم قبل مضي مدة الحيابة فإن حقه لا يبطل⁽³⁾.

ووضحه صاحب "تبصرة الحكام" إذ قال: "لو ادعى عليه ما في يديه أنه ماله وملكه قبل أن تتقضي مدة الحيابة عليه في وجهه... يسأل الحائز عما في يديه من أين صار إليه ويكلف البيينة على ذلك"⁽⁴⁾.

والدعوى هي الطلب في حضور القاضي وبمواجهة الخصم بينما يرى البعض أن المطالبة بالعقار تعتبر سبباً قاطعاً لسريان التقادم ولو لم تكن في مجلس القضاء فالمطالبة الودية خارج مجلس القضاء قاطعة لسريان التقادم وبالتالي لم يشترط أصحاب هذا الرأي أن تكون المطالبة بالعقار بدعوى مستقلة⁽⁵⁾.

وعلى ما أرى أنه يتعين أن تكون المطالبة التي تقطع التقادم أمام القضاء لأن القضاء جعل لفض المنازعات وينقطع سريان التقادم بمجرد الطلب ولو لم يفصل فيها القاضي

(1) الدسوقي، حاشية الدسوقي، [171/6]. الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، [336/5].

(2) أحمد الصاوي، بلغة السالك لأقرب المسالك، [156/4].

(3) الخطاب، مواهب الجليل لشرح مختصر خليل، [277/8].

(4) ابن فرحون، تبصرة الحكام، [92/2].

(5) الزرقاني، شرح الزرقاني على مختصر سيدي خليل، [414/7]. التسولي، البهجة في شرح التحفة، [419/2].

فصاحب العقار يستفيد من المطالبة بعقاره في قطع مدة التقادم سواء صدر فيها حكم أو لم يصدر.

:

يحتوي هذا المبحث دائماً وفي إطار دراستي الأكاديمية ومنهجها المقارن مطلبين يتحدث الأول على الآثار التي تترتب على التقادم المكسب في القانون بينما يتكلم الثاني على هذه الخلفيات في الشريعة الإسلامية السمحة.

المطلب الأول: الآثار التي تترتب على التقادم المكسب في القانون المدني الجزائري:

يترتب على التقادم كسب الملكية بأثر رجعي ولا يترتب أثره إلا إذا تمسك به الحائز أو من له مصلحة في ذلك ولا يجوز التنازل عنه مقدماً إلا بعد اكتمال مدته وشروطه.

الفرع الأول: التقادم المكسب سبب لكسب الملكية.

يترتب على التقادم المكسب الطويل أو القصير كسب الحائز ملكية الشيء أو الحق العيني ويستدل على هذا من نص المادة "827" ق م ج: "من حاز منقولاً أو عقاراً أو حقاً عينياً منقولاً كان أو عقاراً دون أن يكون مالكا له أو خاصاً به صار له ذلك ملكاً إذا استمرت حيازته مدة خمس عشرة سنة بدون انقطاع". إذ أن مرور الزمن الطويل يؤدي إلى كسب الحائز ملكية العقار أو الحق العيني.

كما يستخلص من المادة "828/1" ق م ج القائلة: "إذا وقعت الحيازة على عقار أو على حق عيني عقاري وكانت مقترنة بحسن نية ومستندة في الوقت نفسه إلى سند صحيح فإن مدة التقادم المكسب تكون عشر سنوات". أنه إذا كانت الحيازة لدى شخص وكان حسن النية ولديه السبب الصحيح يكسب الملكية أو الحق العيني بمرور الزمن المتطلب في التقادم القصير.

فالتقادم المكسب يعد سبباً لكسب الملكية إذا كان الحائز غير مالك للعين وحازها مدة التقادم الطويل أو القصير وتمسك بالتقادم فإن ملكية العين تنتقل من الشخص الذي كان يملكها وقت بدأ الحيازة إلى الحائز ويصبح هذا الأخير هو المالك استناداً إلى التقادم المكسب⁽¹⁾.

(1) السنهوري عبد الرزاق، الوسيط في شرح القانون المدني، [1071/9].

فالحق الذي يكسبه الحائز بالتقادم هو الحق الذي قامت عليه الحيازة فإذا كان قد ظهر على الشيء محل الحيازة باعتباره مالكا فإن تمسكه بالتقادم يكسبه حق الملكية على ما كان يحوزه طوال مدة التقادم أما إذا كان يظهر عليه بصفته صاحب حق انتفاع أو حق ارتفاق فإنه يكسب حق الارتفاق أو الانتفاع دون حق الملكية وبناء على ذلك من فتح مطلاً على ملك الجار دون مراعاة المسافة القانونية يقتصر حقه على المظل المفتوح فعلاً طوال مدة التقادم ولا يحق أن يفتح آخر استناداً للتقادم⁽¹⁾.

وكسب الحق بالتقادم يتضمن كسب توابعه أيضاً إذا وردت عليها الحيازة وعلى ذلك فمن حاز أرضاً بها أشجار تملك الأرض بما عليها من أشجار إلا إذا كانت الأشجار -التوابع- مستقلة على الأصل فمن يحوز الأشجار فقط مستقلة عن الأصل (الأرض) فإنه يكسب ملكية الأشجار دون الأرض⁽²⁾.

ووسيلة الحائز للتمسك بكسب الملكية بالتقادم تكون إما عن طريق الدفع وإما عن طريق الدعوى فإذا أقام عليه المالك دعوى الاستحقاق فإنه يستطيع أن يواجه هذه الدعوى بالدفع بأنه اكتسب ملكية العين بالتقادم.

أما إذا خرجت العين من حيازة من اكتسب ملكيتها بالتقادم فإنه يحق له أن يرفع دعوى الاستحقاق على الحائز وأن يؤسسها على أنه تملك العين بالتقادم المكسب فإذا نجح في إثبات ذلك قضت المحكمة بطلباته ويكون تمسكه في هذه الحالة عن طريق الدعوى⁽³⁾.

ويلاحظ أن الحائز يكسب الحق بالحالة التي كان عليها وقت بدء التقادم فإذا كان المالك الأصلي قد رتب على الشيء حقاً عينياً قبل بدء سريان مدة التقادم فيبقى هذا الحق قائماً إلا إذا سقط بسبب مستقل أو كان الحائز قد كسبه كذلك بالتقادم المكسب ضد صاحبه⁽⁴⁾.

(1) الشواربي عبد الحميد، أسامة عثمان، أحكام التقادم في ضوء القضاء والفقه، ص222.

(2) أبو السعود رمضان، الوجيز في الحقوق العينية الأصلية، ص423.

(3) الدناصوري عز الدين، عكاز حامد، الحيازة المدنية وحمائتها الجنائية، ص403.

(4) زواوي فريدة، الحيازة و التقادم، ص116.

الفرع الثاني: التقادم المكسب يكسب الملكية بأثر رجعي:

إذا كسب الحائز الملكية أو لحق العيني بالتقادم كان ذلك بأثر رجعي حيث يعتبر الحائز مالكا من الوقت الذي بدء فيه سريان التقادم وليس من الوقت الذي اكتملت فيه مدة التقادم وهذا حكم تمليه طبيعة نظام التقادم والهدف الذي يرمي إلى تحقيقه من احترام للأوضاع المستقرة وحمايتها.

وينطبق هذا الأثر الرجعي على كل من التقادم المكسب القصير والطويل ففي التقادم القصير يؤدي التقادم بأثر رجعي إلى تدعيم سند الحائز وتطهيره من العيب الذي كان سيشوبه لصدوره من غير مالك حيث يحتفظ الحائز نهائياً بالشيء بوصفه مشترياً أو موهوباً له أو نحو ذلك بحسب نوع السند الصادر إليه كما لو كان السند قد نقل إليه الملكية أو الحق العيني منذ انعقاده ولذلك تسري في حق الحائز في هذه الحالة جميع النتائج القانونية التي تترتب على السند الصادر إليه وفي التقادم الطويل يترتب أيضاً هذا الأثر ذاته حيث يقوم التقادم مقام السند⁽¹⁾.

ويترتب على الأثر الرجعي للتقادم النتائج التالية:

1- أن الحائز لا يلتزم برد ثمار العين التي تملكها بالتقادم حتى لو لم يمتلك هذه الثمار استقلالاً بالقبض أو بالتقادم وحتى لو كان سيء النية ولم يمض على قبضه لها خمس عشرة سنة وذلك تأسيساً على أن الحائز اعتبر مالكا منذ بدء سريان التقادم وبالتالي تكون في ملكه وقت أن أنتجت الثمار⁽²⁾.

2- عدم سريان الحقوق العينية التي رتبها المالك الأصلي على العقار خلال مدة التقادم إعمالاً للأثر الرجعي للتقادم⁽³⁾.

الفرع الثالث: وجوب التمسك بالتقادم:

تنص المادة "1/321"م ج على ما يلي: "لا يجوز للمحكمة أن تقضي تلقائياً بالتقادم بل يجب أن يكون ذلك بناء على طلب المدين أو من أحد دائنيه أو أي شخص له مصلحة في ذلك ولو لم يتمسك المدين به".

(1)الصدقة عبد المنعم، الحقوق العينية الأصلية، ص675. أبو السعود رمضان، الوجيز في الحقوق العينية الأصلية، ص425.

(2)الدناصوري عز الدين، عكاز حامد، الحيازة المدنية وحمايتها الجنائية، ص404.

(3) الشواربي عبد الحميد، أسامة عثمان، أحكام التقادم في ضوء القضاء والفقهاء، ص223.

ويتضح من نص هذه المادة المذكورة أعلاه أنه لا يجوز للمحكمة أن تقضي بالتقادم من تلقاء نفسها بل لابد من التمسك به فإذا توافرت شروط التقادم المكسب فإنه لا يترتب أثره بقوة القانون بل يجب التمسك به لكي ينتج أثره⁽¹⁾.

ويترتب على ضرورة التمسك بالتقادم أنه إذا اكتملت مدة التقادم ورد الحائز الشيء إلى مالكه قبل تمسكه بالتقادم كان هذا وفاء بالتزام مدني فلا يستطيع الحائز بعد ذلك أن يسترد الشيء بدعوى أنه كسبه بالتقادم ولو كان الرد عن غلط بأن اعتقد الحائز وقت الرد أن مدة التقادم لم تكتمل⁽²⁾.

فالأصل أن الحائز هو الذي يتمسك بالتقادم إذ هو الذي يكسب الحق الواردة عليه الحيابة بناء على هذا التمسك كما أن الحائز هو الذي يعلم ما إذا كان الحق الذي يحوزه حلالاً له أم حراماً عليه فيتمسك بالتقادم في الحالة الأولى كي يوفر عن نفسه عبء إثبات أنه صاحب الحق وقد يأبى عليه ضميره أن يتمسك بالتقادم في الحالة الثانية⁽³⁾ لكن القانون أجاز لدائن الحائز ولأي شخص له مصلحة أن يتمسك بالتقادم بدلاً من الحائز وذلك عن طريق الدعوى غير المباشرة⁽⁴⁾.

وهذا ما نصت عليه المادة "1/321"م ج السابق ذكرها لكن متى يجوز التمسك بالتقادم التمسك بالتقادم يكون في صورة دفع يدفع به الحائز دعوى الاستحقاق المرفوعة عليه وهو دفع موضوعي يجوز إبدائه في أية حالة من حالات الدعوى حتى إقفال باب المرافعة ويجوز التمسك بالتقادم أمام محكمة أول درجة أو أمام المجلس القضائي⁽⁵⁾ كما نصت المادة "2/321"م ج بقولها: " ويجوز التمسك بالتقادم في أية حالة من حالات الدعوى ولو أمام المحكمة الإستئنافية".

فإذا لم يرد دفع الحائز بالتقادم لا أمام محكمة أول درجة ولا أمام المحكمة الإستئنافية فليس له أن يدفع به لأول مرة أمام المحكمة العليا ذلك لأن المحكمة العليا لا تستطيع أن تنتظر أوجهاً جديدة لم يسبق الدفع بها أمام محكمة الموضوع وليس الدفع بالتقادم معتبراً من النظام

(1) زواوي فريدة، الحيابة و التقادم، ص117.

(2) سوار محمد وحيد الدين، شرح القانون المدني-الحقوق العينية الأصلية، ص678.

(3) الصدة عبد المنعم، الحقوق العينية الأصلية، ص663.

(4) أبو السعود رمضان، الوجيز في الحقوق العينية الأصلية، ص417.

(5) زواوي فريدة، الحيابة و التقادم، ص117.

العام حتى يجوز للمحكمة العليا أن تقضي بالتقادم من تلقاء نفسها لكن إذا استطاع الحائز أن يحصل من المحكمة العليا على حكم ينقض الحكم المطعون فيه لسبب غير التقادم كخلل في الإجراءات أو خطأ في تطبيق القانون في مسألة أخرى وأحالت المحكمة العليا الدعوى على دائرة أخرى من دوائر محكمة الاستئناف فإنه يجوز للحائز أمام محكمة الإحالة وهي محكمة موضوع أن يدفع بالتقادم لأول مرة وفي أية حالة كانت عليها الدعوى وذلك إلى وقت إقفال باب المرافعة أمام محكمة الإحالة⁽¹⁾.

الفرع الرابع: النزول عن التقادم:

تنص المادة "1/322"م ج على أنه: "لا يجوز التنازل عن التقادم قبل ثبوت الحق فيه كما لا يجوز الاتفاق على أن يتم التقادم في مدة تختلف عن المدة التي عينها القانون".

يتضح لنا من نص المادة أنه لا يجوز النزول مقدماً عن التقادم قبل ثبوت الحق فيه بل يصعب تصوره من الناحية العملية فكيف يتصور نزول الحائز حسن النية ولديه السبب الصحيح مقدماً في السند الصادر إليه وإذا أمكن تصور مثل هذا النزول فهو باطل بحكم القانون سواء كنا بصدد تقادم قصير أو طويل والعلة في تحريم النزول المسبق عن التقادم قبل ثبوت الحق فيه هو أنه يمس وجود التقادم وتلك مسألة تتعلق بالنظام العام⁽²⁾.

أما فيما يخص التنازل عن التقادم بعد ثبوت الحق فيه فتنص المادة "2/322"مدني جزائري على ما يلي: "وإنما يجوز لكل شخص يملك التصرف في حقوقه أن يتنازل ولو ضمناً عن التقادم بعد ثبوت الحق فيه غير أن هذا التنازل لا ينفذ في حق الدائنين إذا صدر إضراراً بهم".

نستنتج من هذا النص انه إذا اكتملت مدة التقادم وأصبح من حق الحائز التمسك به فقد يؤنبه ضميره على اكتساب حق غيره فيتنازل عن التقادم وهذا التنازل صحيح⁽³⁾.

(1) السنهوري عبد الرزاق، الوسيط في شرح القانون المدني، [1064/9].

(2) أبو السعود رمضان، الوجيز في الحقوق العينية الأصلية، ص419.

(3) زواوي فريدة، الحيازة و التقادم، ص119.

وقد يكون هذا النزول صريحاً فلا يشترط فيه شكل معين أو أن يصاغ في عبارات خاصة فقد يكون مكتوباً أو شفويّاً وقد يكون ضمناً حيث يستفاد هذا النزول من أي عمل للحائز بعد ثبوت حقه في التمسك بالتقادم تنطوي دلالاته على معنى النزول⁽¹⁾.

والنزول عن التقادم تصرفاً قانونياً صادر من جانب واحد لا حاجة فيه إلى قبول المالك ولا تلزم فيه أهلية التبرع ولا تكفي أهلية الإدارة بل تجب أهلية التصرف ويترتب على ذلك أن الصغير والمحجور عليه لا يستطيع أي منهما أن ينزل عن حقه في التمسك بالتقادم وكذلك لا يستطيع الوصي أو القيم أن ينزل عن حق الصغير أو المحجور في التمسك بالتقادم من غير إذن المحكمة ولا يستطيع الوكيل النزول عن التمسك بالتقادم إلا إذا أعطى توكيلاً خاصاً في ذلك⁽²⁾.

ويسري نزول الحائز في حق دائنيه ما لم يكن قد صدر منه النزول إضراراً بحقهم (المادة "322/2" مدني جزائري - السابقة الذكر -) فعندئذ يجوز للدائنين أن يطعنوا في نفاذه في حقهم بالدعوى البوليصية خروجاً عن أحكام هذه الدعوى التي تقتضي أن يكون التصرف المطعون فيه مفقراً والفرض أن النزول ليس مفقراً لأن لحائز لم يتصرف في حق دخل في ذمته بل هو حال دون زيادة حقوقه⁽³⁾.

كما يجوز النزول عن التقادم أثناء سريانه بحيث يعتبر بمثابة قطع للتقادم عن طريق إقرار الحائز بحق المالك لأن الحائز إذا نزل عن المدة التي انقضت في تقادم لم يكتمل إنما يقر بحق المالك فيقطع الإقرار التقادم ولا يعتد بالمدة التي انقضت كما هو الحال في انقطاع التقادم بإقرار الحائز⁽⁴⁾.

فالحائز يعتبر مالكاً من وقت بدء سريان التقادم وبالتالي إذا رتب المالك عليه حق رهن مثلاً خلال مدة التقادم فإنه يكون صادراً من غير مالك فلا يسري في حق الحائز بعد أن كسب العين بالتقادم أما الحقوق العينية التي يكون المالك قد رتبها على العين قبل بدء سريان التقادم فإنها تسري بحق الحائز حتى بعد أن يتملك العين بالتقادم إلا إذا أكتسبها بإحدى الطرق المذكورة سابقاً⁽⁵⁾.

(1) أبو السعود رمضان، الوجيز في الحقوق العينية الأصلية، ص 420.

(2) السنهوري عبد الرزاق، الوسيط في شرح القانون المدني، [1067/9-1068].

(3) سوار محمد وحيد الدين، شرح القانون المدني-الحقوق العينية الأصلية، ص 681.

(4) السنهوري عبد الرزاق، الوسيط في شرح القانون المدني، [1070/9].

(5) السنهوري، الوسيط، [1074/93].

3- إذا رتب الحائز في خلال مدة التقادم حقاً عينياً على العقار الذي حازه ثم تملكه بالتقادم فإن هذا الحق يصبح نافذاً بالأثر الرجعي فالحائز يعتبر مالكا للعقار من وقت بدء سريان التقادم فيكون مالكا له وقت أن رتب الحق العيني⁽¹⁾.

الفرع الخامس: التقادم المكسب كأساس لعقد الشهرة ولشهادة الحيازة:

شرعت الجزائر منذ تبنيها نظام الشهر العيني بمقتضى الأمر "74/75" المؤرخ في 12 نوفمبر 1975 المتضمن إعداد مسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري والمراسيم التطبيقية له في مسح مجموعة البلديات على مستوى التراب الوطني لكن هذه العملية لم تتقدم كثيراً إذ لم يتم مسح أكثر من ثلث البلديات نظراً لعدة أسباب حالت دون ذلك⁽²⁾.

مما جعل المشرع يتدخل في سنة 1983 بالمرسوم رقم "352/83" المؤرخ في 21/01/1983 الذي يسن إجراءات التقادم المكسب وإعداد عقد الشهرة المتضمن الاعتراف بالملكية حيث أكدت المادة الأولى منه أن كل شخص يحوز في تراب البلديات غير الممسوحة عقاراً من نوع الملك حيازة مستمرة علانية غير منقطعة غير متنازع فيها وليست مشوبة بلبس يمكن أن يطلب من الموثق إعداد عقد الشهرة يتضمن الاعتراف بالملكية هذا الإجراء وضع من أجل معالجة الحالات التي يكون فيها الأشخاص الذين يمارسون الحيازة على عقار ما بدون سند وفقاً للقواعد العامة التي أقرها المقتن الجزائري خاصة المادتين "827" و "828" م ج وما يليهما⁽³⁾.

أما الشروط التي يجب أن تتوفر في الغالب فهي كالتالي⁽⁴⁾:

- 1- أن لا يكون الطالب مالكا لعقود رسمية تتعلق بالعقار المطالب بإثبات ملكيته.
- 2- أن لا يكون هذا العقار خضع لإجراءات الأمر رقم "74-75" المتضمن إعداد المسح العام وتأسيس السجل العقاري فالحائزون بالبلديات التي خضعت لهذا الإجراء يحصلون في نهاية العملية على سند رسمي يثبت الملكية يتمثل في دفتر العقاري.

(1) السنهوري، الوسيط، [1075/93، 1076].

(2) حمدي باشا عمر، محررات شهر الحيازة، ص13.

(3) رمول خالد، المحافظة العقارية كآلية للحفاظ العقاري في التشريع الجزائري، قصر الكتاب - البلدية، ط/2001، ص52-53.

(4) عبد الحفيظ بن عبيدة، إثبات الملكية العقارية والحقوق العينية العقارية في التشريع الجزائري، ص103.

3- أن لا يكون العقار موضوع الطلب من الأموال العامة لأن هذه الأموال لا تكسب بالحيازة و التقادم.

بعد توافر هذه الشروط يتقدم الطالب بنفسه أو بواسطة وكيله الخاص أو ممثله الشرعي بالنسبة

لناقص الأهلية بطلب إلى الموثق الذي يقع العقار في دائرة اختصاص مكتبه يطلب منه تحرير عقد الشهرة مع وجوب تقديم ما يلي⁽¹⁾:

1- كل المعلومات اللازمة على طبيعة العقار (ارض فلاحيه أشجار... الخ) وموقعه مشتملاته ومساحته.

2- تعيين الرسوم والتكاليف المترتبة على العقار أو المثقل بها العقار مع تعيين ذوي الحقوق والمستفيدين.

4- وثائق الحالة المدنية الخاصة بالمعنى أو المعنيين.

5- الشهادات المكتوبة.

6- مخطط الملكية يعده خبير أو خبراء معتمدون.

7- تصريح بالشرف أن الطالب يمارس على العقار حيازة يطابق أحكام المادة "827" م

ج.

8- السندات أو الشهادات الجبائية التي يمكنه أن يدلي بها أو يبني حيازته عليها كالعقد

العرفي الثابت التاريخ.

يقوم الموثق بدوره بتحديد وضعية العقار القانونية بإرساله نسخة من الملف إلى كل

من رئيس بلدية مكان تواجد العقار ونائب مدير الشؤون العقارية وأملاك الدولة في الولاية

كما يقوم بنشر طلب إعداد عقد الشهرة عن طريق اللصق في مقر البلدية والصحافة الوطنية

والجهوية على نفقة الأطراف المعينة كل هذه الإجراءات من تحديد الطبيعة القانونية للعقار

من قبل رئيس البلدية ونائب مدير أملاك الدولة إلى جانب مدة الإعلام بالنشر تكون في أجل

محدد بأربعة أشهر طبقاً للمادة "04" من المرسوم "352/83".

في حالة تلقي الموثق أي اعتراض على طلب إعداد عقد الشهرة سواء من البلدية أو

من مصالح أملاك الدولة أو من المواطنين ما عليه إلا توجيه الأطراف إلى الجهة القضائية

المختصة لحل النزاع عملاً بنص المادة "08" من المرسوم "352/83"⁽²⁾.

(1) عبد الحفيظ بن عبيدة، إثبات الملكية العقارية، ص104.

(2) حمدي باشا عمر، محررات شهر الحيازة، مرجعه سابق، ص55-56-57.

أما في حالة عدم وجود أي اعتراض فأحكام المادة السابعة "07" من المرسوم "352/83" تقضي بأنه في نهاية الأجل المنصوص عليه في المادتين "05-06" من المرسوم وعدم وجود أي اعتراض سواء من السلطات العمومية أو الخواص يعد الموثق عقد الشهرة المتضمن الاعتراف بالملكية باسم المعني دون تعطيل حيث يقوم بتحرير العقد في نسختين يحتفظ بالأصل الذي يوقع عليه الموثق والمعني والشاهدين ويسلم النسخة الثانية إلى المعني بعد إتمام إجراءات التسجيل والإشهار في المحافظة العقارية⁽¹⁾ إذ فالتقادم المكسب يكون سبباً لكسب الملكية وإن كان المشرع اشترط لإثبات هذه الملكية والاعتراف بها إعداد عقد شهرة. كما أن القانون رقم "25/90" المؤرخ في 18 نوفمبر 1990 المتضمن التوجيه العقاري وردت فيه أحكاماً خاصة بالعقارات غير المبنية إذ نصت المادة "1/39" منه على أنه: " يمكن كل شخص حسب مفهوم المادة "825" من الأمر رقم "58-75" المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 يمارس في أراضي الملكية الخاصة التي لم تحرر عقودها ملكية مستمرة وغير منقطعة وهادئة وعلانية لا تشوبها شبهة أن يحصل على سند حيازي يسمى " شهادة حيازة" وهي تخضع لشكليات التسجيل والإشهار العقاري وذلك في المناطق التي لم يتم فيها إعداد سجل مسح الأراضي".

وشهادة الحيازة تختلف عن عقد الشهرة إذ تعتبر شهادة اسمية ولا يجوز بيعها فتنص المادة "42" من قانون "25/90" على ما يلي: "شهادة الحيازة اسمية و لا يجوز بيعها ... كما لا يجوز لصاحبها التصرف سواء بعوض أو مجاناً ومع ذلك يجوز له القيام بتصرفات أخرى تصرف المالك الحقيقي بإنشاء رهن عقاري لمصلحة مؤسسة القرض... " وتعتبر هذه الشهادة شهادة مؤقتة إذ تلغى عندما يتم مسح الأراضي العام في المنطقة وهذا ما تضمنته المادة "47" من قانون رقم "25/90" وفي هذه الحالة يمكن للشخص الحائز طلب إعداد عقد الشهرة وفقاً للمرسوم رقم "352/83".

أما فيما يخص انتقال ملكية العقارات بالنسبة إلى الورثة فالأصل فيها أن تنتقل بمجرد وفاة المورث دون حاجة إلى إجراءات الشهرة طبقاً لأحكام المادة "15" من الأمر رقم "74/75" الصادر في 1975/11/12 المتضمن إعداد مسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري الذي نص على ما يلي: "كل حق للملكية وكل عق عيني آخر يتعلق بعقار لا وجود

(1) عبد الحفيظ بن عبيدة، إثبات الملكية العقارية والحقوق العينية العقارية في التشريع الجزائري، ص107.

له بالنسبة للغير إلا من تاريخ يوم إشهارهما من مجموعة البطاقات العقارية غير أن نقل الملكية عن طريق الوفاة يسري مفعوله من يوم وفاة أصحاب الحقوق العينية".

لكن على الوارث الرامي للتصرف في الأموال الموروثة أن يثبت حقه بموجب شهادة موثقة لما نصت عليه المادة "91" من المرسوم "63/76" الصادر بتاريخ 1976/03/25 والمتعلق بتأسيس السجل العقاري بقولها: "كل انتقال أو إنشاء أو انقضاء لحقوق عينية بمناسبة أو بفعل الوفاة ضمن الآجال المحددة في المادة "99" يجب أن يثبت بموجب شهادة موثقة.

وينبغي على الموثقين أن يحرروا الشهادات ليس فقط عندما يطلب منهم ذلك الأطراف ولكن أيضاً عندما يطلب منهم إعداد عقد يهم كلاً أو جزء من تركة وفي هذه الحالة ينبغي على المعنيين أن يقدموا إلى الموثقين كل المعلومات والإثباتات المفيدة.

ولا يتم إعداد شهادة موثقة إذا كان عقد القسمة المتضمن لمجموع العقارات الموروثة قد تم تحريره وإشهاره ضمن الأجل المنصوص عليه من أجل إشهار الشهادة المذكورة." أما في الحالة التي لا يتم فيها التصرف في الأموال الموروثة ولم يقدّم الموثق بإعداد شهادة موثقة يمكن للحائز اكتساب ملكيتها بالتقادم وهذا التقادم إما أن يكون قصيراً إذا كان الحائز حسن النية ولديه سنداً صحيح وإما بالتقادم الطويل⁽¹⁾.

أما اكتساب الورثة لملكية الأعيان الموروثة (الأموال) بالتقادم فقد نصت المادة "829" م ج أنها لا تكتسب إلا إذا دامت حيازتها ثلاث وثلاثين سنة بقولها: "لا تكتسب بالتقادم في جميع الأحوال الحقوق الميراثية إلا إذا دامت الحيازة ثلاث وثلاثين سنة".

المطلب الثاني: الآثار التي ترتب على التقادم المكسب في الشريعة الإسلامية:

تعرض الفقهاء للأثر المترتب على الحيازة المكتملة الشروط ففي الوقت الذي يتفق فيه المالكية والحنفية من أن الحيازة مانعة من سماع الدعوى مع عدم إثباتها حق الملكية لوضع اليد على حد قول الأحناف نجدها تتسع ويزداد نطاقها عند فقهاء المالكية بحيث تنسب ملكية العقار للحائز في حالة ما إذا توافرت على جميع شروطها وعلى هذا سوف نتحدث عن آثار التقادم المكسب (مرور الزمن) في الشريعة الإسلامية باعتباره مانعاً من سماع الدعوى بالإضافة إلى كونه مكسباً للملكية:

(1) زواوي فريدة، الحيازة والتقادم، ص 125.

الفرع الأول: أثر الحيازة وتقدم الزمان في منع سماع الدعوى:

يرى الإمام مالك وأصحابه أن الحيازة إذا اكتملت الشروط تقطع حجة المدعي وتمنع من سماع الدعوى فأورد الإمام مالك -رحمه الله- في (المدونة): "قلت) أرأيت إن شهدوا على دار أنها في يد رجل منذ عشرين سنة يحوزها ويكرها ويهدم ويبني وأقام آخر البينة أن الدار داره... (قال) قال مالك بن انس: إذا كان حاضراً يراه يبني ويهدم فلا حجة له" (1).

يفهم من هذا النص أن الإمام مالك -رحمة الله عليه- منع مدعي الملكية من إثبات ملكيته للشئ المحاز ولم يقبل منه حجة بعد ثبوت شروط الحيازة.

والشيخ خليل في مختصره جعل الحيازة المكتملة الشروط مانعة من سماع دعوى المدعي وبيئته حيث يقول: "وإن حاز أجنبي غير شريك وتصرف ثم ادعى حاضر ساكت بلا مانع عشر سنين لم تسمع ولا بيئته" (2) وهو ما يفيد ظاهر نص الرسالة حيث جاء فيها ما يلي: "ومن حاز داراً عن حاضر عشر سنين تنسب إليه وصاحبها حاضر عالم لا يدعي شيئاً فلا قيام له" أي لا تسمع دعواه ولا بيئته ويكون الحائز أحق بها (3).

أما على رأي الأحناف فعن أقصى ما أعطته الشريعة لمرور الزمن من قوة هو أنها جعلته سبباً لمنع سماع الدعوى عند الإنكار أما عند الإقرار فالحق ثابت به وتكون الدعوى مسموعة مهما طال أمد وضع اليد كما أن مرور الزمن لا يثبت حقاً لواضع اليد فإذا منع القاضي المدعي من سماع الدعوى لمرور الزمن فإن المدعي عليه يظل مدنياً للمدعي بهذا الحق مهما طال الزمان إذا لم يكن محقاً في إنكاره.

وفي هذا تحدث صاحب كتاب (رد المحتار على الدر المختار) بقوله: "عدم سماع القاضي لها إنما هو عند إنكار الخصم فلو اعترف تسمع إذ لا تزوير مع الإقرار" (4) وأضاف صاحب (در الحكام شرح مجلة الأحكام) بقوله: "إن مرور الزمن لا يثبت حقاً يعني أن العقود كالبيع والإجارة مع كونها منفعة ومضرة إلا أن مرور الزمن لا يثبت حقاً للطرف لذي يريد الاستفادة منه فلذلك إذا رد القاضي دعوى دائن بسبب وقوع مرور الزمن فيها يبقى المدعي عليه مدنياً للمدعي ويكون قد هضم حق المدعي" (5).

(1) مالك، المدونة الكبرى، [71/9].

(2) خليل بن إسحاق، مختصر خليل، ص272.

(3) أحمد بن غنيم، الفواكه الدواني على رسالة ابن أبي زيد القيرواني، [401/2].

(4) ابن عابدين، رد المحتار على الدر المختار، [115/8].

(5) حيدر علي، در الحكام شرح مجلة الأحكام، [259/14].

الفرع الثاني: أثر الحيازة وتقدم الزمان في كسب ملكية العقار:

فقهاء المالكية على حد خلافتهم في الحيازة وتقدم الزمان هل هي دالة على الملك أم ناقلة له إلا أنهم يقولون أنها مكسبة لملكية العقار بيد أنهم يختلفون في أداء اليمين فقط - كما قررنا سابقاً - فالذين يقولون بأن الحيازة تنقل الملك كالإمام مالك - رحمه الله - لا يشترطون تحليف الحائز وتكفيه الحيازة فقط بتمام شروطها أما الذين يرون بأن الحيازة تدل على الملك كابن رشد فيشترطون لتملك العقار بهذه الحيازة أداء اليمين من طرف الحائز.

فالحطاب⁽¹⁾ شرح قول الشيخ خليل وما فهمه من سياق كلامه في عبارة: "وإن حاز أجنبي غير شريك وتصرف ثم ادعى حاضر ساكت بلا مانع عشر سنين لو تسمع ولا بينته" (2) ختم - رحمه الله - كتاب الشهادة بالكلام على الحيازة لأنها كالشاهد على الملك⁽³⁾.

وهو ما استنتجه الخرشي أيضاً في قوله: "يعني أن الأجنبي غير الشريك إذا حاز شيئاً على صاحبه وتصرف فيه ولو بغير هدم وبناء كالإسكان والإجارة مدة عشر سنين وصاحبه حاضر ساكت طول المدة لا مانع له من القيام فإن ذلك ينقل الملك عنه فإذا قام صاحبه الأجنبي بعد ذلك بطلب متاعه فإن دعواه الملك"⁽⁴⁾.

كما فهم المعنى نفسه فيما ورد في (الرسالة): "ومن حاز داراً عن حاضر عشر سنين تنسب إليه وصاحبها حاضر عالم لا يدعي شيئاً فلا قيام له". فعلى حد قول صاحب كتاب (الفواكه الدواني على رسالة بن أبي زيد القيرواني): "والأصل في ذلك قوله X: « من حاز شيئاً عشر سنين فهو له»⁽⁵⁾ فالحيازة تنقل الملك كما قال العلامة برهام وتبعه جماعة ولذلك قال العلامة الأجهوري: الحيازة تكون في معلوم الأصل ومجهوله"⁽⁶⁾.

أما كلام ابن رشد في قوله: "مجرد الحيازة لا ينقل الملك عن المحوز إلى الحائز باتفاق ولكنه يدل على الملك كإرخاء الستر ومعرفة العفاص والوكاء وما أشبه ذلك من

(1) هو: ابو عبد الله محمد بن محمد بن عبد الرحمن الحطاب الرعيني، المغربي الأصل المكي المولد والقراري، ولد 902هـ، أخذ عن والده-الحطاب الرعيني الكبير- ، توفي في 9 ربيع الأول من سنة 954هـ/1547م، من تأليفه: شرح المختصر، مواهب الجليل لشرح مختصر خليل، شرح منسك خليل، وشرح قرة العين (في الأصول).

انظر: [شجرة النور الزكية: 389/1-390، كفاية المحتاج: 468-470].

(2) خليل بن إسحاق، مختصر خليل، ص 272.

(3) الحطاب الرعيني، مواهب الجليل لشرح مختصر خليل، [275/8].

(4) الخرشي، حاشية الخرشي على مختصر سيدي خليل، [129/8].

(5) سبق تخريجه، ص 44.

(6) أحمد بن غنيم، الفواكه الدواني على رسالة بن أبي زيد القيرواني، [401/2].

الأشياء فيكون القول بها قول الحائز مع يمينه لقول النبي ﷺ: « من حاز شيئاً عشر سنين فهو له » (1). (2) فقد بينه ووضحه في استطراد لنفس الحديث بقوله: "لأن المعنى عند أهل العلم في قوله ﷺ: « هو له » أي أن الحكم يوجه له بدعواه فإذا حاز الرجل مال غيره في وجهه مدة تكون فيها الحيازة عاملة...وجب القول قوله مع يمينه" (3).

واستند إليه العدوي في (حاشيته) بقوله: "وهذه الحيازة دالة على نقل الملك لا ناقلة له على الراجح" (4).

وبالتالي فالحيازة في نظر المالكية إذا اكتملت شروطها بتقادم الزمان عليها تؤدي بالحائز إلى كسب الملكية عن طريق التقادم المكسب.

(1) سبق تخريجه، ص44.

(2) ابن رشد، البيان والتحصيل، [145/11].

(3) ابن رشد، البيان والتحصيل، [145/11].

(4) العدوي، حاشية العدوي على كفاية الطالب الرباني لرسالة بن أبي زيد القيرواني، [485/2].

خاتمة الفصل

بعدما تكلمنا على ما تضمنه هذا الفصل نرى أن الشروط التي ساقها الفقهاء

القانونيين

والشرعيين متفقة في جلها إلا أنها ذكرت في الجانب القانوني بصفة إجمالية بينما تحدث عنها فقهاء الشريعة الإسلامية بطريقة تفصيلية بالإضافة إلى جذور اختلافهم في ما يخص أنواع التقادم المكسب-كما ذكرنا آنفاً- وما انجر عليه من أحكام نجد شروط تخص بالتقادم المكسب القصير في القانون المدني الجزائري تكمن في حسن النية والسند الصحيح أما فيما يخص الآثار التي تترتب على هذا التقادم نجد أن الشريعة الإسلامية تتفق مع القانون في كسب ملكية العقار بالتقادم المكسب بيد أن القانون يحدد بعض الخطوات التي تتبع لتكتمل بها الملكية بعد اكتمال المدة أما فقهاء الشريعة الإسلامية فلم يتعرضوا لذلك ما عدا بعض المتطرفين عن الجمهور ممن جعلوا اليمين أساساً لكسب الملكية بعد اكتمال مدتها.

الخاتمة:

وفي الأخير وبعد جمعي لما حوته هذه الدراسة التي تمحورت حول التقادم المكسب وكيفية اكتسابه للملكية العقارية بعد ما يكون في باديء الأمر مجرد حيازة على العقار أو الحق العيني المراد تملكه والحصول عليه ثم يتحول بتحقق شروط معينة- سبق ذكرها- إلى ملكية حقيقية لدى الحائز بقوة القانون والحكم الشرعي على قدر ما وسعني الجهد في التمهيد والتنقيح مع مراعاة المنهج العلمي الملائم لهذا النوع من البحوث والمتمثل في المنهج المقارن بين الشريعة الإسلامية والقانون المدني الجزائري ما استطعت إلى ذلك سبيلاً تمخضت النتائج التالية:

1- كل من القانون المدني الجزائري والشريعة الإسلامية يعترفان بالتقادم المكسب ويعدانه من وسائل اكتساب الملكية العقارية التي يستطيع من خلالها التمتع بجميع السلطات المخولة إليه على العقار أو الحق العيني كل حسب طبيعته سواء بالاستعمال أو الاستغلال أو التصرف فالمشرع الجزائري نظم قواعده في الأمر رقم "58/75" المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم ودعم أحكام المادة "827" منه بالمرسوم رقم 352/83 المؤرخ في 21 جانفي 1983 المسن لإجراءات التقادم المكسب وإعداد عقد الشهرة المتضمن الاعتراف بالملكية أما فيما يخص الجانب الشرعي نجد المذهب المالكي بفضل جهد فقهاء ودقتهم في توحيد الأحكام الشرعية مع الأخذ بأعظم قاعدة فقهية والمتمثلة في مراعاة المصلحة العامة يبرز في الاعتراف به والاستدلال عليه انطلاقاً من الحديث المروي عن سعيد بن المسيب وزيد بن أسلم عنه X قال: «من احتاز شيئاً عشر سنين فهو له».

2- يقوم التقادم المكسب في القانون والشريعة الإسلامية على أسس تتماشى وقواعد العدالة إذ يعد من الضرورات العملية لاستقرار الأوضاع وتغليب عوامل الاستقرار والأمن في المجتمع رعاية للمصلحة العامة الاقتصادية والاجتماعية وقطعاً للخصومات.

3- أما في شأن أنواع التقادم المكسب بالنسبة للقانون المدني ينقسم إلى ثلاثة أقسام تتمثل في التقادم المكسب الطويل والتقادم المكسب القصير بالإضافة إلى لتقادم المكسب للحقوق الميراثية بينما فقهاء الشريعة الإسلامية لم يتعرضوا لأنواع التقادم المكسب بل اعتبروه نوعاً واحداً في كل الحالات.

4- وهذه النتيجة تابعة لسابقتها تتناول المدة التي تستغرقها السيطرة الفعلية على العقار أو الحق العيني المحاز بنية تملكه لاكتسابه عن طريق التقادم المكسب فتنقسم في القانون إلى ثلاثة أقسام منبثقة عن أنواع التقادم المكسب بحيث تتحدد مدته في التقادم الطويل بخمس عشرة سنة وتراجع في التقادم القصير الذي يبني على حسن النية والسند الصحيح إلى عشرة سنوات في التقادم المدني الجزائري (يحدده القانون المدني المصري بخمس سنوات) أما في تقادم الحقوق الميراثية فتزداد المدة لتصل إلى ثلاث وثلاثون سنة كاملة.

أما في الشريعة الإسلامية فتعددت الآراء فيما يخص مدد الحيابة لكن في إطار نوع واحد علماً بأن الفقهاء لم يتعرضوا لأقسام التقادم فعلى قول مالك-رحمه الله- لا تحدد بسنين معلومة بل هي على حسب تطلعات الإمام في مقتضيات الأحوال في الوقت الذي يوافق فيها ربيعة وابن وهب وابن عبد الحكم واصبغ وفي رواية عن ابن القاسم حديث النبي ﷺ الذي يحددها بعشر سنين وتنقص على حد قول ابن القاسم في الرواية الثانية إلى سبع سنوات أما على قول فقهاء الحنفية فترد الدعوى بعدم سماعها من طرف القاضي في حالة ما إذا دامت الحيابة مدة ثلاث وثلاثون سنة وتحدها فيما أقره السلطان ودعى إلى تطبيقه بخمس عشرة سنة.

5- يقوم التقادم المكسب في الجزائر على توافر شروط الحيابة وعدم خضوع الأراضي للمسح العام أو تكون الأموال من اختصاص الدولة كأموال الدومين وفي الشريعة الإسلامية تلغي ما يتعلق بحق الله تعالى والمتمثلة في العقارات المخصصة للمنفعة العمومية والمساجد بالإضافة إلى أراضي الوقف.

6- تختلف كيفية حساب المدة بين السريعة والقانون وتحسب بالأيام لا بالساعات تتبعاً للشهور الميلادية وتبدأ من اليوم الموالي وتنتهي باليوم الأخير في القانون بينما في الشريعة فتحسب بغروب شمس اليوم الذي يظهر فيه واضع اليد بمظهر المالك إلى غروب شمس اليوم التالي من العد مع مراعاة العد القمري.

7- يعترض سريان مدة التقادم ما يؤدي إلى وقفها أو انقطاعها إذا ادعت الضرورة وتلاءمت الظروف.

8- وفي شأن انتقال الحيابة إلى الخلف العام والخلف الخاص المعتمدة في القانون المدني الجزائري بصريح نص المادة "814" نجد أن فقهاء الشريعة في ما يخص الخلف

العام تباينت آراهم بين القبول والرد بينما في الخلف الخاص فالإتفاق سيد الموقف في الأخذ به.

9- بعد انقضاء مدة الحيابة بتوفر جميع شروطها بما فيها استمرار الحيابة بهدوء وعلانية مع نية المحوز في اكتساب العقار المحاز وحضور الحائز دون اعتراض منه رغم تمتعه بكامل قواه العقلية بالإضافة إلى حسن نية الحائز والسند الصحيح فيما يخص التقادم القصير في القانون فإن ملكية الشيء لا تكتمل وتكون لها قوة الشرعية القانونية إلا إذا اقترنت بالتمسك بهذا التقادم والسعي لإشهاره ابتداءً بإجراءات التوثيق إلى التسجيل الذي يتم لدى المحافظة العقارية وفي الشريعة الإسلامية هناك من يرى وجوب الحلف وأداء اليمين لاكتمال الإثبات بالشهادة.

من هذه النتائج التي حاولنا استنباطها مما سقناه سابقاً وما اعترضنا من صعوبات في إتمام هذا البحث من الجهتين القانونية والشرعية من حيث نقص المصادر وصعوبة نقل المعلومات واستنباط الأحكام نسدي نصيحة لإخواننا من طلاب العلم والباحثين إلى إتمام ما بدئناه لأن هذا المجال واسع في الوقت الذي يتعلق بالمجتمع المدني والعلاقات الإنسانية خاصة في جانب الشريعة الإسلامية التي من المفروض أن تكون هذه المواضيع وما تجمعها من معلومات سائغة في مفاهيمها باعتبارها السبابة بالاحتواء مع مرونتها وصلاحتها لكل زمان ومكان فالعيب ليس في الشريعة والمجتهدين من السلف السابق فهم استنبطوا واستخلصوا الأحكام وإنما فينا نحن الذين ابتعدنا عن تعاليم ديننا الحنيف مما جعلنا نفتقر لحب التطلع والتطور وروح المبادرة والتصور فلم نستطع أن نبرز هذه الأحكام ونخرجها في ثوبها الجديد وجليها النظير الموافق لواقعنا المعاش.

فالتقادم المكسب ما هو إلا وسيلة من وسائل وطرق اكتساب الملكية العقارية بصورة عمومية ونوع من أنواع التقادم الذي يتعدد إلى آخر مسقط بصورة خصوصية كل هذا جدير بالعناية والبحث والتحليل.

وفي النهاية أشكر الله على فضله الجزيل وتوفيقه لي لإتمام عملي وأرجوا من الله العلي القدير أن ينفع به كل من أحاطه باهتمامه وخصه بيسير وقته من عمره المحدود، إنه ولي ذلك والقادر عليه مع امتناني وتشجيعي لأي عمل دعوي ودعوتي لمواصلة الدرب فالعلماء ورثة الأنبياء.



الآية	الصفحة
مَلِكِ يَوْمِ الدِّينِ [الفاتحة/04]	13
هُوَ الَّذِي خَلَقَ لَكُمْ مَّا فِي الْأَرْضِ جَمِيعًا [سورة البقرة/ 28]	25
وَإِذْ قَالَ رَبُّكَ لِلْمَلَائِكَةِ إِنِّي جَاعِلٌ فِي الْأَرْضِ خَلِيفَةً [البقرة/ 30]	12
كُتِبَ عَلَيْكُمُ إِذَا حَضَرَ أَحَدُكُمُ الْمَوْتُ إِنْ تَرَكَ خَيْرًا [البقرة/ 180]	52
وَلَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُم بَيْنَكُم بِالْبَاطِلِ [سورة البقرة/ 188]	68
يَسْأَلُونَكَ عَنِ الْأَهْلِ قُلْ هِيَ مَوَاقِيتُ لِلنَّاسِ وَالْحَجِّ [البقرة/ 189]	145
مَلِكِ الْمَلِكِ [آل عمران/26]	13
مَنْ بَعْدَ وَصِيَّةٍ يُوصِي بِهَا أَوْ دِينٍ [النساء/11]	52
وَلَا تَقْتُلُوا أَنْفُسَكُمْ [سورة النساء/29]	68
الْيَوْمَ أَكْمَلْتُ لَكُمْ دِينَكُمْ وَأَتَمَمْتُ عَلَيْكُمْ نِعْمَتِي [المائدة/ 3]	6
مَا جَعَلَ اللَّهُ مِنْ نَجْمَةٍ وَلَا سَائِبَةٍ وَلَا وَصِيَّةٍ وَلَا حَامٍ [سورة المائدة/ 105]	26
لِلَّهِ مُلْكُ السَّمَوَاتِ وَالْأَرْضِ وَمَا فِيهِنَّ [المائدة/ 120]	12
وَهُوَ الَّذِي جَعَلَ لَكُمُ خَلِيفَةَ فِي الْأَرْضِ [الأَنْعَامُ/ 165]	12
وَأْمُرَ بِالْعُرْفِ وَأَعْرِضْ عَنِ الْجَاهِلِينَ [سورة الأعراف/ 199]	71
إِنَّ عِدَّةَ الشُّهُورِ عِنْدَ اللَّهِ اثْنَا عَشَرَ شَهْرًا [التوبة/ 36]	146
هُوَ الَّذِي جَعَلَ الشَّمْسَ ضِيَاءً وَالْقَمَرَ نُورًا وَقَدَرَهُ مَنَازِلَ [يونس/ 05]	146
وَاللَّهُ أَنْزَلَ مِنَ السَّمَاءِ مَاءً فَأَحْيَا بِهِ الْأَرْضَ بَعْدَ مَوْتِهَا [النحل/ 65]	46
وَجَعَلْنَا اللَّيْلَ وَالنَّهَارَ آيَاتٍ لِقَوْمٍ يَعْلَمُونَ [الإسراء/ 12]	146
وَأْمُرُوا بِالْمَعْرُوفِ [سورة الحج/41]	75

- 12.....[السجدة/ 03] أَللَّهُ الَّذِي خَلَقَ السَّمَوَاتِ وَالْأَرْضَ وَمَا بَيْنَهُمَا
- 141.....[فاطر/ 18] وَلَا تَزِرُ وَازِرَةٌ وِزْرَ أُخْرَىٰ
- 12.....[الزخرف/ 85] وَتَبَارَكَ الَّذِي لَهُ مُلْكُ السَّمَوَاتِ وَالْأَرْضِ وَمَا بَيْنَهُمَا
- 68.....[الحجرات/ 11] وَلَا تَلْمِزُوا أَنْفُسَكُمْ
- 95.....[الجن/ 18] وَأَنَّ الْمَسْجِدَ لِلَّهِ
- 152.....[القيامة،/ 14] بَلِ الْإِنْسَانُ عَلَىٰ نَفْسِهِ بَصِيرَةٌ

الصفحة	الحديث
69.....	«إن الله حرم عليكم دماءكم وأموالكم وأعراضكم»
55.....	«أنه قضى بالشفعة في كل شركة لم تقسم»
52.....	«جاءني رسول الله x يعودني عام حجة الوداع»
26.....	«العمرى جائزة لأهلها»
25.....	«العمرى لمن وهبت له»
147.....	«فإن غم عليكم فأكملوا عدة شعبان ثلاثين يوماً»
55.....	«قضى النبي x بالشفعة في لم يقسم»
25.....	«قضى النبي بالعمرى أنها لمن وهبت له»
55.....	«قضى بالشفعة فيما لم يقسم»
53.....	«كان المال للولد، وكانت الوصية للوالدين»
74.....	«لا يسقط حق امريء مسلم وإن قدم»
12.....	«لو كان لابن آدم واديان من ذهب لابتغى ثالثاً»
38.....	«المسلمون شركاء في ثلاث الماء والكأ والنار»
71 ,44.....	«من احتاز شيئاً عشر سنين فهو له»
46.....	«من أحيا أرضاً ميتة فله أجر ما أكلت العواف»
46.....	«من أحيا أرضاً ميتة فهي له»
166 ,143 ,82 ,75 ,72.....	«من حاز شيئاً عشر سنين فهو له»
72.....	«من حاز على خصمه شيئاً عشر سنين فهو أحق به»
37-36.....	«من ظلم قيد شبر من أرض طوقه من سبع أرسين»
52.....	«والثلث كثير»

المصطلح	الصفحة
الأثر الرجعي	156
إزالة وضع اليد قهراً	112
إقرار الحائز	115
الانقطاع الطبيعي	111
الانقطاع المدني	113
انقطاع مدة التقادم	111
التخلي عن الحيابة	112
التقادم الطويل	79
التقادم القصير	80
التقادم المكسب	78-77-76
التنبيه	114
السند الصحيح	80
شهادة الحيابة	162
عقد الشهرة	160
مجال التقادم	91-90
المطالبة القضائية	113
وقف التقادم	107

العلم
أصبغ بن الفرّج (225هـ)	82.....
ابن حبيب أبو مروان عبد الملك (238هـ)	133.....
الخطاب أبو عبد الله محمد بن محمد (954هـ)	165.....
الخرشي محمد بن عبد الله (1001هـ)	90.....
خليل بن إسحاق (776هـ)	44.....
الدسوقي أبو عبد الله (803هـ)	140.....
ربيعة بن عبد الرحمن (136هـ)	144.....
ابن رشد أبو الوليد محمد بن أحمد (520هـ)	74.....
الرهوني أبو عبد الله محمد بن أحمد (1230هـ)	138.....
الزرقاني أبو محمد عبد الباقي سنة (1099هـ)	130.....
زيد بن أسلم (136هـ)	73.....
سعيد بن المسيب بن حزن (94هـ)	71.....
السرخسي شمس الأئمة أبو بكر (483هـ)	67.....
ابن الشاط أبو القاسم بن عبد الله (723هـ)	36.....
ابن عبد الحكم أبو عثمان (237هـ)	82.....
عبد الجبار بن عمر الأيلي (260هـ أو 270هـ)	71.....
العدوي أحمد بن الشيخ صالح (1201هـ)	88.....
ابن فرحون إبراهيم بن علي (799هـ)	72.....
ابن القاسم أبو عبد الله عبد الرحمن (191هـ)	133.....
ابن قدامة المقدسي عبد الله بن محمد (620هـ)	21.....
القرافي شهاب الدين (684هـ)	20.....
الكاساني أبو بكر بن سعود بن أحمد علاء الدين (587هـ)	21.....
محمد بن الحسن الشيباني، (189هـ)	30.....
مطرف بن عبد الله (220هـ)	85.....
ابن نافع أبو محمد عبد الله (186هـ)	134.....
ابن نجيم زين الدين بن إبراهيم (970هـ)	14.....
ابن وهب أبو محمد بن عبد الله (197هـ)	82.....
أبو يوسف يعقوب بن إبراهيم (183هـ)	31.....

75 وَأَمْرًا بِالْمَعْرُوفِ سورة الحج، [41]

"675/2" ق م ج	34.....
أسباب اختيار الموضوع	6.....
الإشكالية التي يعالجها الموضوع	7.....
الثاني: التقادم المكسب يكسب الملكية بأثر رجعي:	156.....
الخاتمة	168.....
الفرع الأول: أثر الحيابة وتقادم الزمان في منع سماع الدعوى	164.....
الفرع الأول: أساس التقادم المكسب في القانون	64.....
الفرع الأول: اكتساب الملكية العقارية عن طريق الواقعة القانونية	42.....
الفرع الأول: التقادم المكسب سبب لكسب الملكية	154.....

86	0	الفرع الأول: الطبيعة القانونية للتقادم المكسب
83	0	الفرع الأول: الفرق بين التقادم المكسب والمسقط في القانون
76	0	الفرع الأول: المدلول اللغوي للتقادم
13	0	الفرع الأول: المعنى اللغوي للملكية
79	0	الفرع الأول: أنواع التقادم المكسب في القانون
28	0	الفرع الأول: تعريف العقار في الشريعة والقانون
22	0	الفرع الأول: خصائص الملكية في القانون
16	0	الفرع الأول: عناصر الملكية في القانون
32	0	الفرع الأول: نطاق حق ملكية العقار في الشريعة والقانون
78	0	الفرع الثالث: المدلول الشرعي للتقادم المكسب
14	0	الفرع الثالث: تعريف الملكية في الشريعة الإسلامية
156	0	الفرع الثالث: وجوب التمسك بالتقادم
165	0	الفرع الثاني: أثر الحيابة وتقدم الزمان في كسب ملكية العقار
67	0	الفرع الثاني: أساس التقادم في الشريعة الإسلامية
51	0	الفرع الثاني: اكتساب الملكية عن طريق التصرف القانوني
119	0	الفرع الثاني: الشروط الخاصة بالتقادم القصير
88	0	الفرع الثاني: الطبيعة الشرعية للتقادم المكسب
84	0	الفرع الثاني: الفرق بين التقادم المكسب والمسقط في الشريعة الإسلامية
29	0	الفرع الثاني: الفرق بين العقار والمنقول
76	0	الفرع الثاني: المدلول القانوني للتقادم
14	0	الفرع الثاني: المفهوم القانوني للملكية
81	0	الفرع الثاني: أنواع التقادم المكسب في الشريعة
38	0	الفرع الثاني: أنواع العقارات في الشريعة والقانون
24	0	الفرع الثاني: خصائص الملكية في الشريعة الإسلامية
20	0	الفرع الثاني: عناصر الملكية في الشريعة الإسلامية
95	0	الفرع الثاني: مجال التقادم المكسب في الشريعة الإسلامية
160	0	الفرع الخامس: التقادم المكسب كأساس لعقد الشهرة ولشهادة الحيابة
158	0	الفرع الرابع: النزول عن التقادم
61	0	:
12	0	:
98	0	:
64	0	\
13	0	\
99	0	\
86	0	\
79	0	\
27	0	:
154	0	:
64	0	المطلب الأول: أساس التقادم المكسب في الشريعة والقانون المدني الجزائري
154	0	المطلب الأول: الآثار التي تترتب على التقادم المكسب في القانون المدني الجزائري
86	0	المطلب الأول: الطبيعة القانونية والشرعية للتقادم المكسب
79	0	المطلب الأول: أنواع التقادم المكسب في الشريعة والقانون المدني الجزائري
99	0	المطلب الأول: شروط التقادم المكسب في القانون المدني الجزائري
27	0	المطلب الأول: مفهوم الملكية العقارية في الشريعة والقانون المدني الجزائري
13	0	المطلب الأول: مفهوم الملكية في الشريعة والقانون المدني الجزائري
22	0	المطلب الثالث: خصائص الملكية في الشريعة والقانون المدني الجزائري
42	0	المطلب الثالث: طرق اكتساب الملكية العقارية في الشريعة والقانون المدني الجزائري
163	0	المطلب الثاني: الآثار التي تترتب على التقادم المكسب في الشريعة الإسلامية
83	0	المطلب الثاني: التفرقة بينه وبين التقادم المسقط في الشريعة والقانون
76	0	المطلب الثاني: تعريف التقادم المكسب في الشريعة والقانون المدني الجزائري
128	0	المطلب الثاني: شروط تقدم الزمان في الشريعة الإسلامية
16	0	المطلب الثاني: عناصر الملكية في الشريعة والقانون المدني الجزائري

32	المطلب الثاني: نطاق حق الملكية العقارية وأنواع العقارات في الشريعة والقانون المدني الجزائري
5	المقدمة
3	إهداء
5	أهمية الموضوع
10	خطة البحث
4	شكر وتقدير
8	منهج البحث

1 هُوَ الَّذِي خَلَقَ لَكُمْ مَّا فِي الْأَرْضِ جَمِيعًا [سورة البقرة/ جزء من الآية 28] 25

1 بَلِ الْإِنْسَانُ عَلَىٰ نَفْسِهِ بَصِيرَةٌ 152

1 وَلَا تَقْتُلُوا أَنْفُسَكُمْ [سورة النساء/ جزء من الآية 29] 68

1 وَلَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ [سورة البقرة/ 188] 68

1 وَهُوَ الَّذِي جَعَلَ لَكُمُ الْخَلِيفَةَ فِي الْأَرْضِ [الأنعام/ جزء من الآية 165] 12

1 وَأَمْرٌ بِالْعُرْفِ وَأَعْرِضْ عَنِ الْجَاهِلِينَ [سورة الأعراف/ جزء من الآية 199] 71

1 وَتَبَارَكَ الَّذِي لَهُ مُلْكُ السَّمَاوَاتِ وَالْأَرْضِ وَمَا بَيْنَهُمَا [الزخرف/ جزء من الآية 85] 12

1 وَجَعَلْنَا اللَّيْلَ وَالنَّهَارَ آيَاتَيْنِ فَمَحْوَنًا آيَةَ اللَّيْلِ 146

1 لِلَّهِ مُلْكُ السَّمَاوَاتِ وَالْأَرْضِ وَمَا فِيهِنَّ [المائدة/ جزء من الآية 120] 12

1 مَا جَعَلَ اللَّهُ مِنْ بَحِيرَةٍ وَلَا سَائِبَةٍ وَلَا وَصِيلَةٍ وَلَا حَامٍ [سورة المائدة/ جزء من الآية 105] 26

1 وَلَا تَلْمِزُوا أَنْفُسَكُمْ [سورة الحجرات/ الآية 11] 68

1 مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصِي بِهَا أَوْ دِينَ [النساء/ جزء من الآية 11] 52

1 وَلَا تَزِرُ وَازِرَةٌ وِزْرَ أُخْرَى [فاطر/ جزء من الآية 18] 141

1 إِنَّ عِدَّةَ الشُّهُورِ عِنْدَ اللَّهِ اثْنَا عَشَرَ شَهْرًا فِي كِتَابِ اللَّهِ يَوْمَ خَلَقَ السَّمَاوَاتِ وَالْأَرْضِ مِنْهَا

أَرْبَعَةٌ حُرُمٌ [التوبة/ جزء من الآية 36] 146

1 اللَّهُ الَّذِي خَلَقَ السَّمَاوَاتِ وَالْأَرْضَ وَمَا بَيْنَهُمَا [السجدة/ جزء من الآية 03] 12

1 وَإِذْ قَالَ رَبُّكَ لِلْمَلَكَةِ إِنِّي جَاعِلٌ فِي الْأَرْضِ خَلِيفَةً [البقرة/ جزء من الآية 30] 12

1 وَاللَّهُ أَنْزَلَ مِنَ السَّمَاءِ مَاءً فَأَحْيَا بِهِ الْأَرْضَ بَعْدَ مَوْتِهَا [النحل/ 65] 46

1 كُتِبَ عَلَيْكُمْ إِذَا حَضَرَ أَحَدُكُمْ الْمَوْتُ إِنْ تَرَكَ خَيْرًا الْوَصِيَّةُ لِلْوَالِدَيْنِ وَالْأَقْرَبِينَ بِالْمَعْرُوفِ

..... 52

1 كُتِبَ عَلَيْكُمْ إِذَا حَضَرَ أَحَدُكُمْ الْمَوْتُ إِنْ تَرَكَ خَيْرًا الْوَصِيَّةُ لِلْوَالِدَيْنِ وَالْأَقْرَبِينَ بِالْمَعْرُوفِ

..... [البقرة/ جزء من الآية 180] 52

1 وَأَنَّ الْمَسْجِدَ لِلَّهِ [سورة الجن/جزء من الآية 18] 96

1 مَلِكِ يَوْمِ الدِّينِ [الفاحة/04] 13

1 مَلِكِ الْمُلْكِ [آل عمران/26] 13

1 الْيَوْمَ أَكْمَلْتُ لَكُمْ دِينَكُمْ وَأَتَمَمْتُ عَلَيْكُمْ نِعْمَتِي وَرَضِيْتُ لَكُمْ الْإِسْلَامَ دِينًا [المائدة/جزء من

..... الآية3] 6

1 يَسْأَلُونَكَ عَنِ الْأَهْلِ قُلْ هِيَ مَوَاقِيتُ لِلنَّاسِ وَالْحَجِّ [البقرة/جزء من الآية189] 145

1--: هُوَ الَّذِي جَعَلَ الشَّمْسَ ضِيَاءً وَالْقَمَرَ نُورًا وَقَدَرَهُ مَنَازِلَ لِتَعْلَمُوا عَدَدَ السِّنِينَ

وَالْحِسَابَ [يونس/جزء من الآية 05] 146

2 «فإن غم عليكم فأكملوا عدة شعبان ثلاثين يوماً» 147

..... «... والثلاث كثير» 52

..... «العمرى جائزة لأهلها» 26

..... «العمرى لمن وهبت له» 25

..... «إن الله حرم عليكم دماءكم وأموالكم وأعراضكم» 69

..... «أنه قضى بالشفعة في كل شركة لم تقسم» 55

..... «جاءني رسول الله x يعودني عام حجة الوداع» 52

..... «قضى النبي x بالشفعة في لم يقسم» 55

..... «قضى النبي بالعمرى أنها لمن وهبت له» 25

..... «قضى بالشفعة فيما لم يقسم» 55

..... «لا وصية لوارث» 53

..... «لا يسقط حق امرئ مسلم وإن قدم» 75 ,74

..... «من احتاز شيئاً عشر سنين فهو له» 71 ,44

..... «من أحيا أرضاً ميتة فله أجر ما أكلت العواف» 46

..... «من أحيا أرضاً ميتة فهي له» 73 ,46

..... «من حاز شيئاً عشر سنين فهو له» 143 ,82 ,75 ,72

..... «من سبقت يده إلى ما لم تسبق إليه يد غيره فهو له» 73

12	2. لو كان لابن آدم واديان من ذهب لا يتغى ثالثاً
74	2: «من حاز شيئاً عشر سنين فهو له.»
38	المسلمون شركاء في ثلاث الماء والكأ والنار
166	2 من حاز شيئاً عشر سنين فهو له
72	2 من حاز على خصمه شيئاً عشر سنين فهو أحق به»
36	ممن ظلم قيد شبر من أرض طوقه من سبع أرسين
21	4 ابن قدامة المقدسي عبد الله بن محمد 620 هـ
14	4 ابن نجيم زين الدين بن إبراهيم 970 هـ
82	4 أصبغ بن الفرج
165	4 الخطاب ابو عبد الله محمد بن محمد 954 هـ
90	4 الخرشبي محمد بن عبد الله 1001 هـ
140	4 الدسوقي أبو عبد الله 803 هـ
138	4 الرهوني
130	4 الزرقاني أبو محمد عبد الباقي سنة 1099 هـ
67	4 السرخسي شمس الأئمة أبو بكر 483 هـ
88	4 العدوي أحمد بن الشيخ صالح 1201 هـ
20	4 القرافي شهاب الدين 684 هـ
21	4 الكاساني، أبو بكر بن سعود بن أحمد علاء الدين 587 هـ)
133	4 بن القاسم أبو عبد الله عبد الرحمن
133	4 بن حبيب أبو مروان عبد الملك 238 هـ
75	4 بن رشد
82	4 بن عبد الحكم
72	4 بن فرحون
134	4 بن نافع أبو محمد عبد الله 186 هـ
82	4 بن وهب
44	4 خليل بن إسحاق 776 هـ)
144	4 ربعة بن عبد الرحمن
176 , 71	4 سعيد بن المسيب
85	4 مطرف بن عبد الله
	126 5
33	15 الأمر رقم 281/67
162	5 القانون رقم " 25/90 "
33	5 القانون رقم 06/84
101	5 المادة "828" ق م ج
101	5 المادة "829" م ج
100	5 المادة "2/949" ق.م.م
101	5 المادة "1/969" ق م م
102	5 المادة "03" ق.م.ج
161	5 المادة "08" من المرسوم " 352/83 "
163	5 المادة "29/08" مدني جزائري
30	المادة "09" ق إ ج
91	5 المادة "1016" م.م
27	المادة "27"، قانون رقم 25/90
102	5 المادة "314" ق.م.ج
103	5 المادة "315" ق.م.ج

109	المادة "316" 5
107	المادة "316" م ج 5
108	المادة "1/316" م ج 5
108	المادة "2/316" م ج 5
113	المادة "317" م ج 5
116	المادة "1/319" م ج 5
158	المادة "2/322" منني جزائري 5
114	المادة "330" م ج 5
162	المادة "1/39" 5
40	المادة "2/524" ق م ف 5
14	المادة "674" ق م ج 5
32	المادة "2/675" من القانون المدني الجزائري 5
34	المادة "676" ق م ج 5
29	المادة "683" ق م ج 5
14	المادة "802" م م 5
32	المادة "2/803" م م 5
100	المادة "1/808" ق م ج 5
104	المادة "814" م ج 5
105	المادة "2/814" م ج 5
126	المادة "815" م ج 5
128	المادة "824" م ج 5
126	المادة "1/824" 5
126	المادة "1/824" م ج 5
162	المادة "825" من الأمر رقم "58-75" 5
127	المادة "2/825" م ج 5
128	المادة "826" م ج 5
161	المادة "827" م ج 5
154	المادة "827" ق م ج 5
90 ,87 ,79	المادة "827" ق.م.ج 5
88	المادة "828" م ج 5
119	المادة "1/828" م ج 5

154	المادة "828/1" ق م ج
125	المادة "828/1" م ج
127	المادة "828/2" م ج
103	المادة "830" ق.م.ج
108	المادة "832" م ج
102	المادة "832" م.ج
84	المادة "832" مدني جزائري
108	المادة "833" م ج
111	المادة "834" م ج
91	المادة "868" ق.م.ج
111	المادة "879/2" م ج
100	المادة "949/1" ق م م
105	المادة "955/2" م م
88	المادة "968"
87	المادة "968" ق.م.م
88	المادة "969" م م
94	المادة "970" مدني مصري
94	المادة "970/1" قانون مدني مصري
84	المادة "973" م م
102	المادة "973" م.م
42	المادة (1398) قانون مدني مصري
55	المادة (807) ق/م/ج
45	المادة (02/874) ق/م/م
102	المادة 314 ق.م.ج
102	المادة 380 ق.م.م
109	المادة "833" م ج
162	المادة السابعة "07" من المرسوم "352/83"
100	المادة "808/2" ق.م.ج
123	المادة "828/3" م ج
161	المادة "04" من المرسوم "352/83"
19	المادة "1023/1" ق م م
27	المادة "11" من قانون الملكية العقارية القرار رقم "3339"
49	المادة "126" ق أ ج

49	المادة "127" ق أ ج
50	المادة "128" ق أ ج
162	المادة "15" من الأمر رقم "74/75"
124	المادة "15" من الأمر رقم "75-74" المنظم للشهر العقاري بالجزائر
148	المادة "1670"
148	المادة "1671"
48	المادة "222"
157	المادة "1/321" م ج
158	المادة "1/322" م ج
19	المادة "40" من ق م ج
162	المادة "42" من قانون "25/90"
162	المادة "47" من قانون رقم "25/90"
17	المادة "48"
56	المادة "54" ق م ج
80	المادة "1/669" م م
92	المادة "689" ق.م.ج
19	المادة "740" ق م ج
45	المادة "773" ق م ج
124	المادة "793" م ج
32	المادة "803" م م
34	المادة "804" ق م م
88	المادة "827"
118	المادة "2/828" م ج
163	المادة "91" من المرسوم "63/76"
53	المادة "935" م م
33	المادتين "782" مدني جزائري و "966" م م
160	المرسوم رقم "352/83"
111	المواد "317" إلى "319" م ج
48	المواد "126" حتى "183"
29	المواد "821-820-819" ق م ج
77	المواد "827-834" من ق م ج
100	المادة "813" ق م ج

57	المادة "29" من قانون التوجيه العقاري
47	المادة "788" ق م ج
57	المادتين "793،165" م ج
162	5 للمرسوم رقم "352/83"
124	5 لمادة "16"
115	5 لمادة "341" ق م ج
54	المادة "795" ق م ج
112	5 لمادة "834" م ج
102	5 والمادة "380" ق.م.م.
21	6 نيل طبقات الحنابلة لعبد الرحمان بن رجب، (795هـ) دار المعرفة بيروت
7	الدراسات السابقة
73	العدوي
99	الفرع الأول: الشرطان العامن للتقادم المكسب
66	القانون رقم "25/90"
57	المادة "324 مكرر 01" ق م ج
30	المادة "08" ق إ ج
48	المادة "675/2" ق م ج،
40	المادة "684" ق م ج
42	المادة "773"
48	المادة "774" ق م ج
53	المادة "794" ق م ج
54	المادة "799" ق م ج
54	المادة "802" ق.م.ج.
34	المادة "803/2" ق م م:
80	المادة "828/1" ق.م.ج.
42	المادة "843"
48	المادة "922/1" م م
57	المادة "934" م م
81	المادة "970/1" م.م.
80	المادة "322" ق.م.ج.
14	المادة "544" م ف
32	المادة "675" ق م ج
39	المادة "683" ق م ج
28	المادة "683/1" من ق م ج
48	المادة "782/1" ق م ج
56	المادة "792" ق م ج
29	المادة "794" ق م ج
48	المادة "803/2" م م
55	المادة "807" ق م ج

80	المادة "828/3" ق.م.ج.
49	المادة "875" م م
56	المادة "932" م م
55	المادة "948" ق.م.م.
79	المادة "968" م م
33	المرسوم التنفيذي رقم 41/84
85	المواد "309-310-311-312" م 5 ج
36	بين الشاطئ
80	ة "829" ق م ج
71	عبد الجبار بن عمر الأيلي
145	قتادة بن دعامة (118هـ)
56	لمادة "123"
19	مادة "994/2" ق م م.

33	الأمر رقم 281/67
33	القانون رقم 06/84
66	القانون رقم "25/90"
33	المرسوم التنفيذي رقم 41/84
102	المادة "03" ق.م.ج
30	المادة "08" ق إ ج.
30	المادة "09" ق إ ج.
27	المادة "11" من قانون الملكية العقارية، القرار رقم "3339"
124	المادة "15" من الأمر رقم "74-75" المنظم للشهر العقاري بالجزائر
124	المادة "16"
27	المادة "27"، قانون رقم 25/90
57	المادة "29" من قانون التوجيه العقاري
19	المادة "40" ق م ج
17	المادة "48" من قانون التوجيه العقاري
56	المادة "54" ق م ج
56	المادة "123" ق م ج
48	المواد "126 حتى 183"
49	المادة "126" ق أ ج.
49	المادة "127" ق أ ج.
50	المادة "128" ق أ ج.

57.....	المادتان "793،165"م ج
85.....	المواد "312-311-310-309"م 5ج
102.....	المادة "314"ق.م.ج
103.....	المادة "315"ق.م.ج
108.....	المادة "316"م ج
108.....	المادة "1/316"م ج
108.....	المادة "2/316"م ج
113.....	المادة "317" م ج
111.....	المواد "317 إلى 319"م ج
116.....	المادة "1/319"م ج
80.....	المادة "322"ق.م.ج
57.....	المادة "324 مكرر 01"ق م ج
114.....	المادة "330"م ج
115.....	المادة "341"ق م ج
102.....	المادة "380"ق.م.م
40.....	المادة "2/524" ق م ف
14.....	المادة "544"م ف
80.....	المادة "1/669"م م
14.....	المادة "674"ق م ج
32.....	المادة "675"ق م ج
32.....	المادة "2/675"ق م ج،
34.....	المادة "676"ق م ج
39.....	المادة "683"ق م ج
28.....	المادة "1/683"من ق م ج
29.....	المادة "683"ق م ج
40.....	المادة "684"ق م ج
92.....	المادة "689"ق.م.ج
19.....	المادة "740"ق م ج
42.....	المادة "773"ق م ج
48.....	المادة "774"ق م ج
48.....	المادة "1/782"ق م ج
33.....	المادتان "782"مدني جزائري و "966" م م
47.....	المادة "788"ق م ج
56.....	المادة "792"ق م ج،
124.....	المادة "793"م ج
29,53.....	المادة "794"ق م ج

54.....	المادة "795" ق م ج
54.....	المادة "799" ق م ج
14.....	المادة "802" م م
54.....	المادة "802" ق.م.ج
32.....	المادة "2/803" ق م م:
34.....	المادة "2/803" ق م م
32.....	المادة "803" م م
34.....	المادة "804" ق م م
55.....	المادة "807" ق م ج
100.....	المادة "1/808" ق م ج
100.....	المادة "2/808" ق.م.ج
100.....	المادة "813" ق م ج
104.....	المادة "814" م ج
105.....	المادة "2/814" م ج
126.....	المادة "815" م ج
29.....	المواد "821-820-819" ق م ج
128.....	المادة "824" م ج
126.....	المادة "1/824" م ج
127.....	المادة "2/825" م ج
128.....	المادة "826" م ج
90 ,88 ,87,79.....	المادة "827" ق.م.ج
77.....	المواد "834 -827" من ق م ج
101,88	المادة "828" م ج
119.....	المادة "1/828" م ج
118,127	المادة "2/828" م ج
123,80	المادة "3/828" م ج
125.....	المادة "1/828" ق.م.ج
80,101	المادة "829" ق م ج
103.....	المادة "830" ق.م.ج
108,102,84.....	المادة "832" م ج
108.....	المادة "833" م ج
112 ,111	المادة "834" م ج
42.....	المادة "843"
91.....	المادة "868" ق.م.ج
45.....	المادة "02/874" ق/م/م
49.....	المادة "875" م م

111.....	المادة "2/879" م ج.....
48.....	المادة "1/922" م م.....
56.....	المادة "932" م م.....
57.....	المادة "934" م م.....
53.....	المادة "935" م م.....
55.....	المادة "948" ق.م.م.....
100.....	المادة "2/949" ق.م.م.....
105.....	المادة "2/955" م م.....
87,79.....	المادة "968" ق.م.م.....
101.....	المادة "1/969" ق م م.....
88.....	المادة "969" م م.....
94.....	المادة "970" م م.....
94,81.....	المادة "1/970" ق م م.....
84.....	المادة "973" م م.....
102.....	المادة "973" م.م.....
91.....	المادة "1016" م.م.....
19.....	المادة "1/1023" ق م م.....

- ❖ الأبى صالح عبد السميع جواهر الإكليل شرح مختصر خليل ط1/ 1418-1997 دار الكتب العلمية لبنان.
- ❖ بن الأثير المبارك بن محمد جامع الأصول في الرسول ط2 1403-1983 دار الفكر للطباعة والنشر بيروت- لبنان.
- ❖ أحمد شوقي محمد عبد الرحمان الحقوق العينية الأصلية حق الملكية ط2004 توزيع منشأة المعارف الإسكندرية.
- ❖ أحمد بن غنيم بن سالم بن مهنا الفواكه الدواني على رسالة ابن أبي زيد القيرواني ط1 1418-1997 دار الكتب العلمية بيروت- لبنان.
- ❖ أحمد فراج حسين الملكية ونظرية العقد في الإسلامية ط/2005 دار الجامعة الجديدة مصر.
- ❖ إسماعيل باشا البغدادي المتوفى سنة 1339هـ هدية العارفين أسماء المؤلفين وأثار المصنفين من كشف الظنون ط1413هـ 1992م دار الكتب العلمية بيروت.
- ❖ الأسمندي محمد بن عبد الحميد طريقة الخلاف، د طن، مكتبة دار التراث.
- ❖ أعراب بلقاسم القانون الدولي الخاص الجزائري ط2001، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع الجزائر.
- ❖ افتدى محمد علاء الدين حاشية قررة عيون الأختيار تكملة رد المحتار على الدر المختار ط1 1415-1994 دار الكتب العلمية بيروت لبنان.
- ❖ أنور العمروسي، التعليق على نصوص القانون المدني المعدل بمذاهب الفقه وأحكام القضاء الحديثة في مصر والأقطار العربية مع أحكام للنقض المصرية لم يسبق نشرها، ط1، 1993، حق الملكية والشيوخ والقسمة.



- ❖ الباجي سليمان بن خلف، المنتقى شرح موطأ مالك، منشورات دار الكتب العلمية، بيروت-لبنان، ط1
- ❖ باشا محمد كامل مرسي، الحقوق العينية الأصلية، ط2، د س ن، المطبعة العالمية، مصر.
- ❖ ابن البنا الحسن بن أحمد، كتاب المقنع في شرح مختصر الخرقى، ط2، 1415-1994، مكتبة الرشد، الرياض

- ❖ بدران أبو العينين بدران الشريعة الإسلامية- تاريخها ونظرية الملكية والعقود- د س ن، مؤسسة شباب الجامعة للطباعة والنشر والتوزيع الإسكندرية.
- ❖ البدراوي عبد المنعم الحقوق العينية الأصلية الملكية والحقوق المتفرعة عنها وأسباب كسبها ط2 1968 مكتبة سيد عبد الله وهبة
- ❖ بطرس البستاني، محيط المحيط، ط/1998، مكتبة لبنان ناشرون، بيروت- لبنان
- ❖ البهوتي منصور بن يوسف، كشاف القناع عن متن الإقناع، ط1423-2003، دار عالم الكتب، الرياض، المملكة العربية السعودية
- ❖ البهوتي منصور بن يونس، الروض المربع شرح زاد المستتقع، مؤسسة الرسالة، بيروت-لبنان، ط1/1417-1996
- ❖ التسولي علي بن عبد السلام البهجة في شرح التحفة ط1 1418-1998 دار الكتب العلمية لبنان.
- ❖ التبتكي أحمد بابا، كفاية المحتاج لمعرفة من ليس في الديباج، دار ابن حزم، بيروت-لبنان ، ط1/1422-2002
- ❖ ابن تيمية الفتاوى الكبرى دار القلم طبعة 1407 - 1987 بيروت- لبنان.
- ❖ ابن رجب عبد الرحمان (795هـ) ذيل طبقات الحنابلة د س ن دار المعرفة بيروت.
- ❖ الجبيري عبد الرحمن بن حسن ، تاريخ عجائب الآثار في التراجم والأخبار: دار الجيل، بيروت، د س ط
- ❖ الجكني محمد الأمين بن محمد المختار، أضواء البيان في إيضاح القرآن ط1 1417-1996 دار الكتب العلمية بيروت لبنان.
- ❖ الجوزي جمال الدين عبد الرحمن بن علي، صفة الصفوة، ط2، 1413-1992، مؤسسة الكتب الثقافية، لبنان
- ❖ الحجاوي شرف الدين، زاد المستتقع، ط2، 1423-2003، دار الخزيمية، الرياض-المملكة العربية السعودية
- ❖ الحطاب محمد بن محمد مواهب الجليل لشرح مختصر خليل ط1 1417-1997 منشورات محمد علي بيضون دار الكتب العلمية بيروت- لبنان.
- ❖ ابن حجر شهاب الدين أحمد ، الدرر الكامنة في أعيان المائة الثامنة، ط1414هـ،1993م، دار الجيل، بيروت.

- ❖ ابن حجر أحمد شهاب الدين أحمد ، تهذيب التهذيب، ط1، 1415-1995، دار الفكر
- ❖ ابن حجر أحمد شهاب الدين أحمد ، تقريب التهذيب، دار الفكر، ط1/1415-
- ❖ حمدي باشا عمر، محررات شهر الحيازة، ط2001، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، بوزريعة-الجزائر.
- ❖ حمدي باشا عمر نقل الملكية العقارية ط2 1433-2000 دار هومة الجزائر.
- ❖ ابن حنبل أحمد ، مسند الإمام أحمد بن حنبل، دار الفكر لطباعة والنشر والتوزيع، ط2/1414-1994
- ❖ حيدر علي، در الحكام في شرح مجلة الأحكام، ط1، 1419-1991، دار الكتب العلمية، بيروت-لبنان.
- ❖ الخرشي محمد بن عبد الله حاشية الخرشي على مختصر خليل ط1 1416-1995 منشورات محمد علي بيضون دار الكتب العلمية بيروت- لبنان.
- ❖ الخفيف علي الملكية في الشريعة الإسلامية مع مقارنتها بالقوانين الوضعية ط1986 معهد البحوث والدراسات العربية.
- ❖ الخفيف علي الملكية في الشريعة الإسلامية مع المقارنة بالشرائع الوضعية ط1416-1996 دار الفكر العربي
- ❖ خليل بن إسحاق مختصر العلامة خليل ط1419-1999 دار الفكر للطباعة والنشر بيروت- لبنان.
- ❖ أبو داود سليمان بن الأشعث السجستاني المراسيل ، ط1 1408-1988 تحقيق شعيب الأرنؤوط مؤسسة الرسالة للطباعة والنشر والتوزيع بيروت.
- ❖ أبو داود سليمان بن الأشعث السجستاني، سنن أبي داود، دار السلام للنشر والتوزيع، الرياض.
- ❖ الدردير أحمد بن محمد الشرح الكبير وبهامشه حاشية الدسوقي على الشيخ الكبير ط1 1417-1996 دار الكتب العلمية بيروت- لبنان.
- ❖ الدردير أحمد بن محمد الشرح الصغير وبهامشه بلغة السالك لأقرب المسالك على الشرح الصغير للقطب الدردير، للشيخ أحمد الصاوي، ط1، 1415-1995، دار الكتب العلمية، بيروت- لبنان.
- ❖ الدسوقي محمد عرفة حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ط1423-2002 الجزء السادس دار الفكر بيروت-لبنان.

- ❖ الدناصوري عز الدين عكاز حامد الحيازة المدنية وحمايتها الجنائية في ضوء الفقه والقضاء، د س ن، تجليد الفرماوي شارع قصر اللؤلؤة بالفجالة، القاهرة-مصر
- ❖ الذنون حسن محاضرات في القانون المدني العراقي، د س ن، جامعة الدول العربية معهد الدراسات العربية العالية.
- ❖ الذهبي شمس الدين محمد بن أحمد، سير أعلام النبلاء، دار الفكر، بيروت-لبنان، ط1/1417-1997
- ❖ الرازي أحمد بن علي أحكام القرآن منشورات محمد علي بيضون دار الكتب العلمية بيروت- لبنان.
- ❖ الرافي عبد الكريم بن محمد، العزيز شرح الوجيز المعروف بالشرح الكبير، دار الكتب العلمية، بيروت- لبنان ، ط/1417-1997
- ❖ الرملي شمس الدين محمد نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج دار الكتب العلمية بيروت- لبنان.
- ❖ بن رشد القرطبي البيان والتحصيل ط2 1408-1988 دار الغرب الإسلامي بيروت- لبنان.
- ❖ ابن رشد القرطبي بداية المجتهد ونهاية المقتصد ط1 دار ابن حزم بيروت- لبنان بدون سنة نشر
- ❖ رمول خالد المحافظة العقارية كآلية للحفظ العقاري في التشريع الجزائري ط2001 قصر الكتاب – البليدة.
- ❖ الزحيلي محمد الفرائض والمواريث والوصايا ط1 1422-2001 دار الكلم الطيب بيروت- لبنان
- ❖ الزحيلي وهبة الفقه الإسلامي وأدلته ط1 1404-1984 دار الفكر - دمشق.
- ❖ الزرقا مصطفى أحمد المدخل الفقهي العام ط2 1425-2004 دار القلم دمشق-سوريا.
- ❖ الزرقا أحمد بن محمد شرح القواعد الفقهية ط5 1419-1998 دار القلم دمشق.
- ❖ الزرقاني محمد، شرح الزرقاني على موطأ الإمام مالك، د س ن، مصر- صندوق بوسته الغورية رقم 138.
- ❖ الزرقاني عبد الباقي يوسف بن أحمد شرح الزرقاني على مختصر سيدي خليل ط1 1422-
- ❖ 2002 دار الكتب العلمية بيروت-لبنان.

- ❖ الزركلي خير الدين، الأعلام، ط12/1997، دار العلم للملايين، بيروت-لبنان
- ❖ ابن أبي زمنين تفسير القرآن العظيم ط1 1423-2002 الفاروق الحديثة للطباعة والنشر القاهرة-مصر.
- ❖ زهدي يكن الملكية والحقوق العينية الأصلية ط2 منشورات الملكية العصرية بيروت بدون سنة نشر.
- ❖ زهدي يكن، شرح مفصل جديد لقانون الملكية العقارية والحقوق العينية غير المنقولة ط1/د س ن، سيما.
- ❖ أبو زهرة الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية د س ن دار الفكر العربي القاهرة
- ❖ زواوي فريدة الحيازة والتقدم ط2000 ديوان المطبوعات الجامعية بن عكنون- الجزائر.
- ❖ زيدان عبد الكريم المدخل لدراسة الشريعة الإسلامية ط14 1417-1996 مؤسسة الرسالة بيروت.
- ❖ السرخسي شمس الدين المبسوط ط1 1414-1993 دار الكتب العلمية بيروت.
- ❖ أبو السعود رمضان الوجيز في الحقوق العينية الأصلية طبعة 2002 منشورات الحلبي الحقوقية بيروت- لبنان.
- ❖ سلامة أحمد الملكية الفردية في القانون المصري ط1 1970 القاهرة.
- ❖ سلامة أحمد الملكية الخاصة في القانون المصري ط1 1968 دار النهضة العربية المطبعة العالمية بالقاهرة
- ❖ سليم رستم باز شرح المجلة ط3 د س ن دار الكتب العلمية بيروت لبنان.
- ❖ السمرقندي علاء الدين، تحفة الفقهاء، د س ن دار الكتب العلمية، بيروت-لبنان
- ❖ السنهوري عبد الرزاق الوسيط في القانون المدني ط1967 دار إحياء التراث العربي بيروت- لبنان.
- ❖ السنهوري عبد الرزاق الوسيط في شرح القانون المدني أسباب اكتساب الملكية ط2004، منشأة المعارف بالإسكندرية جلال جزوي وشركاؤه.

- ❖ السنهوري عبد الرزاق احمد الوسيط في شرح القانون المدني ط2004 منشأة المعارف بالإسكندرية جلال جزي وشركاؤه.
- ❖ سوار محمد وحيد الدين شرح القانون المدني- الحقوق العينية الأصلية- ط3 1399-1979 مطبعة الداودي دمشق-سوريا.
- ❖ سوار محمد وحيد الدين شرح القانون المدني الحقوق العينية الأصلية في القانون السوري ط1969 مطابع ألف باء الأديب دمشق-سوريا.
- ❖ السيوطي جلال الدين عبد الرحمان الأشباه والنظائر ط3 1419 -1999 مؤسسة الكتب الثقافية بيروت- لبنان.
- ❖ السيوطي جلال الدين عبد الرحمن تنوير الحوالك شرح على موطأ مالك بدون سنة نشر المكتبة الثقافية بيروت- لبنان.
- ❖ ابن الشاط قاسم، إضرار الشروق على أنواع الفروق بهامش الفروق، ط1/ 1418-1998، دار الكتب العلمية، بيروت – لبنان
- ❖ الشافعي، الأم، ط2/1426-2005، دار الوفاء، المنصورة-لبنان
- ❖ شامه سماعين، الأدوات القانونية للسياسة العقارية في الجزائر منذ1990 رسالة لنيل شهادة الماجستير في القانون بن عكنون- الجزائر 1999
- ❖ شراوي جورج حق الملكية العقارية ط2006 المؤسسة الحديثة للكتاب طرابلس- لبنان.
- ❖ شلبي محمد مصطفى المدخل في الفقه الإسلامي ط10 1405-1985 الدار الجامعية.
- ❖ شنب محمد لبيب، اكتساب الملكية بالتقادم في كل من نظام الشهر الشخصي ونظام الشهر العيني مجموعة أعمال الحلقة الدراسية لقوانين الشهر العقاري في البلاد العربية 21-26 مارس 1972.
- ❖ الشواربي عبد الحميد أسامة عثمان أحكام التقادم ط1989 توزيع دار الكتاب الحديث راوي للطباعة والإعلان الإسكندرية.

- ❖ الشوكاني محمد علي بن محمد فتح القدير ط 1 1412-1992 دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع.
- ❖ الصاوي أحمد بلغة السالك لأقرب المسالك على الشرح الصغير للقطب سيدي أحمد الدردير ط 1 1415-1995 دار الكتب العلمية بيروت- لبنان.
- ❖ الصدة عبد المنعم الملكية في قوانين البلاد العربية شركة مكتبة ومطبعة مصطفى البابي وأولاده بمصر د س ن دار الفكر العربي..
- ❖ الصدة عبد المنعم الحقوق العينية الأصلية دراسة في القانون اللبناني والقانون المصري / ط ن دار النهضة العربية للطباعة والنشر بيروت- لبنان.
- ❖ عابدين محمد أحمد التقادم المكسب والمسقط في القانون ط 1995 دار الفكر الجامعي الإسكندرية-مصر.
- ❖ ابن عابدين محمد أمين رد المختار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار ط 1/1415-1994 دار الكتب العلمية بيروت- لبنان.
- ❖ ابن عابدين محمد أمين حاشية ابن عابدين رد المختار على الدر المختار ط 4/1407-1987 دار إحياء التراث العربي بيروت- لبنان.
- ❖ العبادي عبد السلام داود الملكية في الشريعة الإسلامية ط 1 1421-2000 مؤسسة الرسالة دار البشير.
- ❖ عبد الله بن عبد العزيز قيود الملكية الخاصة ط 1 1408-1988 مؤسسة الرسالة.
- ❖ عبده عيسى الملكية في الإسلام ط 1984 دار المعارف القاهرة.
- ❖ ابن عبيدة عبد الحفيظ إثبات الملكية العقارية والحقوق العينية العقارية في التشريع الجزائري ط 2004 دار هومة بوزريعة- الجزائر.

- ❖ عدلي أمير خالد اكتساب الملكية العقارية بالحيازة في ضوء المستجدات من أحكام محكمة النقض والفقهاء القانونيين دس ن، دار الفكر الجامعي الإسكندرية-مصر.
- ❖ عدلي أمير خالد تملك العقارات بوضع اليد ط1992 منشأة المعارف بالإسكندرية جلال جزي وشركاؤه.
- ❖ العدوي علي بن أحمد حاشية العدوي على كفاية الطالب الرباني لرسالة ابن أبي زيد القيرواني ط1/1417-1997 دار الكتب العلمية بيروت- لبنان.
- ❖ عرفة عبد الوهاب الحيازة المدنية وحمايتها الجنائية ط1/2007 دار الجامعة الجديدة الإسكندرية.
- ❖ عز الدين بن عبد العزيز بن عبد السلام قواعد الأحكام في مصالح الأنام، دس ن، دار الكتب العلمية بيروت- لبنان.
- ❖ العطار عبد الناصر توفيق شرح أحكام حق الملكية دس ن دار الفكر العربي.
- ❖ علوي عمار الملكية والنظام العقاري في الجزائر ط2004 دار هومة الجزائر.
- ❖ عليش محمد شرح منح الجليل على مختصر العلامة خليل، دس ن، دار صادر.
- ❖ ابن عباس تنوير المقياس من تفسير ابن عباس ط1/1421-2000 منشورات محمد علي بيضون دار الكتب العلمية بيروت- لبنان.
- ❖ عبد القادر بن محمد الجواهر المضيئة في طبقات الحنفية تحقيق عبد الفتاح الحلو ط1979م مطبعة عيسى البابي الحلبي وأولاده مصر.
- ❖ عبد الله محمود بن مودود الاختيار لتعليل المختار ط1/1419-1998 منشورات محمد علي بيضون دار الكتب العلمية بيروت- لبنان.
- ❖ عبد الحي العماد، شذرات الذهب في أخبار من ذهب، دس ن المكتب التجاري للطباعة والنشر.
- ❖ كحالة عمر رضا معجم المؤلفين تراجم مصنفين الكتب العربية دس ن دار إحياء التراث العربي لبنان.

- ❖ غني حسون طه الحقوق العينية في القانون المدني الكويتي - حق الملكية- دراسة مقارنة ط1977 مطبوعات جامعة الكويت.
- ❖ ابن فرحون برهان الدين إبراهيم بن علي المتوفى سنة (799هـ-1396م) الديباج المذهب في معرفة أعيان علماء المذهب دراسة وتحقيق مأمون بن محي الدين الجنان ط1 1417هـ-1996م دار الكتب العلمية بيروت-لبنان.
- ❖ ابن فرحون برهان الدين إبراهيم بن شمس الدين تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام ط1 1416-1995 دار الكتب العلمية بيروت- لبنان.
- ❖ الفيروز آبادي مجد الدين محمد بن يعقوب القاموس المحيط باب الكاف فصل الميم ط6 1419-1998 مؤسسة الرسالة.
- ❖ بن قدامة عبد الله أحمد بن محمد المغني ط1401-1981, مكتبة الرياض الحديثة الرياض
- ❖ ابن قدامة موفق الدين، الكافي في فقه الإمام أحمد بن حنبل، ط/1414-1994، دار الفكر، بيروت-لبنان
- ❖ القرافي أحمد بن إدريس تهذيب الفروق عالم الكتاب د س ن بيروت-لبنان.
- ❖ القرافي أحمد بن إدريس، الفروق وأنوار البروق في أنواء الفروق ط1 1418-1998 منشورات محمد علي بيضون بيروت لبنان.
- ❖ القرطبي عبد الله أحمد الجامع لأحكام القرآن ط5 1417-1996 منشورات محمد علي بيضون دار الكتب العلمية بيروت- لبنان.
- ❖ القرّة غولي عادل عبد الرزاق أحكام الميراث في الفقه الإسلامي وقانون الأحوال الشخصية ط1 1425-2004 دار صادر- بيروت.
- ❖ بن قودر شمس الدين أحمد تكملة شرح فتح القدير-نتائج الأفكار في كشف الرموز والأسرار - ط1/د س ن، دار الكتب العلمية، بيروت-لبنان.

- ❖ ابن قيم الجوزية الطرق الحكمية في السياسة الشرعية ط1 1418-1998 دار الجيل- بيروت.
- ❖ الكاساني أبو بكر بن سعود بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع ط1 1417-1997 دار إحياء التراث العربي بيروت- لبنان.
- ❖ ابن كثير الباعث الحثيث شرح اختصار علوم الحديث ط2 1417-1996 مكتبة المعارف للنشر والتوزيع الرياض
- ❖ كحالة عمر رضا، معجم المؤلفين في تراجم مصنفي الكتب العربية، دار إحياء التراث العربي، بيروت-لبنان، د ط ن
- ❖ الكزبري مأمون القانون المدني في الحقوق العينية تقسيم الأشياء والأموال (الحقوق العينية الأصلية الحقوق العينية التبعية) ط1959 مطبعة الجامعة السورية.
- ❖ كيرة حسن أصول القانون المدني 1965 الحقوق العينية الأصلية أحكام حق الملكية منشأة المعارف بالإسكندرية.
- ❖ اللكنوي محمد عبد الحي، الفوائد البهية في تراجم الحنفية ط/1324هـ د س ن، مصر.
- ❖ آل مبارك حمد عبد العزيز ، تبیین المسالك شرح تدريب السالك إلى أقرب المسالك، ، دار الغرب الإسلامي، بيروت-لبنان، ط2/1995
- ❖ مالك بن انس المدونة الكبرى دار النصر للطباعة والنشر، د س ن القاهرة-مصر.
- ❖ محمد ابن إدريس الأم ط1420-1990 دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع بيروت-لبنان
- ❖ محمد بن إسماعيل البخاري صحيح البخاري ط1 2004 دار الآفاق العربية للطباعة والنشر والتوزيع.
- ❖ محمد علي الأمين التقادم المكسب للملكية في القانون اللبناني-دراسة مقارنة- ط1993 منشورات
- ❖ مخلوف محمد بن محمد شجرة النور الزكية في طبقات المالكية ط1/1424-2003، دار الكتب العلمية، بيروت-لبنان.

- ❖ مراد عبد الفتاح التعليق على القانون المدني ط1/ د س ن.
- ❖ مسلم بن الحجاج صحيح مسلم بشرح النووي، د س ن، مكتبة الإيمان المنصورة.
- ❖ المصلح عبد الله بن عبد العزيز ، قيود الملكية الخاصة، مؤسسة الرسالة، ط1/ 1408-1988
- ❖ ابن منظور لسان العرب المحيط ط1408-1988 دار الجيل بيروت.
- ❖ ابن النجار تقي الدين محمد، معونة أولي النهى شرح المنتهى، ط1، 1416-1996، دار خضر، بيروت-لبنان
- ❖ نجم الدين محمد الغزي الكواكب السائرة بأعيان المائة العاشرة تحقيق جبرائيل جبور د س ن دار الآفاق الجديدة بيروت.
- ❖ ابن نجيم زين الدين بن إبراهيم، البحر الرائق شرح كنز الدقائق في فروع الحنفية، ط1، 1418-1997، دار الكتب العلمية.
- ❖ ابن نجيم الأشباه والنظائر ط2 دار الفكر المعاصر بيروت-لبنان 1420-1999.
- ❖ النووي محي الدين شرف المجموع شرح المهذب دار الفكر بدون سنة نشر.
- ❖ ابن الهمام كمال الدين، شرح فتح القدير، دار الكتب العلمية، بيروت-لبنان، ط1/1415-1995
- ❖ همام محمد محمود زهران الحقوق العينية الأصلية -حق الملكية- ط2007 دار الجامعة الجديدة للنشر الإسكندرية.
- ❖ واصل نصر فريد نظرية الدعوى والإثبات في الفقه الإسلامي ط1 1422-2002 دار الشروق القاهرة.
- ❖ الأمر رقم 281/67 المؤرخ في 20 ديسمبر 1967 المتعلق بالحفريات وحماية الأماكن والآثار التاريخية والطبيعية، الجريدة الرسمية رقم 07.
- ❖ المرسوم التنفيذي رقم 41/84 المؤرخ في 29 يناير 1994 المتضمن تعريف مياه الحمامات المعدنية وتنظيم حمايتها واستعمالها واستغلالها.

- ❖ مجلة قضائية 1990 القرار رقم 23/78 المؤرخ في 14/4/82 عدد 61.
- ❖ مجلة قضائية 1994 القرار رقم 104/967 المؤرخ في 10/11/1993 عدد 01.
- ❖ المجلة القضائية قرار المحكمة العليا المؤرخ في 07/02/1994 العدد 02-1994. القانون رقم 06/84 المؤرخ في 07 يناير 1984 المتعلق بالأنشطة المنجمية.
- ❖ الحديثة في مصر والأقطار العربية مع أحكام للنقض المصرية لم يسبق نشرها ط 1 1993.

3	إهداء
4	شكر وتقدير
5	المقدمة
5	أهمية الموضوع
6	أسباب اختيار الموضوع
7	الإشكالية التي يعالجها الموضوع
8	منهج البحث
10	خطة البحث

:

12	:
13	المبحث الأول: ماهية الملكية في الشريعة والقانون المدني الجزائري:
13	- :
13	الفرع الأول: المعنى اللغوي للملكية
14	الفرع الثاني: المفهوم القانوني للملكية
14	الفرع الثالث: تعريف الملكية في الشريعة الإسلامية
16	- :
16	الفرع الأول: عناصر الملكية في القانون
20	الفرع الثاني: عناصر الملكية في الشريعة الإسلامية
22	- :
22	الفرع الأول: خصائص الملكية في القانون
24	الفرع الثاني: خصائص الملكية في الشريعة الإسلامية
	المبحث الثاني: مفهوم الملكية العقارية نطاقها وأنواع العقارات أسباب اكتسابها في الشريعة والقانون المدني الجزائري
27	- :
27	الفرع الأول: تعريف العقار في الشريعة والقانون
28	الفرع الثاني: الفرق بين العقار والمنقول
29	- :
32	:
32	الفرع الأول: نطاق حق ملكية العقار في الشريعة والقانون
38	الفرع الثاني: أنواع العقارات في الشريعة والقانون

42.....	:	-
42.....	الفرع الأول: اكتساب الملكية العقارية عن طريق الواقعة القانونية	
51.....	الفرع الثاني: اكتساب الملكية عن طريق التصرف القانوني	
61	:	
64.....	المبحث الأول: أسس التقادم المكسب ومدلوله في الشريعة والقانون المدني الجزائري:	
64.....	:	-
64.....	الفرع الأول: أسس التقادم المكسب في القانون	
67.....	الفرع الثاني: أسس التقادم في الشريعة الإسلامية	
76.....	:	-
76.....	الفرع الأول: المدلول اللغوي للتقادم	
76.....	الفرع الثاني: المدلول القانوني للتقادم	
78.....	الفرع الثالث: المدلول الشرعي للتقادم المكسب	
المبحث الثاني: أنواع التقادم المكسب والتميز بينه والتقادم المسقط في الشريعة والقانون المدني		
79.....	الجزائري:	
79.....	:	-
79.....	الفرع الأول: أنواع التقادم المكسب في القانون	
81.....	الفرع الثاني: أنواع التقادم المكسب في الشريعة	
83.....	:	-
83.....	الفرع الأول: الفرق بين التقادم المكسب والمسقط في القانون	
84.....	الفرع الثاني: الفرق بين التقادم المكسب والمسقط في الشريعة الإسلامية:	
86.....	المبحث الثالث\ طبيعة التقادم، ومجاله القانوني والشرعي:	
86.....	:	-
86.....	الفرع الأول: الطبيعة القانونية للتقادم المكسب	
88.....	الفرع الثاني: الطبيعة الشرعية للتقادم المكسب	
90.....	:	-
90.....	الفرع الأول: مجال التقادم المكسب في القانون	
95.....	الفرع الثاني: مجال التقادم المكسب في الشريعة الإسلامية	
98.....	:	
99.....	المبحث الأول: شروط التقادم المكسب في الشريعة والقانون المدني الجزائري:	
99.....	:	-

99.....	الفرع الأول: الشرطان العامان للتقادم
119.....	الفرع الثاني: الشروط الخاصة بالتقادم القصير
128.....	- :
154.....	المبحث الثاني: الآثار التي تترتب على التقادم المكسب في الشريعة والقانون المدني الجزائري.
154.....	- :
154.....	الفرع الأول: التقادم المكسب سبب لكسب الملكية
156.....	الفرع الثاني: التقادم المكسب يكسب الملكية بأثر رجعي:
156.....	الفرع الثالث: وجوب التمسك بالتقادم
158.....	الفرع الرابع: النزول عن التقادم
160.....	الفرع الخامس: التقادم المكسب كأساس لعقد الشهرة ولشهادة الحيازة
163.....	- :
164.....	الفرع الأول: أثر الحيازة وتقادم الزمان في منع سماع الدعوى
165.....	الفرع الثاني: أثر الحيازة وتقادم الزمان في كسب ملكية العقار
168.....	الخاتمة
171.....	الفهارس
172.....	فهرس الآيات القرآنية
174.....	فهرس الأحاديث
175.....	فهرس المطلحات القانونية
176.....	فهرس الأعلام
177.....	فهرس المواد القانونية
181.....	فهرس المصادر والمراجع
193.....	فهرس الموضوعات

بسم الله الرحمن الرحيم والصلاة والسلام على رسول الله صلى الله عليه وسلم
سيدنا محمد وعلى آله وصحبه وسلم.

أما بعد فموضوع دراستي هو التملك عن طريق التقادم المكسب وأثره بين
الشريعة الإسلامية والقانون المدني الجزائري، اتبعت فيه المنهج التحليلي المقارن، الملائم لمثل
هذا النوع من الدراسة، حيث قسمته إلى ثلاثة فصول مرتبة حسب طبيعة الموضوع وما أملته
علي قرحتي مما وسعه نظري سعيًا مني لتقريب المفهوم وزيادة الاستيعاب.

استهليته بفصل تمهيدي جعلته كمدخل للموضوع يقوم على أساس محاولة إبراز
المنهجية العلمية وترابط المعاني لإكمال الإدراك فكان عنوانه كالتالي: ماهية الملكية العقارية
وطرق إكتسابها في الشريعة والقانون، تحدثت فيه عن الملكية العقارية لمالها من أهمية بالغة عن
المستوى الاقتصادي والاجتماعي فهي تعد من أهم الحقوق العينية الأصلية التي تعطي سلطات
مباشرة للمالك على الشيء من استعمال واستغلال وتصرف، كما أنها تتميز عن غيرها من
الحقوق كونها أصلية تثبت مباشرة على الشيء المملوك، شاملة لرغبته ومنفعته تتمتع بديمومة
غير مقيدة بزمان ومكان معين ولا مدة محددة تبني أحكامها على العقار بإعتباره عنصراً أساسياً
وجوهرياً للملكية لما له من فضل في تحديد مداها والتفريق بين أنواعها، وتبيين طرق إكتسابها
التي تتعدد بين وقائع وتصرفات قانونية تتفق في حلها بين الشريعة والقانون، إلا في خاصية
الإستلاء على المباح الذي تتفرد به الشريعة، النصف الذي يدرجه فقهاء القانون ضمن هذه
الوسائل، في حين لا يعتد به في نظر الشريعة الإسلامي والتقادم المكسب يعتبر أكثرها شيوعاً
لتعلقه بالمجتمع وارتباطه بالواقع المعاش.

ثم أوردته بفصل أول حول ماهية التقادم المكسب، طبيعته ومجاله في
الشريعة والقانون أظهر مدى التقارب في الآراء بينهما وقد وفق كلا من الطرفين في إثباته
حس المبادئ التي تبني عليها أحكامه، ووطد عليها أسسه ما عدا بعض الاختلافات السطحية التي
تعمق الفارق تتجلى في أنواع التقادم المكسب خاصة حيث تتنوع في الفانون بين طويل وقصير
وآخر خاص بالحقوق الميراثية بينما في الشريعة الإسلامية تشمل نوع واحد، بالإضافة إلى بعض
النقاط التي تتضح في التفرقة بينه وبين التقادم المسقط خاصة فيما يخص المدة التي تتحدد
لاكتساب هذا النوع من التقادم.

وأخيراً تطرقت لشروط لشروط التقادم المكسب والآثار التي تترتب عليه في
القانون والشريعة خصصت لهما فصل ثالث، تمحورت فيه الدراسة عن الشروط الواجب توفرها
في التقادم لكي يتحقق إكتساب الملكية من خلاله، إبتداءً بالحيازة المتمثلة في السيطرة الفعلية على
الحق بنية تملكه واستمرار هذه الحيازة بهدوء وعلانية مع حضور المحاز عليه وعدم اعتراضه
مع تمتعه بكامل قوه العقلية التي تؤهله للتمسك بهذه الحيازة دون إكراه و خوف إلى خمس عشرة
سنة في التقادم المكسب الطويل، وحسن النية والسند الصحيح بالإضافة إلى عشر سنوات بالنسبة

للتقادم القصير، وهي موافقه للقول الراجح في المدد التي ساقها فقهاء الشريعة بالنسبة للمدة اللازمة لإكتساب التقادم المكسب، لأنهم لم يتعرضوا لأنواعه بل اكتفوا بتقادم واحد قرروه واعترفوا به.

زياد على ذلك اختصت الحقوق الميراثية بمدة ثلاثة وثلاثون سنة كأطول مدة لإكتساب الملكية بالتقادم.

ولكي تكتمل هذه الشروط يجب تتبع خطوات بعد انتهاء المدة تتمثل خصوصاً في التمسك بالتقادم إشهاره بالرجوع إلى الموثق لمختص في إجراءات إثبات شهادة الحيابة وإعداد عقد الشهرة بالنسبة بالتقادم المكسب في القانون المدني الجزائري، يقابله في الشريعة الإسلامية أداء اليمين عند من يقول بذلك ويعتبره بمثابة الشاهد الثاني لإثبات الحكم مخالفاً للقول الذي يرى أن الحيابة تكتسب بمجرد إكتمال شروطها دون حاجة إلى إجراءات أخرى تعضدها.

وفي الأخير نصل إلى أن التقادم المكسب يعتبر طريقاً شرعياً لإكتساب ملكية العقار المحاز في الشريعة الإسلامية والقانون المدني الجزائري، يهدف إلى إستقرار الأمن والمحافظة على المصلحة العامة لمسايرة واقع المجتمع الإنساني الذي يتطلع دائماً للسكينة والوقار ويحث عن عمل وينبذ الكسل والخمول.

Paper Summary

In the name of God the Merciful and peace be upon Mohamed his messenger Mohamed and upon his companion and followers

The topic of my study is ownership through acquisitive statute of limitations and its impact compared with Islamic Law and Algerian Civil Law. The followed method is the comparing analysis which much adequate to the kind of this study. I divided my study into 3 chapter classified according to the nature of the topic, to what my skilled inspired me all these is an attempt to make closer the concept and from more comprehension

I began my study with a preamble as an introduction to the topic based on focusing on scientific methodology and connection with meanings so as the perception will be complete. I choose for that the following title: what is the real estate ownership and ways to acquire it in Islamic law and positive law. I dealt with real estate ownership for its high importance on both the economic and the social levels. It is one the most major elementary rights in kind that confers direct authorities to the owner on things to use and exploit it. The distinguishing mark of this right from the other is that these are genuine and established directly the owned thing, comprehending its reversionary owner and benefit. It is marked by there timelessness not limited in time or by space nor by a period of time. Its provisions are based on the real estate considering it as an elementary and deep element of ownership for its privilege to determine the range and make distinction between their kinds, showing the ways to acquired it that are several between facts and behaviours of law which agree in majority with Islamic law and Law But not in the characteristic of owning the permitted things which a unique in the Islamic religion.

And then, I started the first chapter that treated the essence of the statutes of limitations acquiring things, its nature and its fields in Islamic law and positive law, in which I show how closer are the opinion they express. Both sides succeed in proving according to the principales that it built on its provisions and strenghten its basis. Despite the supeficial disagreement that don't deep the difference which appear in the statutes of limitations of acquire things, where the diversity in law thgat vary from long one to short and one related to the inheretence rights. At the same time the islamic law deal with it as one not more. Furthermore, to many points that arise from the distiguishing between it and the dropping statutes of limitations mainly in matter of duration that determine the acquiring of this kind of statutes of limitations.

At last I dealt with acquiring statutes of limitations conditions and the imppect that generate in positive Law and Islamic Law. I dedicated a the whole 3rd chapter in which I axeis my study on the conditions to be gathered in the

statutes of limitations in order to achieve the ownership, from the beginning of the possession which consists in the masterint effectively of the right with the intention to own it and to continue to own it quitly and publicly ith the existence of the ex owner without any opposotion from his own at the same time enjoying all his mental capacities that eligible him to possess it without restriction of fear to 15 years of the long statutes of limitations, with good will and true evidence in additioin to 05 years to the short statutes limitations, which agree with the preponderate opinion in matter of duration thar the Islamic jurist arise for the necessary duration to benefit from the statutes of limitations, because they didn't treat its variety kinds but they dealt with only one statutes of limitations that they agreed upon and recognised.

Furthermore, the inheritence rights has a duration of 33 years as the long duration to acquire ownership through the statutes on limitations.

In order to complete this conditions that lead to the ownership, it has to follow steps after the end of duration which mainly consist in holding yhe statutes of limitations, publishing in a notary public office through who the confirming certificate of ownership is mapped up. The mapping up of publishing deed related to the statutes of limitations in the Algerian civil law, hasd in the counter part in the Islamic law to put the person under oath according to those who claim that and it is considered as the second witness to prove the judgement. This bird of view is contray the tha t opinion which says that the ownship is acquired once the conditions are gathered without having to recourse to other procedure that sustain it.

At tlast, I conclude that the ownership through the statutes of limitations is legal mean to have the ownership of an acquired real estate in the Islamic Law and the Algerian Civil Code, which aims to security stability and the preservation of the public interest to go with the human community reality which seek quietness and calm and incite for work and let drop laziness .

*University of Algiers
Faculty of Islamic Sciences
Department of Sharia*

*Ownership through Acquisitive Statute of Limitations and its Impact
Compared with Islamic Law and Algerian Civil Law*

*Dissertation Presented in Partial Fulfillment of the Requirement for the Magister Degree in
Islamic Sciences
Option: Sharia and Law*

*Submitted by:
Beradi Ahmed*

1428-1429

*University of Algiers
Faculty of Islamic Sciences
Department of Sharia*

*Ownership through Acquisitive Statute of Limitations and its Impact
Compared with Islamic Law and Algerian Civil Law*

*Dissertation Presented in Partial Fulfillment of the Requirement for the Magister Degree in
Islamic Sciences
Option: Sharia and Law*

*Submitted by:
Beradi Ahmed*

*Supervised:
Hadded Leila*

Members of Examination Committee

<i>Doctor: Kiri Ghania</i>	<i>President</i>
<i>Doctor: Haddad Leila</i>	<i>Decision-Maker</i>
<i>Doctor: Kharroubi Afifa</i>	<i>Member</i>
<i>Assistant: Messaid Abdelwahab</i>	<i>Member</i>

1429-1430/2008-2009