

بحث بعنوان

فلسفة حماية الحياة

وأثرها في القانون الروماني والشريعة الإسلامية

دكتور

عبد العزيز حسن صالح

المدرس بكلية الحقوق جامعة أسيوط

والأستاذ المساعد بكلية الحقوق جامعة البحرين



## ملخص البحث

### فلسفة حماية الحيابة وأثرها

#### في القانون الروماني والشرعية الإسلامية

يتناول هذا البحث موضوع فلسفة حماية الحيابة وأثرها في القانون الروماني والشرعية الإسلامية والغرض منه هو بيان أوجه التشابه والاختلاف بين نظام القانون الروماني والشرعية الإسلامية فيما يتعلق بموضوع الدراسة لما لذلك من أثر هام في القانون المصري، وفي سبيل تحقيق ذلك فقد تم استخدام المنهج التحليلي المقارن، كما تم اختتام البحث بمجموعة من النتائج والتي تمثلت في التشابه بين النظامين في الكثير من المسائل والتي منها اشتراط كل من النظامين لمجموعة من الشروط لصحة الحيابة بجانب اتفاقهم على أن أساس فلسفة حماية الحيابة يرجع لعدة اعتبارات تتعلق بالنظام والمصلحة العامة واستقرار المعاملات بين الناس، غير أنهم بالرغم من ذلك فقد اختلفوا في مسائل أخرى تمثلت في اشتراط فقهاء الشرعية الإسلامية لحماية الحيابة أن تكون مشروعة ومن ثم يجب أن يكون الحائز هو المالك وهذا بعكس ما كان عليه الوضع في القانون الروماني الذي حمى الحائز سواء كان هو المالك أم لا، وكذلك فيما يتعلق بطبيعة الحيابة فقد جعلها القانون الروماني والقوانين المعاصرة ناقلة للملكية، وقد اتفق معهم في ذلك جانب من فقهاء المذهب المالكي، في حين إننا نجد أن غالبية فقهاء الشرعية الإسلامية قد اعتبروا الحيابة قرينة على الملكية وليست ناقلة لها، فالشرعية الإسلامية وفق ما ذهبت إليه الأغلبية لا تُقر التقادم المُكسب على أنه سبب للملكية، وإنما هو مجرد مانع من سماع الدعوى بالحق الذي مضى عليه زمن معين وذلك توفيراً لوقت وجهد القضاة واستقراراً للمعاملات، فاكْتساب الحقوق أو سقوطها بالتقادم لا شك أنه يُعد حكماً منافياً للعدالة والخلق وهذا بعكس ما عُرف في القانون الروماني والقوانين المعاصرة.

## **Philosophy of tenure protection and its impact On Roman law and Islamic law**

This research deals with the subject of the philosophy of tenure protection and its impact on Roman law and Islamic law. The research was also concluded with a set of results, which were represented in the similarity between the two systems in many issues, including the requirement of each of the two systems for a set of conditions for the validity of tenure, in addition to their agreement that the basis of the tenure protection philosophy is due to several considerations related to the system, the public interest and the stability of transactions between people, However, in spite of that, they differed on other issues represented in the requirement of Islamic Sharia jurists to protect possession that it be legitimate, and then the possessor must be the owner, and this is in contrast to what was the situation in Roman law, which protected the possessor, whether he was the owner or not, as well as regarding Concerning the nature of possession, Roman law and contemporary laws made it a carrier of ownership, and some of the jurists of the Maliki school agreed with them, while we find that the majority of Islamic Sharia scholars considered possession to be a presumption of ownership and not a carrier of it, Islamic law, according to what the majority has said, does not recognize the gaining statute of limitations as a reason for ownership, but rather it is merely an impediment to hearing the case for a right that a certain time has passed, in order to save the time and effort of judges and to stabilize transactions. This is contrary to what is known in Roman law and contemporary laws.

## مقدمة

الحمد لله والصلاة والسلام على رسول الله سيدنا محمد وعلى آله وصحبه وسلم تسليمًا كثيرًا طيبًا مباركًا فيه إلى يوم الدين وبعد، لا شك أن موضوع الحيابة يُعد من الموضوعات الجديرة بالدراسة، فالحيابة ومنذ نشأتها قديمًا وهي تُرتب آثارًا هامة؛ إذا كان يجوز لمن يحوز شيئاً معيناً أن يملكه بعد مرور مدة معينة، ولهذا فإن الحيابة بهذا الوضع قد تُشكل اعتداءً على حق الغير لا سيما عندما لا يكون الحائز هو صاحب الحق، لا شك أن هذا الأثر قد أدى قديماً في بعض الأحيان إلى الخلط بين الحيابة وبين حق الملكية، وقد كان لذلك تأثيره الهام في إقرار وتنظيم الحيابة لدي كافة التشريعات المعاصرة.

إذا عدت غالبية التشريعات المعاصرة الحيابة كسبب من أسباب كسب الملكية، وهذا ما يُلاحظ في القانون المدني الفرنسي والمصري، حيث أخذوا بنظام التقادم المُكسب للملكية، إذا نصت المادة ٩٦٨ مدني مصري على أن (من حاز منقولاً أو عقاراً دون أن يكون مالكا له، أو حاز حقاً عينياً على منقول أو عقار دون أن يكون هذا الحق خاصاً به، كان له أن يكسب ملكية الشيء أو الحق العيني إذا استمرت حيابته دون انقطاع خمس عشرة سنة)، والشاهد من ذلك أن القانون المدني المصري في إقراره لنظام التقادم المكسب للملكية عن طريق الحيابة قد سار في ذلك متبعاً مسلك المشرع الفرنسي والروماني من قبل، ومن ثم فقد أسسوا هذا الوضع على جملة من الاعتبارات الاجتماعية والاقتصادية المُحققة في حين وغير المشروعة في حين آخر.

بيد إن الحائز وفقاً لهذا الوضع سيكون من حقه أن يقوم برفع دعوى تُسمى بدعوى تثبيت الملكية لحيابته لعقار ما، فإذا ما أثبت استمرار حيابته وكانت ظاهرة وهادئة ومستقرة لمدة خمسة عشر عاماً أدى ذلك إلى تثبيت ملكيته لهذا العقار، ومن ثم فإن القاضي في هذه الحالة قد لا يعترف بملكية مدعي الملكية حتى ولو كان يحوز المستندات التي تثبت ملكيته، ومن ثم يصبح الحائز مالكا للعقار رغم أنه في حقيقة الأمر ليس بمالكة.

لا غرو أن هذا المسلك المتبع لدي أغلب التشريعات الوضعية وما ترتب عليه من آثار قد حدث خلاف بشأنه بين فقهاء القانون وكذلك فقهاء الشريعة الإسلامية، حيث أن فقهاء الشريعة الإسلامية وإن كانوا قد نظموا أحكام الحيابة إلا أنهم قد اختلفوا في طبيعتها وآثارها، وبالتالي فإن كان بعضهم قد أجاز مسألة حماية الحيابة بوضعها الظاهر إلا أن البعض الآخر لم يُجزها، بل اعتبر مركز الحائز واضح اليد على الشيء في البعض من الحالات من قبيل أعمال الغصب وأخذ أموال الناس بالباطل، وذلك بعكس ما هو متبع من الناحية القانونية نظراً لأن المشرع الوضعي قد حمي الحيابة لذاتها بصرف النظر عن كون الحائز للشيء صاحب الحق أم لا، لهذا فإن التساؤل المطروح على بساط البحث هو ما هي الحكمة أو الفلسفة التشريعية لحماية الحائزين واضعي اليد سواء في القانون المدني الروماني أو المصري، وما هو موقف فقهاء الشريعة الإسلامية من ذلك والآثار المترتبة على هذه الحماية.

لا شك أن الإجابة على هذا التساؤل وفي ضوء هذه الدراسة المقارنة له أهمية من نواح عدة، ولعل من أهمها أن تنظيم موضوع الحيابة وبيان أساس وفلسفة حمايتها وما يترتب على ذلك لا شك أنه سيحقق الاستقرار في المعاملات، حيث أن الاختلاف على الحيابة قد يؤدي إلى التنازع بين الأفراد، ومن ثم قد يؤدي ذلك إلى الاضطراب والفوضى داخل المجتمع، كما أن دراسة موضوع الحيابة في النظامين الروماني والإسلامي له أهمية أخرى، فالقانون الروماني يُعد مصدراً تاريخياً غير مباشراً للقوانين المدنية العربية ومنها القانون المدني المصري<sup>(١)</sup>، وهذا ما سيُظهر لنا أيضاً الأساس التاريخي والفلسفي

(١) ذهب استاذنا الدكتور محمود السقا إلى القول بأن القانون المصري الحالي والذي يمثل محطة الوصول ونقطة نهاية التحول التاريخي، قد استمد الكثير من قواعده من مصدره التاريخي المباشر ممثلاً في القانون الفرنسي الذي أمر بوضعه نابليون، فقد شكل نابليون لجنة لوضعه فكانت قبلتها الأولى بجانب الأعراف السائدة في البلاد والعادات والتقاليد مدون الإمبراطور جوستيان، وبالتالي فالقانون الروماني وكما قال الفقيه Girard أنه " ومن المعلوم الآن أن انتقال القانون الروماني أثناء العصور لم يتوقف ابداً وأن دراسته وأثره قد استمرت وبخاصة في فرنسا" ولهذا فقد أُعتبر القانون الروماني مصدر هام للقانون المدني الفرنسي والذي يُعد الأخير هو الآخر مصدر هام للقانون المدني

لحماية الحياة، فضلاً عن أن هذه المقارنة ستوضح أيضاً مدى التوافق والاختلاف بين النظامين الروماني والإسلامي في تنظيمهما وفلسفة حمايتهما لموضوع الحياة ومدى أثر ذلك في القانون المدني المصري الحالي.

### المنهج المتبع

وفي ضوء ما سبق سوف نتبع المنهج التحليلي والمقارن، حيث نقوم بتحليل النصوص التي وردت بالقانون الروماني والشريعة الإسلامية واستنباط ما ورد بهما من أحكام وقواعد تشابهت معها ما نظمته القوانين المعاصرة ومنها القانون المدني المصري.

### خطة البحث:

اقتضت هذه الدراسة تقسيم هذا البحث إلى مطلب تمهيدي ومبحثين على النحو الآتي:

**مطلب تمهيدي:** أساس نشأة الحياة ومفهومها

**مبحث أول:** أركان الحياة وشروطها

**مبحث ثانٍ:** أساس فلسفة حماية الحياة وآثارها

---

المصري المختلط الصادر سنة ١٨٧٥ ومن بعده القانون المدني الأهلي الصادر عام ١٨٨٣ والذي لا يزال (المدني الأهلي) يُعد أساس القانون المدني المصري الحالي رقم ١٣١ لسنة ١٩٤٨. انظر في ذلك: د. محمود عز العرب السقا-فلسفة وتاريخ القانون المصري ومراحل تطوره-المطبعة الحديثة-٢٠١٣ ص ٢٠ وما بعدها، د. محمد عبد الجواد محمد-الحياة والنقادم في الفقه الإسلامي المقارن بالقانون الوضعي-دار منشأة المعارف-١٩٧٧ ص ٢٩ وكذلك انظر:

Girard Manuel élémentaire de droit romain, Paris, 1924, p.330.

## مطلب تمهيدي

### أساس نشأة الحيازة ومفهومها

ينبغي علينا في البداية قبل الحديث عن مفهوم الحيازة وتمييزها عن غيرها من المصطلحات المتشابهة معها، أن نُشير إلى الخلاف الذي دار بين الفقهاء حول أساس نشأة فكرة الحيازة ودعاوى حمايتها، لذا سوف نقسم هذا المطلب إلى فرعين نذكر في أولهما أساس نشأة فكرة الحيازة، والفرع الثاني نُخصمه للحديث عن مفهوم الحيازة وتمييزها عن المصطلحات المشابهة لها وذلك على النحو الآتي:

### الفرع الأول

#### أساس نشأة فكرة الحيازة

حدث خلاف بين فقهاء القانون حول أساس نشأة فكرة الحيازة، وانقسم هذا الخلاف إلى عدة مذاهب يمكن ذكرها على النحو الآتي: (١)

**المذهب الأول:** ويرى أنصاره أن أساس نشأة فكرة الحيازة يرجع إلى القانون الروماني القديم، حيث كانت الحيازة تُعد بمثابة وضع مادي مرتبط بحق الملكية والأشياء المادية، غير أن الحيازة كانت تنصب على الشيء وليس الحق، وبالتالي فقد كان هذا الوضع يرتب في البداية مجموعة من الآثار القانونية إلى أن عرف الرومان فكرة الأشياء المعنوية في العصر العلمي فيما بعد، (٢) كما أن حماية الحيازة في روما نشأت في

---

(١) للمزيد عن هذه الآراء راجع د. فتحي ويس-الأسس التاريخية والفلسفية لحماية الحيازة وأثرها في التشريعات الحديثة-المجلة العربية للنشر العلمي-العدد التاسع عشر-٢٠٢٠-ص ٦٢ وما بعدها، د. محمد على عرفه-موجز في حق الملكية وأسباب كسبه-مكتبة النهضة-١٩٦٩-ص ٣٢ وما بعدها.

(٢) هذا الرأي ذكره أيضًا الأستاذ: ياسين غانم-الحيازة وأحكامها في التشريع السوري والتشريعات العربية دراسة مقارنة-تتوير للتزويد والطباعة-الطبعة الثالثة-٢٠٠٠-ص ١٨.

البداية في إطار نظام الأوامر التي كان يصدرها البريتور إلى أن تم معرفة فكرة الدعاوى.

**المذهب الثاني:** ويرى أنصاره أن أساس نشأة فكرة الحيازة ودعاوى حمايتها يرجع إلى القانون الكنسي بالعصور الوسطى وليس إلى القانون الروماني، حيث يرى أنصار هذا الاتجاه أن الدعاوى الثلاثة لحماية الحيازة وعلى الأخص دعوى الاسترداد قد ابتكرها الكنسيون بالعصور الوسطى وذلك بقصد حماية الأشخاص الحائزين الذين سُلبت منهم الحيازة بالقوة، بجانب أن دعوى منع التعرض قد ظهرت في القرن الثالث عشر بقصد حماية الحائزين الذين استمرت حيازتهم لمدة سنة، أما دعوى وقف الأعمال الجديدة فقد وُرثت عن القانون الروماني والتي كانت تُستخدم بقصد منع التعرض الناتج عن الأشغال الجديدة المترتبة على عمل الجار.

وذهب آخرون إلى القول بأن أساس نشأة دعاوى الحيازة يرجع إلى القانون الفرنسي وليس الروماني، فدعاوى الحيازة قد ظهرت في فرنسا في البداية ثم تم دمج بعضها ببعض، حيث تم منذ القرن الرابع عشر دمج دعوى الاسترداد مع دعوى منع التعرض في دعوى واحدة، غير أن القانون الفرنسي الحديث ميز بينهما فيما بعد، كما زالت التفرقة بين صور الحيازة حيث صارت الحيازة وشبه الحيازة شيئاً واحداً وذلك على أساس أن حيازة الشيء المادي ما هي إلا حيازة لحق الملكية على الشيء.

ونحن من جانبنا نميل إلى ما ذهب إليه أصحاب المذهب الأول الذي أرجع أساس نشأة فكرة الحيازة إلى القانون الروماني القديم، فقد ظهرت الحيازة في البداية في روما وكان الرومان ينظرون إليها نظرة مادية بحتة إلى أن تغيرت هذه النظرة في العصر العلمي وهذا ما سيتضح لاحقاً.

## الفرع الثاني

### مفهوم الحيازة وتمييزها عن المصطلحات المتشابهة

أولاً: الحيازة لغة: هي مصدر للفعل حاز، الذي يعني الضم والملك، حيث يقال حاز فلان لشيء ما أي ضمه وامتلكه، فحيازة الرجل ما في حوزته من مال أو عقار أي ضمه ونسبته إليه وبالتالي سيطرته عليه. (١)

ثانياً: وأما الحيازة في الفقه الإسلامي: فقد وجدت لها عدة تعريفات (٢) غير أن معظم مضمونها يدور حول مسألة القيام بوضع اليد على الشيء بشكل عام، وبهذا فإن الحيازة كما ذهب البعض يدخل فيها كل ما يضعه الإنسان تحت يده ويقوم بالتصرف فيه سواء كان ذلك مملوكاً له أو مأذوناً له فيه من مالكة، كما لو كان قد استأجره أو استعاره أو قم برهنه وغيره من الأمور الأخرى، وسواء كان ذلك قد تم بحق أم لا وسواء كانت الحيازة أيضاً قد وردت على منقول أم عقار. (٣) الشاهد من ذلك أن هذا المعنى السابق ذكره هو الشائع للحيازة عند فقهاء الشريعة الغراء من الاحناف والشافعية، حيث سموها بوضع اليد وليس بمصطلح الحيازة، (٤) وكذلك الأمر لدى فقهاء المذهب الزيدي

(١) المعجم الوجيز - مجمع اللغة العربية - طبعة ١٤١٣-١٩٩٢ - ص ١٧٧/١٧٨.

(٢) قد تأتي الحيازة بمعنى القبض - فالقبض كما جاء في الاصطلاح هو حيازة الشيء والتمكن منه الموسوعة الفقهية - وزارة الأوقاف - الكويت - الطبعة الثانية - ١٤١٠هـ - ج ١٨ - ص ٢٧٥.

(٣) انظر: د. محمد بن عبد الله بن محمد المحميد - دعوي الحيازة في الفقه الإسلامي ونظام المرافعات السعودي - بدون دار نشر - بدون تاريخ - ص ٦.

(٤) استخدمت أيضاً القوانين المدنية المصرية (الأهلي والمختلط) الصادرة منذ سنة ١٨٨٣ وحتى ١٩٤٩ مصطلح وضع اليد وليس الحيازة وذلك في المواد (٧٦/٧٧/٧٨ مدني أهلي) والمواد (١٠٢/١٠٣/١٠٤ مدني مختلط).

إذا سموها بالثبوت واليد،<sup>(١)</sup> وبالتالي فلم يرد لفظ الحيازة كمصطلح قانوني معاصر إلا فقط عند فقهاء المذهب المالكي والحنبلي في بعض التعريفات،<sup>(٢)</sup> فقد ذكر فقهاء المذهب المالكي أن لمصطلح الحيازة معنيين، الأول منهما يرادف معناه لدى كافة فقهاء الإسلام، والثاني: معناها على قصد التملك<sup>(٣)</sup>، ومن هذه التعريفات التي قيلت تعريف الشيخ علي الصعيدي وذلك حينما ذكر بأن الحيازة هي: (وضع اليد والتصرف في الشيء المحوز كتصرف المالك في ملكه بالبناء والغراس والهدم وغيره من وجوه التصرف).<sup>(٤)</sup> ومن ثم ففي ضوء ما سبق يمكن القول كما ذهب البعض أن مُسمى الحيازة عند المالكية بهذا المضمون يتوافق معه المُسمى القانوني والذي سيتم ذكره لاحقاً.<sup>(٥)</sup>

**ثالثاً: التعريف التشريعي للحيازة:** يلاحظ أن شرعي الدول قد اختلفوا فيما بينهم في مسألة وضع تعريف للحيازة، إذا أن غالبية التشريعات ومنها التشريع المدني المصري<sup>(٦)</sup>

(١) انظر كل من: الكاساني-بدائع الصنائع-دار الكتب العلمية-الطبعة الثانية-١٩٨٦-ج ٦ ص ٢٥٦، الباجوري-حاشية الباجوري على شرح بن القاسم العزي-دار المعرفة بيروت-١٩٧٤-ج ٢-ص ٥٣٨.

(٢) انظر في هذا المعني تعريف ابن القيم الجوزية عندما ذكر: (وقالوا إذا رأينا 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 طول هذه المدة وهو مع ذلك لا يعارضه فيها....) ابن القيم-الطرق الحكيمة في السياسة الشرعية-محمد بن أبي بكر أيوب الزرعي ابن القيم أبو عبد الله-مطبعة المدني - القاهرة-تحقيق-د. محمد جميل غازي ج ١-ص ١٢٩.

(٣) انظر: د. محمد بن عبد الله بن محمد المحميد-دعوي الحيازة في الفقه الإسلامي ونظام المرافعات السعودي-مرجع سابق-ص ٦-٧.

(٤) علي الصعيدي العدوي-حاشية علي الصعيدي-على رسالة ابن أبي زيد القيرواني-الجزء الثاني-ص ٢٦٢.

(٥) انظر: د. محمد بن عبد الله بن محمد المحميد-دعوي الحيازة في الفقه الإسلامي ونظام المرافعات السعودي-مرجع سابق-ص ٧.

المصري<sup>(١)</sup> والسوري وغيرهما قد تركت وضع تعريف للحيازة للفقهاء، في حين نجد البعض الآخر من التشريعات قد نصت صراحة على مفهومها منها القانون المدني الكويتي حيث نص بمادته ٩٠٥ على أن الحيازة هي: (سيطرة شخص بنفسه أو بواسطة غيره على شيء مادي ظاهراً عليه بمظهر المالك أو صاحب حق عيني آخر بأن يباشر عليه الأعمال التي يباشرها عادة صاحب الحق)، وكذلك الأمر بالنسبة للقانون المدني الألماني والسويسري حيث نصاً على تعريفها بأنها: سلطة واقعية أو فعلية على شيء، وقد جاء أيضاً القانون المدني الفرنسي قبل التعديل مُعرِّفاً لها بنص المادة ٢٢٢٨ منه على أن الحيازة هي إحرار شيء أو استعمال حق نحرزه أو نستعمله بأنفسنا أو بواسطة شخص آخر يحرزه أو يستعمله بالنيابة عنا.<sup>(٢)</sup>

وفي ذات التوجه فقد عرفها أيضاً المشرع الفرنسي بمقتضى نص المادة ٢٢٥٥ بالتعديل الذي أدخله على القانون المدني عام ٢٠١٦ حيث ذكر بأن الحيازة هي: (امتلاك أو التمتع بشيء أو حق نحمله أو نمارسه بأنفسنا أو من قبل شخص آخر يحمله أو يمارسه نيابة عنا).<sup>(٣)</sup>

(١) جاء بمجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري الحالي بأن الحيازة من حيث أحكامها العامة هي: وضع مادي به يسيطر الشخص سيطرة فعلية على شيء يجوز التعامل فيه، وترد الحيازة على الأشياء المادية والحقوق المعنوية على السواء وتكسب بأعمال يقوم بها هذا الوضع المادي وتنتقل بالاتفاق مصحوباً بالتسليم وتزول السيطرة الفعلية، مجموعة الأعمال التحضيرية جزء ٤ ص ٤٤٧، أ. ياسين غانم-مرجع سابق-ص ١٥/١٦.

(٢) المادة ٢٢٢٨ مدني فرنسي الصادر سنة ١٨٠٤ والمعدل بمرسوم رقم ٣٦٤ لسنة ٢٠٠٨ ومُشار إليها أيضاً بمؤلف: أ. ياسين غانم-مرجع سابق-ص ١٥، عبد الله محمد إسماعيل علام-الحيازة في العقار-رسالة دكتوراه بكلية الحقوق جامعة أسيوط-٢٠٠١-ص ١٨ وما بعدها.

(٣) Article 2255: La possession est la détention ou la jouissance d'une chose ou d'un droit que nous tenons ou que nous exerçons par nous-mêmes، ou par un autre qui la tient ou qui l'exerce en notre nom.

انظر موقع:

ويلاحظ أن هذه التعريفات المذكورة أعلاه قد تعرضت للانتقاد من جانب الفقه حيث أن بعضها غير كافٍ والبعض الآخر غير واضح، فضلاً عن أن وضع تعريف للشيء ليست من مهمة المشرع وإنما من مهمة الفقه، فوضعه من قبل المشرع يجعله يتسم بالثبات مما يجعله عرضة للنقد، لهذا فقد جاء القانون المدني المصري كما سبق الذكر خالياً من وضع تعريف للحيازة تاركاً ذلك الأمر للفقه. (١)

وفي هذا الصدد فقد اجتهد فقهاء القانون المصري في وضع تعريف للحيازة، وبالتالي فقد وجدت عدة تعريفات لها غير أنه مضمونها يدور حول فكرة أن الحيازة هي سلطة فعلية يمارسها الحائز على شيء بحيث تتفق في مظهرها الخارجي وفي قصد الحائز مع مزاوله حق الملكية أو أي حق عيني آخر وإن لم تستند هذه السلطة إلى حق يعترف به القانون. (٢) ومن هذه التعريفات قيل بإنها: وضع اليد على شيء من الأشياء أو حق عيني عليه يجوز التعامل فيه أو السيطرة عليه سيطرة فعلية والانتفاع به واستغلاله بكافة الوجوه المادية القابل لها سواء استندت هذه السيطرة إلى حق أو لم تستند (٣)

<https://www.legifrance.gouv.fr>.

والنص مترجم إلى اللغة العربية بموقع شبكة قوانين الشرق-تاريخ الرجوع ١٠/١٢/٢٠٢٢.

(١) انظر: عبد الله محمد إسماعيل علام-الحيازة في العقار-مرجع سابق-ص ١٨ وما بعدها.

(٢) في هذا المعنى انظر: د. محمود سلام زناتي-نظم القانون الروماني-دار النهضة العربية-١٩٦٦ ص ٣٤٣ وما بعدها، د. عبد السلام الترماني-محاضرات في القانون الروماني-دون دار نشر-دون تاريخ-ص ٩١ وما بعدها.

(٣) د. محمد عبد اللطيف-التقادم-بدون دار نشر-دون تاريخ ص ١٩٥.

وعُرفت أيضاً بأنها سلطة فعلية أو واقعية يباشرها الحائز على شيء بحيث تكون في مظهرها الخارجي وفي قصد الحائز مزاولة للملكية أو لحق عيني آخر،<sup>(١)</sup> وكما عرفها أيضاً الدكتور عبد الرزاق السنهوري بأنها: واقعة مادية بسيطة من شأنها أن تنتج آثاراً قانونية<sup>(٢)</sup>

بيد إنه رغم وجاهة هذه التعريفات إلا أنها قد تعرضت للنقد أيضاً وذلك على أساس أنها تناولت فقط أحد أركان الحيابة ألا وهو الركن المادي دون التطرق للركن المعنوي، لذا فقد ذهب البعض إلى تعريف الحيابة بأنها سيطرة فعلية على شيء مادي معين بالذات يجوز التعامل فيه بنية اكتساب حق عيني، وعرفها أيضاً البعض بأنها سلطة فعلية لشخص على شيء من الأشياء يستعمله بصفته مالئاً له أو صاحب حق عليه سواء استندت هذه السلطة إلى حق من هذه الحقوق أو لم تستند<sup>(٣)</sup>

وبالنظر إلى مفهوم الحيابة في القانون الروماني نجد أن فقهاء الرومان أيضاً قد عرفوها في إطار مفهوم وضع اليد، والذي قصدوا به سلطة فعلية لشخص على شيء من الأشياء المادية سواء استند هذا الشخص في حيازته لحق أم لا. وبالتالي فوضع اليد في روما كان يُعد المظهر المادي للملكية ومن ثم لم يكن يشمل غيرها من الحقوق.<sup>(٤)</sup>

### رابعاً: الفرق بين الحيابة والمصطلحات المتشابهة

(١) د. عبد الحكم فوده-أحكام دعاوي حماية الحيابة-تحليل عملي على ضوء الفقه وقضاء النقض- دار الفكر العربي-١٩٩٦-ص ٢١، د. عبد المنعم فرج الصدة-حق الملكية-بند ٣٤٠-ص ٥١٢.

(٢) د. عبد الرزاق أحمد السنهوري-الوسيط في شرح القانون المدني-المجلد التاسع-أسباب كسب الملكية-بيروت-لبنان-دار إحياء التراث العربي-بدون تاريخ-ص ٧٨٦.

(٣) د. عبد المنعم البدرابي-الحقوق العينية الأصلية-مكتبة الجلاء بالمنصورة-١٩٧٧-ص ٤٨٩.

(٤) د. محمود سلام زناتي-نُظُم القانون الروماني-مرجع سابق ص ٣٤٣ وما بعدها.

١. الفرق بين الحيازة والملكية: في البداية وقبل الحديث عن التفرقة بين الحيازة والملكية يمكن القول بأن الاصطلاح اللاتيني للحيازة *possessio* في روما كان يتكون من كلمتين *pot* والتي تعني السلطة و *sessio* والتي تعني وجود الشيء تحت يد شخص، والحيازة كما سبق تعريفها من قبل فإنها تتكون من ركنين مادي ومعنوي، وبالتالي فهي تُعد المظهر المادي للملكية لهذا فقد ميز البعض بينها وبين الملكية فكثيراً ما يتم الخلط بينها وبين الملكية حيث يقول شخص إنني أحوز هذا المال بمعنى أنني أملكه في حين أن الأمر ليس كذلك.

وقد ظهر التمييز بين الحيازة والملكية <sup>(١)</sup> في القانون الروماني منذ القدم وذلك على أساس أن الملكية هي حق وهي سلطة قانونية، بينما الحيازة هي واقعة مادية وبالتالي فهي سلطة فعلية، وفي هذا يقول أستاذنا الدكتور محمد عبد المنعم بدر بأن الملكية والحيازة فكرتان مختلفتان يجب التمييز بينهما، إذا يجب التمييز بين الحق ذاته وبين استعماله، وذلك لأن المالك وإن كان في أغلب الأحوال هو الحائز إلا أن ملكه قد يكون في قبضة غيره، وبالتالي ستكون الملكية لشخص والحيازة لشخص آخر كما في حالة اعتداء أحد الأشخاص على أموال الغير بالسرقة. <sup>(٢)</sup> وقد ذكر أيضاً أستاذنا

(١) وُجدت تعريفات للملكية أذكر منها التعريف القائل بأنها سلطة قانونية لشخص على شيء تخوله الحق في استعماله واستغلاله والتصرف فيه. انظر: د. محمود سلام زناتي-نظم القانون الروماني- دار النهضة العربية-القاهرة-١٩٦٦-ص ٣٣٥.

(٢) د. محمد عبد المنعم بدر-القانون الروماني-الكتاب الثاني في الأموال-مطبعة لجنة التأليف والترجمة والنشر-القاهرة ١٩٣٨-ص ١٥١، وكذلك انظر: د. محمد عبد المنعم بدر ود. عبد المنعم البدرابي-القانون الروماني-١٩٤٩-ص ١٦٨/١٦٩، د. عمر ممدوح مصطفى-القانون الروماني-مطابع البصير الإسكندرية-١٩٥٤-ص ٢٤٤.

الدكتور محمود سلام زناتي أن الرومان بالعصر العلمي قد فرقوا بين الملكية والسلطة الفعلية على الشيء أي الحيازة.<sup>(١)</sup>

وفي ضوء ما سبق يمكن القول بأن الحيازة هي ليست بحق عيني ولا حق شخصي، وإنما هي قرينة على الملك وسبب مكسب له وهذا ما سيتضح تفصيلاً عند الحديث عن طبيعتها وآثارها.

٢. تختلف الحيازة أيضاً عن مصطلح الإستيلاء، فالإستيلاء هو وضع اليد على مال مباح غير مملوك لأحد بقصد تملكه، وهو أيضاً إحدى صور اكتساب الملكية، غير أنه يُشترط أن يكون الاستيلاء على أموال مباحة، بينما الحيازة من الممكن أن ترد على أموال غير مباحة، أي من الممكن أن ترد على أشياء مملوكة للغير أو غير مملوكة وذلك بعكس الاستيلاء، والأموال المباحة الغير مملوكة لأحد في القانون الروماني تمثلت في عدة صور منها الجزر التي تتكون وسط البحر وأسلاف وغنائم الحرب والحيوانات المتوحشة والأشياء المتروكة والكنز، وبالتالي كان يجوز لمن يضع يده على هذه الأموال تملكها<sup>(٢)</sup>. كما أن الاستيلاء يرد على الأموال المنقولة أما الحيازة فنطاقها أوسع إذ من الممكن أن ترد على الأموال المنقولة والعقارية، والاستيلاء يُرتب آثاره القانونية دون حاجة لمرور مدة معينة بعكس الحيازة إذا يلزم مدة، والتي اختلفت في كل من القانون الروماني من وقت لآخر وكذلك لدي فقهاء الشريعة الإسلامية.<sup>(٣)</sup>

(١) د. محمود سلام زناتي-نظم القانون الروماني-مرجع سابق-ص ٣٣٥.

(٢) د. أحمد إبراهيم حسن-أصول تاريخ القانون مع دروس في مبادئ القانون الروماني-دار المطبوعات الجامعية-٢٠٠٣-ص ١٥٠ وما بعدها.

(٣) محمد عبد الله الحفناوي-الاستيلاء كسبب للملكية بين القانون والشريعة-مقال منشور بموقع حماة الحق للمحاماة-تاريخ الرجوع إليه ١٠/١٢/٢٠٢٢.

٣. والحيازة تختلف أيضاً عن إحياء الأرض الموات، فالأرض الموات لغة: لها عدة معاني منها الأرض الدائرة التي لا يعلم أنها ملكت، أو التي لا مالك لها أو التي لا ينتفع بها أحد،<sup>(١)</sup> وشرعاً: هي الأرض التي لا عمارة فيها ولا يملكها أحد،<sup>(٢)</sup> وتختلف الأرض الموات عن الحيازة في الشريعة الإسلامية في عدة نقاط يمكن ذكرها على النحو الآتي:

١. إن إحياء الأرض الموات يتطلب وجود أرض لا مالك لها بينما الحيازة يشترط فيها حضور المحاز عليه وسكوته عن تصرف الحائز بها دون أن يمنعه مانع من المطالبة بحقه.

٢. الإحياء قاصر على إحياء الأرض الموات سواء بالزراعة أو البناء، في حين أن الحيازة قد تشمل الأرض الموات وكذلك الأرض الصالحة للزراعة، ومن ثم فالحيازة مجالها أعم وأوسع من الإحياء، إذ قد تتضمن أيضاً القيام بأعمال وتصرفات عليها عكس الإحياء.

٣. إحياء الأرض الموات يتطلب إذن الإمام لاسيما إذا كانت قريبة من العمران بينما الحيازة لا تتطلب ذلك.

---

(١) الفيومي-المصباح المنير-أحمد بن محمد بن علي الفيومي المقرئ-دراسة وتحقيق: يوسف الشيخ محمد-المكتبة العصرية-بدون تاريخ-ص ٣٠١.

(٢) في هذا المعنى انظر: القرافي-الذخيرة-أبو العباس شهاب الدين أحمد بن إدريس بن عبد الرحمن المالكي الشهير بالقرافي (المتوفى: ٦٨٤هـ) المحقق: سعيد أعراب-الناشر: دار الغرب الإسلامي-بيروت-الطبعة: الأولى، ١٩٩٤م-ج٦ ص ١٤٧.

٤. أيضاً المدة المتطلبة للحيازة هي عشرة سنوات بينما المتطلبة لإسقاط حق المحتجز حال عدم قيامه بالإحياء للأرض هي ثلاثة سنوات. (١)

## المبحث الأول

### أركان الحيازة وشروطها

سوف نتناول في هذا المبحث أركان الحيازة وشروطها سواء في القانون الروماني أو الشريعة الإسلامية مع الإشارة بصورة موجزة للوضع في القانون المدني المصري الحالي وذلك في مطلبين نُخصص أولهما للحديث عن أركان الحيازة في القانون ولدي فقهاء الشريعة الإسلامية، والمطلب الثاني سيُخصص للحديث عن شروطها وذلك على النحو الآتي:

### المطلب الأول

#### أركان الحيازة

تطلب فقهاء القانون للقول بوجود الحيازة الحقيقية وتمييزها عن الحيازة العرضية ضرورة توافر ركنين، ركن مادي وآخر معنوي وهو ما تطلبه أيضاً فقهاء الشريعة الإسلامية غير أنهم أضافوا لهذه الأركان مسألة المشروعية، ولبيان هذه الأركان سوف نتناولها في فرعين على النحو الآتي:

---

(١) ابن جزيء-القوانين الفقهية في تلخيص مذهب المالكية-مكتبة دار الاعتصام-القاهرة-دون سنة نشر-ص ٢٦١، د. علي أمير خالد-اكتساب الملكية العقارية بالحيازة في الفقه الإسلامي-دار المطبوعات الجامعية-١٩٩٩-ص٣٤-٣٥.

## الفرع الأول

### الركن المادي للحيازة

الركن المادي للحيازة أو الحيازة المادية هو مجموعة الأعمال المادية التي يمارسها الحائز على الشيء محل الحيازة والمُعبرة عن مدى سيطرته على الشيء وموافقته لمضمون ما يدعيه. وبالتالي فالحيازة المادية كما سماها الرومان corpus تعني وجود الشيء تحت يد الشخص أو تحت سلطته الفعلية، وبالتالي يتوافر إذن بحيازته للشيء واستعماله سواء أكان منقولاً أم عقاراً، فحيازة المنزل تكون بالسكن وحيازة المنقول تكون بالسيطرة عليه واستخدامه فيما يستخدم فيه عادة. (١)

ويلاحظ أن الرومان قديماً كانوا ينظرون إلى هذا الركن (المادي للحيازة) نظرة مادية بحتة، وبالتالي فلم يكن متصوراً لديهم وجود الحيازة على الأشياء المعنوية التي ليس لها كيان مادي محسوس ومن ثم فحيازتها كانت غير جائزة، فالحق الوحيد الذي اعتبره الرومان مآلاً مادياً هو حق الملكية. (٢)

غير أن الأمر تغير إلى حد ما في العصر العلمي وبالتالي فلم يعد فقهاء الرومان يشترطون الحيازة الفعلية لتوافر الركن المادي للحيازة بل افترضوا توافر هذا الركن بمجرد الحيازة الرمزية، كمن يحوز مفتاح المنزل أو المحل المراد بيعه أو بيع ما فيه من منقولات، أيضاً اعترفوا في ذات الوقت بإمكان حيازة بعض الأموال المعنوية وعلى الأخص حقوق الارتفاق وإن كان ذلك قد تم إلا أنهم ظلوا متأثرين بالنظرة المادية

---

(١) د. عمر ممدوح مصطفى-القانون الروماني-مرجع سابق-ص ٢٤٥ وما بعدها، د. صبيح مسكوني-القانون الروماني-مطبعة شفيق بغداد-١٩٦٨-ص ١٤١.

(٢) د. عمر ممدوح مصطفى-القانون الروماني-مرجع سابق-ص ٢٤٥ وما بعدها، د. صبيح مسكوني-القانون الروماني-مرجع سابق-ص ١٤١.

القديمة، ولهذا فقد ظلوا يميزون بين الحيابة على الأموال المادية والحيابة على الأموال المعنوية التي كانوا يطلقون عليها واقعة شبه الحيابة أو واقعة شبه وضع اليد. (١)

وبالنظر إلى الوضع في الشريعة الإسلامية نجد أن فقهاء الشريعة ذهبوا إلى أن حيابة العقار تحتاج إلى مظهر مادي يدل عليها كأن يستعمل الحائز الأرض التي يحوزها كأن يقوم مثلاً بزراعتها أو تأجيرها أو غيرها من الأمور التي تُدلل على إظهار الجانب المادي لها وفقاً لما ورد بالحديث الذي رواه الإمام سعيد بن المسيب عن الرسول صلى الله عليه وسلم أنه قال: «من حاز شيئاً عشر سنين فهو له» (٢) بجانب ما جاء أيضاً بأقوال الفقهاء بمختلف المذاهب والتي نذكر منها أقوال المذهب المالكي حيث ورد بمدونة الإمام مالك جملة الدار في يد الرجل حيث جاء (قلت: رأيت إن شهدوا على دار أنها في يد رجل منذ عشر سنين، يحوزها ويمنعها ويكرها ويهدم ويبني، وأقام آخر البينة أن الدار داره، يجعل مالك الذي أقام البينة على الحيابة وهي في يديه، بمنزلة الذي يقيم البينة وهي في يديه أنها له فيكون أولى بها في قول مالك، ويجعل مالك الحيابة إذا شهدوا له بها بمنزلة الملك؟) (٣) ومن ثم يلزم قيام الحائز ببعض الأعمال المادية التي تُدلل على حيازته للشيء.

بيد إن هذا المظهر المادي وإن كان دليل على الحيابة إلا أن ذلك لا يعتد به حال توافر عمل من أعمال الرخص أو التسامح، حيث أن الحيابة لا تقوم على الأعمال

(١) د. عمر ممدوح مصطفى-القانون الروماني-مرجع سابق-ص ٢٤٥ وما بعدها، د. صبيح مسكوني-القانون الروماني-مرجع سابق-ص ١٤١.

(٢) ابن رشد-البيان والتحصيل والشرح والتوجيه والتعليل لمسائل المستخرجة-المؤلف: أبو الوليد محمد بن أحمد بن رشد القرطبي-حققه: د محمد حجي وآخرون-الناشر: دار الغرب الإسلامي، بيروت - لبنان-الطبعة: الثانية، ١٤٠٨ هـ - ١٩٨٨ م-ج ١١-ص ١٤٥.

(٣) الإمام مالك-المدونة-المؤلف: مالك بن أنس بن مالك بن عامر الأصبحي المدني (المتوفى:

١٧٦٩هـ) -الناشر: دار الكتب العلمية-الطبعة: الأولى، ١٤١٥ هـ - ١٩٩٤م-ج ٤-ص ٤٩.

المبنية على التسامح أو الرخص فقد جاء بمجمل أقوال فقهاء الشريعة ما يفيد ذلك، فقد نصت المادة ١٢٢٦ من مجلة الأحكام العدلية على أن: (للمبيح حق الرجوع عن إباحته، والضرر لا يلزم بالإذن والرضاء، فإذا لم يكن لواحد حق المرور في عرصة آخر ومر فيها بمجرد إذن صاحبها مدة فلصاحبها بعد ذلك أن يمنعه من المرور إذا شاء)<sup>(١)</sup> ويلاحظ أن هذا الأمر لم يكن معروفاً لدى الرومان، ولهذا فقد حمت الشريعة الإسلامية المالك بهذا الشكل وهو أيضاً ما أخذت به القوانين المعاصرة حيث جاءت موافقة لما هو متبع لدى فقهاء الشريعة الإسلامية أي أن الحيابة لا تقوم على أي عمل من أعمال الإباحة أو الأعمال المبنية على التسامح أو الأعمال التي تؤدي على سبيل الرخص، وهذا ما نصت عليه المادة ١/٩٤٩ من القانون المدني المصري حيث جاءت بأن "لا تقوم الحيابة على عمل يأتيه الشخص على أنه مجرد رخصة من المباحات" وبالتالي فالأعمال المادية المكونة للحيابة يجب أن تتطوي على معنى التعدي، ولهذا فإن الركن المادي لا يتحقق هنا نظراً لانتفاء التعدي وإنكار الحائز لحق المالك وذلك لأن تلك الأعمال التي تعتبر استعمالاً لرخصة مقرر قانوناً والتي تؤدي بوجه من الوجوه الى الانتفاع بملك الغير.

(١) مجلة الأحكام العدلية-المؤلف: لجنة مكونة من عدة علماء وفقهاء في الخلافة العثمانية-المحقق:

نجيب هوايني-الناشر: نور محمد، كارخانه تجارتي كتب، آرام باغ، كراتشي-ص ٢٣٧.

## الفرع الثاني

### الركن المعنوي للحيازة

يُعد الركن المعنوي أحد العناصر الجوهرية للحيازة إذ لا يكفي الركن المادي للقول بوجود حيازة بل لا بد أن يقترن بالركن المادي الركن المعنوي، ذلك الركن الذي يُقصد به عنصر القصد أو النية لدى الحائز. (١)

بيد إنه رغم أهمية الركن المعنوي نظرًا لكونه هو الذي يُميز بين واضع اليد ومجرد الحائز حيازة عرضية (٢) إلا أن تحديد هذا الركن كان محل خلاف بين فقهاء القانون الروماني ويرجع ذلك إلى أن فكرة وضع اليد كانت في القانون الروماني خلال العصر العلمي قائمة على اعتبارات عملية ثم تغيرت فيما بعد في عهد الإمبراطور جوستينيان مما أدى ذلك إلى نشوء خلاف بين الفقهاء حول ذلك وانقسم هذا الخلاف إلى نظريتين يمكن الإشارة إليهما مع بيان موقف فقهاء الشريعة الإسلامية وكذلك فقهاء القانون المدني المصري على النحو الآتي:

### أولاً: النظرية الشخصية

تزعم هذه النظرية الفقيه سافيني حيث يرى أن النية اللازم توافرها لدى الحائز هي نية التملك لكسب ملكية العقار أي ظهور الحائز بمظهر المالك أو نية التصرف كصاحب حق بالنسبة لغير الملكية، وبالتالي فنية الإحراز لا تكفي للقول بوجود حيازة حقيقية، فالحيازة في القانون الروماني كما يرى سافيني تنقسم إلى حيازة طبيعية وهي لا تنتج

(١) د. عمر ممدوح مصطفى-القانون الروماني-مرجع سابق-ص ٢٤٦، عبد الله محمد إسماعيل- الحيازة في العقار-مرجع سابق-ص ٣٣.

(٢) د. عمر ممدوح مصطفى-القانون الروماني-مرجع سابق-ص ٢٤٦.

أي آثار بل مجرد إحرار، وحيازة محمية بالأوامر وهي تحمي جميع الحائزين، وحيازة مدنية وهي الحيازة الحقيقية التي تؤدي إلى التقادم.<sup>(١)</sup>

بيد إنه بالرغم من أن نظرية سافيني قامت بحماية واضح اليد سواء أكان حسن النية أم سيء النية طالما توافرت نية التملك لديه إلا أن هذه النظرية لم تقدم تبريرًا لقيام القانون الروماني بحماية بعض فئات الحائزين الآخرين الذين لم يتوافر لديهم نية التملك كالحارس القضائي والدائن المرتهن والمستأجر لآجال طويلة، لهذا فقد ذهب سافيني لأجل تبرير هذه الحماية إلى القول بأن المالك قد تنازل لهؤلاء عن الحيازة عند تسليم المال لهم، وسمّى هذه النظرية بنظرية اليد المُستعارة أو ما يسميه بالحيازة المشتقة، والجدير بالملاحظة أنه بالرغم من أخذ سافيني بنظرية الحيازة المشتقة إلا أنه لم يُعطِ الحائز حيازة مشتقة الحرية في نقل حيازته إلى الغير إلا وفق ما يقرره القانون.<sup>(٢)</sup>

### ثانيًا: النظرية المادية

تزعم هذه النظرية الفقيه الألماني إهرنج وهو يرى أن النية اللازمة للحيازة ليست نية التملك أو الظهور بمهر المالك كما ادّعى سافيني، بل هي إرادة الشخص في حيازة المال الذي تحت يده والاحتفاظ به، وأن هذه النية تتوافر لكل شخص مميز مدرك يحوز شيئًا من الأشياء،<sup>(٣)</sup> وعلى هذا فإنه يعتبر أن كل من يضع يده على مال يُعد حائزًا له

---

(١) د. عمر ممدوح مصطفى-القانون الروماني-مرجع سابق-ص ٢٤٩ وما بعدها، د. عبد الله محمد إسماعيل-الحيازة في العقار-مرجع سابق-ص ٣٤ / ٣٥، وكذلك انظر:

MAZEAUD (H - L - J.): Leçon de Droit civil, Paris, dition Montchrestien. 1975, p. 156.

(٢) د. عمر ممدوح مصطفى-القانون الروماني-مرجع سابق-ص ٢٤٩ وما بعدها، عبد الله محمد إسماعيل-الحيازة في العقار-مرجع سابق-ص ٣٤ / ٣٥.

(٣) إذا لا بد من توفر الأهلية القانونية وبالتالي فلا يكتسب الصغير غير المميز أو المجنون الملكية بحيازته بنفسه، فنية التملك لا تصدر من عديم التمييز لصغر سنه أو جنونه نتيجة لفقدانه الوعي والإدراك لديه ومن ثم انتفاء العنصر المعنوي للحيازة، غير أنها من الممكن أن تتحقق الحيازة له وذلك

حتى ولو لم تتوافر لديه نية التملك، فالركن المعنوي وإن كان ضروريًا وجوده إلا أنه لا يعني نية التملك بل يُشير إلى إدراك أو قصد الحيازة، ولهذا فإن الركن المعنوي يندمج مع المادي، وبالتالي فإن كان الركن المادي يُعبر عن صلة جوار محلية تكون وجهًا لوجه على الشيء فإن الركن المعنوي هو قصد موجه نحو هذه الصلة، فهما عنصران مكملان لبعضهما البعض. (١)

ففي القانون الروماني كان أي شخص تكون لديه إرادة الحيازة للغير من الممكن الاعتراف به كحائز كما في حالة الابن الذي يحوز مال والده حال غيابه دون أن يعلم بوفاته، فهنا بالرغم من حيازته لوالده إلا أنه كان يُعد حائزًا وكذلك الحال بالنسبة للشخص الذي يجهل مالك الأرض الحقيقي فيقوم بزراعتها فهنا أيضًا رغم أن قصده هو حيازتها لحساب المؤجر إلا أنه كان يُعد حائزًا.

بيد إنه إذا كان مذهب الفقيه إهرنج قد تفادى الصعوبات التي واجهت الفقيه سافيني إلا أن ذلك لا يعني أنه لم يتعرض لصعوبات، إذ أن بتقريره بتوافر النية لدى واضعي اليد والحائزين جعله يصطدم بمسألة عدم حماية القانون الروماني لبعض الفئات كالمستأجر لأجال قصيرة والمودع والمستعير، لذلك لم يحاول إهرنج وضع حل نظري لهذه المسألة وتسبب عدم حماية هؤلاء بل رد هذا الأمر إلى اعتبارات تاريخية. (٢)

---

عن طريق من ينوب عنه سواء كان ذلك عن طريق ولي أو وصي أو قيم، وهذا ما نصت عليه المادة (٩٥٠) من القانون المدني المصري.

(١) د. مصطفى أحمد عبد الجواد-الحيازة بسوء نية-دراسة فقهية قضائية مقارنة في ضوء نظام السجل العيني-الطبعة الأولى-دار النهضة العربية-١٩٩٤-ص ١٧٧/١٨٢، د. عمر ممدوح مصطفى-القانون الروماني-مرجع سابق-ص ٢٤٩ وما بعدها، عبد الله محمد إسماعيل-الحيازة في العقار-مرجع سابق-ص ٣٤/٣٥.

(٢) د. عمر ممدوح مصطفى-القانون الروماني-مرجع سابق-ص ٢٤٩ وما بعدها، عبد الله محمد إسماعيل-الحيازة في العقار-مرجع سابق-ص ٣٦/٣٧.

### ثالثاً: موقف التشريعات الوضعية المعاصرة من نظريات العنصر المعنوي

أخذ المشرع الإنجليزي والسويسري بالنظرة المادية للحيازة وذلك وفق تعريفهم لها بأنها سيطرة واقعية أو فعلية على الشيء، أما بخصوص المشرع الفرنسي فقد أخذ بالنظرة الشخصية للحيازة وذلك وفق نص المادة ٢٢٥٥ الواردة بالتعديلات التي أدخلها على القانون المدني عام ٢٠١٦ وهذا بعكس ما كان موجوداً من قبل وذلك عندما عرف الحيازة وفق نص المادة ٢٢٢٨ مدني ولم يذكر بها نية التملك، لهذا فقد حدث خلاف بين الشراح حول ذلك وانقسموا إلى رأيين: البعض منهم ذهب إلى تبني المشرع النظرة المادية وذلك على أساس أن المشرع قد أكد بتعريفه للحيازة في المادة ٢٢٢٨ على استعمال الحائز بنفسه أو بواسطة الغير للشيء استعمالاً مادياً، فالنية وفق النظرية المادية هنا هي ذلك الاستعمال المادي للشيء الذي تتحقق به السيطرة عليه، وبالتالي فلا يخضع للحيازة وفق القانون المدني الفرنسي القديم الحقوق الشخصية، والأموال العامة، والمجموع من المال كالتركة والأصل التجاري، كما أن المشرع بمنحه دعاوى الحيازة لكل حائز عرضي انتزعت حيازته بالقوة قبل صدور القانون الحالي ١٩٧٥ يُدل على تبنيه النظرة المادية للحيازة.<sup>(١)</sup>

غير أن البعض الآخر من الفقهاء قد ذهب إلى القول بتبني المشرع الفرنسي النظرة الشخصية للحيازة نظراً لأنه وإن كان لم يتبين من نص المادة ٢٢٢٨ ذلك إلا أنه يمكن استنتاج اشتراط المشرع ممارسة الأعمال المادية للحيازة بنية التملك أو بنية أي حق عيني آخر من المواد ٢٢٣٠/٢٢٣٦.<sup>(٢)</sup>

---

(١) لمزيد من التفاصيل عن آراء وأسانيد كل رأي راجع: عبد الله محمد إسماعيل-الحيازة في العقار- مرجع سابق-ص ٤١/٤٢.

(٢) راجع: عبد الله محمد إسماعيل-الحيازة في العقار-مرجع سابق-ص ٤١/٤٢.

وبالنظر إلى الوضع لدى مصر، فنجد في البداية أن المشرع المصري في القانون المدني القديم أخذ بالنظرية الشخصية للحيازة وليس المادية، وقد ظهر ذلك واضحاً من خلال نصه بالمادة ١٠٢/٧٦ المتعلقة بكسب الحقوق بالتقادم، حيث اشترط ضرورة أن يكون واضح اليد قد ظهر بصفة المالك للشيء أثناء وضعه يده لمدة خمس سنوات متتالية، غير أن الأمر قد اختلف في مصر بعد صدور القانون المدني الحالي رقم ١٣١ لسنة ١٩٤٨ فنظرًا لعدم تعريفه للحيازة وعدم وضوح رؤية تبنيه لأي من النظريتين السابق ذكرهما فقد حدث خلاف بين الفقهاء حول موقف المشرع المصري الحالي من هذه النظريات وانقسم هذا الخلاف إلى مذهبين يمكن ذكرهما بقدر من الإيجاز على النحو الآتي:

**المذهب الأول:** ذهب أصحابه إلى تبني المشرع المصري الحالي النظرة المادية للحيازة، وذلك على أساس أن تعريف المشرع المصري للحيازة وفق ما جاء بنص المادة ١٣٩٨ المحذوفة من المشروع التمهيدي للقانون المدني بأنها (وضع مادي يسيطر به الشخص سيطرة فعلية على شيء يجوز التعامل فيه، أو يستعمل حقا من الحقوق) يُبين أن المشرع هنا اكتفى بالركن المادي لتقرير حماية الحيازة دون اعتبار لنية الحائز، فالسيطرة الفعلية هي أساس الحيازة وهذا ما أكده المشرع أيضا بنص المادة ٩٥٦ مدني وأكد ذلك مرة أخرى وبصورة صريحة عندما أصدر القانون ٢٣ لسنة ١٩٩٢ حيث أضاف المادة ٤٤ مكرر بقانون المرافعات والذي أعطى من خلالها الحماية القانونية لكل واضح يده على شيء وأيا كان نوع الاعتداء الواقع على الحيازة بطريق السلب أو

التعرض، فضلاً عن أن حماية المشرع جنائياً للحائز بغض النظر عن صفته الحيازية أي سواء كانت قانونية أم عرضية.<sup>(١)</sup>

**والمذهب الثاني:** والذي نميل إليه فقد ذهب أصحابه<sup>(٢)</sup> إلى تبني المشرع المصري النظرة الشخصية للحيازة، وذلك على أساس أن عدم بقاء نص المادة ١٣٩٨ في النصوص النهائية للقانون المدني الحالي والقيام بحذفه يُدلّل على عدم تبني المشرع النظرة المادية للحيازة وهذا ما أكدته المذكرة الإيضاحية للقانون عندما ذكرت أن للحيازة ركناً معنوياً يجب توافره في أكثر من موضع منها اشتراطها نية التملك عندما ذكرت بصدد المواد ٩٤٩ و ٩٥١<sup>(٣)</sup> أن للحيازة عنصرين مادي ومعنوي وكذلك تعليقها على

(١) د. عبد المنعم الشراوي-شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية-دار النشر للجامعات المصرية-١٩٥٠-بند ٤٦ ص ٦٧/٦٨، د. أشرف مهدي مصطفى-الحماية الوقتية للحيازة العرضية-دراسة مقارنة-السنة الرابعة والسبعون-عدد يناير-أبريل ١٩٩٥-الجزء الأول ص ٢٧٧/٢٨٠.

(٢) د. عبد المنعم البدرابي-الحقوق العينية الأصلية-بند ٤٨٧ ص ٤٩٩، د. عبد الناصر توفيق العطار-إثبات الملكية بالحيازة والوصية في ضوء محكمة النقض المصرية دراسة مقارنة-بند ٤٤-ص ٢١٥، د. محمد ألبيب شنب-موجز الحقوق العينية الأصلية-دار النهضة العربية-١٩٨٨-ص ١٣٧، د. مصطفى أحمد عبد الجواد-الحيازة بسوء نية-مرجع سابق-ص ٢٠٢/١٩٨، د. محمود جمال الدين زكي-دروس في الحقوق العينية الأصلية-دار النهضة العربية-١٩٧٦-ص ٥٠٧، انظر: عبد الله محمد إسماعيل-الحيازة في العقار-مرجع سابق-ص ٥٣ وما بعدها.

(٣) تنص المادة (٩٤٩): ١-لا تقوم الحيازة على عمل يأتيه شخص على أنه مجرد رخصة من المباحات أو عمل يتحمّله الغير على سبيل التسامح. ٢-وإذا اقترنت بإكراه أو حصلت خفية أو كان فيها لبس فلا يكون لها أثر قبل من وقع عليه الإكراه أو أخفيت عنه الحيازة أو التبس عليه أمرها، إلا من الوقت الذي تزول فيه هذه العيوب.

كما تنص المادة (٩٥١): ١-تصح الحيازة بالوساطة متى كان الوسيط يباشرها باسم الحائز وكان متصلًا به اتصالاً يلزمه الائتمار بأوامره فيما يتعلق بهذه الحيازة. ٢-وعند الشك يفترض أن مباشر الحيازة إنما يحوز لنفسه، فإن كانت استمراراً لحيازة سابقة افترض أن هذا الاستمرار هو لحساب البادئ بها.

المادة ٩٥٧ من أن الحائز يفقد الحيازة إذا فقد أحد عناصرها أو العنصرين، كما أن القانون المدني أورد تفرقة بين الحيازة القانونية التي تتطلب توافر العنصرين المادي والمعنوي والحيازة المادية، وذلك وفق نص المادة ٩٦٣ التي نصت على: ( إذا تنازع أشخاص متعددون على حيازة حق واحد اعتبر بصفة مؤقتة أن حائزه هو من له الحيازة المادية، إلا إذا ظهر أنه قد حصل على هذه الحيازة بطريقة معيبة).<sup>(١)</sup>

#### رابعًا: موقف الفقه الإسلامي من العنصر المعنوي

حدث خلاف بين الفقهاء حول مدي تطلب توافر العنصر المعنوي للحيازة، فذهب المالكية والحنابلة<sup>(٢)</sup> صراحة إلى ضرورة توافر نية اكتساب الحق لدي الحائز وعبروا عن ذلك بوجوب ادعاء الحائز ملكيته للشيء الذي يقوم بحيازته وقت المنازعة حوله، فالعنصر المعنوي أي نية التملك في القانون يقابله هنا في الفقه الإسلامي ضرورة ادعاء الحائز بأنه المالك الفعلي للشيء الذي يحوزه،<sup>(٣)</sup> وهذا ما جاء صراحة بشرح الحطاب حيث ذكر أنه فيما يجب على الحائز: (وادعاء ملكه لنفسه) وكذلك بشرح الزرقاني (وبقي من شروطها أيضًا أن يدعي الحائز ملك الشيء المحازر أي ولو مرة وأما إن لم يكن له حجة إلا مجرد الحوز فلا ينفعه)<sup>(٤)</sup> إذا أن مجرد الحوز وحده دون

(١) المادة ٩٦٣ مدني مصري.

(٢) الدسوقي-حاشية الدسوقي على الشرح الكبير-محمد بن أحمد بن عرفة الدسوقي المالكي -دار الفكر بدون طبعة وبدون تاريخ-ج٤-ص ٢٣٥.٧٠، الزرقاني-شرح الزرقاني على مختصر خليل-عبد الباقي بن يوسف بن أحمد الزرقاني المصري (المتوفى: ١٠٩٩هـ) -ضبطه وصححه وخرج آياته: عبد السلام محمد أمين-دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان-الطبعة: الأولى، ١٤٢٢ هـ -٢٠٠٢ م-ج ٧ ص ٤١٥.

(٣) راجع في ذلك د. محمد عبد الجواد محمد-الحيازة والتقدم في الفقه الإسلامي المقارن بالقانون الوضعي-دار منشأة المعارف بالإسكندرية-١٣٩٧هـ/١٩٧٧م-ص ٧٠.

(٤) الزرقاني-شرح الزرقاني على مختصر خليل-ج ٧ ص ٤١٥.

إدعاء الحائز ملكية الشيء المحوز لا ينفعه، فالحيازة تُعد دليل على ملك من في يده الشيء إعمالاً للظاهر وهو ما قاله الدسوقي أيضاً عند حديثه عن شروط الحيازة: (وبقي شرط خامس وهو أن يدعي الحائز وقت المنازعة ملك الشيء المحوز وأما إذا لم يكن له حجة إلا مجرد الحوز فلا ينفعه ذلك).<sup>(١)</sup>

في حين نجد أن فقهاء المذهب الحنفي والشافعي لم يشترطوا صراحة أن تكون الحيازة مصحوبة بنية التملك من قبل الحائز، فقد تكلموا عن شرط النية لدى الحائز بشكل ضمني، حيث يفهم ذلك من كلامهم أن صاحب اليد أو الحائز يدعي ملكية الشيء الذي في يده بدهاءة، إذ أن اليد دليل الملك، ومن يتصرف في الشيء الذي يحوزه الزمن الطويل دليل ملكيته له وادعاؤه لنفسه فقد قال الكاساني ببدايع الصنائع بأن: (ولأن اليد دليل الملك، ألا ترى أن من رأى شيئاً في يد إنسان حل له أن يشهد له بالملك دل أن اليد دليل الملك من حيث الظاهر)<sup>(٢)</sup> وكذلك قال الزيلعي بتبين الحقائق أن اليد تدل على الملك، وكذلك جاء بالفقه الشافعي في الحاوي أن: (اليد تدل على الملك، ولا توجهه، لأن اليد قد تكون لغصب، أو أمانة، أو إجارة فلم توجه الملك دون غيره)<sup>(٣)</sup> وذلك على أساس أن الحق عندهم لا يسقط بالتقادم وهذا ما سيتضح عند الحديث عن طبيعة وآثار الحيازة.

(١) الدسوقي-حاشية الدسوقي على الشرح الكبير-ج٤-ص ٢٣٥.

(٢) الكاساني-بدايع الصنائع في ترتيب الشرائع-المؤلف: علاء الدين، أبو بكر بن مسعود بن أحمد الكاساني الحنفي (المتوفى: ٥٨٧هـ) -الناشر: دار الكتب العلمية-الطبعة: الثانية، ١٤٠٦هـ - ١٩٨٦م-ج٥-ص ١٤.

(٣) الماوردي-الحاوي الكبير في فقه مذهب الإمام الشافعي وهو شرح مختصر المزني-أبو الحسن علي بن محمد بن محمد بن حبيب البصري البغدادي، الشهير بالماوردي (المتوفى: ٤٥٠هـ) -المحقق: الشيخ علي محمد معوض -الشيخ عادل أحمد عبد الموجود-دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان- الطبعة: الأولى، ١٤١٩هـ -١٩٩٩م-ج ١٧ ص ٣٠٥.

ومجمل القول إنه لا بد من توافر أركان الحيابة وفق التصور السابق، ومن ثم فإذا اختل أي ركن منها أصبحت الحيابة غير معتبرة في ترتيب آثارها، فالحيابة التي ينقصها عنصر السيطرة المادية هي ليست بحيابة بل تعتبر من قبيل حديث النفس، كما أن الحيابة التي ينقصها العنصر المعنوي أي نية التملك هي حيابة عرضية وليست بحيابة أصلية، أيضًا وكما ذهب غالبية فقهاء الشريعة الإسلامية أن الحيابة التي ينقصها ركن المشروعية لا تعد مشروعة بل تتحول إلى غضب لقول النبي صلى الله عليه وسلم: (عَلَى الْيَدِ مَا أَخَذَتْ حَتَّى تُؤَدِّيَهُ) <sup>(١)</sup>، وبالتالي فالحيابة المشروعة هي التي تقوم على التصرف المشروع مع حضور المحوز عليه وعلمه بحيابة الغير دون اعتراض وبلا مانع شرعي مدة يُستدل منها على أنه هو المالك للمال المحوز، أما الغضب فهو قيام شخص بأخذ مال الغير دون وجه حق والسيطرة عليه مع علمه بأنه مملوك للغير وهذا أمر محرم في الشريعة الإسلامية. <sup>(٢)</sup>

(١) سنن ابن ماجة الأرنؤوط-المؤلف: ابن ماجة -وماجة اسم أبيه يزيد -أبو عبد الله محمد بن يزيد القزويني-المحقق: شعيب الأرنؤوط -عادل مرشد -محمّد كامل قره بللي -عبد اللّطيف حرز الله-الناشر: دار الرسالة العالمية-الطبعة: الأولى، ١٤٣٠ هـ -٢٠٠٩ م-ج٣ ص ٤٧٩.

(٢) د. محمد نعيم ياسين-نظرية الدعوي بين الشريعة الإسلامية وقانون المرافعات المدنية والتجارية-دار النفائس عمان الأردن-١٤٠٧-١٩٨٧-ص ٢٥٠/٢٥١، عبد الله بن راشد بن محمد التميمي-الحماية الجنائية والمدنية للحيابة دراسة تأصيلية تطبيقية مقارنة-مرجع سابق ص ٤٤/٤٥.

## المطلب الثاني

### شروط الحيابة

سوف نُقسم هذا المطلب إلى فرعين نوضح في أولهما الشروط الواجب توافرها في الحيابة حتى تكون صحيحة في القانون الروماني وما وصل إليه الوضع في القانون المدني المصري، وفي الفرع الثاني سوف نُخصصه لبيان الوضع لدي فقهاء الشريعة الإسلامية وذلك على الآتي:

### الفرع الأول

#### شروط الحيابة في القانون الروماني

في البداية يمكن القول بأن المشرع الروماني في ظل القانون القديم لم يكن يشترط لاكتساب ملكية الشيء بوضع اليد سوى استعمال الشيء بصورة مستمرة ولمدة معينة حتى يمكن اكتساب ملكيته بالتقادم، وبالتالي لم يكن يتطلب وجود سبب صحيح يستند عليه وضع اليد أو حُسن نية للحائز، غير أن الأمر تغير فيما بعد خلال العصر العلمي، إذا استلزم المشرع الروماني ضرورة توافر عدة شروط في الحيابة حتى تؤدي إلى اكتساب الملكية بالتقادم، ويمكن ذكر هذه الشروط بقدر من الإيجاز والشمول على النحو الآتي:

#### الشرط الأول: استمرارية الحيابة

أي أن تستمر حيابة الشخص واطع اليد على الشيء محل الحيابة مدة زمنية معينة، أي بمعنى أن يمارس الأعمال المادية المكونة للركن المادي على الشيء محل الحيابة بصفة متكررة دون انقطاع وذلك خلال المدة المقررة قانوناً، وقد حُددت هذه المدة في البداية في ظل قانون الألواح الإثني عشر بسنة في المنقول وسنتين في العقار،

وبالتالي كان يترتب على انقطاع وضع اليد يوماً واحداً سقوط المدة السابقة وحساب المدة من جديد. (١)

والانقطاع قد يكون طبيعياً أو مدنياً، فالانقطاع الطبيعي قد يتمثل في تخلي واضع اليد عن حيازته بإرادته أو فقدها بالقوة ويكون الانقطاع مدنياً حالة إذا ما قام المالك الحقيقي برفع دعوى الاسترداد في مواجهة الحائز. (٢)

بيد إنه رغم اشتراط القانون الروماني استمرارية الحيازة لواضع اليد إلا أن ذلك لم يكن يعني بضرورة أن يكون الحائز هو المستمر بنفسه خلال المدة المقررة قانوناً، وبالتالي فقد أجاز الفقهاء خلال العصر العلمي ضم مدة الحيازة على الشيء من الحائز القديم إلى الحائز الجديد، ولكن بشرط حسن نية الحائز الجديد كمثل حالة انتقال الحيازة إلى الخلف العام أي انتقالها من المورث إلى الوراث أو حالة انتقال الحيازة إلى الخلف الخاص كمثل انتقالها إلى المشتري وهذا بعكس ما كان عليه الوضع في روما في عصر القانون القديم. (٣)

وبالنظر إلى الوضع في القانون المدني المصري نجد أن المشرع قد نص في البداية قبل تعديل وحذف جزء من المادة ١٣٩٩ من المشروع التمهيدي للقانون المدني المصري بقوله (وكذلك لا تقوم الحيازة على أعمال منقطعة) وذلك بعد نصه في بداية

---

(١) د. عمر ممدوح مصطفى-القانون الروماني-مرجع سابق-ص ٢٩٢.

(٢) د. محمود سلام زناتي-نظم القانون الروماني-مرجع سابق-ص ٣٨٣ وما بعدها، د. صبيح مسكوني-القانون الروماني-مرجع سابق-ص ١٤٦-١٧٤ وما بعدها، د. عمر ممدوح مصطفى-القانون الروماني-مرجع سابق-ص ٢٩٠ وما بعدها.

(٣) د. محمود سلام زناتي-نظم القانون الروماني-مرجع سابق-ص ٣٨٣ وما بعدها، وتاريخ الملكية-بحث بدبلوم القانون الخاص-كلية الحقوق جامعة أسيوط-١٩٨٠/١٩٨١-ص ٤٣، د. صبيح مسكوني-القانون الروماني-مرجع سابق-ص ١٤٦-١٧٤ وما بعدها، د. عمر ممدوح مصطفى-القانون الروماني-مرجع سابق-ص ٢٩٠ وما بعدها.

المادة على عدم قيام الحيازة على أعمال يأتيتها الشخص على سبيل الرخصة أو التسامح، وبهذا يكون المشرع في المشروع التمهيدي قد دلل على ضرورة أن تكون الحيازة مستمرة وغير متقطعة، غير أنه جاء في القانون المدني الحالي وقد تناول شروط الحيازة بطريقة غير مباشرة وذلك عندما نص على عيوب الحيازة في المادة ٩٤٩ بمعنى أن الحيازة الصحيحة هي التي تكون خالية من هذه العيوب التي أوردتها بمتن المادة ٩٤٩. (١)

### الشرط الثاني: هدوء الحيازة

يُقصد بهدوء الحيازة أن يقوم الحائز بأعمال السيطرة المادية دون إكراه أو غصب أو عدم حصوله عليها بالسرقفة إذا كان الشيء منقولاً، واشتراط هدوء الحيازة هنا قائم على أساس افتراضية أن الحائز هو صاحب الحق وأن صاحب الحق لا يحتاج إلى اللجوء إلى القوة والعنف للحصول على حقه، فالقوة والعنف كانا يُعدان من عيوب الحيازة عند الرومان، ولهذا فإن الحيازة المقترنة بالإكراه لم تكن جديرة بالحماية وبالتالي لا تنتج آثارها القانونية، لذا فقد اعتبر الرومان أن الحيازة التي تبدأ بالإكراه تُعد من قبيل الحيازة الملوثة التي تظل بهذا الشكل طوال مدتها، ومن ثم لا تؤدي إلى تحقيق آثارها القانونية،<sup>(٢)</sup> وبالتالي كان يجب على الحائز الذي بدأ حيازته للشيء المحوز بالإكراه أن

(١) انظر: عبد الله محمد إسماعيل-مرجع سابق-ص٦٨ وما بعدها.

(٢) قضت محكمة النقض المصرية بأن المقصود بالهدوء هو ألا تقترن الحيازة بإكراه وقت بدئها، فإذا بدء الحائز وضع اليد هادئاً فإن التعدي الذي يقع أثناء الحيازة ويمنعه الحائز لا تشوب تلك الحيازة التي تظل هادئة رغم ذلك. نقض مصري ١٩٧٥/١/١٤ طعن رقم ٥٥٧ لسنة ٣٩ مُشار إليه لدي المستشار أنور طلحة-الحيازة-المكتب الجامعي الحديث الإسكندرية-٢٠٠٤-ص ١٩.

يقوم برده إلى صاحبه أو حائزه السابق. <sup>(١)</sup> كما اعتبر الرومان أيضاً أن تملك الأشياء المسروقة محرماً وذلك بنص قانون الألواح الإثني عشر وكذلك بقانون أتينيا فيما بعد، بل وفي نهاية العصر الجمهوري تم تحريم اكتساب الأموال الثابتة المغتصبة بالقوة بالتقادم وذلك بمقتضى صدر قانون بوليتا. <sup>(٢)</sup>

وبالنظر إلى الوضع في القانون المصري الحالي فقد نص المشرع بمقتضى المادة ٩٤٩ من القانون المدني على أن "لا تقوم الحياة على عمل يأتیه شخص على أنه مجرد رخصة من المباحات أو عمل يتحملة الغير على سبيل التسامح وإذا اقترنت بإكراه أو حصلت خفية أو كان فيها لبس فلا يكون لها أثر قبل من وقع عليه الإكراه أو خفيت عنه الحياة أو التبس عليه أمرها... "

وبالتالي فالإكراه اعتبره المشرع المصري وكذلك الفرنسي من قبيل عيوب الحياة ومن ثم لا أثر له هنا في مواجهة الشخص المُكروه، غير أنه بالرغم من ذلك إلا أنه ثار تساؤل عن مدى استمرارية عدم أثر الإكراه على الشخص المُكروه، وبمعنى آخر هل الحياة التي بدأت بالإكراه تظل معيبة (ملوثة) طوال مدتها كما كان الوضع في روما أم أن عيب الإكراه موقت؟

حدث خلاف بين الفقهاء حول هذه المسألة وانقسموا إلى مذهبين، الأول منهم ذهب إلى تبني ومساندة ما كان عليه الوضع في روما أي استمرارية عيب الإكراه وبالتالي قالوا بأن (الحياة المكتسبة بالإكراه تكون مشوبة بهذا العيب طيلة مدتها ما لم تعد إلى الحائز السابق وأن القول بزوال عيب الإكراه إذا توقفت أعمال الإكراه وأصبحت الحياة

(١) د. صبيح مسكوني-القانون الروماني-مرجع سابق-ص ١٧٥، د. محمود سلام زناتي-نظم القانون الروماني-مرجع سابق-ص ٣٨٣ وما بعدها، د. خليل عفت ثابت-التقادم في المواد المدنية والتجارية علماً وعملاً-مطبعة الاعتماد مصر-بند ص ١٢٨.

(٢) د. عمر ممدوح مصطفى-القانون الروماني-مرجع سابق-ص ٢٩١.

هادئة لدى الحائز الحالي يعني أنني قد سمحنا باستخدام العنف لكسب الحيازة وبالتالي (أصبح مشروعاً) (١)

في حين ذهب أصحاب المذهب الثاني إلى القول بعدم استمرارية عيب الإكراه، أي أن عيب الإكراه يكون مؤقتاً، ومن ثم يزول متى انقطعت أعمال الإكراه التي كان يقوم بها الحائز، وبالتالي استمرار الحائز الذي قام بالإكراه في حيازته دون قيام المالك أو الحائز السابق بالمطالبة باسترداد حيازته عند انقطاع أعمال الإكراه يجعل الحيازة هادئة، فاستقرار الأوضاع أولى من مصلحة الشخص الذي يُهمل ولا يطالب بحقوقه، غير أن ذلك القول المتضمن الاعتداد بالحيازة بعد انقطاع أعمال الإكراه ومن ثم اعتبارها حيازة هادئة لا يعني التشجيع على الغصب والإكراه كوسيلة لكسب الحيازة وإنما هو الرغبة في استقرار الأوضاع الاجتماعية، وبالتالي بإمكان الحائز السابق أو المالك أن يقوم برفع دعوى لاسترداد حيازته والمطالبة بحقوقه، فإذا لم يقم بذلك فإن منطوق الأمور والاعتبارات العملية يُحتم الاعتراف بها بعد انقطاع الإكراه للحائز الجديد. (٢)

### الشرط الثالث: علانية الحيازة

يُقصد بعلانية الحيازة هنا مباشرة الحائز حيازته على مرأى ومسمع من الناس أو على الأقل على مشهد من المالك أو صاحب الحق، أي أن تكون الأعمال المادية التي يقوم بها الحائز غير خفية بحيث يستطيع أن يراها ويعلمها من يحتج عليه بالحيازة فيعترض

(١) Laurent, Principes de droit civil français, ed.2, 1878, p 295.

مُشار إليه بمؤلف: عبد الله محمد إسماعيل - مرجع سابق - ص ٧٥.

(٢) د. عبد المنعم البدرابي-الحقوق العينية الأصلية-مرجع سابق-ص ١٣٥، د. حسن كيره-الموجز في أحكام القانون المدني -الحقوق العينية الأصلية -أحكامها ومصادرها - منشأة المعارف بالإسكندرية-١٩٧٥-ص ٢٥٨، د. محمد عبد اللطيف-التقادم-مرجع سابق-ص ٢٤٤، د. محمد لبيب شنب-الحقوق العينية الأصلية-مرجع سابق-ص ١٣٥، عبد الله محمد إسماعيل-الحيازة في العقار- مرجع سابق-ص ٧٥.

عليها إذا شاء وإلا كانت حيازته مشوبة بعيب الخفاء أو بعدم العلانية، وبالتالي فليس من حقه في هذه الحالة المطالبة بحماية حيازته بدعاوى الحيازة.<sup>(١)</sup> ولا شك أن الحكمة من اشتراط العلانية هنا هو مسايرة للأصل المتعارف عليه أن من يحوز حقاً عليه أن يستعمله كالمالك تماماً ومن ثم يكون ذلك بشكل ظاهر لا خفاء فيه، ولهذا فإنه إذا أخفى الحائز حيازته أو حاول إخفاء أعماله عمدت له مصلحة في العلم بها فالحيازة في هذه الحالة لا تنتج آثارها القانونية إلا بعد زوال هذا الخفاء، ومعيار ظهور الحيازة من عدمه يتعلق بمدى ظهورها أمام المالك أو من يراد الاحتجاج عليه بها لو كانت الحيازة خفية أمام باقي الناس، غير أن الحيازة لا تكون خفية على المالك إذا كان لا يعلم بها لسبب يرجع إليه هو، حتى لو كانت ظاهرة لباقي الناس، ولهذا فإن عيب الخفاء عيب نسبي ومؤقت.<sup>(٢)</sup>

وبالنظر إلى الوضع لدى الرومان فيما يتعلق بهذا الشرط نجد أن القانون الروماني قد اشترط في الحيازة أن تكون ظاهرة وهذا ما ورد في قانون الألواح الإثني عشر حينما تطلب في الحائز للشيء المحوز حتى يستطيع اكتسابه بالتقادم أن يكون وضع اليد عليه ظاهراً أي غير خفي، لذلك فقد اختلفت المدة التي اشترطها القانون الروماني في العصر الإمبراطوري في عهد الإمبراطور جوستينيان لاكتساب الملكية بوضع اليد وذلك بحسب ما إذا كان العقار محل النزاع موجوداً بنفس الإقليم الذي يقيم فيه الأطراف أم خارجه، فإذا كان العقار موجوداً بنفس الإقليم كانت المدة المطلوبة لاكتسابه بوضع اليد

(١) انظر في ذلك: د. أحمد السيد صاوي-الوسيط في شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية- ٢٠١١ص-٢٨٢.

(٢) د. محمد طه البشير ودكتور غني حسون طه-الحقوق العينية -دار الكتب الموصل -١٩٨٢- ص٢١٠، د. محمد سليمان الأحمد-تملك المنقول بالحيازة في القانون المدني العراقي-مجلة الرافدين للحقوق مجلد (١/السنة الثامنة) عدد (١٧) سنة ٢٠٠٣ ص٥١.

هي عشر سنوات، أما إذا كان كل طرف من الأطراف موجودًا بإقليم مختلف كانت المدة هي عشرين سنة. (١)

وفي هذا يقول الفقيه لارتولان أن الحكام الشرعيين في روما قبل عهد الإمبراطور جوستينيان قد تدخلوا من خلال منشوراتهم لأجل حماية واضعي اليد وقرروا أن من يكون واضعًا يده على إحدى الأراضي فلا يجوز للحاضرين بعد مرور عشر سنين من وضع يده ولا للغائبين بعد مرور عشرين سنة أن ينازعوه في وضع يده بل يكون له صدهم بالدفع بوضع يده خلال هذه المدة. (٢)

وبالنظر إلى الوضع الحالي نجد أن المشرع المصري في القانون المدني قد تناول هذه المسألة واشترط أيضًا أن تكون الحيابة ظاهرة وذلك بنص المادة ٩٤٩ مدني ومن ثم ففي حالة خفاء الحيابة فلا يُعتد بها ومن ثم لا تنتج آثارها القانونية، وعيب الخفاء وفق القانون المدني المصري عيب مؤقت أي يترتب على زواله حال وجوده تحقق آثار الحيابة كما أنه عيب نسبي أي لا يُحتج به إلا من كانت الحيابة غير ظاهرة بالنسبة له دون الغير. (٣)

### الشرط الرابع: وضوح الحيابة

يُقصد بهذا الشرط ألا تكون الحيابة مشوبة بعيب الغموض أو اللبس وهي تكون كذلك إذا اشتبه أمرها فيما يتعلق بعنصر القصد، وذلك لأن هذا العيب ينصب على الركن

(١) د. عمر ممدوح مصطفى-القانون الروماني-مرجع سابق-ص٢٨٩ وما بعدها، د. محمود سلام زناتي-مرجع سابق-ص ٣٨٣ وما بعدها، د. صبيح مسكوني-القانون الروماني-مرجع سابق-ص١٧٣ وما بعدها، د. طارق المجذوب ود. أحمد إبراهيم حسن-تاريخ النظم القانونية والاجتماعية - منشورات الحلبي الحقوقية-بيروت-لبنان-٢٠٠٦-ص٣٣٥ وما بعدها.

(٢) عبد العزيز باشا فهمي-مدونة الإمبراطور جوستينيان في الفقه الروماني-المركز القومي للترجمة-٢٠٠٩-ص ٨٠.

(٣) عبد الله محمد إسماعيل علام-الحيابة في العقار-مرجع سابق-ص ٧٩.

المعنوي في الحياة أي الغموض الذي يشوب نية الحائز لاحتمالية وجود أكثر من نية للحائز، ولهذا فإنه يجب أن تكون نية الحائز واضحة ومُعبرة عن أنه يحوز بقصد اكتساب حق عيني على الشيء المحوز. (١)

وبالنظر إلى الوضع في روما نلاحظ أن القانون الروماني منذ العصر العلمي قد ميز بين ثلاثة صور للحياة، الصورة الأولى: وهي صورة وضع اليد المدني أي المستند إلى عمل قانوني كعقد أو وصية وهنا اشترط الرومان أن تكون نية واضع اليد نية تملك حيث يؤدي ذلك إلى اكتساب الملكية بالتقادم، والثانية: وهي صورة وضع اليد المحمي بنظام أوامر البريتور وهنا لا يشترط نية التملك بل يكفي نية الحياة بشرط ألا تكون أيضًا مشوبة بعبث الإكراه أو الخفاء، والثالثة: وهي صورة وضع اليد الطبيعي أو ما يُسمى بالحياة المجردة أي وضع اليد الذي يتوافر فيه فقط الركن المادي دون المعنوي كمن يحوز شيئًا لحساب غيره كالمودع والمستأجر العادي وهنا تكون الحماية لذلك الشخص الذي ينوب عنه الحائز (٢).

ويلاحظ أن حالات الغموض أو اللبس في الحياة وفق القانون المدني المصري قد تنشأ في عدة حالات منها حالة الشركاء على الشيوخ، فالشريك على الشيوخ الذي يدير الأموال قد يحدث لبس حول نيته في هذه الحالة وكذلك الحال فيما يتعلق بأموال التركة الموروثة.

(١) د. عبد الرزاق أحمد السنهوري-الوسيط في شرح القانون المدني-المجلد التاسع-أسباب كسب الملكية-مرجع سابق-ص ٨٥٦.

(٢) د. صبيح مسكوني-القانون الروماني-مرجع سابق-ص ١٤٣/١٤٤، د. محمود سلام زناتي-نظم القانون الروماني-مرجع سابق-ص ٣٥٢، د. عمر ممدوح مصطفى-القانون الروماني-مرجع سابق-ص ٢٥٠/٢٥١.

بيد إنه في حالة وجود شك حول النية المطلوبة للحيازة فالعبرة هنا بالشك الذي يثور لدى الغير أي أن يتم البحث في ذهن الغير بما قام لديه من لبس حول قصد الحائز، وبالتالي لا نبحث عن هذه المسألة لدى الحائز، ولذلك فإن عيب الوضوح عيب نسبي مثل باقي العيوب كما أنه عيب مؤقت، أي لا يكون له أثر إلا من كانت الحيازة غامضة أو بها لبس عليه.<sup>(١)</sup>

## الفرع الثاني

### شروط الحيازة في الفقه الإسلامي

عرف فقهاء الإسلام شروط الحيازة وقد تناولوها تحت مسمى أعمال وتصرفات الحائز، ولهذا فإنه يمكننا ذكر هذه الشروط بصورة يتوافق معها ما تم ذكره من أقوال الفقهاء عند الحديث عن شروط الحيازة في القانون وذلك على النحو الآتي:

### الشرط الأول: استمرارية الحيازة

اشتراط فقهاء الشريعة الإسلامية في الحيازة ضرورة استمراريتها من قبل الحائز كي تُكسب ملكيتها، أي لكي تُكتسب ملكية العقار بالتقادم لابد من استمرار قيام الحائز بالأعمال والتصرفات على هذا العقار المحوز واستعماله فيما أُعد له، وقد ذكر ذلك فقهاء الشريعة وهي كثيرة نذكر منها، ما جاء في الفقه الحنفي ببدايع الصنائع أن (لأن اليد على العقار لا تثبت بالكون فيه وإنما تثبت بالتصرف فيه)<sup>(٢)</sup> وفي الفقه الشافعي بتحفة المحتاج: (ولو كانت) العين (بيده) تصرفاً أو إمساكاً (فأقام غيره بها) أي: بملكها من غير زيادة (بينة و) أقام (هو) بها (بينة) بينت سبب ملكه أم لا أو قالت: كل

(١) انظر: د. عبد الناصر توفيق العطار-اثبات الملكية بالحيازة والوصية في ضوء محكمة النقض المصرية دراسة مقارنة -مرجع سابق-ص٢٦٥، عبد الله محمد إسماعيل-مرجع سابق-ص ٨١.

(٢) الكاساني-بدايع الصنائع في ترتيب الشرائع-ج٦-ص٢٥٦.

اشتراها أو غصب بها من الآخر (قدم) من غير يمين (صاحب اليد). ويسمي الداخل وإن حكم بالأولى قبل قيام الثانية؛ لأنه -صلى الله عليه وسلم -قضى بذلك<sup>(١)</sup> وجاء أيضاً في الفقه المالكي بحاشية الدسوقي أن (الحيازة وهي 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 أو قطع شجر)<sup>(٢)</sup>

وكما جاء أيضاً في الفقه الحنبلي بدليل الطالب لنيل المطالب أن (رأى شيئاً بيد إنسان يتصرف فيه مدة طويلة: كتصرف الملاك من نقض وبناء وإجارة وإعارة: فله أن يشهد له بالملك والورع أن يشهد باليد والتصرف)<sup>(٣)</sup>

وبالتالي يمكن القول بأن فقهاء الشريعة الإسلامية قد توافق معهم فقهاء القانون في اشتراطهم ضرورة استمرار حيازة واضع اليد وعدم وقفها أو انقطاعها حتى ترتب آثارها، فإذا وقفت الحيازة لمانع أو عذر يمنع قيامها واستمراريتها فهنا لا ترتب آثارها حتى يزول هذا المانع ومن ثم تعود الحيازة صحيحة ومؤثرة.<sup>(٤)</sup>

(١) الهيتمي-تحفة المحتاج في شرح المنهاج-المؤلف: أحمد بن محمد بن علي بن حجر الهيتمي- الناشر: المكتبة التجارية الكبرى بمصر لصاحبها مصطفى محمد-الطبعة: بدون طبعة-١٣٥٧ هـ - ١٩٨٣ م-ج-١٠-ص-٣٢٧.

(٢) الدسوقي-حاشية الدسوقي على الشرح الكبير-مرجع سابق-ج-٤-ص-٢٣٣.

(٣) الكرمي المقدسي-دليل الطالب لنيل المطالب-المؤلف: مرعي بن يوسف بن أبي بكر بن أحمد الكرمي المقدسي الحنبلي (المتوفى: ١٠٣٣هـ) -المحقق: أبو قتيبة نظر محمد الفاريابي-الناشر: دار طيبة للنشر والتوزيع، الرياض الطبعة: الأولى، ١٤٢٥هـ / ٢٠٠٤م-ج-١-ص-٣٥٣.

(٤) د. عدلي أمير خالد-اكتساب الملكية العقارية بالحيازة في الفقه الإسلامي-مرجع سابق-ص-١٦٦ وما بعدها.

## الشرط الثاني: هدوء الحيابة

تناول فقهاء الشريعة الاسلامية هذا الشرط تحت مُسمى سكوت المُحاز عليه وعدم اعتراضه على الحائز أو عدم القيام بمطالبته بحقه، وبالتالي فإذا سكت المالك ولم يعترض على الأعمال التي يقوم بها الحائز، فإن ذلك يُدلل على توافر شرط الهدوء مالم يكن سكوته ناتجًا عن إكراه أو صغر سن، وهذا ما ذكره فقهاء الشريعة الغراء في المذهب الحنفي والشافعي والمالكي والحنبلي، فقد جاء ببدايع الصنائع ما يؤكد ذلك حيث ذُكر: (ولأن اليد قد تكون محقة، وقد تكون مبطلّة، وقد تكون يد ملك، وقد تكون يد أمانة، فكانت محتملة، والمحتمل لا يصلح حجة) <sup>(١)</sup> وذكر أيضًا الشافعي ما يفيد ذلك حيث قال: (ولو تقدم رجلان إلى القاضي فادعى كل واحد منهما دارًا وأنها في يده، لم يسمع القاضي هذه الدعوى، فإن قال أحدهما: هي في يدي، وهذا يعترض عليّ فيها، ويمنعني من سكنائها، فالمذهب أنها لا تسمع فقد تكون في يده غصبا أو عارية، وتكون لخصمه فيجوز أن يمنعه منها. ولو قال يعترض عليّ فيها بغير حق تمت الدعوى) <sup>(٢)</sup> والمعنى ذاته ذكره أيضًا فقهاء الملكية والحنابلة والإباضية.

بيد إنه وإن كان فقهاء القانون عند نظرهم لعيوب الحيابة قد اكتفوا فيما يتعلق بعيب الإكراه بعنصره المادي والمعنوي إلا أن فقهاء الشريعة قد توسعوا في ذلك فلم يكتفوا بالإكراه فقط بل اعتبروا أن مجرد الخوف أو الرهبة من الحائز يُعد من الأسباب التي

(١) الكاساني-بدايع الصنائع في ترتيب الشرائع-ج٦-ص ٢٧٤.

(٢) القزويني-العزیز شرح الوجيز المعروف بالشرح الكبير-عبد الكريم بن محمد بن عبد الكريم، أبو القاسم الرافعي القزويني (المتوفى: ٦٢٣هـ) -المحقق: علي محمد عوض -عادل أحمد عبد الموجود- دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان-الطبعة: الأولى، ١٤١٧ هـ -١٩٩٧ م-ج١٣-ص ١٥٨.

تجعل شرط الهدوء غير متوافر ومن ثم انعدام الحيازة،<sup>(١)</sup> فقد جاء بحاشية الدسوقي المالكي أن: (الحيازة إنما تكون في موضع الأحكام وأما في البادية ونحوها فلا حيازة ومن ذلك خوف الحاضر من سطوة الحائز أو من سطوة من استند إليه الحائز ولذا ذكر ح وغيره أنه لا حيازة لذئ الشوكات والتغلب)<sup>(٢)</sup>

وذكر ذلك أيضاً ابن القيم الجوزية في الطرق الحكمية: (وقالوا إذا رأينا 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 طول هذه المدة وهو مع ذلك لا يعارضه فيها ولا يذكر أن له فيها حقاً ولا مانع يمنعه من مطالبته من خوف سلطان أو نحوه من الضرر المانع من المطالبة بالحقوق وليس بينه وبين المتصرف في الدار قرابة ولا شركة في ميراث وما أشبه ذلك مما تتسامح به القرابات والصهر بينهم في إضافة أحدهم أموال الشركة إلى نفسه بل كان عرياً عن ذلك أجمع ثم جاء بعد طول هذه المدة يدعيها لنفسه ويريد أن يقيم بينة على ذلك فدعواه غير مسموعة أصلاً)<sup>(٣)</sup> الشاهد من ذلك أن مجرد الخوف من الحائز يمنع من تحقق شرط الهدوء وبالتالي إذا ما أثبت المالك أن عدم معارضته راجعه لقوة الحائز والخوف من بطشه كان هذا مبرراً للقول بعدم تحقق هذا الشرط.

الجدير بالذكر أن فقهاء مذهب الإباضية قد توسعوا في شرحهم لهذا الشرط، وبالتالي أضافوا كذلك لتحقيق شرط هدوء الحيازة ألا يكون سكوت الشخص ناتجاً عن حيائه من

---

(١) راجع في ذلك كل من: د. محمد عبد الجواد محمد - الحيازة والتقدم في الفقه الإسلامي المقارن بالقانون الوضعي-مرجع سابق-ص ١٤١/١٤٢، د. عدلي أمير خالد-اكتساب الملكية العقارية بالحيازة في الفقه الإسلامي-مرجع سابق-ص ١٣٠.

(٢) الدسوقي-حاشية الدسوقي على الشرح الكبير-ج٤-ص ٢٣٤.

(٣) ابن القيم-الطرق الحكمية في السياسة الشرعية-مرجع سابق-ج١-ص ١٢٩.

الحائز بسبب قرابته أو لأنه صهره، فإن ثبت ذلك، فهذا يُعد عندهم من الأسباب المانعة من تحقق شرط الهدوء. (١)

وفيما يتعلق بمدى استمرارية شرط الإكراه كعيب من عيوب الحيابة، فقد ذهب فقهاء المذهب المالكي إلى القول بأن زوال المانع أو العذر يجعل الحيابة مشروعة، وبالتالي تُحسب المدة من ذلك الوقت، وبالتالي يكون بهذا قد توافقت مع فقهاء المذهب المالكي ما ذهب إليه فقهاء القانون وفق ما ترجح لدينا من أقوال وتم ذكرها من قبل. (٢)

### الشرط الثالث: علانية الحيابة

تناول أيضًا فقهاء الشريعة الإسلامية شرط العلانية تحت مُسمى حضور الشخص المحاز عليه ومشاهدته لتصرفات وأعمال الحائز دون اعتراض، ومن ثم فإنه في حالة عدم تحقق العلانية يترتب على ذلك عدم الاعتداد بحيابة الشخص واضح اليد، فقد جاء ببداية الصنائع بالمذهب الحنفي ما يُدلل على ضرورة قيام الحائز بمباشرة أعماله وتصرفاته على العقار المحاز بشكل ظاهر حيث ورد به: (لأن اليد على العقار لا تثبت بالكون فيه وإنما تثبت بالتصرف فيه) (٣)، وهذا ما ذكره أيضًا ابن القيم الجوزية حيث قال: (أن رجلا حائزا لدار متصرفا فيها السنين الطويلة ..... وإنسان حاضر يراه ويشاهد أفعاله فيها طول هذه المدة وهو مع ذلك لا يعارضه فيها ..... ثم جاء بعد طول هذه المدة يدعيها لنفسه ويزعم أنها له ويريد أن يقيم بذلك بينة فدعواه

---

(١) انظر: د. عدلي أمير خالد-اكتساب الملكية العقارية بالحيابة في الفقه الإسلامي-مرجع سابق- ص ١٢٩.

(٢) د. محمد عبد الجواد محمد - الحيابة والتقدم في الفقه الإسلامي المقارن بالقانون الوضعي-مرجع سابق-ص ١٤١/١٤٢، د. عدلي أمير خالد-اكتساب الملكية العقارية بالحيابة في الفقه الإسلامي-مرجع سابق-ص ١٣٠.

(٣) الكاساني-بداية الصنائع في ترتيب الشرائع-ج٦-ص ٢٥٦.

غير مسموعة أصلاً).<sup>(١)</sup> وقد ورد أيضًا عن الإمام مالك بالمدونة ما يفيد ذلك حيث قال: إذا كان الشخص المحاز عليه حاضرًا يرى الحائز بيني ويهدم ويكري دون المطالبة بحقه ودون أن يكون هناك مانع يمنعه من ذلك فلا حجة له، أما إذا كان غائبًا فلا حجة عليه مالم يكن عالمًا بتصرفات الحائز في فترة غيابة فالقاعدة هي لا حيازة على غائب مالم يكن الشخص عالمًا بما يجري في الشيء فترة غيابة، وقد ورد أيضًا عن ابن القاسم في البيان والتحصيل أنه ذكر أن: (الغائب الذي ذكرت على مسيرة الثمانية الأيام، وقد حيزت أرضه عليه، فليست تلك حيازة، ولا حيازة على غائب، إلا أن يكون قد علم بذلك وعرفه، فترك ذلك، ولم يطلبه ولم يخرج إليه حتى طال زمان ذلك)<sup>(٢)</sup>

الشاهد من أقوال الفقهاء هنا أنهم اشترطوا ضرورة أن تكون الحيازة معلنة للشخص المحوز عليه أي المالك أو صاحب الحق وهذا يستلزم وجوده بمكان العقار أو بالبلد الذي به العقار وعلمه بحيازة الغير له، وبالتالي إذا كان الشخص المحوز عليه غائبًا فالقاعدة المُجمع عليها لدى فقهاء المذهب المالكي<sup>(٣)</sup> أنه لا حيازة على غائب ولكن بشرط عدم علمه بحيازة شخص آخر لعقاره وإلا تحقق شرط العلانية، فالغائب قد يأخذ

(١) ابن القيم-الطرق الحكمية في السياسة الشرعية-ج١-ص١٢٩.

(٢) ابن رشد القرطبي-البيان والتحصيل والشرح والتوجيه والتعليل لمسائل المستخرجة-أبو الوليد محمد بن أحمد بن رشد القرطبي (المتوفى: ٥٢٠هـ) -حقيقه: د محمد حجي وآخرون-دار الغرب الإسلامي، بيروت - لبنان-الطبعة: الثانية، ١٤٠٨ هـ -١٩٨٨ م-ج١١-ص ١٨٠.

(٣) ابن رشد القرطبي-البيان والتحصيل والشرح والتوجيه والتعليل لمسائل المستخرجة-ج١١-ص ١٧٨.

حكم الحاضر حال علمه أثناء غيابه بحيازة الغير لعقاره وسكوته دون اتخاذ أي تصرف تجاهه. (١)

### الشرط الرابع: وضوح الحيازة

تطرق فقهاء الشريعة الإسلامية أيضًا لشرط وضوح الحيازة تحت مُسمى علم مالك العقار المحاز بحيازة أحد الاشخاص له، ويكون كذلك إذا ما كان تصرف حائز العقار دالًا بوضوح على أنه مالك له، أي قام بوضع يده عليه بنية تملكه أو كما كان يقول ابن رشد: (مما لا يفعله الرجل إلا في ماله) وذلك نفيًا للغر وعدم الوضوح. (٢)

غير أن ما قد يثير اللبس والغموض حول هذه المسألة هو مسألة وجود صلة تربط بين الحائز للعقار وصاحبه، لهذا فقد قسم فقهاء المذهب المالكي الحيازة إلى عدة أقسام وأسسوا هذا التقسيم على الصلة التي تربط بين الحائز والشئ المحوز عليه مثل الصلة التي تنشأ بين عدة شركاء لعقار واحد أو التي تقوم على أساس وجود قرابة أو مصاهرة بينهم، وهذا ما قام بنقله الحطاب وعليش عن ابن رشد حيث ذكر ابن رشد: أن الحيازة تُقسم إلى ستة أقسام ورتبهم ترتيبًا تصاعديًا حيث بدأ بالأضعف إلى أن وصل إلى الأقوى وكان ذلك على النحو الآتي: (٣)

(١) د. محمد عبد الجواد محمد-الحيازة والتقادم في الفقه الإسلامي المقارن بالقانون الوضعي-مرجع سابق-ص ١٠٠/١٠١.

(٢) ابن رشد القرطبي-البيان والتحصيل والشرح والتوجيه والتعليل لمسائل المستخرجة-ج ١١-ص ١٤٧، وكذلك انظر: د. محمد عبد الجواد محمد-الحيازة والتقادم في الفقه الإسلامي المقارن بالقانون الوضعي-مرجع سابق-ص ١٠٠/١٠١، د. عدلي أمير خالد-اكتساب الملكية العقارية بالحيازة في الفقه الإسلامي-مرجع سابق-ص ١٣٥.

(٣) ابن رشد القرطبي-البيان والتحصيل والشرح والتوجيه والتعليل لمسائل المستخرجة-ج ١١-ص ١٤٦، عليش-منح الجليل شرح مختصر خليل-محمد بن أحمد بن محمد عليش، أبو عبد الله المالكي

١. حيازة الأب عن ابنه وهي أضعفهم
  ٢. حيازة الأقارب الشركاء بالميراث أو بغيره
  ٣. حيازة الأقارب الذين لا توجد شراكة بينهم
  ٤. حيازة الموالى والأختان الذين لا توجد شراكة بينهم
  ٥. حيازة الأجانب الذين توجد شراكة بينهم
  ٦. حيازة الأجانب الذين لا توجد شراكة بينهم وهي أقواهم.
- ويلاحظ أن هذا التقسيم قد تفرّد به فقهاء المذهب المالكي عن باقي المذاهب الفقهية ومن ثم فقد تفرّدت به الشريعة الإسلامية عن غيرها من الشرائع والقوانين سواء القديمة منها أو المعاصرة، ومن ثم فلم تعرفه القوانين الوضعية، لذا فقد كان لهذا التقسيم أثره الواضح على تصرفات وأعمال الحائز نظرًا لأن حيازة الأقارب والشركاء كان من الممكن أن يحوطها قدر من اللبس أو الغموض، ولهذا فقد حرص الفقهاء على إزالة هذا اللبس أو الغموض بقيامهم بالتمييز بين الأعمال والتصرفات التي يقوم بها الحائز واشتراطهم في ذلك بنود خاصة للحيازة التي تتم بين الأقارب أو الشركاء بجانب إطالة المدة المطلوبة للحيازة بين الأقارب أو الشركاء حتي يتم منح الشخص المحوز عليه فرصة كي يستطيع المطالبة بحقوقه.<sup>(١)</sup>

---

(المتوفى: ١٢٩٩هـ) الناشر: دار الفكر - بيروت - الطبعة: بدون طبعة - ١٤٠٩هـ/١٩٨٩ - ج ٨ - ص ٥٧٣/٥٧٤.

(١) راجع في ذلك: د. عدلي أمير خالد - اكتساب الملكية العقارية بالحيازة في الفقه الإسلامي - مرجع سابق - ص ١٣٩ وما بعدها.

## المبحث الثاني

### أساس فلسفة حماية الحيازة وآثارها

حدث خلاف بين الفقهاء حول أساس فلسفة حماية الحيازة وانقسموا في ذلك لعدة آراء سنذكرها في موضعها، كذلك اختلفوا حول الآثار المترتبة عليها، ولربما رجع ذلك أيضاً لاختلافهم حول طبيعتها، إذا ذهب بعضهم إلى اعتبارها ناقلة للملكية والبعض الآخر اعتبرها مجرد دالة عليها.

لذا سوف نقسم هذا المبحث إلى مطلبين نذكر في أولهما أساس فلسفة حماية الحيازة في القانون الروماني والشريعة الإسلامية، وفي المطلب الثاني نخصه للحديث عن الآثار المترتبة على طبيعة الحيازة حال توافر شروطها وذلك على النحو الآتي:

### المطلب الأول

#### أساس فلسفة حماية الحيازة

كفلت جميع القوانين المعاصرة والقديمة، ومنها القانون الروماني الحماية القانونية للحيازة لذاتها بغض النظر عن كون الحائز صاحب حق أم لا، كما نظروا إلى الحيازة باعتبارها سبب من أسباب كسب الملكية وذلك على خلاف ما ذهب إليه فقهاء الشريعة الإسلامية الذين اعتبروها دالة على الملكية وليست ناقلة لها، ولكن باستثناء فريق من المذهب المالكي.

وفي ضوء ما سبق فقد حرص البريتور المدني في روما على حماية واضعي اليد بعدة وسائل رغم أنهم في كثير من الأحوال لم يكونوا بأصحاب حق، كما أن فقهاء الشريعة الإسلامية أجازوا أيضاً حماية الحائز بشروط وأحوال معينة، ولهذا فقد ثار تساؤل حول الفلسفة التي من أجلها تم حماية واضعي اليد (الحائزين) على هذا النحو، وليبيان هذه الفلسفة والوسائل التي أقرها البريتور الروماني لحماية واضعي اليد (الحائزين) ومقارنة

ذلك بالوضع لدى فقهاء الشريعة الإسلامية سوف تُقسم هذا المطلب إلى فرعين على النحو الآتي:

### الفرع الأول

#### فلسفة حماية الحائز

سوف تُقسم هذا الفرع إلى غصنين نذكر في أولهما فلسفة حماية الحائز في القانون الروماني، وفي الفرع الثاني سنُخصّصه للحديث عن الوضع لدى فقهاء الشريعة الإسلامية وذلك على النحو الآتي:

### الغصن الأول

#### فلسفة حماية الحائز في القانون الروماني

نظرًا لعدم وجود نصوص رومانية صريحة في هذا الشأن تُبرر الحكمة من حماية حائزي الشيء، فقد حدث خلاف بين شراح القانون الروماني القدامى والمحدثين حول فلسفة حماية حائزي الشيء، وانقسم هذا الخلاف إلى ثلاثة مذاهب يمكن ذكرها على النحو الآتي:

**المذهب الأول:** وهو للفقيه سافيني حيث يرى أن فلسفة حماية الحائز سواء كان صاحب حق أم لا ترجع إلى حماية النظام العام، حيث تقتضي المصلحة العامة للمجتمع حماية الحائز سواء كان صاحب حق أم لا وذلك لأنه يمثل الأمر الواقع، ففي إباحة العدوان والتعدي عليه فتح لأبواب الصراع والمشاحنات بين أفراد المجتمع مما قد يؤدي ذلك إلى استخدام العنف لاقتضاء الحقوق، الأمر الذي يهدد السلام الاجتماعي والأمن العام، ولهذا فإنه علي من يدعي بعدم أحقية الحائز للشيء المحوز أن يرفع

دعوى بذلك وإلى أن يتم الفصل فيها يجب معاملة الحائز كأنه المالك الحقيقي إلى أن يثبت العكس وهذا تحقيقاً للصالح العام ولإستقرار المعاملات. (١)

**المذهب الثاني:** وهو للفقيه إهرنج حيث يرى أن فلسفة حماية الحائز في القانون الروماني كانت ترجع إلى رغبة البريتور في حماية المالك نفسه والتسهيل عليه في الدفاع عن ملكه واسترداده حالة انتزاعه منه، حيث يري أنه في غالب الأحوال يكون الحائز هو مالك للشيء المحوز، ولهذا فقد حمى البريتور الروماني الحياة بنظام الأوامر والتي كانت تتميز بالسهولة والبساطة عن دعاوى حماية الملكية التي كانت تحتاج لإجراءات معقدة، ولذلك كان من مصلحة الحائز اللجوء إليها. (٢)

ويلاحظ أنه وإن كان الغالب كما ذهب إهرنج أن يكون الحائزون مالكين للشيء المحوز إلا أن ذلك لا يمنع من وجود كثير من الحالات التي يكون فيها الحائز مغتصباً ومتعدياً على ملك الغير، لهذا فإن هذه الفلسفة قد تعرضت للانتقاد؛ لأنها قد تساهم في تبرير تعدي الأشخاص على أموال الغير.

---

(١) انظر: وجدي راغب - مبادئ القضاء المدني - ط١، ١٩٨٦ - دار الفكر العربي - ص١٤٦، د. إبراهيم حمدان - الحماية الإجرائية للحيازة وأثرها في تحقيق أمن واستقرار المجتمع - مجلة جنوب الوادي للدراسات القانونية - عدد ٢٠١٤ - ص ١ وما بعدها، د. عمر ممدوح مصطفى - القانون الروماني - المرجع السابق - ص ٢٥٧، د. صبيح مسكوني - القانون الروماني - مرجع سابق - ص ١٣٩، محمد عبد العليم - الأصول التاريخية والفلسفية لنظام الملكية دراسة تاريخية مقارنة - رسالة دكتوراه حقوق أسيوط - ٢٠١٦ - ص ٥٦٥.

(٢) انظر: د. عمر ممدوح مصطفى - القانون الروماني - مرجع سابق - ص ٢٥٧ وما بعدها، د. محمد نور فرحات، د. محمد جمال عيسى - الوجيز في تاريخ النظم الاجتماعية والقانونية - مجموعة محاضرات أقيمت على طلبة كليتي الحقوق جامعة الزقازيق وفرعها ببها - ١٩٩٧ - ص ٤٢٥/٤١٦، د. محمد عبد العليم - الأصول التاريخية والفلسفية لنظام الملكية دراسة تاريخية مقارنة - مرجع سابق - ص ٥٦٥ وما بعدها، د. صبيح مسكوني - القانون الروماني - مرجع سابق - ص ١٤٠.

**المذهب الثالث:** وقد ذهب أنصار هذا المذهب إلى أن فلسفة القانون الروماني في حماية الحائزين كانت تقوم على أساس تاريخي وهو حماية مركز حائزي الأراضي المفتوحة والمملوكة للدولة، حيث كانت هذه الأراضي التي تحصل عليها الدولة الرومانية بمقتضى حق النصر تمكن الأفراد الرومانيين من وضع أيديهم عليها ولكن نظراً لعدم قدرتهم على تملكها ملكية رومانية<sup>(١)</sup> فقد تدخل البريتور حماية لهم بإقرار حماية تمثلت في نظام الأوامر ومن ثم فإن فلسفة حماية الحائزين لم تقم على أساس نظري كما ذهب أنصار المذاهب السابقة وإنما كان لذلك لاعتبارات تاريخية.<sup>(٢)</sup>

(١) تُعد الملكية الرومانية أهم صور الملكية في القانون الروماني، بل إن كثيراً من الفقهاء بالعصر العلمي كانوا يرون بأنها تكاد تكون الصورة الوحيدة التي يمكن أن يُطلق عليها لفظ الملكية بالمعنى الدقيق لكلمة الملكية، وذلك لما كانت تمنحه لصاحبها آنذاك من سلطة الاستعمال والاستغلال والتصرف، ولهذا فقد كان يُشترط لوجودها توافر ثلاثة شروط هي:

أ. أن يكون المالك رومانياً، فلا يجوز لغير المواطنين تملكها غير أن هذا الشرط خضع فيما بعد لعدة تعديلات.

ب. أن يكون المال موضوع الملكية رومانياً أو إيطالياً أي أن العقار موجود بروما أو إيطاليا.

ج. أن يكون المال قد تم اكتسابه بإحدى الطرق الرسمية المقررة في القانون كنظام الإشهاد أو الدعوى الصورية. انظر: د. صبيح مسكوني-القانون الروماني-مرجع سابق-١٣٠/١٣١، د. محمود عز العرب السقا-فلسفة وتاريخ القانون المصري ومراحل تطوره-مرجع سابق-ص ٢٨٠ وما بعدها، د. فرج محمد البوشي-تاريخية القانون المصري من العصر الفرعوني حتى الإسلامي-بدون تاريخ-ص ٣٨٢ وما بعدها، د. د. عبد العزيز حسن صالح-أصول تاريخ وفلسفة القانون-مطابع جامعة البحرين-٢٠٢١-ص ٢١٩.

(٢) د. محمود سلام زناتي-نظم القانون الروماني-مرجع سابق-ص ٣٤٨ وما بعدها، د. محمد عبد العليم-الأصول التاريخية والفلسفية لنظام الملكية دراسة تاريخية مقارنة-مرجع سابق-ص ٥٦٦ وما بعدها.

ونحن من جانبنا نميل إلى ما ذهب إليه البعض من القول بأن فلسفة حماية الحيازة في القانون الروماني كانت مزدوجة، فهي تهدف في المقام الأول إلى حماية المالك الحقيقي من جهة والمحافظة على الأمن والنظام العام من جهة أخرى، فالبريتور كان ينهي ويمنع عن استخدام القوة في استرداد الشيء من واضع اليد.<sup>(١)</sup>

ولا شك أن هذا الخلاف الذي ثار بين الفقهاء قديماً حول أساس فلسفة حماية الحيازة لم يقتصر أثره على التشريعات القديمة فقط بل انعكس أيضاً على التشريعات المعاصرة، ولهذا فقد حمت كافة التشريعات الحيازة بعدة دعاوى لاعتبارات اختلفت لا شك من تشريع لآخر، فالبعض منها كالتشريع المصري اعتمد في حمايته للحيازة على مذهب الفقيه سافيني<sup>(٢)</sup> ولهذا فقد فرق المشرع المصري بين الحائز بنية التملك والحائز العرضي أي ليس بنية التملك كالمستأجر، ومن ثم فقد جعل للحائز بنية التملك الحق في حماية حيازته بمقتضى عدة دعاوى سنتعرض لها فيما بعد، في حين اعتمدت تشريعات أخرى كالتشريع الألماني الصادر عام ١٩٠٠ والسويسري الصادر عام ١٩١٢ على مذهب إهرنج في تبرير حماية الحيازة لجميع الحائزين بدعاوى لحماية

(١) د. عبد السلام الترماني-محاضرات في القانون الروماني-مكتبة الكتب العربية-بدون تاريخ-ص ٩٨.

(٢) حمى المشرع المصري الحائز حتى وإن لم يكن هو المالك الحقيقي للعقار، ولهذا فإن كان هذا الحكم مخالفاً للعدالة إلا أنه جاء وفق اعتبارات عملية قد قدمها المشرع على اعتبارات العدالة ألا وهي ضرورة حماية الأوضاع الظاهرة التي استقرت وذلك حفظاً للسلم والأمن الاجتماعي، إذ ميز وقارن بين المالك المهمل الذي ترك الشيء الخاص به في يد غيره مدة طويلة من الزمن وحائز الشيء الذي اعتنى به واستغله واستثمره لصالح المجتمع، ولهذا فقد رجح المشرع هنا كفة الحائز على المالك وهذا ما جاء بمضمون نص المادة ٩٦٩ مدني مصري: انظر: د. جابر محجوب علي ود. فايز عبد الله الكندي-اكتساب الملكية بوضع اليد في العلاقة بين الدولة والأفراد-مجلس النشر العلمي جامعة الكويت-٢٠٠٥-ص ١٨٤/١٨٥.

حيازتهم دون تمييز بينهم حيث رأت هذه التشريعات أن اعتبارات حرمان بعضهم من الحماية ترجع إلى اعتبارات تاريخية وهي ليست موجودة الآن. (١)

## الفصل الثاني

### فلسفة حماية الحائز في الشريعة الإسلامية

بالنظر إلى الوضع في الشريعة الإسلامية، نجد أن فقهاء الشريعة قد طالبوا أيضاً بضرورة حماية الحائز لعدة اعتبارات يمكن ذكرها على النحو الآتي:

أولاً: حماية للوضع الظاهر واستقراراً للمعاملات، إذا أن الحكمة والمصلحة بل والضرورة تقتضي أن يبقى القديم على قدمه محافظة على استقرار المعاملات والأمن في حياتنا الاجتماعية، إذا بدون توافر الحماية المقررة لحماية الأوضاع الظاهرة والمستقرة تسود القوة والعنف والفوضى محل الأمن والاستقرار، فلا شك أن غاية أي نظام بأي مجتمع أن يتحقق به الأمن والاستقرار، وعلى هذا الأساس فقد قضى النبي صل الله عليه وسلم في أكثر من نزاع وفقاً للظاهر واستقراراً للمعاملات وذلك عندما لا توجد بينه لدي المدعي،<sup>(٢)</sup> والأدلة على ذلك كثيرة أذكر منها إذ عندما جاء إلى الرسول صل الله عليه وسلم رجل من حضرموت وآخر من كنده يتنازعان حول أرض، فقَالَ الحضرمي: يا رسول الله (صلى الله عليه وسلم)، إن هذا غلبني على أرض كانت لأبي، فقال الكندي: هي أرضي في يدي، أزرعها ليس له فيها حق، قال: فقال النبي صلى الله عليه وسلم للحضرمي: «ألك بينة؟» قَالَ: لَا، قَالَ: «فلك يمينه» قال: يا

(١) انظر: د. عمر ممدوح مصطفى-القانون الروماني-مرجع سابق-ص ٢٥٧ وما بعدها.

(٢) د. عدلي أمير خالد-اكتساب الملكية العقارية بالحيازة في الفقه الإسلامي-مرجع سابق-ص ٦١ وما بعدها، عبد الله بن راشد بن محمد التميمي-الحماية الجنائية والمدنية للحيازة دراسة تأصيلية تطبيقية مقارنة-رسالة ماجستير جامعة نايف للعلوم الأمنية-٢٠٠٥-ص ٣٧.

رسول الله، إنه فاجر لا يبالي ما حلف عليه، ليس يتورع من شيء، فقال النبي صلى الله عليه وسلم: «ليس لك منه إلا ذاك»<sup>(١)</sup>. الشاهد من ذلك هو إقرار النبي صل الله عليه وسلم لقاعدة البينة على من أدعي واليمين على من أنكر وهو ما يُبين لنا اعتداد النبي صل الله عليه وسلم بالحيازة كوضع ظاهر ومستقر دون التوقف عند ثبوت الملكية من عدمه، فالظاهر يُعد هو اليقين ولا يرتفع هذا اليقين بالشك وإنما بالبينة.

ثانياً: افتراض فقهاء الشريعة في الحائز بأنه هو المالك، فلا شك أن حماية الحائز هي في الواقع حماية للمالك، ومن ثم فقد أُجيز له رفع دعاوي الحيازة كي يدافع عن حقه الظاهر، كما أن اثبات الملكية قد يستغرق وقتاً طويلاً الأمر الذي قد يؤدي إلى مزيد من الخلاف بين الأطراف ومن ثم يؤدي للفوضى وعدم الاستقرار في المعاملات.<sup>(٢)</sup>

ثالثاً: يترتب أيضاً على حماية الحيازة حماية حق الملكية في الوقت نفسه، وبالتالي فلا شك أن الاعتداء على الحيازة الناشئة عن حق يُعد اعتداءً على الحق ذاته، ومن ثم فإن الحيازة قد أُعطيت لها هذه الأهمية والحماية كما يقول الدكتور محمد نعيم ياسين: (لأنها تدل على ظاهر ينبغي احترامه ما دامت الشواهد لم تقم على بطلانه، ويتفرع عن هذا الظاهر حق الملكية....)<sup>(٣)</sup>

---

(١) سنن أبي داود: أبو داود سليمان بن الأشعث بن إسحاق بن بشير بن شداد بن عمرو الأزدي السجستاني، ت: محمد محيي الدين عبد الحميد - المكتبة العصرية، صيدا - بيروت - ج ٣ ص ٢٢١.

(٢) د. عدلي أمير خالد-اكتساب الملكية العقارية بالحيازة في الفقه الإسلامي-مرجع سابق-ص٦٢ وما بعدها، عبد الله بن راشد بن محمد التميمي-الحماية الجنائية والمدنية للحيازة دراسة تأصيلية تطبيقية مقارنة-مرجع سابق-ص٣٧.

(٣) د. محمد نعيم ياسين-نظرية الدعوي بين الشريعة الإسلامية وقانون المرافعات المدنية والتجارية-مرجع سابق-ص ٢٥٢/٢٥٣، فهد بن علي الحسون-أحكام دعاوي الحيازة في نظام المرافعات

بيد إنه إذا كان الظاهر في بعض الأحيان قد يكون مخالفاً للحقيقة وأن من شأنه هو الإضرار بصاحب الحق إلا أن ذلك سيكون بالقليل النادر والعبارة في الأحكام بالغالب الشائع وليس بالقليل النادر، كما أن حماية الحياة هنا قُدرت لاعتبارها حالة واقعية يستلزم لتطبيقها ضرورة توافر شروط معينة، فضلاً عن أن حماية الحائز هنا ليس معناه ضياع حق المالك الحقيقي، بل يكون من حقه اثبات هذا الحق بدعوى المطالبة بأصل الحق،<sup>(١)</sup> وعلى الجانب الآخر فإن حماية الحياة ليس معناه أيضاً عدم مسؤولية الحائز سيء النية بل يكون مسؤول ديانة،<sup>(٢)</sup> فالفقه الإسلامي يختلف عن القوانين الوضعية نظراً لأن كل فعل أو تصرف مدني في المعاملات الإسلامية يتصف بوجود فكرة الحلال والحرام فيه وهذا بعكس القوانين الوضعية، كما أن الأمور بمقاصدها والأعمال بالنيات، غير أنه لما كانت النيات لا يمكن الحكم عليها قضاءً ما لم يوجد دليل يدل عليها، لذا فإنها متروكة للجانب الديني للشخص وهذا ما يميز الشريعة الإسلامية عن القوانين الوضعية، فلا شك أن الجانب الأخلاقي والصفة المثالية لقواعدها أكثر من القوانين الوضعية، فالشريعة الإسلامية توازن دائماً بين الغاية النفعية والواقعية من جهة والسمو المثالي من جهة أخرى، ولهذا فالقضاء بغير الحقيقة الواقعية في الشريعة الإسلامية لا يحل حراماً ولا يحرم حلالاً، وبالتالي فإذا انطوت الحياة على

---

الشرعية دراسة مقارنة-رسالة ماجستير بالمعهد العالي للقضاء بجامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية-١٤٢٨-ص ٧٧/٧٨.

(١) د. عدلي أمير خالد-اكتساب الملكية العقارية بالحياة في الفقه الإسلامي-مرجع سابق-ص ٦٢ وما بعدها، عبد الله بن راشد بن محمد التميمي-الحماية الجنائية والمدنية للحياة دراسة تأصيلية تطبيقية مقارنة-مرجع سابق-ص ٣٨.

(٢) د. مفتاح دليوح-أثر الحياة وأساسها الفلسفي في القانون الجزائري والفقه الإسلامي-مجلة الدراسات القانونية والسياسية الجزائر-المجلد الثامن العدد الأول ٢٠٢٢-ص ٢١٣/٢١٤.

سوء نية من الحائز واستطاع أن يحصل عليها ويحميها في مواجهة صاحب الحق فإن ذلك لا يجعل ماله حلالاً.<sup>(١)</sup>

## الفرع الثاني

### وسائل حماية الحائزين

لا شك أن وسائل حماية الحائزين قد تطورت من وقت لآخر، ففي البداية فقد كفل القانون الروماني خلال العصر العلمي الحماية القانونية للحائزين وذلك بمقتضى السلطات الإدارية الممنوحة للحكام القضائيين (البريتور) والتي تمكنوا من خلالها القيام بإصدار إجراءات خاصة سُميت بالأوامر Interdits<sup>(٢)</sup> لحماية الحائزين وذلك عن طريق إما بالإبقاء والحفاظ على حيازتهم للشيء المحوز حتى الفصل في الدعاوى المنظورة أمام المحكمة أو بالإذن لهم باسترداد الشيء المحوز لهم حالة انتزاعه منهم من قبل الغير.

ويلاحظ أن القانون الروماني كما سبق الذكر قد كفل الحماية القانونية للحائزين بغض النظر عن كونهم أصحاب حق أم لا؟ وهذا ما اتبعته أغلب التشريعات المعاصرة فقد

---

(١) د. وهبة الزحيلي-الفقه الإسلامي وأدلته-دار الفكر-٢٠٠١-ج١-ص ٢٢/٢١، د. مفتاح دليوح-أثر الحيازة وأساسها الفلسفي في القانون الجزائري والفقه الإسلامي-مرجع سابق-ص ٢١٣/٢١٤.

(٢) كلمة Interdits أي تعني الحظر والتحریم وقد كانت هذه الأوامر تصدر في صورة صيغ كلامية طلبية يأمر بها الحاكم القضائي بعمل شيء معين أو ينهي عن عمل شيء وكان أهم استخداماتها في المنازعات المتعلقة بوضع اليد، انظر: عبد العزيز باشا فهمي-مدونة جوستينيان في الفقه الروماني-المركز القومي للترجمة-٢٠٠٩-ص ٣٠٤ وما بعدها.

أقرت التشريعات المصرية عدة دعاوى<sup>(١)</sup> لحماية الحياة بغض النظر عن مدى أحقية الحائز للشيء وهذا بعكس ما هو معروف واتبه فقهاء الشريعة الإسلامية. ولبيان تطور الحماية القانونية للحائزين ينبغي علينا تقسيم هذا الفرع إلى غصنين يُخصص الأول منهم لبيان وسائل حماية الحياة في القانون الروماني، والثاني يُخصص لبيان وسائل هذه الحماية في الشريعة الإسلامية وذلك للوصول لمدي التوافق والاختلاف بين النظامين.

## الغصن الأول

### وسائل حماية الحياة في القانون الروماني

سبق الذكر بأن وسائل حماية الحياة في القانون الروماني قد تطورت من وقت لآخر، ففي العصر العلمي أوجد الحكام القضاة كما سبق الذكر نظام الأوامر وهي أولى الوسائل التي عُرفت قديماً لحماية الحياة، وقد استمر الوضع بهذا الشكل حتى مجيء الإمبراطور جوستيان، والذي قام بدوره قام بعدة تعديلات واصلاحات تم من خلالها إلغاء هذه الوسائل ومن ثم أحل محلها عدة دعاوى سُميت هذه الدعاوى بالدعاوى الاستثنائية، ولبيان هذه الحماية في روما سوف نُقسم هذا الغصن إلى عدة نقاط على النحو الآتي:

---

(١) رصد المشرع المدني المصري في القانون الحالي رقم ١٣١ لسنة ١٩٤٨ بمقتضى المواد ٩٥٨: ٩٦٢ ثلاث دعاوى لحماية الحياة وهي: دعوى استرداد الحياة، ودعوى وقف الأعمال الجديدة، ودعوى منع التعرض.

## أولاً: وسائل حماية الحيابة في العصر العلمي

خول القانون الروماني خلال العصر العلمي الحكام القضائيين (البريتور) السلطة في إصدار عدة أوامر لأجل الحفاظ وحماية الحائزين، وقد قُسمت هذه الأوامر <sup>(١)</sup> إلى نوعين يمكن تكرهما على النحو الآتي:

### النوع الأول: أوامر استبقاء الحيابة:

أي تلك الأوامر التي كان يُقصد بها استبقاء حيابة الشيء المحوز للحائز ومنع خصمه من التعرض له حتى يثبت أنه المالك الحقيقي، وقد كانت هذه الأوامر تنقسم هي الأخرى إلى قسمين، أولها أوامر خاصة بالمنقول وكان يُقصد بها استبقاء حيابة الشيء المنقول أو تسليمه لمن حازه أي وضع يده عليه مدة أطول من غيره خلال السنة السابقة على صدور هذه الأوامر.

ويلاحظ أن هذه الأوامر قد تميزت بصورها بصيغة النهي من قبل البريتور لأطراف النزاع حيث كان ينص فيها على: (أن من حاز منكما هذا العبد مدة أطول من خصمه

---

(١) قسم بعض الفقهاء هذه الأوامر أيضاً إلى ثلاثة أقسام: الأول منها أطلق عليه الأوامر التحريمية وهي التي يحظر فيها الحاكم القضائي القيام بعمل معين كحظر استخدام القوة مع الحائز الشرعي للشيء، أو كحظر إقامة بناء في أرض مقدسة. والثاني: وهو نظام الأوامر الإرجاعية والتي يأمر فيها الحاكم القضائي برد شيء كالأمر الذي يأمر فيه بإعادة حيابة العقار إلى من نزعت يده عنوة واعتصاباً. والقسم الثالث: نظام الأوامر الإحضارية والتي يأمر فيها بإظهار شيء وتقديمه مثل قيامه بإصدار أمر بإحضار الشخص المعتق الذي يرغب سيده في تكليف ببعض الخدمات. انظر: عبد العزيز باشا فهمي-مدونة جوستينيان في الفقه الروماني-مرجع سابق-ص ٣٠٤ وما بعدها.

خلال السنة السابقة على صدور هذا الأمر، فإنني أنهى عن استعمال القوة لمنعه من حيازة هذا العبد).<sup>(١)</sup>

أما القسم الثاني: وهو الأوامر الخاصة بالعقار والتي كان يُقصد بها عدم التعرض لحائز العقار وقت صدور هذه الأوامر ومن ثم استبقاء حيازته للعقار وعدم تكليفه بإثبات ملكيته له، وقد تميزت أيضًا هذه الأوامر بصيغة النهي وتوجيهها لكلا الخصمين، حيث كان ينص فيها على أن: (من كان منكما واضعًا يده فليستمر في وضع يده وإنني أنهى عن استعمال القوة خروجًا عن أمري هذا).<sup>(٢)</sup> ولهذا فإنه إذا ادعى اثنان حيازة أرض أصدر البريتور أمره إليهما جميعًا، فإذا خالف أحدهما هذا الأمر كان الإجراء المتبع بشأنه في هذه الحالة هو إحالته إلى القاضي المختص للنظر في الواقعة، وفي حال ثبوت عدم حيازته للأرض كان يُحكم عليه بالعقوبة المقررة على عصيان الأوامر البريتورية إلى حين الفصل في الدعوى الأصلية.<sup>(٣)</sup>

---

<sup>(١)</sup> Charles Appletion-De la possessions et des actions possessoirs-Paris-1871-p 154.

محمد عبد العليم-الأصول التاريخية والفلسفية لنظام الملكية دراسة تاريخية مقارنة-مرجع سابق-ص ٥٦٨.

<sup>(٢)</sup> Henri Staedtler-Cours de droit romain-Paris-1902-p 472.

مُشار إليه: محمد عبد العليم-الأصول التاريخية والفلسفية لنظام الملكية دراسة تاريخية مقارنة-مرجع سابق-ص ٥٦٧ وما بعدها.

<sup>(٣)</sup> د. محمود سلام زناتي-نظم القانون الروماني-مرجع سابق-ص ٣٥٥ وما بعدها، د. صبيح مسكوني-القانون الروماني-مرجع سابق-ص ١٤٨ وما بعدها، د. عبد السلام الترماني-محاضرات في القانون الروماني-مرجع سابق-ص ٩٩ وما بعدها.

### النوع الثاني: أوامر استرداد الحيازة:

وهي تلك الأوامر التي كانت تصدر بقصد حماية الحائزين الذين فقدوا حيازتهم للشيء نتيجة استخدام القوة أو خفية أو بصفة عارضة وقد انقسمت هذه الأوامر هي الأخرى إلى قسمين يمكن ذكرهما على النحو الآتي:

أولاً: أمر استرداد الحيازة المغتصبة بالقوة: يُعد هذا الأمر من أهم أوامر استرداد الحيازة فقد وجد منذ عهد سيشيرون، حيث أشار إليه في دفاعه عام ٦٩ قبل الميلاد، ويُقصد بهذا الأمر رد حيازة العقار إذا اغتصبت حيازته بالقوة، وقد قسم الفقهاء هذا الأمر بحسب درجة القوة التي استُخدمت في نزع حيازة العقار إلى نوعين، أمر القوة المسلحة وأمر القوة البسيطة، ففي أمر القوة المسلحة نظراً لفرط استخدام القوة من قبل الغير في انتزاع الحيازة فلم يشترط البريتور في طالب هذا الأمر أن تكون حيازته مشروعة أي كان يجوز لمن انتزعت حيازته بالقوة المسلحة طلبه حتى ولو كانت حيازته معيبة كما لم يشترط مدة معينة على انتزاع الحيازة فيجوز للحائز طلبه حتى ولو بعد مرور سنة من انتزاع حيازته.

أما في حالة استخدام القوة البسيطة في انتزاع حيازة العقار فكان البريتور يشترط ضرورة طلب الحائز استرداد العقار خلال سنة من تاريخ انتزاع حيازته بجانب أن تكون حيازته غير معيبة، فقد جاءت صيغة هذا الأمر على النحو الآتي: (إن العقار الذي طردت منه هذا الشخص بالقوة خلال هذا العام، أنت أو أحد عبيدك، في حين أنه كان حائزاً

له ولم تكن حيازته تجاهك قد وقعت بالقوة أو خفية أو بصفة عارضة، يجب عليك رده إليه وما كان عليه في ذلك الوقت).<sup>(١)</sup>

**ثانياً:** أمر استرداد الحيازة المؤقتة: ويُقصد به هو ذلك الأمر الذي كان يصدره البريتور للمالك الذي سلم لأحد الأشخاص بعضاً من أمواله بمقتضى اتفاق بينهما للانتفاع بها كما لو كانت عارية استعمال على أن يقوم بردها حال طلبها منه، ولكنه امتنع عن ردها، فكان يلجأ للبريتور لاستصدار أمر باسترداد أمواله من ذلك الشخص، وقد تم العمل بهذا الأمر فترة من الزمن في روما إلى أن اختفى تدريجياً في عصر الإمبراطورية السفلى نظراً لاعتبار الاتفاق بين الأطراف بمثابة عقد من العقود المُسمّاة وبالتالي وجود له دعوى تسمية.<sup>(٢)</sup>

### **ثانياً: وسائل حماية الحيازة في عهد الإمبراطور جوستينيان**

على إثر إلغاء نظام المرافعات الكتابية في عهد الإمبراطور جوستينيان وإحلال نظام المرافعات الإدارية محله ترتب على ذلك تغيير وسائل حماية الحيازة، حيث تم إلغاء نظام الأوامر الخاصة باستبقاء الحيازة وحل محلها نظام الدعاوى الخاصة، والتي يُقصد بها: تلك الدعاوى التي يُحكم بها دائماً لصالح الحائز الفعلي بقصد دفع التعرض عنه

(١) Dumont-Manuel de Droit Romain-1947-p 410.

مُشار إليه: د. عمر ممدوح مصطفى-القانون الروماني-مرجع سابق-هامش ص ٢٥٦.

(٢) د. محمد عبد المنعم بدر، ود. عبد المنعم البدرابي-مبادئ القانون الروماني-دار الكتاب العربي-

١٩٥٢-ص ٣٢٣ وما بعدها، د. محمود سلام زناتي-نظم القانون الروماني-مرجع سابق-ص

٣٥٦ وما بعدها، د. صبيح مسكوني-القانون الروماني-مرجع سابق-ص ١٤٩/١٥٠، د. عمر

ممدوح مصطفى-القانون الروماني-مرجع سابق-ص ٢٥٦ وما بعدها، د. عبد السلام الترماني-

محاضرات في القانون الروماني-مرجع سابق-ص ١٠٠/١٠١، د. محمد عبد العليم-الأصول

التاريخية والفلسفية لنظام الملكية دراسة تاريخية مقارنة-مرجع سابق-ص ٥٧٠ وما بعدها.

سواء كان محل حيازته منقولاً أم عقاراً وإن كان الواقع قد شهد بعدم استرداد المنقول وفق هذه الدعاوى كما كان الوضع في نظام الأوامر.

وعلى الجانب الآخر فيما يتعلق بنظام استرداد الحيازة المغتصبة التي كانت موجودة بالعصر العلمي سواء أمر القوة المسلحة أو البسيطة، يلاحظ أن الإمبراطور جوستينيان قد أدخل عليهما أيضاً بعض التعديلات حيث أدمج الأمرين في دعوى واحدة واشترط لرفعها أن تُرفع خلال سنة من تاريخ انتزاع الحيازة وذلك سواء كان الحائز حيازته صحيحة أم بها عيوب حيث لم يشترط أن تكون مشروعة، بل سُمح في بعض الأحوال برفع هذه الدعوى من قبل الحائزين حيازة مجردة بالنيابة عن الحائز الحقيقي.<sup>(١)</sup>

### الفصل الثاني

#### وسائل حماية الحيازة في الشريعة الإسلامية

حمى الفقه الإسلامي الحيازة بعدة دعاوى تشابهت معها دعاوى الحيازة في القانون المدني المصري، وقد تمثلت هذه الدعاوى في دعاوى استرداد الحيازة ووقف الأعمال الجديدة ومنع التعرض، وليبيان مفهوم هذه الدعاوى ومضمونها يمكننا ذكر ذلك على النحو الآتي:

#### أولاً: دعاوى استرداد الحيازة:

وجدت عدة تعريفات لهذه الدعاوى فقد قيل بإنها: هي تلك الدعوى التي يرفعها الحائز ضد الغير يطلب فيها استرداد حيازته العقار التي سلبها منه بالقوة،<sup>(٢)</sup> وقيل أيضاً بأنها

---

(١) د. محمد عبد المنعم بدر ود. عبد المنعم البدرابي-مبادئ القانون الروماني-مرجع سابق-ص ٣٢٤/٣٢٥، د. صبيح مسكوني-القانون الروماني-مرجع سابق-ص ١٤٩، د. عمر ممدوح مصطفى-القانون الروماني-مرجع سابق-ص ٢٥٦، د. محمد عبد العليم-الأصول التاريخية والفلسفية لنظام الملكية دراسة تاريخية مقارنة-مرجع سابق-ص ٥٧٢ وما بعدها.

(٢) د. محمد المنجي-الحيازة-مرجع سابق-ص ٢١١.

تلك الدعوى التي يطالب من خلالها المدعي برد حيازته التي سُلبت منه، حيث يدعي فيها بوجود اعتداء على حيازته ومن ثم يطلب الحكم بجزء لهذا الاعتداء الواقع يتمثل في إعادة الشيء إلى أصله أي استلامه العقار ولهذا فهو جزء عيني<sup>(١)</sup>.  
يلاحظ أنه بالرغم من عدم تناول فقهاء الشريعة الإسلامية تنظيم هذه الدعوى تحت المسمى المتعارف الآن (دعوى استرداد الحيازة) إلا أنه قد وُجِدَت عدة نصوص شرعية وفقهية دلت على مشروعية دعوى استرداد الحيازة وذلك لأجل حماية الحائز والتي يمكن ذكرها على النحو الآتي:

١. قول النبي صلى الله عليه وسلم: (عَلَى الْيَدِ مَا أَخَذَتْ حَتَّى تُؤَدِّيَهُ)<sup>(٢)</sup> فالحائز حيازة مشروعة ولو لم يكن مالكا تُعد يد معتبرة في المحوز، ومن ثم فإذا أزالها غاصب ونحوه كان له الحق في أن يخاصم عن نفسه لإعادة اليد التي أزالها الغصب، وذلك لأنه مأمور بالحفظ من جهة من أدن له بالحيازة، ولا يتأتى له الحفظ إلا باسترداد عينه من الغاصب.

٢. قضاء النبي صلى الله عليه وسلم برد الحيازة إلى مستحقها الشرعي وذلك عندما اختصم إليه رجلان، غرس أحدهما نخلاً في أرض الآخر فقضى (النبي صلى الله عليه وسلم) لصاحب الأرض بأرضه، وأمر صاحب النخل أن يخرج نخله منها، فرؤي الرجل يضرب في أصول النخل.<sup>(٣)</sup>

(١) انظر في هذا المعنى أيضاً: وجدي راغب-مبادئ القضاء المدني-مرجع سابق-ص١٦٣.

(٢) سنن ابن ماجة الأرنؤوط-ج٣ ص ٤٧٩، الإمام أحمد بن حنبل-مسند الإمام أحمد بن حنبل- المؤلف: أبو عبد الله أحمد بن محمد بن حنبل بن هلال بن أسد الشيباني (المتوفى: ٢٤١هـ) -المحقق: شعيب الأرنؤوط -عادل مرشد، وآخرون-إشراف: د عبد الله بن عبد المحسن التركي الناشر: مؤسسة الرسالة-الطبعة: الأولى، ١٤٢١ هـ -٢٠٠١ م-ج٣ ص ٢٧٧.

(٣) البيهقي-السنن الكبرى-أحمد بن الحسين بن علي بن موسى الخُسْرُوْجْردي الخراساني-أبو بكر البيهقي (المتوفى: ٤٥٨هـ) -المحقق: محمد عبد القادر عطا-دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان-

٣. أقوال الفقهاء فقد جاء في كتب الفقه ما يؤيد ذلك نذكر منها البعض على النحو الآتي:

أ. قول الكاساني في بدائع الصنائع حيث ذكر الآتي: (فإذا شهدوا للخارج فقد أثبتوا كون المال في يده وكون المال في يد ذي اليد ظاهرا ثابت للحال فكانت يد الخارج سابقة على يده فكان ملكه سابقا ضرورة وإذا ثبت سبق الملك للخارج يقضي ببيئته لأنه لما ثبت له الملك واليد في هذه العين في زمان سابق ولم يعرف لثالث فيها يد وملك علم أنها انتقلت من يده إليه فوجب إعادة يده ورد المال إليه حتى يقيم صاحب اليد الآخر الحجة أنه بأي طريق انتقل إليه كما إذا عاين القاضي كون المال في يد إنسان ويدعيه لنفسه ثم رآه في يد غيره فإنه يأمره بالرد إليه إذا أدعاه ذلك الرجل إلى أن يبين سببا صالحا للانتقال إليه وكذا إذا أقر المدعى عليه أن هذا المال كان في يد المدعي فإنه يؤمر بالرد إليه إلى أن يبين بالحجة طريقا صالحا للانتقال إليه كذلك هذا).<sup>(١)</sup>

ب. قول ابن فرحون في تبصرة الحكام أن: (ولو شهد شاهدان أن أحد الخصمين غلب الآخر على ما في يديه، فإنه يحكم على هذا الغالب بأن يرده إلى المغلوب عليه، ويكون هذا المردود إليه صاحب يد، وهو أعم من الملك ولا يشهدون بأنه ملك).<sup>(٢)</sup>

---

الطبعة: الثالثة، ١٤٢٤ هـ - ٢٠٠٣ م - ج ٦ ص ١٦٤، معرفة السنن والآثار - المحقق: عبد المعطي أمين قلعجي - الناشر: جامعة الدراسات الإسلامية (كراتشي - باكستان)، دار قتيبة (دمشق - بيروت)، دار الوعي (حلب - دمشق)، دار الوفاء (المنصورة - القاهرة) - الطبعة: الأولى، ١٤١٢ هـ - ١٩٩١ م - باب الغصب - ج ٨ ص ٣٠٥.

(١) الكاساني - بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع - ج ٦ - ص ٢٣٢.

(٢) ابن فرحون - تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام - المؤلف: إبراهيم بن علي بن محمد، ابن فرحون، برهان الدين اليعمري - الناشر: مكتبة الكليات الأزهرية - الطبعة: الأولى، ١٤٠٦ هـ - ١٩٨٦ م - ج ١ - ص ٣٨١.

ج. ذكر الشافعية أيضًا في مغني المحتاج أن: (وعلى الغاصب الرد) للمغصوب على الفور عند التمكن وإن عظمت المؤنة في رده،<sup>(١)</sup> وفي نهاية المحتاج ذكر الرملي أن: يد المغتصب باطلة).

الشاهد من ذلك هو اتفاق الفقهاء من الأحناف والشافعية على حماية اليد وبالتالي حفظ حق صاحب اليد برد العقار إليه إذا نُزِعَ منه بغير عذر شرعي.<sup>(٢)</sup> وفي ضوء ما سبق يمكن القول بأنهم قد أوجبوا على الغاصب أن يرد ما قام بغصبه - إن كان بحاله - إلى المغصوب منه أي (الحائز الشرعي) ولهذا فقد بينوا أنه يجب على الغاصب أن يرد المغصوب ولو عظمت مؤنة الرد، وأنه يجب الرد ولو كان المغصوب ليس بمال متمول.

غير أن فقهاء المالكية في تقريرهم بإلزام الغاصب برد ما غصبه وما وضعوه من شروط لاستخدام هذه الدعوى، أدى ذلك إلى وجود تقارب بين شروطها وشروط دعوى الاسترداد بالقانون المدني،<sup>(٣)</sup> ومن ثم فقد اكتفوا بثبوت حيازة الحائز المادية بغض

---

(١) الشربيني-مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج-شمس الدين، محمد بن أحمد الخطيب الشربيني الشافعي-الناشر: دار الكتب العلمية-الطبعة: الأولى، ١٤١٥ هـ - ١٩٩٤ م.

(٢) انظر في ذلك: د. عدلي أمير خالد-اكتساب الملكية العقارية بالحيازة في الفقه الإسلامي-مرجع سابق-ص ٢٦٩/٢٧٠.

(٣) حمى المشرع المصري الحيازة بهذه الدعوى طبقاً للمادة (٩٥٨) التي نصت على أن:

١. لحائز العقار إذا فقد الحيازة أن يطلب خلال السنة التالية لفقدائها ردها إليه فإذا كان فقد الحيازة خفية بدأ سريان السنة من وقت أن ينكشف ذلك.

٢. يجوز أيضاً أن يسترد الحيازة من كان حائزاً بالنيابة عن غيره).

ونص أيضاً في المادة (٩٥٩) مدني على:

١. إذا لم يكن من فقد الحيازة قد مضت على حيازته سنة وقت فقدتها فلا يجوز أن يسترد الحيازة إلا من شخص لا يستند إلى حيازة أحق بالترتيب والحيازة الأحق بالترتيب هي الحيازة التي تقوم على

النظر عن كونه مالكاً شرعياً أو لا، فالحيازة المادية من وجهه نظرهم كافية لإقامة دعوى الاسترداد، وإن كانوا قد فرقوا بين دعوى الحيازة ودعاوى الملكية، فالحيازة أعم من الملكية، ولهذا فإن القاضي أثناء فصله في دعاوى الحيازة لا يتعرض لموضوع الملكية فقد جاء بالشرح الكبير للدريير أن: (لأن الحوز قد يكون عن ملك وغيره فهو أعم من الملك والأعم لا يستلزم الأخص) <sup>(١)</sup> ويفهم من ذلك حماية الفقهاء للحائز العرضي الذي تقتصر حيازته على السيطرة المادية فقط. <sup>(٢)</sup>

### ثانياً: دعوى وقف الأعمال الجديدة

هي تلك الدعوى التي يتمسك فيها المدعي بحيازته القانونية، التي تهددها أعمال جديدة يقوم بها المدعى عليه من شأنها لو تمت أن تمس حيازته، طالباً الحكم بوقف هذه الأعمال <sup>(٣)</sup>. ومثال ذلك أن يشرع شخص في إقامة حائط في أرضه ويكون من شأن

سند قانوني فإذا لم يكن لدى أي من الحائزين سند أو تعادلت سنداتهم كانت الحيازة الأحق هي الأسبق في التاريخ.

٢. أما إذا كان فقد الحيازة بالقوة فللحائز في جميع الأحوال أن يسترد خلال السنة التالية حيازته من المعتدي.)

ومن خلال نصوص المادتين السابقتين يتبين أن المشرع المصري عمل على تيسير شروط قبول هذه الدعوى وذلك لأن اغتصاب الحيازة لا شك أنه يُعد أشد صور التعرض للحيازة لما يترتب عليه من عنف وفوضى وإخلال بالأمن القومي وبالتالي فشرط رفع هذه الدعوى تتمثل في الآتي:

أ. حيازة المدعي للعقار المسلوب حيازته.

ب. استمرار حيازته لمدة سنة كاملة دون انقطاع قبل سلبها منه.

ت. رفع الدعوى خلال سنة من فقدته للحيازة أو من تاريخ علمه بذلك.

(١) الدريير-الشرح الكبير للشيخ أحمد الدريير على مختصر خليل-دار الفكر-الطبعة: بدون طبعة وبدون تاريخ-ج٤-ص ٢٢١.

(٢) د. عدلي أمير خالد-اكتساب الملكية العقارية بالحيازة في الفقه الإسلامي-مرجع سابق-ص٢٦٩/٢٧٠.

(٣) وجدي راغب-مبادئ القضاء المدني-مرجع سابق-ص١٧٤.

هذا الحائط لو تم أن يحجب الضوء والهواء عن منزل الجار، فيقوم الأخير برفع هذه الدعوى يطالب فيها بوقف البناء حتى لا يتم كي يتجنب التعرض له في حق المطل إذا تم البناء.

ومن ثم فإن هذه الدعوى تُعد من الدعاوى الوقائية التي تهدف إلى منع الاعتداء على الحياة قبل وقوعه، أي وقف هذه الأعمال الجديدة التي لا تعتبر اعتداءً على الحق في صورتها الحالية ولكنها تقول إلى اعتداء على الحياة عند تمامها واكتمالها، بمعنى أن الضرر لم يقع بالفعل ولكنه محتمل الوقوع بسبب وجود أمارات تدل عليه وهي الشروع في العمل<sup>(١)</sup>. ولذلك يجب على المدعي أن يثبت أن هذه الأعمال ستؤدي إلى ضرر بحياته وتشكل تعرضاً لها، ومن ثم فإنه إذا لم يستطع إثبات ذلك لم يُحكم له بوقف هذه الأعمال.

وقد عرف فقهاء الشريعة الإسلامية<sup>(٢)</sup> هذه الدعوى وأوجدوا لها عدة نصوص تدل على ذلك منها ما جاء في المدونة في حكم من يفتح نافذة على أرض جاره حيث جاء أن: [الرجل يفتح كوة في داره يطل منها على جاره] قلت: فلو أن رجلاً بنى قصراً إلى جنب داري ورفعها علي وفتح فيها أبواباً وكوى، يشرف منها على عيالي أو على داري،

(١) د. أحمد السيد صاوي-الوسيط في شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية -مرجع سابق- ص٢٨٨.

(٢) نظم المشرع المصري هذه الدعوى بمقتضى المادة ٩٦٢ من القانون المدني، حيث نص في فقرتها الأولى على: أن من حاز عقاراً واستمر حائزاً له سنة كاملة وخشي لأسباب معقولة التعرض له من جراء أعمال جديدة تهدد حياته كان له أن يرفع الأمر إلى القاضي طالباً وقف هذه الأعمال، بشرط ألا تكون قد تمت ولم ينقض عام على البدء في العمل الذي يكون من شأنه أن يحدث الضرر".

أَيكون لي أن أمنعه من ذلك في قول مالك؟ قال: نعم، يمنع من ذلك وكذلك بلغني عن مالك. (١)

وجاء أيضًا في المغني لابن قدامة أن (وليس للرجل التصرف في ملكه تصرفا يضر بجاره، نحو أن يبني فيه حماما بين الدور، أو يفتح خبازا بين العطارين، أو يجعله دكان قصارة يهز الحيطان ويخربها، أو يحفر بئرا إلى جانب بئر جاره يجتذب ماءها.) وبهذا قال بعض أصحاب أبي حنيفة. (٢)

بيد إنه بالرغم من ورود رواية أخرى للإمام أحمد والشافعي وبعض أصحاب أبي حنيفة قالوا فيها بأنه لا يمنع من القيام بذلك لأنه تصرف في ملكه وفق ما جاء في الشرح الكبير لابن قدامة ما يفيد ذلك حيث ذكر: (لأنه تصرف في ملكه المختص به، ولم يتعلق به حق غيره، فلم يمنع منه، كما لو طبخ في داره أو خبز فيها، وسلموا أنه يمنع من الدق الذي يهدم الحيطان وينثرها). (٣)

إلا أن الراجح عندهم أنه يُمنع حيث ردوا على هذه الرواية بقول النبي صلى الله عليه وسلم بأنه لا ضرر ولا ضرار وهذا فيه ضرر بالجار فقد جاء في الشرح الكبير ذلك: **وَلَنَا: قَوْلُ النَّبِيِّ -صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ-: «لَا ضَرَرَ وَلَا ضِرَارَ».** ولأن هذا إضرار بجيرانه، فمنع منه، كالدق الذي يهز الحيطان وينثرها، وكسقي الأرض الذي يتعدى إلى هدم حيطان جاره، أو إشعال نار تتعدى إلى إحراقها. قالوا: هاهنا تعدت النار التي أضرمها، والماء الذي أرسله، فكان مرسلًا لذلك في ملك غيره، فأشبه ما لو أرسله إليها

(١) الإمام مالك-المدونة-مالك بن أنس بن مالك بن عامر الأصبحي المدني-دار الكتب العلمية-الطبعة: الأولى، ١٤١٥ هـ-١٩٩٤م-ج٤-ص ٤٧٤.

(٢) ابن قدامة-المغني-ج٤-ص ٣٨٨.

(٣) ابن قدامة-الشرح الكبير على متن المقنع-عبد الرحمن بن محمد بن أحمد بن قدامة المقدسي الجماعيلي الحنبلي، أبو الفرج، شمس الدين-دار الكتاب العربي للنشر والتوزيع-ج٥-ص ٥١.

قصدا. قلنا: والدخان هو أجزاء الحريق الذي أحرقه، فكان مرسلا له في ملك جاره، فهو كأجزاء النار والماء. وأما دخان الخبز والطبخ، فإن ضرره يسير، ولا يمكن التحرز منه، وتدخله المسامحة).<sup>(١)</sup>

وفي ضوء ما سبق يمكن القول بأن فقهاء الشريعة الإسلامية قد عرفوا دعوى وقف الأعمال الجديدة وإن كان البعض من الباحثين المعاصرين<sup>(٢)</sup> قد ذهب إلى القول بأن دعوى وقف الأعمال الجديدة في الفقه الإسلامي مختلفة عما هو عليه الآن في القانون المدني، فالدعوى في القانون المدني مضمونها وقف الأعمال الجديدة التي يقوم بها شخص آخر غير الحائز في حين أن مضمون الدعوى في الفقه الإسلامي هو وقف الأعمال الجديدة التي يقوم بها الحائز واستندا في ذلك على ما جاء في المدونة للإمام مالك حيث ذكر بأنه: (وسمعت مالكا واختصم إليه في أرض احتقر فيها رجل عينا، فادعى فيها رجل دعوى فاختموا فيها إلى صاحب تلك المياه، فأوقفهم حتى يرتفعوا إلى المدينة. فأتى صاحب العين الذي كان عليها فشكا ذلك إلى مالك، فقال مالك: قد أحسن حين أوقفها ورآه قد أصاب. قال: فقال له صاحب الأرض: اترك عمالي يعملون فإن استحق الأرض فليهدم عملي. قال مالك: لا أرى ذلك، وأرى أن يوقف، فإن استحق حقه أخذه وإلا ثبتت).<sup>(٣)</sup> والشاهد من هذا القول بأن المدعى عليه هو الحائز الذي يقوم بالأعمال الجديدة وليس غير الحائز كما في القانون المدني، وبغض النظر عن هذا الخلاف إلا أنه يمكن القول بأن فقهاء الشريعة الإسلامية قد نظموا هذه الدعوى وبالتالي أجازوا للقاضي أن يوقف الأعمال الجديدة سواء أكانت الدعوى مرفوعة من

(١) ابن قدامة-الشرح الكبير على متن المقنع-ج٥-ص ٥١.

(٢) د. عدلي أمير خالد-اكتساب الملكية العقارية بالحيازة في الفقه الإسلامي-مرجع سابق-ص ٢٧٣.

(٣) الإمام مالك-المدونة-٤-ص ١٢.

الحائز على من يعتدي على ملكه أم من قبل شخص آخر غير الحائز، فالشريعة الإسلامية تحمي الحائز إلى أن يظهر أنه على غير حق. (١)

### ثالثاً: دعوى منع التعرض

هي تلك الدعوى التي يتمسك فيها المدعي بحيازته القانونية التي يتعرض لها المدعى عليه، طالباً الحكم بمنع هذا التعرض وإزالة مظاهره (٢).

والتعرض كما عرفته محكمة النقض هو ذلك " الإجراء الموجه إلى واضع اليد على أساس ادعاء حق يتعارض مع حق واضع اليد" (٣).

بيد إن هذه الدعوى قد نظمها المشرع المصري بمقتضى المادة ٩٦١ مدني (٤) ومن ثم فهي تُعد من الدعاوى المتميزة التي لها كيانها الخاص نظراً لأنها تقوم على الحيازة بصرف النظر عن أساسها أو مشروعيتها. إذا لا محل فيها للتعرض لبحث الملكية وفحص مستنداتنا، واعتبارها بهذه المثابة مستقلة عن دعوى تثبيت ملكية عقار النزاع والتعويض، ومؤدى ذلك هو عدم جواز تقديم طلب تثبيت الملكية والتعويض فى صورة طلب عارض فى دعوى منع التعرض، إذا لا يغير من ذلك إضافة طلب منع التعرض إلا الطلب العارض المشار إليه.

وقد عرف فقهاء الشريعة الإسلامية هذه الدعوى وأوجدوا لها عدة نصوص تُدل على ذلك منها ما جاء فى المبسوط أن: (وإذا تنازع رجلان فى دار كل واحد منهما يدعي

---

(١) د. عدلي أمير خالد-اكتساب الملكية العقارية بالحيازة فى الفقه الإسلامى-مرجع سابق-ص ٢٧٣.

(٢) وجدي راغب-مبادئ القضاء المدنى-مرجع سابق-ص ١٦٩.

(٣) نقض ٢٧ أكتوبر ١٩٣٢، مجلة المحاماة، سنة ١٣.

(٤) تنص المادة ٩٦١ من القانون المدنى، على أن (من حاز عقارا واستمر حائزا له سنة كاملة ثم وقع له تعرض فى حيازته جاز أن يرفع خلال السنة التالية دعوى بمنع هذا التعرض).

أنها في يده فعلى كل واحد منهما البينة لأن دعوى اليد مقصودة كما أن دعوى الملك مقصودة؛ لأن باليد يتوصل إلى الانتفاع بالملك والتصرف فيه<sup>(١)</sup> وجاء أيضاً في العزيز شرح الوجيز المعروف بالشرح الكبير قول الشافعي: ولو تقدم رجلان إلى القاضي فادعى كل واحد منهما داراً وأنها في يده، لم يسمع القاضي هذه الدعوى، فإن قال أحدهما: هي في يدي، وهذا يعترض عليّ فيها، ويمنعني من سكنائها، فالمذهب أنها لا تسمع فقد تكون في يده غصباً أو عارية، وتكون لخصمه فيجوز أن يمنعه منها. ولو قال يعترض عليّ فيها بغير حق تمت الدعوى.<sup>(٢)</sup>

وجاء أيضاً في تبصرة الحكام لابن فرحون حيث قال: (ولو شهد شاهدان أن أحد الخصمين غلب الآخر على ما في يديه، فإنه يحكم على هذا الغالب بأن يرده إلى المغلوب عليه، ويكون هذا المردود إليه صاحب يد، وهو أعم من الملك ولا يشهدون بأنه ملك).<sup>(٣)</sup>

---

(١) السرخسي-المبسوط-شمس الدين أبو بكر محمد بن أبي سهل السرخسي-دراسة وتحقيق: خليل محي الدين الميس-دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، لبنان-الطبعة الأولى، ١٤٢١هـ ٢٠٠٠م-ج١٧-ص٦٣.

(٢) القزويني-العزيز شرح الوجيز المعروف بالشرح الكبير-عبد الكريم بن محمد بن عبد الكريم، أبو القاسم الرافعي القزويني-المحقق: علي محمد عوض -عادل أحمد عبد الموجود-دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان-الطبعة: الأولى، ١٤١٧ هـ -١٩٩٧ م-هامش ص ١٥٨ بالجزء ١٢.

(٣) ابن فرحون-تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام-ج١-ص ٣٨١.  
١٤١٤ فلسفة حماية الحياة وأثرها في القانون الروماني والشريعة الإسلامية

## المطلب الثاني

### الآثار المترتبة على طبيعة الحيازة

ينبغي علينا قبل الحديث عن الآثار المترتبة على الحيازة، التطرق أولاً إلى معرفة وتحديد طبيعة الحيازة لما لذلك من أثر مهم في تحديد النتائج المترتبة عليها، وذلك بحسب ما إذا كانت الحيازة تُعد ناقلة للملكية أم إنها مجرد قرينة عليها، لذا سوف نقسم هذا المطلب إلى فرعين نتحدث في أولهما عن طبيعة الحيازة في القانون الروماني والشريعة الإسلامية، وفي الفرع الثاني نتحدث فيه عن الآثار المترتبة عليها وذلك على النحو في فرعين الآتي:

### الفرع الأول

#### طبيعة الحيازة

كانت طبيعة الحيازة في ظل العصر العلمي في القانون الروماني تُعد من قبيل الوقائع المادية أي مجرد سلطة مقترنة بنية معينة، ومن ثم فقد كانت الحيازة تتكون من عنصرين: مادي يتمثل في الهيمنة على الشيء من قبل شخص وعنصر معنوي: يتمثل في نية حيازته لهذا الشيء وليس نية تملكه أو المحافظة عليه، غير أن الأمر تطور فيما بعد وبالتالي فرق الرومان بين عدة أنواع من الحيازة كالحيازة الطبيعية أو المادية وكانوا بمثابة وقائع مادية تتمثل في وضع اليد على الشيء ونوع آخر من الحيازة ألا وهي الحيازة المدنية وهي كانت تؤدي إلى اكتساب الملكية بالتقادم، بيد إن الوضع قد اختلف في عهد الإمبراطور جوستينيان ومن ثم اختلفت الرؤية حول طبيعة الحيازة، فبعد أن كانت مجرد سلطة مقترنة بنية معينة اعتبرت بمثابة حق، وبالتالي خضعت لشروط ذات طابع أخلاقي لم تكن مطلوبة من قبل في ظل العصر العلمي، لذا فقد وجدت

نصوص رومانية وصفت الحيازة بأنها مجرد واقعة مادية ونصوص أخرى وصفتها بأنها حق. (١)

بيد إن هذا الخلاف الذي وقع في روما قديماً حول طبيعة الحيازة قد تجدد أيضاً لدى فقهاء شارحي القوانين اللاتينية المعاصرين (٢) وانقسموا في ذلك إلى عدة اتجاهات، بل إن الأمر كان له صدى أيضاً لدى فقهاء الشريعة الإسلامية الغراء، ولبيان كل ذلك سوف أقسم هذا الفرع إلى غصنين أوضح في أولهما طبيعة الحيازة لدى فقهاء القانون، وفي الغصن الثاني أخصصه للحديث عن طبيعة الحيازة لدى فقهاء الشريعة الإسلامية، وذلك على النحو الآتي:

### الغصن الأول

#### طبيعة الحيازة لدى فقهاء القانون

حدث خلاف بين فقهاء القانون حول الطبيعة القانونية للحيازة وانقسم هذا الخلاف إلى مذهبين يمكن ذكرهما بقدر من الإيجاز على النحو الآتي:

**المذهب الأول:** وقد ذهب أصحابه إلى اعتبار أن الحيازة تُعد حقاً من الحقوق وذلك لتوافر صفات الحق فيها، أي ممارسة السلطة على الشيء وجميع عناصر الحق الأخرى، فيوجد من وجهة نظرهم حق حيازة مثل حق الانتفاع وحق المرور، وبالتالي

---

(١) د. محمود سلام زناتي-نظم القانون الروماني-مرجع سابق-ص ٣٥٢/٣٥٣، وكذلك انظر: Gabriel BAUDRY-LACANTINERIE, *Traité théorique ET pratique de droit civil, des biens*.VI.ed.3, 1905, Paris, P.165.

مُشار إليه بمؤلف د. مصطفى أحمد عبد الجواد-الحيازة بسوء نية-دراسة فقهية قضائية مقارنة في ضوء نظام السجل العيني-مرجع سابق-ص ٥١٣.

(٢) اعتبر القانون الإنجليزي الحيازة حقاً مستقلاً بذاته عن باقي الحقوق لا سيما حق الملكية: انظر Emerich, Y. *Etude sur la protection possessoire*. *Revue du notariat*-2013-115(3) p. 483-514.

مُشار إليه بمؤلف د. فتحي ويس-الأسس التاريخية والفلسفية لحماية الحيازة وأثرها في التشريعات الحديثة-مرجع سابق-ص ٧٢.

فهي تتمتع بالحماية القانونية مثلها مثل سائر الحقوق، وقد تزعم هذا الرأي الفقيه الألماني إهرنج حيث يري أن الحيازة تتطابق مع الملكية ومتلازمة معها وتعتبر عنها، فملكية بدون حيازة لا قيمة لها وبالتالي فالعنصر المادي للحيازة يكون حالة واقعية للملكية.<sup>(١)</sup>

الجدير بالذكر أنه بالرغم من ذهاب أنصار هذا الرأي إلى اعتبار الحيازة حقاً إلا أنهم قد اختلفوا في تحديد نوع هذا الحق، أي هل تُعد حقاً من الحقوق الشخصية أم من الحقوق العينية، فالبعض منهم قد ذهب إلى القول بأنها تُعد حقاً من الحقوق العينية وذلك لتطابقها مع الملكية والبعض الآخر ذهب إلى اعتبارها حقاً من الحقوق الشخصية.

بيد إن هذا الرأي قد تعرض للانتقاد وذلك على أساس أنه لا يمكن اعتبار الحيازة حقاً عينياً وذلك لأن أساس الحقوق العينية سواء أكانت الأصلية منها أم التبعية هو حق الملكية وذلك بخلاف الحقوق الأخرى التي نص عليها المشرع فضلاً عن أن الحيازة لا تمنح الحائز مكنة تتبع الشيء موضوع الحيازة إلا فقط في مواجهة الشخص الذي تعدى واغتصب الحيازة بالقوة أما غيره فلا، وبالتالي فالحيازة تكون سبباً لاكتساب الحقوق العينية ومن ثم لا يصلح اعتبارها كحق قائم بذاته، وكذلك الأمر لا يمكن اعتبارها حقاً شخصياً لأن ذلك يتطلب وجود علاقة بين شخصين دائن ومدين وهذا غير موجود.

---

(١) انظر: د. مصطفى أحمد عبد الجواد - الحيازة بسوء نية - مرجع سابق - ص ٥٢٣ وما بعدها، د. ياسين غانم - الحيازة وأحكامها في التشريع السوري والتشريعات العربية دراسة مقارنة - مرجع سابق - ص ١٩، عبد الله محمد إسماعيل - الحيازة في العقار - مرجع سابق - ص ٢٨٢/٢٨٣، وكذلك انظر: Lacantinrie baudry, Traité de droit civil, tom 28 de la prescription, 4 Eme edition, s.m.e, Paris, 1925, p 92.

**المذهب الثاني:** وهو لغالبية الفقهاء وقد ذهبوا إلى القول بعدم اعتبار الحيابة حقاً وإنما هي واقعة مادية قوامها القيام بأعمال السيطرة المادية على الشيء من قبل الحائز، فالحيابة وإن كانت متطابقة في أغلب الأحوال مع الملكية، أي أن يكون الحائز هو ذاته صاحب الحق إلا أن ذلك لا يكون بشكل مطلق، فقد توجد الحيابة في حالات أخرى دون أن يكون الحائز صاحب الحق وهذا بعكس الملكية التي تعبر دائماً عن الحق، ومن ثم فهي ليست بحق عيني ولا بحق من الحقوق العينية كما أنها لا تُعتبر أيضاً حقاً من الحقوق الشخصية نظراً لاشتراط ذلك وجود علاقة بين شخصين دائن ومدين.<sup>(١)</sup> بيد إنه بالرغم من أن الحيابة واقعة مادية إلا أنها تُعد سبباً من أسباب كسب الملكية، وبالتالي فهي تنشئ مركزاً قانونياً واقعياً للحائز، ينشأ هذا المركز في كنف القانون ويحميه دون النظر إلى الآثار الأخرى المترتبة عليه، وبالتالي يفرض هذا المركز على الغير احترامه إذا ما توافرت شروطه وأركانه ومن ثم يجوز لكل من توافرت لديه الحيابة أن يدافع عنها كمركز واقعي استقر له بحكم القانون ضد أي اعتداء يقع عليها دون النظر إلي مدى شرعية الحيابة من عدمه أو النظر إلى آثارها الأخرى، لذا فإن تكييف وطبيعة الحيابة بهذا الشكل وإن كانت من الناحية القانونية صحيحة إلا أنها قد تخالف الشريعة الإسلامية.

---

(١) د. عبد الرزاق أحمد السنهوري-الوسيط في شرح القانون المدني-المجلد التاسع-أسباب كسب الملكية-مرجع سابق-ص ٧٨٥، د. محمد المنجي-الحيابة-منشأة المعارف بالإسكندرية-الطبعة الثالثة-١٩٩٣-ص ١٦٠، د. محمد عبد اللطيف-الحيابة وآثارها في التقنين المدني المصري-المنشأة القانونية لمحكمة الإسكندرية الابتدائية-١٩٥١-ص ٣/٢، د. محمد لبيب شنب-موجز الحقوق العينية الأصلية-مرجع سابق-ص ١٣٠.

## الفصل الثاني

### طبيعة الحيابة لدى فقهاء الشريعة الإسلامية

من نافلة القول وقبل الحديث عن طبيعة الحيابة لدى فقهاء الشريعة الإسلامية يمكن القول بأن مصادر الحق في الفقه الإسلامي تنقسم إلى مصدرين، تصرفات قولية، وهي: عبارة عن إرادة محضة نتيجة لإحداث أثر شرعي معين يرتبه الشرع، ومن ثم فهي تقابل التصرفات القانونية، وتصرفات فعلية وهي: أعمال مادية يتم بعضها بصورة اختيارية والبعض الآخر بصورة غير اختيارية يرتب عليها الشرع إنشاء حق شخصي أو كسب حق عيني كالاستيلاء والحيابة وغيرهما، وبالتالي فالتصرفات الفعلية في الشريعة الإسلامية هي تقابل الوقائع القانونية في القانون المدني، ولما كانت الحيابة في الفقه الإسلامي هي وضع اليد على الشيء موضوع الحيابة والتصرف فيه كتصرف المالك في ملكه، لذا فإن الحيابة في مجملها في الشريعة سنجد أنه قد يتفق معها الرأي الثاني في القانون والذي اعتبرها مجرد واقعة مادية بسيطة.<sup>(١)</sup>

حيث أن فقهاء الشريعة الإسلامية قد اختلفت آرائهم حول مدى اعتبار الحيابة سبب من أسباب كسب الملكية، وانقسمت هذه الآراء إلى مذهبين، ذهب بعضهم إلى القول باعتبارها ناقلة للملكية ومن ثم فهي تُعد سبباً من أسباب كسب الملكية، في حين أن البعض الآخر وهو ما نؤيده ذهب إلى اعتبارها دليلاً على الملكية وليست ناقلة لها، ويمكن إيضاح هذه المذاهب بقدر من الإيجاز على النحو الآتي:

---

(١) د. وهبة الزحيلي-الفقه الإسلامي وأدلته-مرجع سابق-الجزء الرابع-ص ٢٣ وما بعدها، د. محمد مصطفى شلبي-نظرية المدخل في التعريف بالفقه الإسلامي وقواعد الملكية والعقود فيه-مطبعة دار التأليف-١٩٦٢-ص ٣٣٢، د. عدلي أمير خالد-اكتساب الملكية العقارية بالحيابة في الفقه الإسلامي-مرجع سابق-ص ٢٢.

**المذهب الأول:** وهو للإمام مالك والاباضية<sup>(١)</sup> وقد ذهبوا إلى اعتبار الحيابة ناقلة للملكية وذلك على أساس أن سكوت المالك الحقيقي للعقار وعدم اكتراثه وإهماله لعقاره، يؤدي إلى انتقال ملكيته إلى الحائز واضع اليد إذا ما قام بحيابته المدة المقررة وهي عشر سنوات، فمدة الحيابة هذه كافية لتبنيه المالك الحقيقي إلى المطالبة بحقه، وبالتالي فإذا لم يفعل ذلك فإن مدة الحيابة هنا تقطع حجته في مواجهة الحائز<sup>(٢)</sup> واستندوا في ذلك إلى حديث الرسول صلى الله عليه وسلم أن: «مَنْ أَحْتَارَ شَيْئًا عَشْرَ سِنِينَ فَهُوَ لَهُ»<sup>(٣)</sup> ومن ثم فإذا استمرت حيابة الشخص لعقار ما لمدة عشر سنوات كان ذلك سببًا لكسب ملكيته، فقد جاء في مدونة الإمام مالك رضي الله عنه أنه: بخصوص دار في يد رجل منذ عشر سنين يحوزها ويمنعها ويكربها ويهدم ويبني فحيابته لها بمنزلة الملك<sup>(٤)</sup> وجاء أيضًا في حاشية الخرشي: (أن الأجنبي غير الشريك إذا حاز

(١) الأمام مالك-المدونة-المؤلف: مالك بن أنس بن مالك بن عامر الأصبجي المدني (المتوفى: ١٧٩هـ) الناشر: دار الكتب العلمية-الطبعة: الأولى، ١٤١٥هـ - ١٩٩٤م-ج٤-ص ٤٩، الخرشي- شرح مختصر خليل للخرشي-محمد بن عبد الله الخرشي المالكي أبو عبد الله (المتوفى: ١١٠١هـ) الناشر: دار الفكر للطباعة -بيروت-الطبعة: بدون طبعة وبدون تاريخ-ج٧-ص٢٤٢، الصاوي-لغة السالك لأقرب المسالك المعروف بحاشية الصاوي على الشرح الصغير (الشرح الصغير هو شرح الشيخ الدردير لكتابه المسمى أقرب المسالك لمذهب الإمام مالك) -المؤلف: أبو العباس أحمد بن محمد الخلوتي، الشهير بالصاوي المالكي (المتوفى: ١٢٤١هـ) -الناشر: دار المعارف الطبعة: بدون طبعة وبدون تاريخ-ج٤-ص ٣٢٠، ضياء الدين عبد العزيز الثميني -كتاب النيل وشفاء العليل-مكتبة الإرشاد جدة السعودية-١٩٧٢-ص ٥٠٥.

(٢) انظر: د. عدلي أمير خالد-اكتساب الملكية العقارية بالحيابة في الفقه الإسلامي-مرجع سابق-ص ١١٣ وما بعدها.

(٣) أبو داود -المراسيل-أبو داود سليمان بن الأشعث بن إسحاق بن بشير بن شداد بن عمرو الأزدي السجستاني (المتوفى: ٢٧٥هـ) -المحقق: شعيب الأرنؤوط-الناشر: مؤسسة الرسالة - بيروت- الطبعة: الأولى، ١٤٠٨-ج١-ص ٢٨٥.

(٤) الإمام مالك-المدونة-ج٤-ص ٤٩.

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 يطلب متاعه فإن دعواه الملك لذلك لا تسمع<sup>(١)</sup> وجاء أيضاً في حاشية الصاوي أن (الحياسة تسقط الحق وتقطع البينة)<sup>(٢)</sup> ويترتب على ما سبق أن الحائز لا يكلف بأن يحلف اليمين على أن ذلك الشيء له. ولهذا فقد انتهى أصحاب هذا الرأي إلى القول بأن حيافة الشخص لعقار ومرور المدة المقررة يجعله مالكا لهذا العقار، نظراً لأن إهمال المالك الحقيقي لملكه رغم علمه ورضاه لمدة عشر سنوات يُعد بمثابة إقرار منه بأنه ليس بصاحب حق.

**المذهب الثاني:** وهو لجمهور الفقهاء من الحنفية<sup>(٣)</sup> والشافعية<sup>(٤)</sup> والحنابلة<sup>(٥)</sup> وفريق من فقهاء المالكية<sup>(٦)</sup> ورأي بالإباضية<sup>(٧)</sup> وقد ذهبوا إلى اعتبار الحيافة دالة على الملكية وليست ناقلة لها إعمالاً للوضع الظاهر، ومن ثم فقد اعتبروها مجرد قرينة على الملكية

(١) الخرخشي-شرح مختصر خليل للخرشي-ج٧-ص٢٤٢.

(٢) الصاوي-لغة السالك لأقرب المسالك المعروف بحاشية الصاوي على الشرح الصغير-ج٤-ص٣٢٠.

(٣) الكاساني-بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع-ج٦-ص٢٦٧.

(٤) المزني-مختصر المزني (مطبوع ملحقاً بالألم للشافعي) -المؤلف: إسماعيل بن يحيى بن إسماعيل، أبو إبراهيم المزني (المتوفى: ٢٦٤هـ) -الناشر: دار المعرفة - بيروت-سنة النشر: ١٤١٠هـ/١٩٩٠م-ج٨-ص٤٢٣.

(٥) ابن قدامة-المغني لابن قدامة-المؤلف: أبو محمد موفق الدين عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة الجماعيلي المقدسي ثم الدمشقي الحنبلي، الشهير بابن قدامة المقدسي (المتوفى: ٦٢٠هـ) -الناشر: مكتبة القاهرة-الطبعة: بدون طبعة-تاريخ النشر: ١٣٨٨هـ -١٩٦٨م ج١٠-ص١٤٢.

(٦) ابن رشد-البيان والتحصيل والشرح والتوجيه والتعليل لمسائل المستخرجة-المؤلف: أبو الوليد محمد بن أحمد بن رشد القرطبي-حققه: د محمد حجي وآخرون-الناشر: دار الغرب الإسلامي، بيروت - لبنان-الطبعة: الثانية، ١٤٠٨ هـ -١٩٨٨ م-ج١١-ص١٤٥.

(٧) ضياء الدين عبد العزيز الثميني -كتاب النيل وشفاء العليل-١٩٧٢-ص٥٠٥.

ولكنها قرينة قابلة لإثبات العكس<sup>(١)</sup> واستندوا في ذلك إلى قول نُسب للنبي صلى الله عليه وسلم: (لا يبطل حق امرئ مسلم وإن قدم)<sup>(٢)</sup> وبالتالي فالحيازة هنا تُعد قرينة على الملكية ولكنها لا تنقل الملكية، فقد جاء في بدائع الصنائع في أكثر من موضع أن (اليد المتصرفه في المال من غير منازع دليل الملك فيه)<sup>(٣)</sup> وجاء أيضًا في مختصر المزني أن: (وإذا ادعى الرجل الشيء في يدي الرجل فالظاهر أنه لمن هو في يديه مع يمينه؛ لأنه أقوى سببا فإن استوى سببهما فهما فيه سواء)<sup>(٤)</sup> وجاء أيضًا في كتب الحنابلة ما يؤكد ذلك فقد ذكر ابن قدامة في المغني أن (فإن كان في يد رجل دار أو عقار، يتصرف فيها تصرف الملاك بالسكنى، والإعارة، والإجارة، والعمارة، والهدم، والبناء، من غير منازع، فقال أبو عبد الله بن حامد: يجوز أن يشهد له بملكها)<sup>(٥)</sup>

وذكر ابن رشد في البيان والتحصيل أن: مجرد الحيازة، لا ينقل الملك عن المحوز عليه إلى الحائز باتفاق، ولكنه يدل على الملك، كإرخاء الستر، ومعرفة العفاص والوكاء،

(١) انظر في ذلك: د. عدلي أمير خالد-اكتساب الملكية العقارية بالحيازة في الفقه الإسلامي-مرجع سابق-ص ١٠٦ وما بعدها.

(٢) هذا القول لم يرد في كتب الحديث وإنما أورده الإمام شمس الدين أبو عبد الله محمد بن محمد بن عبد الرحمن الطرابلسي المغربي، المعروف بالخطاب الرُعيني المالكي في مواهب الجليل في شرح مختصر خليل-دار الفكر-١٩٩٢-ج ٥ ص ٤٦، والشاهد أن مضمون هذا القول قد يكون قريب بما جاء بمضمون رسالة سيدنا عمر بن الخطاب رضي الله عنه المرسله إلى أبي موسى الأشعري إذا جاء فيها (ولا يمنعك قضاء قضيت فيه اليوم، فراجعت فيه رأيك، فهديت فيه لرشدك أن تراجع فيه الحق، فإن الحق قديم لا يُبطله شيء، ومراجعة الحق خير من التماذي في الباطل) انظر: مشارق الأنوار الوهاجة ومطالع الأسرار البهجة في شرح سنن الإمام ابن ماجه-محمد بن علي بن آدم بن موسى-الناشر: دار المغني، الرياض-المملكة العربية السعودية-الطبعة: الأولى، ١٤٢٧ هـ -٢٠٠٦ م-ج ٢-ص ١٦٤.

(٣) الكاساني-بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع-ج ٦-ص ٢٦٧.

(٤) المزني-مختصر المزني-ج ٨-ص ٤٢٣.

(٥) ابن قدامة-المغني لابن قدامة-المؤلف-ج ١٠-ص ١٤٢.

وما أشبه ذلك من الأشياء، فيكون القول بها هنا قول الحائز مع يمينه؛<sup>(١)</sup> لقول النبي صلى الله عليه وسلم -: «من حاز شيئاً عشر سنين فهو له»<sup>(٢)</sup> وجاء أيضاً في كتب الحنابلة أنه (وإذا تداعيا عينا لم تخل من ثلاثة أقسام: أحدها: أن يكون في يد أحدهما. فهي له مع يمينه، إلا أن يكون له بينة فلا يحلف. فإن أقام كل واحد بينة أنها له، قضي للخارج ببينته، ولغت بينة الداخل)<sup>(٣)</sup> وورد أيضاً معنى قريب لذلك في رأي فقهي للإباضية في كتاب النيل وشفاء العليل.<sup>(٤)</sup>

وبالتالي انتهى أصحاب هذا الرأي وهو ما يميل إليه الباحث إلى القول بأن الحيازة لا تنتقل الملكية ولكنها قرينة عليها، حيث أن الحق باق ولا يسقط بمرور الزمن بل يظل الشيء الذي وقعت عليه الحيازة ملكاً لصاحبه الأصلي.

(١) بيد أن فقهاء المالكية كابن رشد وغيره وإن كانوا قد ذهبوا إلى اعتبار الحيازة قرينة على الملكية إلا أنهم اشترطوا في ذات الوقت أن يؤدي الحائز يمينه، وهذا على خلاف رأي آخر لم يشترط اليمين لاعتبارها دالة على الملك، ابن رشد-البيان والتحصيل والشرح والتوجيه والتعليل لمسائل المستخرجة-ج١١-ص١٤٥، وقد جاء أيضاً في حاشية الدسوقي: (كما لو حاز ملك غيره في وجهه عشرة أعوام وتصرف فيه بالهدم والبناء وادعى ملكه بشراء أو هبة ثم قام عليه إنسان وادعى أنه ملكه وأقام بينة بالملك والحال أنه لا مانع له من التكلم في تلك المدة فيصدق الحائز بيمينه ولا تقبل بينة المدعي) حاشية الدسوقي-ج٤ ص ٢٣٣، وجاء أيضاً في مختصر المزني أن (وإذا ادعى الرجل الشيء في يدي الرجل فالظاهر أنه لمن هو في يديه مع يمينه؛ لأنه أقوى سببا فإن استوى سببهما فهما فيه سواء) وكذلك أشار لهذا المضمون: ابن قدامة- المقنع- ج ٣ ص ٦٥٥، ابن القيم الجوزية- ج١١٣/١١٤.

(٢) سبق الإشارة إليه.

(٣) الدجيلي-الوجيز في الفقه على مذهب الإمام أحمد بن حنبل-المؤلف: سراج الدين أبو عبد الله، الحسين بن يوسف بن أبي السري الدجيلي-دراسة وتحقيق: مركز البحث العلمي وإحياء التراث الإسلامي-الناشر: مكتبة الرشد ناشرون، الرياض -المملكة العربية السعودية-الطبعة: الأولى، ١٤٢٥ هـ -٢٠٠٤ م-ج١-ص٥٥٣.

(٤) ضياء الدين عبد العزيز الثميني -كتاب النيل وشفاء العليل-ص ٥٠٥.

وفي ضوء ما سبق فقد ثار تساؤل عن حكم استمرار الحائز في وضع يده على الشيء مدة زمنية معينة وتصرفه فيه كتصرف المالك دون معارضة من المالك الأصلي؟ فهل استمراره لوضع يده بهذا الشكل يمنع المالك الأصلي من سماع الدعوي المرفوعة منه أم لا؟

بيد إنه إذا كان الأصل في الشريعة الإسلامية كما ذهب البعض أن اكتساب الحقوق أو سقوطها بالتقادم حكم ينافي العدالة والخلق، ويكفي في ذلك أن يصبح الغاصب أو السارق للشيء مالكا له. <sup>(١)</sup> ولقول المنسوب للنبي صلى الله عليه وسلم (لا يبطل حق امرئ مسلم وإن قدم) إلا أن إهمال المالك في المحافظة والمطالبة بملكه من الحائز واستمرار الحائز في وضع يده على الشيء المدة المقررة دون أدني معارضة من المالك، قد يجعل الحائزين مهددين بدعاوي الاسترداد والديون، وهذا من شأنه أن يُعرض الملكيات لعدم الاستقرار، ومن ثم اخلال بالأحوال الاجتماعية والاقتصادية، لذا ولأجل التوفيق بين هذه المصالح المتعارضة فقد توصل الفقهاء إلى نظام منع سماع الدعوي <sup>(٢)</sup> من المالك المهمل ضد الحائز، فالحيازة <sup>(٣)</sup> التي تكتمل شروطها تقطع حجة

(١) انظر في ذلك: د. وهبة الزحيلي-الفرقة الإسلامية وأدلته-مرجع سابق-ج٤-ص ٦٩.

(٢) ذهب البعض إلى أن نظام عدم سماع الدعوي في الشريعة الإسلامية هو نظام فقهي النشأة، إذا لم تتضمن نصوص القرآن الكريم والسنة النبوية نصاً بخصوصه، وبالتالي فهو نظام أنشئه فقهاء الإسلام وقد توافق معهم القانون الإنجليزي وهذا بعكس نظام التقادم المسقط للحقوق الذي عرف في القانون المصري والفرنسي من قبل حيث أنه نظام تشريعي النشأة فقد تم إدراج هذا النظام في القانون المدني المختلط بعد أن تم نقله عن القانون الفرنسي. د. محمد أحمد محمد برسيم-التقادم المسقط للحقوق والدعاوي بين القانون الوضعي والشريعة الإسلامية دراسة مقارنة-بدون ناشر-٢٠٠٤-ص ١٥١.

(٣) يلاحظ أن الحيازة المقصودة هنا ليست الحيازة المشروعة المستندة لحق أو غير المشروعة كحيازة الغاصب أو السارق وإنما هي التي لا يكون فيها الحائز مالكا للشيء المحاز أو ليس له مستند على ملكيته، وفي ذات الوقت لا يكون سارقاً أو غاصباً لها، وإنما يكون معتقداً بأنه هو المالك لهذا الشيء، ويظل هكذا حائزاً لهذا الشيء المدة الزمنية المطلوبة، ويتصرف فيه تصرف المالك دون

المدعي (المالك) وتمنع سماع دعواه<sup>(١)</sup> فقد ذكر الإمام مالك في المدونة: (قلت: أرأيت إن شهدوا على دار أنها في يد رجل منذ عشر سنين، يحوزها ويمنعها ويكرهها ويهدم ويبني، وأقام آخر البينة أن الدار داره، يجعل مالك الذي أقام البينة على الحيابة وهي في يديه، بمنزلة الذي يقيم البينة وهي في يديه أنها له فيكون أولى بها في قول مالك، ويجعل مالك الحيابة إذا شهدوا له بها بمنزلة الملك؟..... قال: قال مالك: إذا كان حاضرا يراه يبني ويهدم ويكري فلا حجة له)<sup>(٢)</sup> الشاهد من ذلك أن الإمام مالك منع مدعي الملكية من سماع دعواه لإثبات ملكيته للشيء المحاز، وبالتالي لم يقبل منه حجة بعد ثبوت الحيابة بشروطها الصحيحة وذلك توفيراً لوقت وجهد القضاة واستقراراً للمعاملات، وتجنباً لما قد يثار من مشكلات الإثبات، وللشك في أصل الحق.

وبالنظر إلى الوضع لدي فقهاء المذهب الحنفي نجد أنهم لم يعطوا لمرور الزمن قوة في منع سماع الدعوي كما ذهب الإمام مالك سوي فقط في حالة الإنكار، أما في حالة الإقرار فالحق ثابت به، ومن ثم تكون الدعوي مسموعة مهما طال الوقت على وضع اليد، فمرور الزمن لا يثبت حقاً لواضع اليد، فقد ذكر ابن عابدين: أن ( عدم سماع القاضي لها إنما هو عند إنكار الخصم فلو اعترف تسمع إذ لا تزوير مع الإقرار)<sup>(٣)</sup>

اعتراض من المالك. موسى الطيب الفكي -حيابة العقار في الفقه الإسلامي- منشورات دار الجبل بيروت- الطبعة الاولى-١٩٩١م-ص ٧٩، رائد عبد الله محمد الدعامسة-الحيابة ودعاوي حمايتها القضائية دراسة فقهية قانونية مقارنة-رسالة دكتوراه بكلية الدراسات العليا الجامعة الأردنية-٢٠٠٦-ص ٢٠.

(١) انظر: د. عدلي أمير خالد-اكتساب الملكية العقارية بالحيابة في الفقه الإسلامي-مرجع سابق-ص ١١٣.

(٢) الإمام مالك-المدونة-ج٤-ص ٤٩.

(٣) ابن عابدين: حاشية رد المختار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار فقه أبو حنيفة-ابن عابد

محمد علاء الدين أفندي-دار الفكر للطباعة والنشر-بيروت-١٤٢١هـ -٢٠٠٠م، ج ٥ ص ٤٢٠.

ولهذا فإنه اذا منع القاضي المدعي من سماع دعواه لمرور الزمن فإن هذا لا يسقط حق المدعي في مواجهة المدعي عليه، إذ يظل المدعي عليه مديناً للمدعي بهذا الحق فلا يسقطه مرور زمن<sup>(١)</sup>

## الفرع الثاني

### آثار الحيازة

بادئ ذي بدء يمكن القول بأن الحيازة في الوقت المعاصر إذا استمرت المدة المقررة قانوناً وتوافرت شروطها، فإنها تُرتب عدة آثار منها اكتساب الملكية بالتقادم وكسب الحائز حسن النية ثمار الشيء الذي وضع يده عليه بحسن نية فضلاً عن اعتبار الحائز مدعى عليه، ومن ثم لا يتحمل عبء الإثبات.

ولبيان الوضع في القانون الروماني والشريعة الإسلامية سوف يُقسم هذا الفرع إلى غصنين نوضح في أولهما آثار الحيازة في القانون الروماني، وفي الغصن الثاني نُخصّصه لبيان آثار الحيازة في الشريعة الإسلامية وذلك على النحو الآتي:

### الغصن الأول

#### آثار الحيازة في القانون الروماني

بالرغم من أن القانون الروماني في البداية قد اعتبر الحيازة مجرد سلطة فعلية على الشيء ومع تطور هذا الأمر فيما بعد، إلا أنه رتب عليها عدة آثار يمكن ذكرها على النحو الآتي:

(١) احمد برداي-التملك عن طريق التقادم المكسب وأثره بين الشريعة والقانون المدني الجزائري-

ماجستير كلية العلوم الإسلامية-٢٠٠٩-ص ١٦٣.

أولاً: اعتبر القانون الروماني الحيازة أساساً لبعض الطرق المكسبة للملكية مثل الاستيلاء والتقادم ويمكن ذكر ذلك بقدر من الإيجاز على النحو الآتي:

١. الاستيلاء: الاستيلاء كما سبق القول هو وضع اليد على مال مباح غير مملوك لأحد بقصد تملكه، وهو أيضاً يُعد إحدى صور اكتساب الملكية غير أنه يُشترط أن يكون الاستيلاء على أموال مباحة، والأموال المباحة الغير مملوكة لأحد في القانون الروماني تمثلت في عدة صور منها الجزر التي تتكون وسط البحر وأسلاك وغنائم الحرب والحيوانات المتوحشة والأشياء المتروكة والكنز، ومن ثم كان يجوز لمن يضع يده على هذه الأموال أن يملكها. (١)

٢. التقادم: هو إحدى الطرق الإجبارية الناقلة للملكية والقائمة على وضع اليد المستمر على شيء لمدة زمنية معينة يحددها القانون أو العرف، ومن ثم فإن واضح اليد بعد مرور هذه المدة يتحول من مجرد حائز للشيء إلى مالكة، فالتقادم يؤدي إلى تحويل السلطة الفعلية لوأضع اليد على الشيء إلى سلطة قانونية أي يصبح الشيء حقاً له. (٢)

ويلاحظ أن التقادم قد وُجد في الإمبراطورية الرومانية منذ عهدها الأولى أي قبل قانون الألواح الإثني عشر، ثم خضع مع مرور الوقت لعدة تطورات مختلفة لا سيما فيما يتعلق بمدته وشروطه وآثاره ويمكن عرض ذلك بقدر من الإيجاز على النحو الآتي: (٣)

---

(١) د. أحمد إبراهيم حسن-أصول تاريخ القانون مع دروس في مبادئ القانون الروماني-مرجع سابق-ص ١٥٠ وما بعدها، د. عمر ممدوح مصطفى-مرجع سابق-ص ٢٦٠ وما بعدها.

(٢) د. طارق المجذوب ود. أحمد إبراهيم حسن-تاريخ النظم القانونية والاجتماعية - مرجع سابق-ص ٣٣٤، د. عمر ممدوح مصطفى-القانون الروماني-مرجع سابق-ص ٢٨٨.

(٣) انظر: د. عبد العزيز حسن صالح-أصول تاريخ وفلسفة القانون-مرجع سابق-ص ٢٣٩ وما بعدها.

أ. في ظل قانون الألواح الإثني عشر عندما كان المجتمع الروماني مجتمعًا زراعيًا محدودًا ومنغلقًا على مواطنيه كان التقادم خاصًا بالمواطنين الرومان فقط وكانت مدته سنتين للعقارات وسنة واحدة للمنقولات سواء النفيسة أو غير النفيسة، وبمرور هذه المدة كان واضع اليد يملك الشيء، ولهذا فقد كان التقادم بهذه الصورة يُعد ناقلاً للملكية رغم قصر هذه المدة المطلوبة وذلك لأنه من غير الممكن في ظل صغر ومحدودية المجتمع أن يجهل مالك الشيء وقوع ماله في قبضة شخص آخر دون أن يتحرك لاسترداده. (١)

ب. وفي فترة لاحقة ونظرًا لتغير ظروف المجتمع واتساع رقعة الإمبراطورية الرومانية ودخولها في كثير من العلاقات وتواجد الكثير من الأجانب بها، أدى ذلك إلى ضرورة زيادة المدة اللازمة لوضع اليد على الأشياء لأجل تملكها بالتقادم، فعرف الرومان آنذاك نوعًا جديدًا من التقادم أُطلق عليه التقادم الطويل وقد أخذوه عن قانون الشعوب الذي كان مطبقًا على الأجانب، ولهذا فقد زادت مدة التقادم إذ أصبحت عشر سنوات حالة إذا ما كان واضع اليد ومالك الشيء الحقيقي مقيمين في إقليم واحد، وعشرين سنة حالة إذا كانا مقيمين في أقاليم مختلفة، وذلك بغض النظر عما إذا كان الشيء منقولًا أو عقارًا.

بيد إن الآثار التي كانت تترتب على هذا النوع من التقادم لم تكن بنفس درجة التقادم القصير الذي كان موجودًا في ظل القانون القديم (قانون الألواح الإثني عشر) فأثار هذا التقادم (الطويل) قد خضعت أيضًا لعدة تطورات، ففي بداية العصر العلمي لم يكن

(١) د. عمر ممدوح مصطفى-القانون الروماني-مرجع سابق-ص ٢٨٩ وما بعدها، د. محمود سلام زياتي-مرجع سابق-ص ٣٨٣ وما بعدها، د. صبيح مسكوني-القانون الروماني-مرجع سابق-ص ١٧٣ وما بعدها، د. طارق المجذوب ود. أحمد إبراهيم حسن-تاريخ النظم القانونية والاجتماعية-مرجع سابق-ص ٣٣٥ وما بعدها.

يؤدي هذا التقادم إلى اكتساب واضع اليد ملكية الشيء، وإنما كان فقط يعطيه الحق في دفع أي مطالبة يقوم بها المالك الحقيقي أو أي شخص آخر يدعي حقًا عينيًا على المال الذي بحيازته، وبمعنى آخر أن التقادم الطويل كان في البداية يُعد بمثابة وسيلة دفاع تُمكن من وضع يده المدة القانونية اللازمة على الشيء من دفع أي مطالبة أو دعاوى الاسترداد التي يرفعها المالك أو أي شخص آخر، غير أن هذا الأمر قد تغير في أواخر العصر الإمبراطوري وأصبح التقادم الطويل ناقلًا للملكية.<sup>(١)</sup>

ج. وفي تطور آخر في عهد الإمبراطور قسطنطين ظهر نوع جديد للتقادم كان مختلفًا عما كان عليه الوضع سابقًا، إذا زادت المدة اللازمة لوضع اليد وأصبحت أربعين سنة ثم تم إنقاصها إلى ثلاثين سنة في عهد الإمبراطور تيودوز الثاني، كما أصبح لواضع اليد سيء النية الغير مستند لسبب صحيح الاحتفاظ بالشيء الذي يضع يده عليه ومن ثم كان باستطاعته رد كل دعاوى الاسترداد التي يرفعها عليه المالك أو غيره، وهذا التقادم والذي أُطلق عليه بالتقادم الطويل جدًّا لم يكن يشترط في واضع اليد سوى مرور المدة القانونية اللازمة بغض النظر عن حُسن أو سوء نيته أو وجود أو عدم وجود سبب صحيح.<sup>(٢)</sup>

---

(١) د. محمود سلام زناتي-نظم القانون الروماني-مرجع سابق-ص ٣٩٠ وما بعدها، د. صبيح مسكوني-القانون الروماني-مرجع سابق-ص ١٧٩ وما بعدها، د. طارق المجذوب ود. أحمد إبراهيم حسن-تاريخ النظم القانونية والاجتماعية-مرجع سابق-ص ٣٤٢ وما بعدها، د. عمر ممدوح مصطفى-القانون الروماني-مرجع سابق-ص ٢٩٧ وما بعدها.

(٢) للمزيد راجع كل من: د. صبيح مسكوني-القانون الروماني-مرجع سابق-ص ١٨١، د. محمود سلام زناتي-نظم القانون الروماني-مرجع سابق-ص ٣٩٣ وما بعدها، د. طارق المجذوب د. احمد إبراهيم حسن-تاريخ النظم القانونية والاجتماعية-مرجع سابق-ص ٣٤٦، د. عمر ممدوح مصطفى- القانون الروماني-مرجع سابق-ص ٢٩٩.

د. استمر الوضع بهذه الصورة حتى بداية عهد الإمبراطور جوستينيان، إذ وجد التقادم القصير والتقادم الطويل والطويل جدًا، لذلك كان لا بد من إصلاح شامل لهذه الأمور نظرًا لتغير ظروف المجتمع إذ زالت التفرقة بين الأموال النفيسة وغيرها، كما تمتع غالبية الأجانب بالجنسية الرومانية، كما أصبح التقادم الطويل مُكسب للملكية كما سبق الذكر ومن ثم فقد زالت التفرقة بينه وبين التقادم القصير، ولهذا فقد وضع الإمبراطور جوستينيان عدة إصلاحات لنظام التقادم يمكن ذكرها على النحو الآتي:

- جمع الإمبراطور جوستينيان بين التقادم القصير والطويل، غير أنه فرق بين المنقولات والعقارات فيما يتعلق بالمدة اللازمة لوضع اليد، إذ تطلب مرور ثلاث سنوات بخصوص المنقولات أمّا العقارات فقد اشترط ضرورة مرور عشرٍ أو عشرين سنة وذلك بحسب ما إذا كان واضع اليد والمالك الحقيقي بنفس الإقليم أو بأقاليم مختلفة.
- أبقى الإمبراطور جوستينيان على نظام التقادم الطويل جدًا لمن وضع يده بدون سبب صحيح وبدون حُسن نية لمدة ٣٠ سنة وذلك باعتباره تقادمًا مُسقطًا للملكية.
- أنشأ الإمبراطور جوستينيان نظامًا جديدًا للتقادم يستطيع من خلاله من يضع يده بحُسن نية على عقار لمدة ٣٠ سنة أن يمتلكه دون اشتراط وجود سبب صحيح. (١)

---

(١) د. عمر ممدوح مصطفى-القانون الروماني-مرجع سابق-ص٢٩٩ وما بعدها، د. طارق المجذوب ود. أحمد إبراهيم حسن-تاريخ النظم القانونية والاجتماعية-مرجع سابق-ص ٣٤٧/٣٤٨، د. صبيح مسكوني-القانون الروماني-مرجع سابق-ص ١٨١ وما بعدها، د. محمود سلام زناتي-نظم القانون الروماني-مرجع سابق-ص ٣٩٤/٣٩٥.

• طبق الإمبراطور جوستينيان قواعد التقادم الطويل السابقة المتعلقة بوقف التقادم وانقطاعه، فكان التقادم يوقف لصالح بعض الأشخاص غير القادرين على حماية حقوقهم، كالعائبات وناقصي الأهلية والجندي في الجيش لحين زوال السبب، أيضًا كان التقادم ينقطع برفع الملك أو أي شخص من الغير دعوى استرداد للمال بل كان مجرد التعرض لوضع اليد في حيازته سببًا لانقطاع مدة التقادم. (١)

ثانيًا: رتب القانون الروماني أيضًا للحائز حماية خاصة إذ حماه البريتور بنظام الأوامر، وهذه الحماية لا شك أنها كانت مقررة آنذاك للحائز سواء كان مالكًا للشيء المحوز أم لا.

ثالثًا: اعتبر القانون الروماني الحائز منذ إدخال نظام المرافعات الكتابية في العصر العلمي في وضع المدعى عليه، ومن ثم فقد أعفاه من مسألة إثبات أنه صاحب حق أم لا، بل أن على من يدعي أنه صاحب هذا الشيء المحوز عليه عبء إثبات ذلك، وبهذا يكون القانون الروماني قد خص الحائز بميزة هامة وهي إعفائه من مسألة الإثبات نظرًا لصعوبة إثبات الملكية في القانون الروماني آنذاك.

رابعًا: رتب القانون الروماني أيضًا على مسألة الحيازة بحسن نية إذا ما كان الحائز يعتقد أنه المالك للشيء المحوز، (٢) كما لو كان قد اشترى العقار من شخص كان يعتقد أنه المالك الحقيقي للعقار في حين أنه ليس كذلك، فكان الحائز هنا فيما يتعلق

---

(١) د. طارق المجذوب ود. أحمد إبراهيم حسن-تاريخ النظم القانونية والاجتماعية - مرجع سابق - ص ٣٤٤، د. صبيح مسكوني-القانون الروماني-مرجع سابق-ص١٧٩/١٨٠، د. محمود سلام زناتي-نظم القانون الروماني-مرجع سابق-ص ٣٩٢، د. عمر ممدوح مصطفى-القانون الروماني-مرجع سابق-ص ٢٩٨/٢٩٩.

(٢) تفترض هذه الحالة رد الحيازة للمالك الحقيقي مرة أخرى.

باكتساب ثمار الشيء يُعامل معاملة المالك، ولهذا فقد أصبح يمتلك الثمار بمجرد انفصالها وليس بجنيها أو بمرور مدة معينة كما كان عليه الوضع في السابق، ولا يجوز لمالك العقار مطالبته بردها، أما إذا كان الحائز سيء النية فهنا كان يُلزم برد هذه الثمار مع العقار أو دفع تعويض عنها حال استهلاكه لها.

بيد إنه في عهد الإمبراطور جوستينيان تم التفرقة بين الثمار التي استهلكها الشخص حسن النية والتي لم يستهلكها، فالثمار المُستهلكة لم يكن يلتزم بالتعويض عنها أما الثمار الغير مُستهلكة التي ما زالت في حيازته فكان يلتزم بردها، فمالك الشيء الحقيقي كان له الحق في استرداد أصل الشيء وثماره غير المُستهلكة.

**خامسًا:** كان للحائز حسن النية أيضًا في القانون الروماني الحق في استعمال دعوى الملكية البريتورية لاسترداد حيازته حال فقدها. <sup>(١)</sup>

## الفرع الثاني

### آثار الحيازة في الفقه الإسلامي

بيد إنه إذا كان القانون الروماني قد رتب على الحيازة بعض الآثار المهمة كما سبق الذكر، حيث اعتبرها الأساس لبعض الطرق المكتسبة للملكية كالاستيلاء والتقدم إلا أن الوضع لدي فقهاء الشريعة الإسلامية كان مختلفًا ويمكن ذكر ذلك على النحو الآتي:

(١) د. محمود سلام زناتي-نظم القانون الروماني-مرجع سابق-ص ٣٦٤ وما بعدها، د. صبيح مسكوني-القانون الروماني-مرجع سابق-ص ١٥٨ وما بعدها، د. عمر ممدوح مصطفى-القانون الروماني-مرجع سابق-ص ٢٦٨ وما بعدها، د. طارق المجذوب ود. أحمد إبراهيم حسن-تاريخ النظم القانونية والاجتماعية-مرجع سابق-ص ٣١٢ وما بعدها، د. محمد عبد العليم-الأصول التاريخية والفلسفية لنظام الملكية-مرجع سابق-ص ٣٩٣، د. عبد العزيز حسن صالح-أصول تاريخ وفلسفة القانون-مرجع سابق-ص ٢٢٩/٢٣٠.

أولاً: نظراً لحدوث خلاف بين أئمة الفقه الإسلامي كما سبق الذكر حول طبيعة الحيابة، إذ ذهب بعضهم إلى اعتبارها ناقلة للملكية،<sup>(١)</sup> وبالتالي فهي تُعد وفق هذا التصور أساساً للتقادم ومن ثم ناقلة للملكية، فالحيابة إذا ما استوفت شروطها وتقادم عليها الزمان فإنها تنقل الملك إلى ذمة الحائز ويصبح هو المالك وبهذا يكون فقه الإمام مالك قد اتفق معه توجه القانون الروماني والقوانين المعاصرة تماماً، غير أن البعض الآخر من الفقه المالكي وباقي فقهاء المذاهب الأخرى<sup>(٢)</sup> لم يعتبروها كذلك، أي لم يعتبروها ناقلة للملكية بل هي عندهم مجرد قرينة على الملكية أي دالة عليها، وبالتالي فالحيابة وفق ذلك التصور لا تُعد أساساً لكسب الملكية بالتقادم حيث أن الحقوق لا تسقط بالتقادم.

ثانياً: استمرار حياة الشخص الحائز للشيء وعدم انتزاعه منه بالقوة، حيث أنه وفقاً للرأي الأول القائل باعتبار الحيابة ناقلة للملكية فإن الحائز هنا يُعد مالكاً للعقار، ووفقاً للرأي الثاني القائل باعتبار الحيابة دالة على الملكية، فإنها تمنع من سماع الدعوي ضده، فقد اعتبرها الإمام مالك مانعه من سماع الدعوي المقامة من المالك المهمل ضده، فالحيابة التي تكتمل شروطها تقطع حجة المدعي (المالك) وتمنع من سماع دعواه بالحق الذي مضى عليه زمن معين،<sup>(٣)</sup> وذلك توفيراً لوقت وجهد القضاة واستقراراً للمعاملات، وتجنباً لما قد يثار من مشكلات الإثبات، وللشك في أصل الحق، أما الأحناف يلاحظ أنهم لم يعطوا لمرور الزمن هذه القوة في منع سماع الدعوي إلا في

(١) الإمام مالك-المدونة-ج٤-ص ٤٩، الخرشي-شرح مختصر خليل للخرشي-ج٧-ص٢٤٢، الصاوي-لغة السالك لأقرب المسالك المعروف بحاشية الصاوي على الشرح الصغير-ج٤-ص ٣٢٠.  
(٢) الكاساني-بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع-ج٦-ص ٢٦٧، المزني-مختصر المزني-ج٨-ص ٤٢٣، ابن قدامة-المعني لابن قدامة-ج١٠-ص ١٤٢.  
(٣) انظر: د. عدلي أمير خالد-اكتساب الملكية العقارية بالحيابة في الفقه الإسلامي-مرجع سابق-ص ١١٣-١٩٨ وما بعدها.

حالة إنكار الحائز ذلك، أما في حالة إقراره فالدعوي تسمع مهما مر عليها من الزمن، حيث أن الأصل عندهم كما سبق الذكر هو عدم سقوط الحقوق بالتقادم.<sup>(١)</sup>

**ثالثاً:** بيد إنه إذا كان المالك الأصلي في ظل حياة الشخص لماله لا يستطيع اقتضاء حقه عن طريق القضاء إلا أن ذلك لا يمنع ايفاءه ديانه، وذلك لأن من وضع يده على مال مملوك لغيره لا يملكه شرعاً بأي حال من الأحوال، نظراً لأن اكتساب الحقوق أو سقوطها بالتقادم إنما هو حكم ينافي العدالة والخلق، ويكفي في ذلك أن يصبح الغاصب أو السارق للشيء مالكا له.<sup>(٢)</sup> كما أن فقهاء الشريعة الإسلامية عندما نظموا الحياة وأعطوا لها حماية فإنهم لم يخلقوا للحائز سنداً وحقاً في حيازته بل منحوه فقط الحق في الدفع بعدم سماع الدعوي المقامة ضده من المالك<sup>(٣)</sup> وذلك تدبيراً وتنظيماً للقضاء وتجنباً لمشاكل الإثبات.<sup>(٤)</sup>

**رابعاً:** أقرت الشريعة الإسلامية أيضاً للحائز حماية خاصة عن طريق الدعاوي المدنية التي سبق ذكرها، ولكن يلاحظ هنا أن هذه الحماية مقررة للحائز حسن النية، أي المستند على حق أو الذي يعتقد بأنه صاحب هذا الشيء<sup>(٥)</sup> وبالتالي لم تحمي الشريعة

(١) ابن عابدين: حاشية رد المختار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار - ج ٥ ص ٤٢٠.

(٢) انظر في ذلك: د. وهبة الزحيلي-الفرقة الإسلامية وأدلته-مرجع سابق-ج ٤-ص ٦٩.

(٣) انظر: د. عدلي أمير خالد-اكتساب الملكية العقارية بالحياة في الفرقة الإسلامية-مرجع سابق-ص ١٩٩.

(٤) يلاحظ أنه لا يمكن لنظام عدم سماع الدعوي لمضي المدة العمل به حالة كون الحائز سيء النية كما لو كان غاصباً. د. محمد أحمد محمد برسيم-التقادم المسقط للحقوق والدعاوي بين القانون الوضعي والشريعة الإسلامية دراسة مقارنة-مرجع سابق-ص ١٥٢.

(٥) سبق ذكر بأن الحيازة المقصودة بالحماية ليست الحيازة المشروعة فهذا أمر مفترض ولا يحتاج لتأكيد وكذلك الأمر بالنسبة للحيازة غير المشروعة كحيازة الغاصب أو السارق فالشريعة حرمت ذلك، وإنما المقصود من الحيازة هنا هي التي لا يكون فيها الحائز مالكا للشيء المحاز أو لديه مستند على ملكيته، وفي ذات الوقت لا يكون سارقاً أو غاصباً له، وإنما يكون معتقداً بأنه هو المالك لهذا الشيء،

الإسلامية الحائز للشيء بطريق الاغتصاب له أي بدون وجه حق، فقد قضى النبي صلى الله عليه وسلم برد الحيازة إلى مستحقها الشرعي، وذلك عندما اختصم إليه رجلان، غرس أحدهما نخلاً في أرض الآخر فقضى (النبي صلى الله عليه وسلم) لصاحب الأرض بأرضه، وأمر صاحب النخل أن يخرج نخله منها،<sup>(١)</sup> وهذا بعكس ما كان عليه الوضع في القانون الروماني حيث قررت الحماية للحائز عن طريق البريتور سواء كان صاحب حق أم لا، أيضاً أقرت الشريعة الإسلامية حماية جنائية للحائز في مواجهة المعتدي وذلك على أساس الظاهر من الأمور أنه المالك.

**خامساً:** اعتبر فقهاء الشريعة الحائز مدعي عليه (الداخل) وصاحب الشيء بالمدعي (الخارج) وفق للظاهر من الأمور، فالبينة على من أدعي واليمين على من أنكر، ومن ثم لا يكلف الحائز بعبء الإثبات وإنما ينتقل عبء الإثبات على المدعي.<sup>(٢)</sup>

**سادساً:** للحائز حسن النية<sup>(٣)</sup> في حالة استرداد العقار لمالكة الحقيقي، حال قيامه بالبناء أو الغرس فيه اثناء فترة الحيازة يلزم بقلع ما قام ببنائه أو غرسه إذا كانت قيمته أقل من قيمة العقار، أما إذا كانت قيمة ما قام بعمله في العقار وقت الحيازة أكبر من

---

ويظل هكذا حائزاً له المدة المطلوبة، ويتصرف فيه وكأنه مالكة دون اعتراض من المالك. موسى الطيب الفكي -حيازة العقار في الفقه الإسلامي-مرجع سابق-ص ٧٩، راند عبد الله محمد الدعامة- الحيازة ودعاوي حمايتها القضائية دراسة فقهية قانونية مقارنة-مرجع سابق-ص ٢٠.  
(١) سبق الإشارة إليه.

(٢) الهيتمي-تحفة المحتاج في شرح المنهاج-ج ١٠-ص ٣٢٧، المزني-مختصر المزني-ج ٨-ص ٤٢٣.

(٣) كحالة حيازة الشخص الحائز لعقار معتقداً بأنه مالكة في حين أنه غير كذلك، ثم استطاعة المالك الحقيقي استرداده منه حال صدور حكم برفض دعوي الحائز بتثبيت ملكيته للعقار المحاز ورده لمالكة.

قيمة العقار نفسه، فله أن يمتلك العقار مع التزامه بدفع ما يعادل ثمن الأرض، كما له الحق في أخذ ما يجنيه هذا العقار من ثمار خلال فترة الحيابة.<sup>(١)</sup>

سابعاً: إلزام الحائز سيء النية الذي يعلم وقت قيامه بالبناء أو الغرس اثناء فترة الحيابة بأنه ليس بمالك هذه الأرض، بأن يقوم برد الشيء المغصوب لمالكة الحقيقي<sup>(٢)</sup> وإزالة ما قام بفعله لاعتباره في حكم الغاصب مالم تكن إزالة هذه الأشياء مُضر بالأرض فهنا يجوز لصاحبها الإبقاء عليها مع إعطائه للحائز سيء النية ما يعادل قيمة ما قام ببنائه أو غرسه بها.<sup>(٣)</sup>

---

(١) انظر: د. عدلي أمير خالد-اكتساب الملكية العقارية بالحيابة في الفقه الإسلامي-مرجع سابق- ص ٢٤١.

(٢) عبد الجبار حمد حسين شرارة-أحكام الغصب في الفقه الإسلامي مقارن بالقانون الوضعي- مؤسسه الأعلمي للمطبوعات -بيروت-١٣٩٥ هـ -١٩٧٥ م-ص ٢٦٣.

(٣) انظر: د. عدلي أمير خالد-اكتساب الملكية العقارية بالحيابة في الفقه الإسلامي-مرجع سابق- ص ٢٤٢/٢٤١.

## الخاتمة

انتهينا في هذا البحث إلى أن الحياة قد عرفها ونظمها فقهاء الشريعة الإسلامية على نحو يتصف بالدقة والتميز على نحو لم تصل إليها القوانين الوضعية القديمة ومنها القانون الروماني والذي يُعد كما سنذكر فيما بعد، أول القوانين التي وضعت أحكام للحياة وقد أخذتها القوانين المعاصرة عنه عبر تطور زمني مستمر، غير أن هذه القوانين لم تصل للصورة المتطورة وفق ما انتهى إليه فقهاء الشريعة الإسلامية، وفي ضوء ما سبق وما تم تناوله في هذا البحث يمكن ذكر بعض النتائج على النحو الآتي:

أولاً: إن أساس نشأة فكرة الحياة ودعاوى حمايتها رغم الخلاف الذي ثار بين فقهاء القانون إلا أن الرأي الراجح هو ما يُرجع ذلك إلى القانون الروماني، فقد ظهرت فكرة الحياة في روما قديماً، غير أنه كان هناك خلط بينها وبين الملكية، أيضاً فقد عرف ونظم فقهاء الشريعة الإسلامية فكرة الحياة بصورة متطورة وتتسم بالدقة والتميز وإن كانت تسميتها قد اختلفت من مذهب لآخر من المذاهب الفقهية.

ثانياً: إن مصطلح الحياة قد توافقت في استخدامه كل من مشرعي القوانين الوضعية القديمة والمعاصرة ومنها القانون المصري وفقهاء الشريعة الإسلامية من المذهب المالكي، أما فقهاء المذاهب الأخرى من الأحناف والشافعية والإباضية فقد استخدموا مصطلح وضع اليد، وهو أيضاً ما استخدمه مشرعي القانون المدني المصري الأهلي والمختلط للذين صدرا سنة (١٨٧٥-١٨٨٣) وتم تطبيقهما حتى عام ١٩٤٩.

ثالثاً: إن وضع تعريف للحياة قد اختلفت فيه توجهات التشريعات المعاصرة عن بعضها البعض، إذا أن البعض منها ذكر لها تعريفاً صراحة، كالتشريع الكويتي والسويسري والألماني والفرنسي، والبعض الآخر من التشريعات ترك وضع التعريف لها للفقهاء، ومن هذه التشريعات القانون المدني المصري الحالي رغم أن المشروع التمهيدي للقانون المدني المصري كان يتضمن تعريف للحياة بنص المادة (١٣٩٨) إلا أنه حُذف عند عرضه وإقراره من مجلس الشيوخ، ومن ثم جاء القانون المدني الحالي رقم

١٣١ لسنة ١٩٤٨ خالياً من وضع تعريف لها تاركاً ذلك للفقهاء، وكان هذا مسلك أيضاً بعض التشريعات العربية الأخرى كالتشريع السوري.

رابعاً: من مجمل التعريفات التي وضعت للحيازة تبين أن فقهاء القانون والشريعة الإسلامية قد توافقوا في تطلبهم ضرورة توافر ركنين للحيازة للقول بوجودها، وهما السيطرة المادية ونية التملك، غير أن فقهاء الشريعة الإسلامية قد زادوا ركنًا ثالثًا تمثل في المشروعية بمعنى ألا يكون الحائز مغتصبًا وهذا بعكس ما كان عليه الوضع في القانون الروماني.

خامسًا: اشتراط أيضًا كل من فقهاء القانون الروماني وفقهاء الشريعة الإسلامية في مجموعهم لصحة الحيازة عدة شروط تمثلت في ضرورة أن تكون الحيازة مستمرة فترة زمنية وإن كان قد اختلفت مدتها في القانون الروماني من وقت لآخر بجانب أن تكون الحيازة هادئة وواضحة فضلًا عن أن اتصافها بالعلانية.

سادسًا: اعتبر كل من القانون الروماني والقوانين المعاصرة فيما يتعلق بطبيعة الحيازة أنها ناقلة للملكية وهذا ما ذهب إليه أيضًا البعض من فقهاء المذهب المالكي، في حين نجد أن غالبية فقهاء الشريعة اعتبرت الحيازة قرينة على الملكية وليست ناقلة لها.

سابعًا: اعتبر الإمام مالك الحيازة مانع من سماع الدعوى بالحق الذي مضى عليه فترة زمنية معينة، في حين نجد أن الأحناف اعتبروها كذلك في حالة الإنكار فقط، أما في حالة الإقرار فلا تُعد كذلك، فالأصل أن اكتساب الحقوق أو سقوطها بالتقادم إنما هو حكم ينافي العدالة والخلق وهذا بعكس ما كان معروفًا في القانون الروماني والنظم المعاصرة، كما أن الحيازة التي تكتمل شروطها وإن كانت تقطع حجة المالك المهمل وتمنع من سماع دعواه إلا أن هذا لا يمنع من أن أصل الحق يجب الاعتراف به لصاحبه ومن ثم يجب إيفاءه له ديانة وإن لم يحصل عليه قضاءً، وذلك لأن من وضع يده على مال مملوك لغيره لا يملكه شرعًا بأي حال من الأحوال، حيث أن فقهاء الشريعة الإسلامية لم يخلقوا للحائز سنداً وحقاً في حيازته بل منحوه فقط الحق في الدفع

بعدم سماع الدعوي المقامة ضده من المالك وذلك تدبيراً وتنظيماً للقضاء وتجنباً لمشاكل الإثبات.

**ثامناً:** اتفاق فقهاء القانون والشريعة الإسلامية على أن فلسفة حماية الحيازة يرجع لعدة اعتبارات منها مسألة أن الحكمة والمصلحة بل والضرورة تقتضي أن يبقى القديم على قدمه وذلك للمحافظة على استقرار المعاملات بين الناس ولتحقيق الأمن في حياتنا الاجتماعية، كما أن القول بعدم حماية الحيازة قد يؤدي إلى عدم حماية المالك باعتباره الوضع الظاهر وهذا هو الغالب في أغلب الأحيان.

**تاسعاً:** ورث الفقه القانوني المعاصر دعاوى حماية الحيازة عن القانون الروماني وفقهاء الشريعة الإسلامية، إذا جاء بالقانون الروماني عدة وسائل لحماية الحيازة تمثلت في (أوامر الحيازة والتي تطورت في عهد الإمبراطور جوستينيان وهي في مجملها تلك الدعاوى المعروفة الآن ولكن بعد تطويرها) ولكن يلاحظ أن القانون الروماني قصر استخدام هذه الدعاوى على حماية العقار فقط؛ وذلك باعتبار أن العقار من الأموال ذات الخطر العام وهذا بعكس الوضع في الشريعة الإسلامية والقوانين المعاصرة.

**عاشراً:** توافق كل من القانون الروماني وفقهاء الشريعة الإسلامية في إعطاء الحائز حسن النية الحق في تملك ثمار ما قد ينتج عن الشيء المحوز، وإلزام الحائز سيء النية برد ما أخذه، فقد اعتبره فقهاء الشريعة الإسلامية في حكم الغاصب.

وصل اللهم على سيدنا محمد وعلى آله وصحبه وسلم

## المراجع

### أولاً: المراجع الشرعية

#### أ. كتب الحديث الشريف

- أبو داود - المراسيل - أبو داود سليمان بن الأشعث بن إسحاق بن بشير بن شداد بن عمرو الأزدي السجستاني (المتوفى: ٢٧٥هـ) - المحقق: شعيب الأرنؤوط - الناشر: مؤسسة الرسالة - بيروت - الطبعة: الأولى، ١٤٠٨.
- ابن ماجة الأرنؤوط - سنن ابن ماجة - المؤلف: ابن ماجة - وماجة اسم أبيه يزيد - أبو عبد الله محمد بن يزيد القزويني - المحقق: شعيب الأرنؤوط - عادل مرشد - محمد كامل قره بللي - عبد اللطيف حرز الله - الناشر: دار الرسالة العالمية - الطبعة: الأولى، ١٤٣٠ هـ - ٢٠٠٩ م.
- الإمام أحمد بن حنبل - مسند الإمام أحمد بن حنبل - المؤلف: أبو عبد الله أحمد بن محمد بن حنبل بن هلال بن أسد الشيباني (المتوفى: ٢٤١هـ) - المحقق: شعيب الأرنؤوط - عادل مرشد، وآخرون - إشراف: د عبد الله بن عبد المحسن التركي الناشر: مؤسسة الرسالة - الطبعة: الأولى، ١٤٢١ هـ - ٢٠٠١ م.
- البيهقي - السنن الكبرى - أحمد بن الحسين بن علي بن موسى الخسروجردي الخراساني - أبو بكر البيهقي (المتوفى: ٤٥٨هـ) - المحقق: محمد عبد القادر عطا - الناشر: دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان - الطبعة: الثالثة، ١٤٢٤ هـ - ٢٠٠٣ م.
- ..... معرفة السنن والآثار - المحقق: عبد المعطي أمين قلعي - الناشر: جامعة الدراسات الإسلامية (كراتشي - باكستان)، دار قتيبة (دمشق

-بيروت)، دار الوعي (حلب -دمشق)، دار الوفاء (المنصورة -القاهرة) -  
الطبعة: الأولى، ١٤١٢هـ -١٩٩١م.

• **السِّجِسْتَانِي**-سنن أبي داود (أبو داود سليمان بن الأشعث بن إسحاق بن بشير بن شداد بن عمرو الأزدي السِّجِسْتَانِي) ت: محمد محيي الدين عبد الحميد\_ الناشر: المكتبة العصرية، صيدا - بيروت-بدون تاريخ.

#### ب. شروح الحديث

• محمد بن علي بن موسى -مشارك الأنوار الوهاجة ومطالع الأسرار البهاجة في شرح سنن الإمام ابن ماجه-محمد بن علي بن آدم بن موسى-دار المغني، الرياض -المملكة العربية السعودية-الطبعة الأولى-١٤٢٧هـ -٢٠٠٦م.

#### ج. كتب الفقه الإسلامي

##### الفقه الحنفي

• ابن عابدين: حاشية رد المختار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار فقه أبو حنيفة-ابن عابد محمد علاء الدين أفندي-دار الفكر للطباعة والنشر-بيروت-١٤٢١هـ -٢٠٠٠م.

• **السرخسي**-المبسوط-شمس الدين أبو بكر محمد بن أبي سهل السرخسي-دراسة وتحقيق: خليل محي الدين الميس-الناشر: دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع-بيروت لبنان-الطبعة الأولى، ١٤٢١هـ -٢٠٠٠م.

- الكاساني-بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع-المؤلف: علاء الدين، أبو بكر بن مسعود بن أحمد الكاساني الحنفي (المتوفى: ٥٨٧هـ) -الناشر: دار الكتب العلمية-الطبعة الثانية، ١٤٠٦هـ -١٩٨٦م.

### الفقه المالكي

- ابن جزيء-القوانين الفقهية في تلخيص مذهب المالكية-مكتبة دار الاعتصام-القاهرة-دون سنة نشر.
- ابن رشد القرطبي-البيان والتحصيل والشرح والتوجيه والتعليل لمسائل المستخرجة-أبو الوليد محمد بن أحمد بن رشد القرطبي (المتوفى: ٥٢٠هـ) -حققه: د محمد حجي وآخرون-الناشر: دار الغرب الإسلامي، بيروت - لبنان-الطبعة: الثانية، ١٤٠٨هـ -١٩٨٨م.
- ابن فرحون-تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام-المؤلف: إبراهيم بن علي بن محمد، ابن فرحون، برهان الدين اليعمري-الناشر: مكتبة الكليات الأزهرية-الطبعة: الأولى، ١٤٠٦هـ -١٩٨٦م.
- الحطاب-الإمام شمس الدين أبو عبد الله محمد بن محمد بن عبد الرحمن الطرابلسي المغربي، المعروف بالحطاب الرعيني المالكي في مواهب الجليل في شرح مختصر خليل-الناشر: دار الفكر-١٩٩٢.
- الخرشي-شرح مختصر خليل للخرشي-محمد بن عبد الله الخرشي المالكي أبو عبد الله (المتوفى: ١١٠١هـ) -الناشر: دار الفكر للطباعة -بيروت-الطبعة: بدون طبعة وبدون تاريخ.

- **الدسوقي**-حاشية الدسوقي على الشرح الكبير-المؤلف: محمد بن أحمد بن عرفة الدسوقي المالكي (المتوفى: ١٢٣٠هـ) -الناشر: دار الفكر-الطبعة: بدون طبعة وبدون تاريخ.
- **الزرقاني**-شرح الزرقاني على مختصر خليل-عبد الباقي بن يوسف بن أحمد الزرقاني المصري (المتوفى: ١٠٩٩هـ) -ضبطه وصححه وخرج آياته: عبد السلام محمد أمين-الناشر: دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان-الطبعة: الأولى، ١٤٢٢ هـ -٢٠٠٢ م.
- **الصاوي**-لغة السالك لأقرب المسالك المعروف بحاشية الصاوي على الشرح الصغير (الشرح الصغير هو شرح الشيخ الدردير لكتابه المسمى أقرب المسالك لِمَذْهَبِ الْإِمَامِ مَالِكٍ) -المؤلف: أبو العباس أحمد بن محمد الخلوتي، الشهير بالصاوي المالكي (المتوفى: ١٢٤١هـ) -الناشر: دار المعارف-بدون طبعة وبدون تاريخ.
- **العدوي**-حاشية على الصعيدي-على رسالة ابن أبي زيد القيرواني-الجزء الثاني-بدون تاريخ-بدون دار نشر.
- **القرافي**-الذخيرة-أبو العباس شهاب الدين أحمد بن إدريس بن عبد الرحمن المالكي الشهير بالقرافي (المتوفى: ٦٨٤هـ) المحقق: سعيد أعراب-الناشر: دار الغرب الإسلامي، بيروت، لبنان-الطبعة: الأولى، ١٩٩٤ م.
- **الإمام مالك**-المدونة-المؤلف: مالك بن أنس بن مالك بن عامر الأصبحي المدني (المتوفى: ١٧٩هـ) -الناشر: دار الكتب العلمية-الطبعة: الأولى، ١٤١٥ هـ -١٩٩٤ م.

- **عليش-منح الجليل** شرح مختصر خليل-محمد بن أحمد بن محمد عليش، أبو عبد الله المالكي (المتوفى: ١٢٩٩هـ) الناشر: دار الفكر - بيروت-الطبعة: بدون طبعة-١٤٠٩هـ/١٩٨٩.

### الفقه الشافعي

- **إبراهيم الباجوري-حاشية الباجوري** على شرح بن القاسم العزي-الناشر: دار المعرفة بيروت-١٩٧٤.
- **الشربيني-مغني المحتاج** إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج-شمس الدين، محمد بن أحمد الخطيب الشربيني الشافعي -الناشر: دار الكتب العلمية-الطبعة: الأولى، ١٤١٥هـ -١٩٩٤م.
- **القزويني-العزیز** شرح الوجيز المعروف بالشرح الكبير-عبد الكريم بن محمد بن عبد الكريم، أبو القاسم الرفاعي القزويني (المتوفى: ٦٢٣هـ) -المحقق: علي محمد عوض -عادل أحمد عبد الموجود-الناشر: دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان-الطبعة: الأولى، ١٤١٧هـ -١٩٩٧م.
- **الماوردي-الحاوي الكبير** في فقه مذهب الإمام الشافعي وهو شرح مختصر المزني-أبو الحسن علي بن محمد بن محمد بن حبيب البصري البغدادي، الشهير بالماوردي (المتوفى: ٤٥٠هـ) -المحقق: الشيخ علي محمد معوض -الشيخ عادل أحمد عبد الموجود-دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان-الطبعة: الأولى، ١٤١٩هـ -١٩٩٩م.
- **المزني-مختصر المزني** (مطبوع ملحقاً بالأم للشافعي) -المؤلف: إسماعيل بن يحيى بن إسماعيل، أبو إبراهيم المزني (المتوفى: ٢٦٤هـ) -الناشر: دار المعرفة - بيروت -لبنان-١٤١٠هـ/١٩٩٠م.

- **الهيتمي-تحفة المحتاج في شرح المنهاج-المؤلف: أحمد بن محمد بن علي بن حجر الهيتمي-المكتبة التجارية الكبرى بمصر لصاحبها مصطفى محمد-الطبعة: بدون طبعة-١٣٥٧ هـ -١٩٨٣ م.**

### الفقه الحنبلي

- **ابن القيم-الطرق الحكمية في السياسة الشرعية-محمد بن أبي بكر أيوب الزرعي ابن القيم أبو عبد الله-مطبعة المدني - القاهرة-تحقيق-د. محمد جميل غازي- بدون دار نشر-بدون تاريخ.**
- **ابن قدامة-الشرح الكبير على متن المقنع-عبد الرحمن بن محمد بن أحمد بن قدامة المقدسي الجماعلي الحنبلي الشهير بابن قدامة المقدسي (المتوفى: ٦٢٠هـ)، أبو الفرج، شمس الدين-دار الكتاب العربي للنشر والتوزيع-بدون تاريخ نشر.**
- **..... المغني لابن قدامة-الناشر: مكتبة القاهرة-الطبعة: بدون طبعة-١٣٨٨هـ -١٩٦٨م.**
- **الدجيلي-الوجيز في الفقه على مذهب الإمام أحمد بن حنبل-المؤلف: سراج الدين أبو عبد الله، الحسين بن يوسف بن أبي السري الدجيلي-دراسة وتحقيق: مركز البحث العلمي وإحياء التراث الإسلامي-الناشر: مكتبة الرشد ناشرون، الرياض -المملكة العربية السعودية-الطبعة: الأولى، ١٤٢٥ هـ -٢٠٠٤ م.**
- **الكرمي المقدسي-دليل الطالب لنيل المطالب-المؤلف: مرعي بن يوسف بن أبي بكر بن أحمد الكرمي المقدسي الحنبلي (المتوفى: ١٠٣٣هـ) -المحقق:**

أبو قتيبة نظر محمد الفاريابي-دار طيبة للنشر والتوزيع، الرياض الطبعة:  
الأولى، ١٤٢٥ هـ / ٢٠٠٤ م.

### فقه عام

- ضياء الدين عبد العزيز الثميني -كتاب النيل وشفاء العليل-مكتبة الإرشاد جدة السعودية-١٩٧٢.
- د. وهبة الزحيلي-الفقه الإسلامي وأدلته-دار الفكر-٢٠٠١.
- الموسوعة الفقهية-وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية -الكويت-الطبعة الثانية-١٤١٠ هـ.
- مجلة الأحكام العدلية-المؤلف: لجنة مكونة من عدة علماء وفقهاء في الخلافة العثمانية-المحقق: نجيب هولويني-الناشر: نور محمد، كارخانه تجارتي كتب، آرام باغ، كراتشي-بدون تاريخ نشر.

### ثانياً: مراجع اللغة

- الفيومي-المصباح المنير-أحمد بن محمد بن علي الفيومي المقرئ-دراسة وتحقيق: يوسف الشيخ محمد-المكتبة العصرية-بدون تاريخ.
- المعجم الوجيز-مجمع اللغة العربية-طبعة ١٤١٣-١٩٩٢.

### ثالثاً: المراجع التاريخية والقانونية

- د. إبراهيم حمدان-الحماية الإجرائية للحيازة وأثرها في تحقيق أمن واستقرار المجتمع-مجلة جنوب الوادي للدراسات القانونية-عدد ٢٠١٤.
- د. أحمد إبراهيم حسن-أصول تاريخ القانون مع دروس في مبادئ القانون الروماني-دار المطبوعات الجامعية-٢٠٠٣.
- د. أحمد السيد صاوي-الوسيط في شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية- بدون دار نشر-٢٠١١.
- د. أشرف مهدي مصطفى-الحماية الوقتية للحيازة العرضية-دراسة مقارنة- السنة الرابعة والسبعون-عدد يناير-أبريل-الجزء الأول-١٩٩٥.
- أ. أنور طلبة-الحيازة-المكتب الجامعي الحديث-الإسكندرية-٢٠٠٤.
- د. جابر محجوب علي، ود. فايز عبد الله الكندري-اكتساب الملكية بوضع اليد في العلاقة بين الدولة والأفراد-مجلس النشر العلمي بجامعة الكويت-٢٠٠٥.
- د. حسن كيره-الموجز في أحكام القانون المدني-الحقوق العينية الأصلية- أحكامها ومصادرها - منشأة المعارف بالإسكندرية-١٩٧٥.
- د. خليل عفت ثابت-التقادم في المواد المدنية والتجارية علماً وعملاً-مطبعة الاعتماد مصر- بدون تاريخ نشر.
- د. صبيح مسكوني-القانون الروماني-مطبعة شفيق ببغداد-الطبعة الأولى- ١٩٨٦.
- د. طارق المجذوب ود. أحمد إبراهيم حسن-تاريخ النظم القانونية والاجتماعية - منشورات الحلبي الحقوقية-بيروت-لبنان-٢٠٠٦.

- عبد الجبار حمد حسين شرارة- أحكام الغصب في الفقه الإسلامي بحث موازن بين المذاهب الإسلامية السبعة مقارن بالقانون الوضعي- مؤسسه الأعلمي للمطبوعات -بيروت لبنان- الطبعة الأولى- ١٣٩٥ هـ - ١٩٧٥ م.
- د. عبد الحكم فوده- أحكام دعاوي حماية الحياة- تحليل عملي على ضوء الفقه وقضاء النقض- دار الفكر العربي- ١٩٩٦.
- د. عبد الرزاق أحمد السنهوري- الوسيط في شرح القانون المدني- المجلد التاسع- أسباب كسب الملكية- بيروت- لبنان- دار إحياء التراث العربي- بدون تاريخ نشر.
- د. عبد السلام الترماني- محاضرات في القانون الروماني- مكتبة الكتب العربية- بدون تاريخ نشر.
- عبد العزيز باشا فهمي- مدونة الإمبراطور جوستنيان في الفقه الروماني- الناشر: المركز القومي للترجمة القاهرة- ٢٠٠٩.
- د. عبد العزيز حسن صالح- أصول تاريخ وفلسفة القانون- مطابع جامعة البحرين- ٢٠٢١.
- د. عبد المنعم البدراوي- الحقوق العينية الأصلية- مكتبة الجلاء بالمنصور- ١٩٧٧.
- د. عبد المنعم الشرقاوي- شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية- دار النشر للجامعات المصرية- ١٩٥٠.
- د. عبد المنعم فرج الصدة- حق الملكية- بدون دار نشر- بدون تاريخ نشر.
- د. عبد الناصر توفيق العطار- إثبات الملكية بالحياة والوصية في ضوء محكمة النقض المصرية دراسة مقارنة- بدون دار نشر- بدون تاريخ نشر.

- د. عدلي أمير خالد-اكتساب الملكية العقارية بالحيازة في الفقه الإسلامي-دار المطبوعات الجامعية-١٩٩٩.
- د. عمر ممدوح مصطفى-القانون الروماني-مطابع البصير الإسكندرية-١٩٥٤.
- فرج محمد البوشي-تاريخية القانون المصري من العصر الفرعوني حتى الإسلامي-بدون دار نشر-بدون تاريخ نشر.
- د. فتحي ويس-الأسس التاريخية والفلسفية لحماية الحيازة وأثرها في التشريعات الحديثة-المجلة العربية للنشر العلمي-العدد التاسع عشر-٢٠٢٠.
- د. محمد أحمد محمد برسيم-التقادم المسقط للحقوق والدعاوي بين القانون الوضعي والشريعة الإسلامية دراسة مقارنة-بدون ناشر-٢٠٠٤.
- د. محمد المنجي-الحيازة-منشأة المعارف بالإسكندرية-الطبعة الثالثة-١٩٩٣.
- د. محمد بن عبد الله بن محمد المحميد-دعوي الحيازة في الفقه الإسلامي ونظام المرافعات السعودي-بدون دار نشر-بدون تاريخ نشر.
- د. محمد سليمان الأحمد-تملك المنقول بالحيازة في القانون المدني العراقي-مجلة الرافدين للحقوق مجلد (١/السنة الثامنة) عدد (١٧) سنة ٢٠٠٣.
- د. محمد طه البشير ودكتور غني حسون طه-الحقوق العينية-دار الكتب بالموصل-١٩٨٢.
- د. محمد عبد الجواد محمد-الحيازة والتقادم في الفقه الإسلامي المقارن بالقانون الوضعي-دار منشأة المعارف بالإسكندرية-١٣٩٧هـ/١٩٧٧م.
- د. محمد عبد اللطيف-الحيازة وآثارها في التقنين المدني المصري-النشرة القانونية لمحكمة الإسكندرية الابتدائية-١٩٥١.

- ..... التقادم-بدون دار نشر-بدون تاريخ نشر .
- د. **محمد عبد المنعم بدر**-القانون الروماني-الكتاب الثاني في الأموال-مطبعة لجنة التأليف والترجمة والنشر-القاهرة طبعة ١٩٣٨ وطبعة ١٩٤٩ .
- ..... مبادئ القانون الروماني-دار الكتاب العربي-١٩٥٢ .
- د. **محمد علي عرفه**-موجز في حق الملكية وأسباب كسبه-مكتبة النهضة العربية-١٩٦٩ .
- د. **محمد لييب شنب**-موجز الحقوق العينية الأصلية-دار النهضة العربية-١٩٨٨ .
- د. **محمد نعيم ياسين**-نظرية الدعوي بين الشريعة الإسلامية وقانون المرافعات المدنية والتجارية-دار النفائس عمان الأردن-١٤٠٧هـ-١٩٨٧م .
- د. **محمد نور فرحات**، د. **محمد جمال عيسى**-الوجيز في تاريخ النظم الاجتماعية والقانونية-مجموعة محاضرات أُلقيت على طلبة كلية الحقوق جامعة الزقازيق وفرعها ببناها-١٩٩٧ .
- د. **محمود جمال الدين زكي**-دروس في الحقوق العينية الأصلية-دار النهضة العربية-١٩٧٦ .
- د. **محمود سلام زناتي**-نظم القانون الروماني-دار النهضة العربية-القاهرة-١٩٦٦ .
- ..... تاريخ الملكية-بحث مقدم بدبلوم القانون الخاص-كلية الحقوق جامعة أسيوط-١٩٨٠/١٩٨١ .

- د. محمود عز العرب السقا-فلسفة وتاريخ القانون المصري ومراحل تطوره- المطبعة الحديثة-٢٠١٣.
- د. مصطفى أحمد عبد الجواد-الحيازة بسوء نية-دراسة فقهية قضائية مقارنة في ضوء نظام السجل العيني-الطبعة الأولى-دار النهضة العربية-١٩٩٤.
- د. محمد مصطفى شلبي-نظرية المدخل في التعريف بالفقه الإسلامي وقواعد الملكية والعقود فيه-مطبعة دار التأليف-١٩٦٢.
- د. مفتاح دليوح-أثر الحيازة وأساسها الفلسفي في القانون الجزائري والفقه الإسلامي-مجلة الدراسات القانونية والسياسية الجزائر-المجلد الثامن العدد الأول-٢٠٢٢.
- موسى الطيب الفكي-حيازة العقار في الفقه الإسلامي-منشورات دار الجيل بيروت-الطبعة الأولى-١٩٩١م.
- د. ياسين غانم-الحيازة وأحكامها في التشريع السوري والتشريعات العربية دراسة مقارنة-الطبعة الثالثة ٢٠٠٠.
- وجدي راغب-مبادئ القضاء المدني-الطبعة الأولى-دار الفكر العربي-١٩٨٦.

#### خامسًا: الرسائل العلمية

- احمد برداي-التملك عن طريق التقادم المكسب وأثره بين الشريعة والقانون المدني -ماجستير بكلية العلوم الإسلامية بالجزائر-٢٠٠٩.
- رائد عبد الله محمد الدعامسة-الحيازة ودعاوي حمايتها القضائية دراسة فقهية قانونية مقارنة-رسالة دكتوراه بكلية الدراسات العليا الجامعة الأردنية-٢٠٠٦.

- عبد الله بن راشد بن محمد التميمي-الحماية الجنائية والمدنية للحيازة دراسة تأصيلية تطبيقية مقارنة-رسالة ماجستير جامعة نايف للعلوم الأمنية-٢٠٠٥.
- عبد الله محمد إسماعيل علام-الحيازة في العقار-رسالة دكتوراه كلية الحقوق جامعة أسيوط-٢٠٠١.
- فهد بن علي الحسون-أحكام دعاوي الحيازة في نظام المرافعات الشرعية دراسة مقارنة-رسالة ماجستير -المعهد العالي للقضاء بجامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية-١٤٢٨.
- محمد عبد العليم أحمد-الأصول التاريخية والفلسفية لنظام الملكية دراسة تاريخية مقارنة-رسالة دكتوراه -كلية الحقوق-جامعة أسيوط-عام ٢٠١٦.

#### سادسًا: القوانين

- القانون المدني المصري الأهلي والمختلط (١٨٧٥-١٨٨٣)
- القانون المدني المصري الحالي (رقم ١٣١ لسنة ١٩٤٨)
- القانون المدني الكويتي (رقم ٦٧ لسنة ١٩٨٠)
- القانون المدني السوري (الصادر سنة ١٩٤٩)
- القانون المدني الفرنسي (الصادر سنة ١٨٠٤ وتعديلاته).

#### سابعًا: المراجع الأجنبية:

- Charles Appletion-De la possessions ET des actions possessoirs-Paris-1871.
- Emerich, Y. Etude sur la protection possessoire. Revue du notariat-2013.
- Dumont-Manuel de Droit Romain-1947.
- Gabriel BAUDRY-LACANTINERIE, Traité théorique ET pratique de droit civil, des biens.VI.ed.3, 1905, Paris.

- ..... Traité de droit civil, tom 28 de la prescription, 4<sup>e</sup> édition, s.m.e, Paris, 1925.
- Girard Manuel élémentaire de droit romain, Paris, 1924.
- Henri Staedtler-Cours de droit romain- Paris- 1902.
- Laurent, Principes de droit civil français, ed.2, 1878.
- MAZEAUD (H – L – J.): Leçon de Droit civil, Paris, édition Montchrestien. 1975.