

شروط الحيازة المكسبة للملكية دراسة مقارنة

إعداد

شريح واصف فايز مصلح

إشراف

د. علي مصلح السرطاوي

قدمت هذه الرسالة استكمالاً لمتطلبات الحصول على درجة الماجستير في القانون الخاص بكلية الدراسات العليا في جامعة النجاح الوطنية، نابلس - فلسطين.

2020

شروط الحياة المكسبة للملكية دراسة مقارنة

إعداد

شريح واصف فايز مصلح

نوقشت هذه الرسالة بتاريخ 16 / 2 / 2021م، وأجيزت.

التوقيع

أعضاء لجنة المناقشة

..... 	مشرفاً رئيساً	د. علي مصلح السرطاوي
..... mahmoud.Fayyad.....	ممتحناً خارجياً	د. محمود فياض
..... 	ممتحناً داخلياً	د. غسان خالد

الإهداء

إلى من بلغ الرسالة وأدى الأمانة ... ونصح الأمة ... إلى نبي الرحمة ونور العالمين

سيدنا محمد ﷺ

إلى بسمة الأمل وسر الوجود ... إلى من تحت قدميها الجنان ... لنور قلبي ومعشوقتي التي لن

أتحصل على حب في هذا الكون لولاها ... إلى من كان دعاؤها سر نجاحي وحنانها بلسم

جراحي إلى أعلى الأحباب لنبع الحنان

أمي الحبيبة.

إلى من كلله الله تعالى بالهيبة والوقار... إلى من علمني العطاء بدون انتظار... أرجو من الله

تعالى أن يمد في عمره ليرى ثماراً قد حان قطافها بعد طول انتظار، وستبقى كلماته نجوماً

أهدي بها اليوم وفي الغد وإلى الأبد والدي العزيز.

إلى إخوتي ورفقاء دربي ... إلى من تطلعوا لنجاحي بنظرات الأمل إخوتي الأعزاء.

إلى من حبهن يجري في عروقي ويلهج بذكرهن فؤادي أخواتي الطيبات.

لأصدقائي وزملائي المحامين الأعزاء ولكل من كان له فضل علي ولمن كان واجباً علي أن

أشكره.

لأساتذتي الأفاضل في كلية القانون من رسموا لي طريق النجاح والتميز.

لكل المرهفة قلوبهم بالنجاح والتميز.

لغالياتي ومعشوقتي القدس.

أهدي هذا البحث

الشكر والتقدير

إلهي لا يطيب الليل إلا بشركك.. ولا يطيب النهار إلا بطاعتك.. ولا تطيب اللحظات إلا بذكرك..
ولا تطيب الآخرة إلا بعفوك.. ولا تطيب الجنة إلا برؤيتك... فالحمد والشكر لله حمداً كثيراً طيباً
مباركاً فيه، الذي هداني وأعانني على إتمام هذه الدراسة.

كما لا يسعني في هذا المقام إلا أن أتوجه بجزيل الشكر والتقدير إلى من تتلمذت على أيديهم
خلال سنوات دراستي في كلية القانون بشكل عام، ومن واكبوا مسيرتي في كلية الدراسات العليا
قسم القانون الخاص بشكل خاص.

إنه لشرف كبير وتاج وقار أضعه على رأسي بأن حظيتُ بشرف أن أكون أحد طلبتكم كلِّ باسمه
ولقبه ومسماه.

كوكبةً من خيرة أعلام العلم والمعرفة أنتم نماذج يحتذى بها.

أنتم طموح لكلٍ من عرفكم.

أتقدم بجزيل شكري إليكم جميعاً.

إلى الأستاذ الدكتور علي مصلح السرطاوي الداعم النفسي والعلمي الكبير الذي لولاه لما تمكنت
من إعداد هذه الدراسة، فقد كان له الدور الأكبر في التوجيه والإشراف والمتابعة وموافقته
المباركة بإشرافه على هذه الرسالة فجزاه الله تعالى عني خير الجزاء، وأدامه وأمد في عمره.

كما أتوجه بالشكر الجزيل إلى عمي العزيز الدكتور عادل مصلح السرطاوي الذي شجعني على
الاستمرار في الدراسة ودعمني نفسياً ومعنوياً بالإضافة إلى مساعدته لي في تحرير هذه الدراسة
لغوياً ونحوياً

والشكر موصول لأعضاء لجنة المناقشة الكرام الدكتور (محمود فياض) والدكتور (غسان خالد)
اللذان تفضلاً بقبول مناقشة رسالتي، وكان لتوجيهاتهما ونصائحهما وإرشاداتهما دوراً في إضفاء
قيمة على الرسالة وزادت من رونقها وجمالها.

الإقرار

أنا الموقع أدناه مقدم الرسالة التي تحمل عنوان:

شروط الحيازة المكسبة للملكية (دراسة مقارنة)

أقر بأن ما اشتملت عليه هذه الرسالة هي نتاج جهدي الخاص، باستثناء ما تمت الإشارة إليه حيثما ورد، وإن هذه الرسالة، أو أي جزء منها لم يُقدم من قبل لنيل أية درجة أو لقب علمي أو بحثي لدى أية مؤسسة تعليمية أو بحثية أخرى.

Declaration

The work provided in this thesis, unless otherwise referenced, is the research's own work, and has not been submitted elsewhere for any other degree or qualification.

Student's Name:

اسم الطالب: شريح واصف فايز صعلج

Signature:

التوقيع: شريح صعلج

Date:

التاريخ: ٢٠١٦/١٢/٢٣

قائمة المحتويات

الصفحة	الموضوع
ج	الإهداء
د	الشكر والتقدير
هـ	الإقرار
و	قائمة المحتويات
ز	الملخص
1	المقدمة
13	الفصل الأول: الحياة المبتدأة والعرضية وأعمال الإباحة والتسامح
13	المبحث الأول: الحياة المبتدأة والعرضية
18	المطلب الأول: الحياة المبتدأة
35	المطلب الثاني: الحياة العرضية
47	المبحث الثاني: أعمال الإباحة والتسامح
49	المطلب الأول: أعمال الإباحة
53	المطلب الثاني: أعمال التسامح
59	الفصل الثاني: الحياة الهادئة والظاهرة والواضحة والمستمرة
59	المبحث الأول: الحياة الهادئة والظاهرة
61	المطلب الأول: أن تكون الحياة هادئة
67	المطلب الثاني: أن تكون الحياة ظاهرة
73	المبحث الثاني: الحياة الواضحة والمستمرة
75	المطلب الأول: أن تكون الحياة واضحة
81	المطلب الثاني: أن تكون الحياة مستمرة
93	الخاتمة
97	قائمة المصادر والمراجع
b	Abstract

شروط الحيابة المكسبة للملكية

دراسة مقارنة

إعداد

شريح واصف فايز مصلح

إشراف

د. علي مصلح السرطاوي

الملخص

الحمد لله رب العالمين الذي قامت بعدله السموات والأرض، الحاكم بين عباده فيما فيه يختلفون، والصلاة والسلام على أشرف الخلق وخاتم الأنبياء والمرسلين سيدنا محمد، وبعد:

تناولت الدراسة موضوع شروط الحيابة المكسبة للملكية وذلك في ضوء تنظيم أحكامه وفقاً للقانون المدني الأردني رقم (43) لسنة 1976، والقانون المدني المصري رقم (131) لسنة 1948، ومشروع القانون المدني الفلسطيني، وفي ضوء مجلة الأحكام العدلية، بالإضافة إلى قانون الأراضي العثماني لسنة 1958، والقانون المعدل لأحكام الأموال غير المنقولة رقم (51) لسنة 1958 النافذ في الضفة الغربية، وقانون الأراضي المعدل رقم (78) لسنة 1933 النافذ في غزة، وذلك من خلال إجراء مقارنة بين أحكام هذه التشريعات حول تنظيمها لموضوع الدراسة ومن ثم معالجة الأحكام التي جاءت بها هذه التشريعات.

حيث تكونت الدراسة من مقدمة وفصلين وخاتمة وقد تحدثت في الفصل الأول عن مفهوم الحيابة، وشرطاً أن تكون الحيابة مبتدأة لا عرضية، ومن ثم تحدثت عن ماهية الحيابة المبتدأة وما يميزها عن الحيابة العرضية، فيشترط في الحيابة المبتدأة أن يتوافر بها عنصرا الحيابة وهما العنصر المادي المتمثل بالأعمال المادية للحيابة والعنصر المعنوي المتمثل بالقصد والنية وكيفية تحقق الأعمال المادية للحيابة ومدى إمكانية تحقق هذه السيطرة الفعلية للحائز بواسطة الغير فلا يشترط في الحائز أن يباشر هو بنفسه أعمال الحيابة فيمكن أن يمارسها بواسطة الغير والشروط الواجب توافرها في الغير حتى تعتبر حيازته صحيحة، ثم تطرقت للحديث عن موضوع الحيابة في مجلة الأحكام العدلية وجاء بها وضع اليد والإستيلاء وليس الحيابة، ثم تطرقت للحديث أكثر عن العنصر

المعنوي وقوامه فقد ظهرت نظريتان بشأن هذا العنصر وهما النظرية التقليدية وقوامها أن العنصر المعنوي يتعلق بالشخص بالتالي من يحوز لحساب غيره لا تتوفر لديه النية بالتالي لا يعتبر حائزاً أما النظرية المادية قوامها أنها تكفي بالأعمال المادية للحيازة دون الإلتفات للعنصر المعنوي بالتالي حسب أنصار هذه النظرية لا يوجد خلاف بين الحيازة القانونية والعرضية، والفرق بين تلك النظريتين هو أن النظرية المادية تحمي الحائز لحساب الغير مثل المستأجر بدعاوى حماية الحيازة بينما النظرية التقليدية لا تحمي الحائز لحساب الغير بدعاوى حماية الحيازة، وقمت بتوضيح موقف كل من المشرع الأردني والمشرع المصري من هاتين النظريتين وأيضاً موقف الفقه الإسلامي المتمثل بمجلة الأحكام العدلية وموقف مشروع القانون المدني الفلسطيني، ثم تطرقت للحديث عن الحيازة العرضية وحالات تحولها إلى حيازة قانونية وتبيان أهم الفروق بين الحيازة العرضية والقانونية، ومن ثم تحدثت عن أعمال الإباحة وتعريفها وصور إتيان أعمال الإباحة التي قد تكون بفعل سلبي أي الامتناع عن الإتيان بفعل أو بفعل إيجابي أي القيام بفعل، وأخيراً تحدثت عن أعمال التسامح وما يميزها عن أعمال الإباحة وإمكانية تحول أعمال التسامح إلى حيازة قانونية منتجة لآثارها.

ثم تطرقت في الفصل الثاني للحديث عن باقي شروط الحيازة المكسبة للملكية، فتحدثت في المبحث الأول عن شرط أن تكون الحيازة هادئة من حيث تعريف الحيازة الهادئة وما يعترها من عيب الإكراه وشروط الإكراه الذي يؤثر على الحيازة وأنواعه وصوره ومدى تأثير عيب الإكراه على الحيازة، ثم تطرقت للحديث عن شرط أن تكون الحيازة ظاهرة ومعنى ظهور الحيازة وتحدثت عن عيب الخفاء الذي يشوب ظهور الحيازة ومدى تأثير عيب الخفاء على الحيازة، ثم تطرقت في المبحث الثاني للحديث عن شرط وضوح الحيازة وتعريف ما المقصود بالوضوح في الحيازة ومتى تكون الحيازة واضحة وما مدى تأثير عيب اللبس والغموض على وضوح الحيازة، ثم تحدثت عن شرط استمرار الحيازة وما هو مطبق في فلسطين بالنسبة للحيازة وشرط الاستمرار.

وأخيراً قام الباحث بوضع خاتمة تضمنت أبرز النتائج التي توصل إليها في موضوع الدراسة هذه، وكذلك أهم التوصيات التي يوصي بها الباحث.

المقدمة

كانت الأشياء قديماً لا مالك لها، أو أنها مشتركة بين الناس جميعاً، لكن مع مرور الوقت وحب الإنسان للتملك تطورت الأمور، فظهر نظام الملكية الذي ربط الإنسان بالأشياء برابطة تقتضي الاستئثار بالملك فأصبح حق الملكية أهم حق عيني. لكن أسباب كسب هذا الحق تحتل منزلة عالية من الأهمية؛ لأنها ستؤدي بطبيعة الحال إلى تملك ذلك الشيء الذي يرد عليه هذا الحق، بالتالي يصبح مالكاً لكافة الحقوق والمزايا التي يمنحها حق الملكية للمالك، بحيث اعترفت جل التشريعات بحق الملكية واتفقت على حمايته باعتباره الحق الذي يمكن صاحبه من التمتع بالأشياء واستغلالها والتصرف بها، وقامت هذه التشريعات بتنظيم كافة المسائل المتعلقة بحق الملكية من حيث تحديد ماهيتها، وأسباب اكتسابها، والقيود الواردة عليها، فحددت أسباب كسب الملكية ومن ضمنها الحيازة، فظهر إلى جانب نظام الملكية نظاماً مكن الإنسان من الانتفاع بالأشياء انتفاعاً كاملاً بغير منازع ألا وهو نظام الحيازة.

ونظراً لأهمية الحيازة، ونظراً لما يترتب عليها من نتائج خطيرة، فإنها تتمتع بين التشريعات والأنظمة القانونية بمكانة بالغة الأهمية ليس فقط من الناحية النظرية فحسب، بل أيضاً لما يترتب عليها من آثار قانونية خطيرة كونها عنوان الملكية الظاهر، لذلك اتخذ منها القضاء أهم قرينة على الملكية¹، على الرغم من أنها مجرد حالة واقعية، إلا أن لها نظامها القانوني، فهي عنوان الملكية الظاهر، لذلك كان الاهتمام بتنظيمها وحمايتها مظهراً من مظاهر حماية الاستقرار والأمن في المجتمع، لتقرير المراكز القانونية القائمة واحترام الأوضاع الواقعية الظاهرة، ويعد موضوع الحيازة وشروطها من الموضوعات الهامة قديماً وحديثاً كون أنه يوجد اختلاف فيما بين التشريعات من حيث شروط هذه الحيازة، لذلك فقد أولتها جل التشريعات عناية خاصة سواء الموضوعية منها أو الإجرائية².

¹ عميرة، سليمان علي سليمان: *الحيازة في القانون المدني الأردني "دراسة مقارنة"*، (رسالة ماجستير غير منشورة)، عمان: جامعة آل البيت، 2005، (ح).

² قادري، نادية: *النطاق القانوني للحيازة في القانون الجزائري*، (رسالة ماجستير غير منشورة)، الجزائر: جامعة العقيد الحاج لخضير، 2008-2009، (أ).

إن دراسة شروط الحيابة مرتبب بالملكية وجوداً وعمداً، وإن مفهوم الحيابة يزداد تطوراً وتعقيداً، وكلما ضيققت التشريعات نطاق الملكية فإن إشكالات الحيابة تأخذ بالتقلص، فالحيابة حتى تكون صحيحة ومنتجة لآثارها القانونية لأبد من توافر بعض الشروط بها، وهذه الشروط هي محل خلاف بين القوانين، فبعض هذه الشروط هناك إجماع عليها ما بين القوانين، ولكن هناك خلاف بشأن بعض الشروط الأخرى بين القوانين فيما إذا كانت تعد من شروط الحيابة أو لاتعد.

ومع ذلك فإن التقنين المدني الفلسطيني المتمثل بمجلة الأحكام العدلية لم يتعرض للحديث عن الحيابة وشروطها وأحكامها في باب خاص، وإنما تم الحديث عنها في المادة (1248) بأن من أحد أسباب التملك هو إحراز شيء مباح لا مالك له. وكذلك المادة (1249) التي تحدثت أن كل من أحرز مباح يصبح مالك له، وكذلك الحال في قانون الأراضي العثماني لسنة 1858 الذي لم يتحدث عن الحيابة بشكل خاص، وإنما تحدث عن التصرف الجاري بالأراضي الأميرية للدلالة على حيازتها في المواد (73-100)، وأيضاً التشريعات المعدلة استخدمت مصطلح التصرف الجاري بمرور الزمن المطلوب لدفع الدعوى، أو الإدعاء بالملكية والتصرف، كالقانون المعدل لأحكام الأموال غير المنقولة رقم 51 لسنة 1958 النافذ في الضفة الغربية في المادة الرابعة منه والتي تقابل المادة الثانية من قانون الأراضي المعدل رقم 78 لسنة 1933 النافذ في غزة¹، ولكن حديثاً بعد إصدار مشروع قانون مدني فلسطيني -لم يقر بعد-، تنبه المشرع لهذه المسألة لما لها من أهمية كبيرة في حياتنا اليومية، وذلك لأن كل فرد منا يقول: أنا أملك وأنا أتصرف، وتحدثت عن الحيابة وشروطها وأحكامها في باب خاص.

في حين أن فقهاء الشريعة الإسلامية ومنهم الفقه الحنفي والشافعي والحنبلي ومعظم فقهاء المذهب المالكي يرون بأن وضع اليد (الحيابة) دليلاً على الملكية ولا تنتقلها أي أن الحق باقٍ ولا يسقط بمرور الزمن ويبقى الحق الذي وقعت عليه الحيابة ملكاً لصاحبه وأن حيازته تمنع من سماع الدعوى ضد الحائز في حين أن الإمام مالك يرى بأن وضع اليد وحيابة الحق سبب من أسباب

¹ عيسه، حسين عاهد: الوجيز في الحقوق العينية الأصلية وفق مجلة الأحكام العدلية والتشريعات النافذة في فلسطين، ط1، فلسطين: د، ن، 2019، (277).

تملكه على أساس أن سكوت المالك وإهماله وقيام الحائز بحيازته للمدة المقررة يترتب عليه سقوط ملكية الحق المحاز من مالكة وانتقالها للحائز واضع اليد ويتفق الفقه الأباضي مع رأي الإمام مالك بأن وضع اليد يسقط الملكية¹.

ونظراً لأهمية الحيازة في هذا الشأن لما تعطيه للحائز من مركز ممتاز يفترض فيه القانون من القرائن ما يريح الحائز من عبء الإثبات، مما يجعله قريباً من ثقة المشرع بوضعه، فقد كانت شروط الحيازة محلاً لهذه الدراسة المتخصصة، وذلك بهدف تسليط الضوء على أحكامها في التشريعات النافذة في فلسطين مقارنة بالتشريعات المقارنة.

أهمية الدراسة

- 1- التعرف على موضوع شروط الحيازة المكسبة للملكية، كون أن الحيازة هي من أهم وأخطر أسباب كسب الملكية، وكون أن من يحوز شيء يعتبر مالكا له بالنسبة للغير.
- 2- الإشارة إلى أن التقنين الفلسطيني المتمثل بمجلة الأحكام العدلية التي تعد القانون المدني الساري في فلسطين لم يعالج أحكام الحيازة وشروطها وما يعترها من أمور.
- 3- قلة الدراسات المنفردة التي تناولت الموضوع، حيث لا يوجد أية دراسة فلسطينية تحدثت عن شروط الحيازة المكسبة للملكية.
- 4- إثناء المكتبة القانونية بهذه الدراسة عن موضوع شروط الحيازة المكسبة للملكية كدراسة مقارنة.
- 5- أهمية الموضوع في حياة الناس، وجهل أغلب الناس بماهية الحيازة وشروطها التي تؤدي إلى كسب الملكية، لأن كل إنسان يدعي بملكية وحيازة شيء ما ويتضح فيما بعد أنه ليس مالكا له وأن حيازته لم تكن قانونية، لقلة الوعي القانوني لدى أفراد المجتمع بخصوص هذا الموضوع.

¹ خالد، عدلي أمير: تملك العقارات بوضع اليد (في القانون المدني المصري وقوانين البلاد العربية مع المقارنة بالفقه الإسلامي على ضوء أحدث أحكام النقص وما توصل إليه الفقه)، الإسكندرية: منشأة المعارف، 1992، (200-221).

أهداف الدراسة

يهدف الباحث في نطاق دراسته لشروط الحيابة المكسبة للملكية، إلى تحقيق عدة أهداف من بينها:

1. التعرف على شروط الحيابة المكسبة للملكية، وذلك لاختلاف القوانين بشأن هذه الشروط، فبعضها متفق عليه بين القوانين المختلفة والبعض الآخر مختلف عليه.
2. توضيح ما هي الحيابة المبتدأة، وما هي الحيابة العرضية، وما هو الفرق بينهما.
3. التعرف على كيفية تحول الحيابة من عرضية إلى مبتدأة.
4. التعرف على الأثر المترتب على الحيابة العرضية.
5. توضيح الغموض الذي يعتري بعض أنواع الحيابة مثل: حيابة المستأجر، وحيابة الوارث.
6. إثراء مكتبة الجامعة والجامعات الفلسطينية فيما يتعلق بالقانون بدراسة ومرجع يستفيد منها طلبة الكلية لإعداد دراساتهم وأبحاثهم القانونية، واعتبارها دراسة تميزت بها جامعة النجاح الوطنية.
7. توسيع دائرة المعرفة في مجال الدراسات القانونية في القانون الخاص.
8. وغيرها من الأهداف التي سنتناولها هذه الدراسة.

ماهية الدراسة

إن دراسة موضوع شروط الحيابة المكسبة للملكية، هو من المسائل التي لا بد لأي باحث قانوني من الوقوف عليها ومعالجتها، سيما أنه لا يوجد أي بحث قانوني متخصص في دراسة الموضوع بالذات، على الرغم من أن هناك بعض الأبحاث والرسائل التي عالجت الموضوع بشكل بسيط ودون إعطائه أية أهمية أو تخصص في هذا المجال، فكانت كل الدراسات تتحدث عن شروط الحيابة المكسبة للملكية في مبحث وحيد أو عدة مطالب، فمن خلال الدراسة حاول الباحث إلقاء الضوء على ماهية الشروط، وما هي الأمور التي تدخل وتتفرع عن كل شرط منها، من خلال دراسة القوانين التي عالجت الموضوع، والمطبقة في فلسطين، والقوانين المقارنة الأخرى.

محددات الدراسة

حدود الدراسة تتمثل بالنصوص القانونية المنظمة لها بالقانون المدني الأردني رقم (43) لسنة (1976)، والقانون المدني المصري رقم (131) لسنة (1948)، مقارنة بمشروع القانون المدني الفلسطيني لسنة (2014)، والفقهاء الإسلامي المتمثل في مجلة الأحكام العدلية باعتبارها القانون المدني المطبق في فلسطين، والقانون المعدل لأحكام الأموال غير المنقولة رقم (51) لسنة 1958 النافذ والساري في فلسطين (الضفة الغربية)، وقانون الأراضي المعدل رقم (78) لسنة 1933 النافذ في غزة.

مشكلة الدراسة

سيجيب الباحث على التساؤلات التالية:

1. ما هي شروط الحياة المكتسبة للملكية؟
2. ما هي الحياة المبتدأة؟ ما هي الحياة العرضية؟ ما هو الفرق بينهما؟
3. هل يمكن أن تتحول الحياة من عرضية إلى مبتدأة؟
4. ما هي أعمال الإباحة؟ ما هي أعمال التسامح؟
5. متى تكون الحياة ظاهرة؟ متى تكون الحياة هادئة؟
6. متى تكون الحياة واضحة؟ متى تكون الحياة مستمرة؟
7. ما الفرق بين شرط الاستمرار وانقطاع التقادم؟

منهجية الدراسة

استخدم الباحث في الدراسة المنهج الوصفي التحليلي المقارن، حيث قام الباحث بفهم المسألة، ثم وصفها تمهيداً لتحليل النص القانوني محل الدراسة، ذلك بالمقارنة فيما جاء في نصوص القانون المدني الأردني (43) لسنة 1976، والقانون المدني المصري رقم (131) لسنة 1948، والفقه الإسلامي المتمثل بمجلة الأحكام العدلية باعتبارها القانون المدني النافذ في فلسطين، وما جاء أيضاً في مشروع القانون المدني الفلسطيني، وما جاء في القانون المعدل لأحكام الأموال غير المنقولة رقم (51) لسنة 1958 النافذ والساري في فلسطين (الضفة الغربية)، وقانون الأراضي المعدل رقم (78) لسنة 1933 النافذ في غزة.

عوائق الدراسة

تتمثل العوائق التي اعترضت الدراسة بالآتي: قلة الأحكام القضائية الفلسطينية المتعلقة بموضوع الدراسة، قلة الدراسات السابقة فيما يخص موضوع شروط الحياة المكسبة للملكية في الجامعات الفلسطينية، عدم وجود أي مرجع فلسطيني عالج الموضوع بشكل خاص ومفصل.

أسلوب الدراسة:

قام الباحث باتباع الأساليب الآتية:

1. الرجوع إلى المصادر الرئيسية المعتمدة في الموضوع، وفي مقدمتها: القانون المدني الأردني ومذكراته الإيضاحية، والقانون المدني المصري، ومشروع القانون المدني الفلسطيني ومذكراته الإيضاحية، ومجلة الأحكام العدلية باعتبارها القانون المدني الفلسطيني النافذ، وكتب شرح مجلة الأحكام العدلية، والقانون المعدل لأحكام الأموال غير المنقولة رقم (51) لسنة 1958 النافذ والساري في فلسطين (الضفة الغربية)، وقانون الأراضي المعدل رقم (78) لسنة 1933 النافذ في غزة، وشرح القانون المدني الأردني للعلامة السنهوري، وباقي الكتب القانونية التي تناولت الموضوع.

2. توثيق المعلومات المأخوذة من المصادر القديمة والمراجع الحديثة، بذكر اسم الشهرة للمؤلف واسمه كاملاً، ثم اسم المرجع، ورقم الجزء، ومكان النشر، وسنة النشر، ورقم الصفحة، وذلك عند ذكر المرجع لأول مرة، وإذا تكرر اسم المرجع مرة أخرى، اكتفى الباحث بذكر اسم الشهرة للمؤلف واسمه واسم الكتاب، ورقم الجزء والصفحة.

3. ترقيم التوثيق في الحاشية، بإعادة الترقيم لكل صفحة، ووضع الجزء والصفحة في توثيق الهوامش بين قوسين من أول البحث إلى آخره.

الدراسات السابقة

قام الباحث بالرجوع إلى كل ما كتب حول الموضوع، فلم أجد كتاباً مستقلاً يتناول موضوع الدراسة (شروط الحيابة المكسبة للملكية دراسة مقارنة) خاصة في رسائل الماجستير أو الدكتوراة، إلا أن هناك بعض الكتب والدراسات والرسائل التي تناولت في بطونها جزئيات من الموضوع وبشكل مختصر، وتحدثت عنه من الجانب النظري فقط، وقد قام الباحث بجمع ما ورد في الكتب والإضافة عليها في دراسة علمية وعملية تطبيقية قانونية شاملة، ويذكر الباحث بعض الكتب والدراسات على سبيل المثال:

1. أحكام الحيابة كسبب من أسباب الملكية العقارية في القانون المدني الأردني:

دراسة مقدمة من الباحث عبد الناصر زياد علي هياجنة، للحصول على درجة الماجستير في القانون بالجامعة الأردنية في الأردن عام 1998م.

تناولت الدراسة أحكام الحيابة والحماية القانونية المقررة لها، حيث تحدث الباحث في المبحث الثاني من الفصل التمهيدي عن عنصري الحيابة وهما: العنصر المادي والمعنوي اللذان يمثلان شرطاً لأن تكون الحيابة مبتدأة، وتطرق للحيابة العرضية وأحكامها، ولشروط الحيابة في المبحث الثاني من الفصل الأول، إلا أنه لم يتطرق للحديث عن أعمال التسامح، وقصر دراسته على الرخص المباحة، وكانت كل الدراسة وفق القانون المدني الأردني لسنة 1994.

إلا أن الباحث في هذه الدراسة تطرق للحديث عن أعمال التسامح ووضح موقف القانون المدني المصري رقم (131) لسنة 1948، والفقهاء الإسلامي المتمثل في مجلة الأحكام العدلية باعتبارها القانون المدني النافذ في فلسطين، بالإضافة إلى موقف القانون المعدل لأحكام الأموال غير المنقولة رقم (51) لسنة 1958 النافذ والساري في فلسطين (الضفة الغربية)، وقانون الأراضي المعدل رقم (78) لسنة 1933 النافذ في غزة، كذلك موقف مشروع القانون المدني الفلسطيني من المسألة.

2. النطاق القانوني للحيازة في القانون الجزائري:

دراسة مقدمة من الباحثة نادية قادري، للحصول على درجة الماجستير في العلوم القانونية (فرع قانون عقاري) من جامعة العقيد الحاج لخضر في الجزائر عام 2009/2008.

تناولت الدراسة الأحكام العامة للحيازة في القانون الجزائري، وحماية الحيازة ودعاؤها، فتحدثت عن ركني الحيازة في المبحث الأول من الفصل الأول للذات يمثلان شرطاً لأن تكون الحيازة مبتدأة، وتحدثت عن شرط ألا تكون الحيازة من أعمال الإباحة والتسامح، وتحدثت عن الحيازة القانونية وشروطها، والحيازة العرضية وأحكامها وتحولها إلى حيازة قانونية، وهذا كله كان ضمن أحكام القانون المدني الجزائري لسنة 1975، والقانون العقاري الجزائري وقانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري لسنة 2008.

إلا أن الباحث في هذه الدراسة تطرق للتوسع بالحديث عن شروط الحيازة وحول كافة الأمور والإشكاليات المتعلقة بها، بالإضافة إلى تبيان موقف القانون المدني الأردني رقم (43) لسنة 1976، والقانون المدني المصري رقم (131) لسنة 1948 من المسألة، وتبيان موقف الفقهاء الإسلامي المتمثل بمجلة الأحكام العدلية فيما إذا كان نظم المسألة وأحكامها باعتبارها القانون المدني المطبق في فلسطين، بالإضافة إلى موقف القانون المعدل لأحكام الأموال غير المنقولة رقم (51) لسنة 1958 النافذ والساري في فلسطين (الضفة الغربية)، وقانون الأراضي المعدل رقم (78) لسنة 1933 النافذ في غزة، كذلك موقف مشروع القانون المدني الفلسطيني من هذه المسألة.

3. الحيابة ودعاوى حمايتها القضائية "دراسة فقهية قانونية مقارنة":

دراسة مقدمة من الباحث رائد عبدالله محمد الدعامة، للحصول على درجة الدكتوراة في القضاء الشرعي بالجامعة الأردنية في الأردن عام 2006.

تناولت الدراسة أحكام الحيابة بشكل عام ودعاوى حماية الحيابة، حيث تحدث الباحث عن شروط الحيابة في الفصل الأول، ولم يتحدث بشكل مفصل عن الشروط وما يتفرع عنها من أمور، ولم يتحدث عن أعمال الإباحة والتسامح، ولا عن الحيابة العرضية وأحكامها، وكانت الدراسة وفق أحكام الشريعة الإسلامية وقانون أصول المحاكمات المدنية الأردني.

إلا أن الباحث في هذه الدراسة توسع بالحديث عن شروط الحيابة المكسبة للملكية وحالة تحول الحيابة من عرضية إلى مبتدأة والعكس، ذلك مقارنةً بالقانون المدني الأردني رقم (43) لسنة 1976، والقانون المدني المصري رقم (131) لسنة 1948، مقارنة مع الفقه الإسلامي فيما إذا ورد بشأن تلك الشروط أحكام منظمة لها في مجلة الأحكام العدلية، باعتبارها القانون المدني المطبق في فلسطين، بالإضافة إلى موقف القانون المعدل لأحكام الأموال غير المنقولة رقم (51) لسنة 1958 النافذ والساري في فلسطين (الضفة الغربية)، وقانون الأراضي المعدل رقم (78) لسنة 1933 النافذ في غزة، كذلك موقف مشروع القانون المدني الفلسطيني من هذه المسألة.

4. الحيابة في المنقول كسبب من أسباب كسب الملكية "دراسة تحليلية مقارنة":

دراسة مقدمة من الباحث فرج إبراهيم عبدالله سكر، للحصول على درجة الماجستير في القانون الخاص من جامعة الأزهر في غزة عام 2011.

تناولت الدراسة ضمن موضوعاتها عناصر الحيابة في المبحث الأول من الفصل الثاني اللذان يشكلان شرطاً لأن تكون الحيابة مبتدأة، فتحدثت عن الركن المادي، وفي نفس الفرع تحدثت عن الحيابة بالواسطة، بالإضافة إلى الحيابة على سبيل التسامح على شكل عناوين فرعية ولم تتوسع بالحديث أكثر عنها، كما تحدثت عن شروط الحيابة المكسبة للملكية في المبحث الثاني

من الفصل الثاني عن شرط أن تكون الحيازة هادئة وأثر الإكراه عليها، وعن شرط أن تكون الحيازة ظاهرة وأثر عيب الخفاء عليها، وعن شرط الحيازة الواضحة وأثر عيب اللبس والغموض عليها، وكانت الدراسة ضمن إطار القانون المدني الأردني رقم (43) لسنة 1976، والقانون المدني المصري (131) لسنة 1948، والقانون المدني العراقي رقم (40) لسنة 1951، ومشروع القانون المدني الفلسطيني لسنة (2004).

إلا أن الباحث في هذه الدراسة توسع بالحديث عن شروط الحيازة المكسبة للملكية وتحدث عن شرط أن تكون مستمرة، وعن الحيازة العرضية ومتى تتحول من عرضية إلى مبتدأة، وعن شرط ألا تكون الحيازة عمل من أعمال الإباحة، وذلك كدراسة مقارنة بالقانون المدني الأردني رقم (43) لسنة 1976، والقانون المدني المصري رقم (131) لسنة 1948، مقارنة مع الفقه الإسلامي فيما إذا ورد بشأن تلك الشروط أحكام منظمة لها في مجلة الأحكام العدلية، باعتبارها القانون المدني المطبق في فلسطين، بالإضافة إلى موقف القانون المعدل لأحكام الأموال غير المنقولة رقم (51) لسنة 1958 النافذ والساري في فلسطين (الضفة الغربية)، وقانون الأراضي المعدل رقم (78) لسنة 1933 النافذ في غزة، وموقف مشروع القانون المدني الفلسطيني لسنة 2004 من هذه المسألة.

5. الحيازة في القانون المدني "دراسة مقارنة":

بحث منشور في مجلة مركز دراسات الكوفة، العراق، العدد الثامن عشر، للباحث حسن محمد كاظم، في الصفحات 137-167 لسنة 2010.

تناول الباحث شروط الحيازة المكسبة للملكية، لكنه لم يوردها في مبحث منفصل، بل كانت متفرقة ما بين المبحث الأول والثاني، فتناول في المطلب الثاني من المبحث الأول عنصري الحيازة اللذان يشكلان شرطاً لأن تكون الحيازة مبتدأة، وتطرق لنظريات العنصر المعنوي، وفي المطلب الثالث تحدث عن الحيازة العرضية والفرق بينها وبين المبتدأة، وعن تحول الحيازة العرضية إلى مبتدأة، وفي المطلب الأول من المبحث الثاني عن شروط الحيازة، فتحدث عن شرط الهدوء والظهور والوضوح، وفي المطلب الثاني عن أعمال الإباحة وأعمال التسامح وشرط

الاستمرار، كدراسة مقارنة بين القانون المدني العراقي رقم (40) لسنة 1951، والقانون المدني المصري رقم (131) لسنة 1948.

إلا أن الباحث في هذه الدراسة توسع بالحديث عن شروط الحياة المكتسبة للملكية ضمن موضوع واحد دون أن تكون متناثرة في عدة مواضيع، فاقترنت بالتركيز على الشروط مجتمعة والتوسع فيها وما يتعلق بها من أمور، وذلك كدراسة مقارنة ما بين القانون المدني الأردني رقم (43) لسنة 1976، والقانون المدني المصري رقم (131) لسنة 1948، مقارنة مع الفقه الإسلامي فيما إذا ورد بشأن تلك الشروط أحكام منظمة لها في مجلة الأحكام العدلية، باعتبارها القانون المدني المطبق في فلسطين، بالإضافة إلى موقف القانون المعدل لأحكام الأموال غير المنقولة رقم (51) لسنة 1958 النافذ والساري في فلسطين (الضفة الغربية)، وقانون الأراضي المعدل رقم (78) لسنة 1933 النافذ في غزة، كذلك موقف مشروع القانون المدني الفلسطيني لسنة 2004.

تناولت الدراسة شروط الحياة المكتسبة للملكية، بالرغم من تباين التشريعات في الشروط فبعضها متفق عليه والآخر غير متفق عليه، وتشكل دراسة الباحث لموضوع شروط الحياة المكتسبة للملكية، دراسة شاملة متمثلة بالتطرق للنصوص القانونية التي نظمت المسألة، وذلك وفق القانون المدني الأردني والمدني المصري، مقارنة مع الفقه الإسلامي فيما إذا ورد بشأن تلك الشروط أحكام منظمة لها في مجلة الأحكام العدلية، باعتبارها القانون المدني المطبق في فلسطين، بالإضافة إلى موقف القانون المعدل لأحكام الأموال غير المنقولة رقم (51) لسنة 1958 النافذ والساري في فلسطين (الضفة الغربية)، وقانون الأراضي المعدل رقم (78) لسنة 1933 النافذ في غزة، كذلك موقف مشروع القانون المدني الفلسطيني لسنة 2004.

خطة الدراسة

قام الباحث بتقسيم الدراسة إلى مقدمة وفصل أول وفصل ثاني والنتائج والتوصيات.

المقدمة: تطرق الباحث لأهمية الدراسة، وأهدافها، ومشكلتها، وأسلوبها، ومنهجيتها، والدراسات السابقة التابعة لها في هذا الموضوع.

الفصل الأول: الحياة المبتدأة والعرضية وأعمال الإباحة والتسامح.

المبحث الأول: الحياة المبتدأة والعرضية.

المبحث الثاني: أعمال الإباحة والتسامح.

الفصل الثاني: الحياة الهادئة والظاهرة والواضحة والمستمرة.

المبحث الأول: الحياة الهادئة والظاهرة.

المبحث الثاني: الحياة الواضحة والمستمرة.

الفصل الأول

الحياسة المبتدأة والعرضية وأعمال الإباحة والتسامح

المبحث الأول: الحياسة المبتدأة والعرضية.

قبل الحديث عن شروط الحياسة المكسبة للملكية لا بد من التطرق للحديث عن الحياسة وتعريفها.

استخدم القانون المدني الأردني بصريح العبارة كلمة الحياسة للدلالة على سيطرة الحائز على شيء أو حق يجوز التعامل فيه، حتى تكون المدة المطلوبة من الزمن سبباً في رد الدعوى التي يباشرها المالك أو المتصرف الأصلي بالأرض، وذلك حسب المادة (1171)¹، وعرف الحياسة بأنها: "سيطرة فعلية من الشخص بنفسه أو بواسطة غيره على شيء أو حق يجوز التعامل فيه".

ويؤخذ على التعريف أنه لم يبرز الركن المعنوي للحياسة، المتمثل في نية استعمال حق من الحقوق، أي ممارسة الحائز للسيطرة الفعلية على الشيء باعتباره مالكاً له، أو صاحب حق عيني عليه، أو ما يعبر عنه بعبارة ظاهراً عليه بمظهر المالك، أو صاحب حق عيني آخر².

في حين أن القانون المدني المصري لم يقدّم بتعريف الحياسة كما فعل القانون المدني الأردني، واستخدم كلمة الحياسة للدلالة على أنها سبب من أسباب كسب الملكية إذا اقترنت بالزمن المطلوب، وذلك حسب المادة (968)³، إنما ترك ذلك لاجتهاد الفقه، ويمكن القول أن المشرع المصري أحسن

¹ القانون المدني الأردني رقم (43) لسنة 1976 المنشور بالجريدة الرسمية الأردنية، العدد 2645، بتاريخ 1/8/1976، المادة (1171) وعرف الحياسة بأنها: "هي سيطرة فعلية من الشخص بنفسه أو بواسطة غيره على شيء أو حق يجوز التعامل فيه".

بالمقابل عرف مشروع القانون المدني الفلسطيني الحياسة في المادة (1/1084) بأنها: "هي سيطرة فعلية من الشخص بنفسه أو بواسطة غيره على شيء أو حق يجوز التعامل فيه"، والمشروع سار على نهج القانون المدني الأردني في تعريف الحياسة ولم يتركها لاجتهاد الفقه كما فعل القانون المدني المصري، ويؤخذ عليه ما يؤخذ على تعريف القانون المدني الأردني.

² سكر، فرج إبراهيم عبدالله: الحياسة في المنقول كسب من أسباب كسب الملكية "دراسة تحليلية مقارنة"، (رسالة ماجستير غير منشورة)، فلسطين-غزة: جامعة الأزهر، 2011، (31).

³ القانون المدني المصري رقم (131) لسنة 1948 المنشور بالوقائع المصرية، العدد (108) مكرر (أ)، بتاريخ 29/7/1948، المادة (968): "من حاز منقولاً أو عقاراً دون أن يكون مالكاً له، أو حاز حقاً عينياً على منقول أو عقار دون أن يكون هذا الحق خاصاً به كان له أن يكسب ملكية الشيء أو الحق العيني إذا استمرت حيازته دون انقطاع خمس عشرة سنة".

صنعاً عندما لم يعرف الحيابة، تاركاً التعريف للاجتهادات الفقهية والقضائية، لأن التعريفات هي عملية فقهية أو قضائية من الدرجة الأولى، أما القول بأن ترك الأمر للاجتهادات الفقهية أو القضائية يؤدي إلى اختلافات فقهية وقضائية، فإن الأمر كذلك أفضل من توجيه النقد للمشرع أو وجود النقص أو العيب في القانون ذاته¹.

ويرى الباحث فرج سكر بأن الحيابة هي: سيطرة الشخص بنفسه، أو بواسطة غيره على شيء أو حق مادي يجوز التعامل به، ظاهراً عليه بمظهر المالك أو صاحب حق عيني آخر من الحقوق العينية التي يجوز كسبها بالحيابة².

والباحث يرى بأن التعريف السابق للحيابة هو الصحيح والمناسب كونه أحاط بالحيابة من كافة الجوانب وإبراز عنصرها.

القانون المدني المصري تحدث عن شروط الحيابة وعلى ماذا تقوم، ويظهر هنا أن المشرع المصري تبنى فكرة التقادم المكسب للملكية كسب للحيابة، بخلاف ما ذهبت إليه مجلة الأحكام العدلية التي تبنت فكرة مرور الزمن المانع من سماع الدعوى التي بموجبها يكون للحائز الحق في رد دعوى المدعي إذا استوفت حيازته شروطها، وقد سار على نهجها القانون المدني الأردني، ويتمثل الخلاف الواقع بين موقف مجلة الأحكام العدلية والقوانين التي سارت على نهجها وبين موقف التشريعات التي تبنت فكرة التقادم المكسب أو المسقط، أن المالك أو المتصرف وفقاً للمجلة يبقى مالكاً ومتصرفاً، لكن يسقط حقه بالسكوت عند الإنكار مدة مرور الزمن التي استوفها واضح اليد ولا يحق له مطالبته بالخروج منها³، وهذا ما أكدته المادة (1674) من مجلة الأحكام العدلية⁴،

¹ سكر، فرج إبراهيم عبدالله: الحيابة في المنقول كسب من أسباب كسب الملكية "دراسة تحليلية مقارنة"، (32).

² المرجع السابق، (34).

³ عيسه، حسين عاهد: الوجيز في الحقوق العينية الأصلية وفق مجلة الأحكام العدلية والتشريعات النافذة في فلسطين، (278).

⁴ مجلة الأحكام العدلية، ط1، عمان: دار الثقافة للنشر والتوزيع، 1999، المادة (1674): "لا يسقط الحق بتقادم الزمان بناء عليه إذا أقر واعترف المدعى عليه صراحة في حضور القاضي بأن للمدعي عنده حقاً في الحال في دعوى وجد فيها مرور الزمان بالوجه الذي ادعاه المدعي فلا يعتبر مرور الزمن ويحكم بموجب إقرار المدعى عليه، وأما إذا لم يقر المدعى عليه في حضور القاضي وادعى المدعي بكونه أقر في محل آخر فكما لا تسمع دعواه الأصلية كذلك لا تسمع دعوى الإقرار، ولكن

وما استقر عليه قضاء محكمة النقض الفلسطينية¹، في حين يختلف موقف التشريعات التي تبنت فكرة التقادم المكسب والمسقط، حيث هنا يسقط حق الملكية من المالك أو حق التصرف من المتصرف في الأراضي الأميرية إذا ترك المدة المطلوبة، بالتالي فإن الملكية أو التصرف في الأراضي الأميرية ينتقل لوضاع اليد إما بدفع الدعوى من قبله إذا تحقق الزمن المطلوب وقام المالك أو المتصرف بالإدعاء عليه، أو بالإدعاء من قبله إذا استوفت حيازته شروط المادة (3) من القانون المعدل لأحكام الأموال غير المنقولة رقم (51) لسنة 1958 النافذ بالصفة الغربية، وهذا ما أكدته محكمة النقض الفلسطينية²، أو وفقاً لنص المادة (78) من قانون الأراضي العثماني³، والتي سيتم الحديث عنها لاحقاً.

الإقرار الذي ادعى إن كان قد ربط بسند حاوٍ لخط المدعى عليه المعروف سابقاً أو ختمه ولم يوجد مرور الزمان من تاريخ السند إلى وقت الدعوى تسمع دعوى الإقرار على هذه الصورة".

¹ انظر حكم محكمة النقض الفلسطينية رقم (106/2019) الصادر بتاريخ 2009/11/12، موقع المفتي: <http://muqtafi2.birzeit.edu/muqtafi2/transform/fulltext/L2RiL211cXRhZmkvanVkZ21lbnQveG1sL2p1ZGdtZW50L0NBU1MvQ2l2aWwvMjAwOS8xMS8xMDZfMjAwOS54bWw> تاريخ الزيارة، 2020/11/10 الساعة 3 مساءً، "...أما بخصوص الدفع بسقوط الحق في المطالبة نظراً لمرور الزمن، فإن من المنفق عليه فقهاً وقانوناً أن الحق لا يسقط بمرور الزمن، لأنه ينتقل من المورث إلى الورثة ويحل الورثة حلولاً قانونياً محل مورثهم في التركة كما هو ثابت في حجة حصر الإرث رقم (127/61/283) تاريخ 1989/4/25 وما تضمنته من انتقال حقوق للورثة ومن ضمنهم المطعون ضدهم، الأمر الذي من شأنه أن يسقط هذا الدفع عملاً بالمادة (1674) من المجلة القائلة أن الحق لا يسقط بمرور الزمن..."

² انظر حكم محكمة النقض الفلسطينية رقم (2017/1834) الصادر بتاريخ 2019/4/1، موقع المفتي: <http://muqtafi2.birzeit.edu/muqtafi2/transform/fulltext/L2RiL211cXRhZmkvanVkZ21lbnQveG1sL2p1ZGdtZW50L0NBU1MvQ2l2aWwvMjAxOS80LzE4MzRfMjAxNy54bWw> تاريخ الزيارة 2020/11/10 الساعة 4 مساءً، "...وبما أن الدعوى موضوعها تثبيت ملكية ومنع معارضة وأن المدعي يستند في الادعاء بالملكية إلى اتفاقيات بيع خارجية، وبما أن الأرض موضوع النزاع لم تتم فيها أعمال التسوية، وبالتالي لا بد من توافر شروط المادة (3) من القانون رقم (51) لسنة 1958 المعدل للأحكام المتعلقة بالأموال غير المنقولة وهي إثبات عقد أو عقود البيع التي يستند إليها وبيان سبب الملكية الذي يستند إليه، والشرط الثاني أن يثبت التصرف الهادئ الفعلي المستند على نية التملك مدة عشر سنوات في الأراضي الأميرية وخمسة عشر سنة في الأراضي الملك..."

³ عيسه، حسين عاهد: الوجيز في الحقوق العينية الأصلية وفق مجلة الأحكام العدلية والتشريعات النافذة في فلسطين، (279).

مجلة الاحكام العدلية لم تتطرق للحديث عن موضوع الحيابة، وإنما تحدثت عن وضع اليد، وذلك حسب المادة (1248)¹، وكلمة اليد في المجلة تعني الحيابة، فيقول السرخسي: "أن سبب الملك هو اليد وهو ما يعاينه كل أحد"، ويقول الكاساني: "أن المدعى عليه (واضع اليد) هو من يخبر عما في يد نفسه بنفسه"، وكذلك الفقه الشافعي، وتعد الحيابة في الفقه الحنفي والشافعي وضع اليد على الشيء موضوع الحيابة، كما يجعلون من اليد معياراً لتحديد المدعي والمدعى عليه، وأن صاحب اليد هو من يوافق قوله الظاهر²، وكذلك نص المادة (1249) من مجلة الأحكام العدلية³، ويتضح من النص أن المجلة تحدثت عن إحراز المباحات والتي تقتصر على المنقولات، وهو قائم على حيابة الشيء أي وضع اليد، وتتمثل في ممارسة السيطرة الفعلية على الشيء محل الحيابة بحسب طبيعته ويقتصر الإحراز هنا فقط على المنقولات التي لا مالك لها أما إذا كانت هذه المنقولات مملوكة للغير ولم يتخلى عنها مالها وقام أحد بإحرازها لا نكون هنا بصدد إحراز مباحات لانتفاء الشرط الأساسي وهو أن تكون تلك المنقولات لا مالك لها، وقد يكون الإحراز مباشراً أو حكماً، فيكون مباشراً بأن يقوم الحائز بمسك الشيء محل الحيابة والسيطرة عليه، كأن يقوم بأخذ الماء من النهر، ويكون حكماً بتهيئة الظروف للإحراز، كما هو الحال بالنسبة للصيد الذي ينصب شبكته للصيد⁴.

¹ مجلة الأحكام العدلية، المادة (1248): "أسباب التملك ثلاثة: الأول، الناقل للملك من مالك إلى مالك آخر كالبيع والهبة. والثاني: أن يخلف أحد آخر كالارث. والثالث: إحراز شيء مباح لا مالك له، وهذا إما حقيقي وهو وضع اليد حقيقة على ذلك الشيء، وإما حكمي وذلك بتهيئة سببه كوضع إناء لجمع المطر ونصب شبكة لأجل الصيد".

² خالد، عدلي أمير: اكتساب الملكية العقارية بالحيابة في الفقه الإسلامي، الإسكندرية: دار المطبوعات الجامعية، 2003، (16).

³ مجلة الأحكام العدلية، المادة (1249): "كل من يحرز شيئاً مباحاً يملكه مستقلاً، مثلاً لو أخذ واحد من نهر ماءً بوعاء كالجرة والبرميل، فإحرازه وحفظه في ذلك الوعاء صار ملكه ليس لغيره صلاحية الإنتقاع به، وإذا أخذه آخر بدون إنذره واستهلكه فيكون ضامناً".

⁴ عيسه، حسين عاهد: الوجيز في الحقوق العينية الأصلية وفق مجلة الأحكام العدلية والتشريعات النافذة في فلسطين، (212، 213).

استخدم قانون الأراضي العثماني لسنة 1858 في المواد (73-100) كلمة التصرف الجاري بالأرض الأميرية للدلالة على حيازتها، أما التشريعات الأخرى المعدلة استخدمت مصطلح التصرف بمرور الزمن المطلوب لدفع الدعوى أو الإيداع بالملكية والتصرف، وهذا ما نصت عليه المادة (4) من القانون المعدل لأحكام الأموال غير المنقولة رقم (51) لسنة 1958 النافذ بالضفة الغربية¹، والتي تقابلها المادة (2) من قانون الأراضي المعدل رقم (78) لسنة 1933 النافذ في غزة².

الحيازة حتى تكون صحيحة ومنتجة لآثارها يجب أن تتوافر فيها بعض الشروط، منها: أن تكون مبتدأة لا عرضية، وهذا ما سيتطرق الباحث للحديث عنه في المبحث ضمن مطلبين:

¹ القانون المعدل لأحكام الأموال غير المنقولة رقم (51) لسنة 1958 النافذ بالضفة، المادة (4) "1- إذا تصرف واحد أو أكثر من الورثة مدة مرور الزمن أو أكثر بمال غير منقول لم تتم فيه التسوية مستقلاً عن باقي الورثة فيعتبر أنه تصرف به بالنيابة أو بالوكالة عن باقي الورثة ما لم يتم بينة قوية على أن هذا التصرف لم يكون على ذلك الوجه. 2- مع مراعاة الفقرة السابقة إذا كان المدعي باسترداد المال غير المنقول قاصراً أو فاقداً الأهلية القانونية فتبتدى مدة مرور الزمن من التاريخ الذي يصبح فيه المدعي راشداً أو غير فاقد الأهلية. 3- إيفاء للغاية المقصودة من الفقرة السابقة: -أيعتبر المدعي راشداً بإكماله السنة الثامنة عشرة من عمره. ب-يعتبر الشخص غير فاقد الأهلية عندما يصدر بحقه حكم من محكمة ذات اختصاص بإلغاء القرار الذي يقضي باعتباره محجوراً أو مختل الشعور، وتبتدى عندئذ المدة من تاريخ اكتساب ذلك الحكم الدرجة القطعية".

² قانون الأراضي المعدل رقم (78) لسنة 1933 النافذ في غزة، المادة (2): "1- إذا تصرف واحد أو أكثر من الورثة بأرض مستقلين عن سائر الورثة فيحمل ذلك على الافتراض أنهم يتصرفون بالأرض بالنيابة أو بالوكالة عن سائر الورثة غير أنه يجوز رد هذا الافتراض أمام المحكمة ذات الصلاحية بشهادة شفوية أو تحريرية تثبت أن التصرف جرى بدون موافقة الوارث أو الورثة الآخرين. 2- لا تسمع الدعوى القائمة بين الورثة لاسترداد أرض متقلة من مورث واحد والمتصرف فيها وارث أو أكثر، مستقلين عن سائر الورثة بعد انقضاء مدة مرور الزمن المعينة قانوناً في دعاوى الأراضي وتبتدى هذه المدة من تاريخ التجاوز بدون موافقة بقية الورثة حسب نص الفقرة السابقة وإذا كان المدعي في تاريخ التجاوز هذا قاصراً أو فاقداً الأهلية القانونية فتبتدى مدة مرور الزمن من التاريخ الذي أصبح فيه المدعي غير قاصر أو غير فاقد الأهلية القانونية. 3- إيفاء للغاية المقصودة من هذه المادة: (أ) يعتبر سن الرشد السنة الثامنة عشرة. (ب) يعتبر المختل الشعور أو المحجور من قبل محكمة ذات اختصاص فاقداً الأهلية القانونية".

المطلب الأول: أن تكون الحيابة المبتدأة.

والمقصود بالحيابة المبتدأة: أن تكون قانونية، أي تتوافر بها الأعمال المادية المكونة لها، بالإضافة إلى القصد (النية) منها¹، والشرط لم يتطرق له أي من القوانين بنص واضح وصريح، وإنما يمكن الإستدلال عليه من خلال دراسة ماهية الحيابة وتعريفها، وما هي العناصر التي يجب أن تحتويها حتى تكون قانونية وصحيحة ومنتجة لآثارها.

فشرط أن تكون الحيابة مبتدأة يتضمن أن تحتوي على عنصرين أحدهما مادي والآخر معنوي، فالعنصر المادي يقوم على علاقة تربط الحائز بالشيء المحوز، أي يقوم بالأعمال المادية التي يباشرها صاحب الحق عادة، وأن تكون الرابطة قاطعة في الدلالة على أن للحائز سلطة فعلية على الشيء المحوز، تخوله حق التصرف والانتفاع به، وليس شرطاً أن تكون واقعة على الشيء مادياً، بل يكفي أن تكون الظروف المحيطة لها بأن الحائز له سلطة التصرف والانتفاع بهذا الشيء المحوز دون وجود أية عقبات أمامه، كما لا يشترط في الشخص الحائز أن يستعمل الشيء المحوز باستمرار يومياً، بل يكفي أن سلطته على الشيء المحوز تمكنه من التصرف به في أي وقت يشاء، كما يتصرف به مالكة دون اعتراض من أي أحد، ودون الحد من الصلاحيات التي تكون بيد المالك، فلا يكفي أن يقوم بالانتفاع فقط بل يجب أن تكون له كافة السلطات من تصرف واستغلال وانتفاع².

يرى معظم الفقهاء بأن المقصود بالعنصر المادي: هو القيام بالأعمال المادية التي يقوم بها صاحب الحق عادةً، فحيابة شيء معين تقتضي الإستئثار به كاستعماله واستغلاله والتصرف به بما تقتضيه طبيعة الشيء المحاز، فإذا كان هو أرض فالأعمال المادية عليها تتمثل بزراعتها وحرثها والبناء عليها، وإذا كان حق ارتفاق كحق المرور، فالأعمال المادية هي باستعمال الحق والمرور

¹ سوار، محمد وحيد الدين: شرح القانون المدني الحقوق العينية الأصلية ج2 أسباب الملكية والحقوق المشتقة من حق الملكية، ط1، عمان: دار الثقافة، 1999، (220).

² هرجه، مصطفى مجدي: الحلول العلمية في مشاكل الحيابة ومسكن الزوجية، الإسكندرية: دار المطبوعات الجامعية، 1996، (65، 66).

دوماً من أرض الجار الذي لك عنده الحق، فالحيازة لا تقتصر على حق الملكية فقد تكون الحيازة على إحدى الحقوق العينية الأخرى كحقوق الارتفاق أو الانتفاع.

ولا تكفي الأعمال القانونية لتوافر العنصر المادي، كون أن هذه الأعمال قد تصدر من شخص لا يملك، فقد يبيع إنسان ما لا يملك¹.

ولا يعد السبب القاهر أو أية ظروف أخرى تمنع الحائز من السلطة على الشيء المحوز مؤقتاً أي مانع وقتي بأنه لم يعد حائزاً له أو أن حيازته لهذا الشيء قد انقطعت². لأن العبرة هي الحيازة الفعلية وليست بمجرد تصرف قانوني قد يطابق أو لا يطابق تصرف المالك، فيكفي أن تكون الأعمال المادية التي يباشرها الحائز على الشيء المحوز حقيقية وفعلية وخالية من أية عيوب من شأنها جعل الحيازة غير حقيقية ومبتدأة³.

السيطرة المادية أي العنصر المادي للحيازة قد تتحقق ابتداءً وهو الأصل كأن يباشر الحائز السيطرة بنفسه، وقد تتحقق انتقالاً من الغير وهذا استثناءً أي يمكن أن يباشر الحائز حيازته بواسطة الغير⁴، كأن تكون السيطرة الفعلية على الشيء لشخص، وأن يقوم بنقلها لشخص آخر، فتنقل السيطرة الفعلية إلى ذلك الشخص مثل أن يقوم شخص ببيع سيارة فتنقل من البائع إلى المشتري وليس شرطاً هنا أن يقوم المشتري بمباشرة السلطة التي انتقلت له من البائع حتى يكون حائزاً بل يكفي أن يكون قادراً على استعمالها، وذلك بأن يتم تسجيلها باسم المشتري في الدائرة المختصة وأن تكون مفاتيح السيارة وأوراقها مع المشتري فهذه تخوله سلطة استعمالها والتصرف بها حتى لو بقيت مع البائع لفترة، وكذلك لو كان الشيء المراد بيعه عقاراً فتنقل السلطة للمشتري بتسليمه مستندات العقار وتسجيله بإسمه لدى الجهات المختصة، ولا يشترط أن يباشر المشتري

¹ باشا، محمد كامل مرسي: شرح القانون المدني الجديد الحقوق العينية الأصلية الجزء الرابع أسباب كسب الملكية -الحيازة والتنازل، ط2، الإسكندرية: المطبعة العالمية، 1952، (10).

² القانون المدني الأردني، مادة (1/1179): "لا تتقضي الحيازة إذا حال دون مباشرة السيطرة الفعلية على الشيء أو الحق مانع وقتي".

³ هرجه، مصطفى مجدي: الحول العلمية في مشاكل الحيازة ومسكن الزوجية، (65، 66).

⁴ عبد الرحمن، محمد شريف عبد الرحمن أحمد: أسباب كسب الملكية: الحيازة المكسبة للملكية ودعاوى الحيازة، ط1، القاهرة: دار النهضة العربية، 2010، (98).

الأعمال المادية والاستحواذ عليه حتى يصبح حائزاً له¹، وواضح من خلال نص المادة (1174) من القانون المدني الأردني²، والمادة (952) من القانون المدني المصري³، والمواد (1248)، (1249) من مجلة الأحكام العدلية⁴.

كذلك تتحقق السيطرة الفعلية للحائز على الشيء المحوز بالواسطة كأن يباشر الحيازة شخص آخر غير الحائز فيكون الغير تابعاً أو ممثلاً قانونياً مثل الخادم يحوز لحساب سيده والوكيل يحوز لصالح موكله والوصي أو الولي يحوز لصالح القاصر⁵. وواضح من خلال نص المادة (951) من القانون المدني المصري⁶، والمادة (2/1171) من القانون المدني الأردني¹، لكن نصوص المواد

¹ المنجى، محمد: الحيازة، ط3، الإسكندرية: منشأة المعارف، 1993، (19-21).

² القانون المدني الأردني، المادة (1174): "تنتقل الحيازة من الحائز إلى غيره إذا اتفقا على ذلك وكان في استطاعة من انتقلت إليه الحيازة أن يسيطر على الشيء أو الحق محل الحيازة ولو لم يتم تسليمه".

³ القانون المدني المصري، المادة (952): "تنتقل الحيازة من الحائز إلى غيره إذا اتفقا على ذلك وكان في استطاعة من انتقلت إليه الحيازة أن يسيطر على الحق الواردة عليه الحيازة، ولو لم يكن هناك تسلّم مادي للشيء موضوع هذا الحق".

بالمقابل عالج مشروع القانون المدني الفلسطيني، في المادة (1084): "الحيازة سيطرة فعلية من الشخص بنفسه أو بواسطة غيره على شيء أو حق يجوز التعامل فيه". حيث جاء في المذكرات الإيضاحية للمشروع أن الحيازة تشتمل على عنصرين مادي ومعنوي، ومقصد ذلك أن تكون الأعمال المادية التي يقوم بها الحائز مصحوبة بقصد استعمال حق معين، وبناءً عليه فإن الحيازة هي: وضع مادي ينجم على أن شخص يبسط سيطرة فعلية على حق، سواء كان هو صاحب الحق أم لا، وذلك عن طريق استعمال الحق واستغلاله والتصرف فيه، هذا كله بالنسبة لحق الملكية، أما إذا كان الشيء المحاز حق ارتفاق أو انتفاع فحيازته تكون باستعماله فعلاً، فحق استعمال المرور يكون بالمرور من أرض الجار، وكذلك حق الإنتفاع يكون بالإنتفاع من الشيء محل الحق، وأن السيطرة قد تقع من الشخص نفسه أو بواسطة غيره كالمستأجر، فتكون الحيازة القانونية للمؤجر ويباشرها نيابة عنه المستأجر، وأن الحيازة تقع على الحقوق العينية لا الشخصية وأنها تقع على الأموال الخاصة لا العامة، وأنه لا يشترط في الحائز كمال الأهلية، حيث أن غير المميز يكسب الحيازة عن طريق من ينوب عنه نيابة قانونية. ديوان الفتوى والتشريع الفلسطيني: المذكرات الإيضاحية لمشروع القانون المدني الفلسطيني.

⁴ مجلة الأحكام العدلية، المادة (1248): "أسباب التملك ثلاثة: الأول: الناقل للملك من مالك إلى مالك آخر كالبيع والهبة. الثاني: أن يخلف أحد الآخر كالإرث. الثالث: إحرار شئ مباح لا مالك له وهذا إما حقيقي وهو وضع اليد حقيقة على ذلك الشيء وإما حكمي وذلك بتهيئة سببه كوضع إناء لجمع ماء المطر أو نصب شبكة لأجل الصيد"، والمادة (1249): "كل من يحرز شيئاً مباحاً يملكه مستقلاً، مثلاً لو أخذ واحد من نهر ماءً بوعاء كالجرة والبرميل فيأجره وحفظه في ذلك الوعاء صار ملكه ليس لغيره صلاحية الإنتفاع به، وإذا أخذه آخر بدون إذنه واستهلكه فيكون ضامناً".

⁵ الناصوري، عز الدين وآخرون: الحيازة المدنية وحمائتها الجنائية "في ضوء الفقه والقضاء"، ط3، (10-13).

⁶ القانون المدني المصري، المادة (951): "1- تصح الحيازة بالواسطة متى كان الوسيط يباشرها باسم الحائز وكان متصلاً به اتصالاً يلزمه الائتمار بأوامره فيما يتعلق بهذه الحيازة. 2- وعند الشك يفترض أن مباشر الحيازة إنما يحوز لنفسه، فإن كانت استمراراً لحيازة سابقة افتراض أن هذا الاستمرار هو لحساب البادئ بها".

تتطلب أن يكون الوسيط متصلاً بالحائز اتصالاً يلزمه الائتثار بأوامره فيما يتعلق بالشيء موضوع الحياة لكن حياة الولي أو الوصي أو القيم لصالح القاصر أو المحجور عليه فإن إرادتهم تكون مسلوبة ولا ياتمر الولي أو الوصي أو القيم لأوامر الحائز لانقضاء إرادتهم، لكن هنا تكون الجهة المسؤولة عن أموال هؤلاء عديمي الإرادة هي المحكمة الشرعية، والقاضي الشرعي هو من يقوم بتوجيه الأوامر لذلك الولي أو الوصي، فإن لم يمتثل لتلك الأوامر يكون من حق المحكمة عزله وتعيين ولي أو وصي آخر².

وتكون السيطرة المادية والأعمال المادية التي يقوم بها الوسيط بالحياة لا تنسب له ولا يعتبر حائز، بحيث يقوم بمباشرتها لصالح الحائز الأصيل، والأصل بالحياة هو من يقوم بالسيطرة المادية والأعمال المادية يعتبر هو الحائز حتى لو كان وسيط، ويحق لمن يدعي بأن هذا الحق هو له، وأن الذي يقوم بالأعمال المادية ليس إلا وسيط أن يثبت ذلك³، ووضح من نص المادة (1175) من القانون المدني الأردني⁴، والمواد (963، 967) من القانون المدني المصري⁵، يتضح من

¹ القانون المدني الأردني، المادة (2/1171): "ويكسب غير المميز الحياة عن طريق من ينوب عنه نيابة قانونية". بالمقابل عالج مشروع القانون المدني الفلسطيني، في المادة (1086): "1-تصح الحياة بالوساطة متى كان الوسيط يباشره باسم الحائز وكان متصلاً به اتصالاً يلزمه بتنفيذ أوامره فيما يتعلق بهذه الحياة. 2-يفترض عند الشك أن مباشر الحياة إنما يحوز لنفسه، فإن كانت استمراراً لحياة سابقة افترض أن الاستمرار لحساب البادئ بها". وحيث جاء في المذكرات الإيضاحية للمشروع أن الأصل الحياة، يباشرها الحائز إلا أنه لا يوجد ما يمنع أن يباشرها عنه شخص آخر بالوساطة، بحيث يكون الأخير متصلاً به اتصال التابع بالمتبوع ويأتمر بأوامره، فتتوافر أركان وعناصر الحياة لدى الحائز الأصيل، بينما لا تتوافر بالوسيط كحياة الخدم والمستخدمين وعمال الحائز الأصيل، والسيطرة بواسطة الغير تكون غير مفترضة، بالتالي إذا تحققت السيطرة المادية لدى شخص افترض أنه يباشرها لحسابه لا لحساب غيره، فيكون هو الحائز لذلك الشيء ما لم يقم الدليل على عكس ذلك. ديوان الفتوى والتشريع الفلسطيني: المذكرات الإيضاحية لمشروع القانون المدني الفلسطيني.

² الدناصري، عز الدين وآخرون: الحياة المدنية وحمايتها الجنائية "في ضوء الفقه والقضاء"، (10-13).

³ مبارك، سعيد عبد الكريم: موجز أحكام القانون المدني الأردني الحقوق العينية، ط1، عمان: دائرة المكتبة الوطنية، 1996، (135).

⁴ القانون المدني الأردني، المادة (1175): "1-إذا تنازع أشخاص متعددون على حياة شيء أو حق واحد اعتبر بصفة مؤقتة أن حائزه هو من له الحياة المادية إلا إذا أثبت أنه قد حصل على الحياة بطريقة معيبة. 2-تبقى الحياة محتقظة بصفتها التي بدأت بها وقت كسبها ما لم يقم دليل على عكس ذلك".

⁵ القانون المدني المصري، المادة (963): " إذا تنازع أشخاص متعددون على حياة حق واحد اعتبر بصفة مؤقتة أن حائزه هو من له الحياة المادية، إلا إذا ظهر أنه قد حصل على الحياة بطريقة معيبة"، والمادة (967): "تبقى الحياة محتقظة بالصفة التي بدأت بها وقت كسبها، ما لم يقم الدليل على عكس ذلك".

المواد أعلاه أن من يباشر الحيابة يعتبر هو الحائز الحقيقي ما لم يثبت عكس ذلك، مثل المؤجر يدعي بأن المستأجر يحوز ذلك الشيء لصالحه أي نيابة عنه وليس لنفسه، وإذا أثبت شخص بأنه سلم الشيء المحاز إلى الحائز (الوسيط) فإن الوسيط يحوز ذلك الشيء لمن أثبت ذلك، وتعتبر حيابة الوسيط استمراراً لحيابة الحائز الأصيل¹، وهذا ما أكدته محكمة النقض المصرية بقولها (... حيابة النائب تعتبر حيابة للأصيل وللأصيل أن يستند إلى حيابة نائبه عند الحاجة بالتالي فإن حيابة المستأجر للعقار المؤجر تعتبر بالنيابة عن الأصيل ويعتبر الأصيل مستمراً في وضع يده على ذلك العقار خلال مدة الإيجارة...)².

ووفقاً للقواعد العامة فإن الحيابة يمكن أن تكون على الملكية الشائعة فتكون في هذه الحالة حيابة على الشيوع، يمكن لأكثر من شخص تملك وحيابة عقار معين، فهنا يحق لكل منهما أن يقوم بالأعمال المادية للحيابة والتي تبين الركن المادي دون أن تكون ممارسة أحد الشركاء لهذه الأعمال المادية مانع لقيام باقي الشركاء من ممارستها أيضاً، بالتالي هو يمارس الأعمال المادية مع باقي

بالمقابل عالج مشروع القانون المدني الفلسطيني، في المادة (1098): "إذا تنازع أشخاص متعددون على حيابة شيء أو حق واحد عد بصفة مؤقتة أن الحائز هو من له الحيابة المادية إلا إذا ظهر أنه قد حصل على الحيابة بطريقة معيبة"، حيث جاء في المذكرات الإيضاحية للمشروع أنه إذا حصل تنازع بين عدة أشخاص على حيابة شيء معين اعتبر أن الحائز هو من تتوافر لديه السيطرة المادية، وهذه الواقعة يتم إثباتها بكافة طرق الإثبات كونها واقعة مادية، وعلى مدعي الحيابة أن يثبت أنها معيبة وهي استمرار لحيابته، بالتالي وجود الحيابة المادية هي قرينة قانونية على وجود الحيابة المبتدأة أي توافر عنصر القصد، لكنها قرينة بسيطة قابلة لإثبات العكس. والمادة (1099): "من كان حائزاً للشيء أو الحق عد صاحبه حتى يقوم الدليل على خلاف ذلك"، حيث جاء في المذكرات الإيضاحية للمشروع أن المادة تقيم قرينة لإثبات الملكية، وهي قانونية، أي جعلت حيابة الشيء قرينة على ملكيته، لكنها غير قاطعة، تقوم لصالح الحائز، وإذا أثبت المدعي عكس ذلك أصبحت الملكية له لا للحائز. بالتالي يتضح مما سبق أن القانون رسم طريقاً لإثبات الملكية من خلال وجود قرينتين: الأولى الحيابة المادية قرينة على الحيابة المبتدأة ما لم يتم إثبات العكس والثانية أن الحيابة المبتدأة قرينة على الملكية ما لم يتم إثبات العكس. ديوان الفتوى والتشريع الفلسطيني: المذكرات الإيضاحية لمشروع القانون المدني الفلسطيني.

¹ مبارك، سعيد عبد الكريم: موجز أحكام القانون المدني الأردني الحقوق العينية، (135، 136).

² انظر الطعن رقم (46) لسنة 12 ق الصادر بتاريخ 1943/2/25. المشار إليه في كتاب المهدي، أحمد وآخرون: منازعات الحيابة على العقار والمنقول والطرق القانونية لإنهائها، ط1، القاهرة: دار العدالة، 2006، (56).

شركائه لا لوحده، وكذلك أيضاً الركن المعنوي أي القصد فيكون قصد الشريك في المال الشائع من استعمال المال لا لوحده وإنما مع باقي شركائه¹.

والحياسة على الشيوع لا تحقق أي أثر من آثار الحياسة إلا بما يتفق مع أحكام المال الشائع، فلا تحمي أي من الشركاء بصفة مستقلة عن غيره، وكذلك لا تكسب أي من الشركاء ملكية المال الشائع بالتقادم حتى لو تصرف به واحد من الشركاء ولم يتصرف باقي الشركاء به، فيتملك المتصرف في المال مقدار نصيبه وحصته فقط².

والأعمال المادية التي يباشرها الحائز بنفسه أو انتقلاً من غيره أو بالوساطة والتي تشكل الحياسة المادية والحقيقية للشيء المحوز تعتبر من الأمور الموضوعية التي يعود تقديرها لقاضي الموضوع، وله سلطة تقديرية في ذلك وله أن يستشفها من عدة أمور منها: طريقة الانتفاع بالشيء وطبيعته وفقاً لما هو مخصص له وفق العرف والعادة³.

يتضح من دراسة المطلب أنه متى تحققت الأعمال المادية والسيطرة المادية للحائز على الشيء المحوز سواءً كان الشيء عقاراً أو منقولاً، فإن الأعمال المادية تبقى قائمة ما دامت لم تنقطع، ويبقى للحائز السيطرة المادية على المنقول المحاز ما دام في يده ولم يخرج من حوزته، أما بخصوص العقار فإن السيطرة المادية تبقى له ما دام لديه القصد بالحياسة حتى لو لم يستعمل ذلك العقار وتركه فترة من الزمن ومثال ذلك: إذا كان الشيء المحاز عبارة عن منزل أو قطعة أرض وانقطع الحائز عنها فترة من الزمن فإنه يبقى محتفظاً بالسيطرة المادية على ذلك العقار ما دام أنه

¹ كاظم، حسن محمد: *الحياسة في القانون المدني*، مجلة دراسات الكوفة، العدد 18، 2011، بحث منشور في دار المنظومة، (144).

² الشهاوي، قدرى عبد الفتاح: *الحياسة كسب من أسباب كسب الملكية في التشريع المصري والمقارن، الإسكندرية: منشأة المعارف، 2003، (31-33)*.

³ غانم، ياسين: *الحياسة وأحكامها في التشريع السوري والتشريعات العربية "دراسة مقارنة"*، ط3، حمص-سوريا: تنوير للتضيد والطباعة، 2000، (24).

يستطيع العودة إليه في أي وقت يريد، ولا تزول الصفة عن الحائز إلا إذا أصبح غير متمكن من العودة إلى مباشرة الأعمال المادية¹.

أما فيما يتعلق بموقف الفقه الإسلامي من العنصر المادي للحيازة وتحقق الأعمال المادية لها فإنه أشاد بهذا العنصر وبدونه لا يوجد حيازة، حيث أشار المذهب الحنفي: "أنه لو ادعى شخصان ملكية بيت وأحدهما ساكن فيه، فيكون البيت للساكن فيه ولو كان أحدهما أحدث فيه شيئاً من بناء أو حفر فهو لصاحب البناء والحفر لأن سكنى البيت والبناء والحفر تصرف في البيت، لأن اليد على العقار لا تثبت بالسكون فيه وإنما بالتصرف فيه"².

أما المذهب المالكي فيقول مالك: "بأن الدار في يد رجل منذ عشرة سنين يحوزها ويمنعها ويكرها ويهدم ويبني وجاء شخص آخر أقام بينة على أن الدار له فإن كان الشخص الذي يدعي ملكيتها حاضراً وقت قيام الحائز بحيازتها وكرائها وبنائها فلا حجة له وتكون لمن هي بيده، أما إذا كان غائباً سئل الحائز عن الدار التي بيده فإن أتى ببينة فتكون لمن بيده وليس على الذي أقام البينة أنها له"³.

أما المذهب الحنبلي فيقول ابن قدامة: "إذا كان في يد شخص بيت أو عقار يتصرف به تصرف الملاك بالسكنى، والإعارة، والإجارة، والعمارة، والبناء، والهدم بدون أية قيود أو منازع فإنه يشهد له بملكيتها كون أن اليد دليل على الملك واستمرارها من غير منازع يقويها فجرت مجرى الإستفاضة"⁴.

¹ الشهاوي، قدرى عبد الفتاح: الحيازة كسب من أسباب كسب الملكية في التشريع المصري والمقارن، (34، 35).

² الكاساني، علاء الدين أبو بكر بن مسعود بن أحمد (ت: ٥٨٧هـ): بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، 7 ج، ط2، دار الكتب العلمية، ١٤٠٦هـ - ١٩٨٦م، (256/6).

³ الأصبجي، مالك بن أنس بن مالك بن عامر (ت: ١٧٩هـ): المدونة، 4 ج، الطبعة الأولى، دار الكتب العلمية، ١٤١٥هـ - ١٩٩٤م، (49/4).

⁴ ابن قدامة، أبو محمد عبد الله بن أحمد بن محمد (ت: ٥٤١ - ٦٢٠هـ): المغني، تحقيق: طه الزيني وآخرون، 10 ج، الطبعة الأولى، مكتبة القاهرة، (١٣٨٩هـ - ١٩٦٩م)، (142/10، 143).

وتوافر العنصر المادي ومباشرة الأعمال المادية هو شرط ضروري نصت عليه المادة (1248) من مجلة الأحكام العدلية¹، ويتضح من شرح المادة أن المقصود بإحراز الشيء أي الاستيلاء عليه وادعاء ملكيته، وهذا سبب منبث للملك من أصله، أي أن صفة الملكية لذلك المال قد أتت بالاستيلاء كإحياء الأرض الموات، وأن الاستيلاء قد يكون حقيقي أي بوضع اليد حقيقة على ذلك الشيء كقطع الخشب، أو حكمي وذلك بتهيئة سبب آخر لأجل الاستيلاء كوضع إناء لجمع مياه المطر، وهذا كله يحتاج إلى قصد سواء كان الاستيلاء حقيقي أم حكمي، أي يجب أن يكون الصائد قاصداً الصيد فلو لم يكن قاصداً فلا يملك ما تصيده شباك الصيد².

ويرى الباحث من خلال ما سبق موقف القانون المدني الأردني بداية عن شرط تحقق السيطرة المادية وكيفية تحققها، ومن ثم الحديث عن موقف الفقه الإسلامي من الشرط. يتضح أن الفقه الإسلامي يتوافق مع القانون المدني في هذا الشرط وهو تحقق السيطرة المادية على الشيء المحاز، وأن السيطرة المادية تختلف باختلاف الشيء المراد حيازته أي بما يتفق مع طبيعته.

أما فيما يتعلق بالعنصر الثاني من عناصر الحيازة وهو العنصر المعنوي والذي إذا اجتمع مع العنصر المادي يحقق شرطاً لأن تكون الحيازة مبتدأة، أي أن تكون نية الحائز من الحيازة هي الملكية.

التعريف بالعنصر المعنوي: يقصد به "أن تتجه نية الحائز وقصده من حيازة الشيء إلى تملكه، أو أن يكتسب عليه حقاً عينياً آخر"³.

¹ مجلة الأحكام العدلية، المادة (1248): "أسباب التملك ثلاثة: الأول: الناقل من مالك إلى مالك آخر كالبيع والهبة. الثاني: أن يخلف أحد آخر كالإرث. الثالث: إحراز شيء مباح لا مالك له، وهذا إما حقيقي وهو وضع اليد حقيقة على ذلك الشيء وإما حكمي وذلك بتهيئة سببه كوضع إناء لجمع المطر ونصب شبكة لأجل الصيد".

² حيدر، علي: درر الحكام شرح مجلة الأحكام العدلية، طبعة خاصة، المجلد الثالث، بيروت: دار عالم الكتب للطباعة والنشر والتوزيع، 2003، (259، 260).

³ سوار، محمد وحيد الدين: شرح القانون المدني الحقوق العينية الاصلية أسباب الملكية والحقوق المشتقة من حق الملكية، (232/2).

يتضح من مفهوم العنصر المعنوي أن يكون لدى الحائز الذي يباشر السيطرة المادية على الشيء المحاز النية في تملكه، وأن يظهر أمام الجميع بمظهر المالك، أي أن يباشر الأعمال المادية على الشيء المحاز لحساب نفسه، فإذا انتفى العنصر فإننا نكون بصدد حيازة عرضية لا حيازة مبتدأة يترتب عليها اكتساب ملكية الحق المحاز، أو مجرد وضع يد حيث يكون بموجبه مباشراً للسيطرة لا لحسابه بل لحساب شخص آخر غيره كالمستأجر والوكيل والنائب¹.

لذلك تتحدد نية القائم بالأعمال المادية على الشيء المحاز بالحق الذي يريد أن يكتسبه، لكون أن مفهوم الحق هو الإستئثار بجميع مزاياه، وحق الملكية يخول صاحبه سلطات عدة وهي: التصرف، والاستعمال، والاستغلال، لكن ليس شرطاً أن تكون حيازة الشخص لشيء أو حق معين يترتب عليها استئثاره بجميع مزاياه وسلطاته، فقد تكون نيته من الحيازة هو كسب حق عيني أو انتفاع على الشيء مثل حق المرور، بالتالي فإن نية الحائز هي التي تحدد الحق الذي يريد أن يظهر به مظهر المالك، وتظهر النية ويستدل عليها من خلال الأعمال المادية التي يباشرها على الشيء المحاز، ومن خلال الأعمال المادية يتضح لنا ما هو الحق الذي تتجه نيته لكسبه بالحيازة، ولا يوجد ما يمنع أن تتعدد نية الحائز على الشيء المحاز، لأنه يمكن أن تتعدد الحقوق على ذات الشيء، فقد يكون شخص له حق الإنتفاع والآخر له حق الرقبة².

يتضح مما سبق أن قوام العنصر المعنوي هو نية الحائز، فهي التي تحدد الشيء الذي يريد أن يظهر به المالك، بالتالي فإن نية الحائز هي التي تحدد هل كان يحوز الشيء بقصد تملكه أم لا. وللحديث أكثر عن العنصر المعنوي وللإحاطة به من كافة جوانبه فقد ظهرت نظريتان حوله الأولى النظرية الشخصية (التقليدية)، والثانية النظرية المادية.

¹ منصور، محمد حسين: الحقوق العينية الأصلية (الملكية والحقوق المتفرعة عنها-أسباب كسب الملكية)، الإسكندرية: دار الجامعة الجديدة، 2007، (538، 539).

² عبد الرحمن، محمد شريف عبد الرحمن أحمد: أسباب كسب الملكية: الحيازة المكسبة للملكية ودعاوى الحيازة، (118، 119).

التعريف بالنظرية الشخصية (التقليدية): مفادها أن للحيازة عنصران، أحدهما مادي وهو تحقق السيطرة المادية على الشيء المحاز، والآخر معنوي وهو القصد أي نية التملك، وأنه لا تتحقق الحيازة بتحقق السيطرة المادية فقط، بل يجب توافر عنصر القصد إلى جانب السيطرة المادية، فعنصر القصد هو نية الحائز في أن يستعمل الحق المحاز لحسابه سواء كان حق ملكية أو أي حق آخر، فسميت هذه النظرية بالشخصية لأن النية والقصد تتعلق بالشخص، فعنصر القصد هو العنصر الجوهرى في الحيازة، وهو الذي يحول الحيازة من مجرد سيطرة مادية إلى مبتدأة منتجة لآثارها، بالتالي من يحوز لحساب غيره لا يتوافر لديه عنصر القصد لحساب نفسه وبالتالي لا يعد حائزاً¹.

أما أصحاب النظرية المادية فإنهم يرون بأنه لا يشترط توافر عنصر القصد ونية التملك لدى الحائز حتى تكون حيازته صحيحة يحميها القانون، بل يكفي أن تتوافر الأعمال المادية أي العنصر المادي، بالتالي يعتبر حائزاً كل من يضع يده على الشيء، ولا يوجد فرق لدى أنصار النظرية بين الحيازة الصحيحة والعرضية، ويوجد مساواة فيما بينهما من حيث أن الحائز يكون محمياً بدعاوى حماية الحيازة بخلاف أنصار النظرية الشخصية الذين يقصرون الحماية على الحائز بنية التملك².

والفرق بين هاتين النظريتين هو: أن النظرية المادية تحمي الحائز لحساب الغير مثل المستأجر والوكيل بدعاوى حماية الحيازة، بينما لا تحميه النظرية الشخصية بدعاوى حمايتها³.

كما سبق الحديث أن النية هي قوام العنصر المعنوي، لكن النية أمر داخلي يصعب الاستدلال عليه من ظاهر الحال ويصعب إثباته وإقامة الدليل على توفره، لذلك جعل المشرع قرينة على وجوده أن مجرد توفر العنصر المادي في الحيازة هو قرينة بسيطة على توفر العنصر المعنوي، بالتالي فإن الشخص الذي له السيطرة المادية على الشيء المحاز فإنه يحوز لحساب نفسه لا لغيره

¹ السنهوري، عبد الرزاق أحمد: الوسيط في شرح القانون المدني الجديد (أسباب كسب الملكية المجلد الثاني)، ج9، ط3، بيروت: أمانة عمان الكبرى، 2000، (803/9-805)، وانظر المنجى، محمد: الحيازة، (27، 28).

² عبد اللطيف، محمد: التقادم المكسب والمسقط، ط1، القاهرة: مطابع دار النشر للجامعات المصرية، (205، 206).

³ الدناصورى، عز الدين وآخرون: الحيازة المدنية وحمايتها الجنائية "في ضوء الفقه والقضاء"، (16).

حتى يتمكن صاحب المصلحة وهو الحائز الأصلي أو من يدعي أن له الحيازة على الشيء من نقض القرينة البسيطة، بإقامة الدليل على عكسها بأن الشخص لا يحوز لحساب نفسه بل لحساب غيره، فإذا وقع هناك تنازع بين شخصين أحدهما له السيطرة المادية على الشيء المحاز والآخر ليس له مثل ذلك، فهنا يفترض بأن من له السيطرة المادية هو الحائز باعتبار أنه يحوز لحسابه لا لحساب غيره، فهنا تقوم القرينة على توفر العنصر المعنوي لصاحب السيطرة المادية على الشيء، ويستطيع الآخر أن ينفي القرينة بإقامة الدليل على عكسها¹.

وواضح من خلال نص المادة (1/1175) من القانون المدني الأردني²، والمادة (2/951) من القانون المدني المصري³، والمواد (1250) و(1303) من مجلة الأحكام العدلية⁴، وبالرجوع إلى

¹ محمد، عبد الحميد عثمان: المفيد في شرح القانون المدني البحريني (أحكام حق الملكية)، البحرين: جامعة البحرين، 1426هـ، (380، 381).

² القانون المدني الأردني، المادة (1/1175): "إذا تنازع أشخاص متعددون على حيازة شيء أو حق واحد اعتبر بصفة مؤقتة أن حائزه هو من له الحيازة المادية إلا إذا أثبت أنه قد حصل على الحيازة بطريقة معيبة"، وتقول المذكرة الإيضاحية للقانون المدني الأردني في تفسيرها لهذا النص بأنه: "إذا ثبتت الحيازة بشروطها كانت قرينة على الملكية، ويفترض أن الحائز مالك حتى يقوم الدليل على غير ذلك مع أن الحيازة في ذاتها قد تكون محل شك في ثبوتها، لذلك يقتضي الأمر إيجاد قرينة أخرى وهي الحيازة المادية التي توافرت شروطها من هدوء واستمرار وظهور ووضوح، ومن أثبت أن له الحيازة المادية وبالشروط المذكورة فقد تمت له بذلك قرينة على الحيازة المبتدأة، وعلى من ينازعه أن يثبت أنه الحائز وأن الحيازة المادية كانت لحسابه مثلاً أو غير مقترنة بالعنصر المعنوي (عنصر القصد)، كما يلاحظ أن الحيازة تكون قرينة على الملكية إذا لم تكن هناك علاقة قانونية بين مدعي الملكية والحائز، فالمستأجر لا يستطيع أن يتخذ من الحيازة المادية قبل المؤجر قرينة على الحيازة المبتدأة، ومنها قرينة على الملكية، وإنما يحدد عقد الإيجار العلاقة بين الطرفين". أبو رحمة، إبراهيم وآخرون: المذكرات الإيضاحية للقانون المدني الأردني، عمان: المكتب الفني، 2000، (774).

³ القانون المدني المصري، المادة (2/951): "وعند الشك يفترض أن مباشر الحيازة إنما يحوز لنفسه، فإن كانت استمراراً لحيازة سابقة افترض أن هذا الاستمرار هو لحساب البادئ بها".

⁴ مجلة الأحكام العدلية، المادة (1250): "يقتضي أن يكون الإحراز مقروناً بالقصد، فلذلك لو وضع أحد إناء في محل بقصد جمع مياه المطر فيه فيكون ماء المطر المتجمع في ذلك الإناء لصاحبها، أما مياه المطر التي تجمعت في إناء وضعه أحد بغير قصد فلا تكون ملكاً له ويسوغ لشخص غيره أن يأخذها ويملكها"، والمادة (1303): "إذا وضع شخص في محل شيئاً كالشرك والشبكة لأجل الصيد فوقع فيه صيد فيكون لذلك الشخص لكن إذا نشر أحد شبكته بقصد تجفيفها في محل ووقع فيها صيد فلا يكون ملكاً له كما أنه لو وقع صيد في حفرة في أراضي شخص فإنه يجوز لآخر أن يملكه بأخذه، لكن إذا حضر صاحب الأرض تلك الحفرة لأجل الصيد فيصير أحق بالصيد من سائر الناس".

نص المادة (2/951) من القانون المدني المصري، نجد بأنه إذا كان الحائز قد انتقلت له الحياة من حائز سابق واستمر اللاحق بها، فيفترض هنا أن اللاحق يحوز لحساب السابق البادئ بالحياة، ما لم يتم إثبات غير ذلك. بالتالي من كان يريد أن يثبت بأنه هو الحائز البادئ في الحياة عليه إثبات أمرين: الأول أنه هو الحائز السابق، والثاني أن حياة اللاحق هي استمرار لحيازته، وبغير ذلك لا يستطيع أن يثبت أنه هو الحائز الأصلي، فإذا فشل في إثبات أي من هذين الأمرين فلا يستطيع أن يثبت بأنه هو الحائز الأصلي ويعتبر الحائز الحالي يحوز لحساب نفسه¹.

وأيضاً يتضح من شرح المواد (1250)، والمادة (1303) من المجلة أنه يقتضى أن يكون الإحراز مقروناً بالقصد حتى يتم، فإذا لم يكن مقروناً بالقصد فلا يحصل، لذلك لو قام شخص بوضع وعاء في مكان ما لجمع مياه المطر فيكون الماء المتجمع في الوعاء ملكاً له، أما إذا وضع وعاء دون أن يكون قاصداً جمع مياه المطر وتجمعت المياه فيه، فلا يكون ملكاً له ويكون مباحاً، ويحق للغير أخذ الماء وتملكه، أما إذا وضع شخص شيء معد للاصطياد كالشبكة في مكان مخصص للصيد سواء كان بقصد الصيد أم لا ووقع في الشبكة صيد فيكون ملكاً لصاحب الشبكة كون أن الشبكة معدة للصيد ووضعت في مكان معدة له ويسمى الصيد الحكمي أي الأخذ الحكمي، أما إذا وضعت في مكان غير مخصص للصيد ووقع بها صيد فلا يكون ملكاً لصاحب الشبكة لأنه لم يكن صيد حقيقي أو حكمي، كذلك لو وقع صيد في حفرة فيجوز لأي أحد أن يملكه بشرط ألا يكون الصيد الواقع فيها يمكن أخذه بمد اليد أي قريب، وحتى لو لم يكن صاحب الحفرة قصد منها الصيد، أما إذا كان الصيد قريباً ويمكن أخذه بمد اليد فيكون ذلك الصيد لصاحب الحفرة، أما إذا كان القصد من تلك الحفرة هو الصيد فيكون صاحب هذه الحفرة أحق بذلك الصيد من سائر الناس².

يرى الباحث من خلال تفسير المذكرات الإيضاحية لنص المادة (2/951) من القانون المدني المصري وشرح القانون المدني المصري بأن من له السيطرة المادية على الشيء يكون له قرينة بسيطة على أن لديه العنصر المعنوي ويقوم بحيازة الشيء لنفسه، ولمن يدعي عكس ذلك عليه أن

¹ العطار، عبد الناصر توفيق: إثبات الملكية بالحيازة وبالوصية في قضاء محكمة النقض المصرية (دراسة مقارنة)، طبعة السعادة، (222، 223).

² حيدر، علي: درر الحكام شرح مجلة الأحكام العدلية، (3/ 261-262، 307-308).

يدحض تلك القرينة ويثبت أن الحيابة كانت له ابتداءً وإنما كان الشخص مجرد وسيط أو نائب أو وكيل في الحيابة.

اتجه القانون المدني الأردني إلى الأخذ بالمعيار المزدوج بين النظريتين، فقد اشترط ابتداءً توافر السيطرة المادية للحائز، والشرط الآخر هو توفر عنصر القصد أي نية التملك، ولا تكون الحيابة مبتدأة صحيحة إذا اختل شرط من هذين الشرطين، وجعل توفر السيطرة المادية هي قرينة بسيطة على توفر العنصر المعنوي ويقبل إثبات عكسه، ووضح حسب المادة (1/1175)¹ من القانون المدني الأردني، ولم يتم بمنح المستأجر صلاحية مباشرة دعاوى الحيابة باسمه كونه حائز عرضي وليس قانوني وغير محمي بدعاوى الحيابة²، كما فعل القانون المدني المصري. كذلك وافق القانون المدني الأردني الفقهاء في وجوب ادعاء الحائز ملكية الشيء المحوز، ووضح حسب المادة (1181)³، حيث أن عبارة (باعتباره ملكاً له) دلت على اشتراط ادعاء الحائز الملكية للشيء المحوز حتى تكون الحيابة كاملة وصحيحة⁴.

وسبق الحديث عن النظرية الشخصية والمادية للعنصر المعنوي، فاختلقت الآراء حول موقف القانون المدني المصري من هاتين النظريتين، فذهب جمهور الفقهاء في مصر إلى أن القانون المدني أخذ بالنظرية الشخصية (محمد عرفة ص 125، عبد المنعم البدراري ص 502، إسماعيل غانم ص 101، منصور مصطفى ص 377، حسن كيرة ص 85)⁵، كون أنه اشترط لتحقيق الحيابة توافر النية أي عنصر القصد ولم يقصرها على الحقوق العينية بل مدها لتشمل الحقوق الشخصية⁶، ولأنه

¹ القانون المدني الأردني، المادة (1/1175): "إذا تنازع أشخاص متعددون على حيابة شيء أو حق واحد اعتبر بصفة مؤقتة أن حائزه هو من له الحيابة المادية إلا إذا أثبت أنه قد حصل على هذه الحيابة بطريقة معيبة".

² أبو رحمة، إبراهيم وآخرون: المذكرات الإيضاحية للقانون المدني الأردني، (770-776).

³ القانون المدني الأردني، المادة (1181): "من حاز منقولاً أو عقاراً غير مسجل في دائرة التسجيل باعتباره ملكاً له أو حاز حقاً عينياً على منقول، أو حقاً عينياً غير مسجل على عقار، واستمرت حيازته دون انقطاع خمس عشرة سنة فلا تسمع عليه عند الإنكار دعوى الملك أو دعوى الحق العيني من أحد ليس بذئ عذر شرعي".

⁴ الدعامة، رائد عبدالله محمد: الحيابة ودعاوى حمايتها القضائية "دراسة فقهية قانونية مقارنة" (رسالة دكتوراه غير منشورة)، الجامعة الأردنية: عمان، 2006، (74).

⁵ الدناصوري، عز الدين وآخرون: مرجع سابق، (16).

⁶ مصطفى، فتحي حسن: الملكية بوضع اليد في ضوء الفقه وأحكام النقص حتى عام 1989، الإسكندرية: منشأة المعارف، 1990، (19).

وضع على الحائز شرط أن تكون حيازته بنية التملك حتى يتم حمايته بدعاوى حماية الحيازة، وكون أن المشرع يحمي الحيازة القانونية الصحيحة التي بدورها تؤدي إلى كسب الملكية بالتقادم¹، وأن القضاء المصري أخذ بالنظرية الشخصية، فقد قررت محكمة النقض المصرية أنه يجب توفر نية التملك لمن يريد الحماية بدعاوى الحيازة، ولا بد أن يكون هذا العقار من العقارات التي يجوز تملكها بالتقادم².

وذهب رأي آخر بعكس ذلك (عبد المنعم الشرقاوي) مقررًا أن القانون المدني المصري أخذ بالنظرية المادية، وحثه في ذلك أن القانون المدني المصري حمى الحائز لحساب الغير (المستأجر) بدعاوى حماية الحيازة على الرغم من أنه لا يتوفر لديه عنصر القصد في التملك³.

يرى العلامة السنهوري في معرض مناقشة النظريتين الشخصية والمادية، بأن القانون المدني المصري أخذ من حيث المبدأ بالنظرية الشخصية، واشترط لقيام الحيازة توفر العنصر المعنوي، ولكنه تأثر بالنظرية المادية وجعل الحيازة تصح على الحقوق الشخصية تأثرًا بها ولم يجعلها قاصرة على الحقوق العينية كما فعلت النظرية الشخصية، وحمى حيازة المستأجر بجميع دعاوى الحيازة وفقاً لنص المادة (1/575) التي تنص على "لا يضمن المؤجر للمستأجر التعرض المادي إذا صدر من أجنبي ما دام المتعرض لا يدعي حقاً، ولكن هذا لا يخلّ بما للمستأجر من الحق في أن يرفع باسمه على المتعرض دعوى المطالبة بالتعويض وجميع دعاوى وضع اليد"، فبموجب النص حمى حيازة المستأجر بدعاوى الحيازة، فيجوز للمستأجر أن يرفع باسمه جميع دعاوى الحيازة على الغير، وبذات الوقت ميز بين حيازة المستأجر المحمية بدعاوى الحيازة وحيازة الخدم والأتباع التي تعد حيازتهم مجرد إحراز مادي كما نصت المادة (1/951) "تصح الحيازة بالوساطة متى كان الوسيط يباشرها باسم الحائز وكان متصلاً به اتصالاً يلزمه الائتثار بأوامره فيما يتعلق بهذه

¹ غانم، ياسين: الحيازة وأحكامها في التشريع السوري والتشريعات العربية "دراسة مقارنة"، (31، 32).

² انظر حكم محكمة النقض المصرية رقم 377 لسنة 68 القضائية "أحوال شخصية" الصادر بتاريخ 2010/12/14.

³ الدناصوري، عز الدين وآخرون: الحيازة المدنية وحمايتها الجنائية "في ضوء الفقه والقضاء"، (16).

الحيازة"، وهو بذلك قد أخذ بالنظرية المادية، بالتالي فإن المشرع المصري قد أخذ بالنظرية الشخصية في معظم الحالات وقصر النظرية المادية على بعض الحالات¹.

لم يسلك القانون المدني المصري مسلك القانون المدني الأردني بوجوب ادعاء الحائز ملكية الشيء المحوز بشكل واضح وصريح، والتي تمثل النظرية الشخصية، بل نص على أن الحائز الذي يحوز مالا مملوكاً لغيره مدة خمسة عشر عاماً يكسب ملكية المال بالحيازة، حتى ولو كان يعلم أنه مملوك لغيره أو غصبه منه²، وهذا واضح من خلال نص المادة (968)³.

يرى الباحث بأن القانون المدني المصري قد أخذ بالنظرية الشخصية ابتداءً، وبدون توفر العنصر المعنوي لا توجد حيازة مبتدأة صحيحة، ولكن توسع في النظرية لتشمل الحقوق الشخصية كما فعلت النظرية المادية، أي تم المزج بين النظريتين، وجعل هناك حالة وحيدة محمية بدعاوى الحيازة بالرغم من عدم توفر العنصر المعنوي فيها وهي حالة المستأجر، وهو استثناءً على الأصل، بالتالي لا يجوز القياس عليه كون أن المشرع المصري لو أراد القياس لكان قد أعطى جميع الحائزين العرضيين نفس المستأجر، لكن كما قلنا هذا استثناءً ولا يجوز القياس عليه، ولو أراد المشرع أن يتبنى النظرية المادية لنص ذلك صراحة، كما فعل حين جعل من العنصر المعنوي شرطاً لقيام الحيازة الصحيحة التي تكسب الملكية، وعدا عن ذلك حيازة المستأجر هي حيازة عرضية لا تكسب الملكية فقط، فهي محمية بدعاوى الحيازة، وهو دليل واضح على أن هذا استثناء عن الأصل العام.

¹ السنهوري، عبد الرزاق أحمد: الوسيط في شرح القانون المدني الجديد أسباب كسب الملكية، (المجلد الثاني)، (815/9).

² الدعامة، رائد عبدالله محمد: الحيازة ودعاوى حمايتها القضائية "دراسة فقهية قانونية مقارنة"، (74).

³ القانون المدني المصري، المادة (968): "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 حيازته دون انقطاع خمس عشرة سنة".

وموقف مشروع القانون المدني الفلسطيني هو ذات موقف القانون المدني المصري كون أن نصوص المشروع مقتبسة من نصوص القانون المدني المصري وبالتالي هو نفس الموقف ونفس الاستثناء الوارد في القانون المدني المصري بالنسبة للمستأجر هو ذاته بالمشروع وذلك وفق نص المادة (630) " لا يضمن المؤجر للمستأجر التعرض المادي إذا صدر من أجنبي ما دام المتعرض لا يدعي حقاً، ويجوز للمستأجر أن يرفع باسمه على المتعرض دعوى المطالبة بالتعويض ودعاوى وضع اليد"، بالتالي هو موقف مزدوج بالنسبة للنظريتين ولكن الاتجاه الراجح وأغلب الفقهاء قالوا بأن معيار النظرية الشخصية هو السائد في القانون المدني المصري وهو ذات المعيار في مشروع القانون المدني الفلسطيني.

أما فيما يتعلق بموقف الفقه الإسلامي من العنصر المعنوي للحيازة أي وجوب إدعاء الحائز تملكه للعقار الذي يحوزه ويضيفه إلى ملكه، حيث وردت أقوال المذهب الحنفي والشافعي مترابطة فيقول السرخسي: "أن صاحب أسبق التاريخين أثبت الملك لنفسه في وقت لا ينازعه فيه غيره فهو أولى سواءً كان خارجاً أو صاحب يد، وهذا لأن يد ذي اليد تدل على الملك ولكن لا تدل على سبق التاريخ وأن اليد هي سبب الملك والتاريخ ليس له أولوية للملك"¹، وأكد الإمام الشافعي: " أنه إذا وهب شخص لآخر دار وقبضها وحازها ثم قال الواهب أنه لم يقبضها أو يحوزها وقال الموهوب له قد قبضتها وحزتها، فهنا القول هو قول الموهوب له، وإذا كانت في يد الموهوب له هذا دليل على القبض بعد الإقرار وهي لمن في يديه، ولو وهب رجل لرجل هبة وكانت في يدي الموهوب له فقبلها فتكون هنا الهبة قد تمت لأنه قابض لها بعد الهبة، فإن لم تكن في يد الموهوب له فقبضها بغير إذن الواهب فلا يكون له، لأن الهبة لا تملك إلا بقول وقبض"²، ويستدل من أقوالهم أنهم لم يتكلموا عن النية ولم يشترطوا ضرورة توفرها صراحة، كون أن هذا الحق لا يسقط بالتقادم، لكن يستدل عليها من الوضع الظاهر طالما الشخص يحوز ويتصرف في الشيء فهذا دليل على ملكيته.

أما المذهب المالكي فيقول الزرقاني: "إذا جاز الرجل مال غيره في وجهه مدة تكون فيها الحيازة كاملة وإدعاه ملكاً لنفسه فإنه يكون له ذلك مع يمينه، وأيضاً قوله مما تقبل فيه شهادة السماع بالملك المطلق فإنه لا يكاد يقع به، ويعتمد الشاهد في الشهادة بذلك على وضع اليد عليه والتصرف فيه تصرف المالك في ملكه ونسبتها مع ذلك لنفسه وعدم المنازعة من أحد"³، ويستدل من أقوالهم وجوب قيام الحائز بادعاء ملكية العقار الذي يحوزه، بالتالي عنصر ادعاء الملكية

¹ السرخسي، محمد بن أحمد بن أبي سهل (ت: ٤٨٣هـ): المبسوط، 30 ج، د. ط، بيروت: دار المعرفة، ١٤١٤هـ - ١٩٩٣م، (44/17).

² الشافعي، أبو عبد الله محمد بن إدريس بن العباس (ت: ٢٠٤هـ): الأم، 8 ج، د. ط، بيروت: دار المعرفة، ١٤١٠هـ - ١٩٩٠م، (237/6).

³ الزرقاني، عبد الباقي بن يوسف بن أحمد (ت: ١٠٩٩هـ): شرح الزرقاني على مختصر خليل وحاشية البناني، ضبط: عبد السلام محمد أمين، 8 ج، الطبعة الأولى، بيروت: دار الكتب العلمية، ١٤٢٢هـ - ٢٠٠٢م، (346/7 - 172/6).

للشيء المحاز هو عنصر مهم لكون السيطرة وحدها لا تكفي لكسب الملكية، بل يجب ادعاء ملكية الشيء المحاز¹.

أما المذهب الحنبلي فيقول ابن قدامة: "في باب الدعاوى والبيانات إضافة الإنسان إلى نفسه شيئاً أو ملكاً أو استحقاقاً وهو في الشرع إضافة إلى نفسه استحقاق شيء في يد غيره أو في ذمته والمدعى عليه من يضاف إليه استحقاق شيء عليه وقيل المدعى من يلمس بقوله أخذ شيء من يد غيره وإثبات حق في ذمته والمدعى عليه من ينكر ذلك، وقد يكون كل واحد منهما مدعياً ومدعى عليه بأن يختلفا في العقد فيدعي كل واحد منهما أن اليمين غير الذي ذكره صاحبه"²، ويستدل من أقوال هذا المذهب أنه أشاد بعنصر النية وقال أن واضع اليد على شيء معين هذا دليل واضح على ملكيته لهذا الشيء وبهذا يتوفر لديه النية³.

ويتضح من أقوال المذاهب السابقة من عنصر النية والقصد في الحياة بأنه يشترط في الحائز أن يكون لديه نية في اكتساب ملكية الشيء المحاز، وهو ما أشادت به معظم المذاهب الفقهية، بالتالي شرط توفر العنصر المعنوي لدى الحائز هو أمر متفق عليه ما بين الفقه الإسلامي والفقه القانوني، وهذا واضح من نص المادة (1250) من مجلة الأحكام العدلية⁴، ويتضح من شرح المادة أن الإحراز يجب أن يشتمل عنصر القصد أيضاً فلا يكفي الإحراز والإستيلاء بحد ذاته لكي يمتلك من أحرز شيء، فلو وضع شخص إناء بقصد جمع مياه المطر فتكون المياه المتجمعة في الإناء ملكاً له، أما لو لم يقصد جمع مياه المطر فلا تكون المياه المتجمعة في ذلك الإناء ملكاً له فلو أتى

¹ محمد، محمد عبد الجواد: الحياة والتقدم في الفقه الإسلامي المقارن بالقانون الوضعي، الإسكندرية: منشأة المعارف، دون سنة نشر، (70).

² ابن قدامة، شمس الدين أبو الفرج عبد الرحمن (ت: 6٨٢ هـ): الشرح الكبير على المقنع، تحقيق: الدكتور عبد الله بن عبد المحسن التركي - الدكتور عبد الفتاح محمد الحلو، 30 ج، الطبعة الأولى، القاهرة: هجر للطباعة والنشر والتوزيع والإعلان، ١٤١٥ هـ - ١٩٩٥ م، (119/29، 120).

³ خالد، عدلي أمير: تملك العقارات بوضع اليد (في القانون المدني المصري وقوانين البلاد العربية مع المقارنة بالفقه الإسلامي على ضوء أحدث أحكام النقض وما توصل إليه الفقه)، مرجع سابق، (141-143).

⁴ مجلة الأحكام العدلية، المادة (1250): "يقتضي أن يكون الإحراز مقروناً بالقصد، فلذلك لو وضع أحد إناء في محل بقصد جميع مياه المطر فيه فيكون ماء المطر المتجمع في ذلك الإناء لصاحبهما، أما مياه المطر التي تجمعت في إناء وضعه أحد بغير قصد فلا تكون ملكاً له ويسوغ لشخص غيره أن يأخذها ويملكها".

شخص آخر وأخذ الإناء فإنه يملك المياه الموجودة بداخله، بالتالي الإحراز يحتاج إلى قصد فبدونه لا يوجد إحراز¹.

المطلب الثاني: الحيازة العرضية.

سبق أن أشار الباحث لعنصري الحيازة وهما المادي والمعنوي، فإذا انتفى الأخير أصبحت الحيازة غير مبتدأة، وإنما عرضية، سيتطرق الباحث في هذا المطلب لتعريف الحيازة العرضية بشكل عام ومن ثم تعريف الحائز العرضي، وأيضاً عن مصادر الحيازة العرضية وكيف يمكن تحويل الحيازة من عرضية إلى مبتدأة وبالعكس، ومن ثم التفرقة ما بين الحيازة المبتدأة العرضية.

المقصود بالحيازة العرضية هي: "سيطرة مادية تكون لشخص على شيء بإذن من صاحب الحق عليه كتابع أو خادم أو عامل، أو بمقتضى عقد معه كالمستأجر والمستعير والوكيل، أو بناء على حكم القاضي كالحارس القضائي، أو بنص القانون كالولي سواء كان أب أو جد، فكل هؤلاء يستعمل الشيء وينتفع به ويديره ويكون له عليه سيطرة مادية ولكن يباشرها لحساب مالكة"².

يتضح من تعريف الحيازة العرضية بأنها تكون لشخص ما يستمد مصدرها من شخص آخر بالاتفاق، أو بموجب عقد، أو حكم قاضي، أو نص القانون، أي بمعنى أن الحائز العرضي تكون له السيطرة المادية على الشيء المحاز دون توفر العنصر المعنوي للحيازة، وبالتالي لا يمكن أن تكون سبباً لكسب الملكية لعدم توافر نية التملك لدى الحائز، بالتالي إذا بدأت الحيازة عرضية فإنها ستبقى كذلك، ولا يمكن أن تكون سبباً للتملك مهما طال الزمن³، وهذا ما أخذت به محكمة استئناف رام الله في الاستئناف رقم (2018/279) الصادر بتاريخ 2018/10/16، حيث جاء فيه (... أما بخصوص التقادم المكسب فما هو إلا طريق لتبرير الإغتصاب وتحويله إلى حق، وأن الأساس هو الحيازة، بقصد التملك وأن يكون وضع اليد ظاهر مقرون بنية التملك، وأن يكون قد مضى عليه مدة مرور الزمن، وأن يكون هادئاً وألا تكون الحيازة عرضية، أي مبنية على عقد لا

¹ حيدر، علي: درر الحكام شرح مجلة الأحكام العدلية، (261/3).

² رسلان، نبيله: الوجيز في الحقوق العينية الأصلية أحكامها ومصادرها، طنطا: جامعة طنطا، 1995، (368).

³ كركي، مروان وآخرون: الأموال والحقوق العينية العقارية الأصلية، ط2، بيروت: دار صادر، 1999، (116).

يرتب سوى بعض الحقوق الشخصية للانتفاع بالعمار كالمستأجر...، وأن المستأنف ضده الثاني كان يسكن معها بصفته ابنها، وبالتالي فإن وجوده في المنزل وحياسة المستأنف ضدها الأولى تكون حياسة عرضية بطريق الإجارة، أي يحكمها عقد من عقود الانتفاع للعمار محل الدعوى¹.

كذلك الحال بالنسبة لأصحاب الحقوق العينية الأصلية المتفرعة عن حق الملكية مثل: حق الانتفاع، أو الارتفاق يعد حائزاً قانونياً لهذا الحق، ولكن يعد حائزاً عرضياً لملكية الشيء محل الارتفاق، أو الانتفاع، وكذلك الحال بالنسبة للدائن المرتهن فيعد حائزاً قانونياً بالنسبة لحق الرهن، بينما يعتبر حائزاً عرضياً بالنسبة لحق الملكية محل الرهن².

بالتالي فإن الحياسة العرضية لا ترتب الآثار التي ترتبها الحياسة المبتدأة، فلا يستطيع الحائز العرضي -كقاعدة عامة- أن يحمي حيازته بدعاوى الحياسة، ولا يمكن لها أن تكون سبباً مكسباً للملكية³، لكن يرى الباحث عبد الناصر هياجنة: إمكانية رفع الحائز العرضي لجميع دعاوى حماية الحياسة طالما أن حيازته قد تعرضت للتهديد، سواء بالغصب أو التعرض أو تهديد بأعمال جديدة من شأنها إذا تحققت أن تشكل تعرضاً له في حيازته، وذلك كي يستطيع الدفاع عنها كونها عرضية بمواجهة المالك، لكنها تكون نافذة في مواجهة الغير⁴.

ويؤيد الباحث فكرة إسباغ الحماية القانونية للحائز العرضي كي يستطيع مباشرة دعاوى حماية الحياسة، ليستطيع الدفاع عن حيازته طالما أنه لا يستطيع تملك الشيء المحاز مهما طال الزمن، لأنه إذا تعرض لأي فعل من شأنه المساس بحيازته وتهديدها بحيث لا يستطيع حمايتها، فقد

¹ انظر حكم محكمة استئناف رام الله رقم 2018/279 الصادر بتاريخ 2018/10/16، موقع مقام، <https://maqam.najah.edu> تاريخ الزيارة 2020/9/30 الساعة 5 مساءً.

² كبيرة، حسن: الموجز في أحكام القانون المدني "الحقوق العينية الأصلية أحكامها ومصادرها"، ط3، الإسكندرية: منشأة المعارف، 1998، (450، 451).

³ الجمال، مصطفى محمد: نظام الملكية، القاهرة: شركة سعيد رأفت للطباعة، 1985، (263).

⁴ هياجنة، عبد الناصر زياد علي: أحكام الحياسة كسبب من أسباب كسب الملكية العقارية في القانون المدني الأردني، (رسالة ماجستير غير منشورة)، الجامعة الأردنية: عمان، 1998، (35).

تحدث قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية رقم (2) لسنة 2001 في المادة (3)¹ عن المصلحة في رفع الدعوى، حيث أن الحائز العرضي الذي يتعرض لأي تهديد في حيازته أو أي غصب أو سلب يكون له مصلحة في رفع الدعوى للدفاع عن حيازته، بالتالي لا يوجد ما يمنع من إسباغ الحماية القانونية للحائز العرضي في مباشرة دعاوى حماية الحيازة.

الحائز العرضي يحوز حيازة مادية لحساب غيره، فيلتزم برد الشيء الذي يحوزه لمالكه الأصلي، والتزامه بالرد هو الذي يجعل حيازته عارضة، فتكون له السيطرة المادية على الشيء المحاز إما بإذن صاحبها، أو بناء على ترخيص من القانون أو القضاء، بالتالي فإن الحيازة العرضية تكون بناءً على سند قانوني، ويكون هو الذي يجعل الحيازة عرضية، لأنه يتضمن اعترافاً من الحائز بأنه يحوز الشيء لحساب غيره وهو ملتزم برده إليه².

والحيازة العرضية يجب أن تكون حيازة فعلية، أي أن يكون الحائز العرضي واضعاً يده على الشيء المحاز وله السيطرة المادية عليه، فلا يكفي أن يكون هناك عقد إيجار ليكون المستأجر حائزاً عرضياً، بل يجب أن يقوم المستأجر بوضع يده على العين المؤجرة حتى يمكن القول باعتباره حائزاً عرضياً³.

وقد عالج القانون المدني الأردني الحيازة العرضية في المادة (1/1171) عندما عرف الحيازة بقوله: "الحيازة سيطرة فعلية من الشخص بنفسه أو بواسطة غيره على شيء أو حق يجوز التعامل فيه".

¹ قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية رقم (2) لسنة 2001، المادة (3): "1- لا تقبل دعوى أو طلب أو دفع أو طعن لا يكون لصاحبه مصلحة قائمة فيه يقرها القانون. 2- تكفي المصلحة المحتملة إذا كان الغرض من الطلب الاحتياط لدفع ضرر محقق أو الاستيثاق لحق يخشى زوال دليله عند النزاع فيه. 3- إذا لم تتوافر المصلحة وفقاً للفقرتين السابقتين قضت المحكمة من تلقاء نفسها بعدم قبول الدعوى".

² أبو السعود، رمضان: الوجيز في الحقوق العينية الأصلية: مصادر وأحكام الحقوق العينية الأصلية في القانون المصري واللبناني، بيروت- لبنان: منشورات الحلبي، 2002، (316).

³ هياجنه، عبد الناصر زياد علي: أحكام الحيازة كسبب من أسباب كسب الملكية العقارية في القانون المدني الأردني، (29).

وجاء النص مطلقاً ولم يحدد من يكون الغير الذي يعد حائزاً عرضياً، بالتالي يمكن أن يكون الحائز العرضي وكليلاً، أو خادماً، أو مستعيراً، أو مستأجراً، أو صاحب حق ارتفاق، أو وصياً، أو قيمياً¹.

بالمقابل عالج القانون المدني المصري مسألة الحيازة العرضية، وذلك في المادة (1/951) والتي نصت على: "تصح الحيازة بالواسطة متى كان الوسيط يباشرها باسم الحائز وكان متصلاً به اتصالاً يلزمه الإلتزام بأوامره فيما يتعلق بهذه الحيازة".

ويقصر النص على صورة الحيازة العرضية في الحالة التي يكون فيها الوسيط (الحائز العرضي) تابعاً للحائز الأصلي، ويلتزم بأوامره فيما يتعلق بالحيازة مثل: الخادم الذي يحوز الأدوات المنزلية لحساب سيده، وعلى الرغم من أنه يقوم بالأعمال الداخلة في الركن المادي للحيازة، إلا أنه مجرد وسيط (حائزاً عرضياً) في حيازته للأدوات المنزلية عن سيده، فيعتبر الأخير حائزاً لتلك المواد بواسطة خادمه²، وكذلك الحال النسبة للوكيل الذي يعمل لمصلحة موكله ويلتزم بشروط الوكالة، فإنه يحوز لصالح موكله ولكن لا تقتصر الحيازة بالواسطة (الحيازة العرضية) على الخادم والوكيل أو في الحالات التي يكون فيها الوسيط (الحائز العرضي) تابعاً للحائز الأصلي، فهناك حالات أخرى تصح بها الحيازة بالواسطة (الحيازة العرضية) وهي حالات الوصي أو القيم، بالتالي يمكن أن تتحقق الحيازة بالواسطة (الحيازة العرضية) من خلال الوصي أو القيم على الرغم من أنه لا ياتمر لأوامر من يمثله، وذلك لانتفاء إرادة من يمثله، إلا أن الوصي والقيم ياتمران بأوامر المحكمة الشرعية التي قامت بتعيينهما ولا يجوز لهما التصرف بدون الإذن من المحكمة، بالتالي لو لم يتصرفا ضمن صلاحياتهما لكان ذلك أحد أسباب عزلهما³.

¹ سوار، محمد وحيد الدين: شرح القانون المدني الحقوق العينية الأصلية أسباب الملكية والحقوق المشتقة من حق الملكية، (2/ 230، 231).

² كبيرة، حسن: الموجز في أحكام القانون المدني "الحقوق العينية الأصلية أحكامها ومصادرها"، (441).

³ الدناصوري، عز الدين وآخرون: الحيازة المدنية وحماتها الجنائية "في ضوء الفقه والقضاء"، (11).

ما ينطبق على الحائز العرضي أيضاً ينصرف إلى خلفه الذين تنتقل إليهم حيازة سلفهم، فتبقى حيازتهم عرضية ولا يستطيعوا أن يملكوا الشيء المحاز، حتى لو كانوا يجهلون سبب حيازة مورثهم¹. وهذا واضح من خلال نص المادة (2/1175) من القانون المدني الأردني²، والمادة (967) من القانون المدني المصري³، وهو ما أخذت به محكمة النقض المصرية في الطعن (65) لسنة 11ق: "إذا كان وضع يد المورث بسبب معلوم غير أسباب التملك فإن وراثته من بعده لا يتملكون العقار بمضي المدة طبقاً للمادة 79 من القانون المدني، ولا يؤثر في ذلك أن يكونوا جاهلين وضع اليد؛ فإن صفة وضع يد المورث تلازم العقار عند انتقال اليد إلى الوارث فيخلف مورثه في التزامه برد العقار بعد انتهاء السبب الوقفي الذي وضع اليد بموجبه ولو كان هو يجهله،

¹ الصدة، عبد المنعم فرج: الحقوق العينية الأصلية (دراسة في القانون اللبناني والقانون المصري)، بيروت: دار النهضة العربية، 1982، (528).

بالمقابل عالج مشروع القانون المدني الفلسطيني حالة الحيازة بالواسطة (الحيازة العرضية) وذلك في نص المادة (1084) والتي اقتبسها المشرع الفلسطيني من القانون المدني الأردني وذلك في تعريفه للحيازة ومن تصح حيازتهم، وجاءت بعبارة: "سيطرة فعلية من شخص بنفسه أو بواسطة غيره... الخ"، ويتضح للباحث من النص أنه جاء مطلقاً كالقانون الأردني ولم يحدد من هم الغير (الحائزون العرضيون)، بالتالي تصح الحيازة بالواسطة (الحيازة العرضية) من خلال الجميع، ولم يحصرها في صنف معين، لكن حصل تناقض بين نصوص المواد في المشروع وذلك لأنه في نص المادة (1086) والتي تنص على: "تصح الحيازة بالواسطة متى كان الوسيط يباشرها باسم الحائز وكان متصلاً به اتصالاً يلزمه الإلتزام بأوامره فيما يتعلق بهذه الحيازة"، والتي تحدث فيها عن الحيازة بالواسطة (الحيازة العرضية)، وهذه المادة اقتباس حرفي عن القانون المصري. ويرى الباحث أن المشرع الفلسطيني خلط في نصوص مشروع القانون المدني الفلسطيني بين نصوص القانون المدني الأردني والمصري، وكل منهما تختلفان نصوصهما وأحكامهما، بالتالي تحدث في المادة (1084) عن الحيازة بالواسطة (الحيازة العرضية) وجعلها مطلقة غير مقيدة بأشخاص معينين، وجاء وتحدث مرة أخرى في المادة (1086) عن الحيازة بالواسطة (الحيازة العرضية) والتي جعلها مقيدة ومحصورة في الحالة التي يكون فيها الوسيط (الحائز العرضي) تابعاً للحائز الأصلي ويلتزم بأوامره.

² القانون المدني الأردني، المادة (2/1175): "تبقى الحيازة محتقظة بالصفة التي بدأت بها وقت كسبها، ما لم يقم الدليل على عكس ذلك".

³ القانون المدني المصري، المادة (967): "تبقى الحيازة محتقظة بالصفة التي بدأت بها وقت كسبها، ما لم يقم الدليل على عكس ذلك". بالمقابل عالج مشروع القانون المدني الفلسطيني، في المادة (1102): "تبقى الحيازة محتقظة بالصفة التي بدأت بها وقت كسبها، ما لم يقم الدليل على عكس ذلك"، حيث جاء في المذكرات الإيضاحية أن الأصل هو أن يحتفظ الحائز بالصفة التي حاز فيها الحق أو الشيء وقت كسبها، فإذا كان هذا الحائز حسن النية وهذا أمر مفترض، فإنه يبقى كذلك إلى أن يثبت صاحب الحق سوء نيته، وإذا كان سيء النية وقت كسب حيازته، فإنه يبقى كذلك وتنتقل حيازته بهذه الصفة إلى وراثته، فيعتبر الوارث أيضاً سيء النية ما لم يقم الدليل على خلاف ذلك. ديوان الفتوى والتشريع الفلسطيني: المذكرات الإيضاحية لمشروع القانون المدني الفلسطيني.

وما دام الدفع بجهل الوارث صفة وضع يد مورثه لا تأثير له قانوناً، فإن المحكمة لا تكون ملزمة بالتعرض له في حكمها"¹.

وتبقى الحيازة العرضية محتفظة بصفاتهما مهما طال الزمن، فالعرضية صفة دائمة²، وهذا واضح من خلال نص المادة (1185) من القانون المدني الأردني³، والمادة (1/972) من القانون المدني المصري⁴.

يستفاد من نصوص المواد في أن تحويل الحيازة العرضية إلى مبتدأة لا يكفي فيه تغيير نية الحائز العرضي، بل يجب أن تظهر النية الجديدة للجميع كونها مسألة نفسية يصعب الاستدلال عليها، وهو ما أخذت به محكمة النقض المصرية في الطعن رقم (384 لسنة 37ق) حيث تقول: "الحائز بطريق النيابة عن صاحب الأرض إذا أقام عليها منشآت دون إذن صاحبها، فإن مجرد إقامتها لا يعتبر بذاته تغييراً لسبب الحيازة ومعارضة لحق المالك بسبب جديد؛ بل إن القانون يرتب لمالك

¹ عبد التواب، معوض: الموسوعة الشاملة في الحيازة، ط1، القاهرة: مكتبة عالم الفكر والقانون، 2003، (42).

² الصدة، عبد المنعم فرج: الحقوق العينية الأصلية (دراسة في القانون اللبناني والقانون المصري)، (530).

³ القانون المدني الأردني، المادة (1185): "ليس لأحد أن يتمسك بمرور الزمان المانع من سماع دعوى الملك المطلق إذا كان واضحاً يده على عقار بسند غير سندات التملك وليس له أن يغير بنفسه لنفسه سبب وضع يده ولا الأصل الذي يقوم عليه".

⁴ القانون المدني المصري، المادة (1/972): "ليس لأحد أن يكسب بالتقادم على خلاف سنده. فلا يستطيع أحد أن يغير بنفسه لنفسه سبب حيازته ولا الأصل الذي تقوم عليه هذه الحيازة".

بالمقابل عالج مشروع القانون المدني الفلسطيني، في المادة (1107): "ليس لأحد أن يكسب على خلاف سنده، فلا يستطيع أحد أن يغير بنفسه لنفسه سبب حيازته ولا الأصل الذي تقوم عليه الحيازة، ولكن يستطيع أن يكسب بالتقادم إذا تغيرت صفة حيازته إما بفعل الغير، وإما بفعل منه يعد معارضة لحق المالك، وفي هذه الحالة لا يسري التقادم إلا من تاريخ التغيير". حيث جاء في المذكرات الإيضاحية أن الأصل لا يجوز للحائز تغيير صفة حيازته بمجرد تغيير نيته، فالحائز العرضي يبقى عرضياً مهما طال الزمن عليه، ولا يستطيع كسب ملكية الشيء أو الحق المحاز بالتقادم، بالتالي إعلان الحائز تغيير نيته لا يغير من صفة حيازته لأنه لا يستطيع أحد أن يغير بنفسه لنفسه سبب حيازته كما ورد في الشق الأول من المادة، إلا أنه تتغير صفة الحيازة بأحد الأمرين: الأول فعل يصدر من الغير، حيث يجب أن يكون ناقلاً للملكية، يتلقاه الحائز العرضي من الغير لتغيير به صفة حيازته العرضية إلى مبتدأة، الثاني فعل يصدر من الحائز العرضي يعارض به حق المالك، وهنا لا يكفي مجرد إنكار الحائز العرضي لحق المالك، ولا يكفي قيامه بالتصرف في الشيء الذي يحوزه حيازة عرضية، ويقوم بالبناء عليه مثلاً لأن ذلك يعتبر تعسفاً في استعمال حيازته العرضية، وإنما يجب على الحائز العرضي معارضة حق المالك فيقوم بينهما نزاع مباشر على ملكية العين، فيدعيها الحائز لنفسه وينكر عليه المالك ذلك، وأن تغير صفة الحيازة سواء كان بالأمر الأول أو الثاني فإن تقدير السندات والوقائع التي تتغير بها صفة الحيازة تخضع لتقدير قاضي الموضوع. ديوان الفتوى والتشريع الفلسطيني: المذكرات الإيضاحية لمشروع القانون المدني الفلسطيني.

الحق أن يطلب استبقاء المنشآت إذا لم يكن قد طلب إزالتها في ميعاد سنة من يوم علمه بإقامتها"¹.

وعليه إذا أراد الحائز العرضي أن يقوم بتحويل حيازته إلى حيازة مبتدأة ، فإن القانون نص على الآلية، وبدونها لا تتحول الحيازة العرضية إلى مبتدأة ، وهذا واضح حسب المادة (2/1175) من القانون المدني الأردني، والتي تنص على: "تبقى الحيازة محتفظة بالصفة التي بدأت بها وقت كسبها، ما لم يعم الدليل على عكس ذلك"، والمادة (2/972) من القانون المدني المصري التي تنص على: "ولكن يستطيع أن يكسب بالتقادم إذا تغيرت صفة حيازته إما بفعل الغير وإما بفعل منه يعتبر معارضة لحق المالك. ولكن في هذه الحالة لا يبدأ سريان التقادم إلا من تاريخ التغيير".

ويتضح من النصوص السابقة أن الحيازة العرضية تبقى عرضية مهما طال الزمن أو قصر، إلا أن القانون المدني الأردني لم ينص صراحة على كيفية تحول الحيازة العرضية إلى مبتدأة كما فعل القانون المصري، لكن من المتفق عليه فقهاً وتشريعاً أن الحيازة العرضية تتحول إلى حيازة حقيقة بأحد أمرين²، وهما:

الأمر الأول: فعل يصدر من الغير، وعادةً ما يكون بأن يتلقى الحائز العرضي ملكية العين التي يحوزها بعقد من العقود الناقلة للملكية كالبيع، والهبة، والمقايضة، سواء كان من المالك نفسه أو من الغير معتقداً أنه هو المالك وصاحب حق التصرف في ذلك الشيء، ومثال ذلك أن يشتري

¹ عبد التواب، معوض: الموسوعة الشاملة في الحيازة، (45).

بالمقابل جاءت نص المادة (1107) من مشروع القانون المدني الفلسطيني مطابقة للنص المصري: "ليس لأحد أن يكسب على خلاف سنده، فلا يستطيع أحد أن يغير بنفسه لنفسه سبب حيازته ولا الأصل الذي تقوم عليه الحيازة، ولكن يستطيع أن يكسب بالتقادم إذا تغيرت صفة حيازته إما بفعل الغير، وإما بفعل منه يعد معارضة لحق المالك، وفي هذه الحالة لا يسري التقادم إلا من تاريخ التغيير".

² أبو عرابي، غازي: الوجيز في الحقوق العينية الأصلية-دراسة مقارنة، ط1، عمان: دار وائل للنشر، 2016، (260).

المستأجر العقار المؤجر من المالك أو من الغير معتقداً أنه هو المالك، فتنقل حيازة المستأجر من عرضية إلى قانونية بمجرد صدور عقد البيع له¹.

ولا يلزم إعلام المالك الحقيقي بتعديل صفة الحيازة، أي أن التغيير يتحقق حتى لو لم يعلم المالك الحقيقي بتحول صفة الحيازة، كون أن كل من يظهر على الشيء بمظهر المالك يكون لديه الركن المعنوي، والحائز إذا قام بشراء العين ومارس أعمال السيطرة الفعلية فيتحقق توافر الركن المعنوي لديه وهذا كافٍ لقيام الحيازة القانونية دون الحاجة لعلم المالك الحقيقي².

يثار تساؤل عما إذا كان تغيير صفة الحيازة على هذا النحو يستلزم أو لا يستلزم أن يكون الحائز العرضي حسن النية في تلقيه الحق العيني من الغير؟

بعض الفقهاء منهم السنهوري قالوا: يمكن أن يتم تغيير صفة الحيازة حتى لو كان الحائز سيء النية³، لكن الرأي تعرض للنقد، كون أن الحائز العرضي هنا غير حيازته بنفسه وأشرك غيره محله سواء كان الغير متواطئاً أو غير متواطئ، كون أن الحائز لا يملك تغيير صفة حيازته بنفسه إلا في حالة معارضة ومجاوبة صاحب الحق، وكذلك فإن الأخذ بهذا الرأي من شأنه إهدار كل قيمة وأهمية التفرقة بين الحيازة المبتدأة والعرضية، لأنه يصبح من السهل على كل حائز عرضي تغيير صفة حيازته من عرضية إلى مبتدأة بالتواطؤ مع أي شخص آخر على أن يقوم هذا الأخير بنقل ملكية الشيء الذي يريد أن يكتسب ملكيته له بزعم أنه هو صاحبه⁴.

والراجح أنه يجب توافر حسن النية لدى الحائز العرضي، وهذا ما أكدته محكمة النقض المصرية بأن المفهوم من قواعد التملك بمضي المدة الطويلة ومن باقي الأصول القانونية أن هذا التغيير لا

¹ منصور، محمد حسين: الحقوق العينية الأصلية (الملكية والحقوق المتفرعة عنها - أسباب كسب الملكية)، (543). وانظر قاسم، محمد حسين: موجز الحقوق العينية الأصلية الجزء الأول (حق الملكية)، ط1، بيروت: منشورات الحلبي الحقوقية، 2005، (336/1).

² الأهواني، حسام الدين كامل: الحقوق العينية الأصلية - أسباب كسب الملكية، د م: د ن، 1999، (266).
³ السنهوري، عبد الرزاق أحمد: الوسيط في شرح القانون المدني الجديد أسباب كسب الملكية، (المجلد الثاني)، (9/ 836، 837).

⁴ كيرة، حسن: دروس في الحقوق العينية الأصلية أحكامها ومصادرها، المجلد الثاني، الإسكندرية: منشأة المعارف، 1969، (324).

يكون إلا بأن يتلقى ذو اليد الوقتية ملك العين عن شخص من الأغيار يعتقد هو أنه المالك لها والمستحق للتصرف فيها¹.

والباحث يؤيد الاتجاه الراجح، كون أن عدم الاعتداد بحسن النية في الحيابة فيه مخالفة لنص المادة (1/972) من القانون المدني المصري²، ولا شك بأن الحائز يقوم بتغيير صفة حيازته بنفسه حتى وإن كان عن طريق إشراك الغير وهو غير مالك معه في هذا التغيير.

الأمر الثاني: تغير صفة الحيابة بفعل من الحائز يعتبر معارضة لحق المالك، ويحدث ذلك عندما يصدر عن الحائز العرضي أي فعل من شأنه معارضة المالك الحقيقي، كأن يصدر عنه ما يدل على إنكاره لحق المالك في الشيء المحاز بصورة يظهر بها أن الحائز العرضي يريد الاستئثار بملكية الشيء المحاز لنفسه، وهنا تبقى حيازته دون سند، ولا يكفي لتحقيق الصفة أن يقف الحائز موقفاً سلبياً من الحائز الحقيقي، كأن يتمتع المستأجر عن دفع الأجرة، بل يجب أن يواجه المالك بسبب امتناعه عن الدفع، كأن يرسل إليه إخطاراً يوضح به أسباب إمتناعه عن الدفع بإنكاره أنه هو المالك للعين المؤجرة مثلاً، أو أن تتخذ الصفة عملاً مادياً، كأن يقوم الحائز العرضي بمنع المالك من استعمال الحق مستنداً إلى أنه أصبح المالك لهذا العقار³، والأعمال التي يقوم بها الحائز العرضي تجاه المالك في معارضته في استعمال ملكه تعود لتقدير القاضي فيما إذا كانت الأعمال تنطوي على معارضة حقيقية لحق المالك التي من شأنها تغيير صفة الحيابة أم لا⁴.

¹ انظر الطعن رقم 36 لسنة 4 ق جلسة 1935/2/28. المنشور في عبد التواب، معوض: الموسوعة الشاملة في الحيابة، (50).

² القانون المدني المصري، المادة (1/972): "ليس لأحد أن يكسب بالتقادم على خلاف سنده. فلا يستطيع أحد أن يغير بنفسه لنفسه سبب حيازته ولا الأصل الذي تقوم عليه هذه الحيابة".

³ السرميني، عبد الجواد وآخرون: القانون المدني (الحقوق العينية الأصلية)، ج1، سوريا: منشورات جامعة حلب، 1990، (737 /1).

⁴ انظر الطعن رقم 31 لسنة 5 ق جلسة 1935/12/5. المنشور في عبد التواب، معوض: الموسوعة الشاملة في الحيابة، (52).

وقيام الحائز بمعارضة المالك في حقه لا تكفي بقيامه بالأعمال المادية، أو تصرفه في الحق، بل يجب عليه أن يعارضه في ملكه دلالة قاطعة تدل على إنكاره لحق المالك على الشيء وأن يقوم بالاستئثار به لوحده، كأن يرفع الحائز العرضي على المالك دعوى يدعي بها ملكية ذلك العين، وقيام النزاع القضائي ليس شرطاً لتحول الحياة العرضية إلى مبتدأة، بل يكفي أن يعلن الحائز ملكيته لتلك العين وأن يقوم بإنذار المالك بذلك باشعار خطي أو شفوي أو من خلال بريد مسجل أو غير مسجل، بحيث يكون على الحائز العرضي إثباته، وقد لا يحدث أن يصدر من الحائز العرضي أي فعل بل يقوم المالك بطلبه برد العين فيمتنع الحائز عن رده بصفته أنه هو المالك له، وفي هذه الحالة قد صدر فعل من الحائز عارض به حق المالك¹.

ومعارضة الحائز العرضي للمالك يجب أن تكون في مواجهته، فلا يكفي أن يدعي بملكية ذلك الشيء أمام الناس بدون حضور المالك، لأن الادعاء لم يتم في مواجهة المالك، ويلاحظ أنه في تغيير صفة الحياة بفعل الغير فإن الحائز يحصل على سند جديد لحيازته، أما في حالة تغيير صفة الحياة بفعل الحائز فإنه لا يحصل على سند بل يقوم بإهدار سند حيازته العرضية وتكون حيازته الجديدة بدون سند².

وقد أقرت محكمة النقض المصرية مبدأ أن يقوم الحائز العرضي بمجابهة المالك مجابهة ظاهرة وواضحة وصريحة أو بصفة قضائية أو غير قضائية تدل دلالة جازمة على أن الحائز العرضي منكر ملكية المالك وأنه يريد الإستئثار بها دونه³.

¹ زكي، محمود جمال الدين: الوجيز في الحقوق العينية الأصلية، القاهرة: مطبعة جامعة القاهرة، 1978، (521-523).

² طه، غني حسون: الحقوق العينية في القانون المدني الكويتي دراسة مقارنة - حق الملكية، ج1، الكويت: مطبوعات جامعة الكويت، 1977، (1/ 213، 214).

³ انظر الطعن رقم 36 لسنة 4 ق جلسة 1935/2/28. المنشور في عبد التواب، معوض: الموسوعة الشاملة في الحياة، (50).

وتبدأ حيازة مبتدأة جديدة من وقت المعارضة في مجابهة المالك، وذلك بغض النظر عن سوء أو حسن نية الحائز، ويكون في الغالب سيء النية لأنه يعلم بحق المالك وأقر به في سند الحيازة العرضية¹. إن إثبات الوقائع والسندات والظروف التي تغيرت بها صفة الحيازة تخضع لأحكام القواعد العامة، فيتم إثبات الوقائع المادية بكافة طرق الإثبات، أما التصرفات القانونية فيما زاد قيمته عن خمسمائة جنيه في القانون المدني المصري ويقابلها مائتي دينار أردني حسب التشريع النافذ في فلسطين لا يثبت إلا بالبينة الخطية، وأن القاضي لا يحكم بتغير صفة الحيازة من تلقاء نفسه، بل يجب في من له مصلحة من ذلك أن يتمسك بأن صفة الحيازة قد تغيرت².

ومما سبق الحديث عنه حول تحول الحيازة العرضية إلى مبتدأة لا بد من توافر عدة شروط³:

1- أن يكون الفعل الصادر من الغير صحيحاً وليس باطلاً أو سورياً، وإلا بقيت الحيازة عرضية، حتى لو كان هذا التصرف صادر من المالك نفسه، فإذا كان باطلاً فلا يكون له أثر.

2- أن يكون الفعل الصادر من الغير هو ناقل للملكية، أي ناقلاً للحق فيما لو صدر من المالك الحقيقي، فإذا لم يكن التصرف ناقلاً للملكية تبقى الحيازة محتفظة بالصفة العرضية، ولا يشترط مجابهة المالك بهذا التغير.

3- أن يكون الحائز حسن النية، إذا كان التحول بصفة الحيازة نتيجة فعل صادر من الغير، فإذا كان سيء النية ويعلم أن الغير لا يعد مالكاً أو قام بالاتفاق مع الغير فلا يعتد بهذا الفعل ويبقى الحائز محتفظاً بصفة العرضية في حيازته.

4- أن يقوم الحائز بمواجهة ومجابهة المالك الحقيقي إذا كان التحول بفعل الحائز نفسه، وأن تظهر نيته في أنه ينكر حق المالك في ذلك الشيء، وأن تكون الإجراءات أعمالاً مادية أو قانونية كقيام نزاع قانوني بينهما حول الملكية.

¹ الأهواني، حسام الدين كامل: الحقوق العينية الأصلية - أسباب كسب الملكية، (265).

² الشهاوي، قري عبد الفتاح: الحيازة كسب من أسباب كسب الملكية في التشريع المصري والمقارن، (65).

³ أبو عرابي، غازي: الوجيز في الحقوق العينية الأصلية - دراسة مقارنة، (258).

ويختتم الباحث الحديث عن أهم الفروقات ما بين الحيابة العرضية والحيابة المبتدأة:

1- الحيابة العرضية لا تؤدي إلى كسب الملكية بالحيابة، بينما المبتدأة هي التي تؤدي إلى كسب الملكية بالحيابة.

2- الحيابة العرضية غير محمية بدعاوى الحيابة باستثناء المؤجر حيث أعطى المشرع المصري المؤجر الحماية بدعاوى الحيابة، بينما المبتدأة محمية بجميع دعاوى الحيابة¹.

3- الحيابة العرضية تبقى عرضية مهما طال الزمن عليها، فلا يستطيع الحائز العرضي أن يملك العين بالتقادم أو يكتسب لنفسه على ذلك الشيء أي حق من الحقوق العينية².

4- لا يستطيع الحائز العرضي للمنقول أن يتمسك بقاعدة الحيابة في المنقول سند الحائز³.

5- الحيابة العرضية تقوم على سند يتضمن الاعتراف بالحق العيني للغير، وهذا ما يميزها عن الحيابة المبتدأة، وهذا السند يتضمن التزام الحائز برد الشيء لمالكه في نهاية الأجل الذي يحدده السند وإقراره بحق الغير مما ينفي نيته الظهور بمظهر صاحب الحق⁴.

6- الحيابة العرضية غير مفترضة بل أن المبتدأة هي المفترضة⁵.

من خلال ما سبق الحديث عنه حول الحيابة العرضية وماهيتها ومعالجة المشرع لها، يرى الباحث أن الحيابة العرضية لا تكون محصورة في أن يكون الحائز العرضي تابعاً للأصلي ويلتزم بأوامره كما عالجه المشرع المصري، ونقل عنه مشروع القانون المدني الفلسطيني، بالتالي أخطأ المشرع

¹ الحسيني، مدحت محمد: الحماية الجنائية والمدنية للحيابة، ط3، الإسكندرية: دار المطبوعات الجامعية، 1993، (60).

² سوار، محمد وحيد الدين: شرح القانون المدني الحقوق العينية الاصلية ج2 أسباب الملكية والحقوق المشتقة من حق الملكية، (238)، وانظر المنجى، محمد: الحيابة، (43)، وانظر عبد المعطي، منير: الحماية المدنية والجنائية للحيابة، ط1، مصر: دار العربي للتوزيع، (30).

³ الحسيني، مدحت محمد: الحماية الجنائية والمدنية للحيابة، (60).

⁴ أبو عربي، غازي: الوجيز في الحقوق العينية الأصلية- دراسة مقارنة، (258)، وانظر عبد الرحمن، محمد شريف عبد الرحمن أحمد: أسباب كسب الملكية: الحيابة المكسبة للملكية ودعاوى الحيابة، (87)، وانظر عبد المعطي، منير: الحماية المدنية والجنائية للحيابة، (32).

⁵ المنجى، محمد: الحيابة، (42).

المصري في حصرها بحالات معينة وأخطأ المشرع الفلسطيني أيضا في نقله عن المشرع المصري لهذه الحالة على الرغم من أنه تحدث عن الحيابة العرضية في مادة سابقة وجعلها مطلقة، لكنه عاد وتحدث عنها وحصرها بحالات معينة نقلاً عن القانون المدني المصري، وهنا يتضح النقل الغير مدروس للنصوص، لذلك كان أولى بالمشرع المصري بأن جعل الحيابة العرضية غير محصورة بحالات معينة وجعلها مطلقة كما فعل المشرع الأردني.

المبحث الثاني: أعمال الإباحة والتسامح.

من شروط الحيابة حتى تكون سبباً من أسباب كسب الملكية ألا تكون قائمة على عمل من أعمال الإباحة أو التسامح، وعالج القانون المدني الأردني ذلك في المادة (3/1171)¹، وأيضاً عالج القانون المدني المصري هذا الشرط في المادة (1/949)²، وكذلك المادة (1226) من مجلة الأحكام العدلية³.

يتضح من النصوص أن العمل الذي يأتيه الشخص على أنه مجرد رخصة فإنه لا يعتدي به على حق أحد، ومثال ذلك أن يقوم شخص بفتح منوراً في الحائط الخاص به الذي بينه وبين جاره فإنه

¹ القانون المدني الأردني، المادة (3/1171): "لا تقوم الحيابة على عمل يأتيه الشخص على أنه مجرد إباحة أو عمل يتحملة الغير على سبيل التسامح"، حيث جاء في المذكرات الإيضاحية يجب ألا تكون الحيابة مجرد رخصة أو إباحة أو من أعمال التسامح، فمن كان يمر من أرض جاره بإذن منه لا على أنه حق ارتفاق لا يعتبر حائزاً لحق المرور. أبو رحمة، إبراهيم وآخرون: المذكرات الإيضاحية للقانون المدني الأردني، (771).

² القانون المدني المصري، المادة (1/949): "لا تقوم الحيابة على عمل يأتيه شخص على أنه مجرد رخصة من المباحات أو عمل يتحملة الغير على سبيل التسامح".

³ مجلة الأحكام العدلية، المادة (1226): "للمبيح حق الرجوع عن إباحته، والضرر لا يلزم بالإذن والرضاء، فإذا لم يكن لواحد حق المرور في عرصه آخر ومر فيها بمجرد إذن صاحبها مدة فلصاحبها بعد ذلك أن يمنعه من المرور إذا شاء". بالمقابل عالج مشروع القانون المدني الفلسطيني، في المادة (1/1085): "لا تقوم الحيابة على عمل يأتيه شخص على أنه مجرد رخصة من المباحات أو عمل يتحملة الغير على سبيل التسامح"، حيث جاء في المذكرات الإيضاحية أن هذه المادة تفرق بين عمليين، الأول عمل يأتيه الشخص على أنه مجرد رخصة من المباحات، والثاني عمل يأتيه الشخص فيتحملة الغير على سبيل التسامح، فالعمل الأول ينتقي به عنصر الحيابة، أما الثاني يقوم على العنصر المادي فقط دون العنصر المعنوي، لذلك لا تقوم الحيابة كأحد أسباب كسب الملكية في كلا العمليين، كون أن الحيابة تعد سيطرة متعدية لا مجرد رخصة ولا عمل يقبل على سبيل التسامح، وتم تعريف العمل المباح بأنه: "كل عمل يكون للشخص الحرية الكاملة في أن يقوم به أو لا يقوم". ديوان الفتوى والتشريع الفلسطيني: المذكرات الإيضاحية لمشروع القانون المدني الفلسطيني.

يستعمل حقه وليس لجاره أن يطالبه بسده¹، بالتالي العمل الذي قام به لا يكسبه أي من الحقوق، بل فقط هو استعمال رخصة من الرخص التي أجازها القانون، بالتالي لا يستطيع استعمال رخصة من الرخص التي أجازها القانون أن يمتلك ذلك الشيء بمرور الزمن²، حيث ينتفي عنصري الحيابة في أعمال الرخص والإباحة، وينتفي عنصر القصد في أعمال التسامح³. بالتالي فإن الحيابة لا تقوم على أعمال التسامح من قبل المالك الأصلي، فمالك الأرض الذي يسمح لجاره بالمرور من أرضه على سبيل المجاملة، لا يستطيع من قام بالمرور أن يتمسك بحق المرور على الأرض، كون الحيابة عرضية ونتاجة لحق مستند إلى إرادة المالك الأصلي⁴، بالتالي فإن الأعمال التي تقوم على رخصة مقرررة قانوناً أو تنطوي على التسامح من جانب المالك لا تصلح لكسب الملكية بحيابزتها، لأنها لا تشكل حيابة بالمعنى القانوني ويتوافر بها عنصرا الحيابة المادي والمعنوي، إذ يشترط في الحيابة المبتدأة التي تؤدي إلى كسب الملكية أن تقوم على التعدي، أما العمل المباح الذي لا يشكل تعدياً أو الأعمال القائمة على التسامح، فإنه ينتفي وجود التعدي والغصب، فلا تؤدي إلى كسب ذلك الحق بحيابزته حتى لو سكت صاحب الحق⁵.

وقام الباحث في هذا المبحث بدراسة الشرط وكافة الأمور المتعلقة به من خلال مطلبين، تحدث في الأول عن أعمال الإباحة، وفي الثاني عن أعمال التسامح في المطلب الثاني.

¹ سكيكر، محمد علي وآخرون: شرح القانون المدني والحقوق العينية الأصلية، الإسكندرية: منشأة المعارف، 2004، (27)، (28).

² عمران، محمد علي: الحقوق العينية الأصلية في القانون المدني المصري - أسباب كسبها وصورها، مصر: مكتبة سعيد رأفت، 1986، (175).

³ حسن، علي أحمد: التقادم في المواد المدنية والتجارية " فقهاً وقضاءً "، الإسكندرية: منشأة المعارف، 1985، (155). وانظر المنجى، محمد: الحيابة، (33)، وانظر السنهوري، عبد الرزاق أحمد: الوسيط في شرح القانون المدني الجديد أسباب كسب الملكية، (المجلد الثاني)، (816/9).

⁴ عيسه، حسين عاهد: الوجيز في الحقوق العينية الأصلية وفق مجلة الأحكام العدلية والتشريعات النافذة في فلسطين، (282).

⁵ عبد اللطيف، محمد: التقادم المكسب والمسقط، (224).

المطلب الأول: أعمال الإباحة.

العمل الذي يقوم به الشخص على أساس أنه من المباحات هو ما يسمى بالفقه بالرخص، وهي عبارة عن الميزات التي يمنحها القانون للكافة أي يكون للإنسان الحرية التامة في أن يأتيه أو لا يأتيه وهو لا يشكل إعتداء على حق أحد ولا يتحمل منه أحد هذا العمل على سبيل التسامح بل أن هذا العمل هو محض رخصة فهو في إتيانه هذا العمل لا يحوز حقاً لأح ولا يتوافر لديه عنصر القصد أي استعمال هذا الحق، فالسير في الطريق العام حرية يتمتع بها كل فرد ولا يستأثر بها شخص دون الآخرين، وإذا قام به لم يكن لأحد يمنعه منه، لأنه يمارس حقاً أعطاه إياه القانون، وأن تقدير العمل هل هو مباح أم لا هو تقدير موضوعي فيكون العمل مباح إذا كان القانون أو العرف أو ما جرت عليه العادة باعتباره كذلك، بالتالي لا يعتد في تقدير ذلك بنفسية المالك أو مدعي الحيازة، وهذا ما يميز أعمال الإباحة عن أعمال التسامح¹.

والمقصود بأعمال الإباحة: "هي تلك الأعمال التي يقوم بها الشخص في حدود الحق المقرر له ولا يشكل تعدياً على حقوق غيره"².

وعرفها الدكتور قدرى الشهاوي بأنها: "الأعمال التي يكون للشخص الحرية التامة في أن يأتيها أو لا يأتيها، بحيث تكون في حدود حقه ولا تتضمن تعدياً على ملك الغير، بالتالي إذا قام بها لا يمنعه أحد منها لأنها لا تشكل اعتداءً على حقوق الغير"³.

وعرفها الدكتور عبد المنعم الصدة بأنها: "ذلك العمل الذي يأتيه الشخص في حدود مقرر له، بحيث لا يتضمن تعدياً على ملك الغير، وبناءً على التعريف فإن العنصر المادي غير متوافر في أعمال الإباحة، وقوام العنصر المادي هو السيطرة المادية والتي تقوم على التعدي، وبالتالي من

¹ الأهواني، حسام الدين كامل: الحقوق العينية الأصلية - أسباب كسب الملكية، (244-246).

² عبيدات، يوسف محمد: الحقوق العينية الأصلية والتبعية، ط1، عمان: دار المسيرة للنشر والتوزيع، 2001، (168).

³ الشهاوي، قدرى عبد الفتاح: الحيازة كسب من أسباب كسب الملكية في التشريع المصري والمقارن، (41). وانظر

الحسيتي، مدحت محمد: الحماية الجنائية والمدنية للحيازة، (49).

يباشر أي عمل في حدود حقه لا يعتدي به على أحد فهو يمارس عملاً مباحاً لا يؤدي إلى كسب الملكية"¹.

يتضح من التعريفات السابقة أن أعمال الإباحة هي كل عمل يباشره الشخص على أنه مجرد رخصة من المباحات، وله الحرية الكاملة في إتيانه أو عدم إتيانه، فإذا قام به فلا يعد حائزاً ولا يكسب حقاً كونه تخلف هنا عنصري الحيازة، بالتالي ينتفي معها قيام الحيازة المبتدأة، ومثال ذلك ما نصت عليه المادة (1/418) من القانون المدني المصري والتي تقول: "لمالك الحائط المشترك أن يستعمله بحسب الغرض الذي أعدّ له، وأن يضع فوقه عوارض ليسند عليها السقف دون أن يحمل الحائط فوق طاقته"، لكن هنا لا يترتب على تثبيت العوارض اكتساب ملكية الحائط بالتقادم، كذلك الأمر بالنسبة لملاك الطبقات في الأجزاء المشتركة، فالشخص يتصرف في الأجزاء بموجب رخصة، بالتالي لا يكسب حقاً بالتقادم².

عرفت مجلة الأحكام العدلية الإباحة في المادة (836)³، التي يتضح من شرحها أن الإباحة في اللغة تعني التخيير ومثال ذلك: يقال أن فلان أباح ماله لفلان، أي أذن له بأخذه أو تركه، أي جعل له حرية الاختيار في الأخذ أو الترك⁴، والمادة (1226) من مجلة الأحكام العدلية⁵، يتضح من شرح النص بأن أعمال الإباحة تعد من قبيل التبرعات، أي أنها غير لازمة، وأن المقصود بالإباحة الترخيص لآخر الانتفاع بماله بلا عوض، فمن سمح لجاره بالمرور من أرضه له حق الرجوع عن ذلك بعد مدة، كون أن ما سمح به لجاره يعد إباحة وأعمال الإباحة غير لازمة، بالتالي لا يحق له الاستمرار بالمرور من أرض جاره بحجة أن جاره سمح له بذلك، ومرت مدة، وقد

¹ الصدة، عبد المنعم فرج: الحقوق العينية الأصلية (دراسة في القانون اللبناني والقانون المصري)، (516، 517).

² خالد، عدلي أمير: اكتساب الملكية العقارية بالحيازة، الإسكندرية: دار الفكر الجامعي، دت، (103).

³ مجلة الأحكام العدلية، المادة (836): "الإباحة هي عبارة عن إعطاء الإذن والرخصة لشخص أن يأكل أو يتناول شيئاً بلا عوض".

⁴ حيدر، علي: درر الحكام شرح مجلة الأحكام العدلية، طبعة خاصة، المجلد الثاني، بيروت: دار عالم الكتب للنشر والتوزيع، 2003، (394/2).

⁵ مجلة الأحكام العدلية، المادة (1226): "لمبيح حق الرجوع عن إباحته، والضرر لا يلزم بالإذن والرضاء، فإذا لم يكن لواحد حق المرور في عرصه آخر ومر فيها بمجرد إذن صاحبها مدة فلصاحبها بعد ذلك أن يمنعه من المرور إذا شاء".

اكتسب حق المرور من أرض جاره، فأعمال الإباحة هي تبرعات غير لازمة، ويحق لأي شخص
سمح بها الرجوع عن ما سمح به كونها لا تكسب أحداً أي شيء من الحقوق العينية¹.

أعمال الإباحة قد تكون بفعل إيجابي أي القيام بشيء كمثل قيام الجار بفتح مطل، وقد تكون
أعمال الإباحة بفعل سلبي، أي الامتناع عن القيام بشيء، ففي هذه الحالة يتمتع الشخص عن
القيام بإتيان رخصة من المباحات، ومثل ذلك حق المالك في البناء بأرضه في أي وقت يشاء وفي
ضمن الحدود التي ترسمها له القوانين واللوائح المعمول بها، فعملية قيامه بالبناء في أرضه هي
رخصة له أن يأتيها أو لا يأتيها، فإذا ترك أرضه بدون بناء مدة خمس عشرة سنة أو أكثر لا تعني
بأن حقه في البناء قد سقط، ولا يستطيع جاره أن يمنعه من البناء بحجة أنه بقي مجاوراً له مدة
طويلة، واكتسب حق ارتفاق على أرض جاره بعدم البناء، فأعمال الإباحة إذا لم تستعمل لا تسقط
بالتقادم².

أعمال الإباحة هي الإذن لشخص بأن يتناول شيئاً بلا عوض، ويرى الفقيه علي حيدر بأن الإباحة
"هي الترخيص من الشخص لآخر بالانتفاع بماله بلا عوض"، بالتالي أعمال الإباحة لا تؤسس
حياة ولا تقادماً، فلا تشكل أعمال الإباحة تعدياً على حق وملك الغير، وهذا هو السبب في
استثنائها من أن تكون صالحة لإنشاء حياة مبتدأة، كون أنها لا تتسجم مع ما تتطلبه الحياة كونها
سلطة متعدية على حق الغير³.

إذا أتى الشخص بعمل لا يشكل إعتداءً على حق الغير، ولا يكون مخالفاً لنص القانون، أي قام
بعمل في حدود ما سمح به القانون ورخص له، بالتالي يكون قام بعمل مباح لا يخالف القانون ولا
يشكل إعتداءً على حقوق الغير، فهذا العمل الذي أتى به لا يكسبه أي حق من الحقوق مهما
مضى الزمن عليه، ولا يستطيع أحد أن يمنعه منه كونه لا يشكل إعتداءً على حق الغير⁴.

¹ حيدر، علي: درر الحكام شرح مجلة الأحكام العدلية، (242/3، 243).

² المنجى، محمد: الحياة، ط2، الإسكندرية: منشأة المعارف، 1985، (33،34).

³ هياجنه، عبد الناصر: أحكام الحياة كسبب من أسباب كسب الملكية العقارية في القانون المدني الأردني، (68-70).

⁴ قادري، نادية: النطاق القانوني للحياة في القانون الجزائري، (68).

يتضح مما سبق أن الأعمال التي تقوم على رخصة مقرر قانوناً لا تصلح لتكون حيازة مكسبة للملكية، كونها لا تعتبر تعدياً على حق الغير، إذ يشترط في الحيازة المكسبة للملكية أن تقوم على التعدي، أما العمل المباح الذي لا يخالطه التعدي تنتفي به صفة الحيازة، فمن يباشر أي فعل على أنه رخصة، بالتالي هو في الواقع يباشر حقاً خوله له القانون ينتفي معه معنى الحيازة المبتدأة التي تؤدي إلى كسب الملكية بعنصرها المادي والمعنوي¹.

العمل المباح يكون للشخص الحرية الكاملة في القيام به أو عدمه، بالتالي لا ينطوي على إعتداء على حق الغير، فمن يملك منزلاً يفصل بينه وبين النهر قطعة أرض لجاره فلا يستطيع منع جاره من بناء منزل على أساس أنه سيحجب مطل منزله عن النهر وأنه قد اكتسب هذا المطل بمرور الزمن، وكون أنه لم يصدر منه أي فعل مادي يكسبه الحق، فلم يبق بتشييد أي بناء على أرض جاره ولا يوجد أي مظهر مادي يدل على ذلك، بالتالي لا يعتد بالقول بأنه كسب المطل بمرور الزمن كون أن الحيازة منتفية لانقضاء عناصرها، كما أن الانتفاع بأعمال الإباحة معرضة للانقطاع بمجرد صدور أي عمل من جانب مانح هذه الإباحة وهذا ما ذهبت إليه محكمة التمييز العراقية في قرارها رقم (1118/مدنية ثانية) الصادر بتاريخ 1998/6/6: "... من حق المدعي قطع الإباحة وطلب منع المعارضة...". وكذلك في قرارها رقم (991/مدنية ثانية) الصادر بتاريخ 1998/5/28: "... حيث أقر المدعى عليه بإشغاله لجزء من دار المدعي والده على سبيل الإباحة، ولا يجوز الاستمرار في الإشغال طالما أن المدعي قطع الإباحة وطلب منع المعارضة..."²، وهذا ما قضت به محكمة استئناف رام الله حيث قالت: "... ويعتبر السكن بها على سبيل الإباحة ويجوز إنهاء هذه الإباحة في أي وقت..."³.

¹ عبد اللطيف، محمد: التقادم المكسب والمسقط، (224، 225)، وانظر المهدي، أحمد وآخرون: منازعات الحيازة على العقار والمنقول والطرق القانونية لإنهائها، ط1، القاهرة: دار العدالة، 2006، (10، 11)، وانظر العبيدي، علي هادي: الوجيز في شرح القانون المدني "الحقوق العينية"، عمان: دار الثقافة، 2014، (160).

² كاظم، حسن محمد: الحيازة في القانون المدني، (19، 20).

³ انظر حكم محكمة استئناف رام الله، استئناف مدني رقم (2000/550)، الصادر بتاريخ 2004/2/25، راجع موقع المفتي: (منظومة القضاء والتشريع في فلسطين)،

كذلك الحال بالنسبة لتعيين الحدود في الأملاك المتلاصقة فللجار أن يطلب من جاره تعيين حدود أملاكه، وله أن لا يطلب منه ذلك، فلو ترك جاره مدة خمس عشرة سنة دون أن يطلبه بتعيين حدود أملاكه لا يعني أنه سقط حق الجار بالتقادم في إجبار جاره لتعيين حدود أملاكه كونه رخصة، ولا تسقط رخصته بمضي الزمن وتبقى دعوى تعيين الحدود قائمة ولا تسقط بالتقادم¹.

يتضح مما سبق أنه لا خلاف بين جميع الفقهاء أن أعمال الإباحة هي التي يكون للشخص الحرية في إتقانها أو عدمه، وأن أعمال الإباحة تقتقر إلى عناصر الحيابة وهي العنصر المادي والمعنوي، والقيام بأي عمل يعتبر رخصة من المباحات لا تقوم معه الحيابة المكسبة للملكية كون أنها تقوم على التعدي والغصب وأعمال الإباحة تقتقر للتعدي كون أن الشخص يمارسها في حدود ما رسمه له القانون، ولا يتعدى به على ملك الغير، بالتالي فإن ممارسة أي عمل يعتبر من قبيل الرخص والمباحات، لا يشكل حيابة مبتدأة منتجة لآثارها.

المطلب الثاني: أعمال التسامح.

المقصود بأعمال التسامح: هي الأعمال التي تتضمن إعتداءً على حق الغير، ولكن الغير يتسامح بها فلا يعترض على العمل إما لأنه لا يضار منه أو بسبب العلاقة التي تربط الطرفين من قرابة أو مصاهرة أو صداقة أو غيرها².

أعمال التسامح هي خلاف أعمال الإباحة كون أن أعمال التسامح يوجد بها تعدي على حق الغير، أي يوجد بها سيطرة مادية ويتحقق العنصر المادي في أعمال التسامح بخلاف أعمال الإباحة التي تقتقر لعنصري الحيابة المادي والمعنوي، لكن السيطرة المادية التي تحققها أعمال التسامح والاعتداء على حق الغير بها لا يجعل هذه الأعمال تؤخذ على محمل الاعتداء على حق الغير، كون أن الغير صاحب الحق الذي تم الاعتداء عليه، يتحمله على سبيل التسامح، وأن من يقوم بهذه الأعمال لا يكون لديه القصد والنية في التملك، أي أن الأعمال تقتقر للعنصر المعنوي وهو القصد، بالتالي من يقوم بهذه الأعمال لا يكون لديه القصد في استعمال الحق الذي اعتدى عليه،

¹ السنهوري، عبد الرزاق أحمد: الوسيط في شرح القانون المدني الجديد أسباب الملكية، (المجلد الثاني)، (819/9).

² الجمال، مصطفى محمد: نظام الملكية، (279).

بل يكون مقتصرًا على القيام بعمل مادي رخص له فيه صاحبه وتسامح معه فيه، بالتالي لا تكون أعمال التسامح حيازة صحيحة منتجة لآثارها، مثل أن يسمح الجار لجاره المرور من أرضه ولو بقي الجار يمر من أرض جاره مدة تزيد عن خمس عشرة سنة فإنه لا يكسب حق ارتفاق على الأرض وهو حق المرور كون أن جاره سمح له بالمرور من أرضه على سبيل التسامح¹، وهو ما سارت عليه وأكدته محكمة النقض المصرية في الطعن رقم (170) لسنة (50ق) جلسة (1980/12/18)².

أعمال التسامح تقوم على أساس الترخيص من قبل صاحب الحق، وهذا الترخيص غير ملزم له، ويستطيع أن يرجع فيه في أي وقت يشاء³، والسبب في جعل أعمال التسامح لا تقوم بها الحيازة هي مراعاة مقتضيات حسن الجوار بين الجيران، كون أنه كان قديماً كل جار يمر من أرض جاره للوصول إلى أرضه أو يستعمل أرض جاره، وكان كله على سبيل التسامح، فلو تم اعتبار الحيازة صحيحة لكانت علاقات الجيران متوترة ولا يوجد تسامح بينهم، فيصبح كل جار متشددًا مع جاره ويرفض أي عمل من جاره خوفاً من إعطائه أي حق يكتسبه بمرور الوقت، وهذا لا يتماشى مع ضرورات حسن الجوار، فعدم الاعتداد بهذه الحيازة ييسر على الناس في حياتهم وأعمالهم اليومية ويدعم علاقاتهم ببعضهم، والأساس القانوني لعدم جعل الأعمال التي تكون على سبيل التسامح تشكل حيازة صحيحة، كون أن الأعمال لا ترقى لمستوى الحيازة، لأنها جاءت مسامحةً من

¹ السنهوري، عبد الرزاق أحمد: الوسيط في شرح القانون المدني الجديد أسباب كسب الملكية، (المجلد الثاني)، (820/9-822)، المنجى، محمد: الحيازة، (35، 36).

² المشار إليه في كتاب هرجه، مصطفى مجدي: الجديد في الحيازة وفقاً لأحدث التعديلات، القاهرة: دار محمود للنشر والتوزيع، 2006، (109)، (الحيازة التي تصلح أساساً لتملك العقار أو المنقول بالنيابة تقتضي القيام بأعمال مادية ظاهرة في معارضة حق المالك على نحو لا يحمل سكوته فيه على محمل التسامح ولا يحتمل الخفاء أو اللبس في قصد التملك بالحيازة كما تقتضي من الحائز الإستمرار في استعمال الشيء بحسب طبيعته ويقدر الحاجة إلى استعماله ولمحكمة الموضوع السلطة التامة في التحقق من استيفاء الحيازة للشروط التي يتطلبها القانون ولا سبيل لمحكمة النقض عليها ما دامت قد أقامت قضاءها على أسباب سائغة).

³ الجمال، مصطفى محمد: نظام الملكية، (279).

صاحب الحق وبناءً على الإذن منه، بالتالي من يقوم بها لا ينكر حق المالك في ملكه كون أنها التي قام بها كانت بناء على إرادة المالك¹.

ومن الأمثلة على أعمال التسامح: أن يترك الجار مواشي جاره ترعى في أرضه على سبيل التسامح، فلا يستطيع صاحب المواشي الادعاء بأنه كسب حق ارتفاق على أرض جاره، ويحق لجاره منعه في أي وقت، وكذلك أن يترك الجار لجاره مخزناً مهجوراً كي يضع فيه منقولاته على سبيل التسامح، فلا يستطيع الجار أن يدعي بملكيتها لهذا المخزن ولا أنه اكتسب حق ارتفاق عليه، كون أن الأعمال التي باشرها كانت على سبيل التسامح².

وتقدير ما إذا كان العمل يدخل ضمن أعمال التسامح أو لا، أي يعتبر استعمالاً لحق يدخل في ضمن الحيابة المبتدأة يرجع للقاضي الموضوع دون رقابة عليه من محكمة النقض إذا كان تقديره بناء على أسباب سائغة³، وهو ما أكدته محكمة النقض المصرية في الطعن رقم (170) لسنة (50ق) بتاريخ 1980/12/18: "... ولمحكمة الموضوع السلطة التامة في التحقق من استيفاء الحيابة للشروط التي يتطلبها القانون ولا سبيل لمحكمة النقض عليها ما دامت قد أقامت قضاءها على أسباب سائغة"، وأيضاً الطعن رقم الطعن رقم (٣٣٩٠ لسنة ٨٨ قضائية) الصادر بجلسة 2019/3/27⁴، أي للقاضي سلطة تقديرية في تحديد إذا ما كانت الأعمال تدخل ضمن نطاق أعمال التسامح أم لا، ويحق له الاستعانة بكافة الظروف والملايسات المحيطة بالدعوى، فقد يتم استخلاص التسامح من وقائع تدل على علاقات خاصة بين أطراف هذه الدعوى⁵.

¹ الأهواني، حسام الدين كامل: الحقوق العينية الأصلية - أسباب كسب الملكية، (246، 247).

² مصطفى، فتحي حسن: الملكية بوضع اليد في ضوء الفقه وأحكام النقض حتى عام 1989، (24).

³ هرجه، مصطفى مجدي: الجديد في الحيابة وفقاً لأحدث التعديلات، (109).

⁴ موقع محكمة النقض المصرية: https://www.cc.gov.eg/civil_judgments، (المقرر - في قضاء محكمة النقض - أن لمحكمة الموضوع السلطة التامة في التحقيق من استيفاء الحيابة لشروطها القانونية دون رقابة عليها في ذلك من محكمة النقض إلا أن ذلك مشروط بأن تكون الأسباب التي أقامت عليها قضائها سائغة)، تاريخ الزيارة 2020/9/28، الساعة 1:24م.

⁵ خالد، عدلي أمير: تملك العقارات بوضع اليد (في القانون المدني المصري وقوانين البلاد العربية مع المقارنة بالفقه الإسلامي على ضوء أحدث أحكام النقض وما توصل إليه الفقه)، (135).

أعمال التسامح تثير تساؤلاً هاماً حول ما إذا كان انتقاء العنصر المعنوي أي القصد لدى الحائز هل يجعل حيازته عرضية، أي هل أعمال التسامح هي صورة من صور الحيازة العرضية أم أنه يختلف عنها؟ الحيازة العرضية تكون لحساب الغير، أما أعمال التسامح مجالها الأساسي حقوق الارتفاق، فإنه لا يمكن اعتبار أعمال التسامح من صور الحيازة العرضية كون أن المستفيد من أعمال التسامح لا يحوز لحساب غيره، حيث أنه من المستحيل أن يحوز حق الارتفاق لحساب مالك العقار المنقل بالارتفاق، أي الذي رخص له وتسامح معه، كذلك في الحيازة العرضية البحث عن العنصر المعنوي يكون لدى الحائز نفسه، أما في أعمال التسامح تكون العبرة لنفسية صاحب العقار، هل تم العمل بناء على تسامح من صاحبه أم لا، بالتالي إذا توافر لدى الحائز في أعمال التسامح العنصر المادي ونية اكتساب الحق لا تقوم معه الحيازة قانوناً، لأن العبرة البحث في نية صاحب العقار، تكون الحيازة العرضية في مواجهة الكافة، أي أنها لا تشكل حيازة مبتدأة¹، أما الحيازة على أساس التسامح يكون الحائز يحوز لحساب نفسه لا لحساب غير، ولكن بتسامح من المالك فإنه لا تقوم الحيازة المبتدأة بمواجهة المالك، ولكن تقوم في مواجهة الغير، كون أن المالك هو من تحمل الأعمال على سبيل التسامح، أما الغير لا شأن لهم به، أي أن أثر الحيازة في أعمال التسامح نسبي وليس مطلق، كما هو في الحيازة العرضية، وهناك رأي آخر (فقه فرنسي- لوران وبوردي وتسيه) يرى بأن عيب الحيازة القائمة على سبيل التسامح هو مطلق وليس نسبي كما في الرأي الأول، والاختلاف بين الرأيين هو في تطبيق آثار الحيازة، فالرأي الأول يستطيع الحائز حماية حيازته تجاه الغير فقط بدعاوى الحيازة، أما الرأي الثاني بناءً عليه لا يستطيع الحائز أن يحمي حيازته تجاه الغير بدعاوى حماية الحيازة².

الباحث يؤيد الرأي الذي يقول بأن أعمال التسامح لا تقوم بها الحيازة باتجاه المالك الذي رخص وتسامح، لكنها تقوم في مواجهة الغير، بالتالي من مر من أرض جاره على سبيل التسامح فحق

¹ الأهواني، حسام الدين كامل: الحقوق العينية الأصلية- أسباب كسب الملكية، (247-249).

² غانم، ياسين: الحيازة وأحكامها في التشريع السوري والتشريعات العربية "دراسة مقارنة"، (71).

الارتفاق هنا لا يكون في مواجهة صاحب الأرض كونه تسامح معه على المرور من أرضه لكن يكون حق المرور نافذ وقائم باتجاه الغير¹.

تقترب أعمال التسامح مع الحياة العرضية في حال تحولت أعمال التسامح إلى حياة حقيقية، حيث أن كلاً منها يتطلب القيام بأعمال مادية ومعنوية تنطوي على معارضة حقيقية وصريحة لحق المالك، بحيث ينتفي معها اعتبار أن الأعمال على سبيل التسامح²، وهو ما أكدته محكمة النقض المصرية أنه إذا كان وضع اليد بمجرد لا يعتبر سبباً للتملك ولا يصلح أساساً للتقدم، إلا إذا كان مقروناً كما سلف بنية التملك الذي لا يكفي تغيير الحائز صفة وضع يده مجرد تغيير نيته، بل يجب أن يقترن تغيير النية بعمل إيجابي ظاهر يجابه حق المالك بالإنكار الساطع والمعارضة العلنية، ومن ثم يتعين على محكمة الموضوع أن تستظهر عن مدى توافر نية التملك لدى الحائز من واقع ظروف الدعوى وما قدم فيها من مستندات بحسبان أن ذلك مسألة قانون من صميم اختصاصها³.

يجوز أن تنقلب الأعمال التي يمارسها الشخص على أساس التسامح إلى أعمال حياة صحيحة وقانونية منتجة لآثارها، يتوافر بها العنصر المادي والمعنوي معاً، ويتحقق ذلك بأن يأتي الشخص الذي يمارس الحياة على أساس التسامح بعمل مادي يعتبر جوهره معارضة حقيقية لحق المالك، ويشعره بذلك بأنه يحوز الشيء حقيقةً لا على سبيل التسامح، أي يقصد استعمال الحق لنفسه⁴، وهو ما استقر عليه قضاء محكمة النقض في الطعن السابق ذكره.

من الأمثلة على تحول الحياة القائمة على أساس التسامح إلى قانونية منتجة لآثارها: أن يقوم الجار الذي يمر من أرض جاره على سبيل التسامح إلى رصف أو تعبيد الطريق الذي يمر فيه،

¹ انظر حاشية السنهوري، عبد الرزاق أحمد: الوسيط في شرح القانون المدني الجديد أسباب كسب الملكية، (المجلد الثاني)، (822/9).

² الأهواني، حسام الدين كامل: الحقوق العينية الأصلية - أسباب كسب الملكية، (247-249).

³ انظر حكم محكمة النقض المصرية في الطعن رقم ١٧٨١٨ لسنة ٨٤ قضائية الصادر بتاريخ 2019/5/5، موقع محكمة النقض المصرية.

⁴ عبد المعطي، منير: الحماية المدنية والجناحية للحياة، (27)، وانظر المنجى، محمد: الحياة، (36).

وإحاطته بسياج ليختص به لوحده مما يدل على أن نيته قد تحولت من القيام بفعل أو عمل على سبيل التسامح إلى القيام بعمل من أعمال الحيابة المبتدأة المنتجة لآثارها، فإذا استمر الوضع مدة خمس عشرة سنة دون معارضة من الجار فإن حيازته تنتج آثارها ويكتسب حق ارتفاق بالمرور من الطريق أو ملكية الطريق ذاتها حسب الأحوال، وأيضاً قيام صاحب الأرض المنخفضة الذي يتلقى مياه المطر من أرض جاره المرتفعة على سبيل التسامح بوضع مواسير في أرض جاره لنقل المياه بواسطة لأرضه، فقيامه بذلك يدل على أن نيته قد تحولت من القيام بأعمال على سبيل التسامح ليستعمل حقاً فتصبح حيازته حيازة صحيحة، وإذا استمر الوضع مدة خمس عشرة سنة دون معارضة من جاره فإنه يكتسب حق ارتفاق على أرض جاره المرتفعة¹.

يتضح مما سبق أن الحيازة القائمة على سبيل التسامح لا تغدو لأن تكون حيازة مبتدأة منتجة لآثارها كونها لم تكن متعدية على حق الغير، لأنها تتجرد من العنصر المعنوي وهو القصد مما ينفي عنها صفة الحيازة المبتدأة التي جعلها القانون سبباً لكسب الملكية، وأن أعمال التسامح تتشابه مع الحيازة العرضية في حال تحول الحيازة القائمة على سبيل التسامح إلى حيازة صحيحة من حيث صدور أعمال وأفعال ممن يدعي الحيازة تنطوي على معارضة صريحة وحقيقية لحق المالك تنتفي معها تحمل المالك هذه الأعمال على سبيل التسامح.

¹ الدناصوري، عز الدين وآخرون: الحيازة المدنية وحمايتها الجنائية "في ضوء الفقه والقضاء"، (21).

الفصل الثاني

الحياسة الهادئة والظاهرة والواضحة والمستمرة

المبحث الأول: الحياسة الهادئة والظاهرة.

إذا تحققت السيطرة المادية للحياسة، وتحققت عناصرها الركن المادي والركن المعنوي لدى الحائز، بعد ذلك يجب التأكد من توافر شروط صحة الحياسة التي نص عليها القانون، فإذا انتفى أي شرط من الشروط يؤثر في صحة الحياسة، بالتالي لا تنتج آثارها.

فوجود الحياسة بتوافر عناصرها قابلة لأن يترتب عليها آثارها القانونية، إلا أن هناك شروط أخرى يجب توافرها حتى تكون الحياسة سليمة وصحيحة قانوناً، وهي خلوها من العيوب فإذا شاب الحياسة أي عيب من العيوب تحول دون أن ترتب أية آثار قانونية، فلا تصلح لأن تكون سبباً مكسباً للملكية أو أي حق عيني آخر، وترجع فكرة العيوب إلى أن القانون يحمي الحياسة ويرتب عليها آثارها، لأنها في الواقع تشعر بأن الحائز هو صاحب الحق المحوز، لذا يجب أن تكون حياسة الشيء متفقة مع ظاهر الحال، وألا تكون مشوبة بأي عيب، فيجب ألا تكون قد بدأت في ظروف تشكك في وجود تلك القرينة وهي ملكية الشيء المحاز، والعيوب التي يجب أن تكون خالية منها هي الإكراه، الخفاء، اللبس والغموض¹.

وقام الباحث في هذا المبحث بدراسة شرطين من شروط صحة الحياسة التي نص عليها القانون، ومدى ثبوتها في حال تخلف شرط من شروطها، هل تنتفي معه الحياسة أم تظل قائمة؟ والشروط تم النص عليها في المادة (1172) من القانون المدني الأردني²، والمادة (2/949) من القانون

¹ المطري، محمد يحيى محمود: دور الحياسة في المنقول في القانون المدني المصري والبيمني دراسة مقارنة، (رسالة دكتوراة غير منشورة)، القاهرة: جامعة القاهرة كلية الحقوق، 1994، (55).

² القانون المدني الأردني، مادة (1172): "إذا اقترنت الحياسة بإكراه أو حصلت خفية أو كان فيها لبس فلا يكون لها أثر تجاه من وقع عليه الإكراه أو أخفيت عنه الحياسة أو التبس عليه أمرها إلا من الوقت الذي تزول فيه هذه العيوب".

المدني المصري¹، والمواد عددت عيوب الحيازة وهي الإكراه، والخفاء، واللبس. وبناءً عليه يمكن استخلاص شروط الحيازة من العيوب، وهي أن تكون الحيازة هادئة، وظاهرة، وواضحة، وكذلك يستخلص من نص المادة (1181) من القانون المدني الأردني²، والمادة (968) من القانون المدني المصري³، أن هناك شرطاً آخرًا وهو شرط الاستمرار، أي أن تكون الحيازة مستمرة وهو ليس عيب.

وجود العيوب التي تحدثت عنها المواد السابقة في الحيازة لا يهدمها بل تظل قائمة، إلا أنه يترتب عليها منعها من إنتاج آثارها، فإذا تحقق أحد العيوب لدى الحائز تكون حيازته معيبة، وتختلف الحيازة المعيبة عن العرضية التي تم الحديث عنها سابقاً، فالفرق بين حيازة المستأجر والحائز بالإكراه أن الأول حائزاً عرضياً لا تتوافر لديه الحيازة القانونية والثاني حائزاً قانونياً لكن حيازته معيبة، فالحيازة المعيبة قائمة تنتج آثارها إلا ضد من عيبت في مواجهته، أي تكون لها آثار في مواجهة الغير، أما من وقع عليه عيب من العيوب لا تكون الحيازة منتجة لآثارها في مواجهته، فعيوب الحيازة هي عيوب نسبية متى زالت تصبح الحيازة مبتدأة صحيحة منتجة لآثارها من تاريخ زوال العيوب⁴.

¹ القانون المدني المصري، المادة (2/949): "إذا اقترنت بإكراه أو حصلت خفية أو كان فيها لبس لا يكون لها أثر قبل من وقع عليه الإكراه أو أخفيت عنه الحيازة أو التبس عليه أمرها، إلا من الوقت الذي تزول فيه هذه العيوب".

بالمقابل عالج مشروع القانون المدني الفلسطيني في المادة (2/1085) عيوب الحيازة والتي من ضمنها يستخلص شروط الحيازة والتي تنص على: "إذا اقترنت الحيازة 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".

² القانون المدني الأردني، المادة (1181): "من حاز منقولاً أو عقاراً غير مسجل في دائرة التسجيل باعتباره ملكاً له أو حاز حقاً عينياً على منقول، أو حقاً عينياً غير مسجل على عقار، واستمرت حيازته دون انقطاع خمس عشرة سنة فلا تسمع عليه عند الإنكار دعوى الملك أو دعوى الحق العيني من أحد ليس بذئ شرعي".

³ القانون المدني المصري، المادة (968): "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 حيازته دون انقطاع خمس عشرة سنة". بالمقابل عالج مشروع القانون المدني الفلسطيني في المادة (1103): "من حاز منقولاً أو عقاراً أو حقاً عينياً على عقار، غير مسجل في دائرة التسجيل، حيازة قانونية، واستمرت حيازته دون انقطاع خمس عشرة سنة كان له أن يكسب ملكية العقار أو الحق العيني". بالتالي يستخلص من هذا النص الشرط الأخير للحيازة وهو استمرار الحيازة.

⁴ البردوي، عبدالمنعم: حق الملكية (الملكية بوجه عام وأسباب كسبها)، مصر: د، 1994، (468).

والشروط السابق ذكرها لم ترد بنص واضح في مجلة الأحكام العدلية، ولا بأي من التشريعات النافذة في فلسطين، وعلى الرغم من ذلك فإنه يجب أن تتوافر في الحيابة حتى تنتج آثارها وتكون مبتدأة صحيحة، والشروط يمكن استخلاصها من خلال نصوص المواد (1660-1675) من مجلة الأحكام العدلية¹، والشروط الأربعة السابق ذكرها يجب أن تتوافر في الحيابة حتى تكون مبتدأة منتجة لآثارها، وهو ما أكدته محكمة النقض الفلسطينية بقولها: "... الشروط الواجب توافرها في دعوى منع التعرض، وهي أن يكون المدعي حائزاً العقار موضوع الدعوى بصورة قانونية ومستمرة حيابة ظاهرة وواضحة وهادئة..."²، وهذا ما أكدته محكمة النقض المصرية بقولها: "... أن التمسك باكتساب الملكية بالتقادم يتطلب من محكمة الموضوع التحقق من استيفاء الحيابة لعناصرها المادي والمعنوي وكافة شرائطها القانونية وهي شروط وضع اليد وأن تثبت المحكمة من أن الحيابة كانت مقرونة بنية التملك ومستمرة وهادئة وظاهرة..."³.

وقام الباحث في هذا المبحث بدراسة الحيابة الهادئة في المطلب الأول، والظاهرة في المطلب الثاني.

المطلب الأول: أن تكون الحيابة هادئة.

المقصود بالهدوء: ألا تقترن الحيابة بالإكراه من جانب الحائز وقت البدء بها، أي ألا ينازع الحائز أحد وقت البدء بها، أما إذا بدأ الحائز حيابته هادئة ووقع عليه تعدد أثناء حيابته وقام بمنع التعدي الواقع عليه لحماية حيابته، فإنه لا يؤثر على صفة الهدوء في الحيابة، ولا يشوبها بأي عيب وتبقى هادئة رغم ذلك، وهو ما أكدته قرار محكمة النقض المصرية في الطعن رقم (557 لسنة 39ق)

¹ عيسه، حسين عاهد: الوجيز في الحقوق العينية الأصلية وفق مجلة الأحكام العدلية والتشريعات النافذة في فلسطين، (283).

² انظر حكم محكمة النقض الفلسطينية رقم (2007/23) الصادر بتاريخ 2008/2/18، موقع المقتفي: <http://muqtafi.birzeit.edu/courtjudgments/CJFullText.aspx?CJID=53076>، تاريخ الزيارة 2020/7/10 الساعة 3 مساءً.

³ انظر الطعن رقم 2534 لسنة 52 قضائية الصادر بتاريخ 1990/5/29 المشار إليه في كتاب المهدي، أحمد وآخرون: منازعات الحيابة على العقار والمنقول والطرق القانونية لإنهائها، (61).

بتاريخ 1975/1/14¹، بالتالي المقصود بالهدوء هو عدم استعانة الحائز بوسائل الإكراه للحصول على حيازة الشيء، سواء تضمن ذلك أعمال العنف المادية أو التهديد، وسواء كان ذلك صادر عن الحائز أو أحد تابعيه، أما إذا كان ذلك الإكراه صادر من الغير، فإنه لا يعيب الحيازة أو إذا قام الحائز بالتهديد باتخاذ الإجراءات القانونية والقضائية لحماية حيازته فإن ذلك لا يؤثر على الحيازة ولا يعيبها².

كما أكدت محكمة النقض المصرية أن "المقصود بالهدوء الذي هو شرط للحيازة المكسبة للملكية- وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة- ألا تقترن الحيازة بالإكراه من جانب الحائز وقت بدئها، فإن بدأ الحائز وضع يده هادئاً فإن التعدي الذي يقع أثناء الحيازة ويمنعه الحائز لا يشوبها وتبقى هادئة رغم ذلك، لما كان ذلك وكان الحكم المطعون فيه قد جرى في الخصوص على أن هناك نزاعاً يشوب حيازة الطاعن للأرض استناداً إلى مجرد توقيع الحجز، وكان الطاعنون قد اتخذوا من الحجز موقف المدافع عن حيازتهم، مما لا يصح معه القول بأن حيازتهم كانت معيبة لهذا السبب، وإذا كان الحكم المطعون فيه قد خالف النظر مجترياً في ذلك بالقول بأن حيازة الطاعنين للأرض آتفة الذكر فقدت شرط الهدوء، فإنه يكون قد أخطأ في تطبيق القانون"³.

ويراد بالإكراه الذي يعيب الحيازة هو الإكراه الذي يعيب الإرادة في العقود، وهو نوعان: مادي ومعنوي، مع الأخذ بعين الاعتبار أن للإكراه المادي في الحيازة دور أهم مما له في نطاق العقود، فالإكراه المادي هو "الإكراه الحسي، ووسيلته الإكراه الجسماني إذا وقع فعلاً فيقبله الشخص المكره

¹ خليل، عدلي: التقادم الجنائي والمدني في ضوء أحكام محكمة النقض، ط1، القاهرة: دار النهضة العربية، 1992، (107، 108).

² عبدالرحمن، أحمد شوقي محمد: الحقوق العينية الأصلية (حق الملكية والحقوق العينية المتفرعة عنه)، دن، 2004، (255).

³ نقض مصري رقم 1081 لسنة 48 ق الصادر بتاريخ 1981/6/7، صفحة المحامي ناصر الفقيه للمحاماة، الساعة 4 مساءً. <https://www.facebook.com/241179955903299/posts/530996233588335>، تاريخ الزيارة 2020/7/1،

تخلصاً من استمرار الألم"، أما الإكراه المعنوي "وسيلته التهديد بالإيذاء على اختلاف أشكاله وأنواعه، فيتقبله المكره تحاشياً للألم بالمستقبل"¹، أي استعمال القوة والتهديد.

عرف الدكتور عبد الرزاق السنهوري الإكراه بأنه "عبارة عن ضغط تتأثر به إرادة الشخص فيحمله على فعل ما يكرهه قهراً، أو هو استخدام العنف أو الضغط لكسب الحيازة بصورة تتنافى مع ظهور الحائز بمظهر صاحب الحق"².

الإكراه قد يتم عن طريق الحائز نفسه أو عن طريق أحد تابعيه، وقد يستعمل أيضاً ضد المالك نفسه أو ضد أحد تابعيه، وقد يستعمل ضد حائز آخر حيازة مبتدأة، فلو قام المالك بتسليم الشيء للحائز الذي يمارس الإكراه عليه فهنا حيازته غير صحيحة ولا تنتج آثارها كونها بدأت بالإكراه وتبقى معيبة بالرغم من قيام المالك نفسه بتسليمه الشيء محل الحيازة³.

أما إذا تعرض الحائز لأعمال قوة وقعت عليه من الغير فلا تتأثر صفة الهدوء في حيازته، وما يميز الإكراه (العنف) عن التعرض (الفعل الصادر من الغير)، الأول وحده هو الذي يعيب الحيازة، وعيب الإكراه هو عيب مؤقت، تصبح الحيازة صحيحة من الوقت الذي ينتهي به وهو ما أكدته المادة (1172) من القانون المدني الأردني⁴، والمادة (2/949) من القانون المدني المصري⁵، وعيب الإكراه هو عيب نسبي، أي لا يجوز لغير من وقع عليه الإكراه التمسك به، فإذا قام الحائز

¹ سوار، محمد وحيد الدين: شرح القانون المدني الحقوق العينية الأصلية أسباب الملكية والحقوق المشتقة من حق الملكية، (245/2). وانظر إلى الحاشية

² السنهوري، عبد الرزاق أحمد: الوسيط في شرح القانون المدني (مصادر الإلتزام)، المجلد الأول، ط3 الحديثة، بيروت: منشورات الحلبي الحقوقية، 2000، (442).

³ هنداي، نور الدين: الحماية الجنائية للحيازة، القاهرة: دار النهضة العربية، 1993، (44).

⁴ القانون المدني الأردني، مادة (1172): "إذا اقترنت الحيازة بإكراه أو حصلت خفية أو كان فيها لبس فلا يكون لها أثر تجاه من وقع عليه الإكراه أو أخفيت عنه الحيازة أو التمسك عليه أمرها إلا من الوقت الذي تزول فيه هذه العيوب".

⁵ القانون المدني المصري، المادة (2/949): "إذا اقترنت بإكراه أو حصلت خفية أو كان فيها لبس لا يكون لها أثر قبل من وقع عليه الإكراه أو أخفيت عنه الحيازة أو التمسك عليه أمرها، إلا من الوقت الذي تزول فيه هذه العيوب".
مشروع القانون المدني الفلسطيني في المادة (2/1085): "إذا اقترنت الحيازة بإكراه أو حصلت خفية أو كان فيها لبس فلا يكون لها أثر قبل من وقع عليه الإكراه أو أخفيت عنه الحيازة أو التمسك عليه أمرها، إلا من الوقت الذي تزول فيه هذه العيوب". وأخذ نفس موقف القانون المدني الأردني والمصري.

باغتصاب حيازة عقار من المالك لا يستطيع الحائز أن يمنع المالك الذي اغتصب عقاره من استرداده بحجة أنه أصبح حائزاً ومحمياً بدعاوى حماية الحيازة، لكن إذا أتى شخص من الغير وتعرض لهذا الحائز الذي اغتصب العقار كان للحائز أن يتمسك ضد الغير بدعاوى حماية الحيازة ولا يحق للغير أن يتمسك بأن الحيازة بدأت معيبة بعيب الإكراه كونه لم يقع على هذا الغير بل على المالك، لذلك عيب الإكراه نسبي¹.

شرط الهدوء يستخلص من خلاله ألا يكون هناك إكراه، ويجب أن يكون قد حصل ابتداءً حتى تكون الحيازة معيبة، وإذا انقطع الإكراه الذي حصل ابتداءً، وبقي الحائز مستمراً في حيازته، فتصبح حيازته صحيحة منتجة لآثارها من الوقت الذي انتفى فيه الإكراه²، مما يجعل من عيبه عيباً مؤقتاً يزول بزوال أفعال الإكراه وعودة الهدوء للحيازة، ما لم يقدّم الدليل على عودة الحيازة إلى الهدوء، فيفترض أنها بقيت مشوبة بعيب الإكراه الذي بدأت به³، وهو ما أكدته المادة (2/1175) من القانون المدني الأردني⁴، والمادة (967) من القانون المدني المصري⁵، إلا أن القضاء الفرنسي ورجال الفقه في فرنسا لديهم رأي آخر بأنه لا يكفي أن ينقطع الإكراه الذي حصل به الحائز على حيازته لكي تصبح الحيازة هادئة منتجة لآثارها بل يجب أن تستمر حيازته هادئة طوال المدة المتبقية، فإذا هددت الحيازة وقام صاحبها باستخدام القوة للدفاع عن حيازته تصبح حيازته مشوبة بعيب الإكراه ولا تصلح لأن ترتب آثارها، وأيضاً أنصار هذا الرأي يرون بأن الحائز الذي بدأ حيازته هادئة ثم بعد ذلك تعرض للتهديد والعنف واستعمل القوة للدفاع عن حيازته تكون حيازته

¹ عبد السلام، سعيد سعد: الوجيز في الحقوق العينية الأصلية والتبعية، ج1، القاهرة: د، ن، 2000، (443/1، 444).
² الفكهاني، حسن وآخرون: الوسيط في شرح القانون المدني الأردني رقم 43 لسنة 1976، ج8، القاهرة: الدار العربية للموسوعات، 2001، (174/8، 175).

³ هياجنه، عبد الناصر زياد علي: أحكام الحيازة كسب من أسباب كسب الملكية العقارية في القانون المدني الأردني، (77).

⁴ القانون المدني الأردني، المادة (2/1175): "تبقى الحيازة محتفظة بصفاتها التي بدأت بها وقت كسبها ما لم يقدّم دليل على عكس ذلك".

⁵ القانون المدني المصري، المادة (967): "تبقى الحيازة محتفظة بصفاتها التي بدأت بها وقت كسبها ما لم يقدّم دليل على عكس ذلك"، بالمقابل عالج مشروع القانون المدني الفلسطيني في المادة (1102): "تبقى الحيازة محتفظة بصفاتها التي بدأت بها وقت كسبها ما لم يقدّم الدليل على خلاف ذلك"، وبهذا النص سار المشروع على نفس مسار القانون المدني الأردني والمصري.

غير هادئة مشوبة بعيب الإكراه، إلا أن أنصار الرأي وضعوا تحفظين على رأيهم الأول: أنه إذا صدر تعدٍ وتهديدٍ للحائز من الغير وتحمل التعدي أي الإكراه السلبي، أن الحائز لم يدفع التعدي الذي وقع عليه بالقوة، وحجتهم في ذلك أن الحائز مجبر على تحمل العمل الصادر من الغير الذي يجعل من حيازته معيبة، والثاني: هو إذا اضطر الحائز إلى الإكراه الإيجابي، أي إذا دفع الحائز التعدي الواقع عليه بالقوة، أي دفع القوة بالقوة، فيعتبرون أن العمل الصادر من الغير أي التعدي الذي قام به الغير لا يشوب الحيازة بالإكراه كون أن الإكراه الذي يعيب الحيازة هو الصادر من الحائز نفسه، بالتالي نستخلص من التحفظات أنه إذا وقع تعدٍ على الحائز بعد استقرار حيازته سواء قام بدفع التعدي الواقع عليه بالقوة أو تحمله فإنه لا يؤثر على حيازته ولا يجعلها مشوبة بعيب الإكراه، كون أن الإكراه الذي يعتد به ويشوب الحيازة هو الذي مارسه الحائز ابتداءً للحصول على حيازته¹.

كذلك فإن المنازعة القضائية ورفع دعوى استرداد على الحائز أمام القضاء لا يجعل الحيازة مشوبة بعيب ولا ينفي صفة الهدوء عنها، وهو ما أكده قرار محكمة النقض المصرية²، وكذلك توجيه إنذار وإخطار للحائز من قبل المالك أو حصول تصرف قانوني على العين محل الحيازة، لا يجعلها مشوبة بعيب عدم الهدوء، وإذا كان الشخص الذي انتزعت منه الحيازة بالقوة ليس هو المالك، فلا يجوز للمالك أن يحتج مقابل منتزع الحيازة بعيب الإكراه، كون أنه لم يقع عليه وأنه عيب نسبي لا يجوز لأي شخص الاحتجاج به إلا من وقع عليه الإكراه، فيستطيع من قام بانتزاع الحيازة من غير المالك أن يحتج بها ضد المالك، وأن يتملك الشيء المحاز، لكن لا يستطيع ذلك إذا كان الشخص الذي قام بانتزاع الحيازة منه هو الحائز الأصلي الذي يحوز لحساب المالك، هنا لا يستطيع أن

¹ السنهوري، عبدالرزاق: الوسيط في شرح القانون المدني الجديد أسباب كسب الملكية، (المجلد الثاني)، (9/ 853، 854).

² انظر الطعن رقم 142 لسنة 17 ق الصادر بتاريخ 12/5/1949، المشار إليه في كتاب المهدي، أحمد وآخرون: منازعات الحيازة على العقار والمنقول والطرق القانونية لإنهائها، (53).

يحتج في مواجهة المالك بالحياسة، ويستطيع المالك أن يدفع حيازته بعيب الإكراه كون أن الحائز الذي وقع عليه الإكراه كان يحوز لحساب المالك الأصلي لا لحساب نفسه¹.

يراد بالإكراه الذي يجعل الحياسة معيبة بعيب عدم الهدوء، أن يكون غير مشروع، بالتالي الدائن الذي يهدد مدينه بالتنفيذ عليه يستعمل وسيلة قانونية، فلا يعتبر الإكراه يعيب الحياسة إلا إذا أساء الدائن استعمال الوسيلة المقررة قانوناً للوصول إلى غرض غير مشروع².

كذلك من صور عدم هدوء الحياسة وكونها معيبة في حالة أن يتم الحصول عليها بالغش والتواطؤ من خلال استخدام طرق احتيالية، وإذا تم رفع دعوى استرداد حياسة عقار بناءً على الإكراه والغش والاحتيال ونفت المحكمة الإكراه، لا يعني نفي الغش والاحتيال، فيجب عليها أن تتحقق من الغش والاحتيال، وإلا كان حكمها قاصراً³، والمستقر عليه قضاءً أن مسألة تقدير هل شرط الهدوء متوفر أم لا هو من مسائل الواقع الذي تستقل به المحكمة دون رقابة عليها من محكمة النقض ما دام استخلاص المحكمة كان سائغاً، وكانت الأسباب التي بني عليها الحكم مقبولة وجائزة في العقل والمنطق⁴.

كذلك من صور الإكراه هو احتلال العدو لأرض الوطن أو لجزء منه، بالتالي فإن كافة الأراضي التي سيطر عليها الاحتلال ووضع يده عليها يكون وضع اليد مشوباً بعيب الإكراه، كونه عدو وأخذها بالقوة والتهديد، ويبقى الإكراه قائماً حتى لو توقفت أعمال المقاومة والدفاع وأصبح وضع اليد من قبل الاحتلال هادئاً دون مقاومة، لأن الحياسة تبقى محتفظة بالصفة التي بدأت بها وقت اكتسابها، وبما أنها بدأت بالإكراه كونه عدو فلا يكون لها أثر تجاه من وقع عليه الإكراه إلا من الوقت الذي يزول به العيب، ويزول الإكراه الواقع من قبل العدو بخروجه من الأرض المحتلة

¹ النمر، محمد أحمد محمود: الحماية الوقتية للحياسة بين النظرية والتطبيق العملي، مصر المحلة الكبرى: دار الكتب القانونية، 2004، (54-59)، وانظر الفكهاني، حسن وآخرون: الوسيط في شرح القانون المدني الأردني رقم 43 لسنة 1976، (174، 175).

² صلاح، شوقي محمد: الوجيز في الحقوق العينية الأصلية، ط2، د، ن، 2015، (90، 91).

³ انظر حاشية المالكي، خالد عزت: دعاوى الحياسة في التشريع السوري، د، ن، 1997، (23، 24).

⁴ المشار إليه في كتاب النمر، محمد أحمد محمود: الحماية الوقتية للحياسة بين النظرية والتطبيق العملي، (59، 60).

وجلائه عنها وعودة السيادة على الأراضي للدولة، ومن هذا التاريخ يبدأ سريان التقادم المكسب وسريان الحيابة إذا ما توافرت شروطها، ويحق لصاحب الأرض التي وضع العدو يده عليها أن يطالب بأرضه ممن وضع يده عليها بعد زوال العدو، فلو رحل العدو عن البلاد وجاء شخص وضع يده عليها، ثم جاء المالك الأصلي فيحق له مطالبته بأرضه ولا يحق للحائز الاحتجاج بأنه اكتسب ملكية الأرض بمجرد حيازتها، كون أن الشروط بدأت بالسريان بعد زوال الاحتلال، بالتالي إذا كان من يحوز الأرض استوفى كافة شروط الحيابة المكسبة للملكية، ومضت مدة التقادم المكسب لا يستطيع المالك الأصلي أن يطالب بأرضه كونه لم يعارض الحائز في حيازته¹.

تصبح الحيابة هادئة مستقرة إذا لم يقم من انتزعت منه باستردادها خلال سنة من تاريخ نزاعها من يده، فإذا انتزعت منه خفية فيبدأ سريان ميعاد السنة من الوقت الذي يكتشف به ذلك، وهذا ما أكدته المادة (1/958) من القانون المدني المصري²، فإذا لم يقم باستردادها خلال المدة استقرت الحيابة وأصبحت هادئة للحائز، ومن تاريخ استقرارها يبدأ احتساب مدة التملك بالتقادم، وعيب عدم الهدوء أي الإكراه يتم إثباته بكافة طرق الإثبات³.

المطلب الثاني: أن تكون الحيابة ظاهرة.

حتى تكون الحيابة صحيحة ومنتجة لآثارها يجب أن تكون ظاهرة أي ألا تكون معيبة بالخفاء، أي أن تكون الأعمال المكونة للحيابة علنية وظاهرة للكل وليست مخفية، والهدف من الشرط كي يستطيع من يحتج عليه بالحيابة أن يكون عالماً بها فيستطيع أن ينازع وجودها⁴، وكون أن الحائز يظهر للعامة بمظهر المالك، أي أنه صاحب الحق الذي يحوزه، فيجب عليه أن يمارس حيازته لذلك الحق ما يمارسه المالك الأصلي، أي أن تكون حيازته ظاهرة، كون أن صاحب الحق ومالكة

¹ طلبية، أنور: التقادم (التقادم المسقط، مدد التقادم، الوقف والإنقطاع، الحيابة)، د، ن، 2004، (263).

² القانون المدني المصري، المادة (1/958): "الحائز العقار أن يطلب خلال السنة التالية لفقدتها ردها إليه، فإذا كان فقد الحيابة خفية بدأ سريان السنة من وقت أن ينكشف ذلك".

³ العطار، عبد الناصر توفيق: اثبات الملكية بالحيابة وبالوصية في قضاء محكمة النقض المصرية (دراسة مقارنة)، (259-262)، وانظر السنهوري، عبدالرزاق: الوسيط في شرح القانون المدني الجديد أسباب كسب الملكية، (المجلد الثاني)، (856/9) والحاشية.

⁴ سوار، محمد وحيد الدين: شرح القانون المدني، (619).

الأصلي لا يحوز حقه خفية وإنما يباشر سلطاته على حقه علانية أمام الجميع¹، ولا يشترط العلم اليقيني بالحيازة لدى المالك الأصلي بل يكفي إمكانية علمه بالحيازة أي أن تكون ظاهرة للجميع، ويستطيع الجميع معرفة الحيازة أي لا تكون مستترة وخفية²، وهو ما أكدته قرار محكمة النقض المصرية بقولها: "... لا يشترط علم المالك علم اليقين بشأن الحيازة، وإنما يكفي إمكانية علم المالك بتلك الحيازة..."³، لذلك يجب التمييز بين خفاء الحيازة والجهل بها، فليس من الضروري أن يكون المالك الحقيقي عالماً بوجود الحيازة بل يكفي أن يكون بمقدوره واستطاعته العلم بها، أي إمكانية العلم بها، فإذا كان هناك علامات ظاهرة على الحيازة، فلا يستطيع المالك أن يحتج بعدم علمه أو جهله بتلك الحيازة⁴، وعيب الخفاء يتحقق سواء تعمد الحائز في إخفائه أم لم يتعمد، ففي الحالتين يقوم العيب، بالتالي لا تنتج الحيازة آثارها تجاه من أخفيت عنه، وهو ما أكدته قرار محكمة النقض المصرية⁵، عيب الخفاء سهل التصور بالمنقول لسهولة إخفائه، أما العقار فإنه يصعب إخفاء حيازته لأنه لا يحاز إلا على مأل الجميع، لكن قد يتصور عيب الخفاء في حيازة العقار مثل أن يقوم الجار بضم جزء من أرض جاره لأرضه تدريجياً بصورة لا تلفت الانتباه أو قيام الجار بحفر نفق تحت أرض جاره للوصول إلى أرضه دون أن يكون هناك أية آثار لهذا النفق أو أعمال

¹ كيرة، حسن: الحقوق العينية الأصلية أحكامها ومصادرها، ط4، الإسكندرية: منشأة المعارف، 1995، (458)، وانظر عمارة، سليمان علي سليمان: الحيازة في القانون المدني الأردني "دراسة مقارنة"، (24).

² سوار محمد وحيد الدين: شرح القانون المدني (الحقوق العينية الأصلية الأشياء والأموال حق الملكية والحقوق المتفرعة عن حق الملكية أسباب كسب الملكية)، د، ن، 1994، (619)، وانظر فودة، عبد الحكم: أحكام دعاوى حماية الحيازة (تحليل عملي على ضوء الفقه وقضاء النقض)، الإسكندرية: دار الفكر الجامعي، 1996، (26، 27).

³ انظر مجموعة أحكام بالنقض ج24 رقم 175 الصادر بتاريخ 1973/2/8 المشار إليه في كتاب المهدي، أحمد وآخرون: منازعات الحيازة على العقار والمنقول والطرق القانونية لإنهائها، (54).

⁴ كاظم، حسن محمد: الحيازة في القانون المدني، (153).

⁵ "أقرت محكمة النقض المصرية أنه إذا كانت الأرض الزراعية موضوع النزاع حسب تقرير الخبير تقع على الحدود بين أرض الطاعن وأرض المطعون ضده ولا يوجد أية فواصل أو حدود فيما بينهما وحسبما أفاد الخبير أن الحدود بين الحيازتين هي شريط فاصل بالتالي يسهل على الجار أن يقوم بإزالة هذا الفاصل وإدخال جزء من تلك الأرض إلى حيازته دون أن يشعر الجار الآخر بذلك تكون هنا حيازته معيبة بعيب الخفاء أي غير ظاهرة وبالتالي لا تصلح لكسب ملكيتها بالحيازة"، انظر الطعن رقم 3195 لسنة 63 ق الصادر بتاريخ 2001/2/28 المشار إليه في كتاب طلبه، أنور: الحيازة (الحيازة الأصلية والعارضية)، الإسكندرية: المكتب الجامعي الحديث، 2004، (21).

الحفر¹، أو أن يتعمد الجار من المرور من أرض جاره ليلاً وفي أوقات لا يراه فيها جاره أو الغير فتكون هنا حيازة حق الارتفاق الذي هو حق مرور معيب بعيب الخفاء حتى لو استمر الوضع مدة طويلة من الزمن².

عيب خفاء الحيازة كسائر العيوب الأخرى هو نسبي بحيث لا ترتب الحيازة آثارها تجاه من أخفيت عنه، وهو عيب مؤقت، أي يمكن أن يزول وتصبح الحيازة فيما بعد صحيحة، وهذا ما أكدته المادة (1172) من القانون المدني الأردني³، والمادة (2/949) من القانون المدني المصري⁴، والأساس الذي بناءً عليه تم اشتراط خلو الحيازة من العيب وسائر العيوب الأخرى، حتى ترتب الحيازة آثارها هو أن المشرع يحمي الحيازة ورتب عليها آثارها، كون أنها المظهر الخارجي للحق فمن يحوز شيء يعتبر بالنسبة للعامة أنه مالك له، وهو الغالب والمألوف لدى العامة، فحتى يكون هذا الافتراض صحيحاً ومقبولاً، يجب ألا تكون الحيازة قد بدأت في ظروف تكذب واقع الحال، فإذا باشر الحائز حيازته بصورة غير ظاهرة للعامة، وبالأخص لمن لهم حق أو مصلحة في العلم بهذه الحيازة تكون حيازته معيبة ولا ترتب آثارها، وهو ما أكدته قرار محكمة النقض المصرية بقولها: "... إذا كان الحائز وازعاً يده على عقار غيره ومقر بأن ذلك العقار للغير، فإن مجرد تقديمه طلبه إدخال المياه والكهرباء على ذلك العقار بقصد نية التملك، فإن نيته هنا تكون مستترة، وأن وضع

¹ سوار محمد وحيد الدين: شرح القانون المدني (الحقوق العينية الأصلية والأشياء والأموال حق الملكية والحقوق المتفرعة عن حق الملكية أسباب كسب الملكية)، (619)، وانظر فودة، عبد الحكم: أحكام دعاوى حماية الحيازة، (26، 27).
² مبارك، سعيد عبدالكريم: محاضرات في الحقوق العينية الأصلية، البصرة: دار الطباعة الحديثة، 1969-1970، (185).

³ القانون المدني الأردني، مادة (1172): "إذا اقترنت الحيازة بإكراه أو حصلت خفية أو كان فيها لبس فلا يكون لها أثر تجاه من وقع عليه الإكراه أو أخفيت عنه الحيازة أو التبس عليه أمرها إلا من الوقت الذي تزول فيه هذه العيوب".
⁴ القانون المدني المصري، المادة (2/949): "إذا اقترنت بإكراه أو حصلت خفية أو كان فيها لبس لا يكون لها أثر قبل من وقع عليه الإكراه أو أخفيت عنه الحيازة أو التبس عليه أمرها، إلا من الوقت الذي تزول فيه هذه العيوب"، بالمقابل عالج مشروع القانون المدني الفلسطيني مسألة أن عيب الخفاء كسائر العيوب الأخرى هو عيب نسبي بحيث لا يترتب الحيازة آثارها تجاه من أخفيت عنه هذه الحيازة وهو عيب مؤقت أي يمكن أن يزول وتصبح الحيازة فيما بعد صحيحة في المادة (2/1085) والتي تنص على: "إذا اقترنت الحيازة 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". وهذا النص مقتبس من نصوص القانون المدني الأردني ونفس النص في القانون المدني المصري.

يده على ذلك العقار لم يكن ظاهراً...¹، ويكفي لأن تكون الحيابة ظاهرة هو مجرد علم صاحب الحق بها، حتى لو كانت خفية بالنسبة لباقي الجمهور، والعكس غير صحيح، أي لو كانت ظاهرة للجمهور ولم تكن ظاهرة لصاحب الحق أو لم يكن بإمكانه العلم بها تكون هنا حيابته مخفية وغير ظاهرة²، وعيب الخفاء يعيب الركن المادي للحيابة، كون أنه يتصل بالأعمال المادية التي يباشرها الحائز، وهو ما أكدته قرار محكمة النقض المصرية في الطعن رقم (8608) لسنة (66) قضائية الصادر بتاريخ 2015/12/28³... المقرر -في قضاء محكمة النقض- أن النص في المادتين (949) و(1/951) من القانون المدني يدل على أن المقصود بخفاء الحيابة هو ما يعيب ركنها المادي، أي عدم ظهور أفعال الحائز الدالة على سيطرته على الشيء...، كما في عيب الإكراه.

إلا أنه ظهر رأي آخر (الفقيه الفرنسي لوران) يرى بأن عيب الخفاء هو عيب مطلق، بالتالي لا يعتد بالحيابة إلا إذا كانت ظاهرة للكل، فإن أخفيت عن البعض دون البعض الآخر كانت مشوبة بعيب الخفاء حتى لو كانت ظاهرة أمام صاحب الحق نفسه، وحجة الرأي أن الحيابة التي يحميها القانون يجب أن تكون ظاهرة أمام صاحب الحق نفسه⁴، ولم يلق الرأي قبولاً ولم يأخذ به المشرع الأردني ولا المصري ولا الفلسطيني.

يرى الباحث بأن الرأي الأخير من الصعب تطبيقه، بحيث لا يمكن وضع معيار ثابت يمكن أن تتميز به صفة الظهور، كون أن الخفاء هو أمر نسبي يختلف باختلاف طبيعة الأشياء وطرق استعمالها، وهو مؤقت حسب ما جاء به القانون، لذلك لم يتم الأخذ به.

¹ انظر الطعن رقم 35 لسنة 16 ق الصادر بتاريخ 1947/1/16 المشار إليه في كتاب المهدي، أحمد وآخرون: منازعات الحيابة على العقار والمنقول والطرق القانونية لإنهائها، (54).

² منصور، منصور مصطفى: حق الملكية في القانون المدني المصري، القاهرة: مكتبة عبد الله وهبة، 1965، (359-398).

³ انظر الطعن رقم 8608 لسنة 66 قضائية الصادر بتاريخ 2015/12/28، موقع محكمة النقض المصرية: https://www.cc.gov.eg/civil_judgments، تاريخ الزيارة 2020/10/17، الساعة 9 مساءً.

⁴ السنهوري، عبد الرزاق أحمد: الوسيط في شرح القانون المدني الجديد أسباب كسب الملكية، (المجلد الثاني)، (850/9)، (851).

كذلك ليس شرطاً أن يستمر الحائز في استعمال الشيء المحوز طيلة الوقت وبصورة مستمرة حتى تكون حيازته ظاهرة، بل يكفي أن يقوم باستعماله كما يستعمله المالك الأصلي في فترات متقاربة ومنتظمة¹، وهذا ما أكدته محكمة النقض المصرية بقولها: "... وأن يكون استمراره بالحيازة بحسب طبيعة الشيء المحاز ويقدر الحاجة إلى استعماله..."².

شرط ظهور الحيازة وعدم الخفاء هو شرط عام يرد على كافة الحقوق العينية الأخرى التي يمكن اكتسابها بالتقادم، لكن المشرع الأردني والمصري والفلسطيني أثناء حديثهم عن تحديد مصادر كسب حق الارتفاق واعتبار التقادم كأحد أسباب كسب حق الارتفاق في المادة (2/1272) من القانون المدني الأردني³، والمادة (2/1016) من القانون المدني المصري⁴، بحيث يثار تساؤل ما هو قصد المشرع في كل من القوانين السابقة بالظهور في حق الارتفاق؟ وهل يختلف عن الظهور في الحيازة وسائر الحقوق العينية الأخرى؟ أم هو شرط خاص بحق الارتفاق؟ بالإضافة إلى شرط الظهور في حيازته؟⁵.

يلاحظ من خلال نصوص المواد السابق ذكرها، أنه يجب أن يكون حق الارتفاق ظاهراً حتى يستطيع الحائز كسبه بالتقادم، ويختلف عن الظهور في الحيازة، بالتالي حتى يتم اكتساب حق ارتفاق يجب أن يكون الحق بذاته ظاهراً، لو أراد الجار أن يكسب حق مرور من أرض جاره، يجب أن تكون الطريق التي يمر منها واضحة المعالم وظاهرة، أي تكون معدة للمرور، أما إذا لم تكن معدة للمرور لا يستطيع كسبها بالتقادم حتى لو كانت الحيازة في ذاتها ظاهرة، بالتالي يمكن أن

¹ هياجنه، عبد الناصر زياد علي: أحكام الحيازة كسب من أسباب كسب الملكية العقارية في القانون المدني الأردني، (80).

² انظر مجموعة أحكام بالنقض ج24 رقم 175 الصادر بتاريخ 1973/2/8 المشار إليه في كتاب المهدي، أحمد وآخرون: منازعات الحيازة على العقار والمنقول والطرق القانونية لإنهائها (55).

³ القانون المدني الأردني، المادة (2/1272): "وتكسب بالقدم الحقوق المجردة الظاهرة ومنها المرور والمجرى والمسيل إلا إذا ثبت أن الحق غير مشروع فإنه يتعين رفع ضرره مهما بلغ قدمه".

⁴ القانون المدني المصري، المادة (2/1016): "ولا يكسب بالتقادم إلا الارتفاقات الظاهرة بما فيها حق المرور"، بالمقابل عالج مشروع القانون المدني الفلسطيني هذه المسألة في المادة (2/1166) التي تنص على: "لا يكسب بالتقادم إلا الارتفاقات الظاهرة بما فيها حق المرور".

⁵ كبيرة، حسن: الحقوق العينية الأصلية أحكامها ومصادرها، (460، 461).

يكون حق الارتفاق ظاهراً ولكن حيازته غير ظاهرة وقد يكون حق الارتفاق غير ظاهر ولكن حيازته ظاهرة، بالتالي الشرط الذي أورده المشرع الأردني والمصري وعلى نهجهم سار المشرع الفلسطيني لم يكن له أي داعٍ وكان قصد المشرع هو مسايرة المشرع الفرنسي كون أنه تم أخذ النص من القانون الفرنسي على الرغم من عدم وجود أي داعٍ له، كون موقف المشرع الفرنسي في هذه النقطة كان وليد مواقف وتقاليد واعتبارات معينة ليس لها أي وجود لدينا، وأن المشرع الأردني والمصري لم يسايرا المشرع الفرنسي في جعل شرط الاستمرار لكسب حق الارتفاق، بل اكتفى بالظهور فقط، أي أنه لم يسايره في كل الأمور¹.

لذلك يرى الباحث وجود شرط الظهور في حق الارتفاق خلق لبساً، كون الارتفاق قائماً على الحيازة، ويشترط في الحيازة الظهور، فكان الأولى بالمشرع الاكتفاء بشرط الظهور في الحيازة فقط، ولا داعي لوجود شرط الظهور في حق الارتفاق، لأنه يصبح من الصعب تملك حق ارتفاق بالتقادم لاختلاف معنى الظهور بالحيازة عن الظهور في حق الارتفاق، فيمكن أن تكون الحيازة ظاهرة، ولكن حق الارتفاق غير ظاهر بالمعنى الخاص. وقد تكون الحيازة غير ظاهرة، لكن حق الارتفاق ظاهر، بالتالي لا يمكن كسب حق الارتفاق بالتقادم، فكان حرياً بالمشرع الأردني والمصري، والفلسطيني الذي سار على نهجها عدم السير على نهج القانون الفرنسي ومسايرته، بسبب وجود اختلاف بالتقاليد والأعراف بينهم، والشرط جاء بالقانون الفرنسي لمعالجة عادات وتقاليد خاصة بهم.

يرى البعض (د.عبدالفتاح عبد الباقي- رسالته، ص525) أن لا يكون هناك مبرر لإخفاء الحيازة، فإن كان هناك مبرراً وأخفيت تبقى صحيحة منتجة لآثارها، ومثال ذلك: الواهب الذي يشترط على الحائز الموهوب له المنقول أن يقوم بإخفاء حيازته مدة من الزمن حتى لا يثار غضب ورثته، فالحيازة لا تكون مشوبة بعيب الخفاء في مواجهة الورثة².

¹ السنهوري، عبدالرزاق: الوسيط في شرح القانون المدني الجديد أسباب الملكية، (المجلد الثاني)، (9/1347-1349).

² المطري، محمد يحيى محمود: دور الحيازة في المنقول في القانون المدني المصري واليميني دراسة مقارنة، (60).

الباحث لا يؤيد الرأي السابق كون القانون واضح ولم يرد هكذا استثناء على الحيابة، فلو تم الأخذ بالاستثناء لاستغل الناس تلك الفرصة وأخفوا حيازتهم، وعند اكتشافهم أو بعد موت المالك الأصلي تضرعوا بهذا الاستثناء بأنهم قاموا باخفاء حيازتهم بناءً على طلب المالك الأصلي، بالتالي لسبب ذلك اشتعال الفتن بين الناس، وظهرت المشاكل، لذا لا يؤيد الباحث هذا الرأي ويستبعده.

المستقر عليه قضاءً أن مسألة تقدير هل شرط الظهور متوفر أم لا؟ هو من مسائل الواقع الذي تستقل به المحكمة دون رقابة عليها من محكمة النقض، إلا أن ذلك مشروط بأن تكون الأسباب التي أقامت عليها حكمها مقبولة قانوناً ومسببة¹.

المبحث الثاني: أن تكون الحيابة واضحة ومستمرة.

قام الباحث بالإشارة سابقاً إلى أنه حتى تكون الحيابة منتجة لآثارها يجب أن تتوافر بها عدة شروط سبق الحديث عن قسم منها في الفصل الأول، وهي أن تكون مبتدأة لا عرضية، وألا تكون عمل من أعمال الإباحة والتسامح، وتم التحدث في بداية الفصل الثاني عن شرط أن تكون الحيابة هادئة وظاهرة، والشروط التي سبق الحديث عنها قسم منها إذا لم تتحقق تنعدم معها الحيابة كما تم الحديث عنه سابقاً، وهي إذا لم تكن الحيابة مبتدأة أي توفر عنصرها المادي والمعنوي، وإذا كانت الحيابة قائمة على الإباحة أو التسامح، ففي أعمال الإباحة تنتفي عناصر الحيابة، بالتالي تنتفي معها الحيابة. أما أعمال التسامح يتوافر العنصر المادي لها، وينتفي العنصر المعنوي، بالتالي تنتفي معه الحيابة بالنسبة لمن تسامح، أما بالنسبة للغير تبقى الحيابة قائمة معه، ويمكن أن تنقلب أعمال التسامح إلى حيابة صحيحة يتوافر بها عنصرها كما تم التحدث عنه سابقاً.

القسم الآخر من الشروط إذا لم تتوافر لا تنعدم معه الحيابة، تبقى قائمة لكنها معيبة ولا تحقق آثارها إلا من الوقت الذي تنتفي به، وهي عيوب مؤقتة يمكن أن تزول وتصبح الحيابة صحيحة منتجة لآثارها، وهي إذا كانت الحيابة معيبة بعبء الإكراه أي غير هادئة أو إذا كانت معيبة بعبء

¹ انظر الطعن رقم 3390 لسنة 88 قضائية الصادر بتاريخ 2019/3/27، موقع محكمة النقض المصرية: https://www.cc.gov.eg/civil_judgments، تاريخ الزيارة 2020/10/17، الساعة 9 مساءً.

الخفاء أي غير ظاهرة، فهي لا تهدم الحيازة، بل تبقى قائمة ويمكن الاحتجاج بها تجاه الغير، أما من أعيب عليه لا يمكن الاحتجاج بها تجاهه.

وقام الباحث في هذا المبحث بدراسة باقي شروط صحة الحيازة التي نص عليها القانون، ومدى ثبوت الحيازة في حال تخلف شرط منها، هل تنتفي معه الحيازة أم تظل قائمة؟ والشروط تم النص عليها في المادة (1172) من القانون المدني الأردني¹، والمادة (2/949) من القانون المدني المصري²، وسبق الحديث عن شرط الهدوء والظهور، وبقي التحدث عن شرط الوضوح، وكذلك يستخلص من نص المادة (1181) من القانون المدني الأردني³، والمادة (968) من القانون المدني المصري⁴، أن هناك شرطاً آخر، هو شرط الاستمرار، أي أن تكون الحيازة مستمرة، وهو ما أكدته قرار محكمة النقض الفلسطينية في حكمها نقض حقوق رقم 23 لسنة 2007 الصادر بتاريخ 2008/2/18 بقولها: "... الشروط الواجب توافرها في دعوى منع التعرض وهي أن يكون المدعي حائزاً العقار موضوع الدعوى بصورة قانونية ومستمرة حيازة ظاهرة وواضحة وهادئة..."⁵، كذلك

¹ القانون المدني الأردني، مادة (1172): "إذا اقترنت الحيازة بإكراه أو حصلت خفية أو كان فيها لبس فلا يكون لها أثر تجاه من وقع عليه الإكراه أو أخفيت عنه الحيازة أو التمس عليه أمرها إلا من الوقت الذي تزول فيه هذه العيوب".

² القانون المدني المصري، المادة (2/949): "إذا اقترنت بإكراه أو حصلت خفية أو كان فيها لبس لا يكون لها أثر قبل من وقع عليه الإكراه أو أخفيت عنه الحيازة أو التمس عليه أمرها، إلا من الوقت الذي تزول فيه هذه العيوب"، بالمقابل عالج مشروع القانون المدني الفلسطيني شروط الحيازة في المادة (2/1085): "إذا اقترنت الحيازة بإكراه أو حصلت خفية أو كان فيها لبس فلا يكون لها أثر قبل من وقع عليه الإكراه أو أخفيت عنه الحيازة أو التمس عليه أمرها، إلا من الوقت الذي تزول فيه هذه العيوب". وهذا النص هو نفس نص القانون المدني الأردني والقانون المدني المصري.

³ القانون المدني الأردني، المادة (1181): "من حاز منقولاً أو عقاراً غير مسجل في دائرة التسجيل باعتباره ملكاً له أو حاز حقاً عينياً على منقول، أو حقاً عينياً غير مسجل على عقار، واستمرت حيازته دون انقطاع خمس عشرة سنة فلا تسمع عليه عند الإنكار دعوى الملك أو دعوى الحق العيني من أحد ليس بذئ عذر شرعي".

⁴ القانون المدني المصري، المادة (968): "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 حيازته دون انقطاع خمس عشرة سنة"، بالمقابل عالج مشروع القانون المدني الفلسطيني شرط الاستمرار في الحيازة في المادة (1103): "من حاز منقولاً أو عقاراً أو حقاً عينياً على عقار، غير مسجل في دائرة التسجيل، حيازة قانونية، واستمرت حيازته دون انقطاع خمس عشرة سنة كان له أن يكسب ملكية العقار أو الحق العيني".

⁵ انظر حكم محكمة النقض الفلسطينية رقم (2007/23) الصادر بتاريخ 2008/2/18، موقع المقتفي: <http://muqtafi.birzeit.edu/courtjudgments/CJFullText.aspx?CJID=53076>، تاريخ الزيارة 2020/7/10 الساعة 3 مساءً.

الأمر فإن القانون المعدل لأحكام الأموال غير المنقولة رقم (51) لسنة 1958م النافذ والساري في فلسطين(الضفة الغربية) قد حدد شروط إضافية فيما يتعلق بالأراضي الأميرية والعقارات المملوكة الكائنة في المناطق التي لم تعلن فيها التسوية أو التي استثنيت منها حسب نص المادة (3) منه¹، ويتضح من نص المادة أنه يوجد عدة شروط لتملك تلك الأراضي والعقارات وهي: وجود سند مكتوب تم بموجبه البيع، تصرف المشتري بهذا العقار تصرفاً فعلياً، مرور مدة زمنية على التصرف الفعلي مقدارها متوقف على نوع هذا العقار، فتكون عشر سنوات في العقارات الأميرية، وخمس عشرة سنة في العقارات الملك.

وقام الباحث في هذا المبحث بدراسة شرط أن تكون الحيابة واضحة في المطلب الأول، وشرط أن تكون الحيابة مستمرة في المطلب الثاني.

المطلب الأول: أن تكون الحيابة واضحة.

معنى أن تكون الحيابة واضحة ألا تكون مشوبة بعيب اللبس والغموض، الذي يشوب العنصر المعنوي للحيابة أي القصد، ويأتي اللبس من الغموض الذي يشوب العنصر المعنوي لدى الحائز واضع اليد فيكون له أكثر من احتمال، أي تكون النية لديه تحتل أكثر من معنى، مما يؤدي إلى وقوع الغير في غموض وشك بشأن الحائز فتعتبر حيابته معيبة بعيب اللبس والغموض وغير واضحة، أي يكون هناك مجال للشك في شأن حيابته لاحتمال التأويل والتفسير لأكثر من معنى وعلى أكثر من وجه².

الحيابة في أساسها تقوم على مباشرة الحائز للأعمال المادية على الشيء موضوع الحيابة، وأن يظهر في ممارسته لتلك الأعمال بمظهر المالك وصاحب الحق، وأن تكون حيابته لحساب نفسه لا

¹ القانون المعدل لأحكام الأموال غير المنقولة رقم (51) لسنة 1958م، المادة (3): "تعتبر البيوع العادية الجارية بموجب سند فيما يتعلق بالأراضي الأميرية والعقارات المملوكة الكائنة في المناطق لم تعلن فيها التسوية أو التي استثنيت منها نافذة إذا مر على تصرف المشتري تصرفاً فعلياً مدة عشر سنوات في الأراضي الأميرية وخمس عشرة سنة في العقارات المملوكة".

² خالد، عدلي أمير: الحماية المدنية والجنائية لوضع اليد على العقار على ضوء أحكام محكمة النقض، الإسكندرية: منشأة المعارف، 1992، (62)، وانظر عبد الرحمن، فايز أحمد: الحقوق العينية الأصلية، ط1، القاهرة: دار النهضة العربية، 2007، (263).

لحساب غيره، فإذا ثار شك حول حيازته أي أن تلك الأعمال المادية التي يباشرها لها أكثر من معنى وتصور مثل أن يكون مقصده من الحيازة لحساب نفسه لكنه في الواقع يحوز لحساب غيره، فهنا حيازته لهذا الحق يكتنفها اللبس والغموض، بالتالي تكون غير واضحة، كما أن يقوم الحائز بمباشرة الأعمال المادية للحيازة على الحق المراد حيازته ويظهر للعمامة بأنه صاحب الحق، لكن العنصر المعنوي للحيازة لم يتحقق لديه بسبب أن نيته من مباشرة الأعمال لا تكون بقصد الاستئثار بهذا الحق لنفسه وإنما لغيره¹.

عيب اللبس والغموض الذي تكون به الحيازة غير واضحة هو بخلاف عيب الخفاء الذي تكون به الحيازة غير ظاهرة، بحيث يشوب عيب اللبس والغموض العنصر المعنوي للحيازة، أي القصد، في حين عيب الخفاء يشوب العنصر المادي، أي الأعمال المادية للحيازة، فاللبس والغموض يثار في حالة إذا ما كان الحائز يحوز الشيء باعتباره المالك أو صاحب حق عيني عليه أم أنه يحوزه لحساب غيره، فإذا ما كانت حيازته تحتل أحد هذين الفرضين تكون حيازته غير واضحة ومشوبة بعيب اللبس والغموض ومثال ذلك: حيازة أحد الشركاء على الشبوع المال الشائع كله فهنا حيازته تحتل فرضين، إما أنه يحوز ذلك المال كله لحساب نفسه أو يحوزه بالنيابة عن باقي الشركاء، فهنا الحيازة تكون معيبة بعيب الغموض²، وأيضاً المرور في أرض فضاء لا يكفي لوحده تملكها بوضع اليد مهما طالّت المدة على ذلك كون أنه ليس إلا سوى انتفاع ببعض منافع العقار، ولا يمنع الغير من الانتفاع بها بالمرور منها أو بفتح المطلات، كون ذلك لا يعبر عن نية التملك بصورة واضحة لا غموض فيها، وهو ما أكده قرار محكمة النقض المصرية³، كذلك أيضاً المساكنة فإذا أقام شخصان في عين واحدة، وتوفي أحدهما قبل الآخر فتعتبر حيازة الآخر لأية منقولات داخل

¹ سعد، نبيل إبراهيم: الحقوق العينية الأصلية أحكامها-مصادرها، الإسكندرية: دار الجامعة الجديدة، 2006، (409).

² عامر، عبدالعزيز: دروس في حق الملكية، القاهرة: دار النهضة العربية، 1967، (273).

³ انظر الطعن رقم 24 لسنة 14 ق الصادر بتاريخ 1945/1/11 المشار إليه في كتاب طلبة، أنور: الحيازة (الحيازة الأصلية والعارضية)، (21).

العين المسكونة حيازة غامضة بها اللبس لا يجوز تملكها بادعاء حيازتها إلا إذا أقام الدليل على خلاف ذلك، وأيضا حيازة الوارث¹.

لكن لا يعني أن حيازة الشريك على الشيوخ وحيازة الوارث لا يمكن إلا أن تكون حيازة معيبة بعيب اللبس والغموض، كون أن المرجع هو وجود اللبس والغموض فإذا لم يكن هناك أي لبس أو غموض تكون حيازتهم صحيحة منتجة لآثارها، وذلك يظهر بوضوح عند قيام الشريك أو الوارث بإنكار حق شركائه الآخرين أو باقي الورثة ويحول بينهم وبين ذلك الحق²، وهذا ما أكدته المادة (1/4) من القانون المعدل لأحكام الأموال غير المنقولة رقم (51) لسنة 1958 النافذ بالصفة الغربية والمادة (1/2) من قانون الأراضي المعدل رقم (78) لسنة 1933 النافذ في غزة³، وواضح من النصوص أن المشرع أقام قرينة على أن حيازة الشريك أو الوارث تكون بالنيابة عن باقي الشركاء والورثة، لكن في نفس الوقت أجاز إقامة قرينة على عكس ذلك من قبل الشريك أو الوارث واضع اليد، مما يثير الشك والغموض في حيازة الشريك والوارث لكامل الأرض⁴، وهو ما أكدته قرار محكمة النقض الفلسطينية⁵.

¹ حسن، علي أحمد: التقادم في المواد المدنية والتجارية "فقهاً وقضاء"، (154).

² قاسم، محمد حسن: موجز الحقوق العينية الأصلية (حق الملكية)، (343، 342/1).

³ القانون المعدل لأحكام الأموال غير المنقولة رقم (51) لسنة 1958 النافذ بالصفة، المادة (1/4): "إذا تصرف واحد أو أكثر من الورثة مدة مرور الزمن أو أكثر بمال غير منقول لم تتم فيه التسوية مستقلاً عن باقي الورثة فيعتبر أنه تصرف به بالنيابة أو بالوكالة عن باقي الورثة ما لم يتم بينة قوية على أن هذا التصرف لم يكون على ذلك الوجه"، قانون الأراضي المعدل رقم (78) لسنة 1933 النافذ في غزة، المادة (1/2): "إذا تصرف واحد أو أكثر من الورثة بأرض مستقلين عن سائر الورثة فيحمل ذلك على الافتراض أنهم يتصرفون بالأرض بالنيابة أو بالوكالة عن سائر الورثة غير أنه يجوز رد هذا الافتراض أمام المحكمة ذات الصلاحية بشهادة شفوية أو تحريرية تثبت أن التصرف جرى بدون موافقة الوارث أو الورثة الآخرين".

⁴ عيسه، حسين عاهد: الوجيز في الحقوق العينية الأصلية وفق مجلة الأحكام العدلية والتشريعات النافذة في فلسطين، (285).

⁵ انظر حكم محكمة النقض الفلسطينية رقم (2010/104) الصادر بتاريخ 2010/11/23، موقع المقتفي:

<http://muqtafi2.birzeit.edu/muqtafi2/transform/fulltext/L2RiL211cXRhZmkvanVkZ211bnQveG1s11/10> تاريخ الزيارة 11/10/2020، الساعة 6 مساءً، "... تصرف واحد من الورثة أو أكثر مدة مرور الزمن أو أكثر من مدة مرور الزمن بمال غير منقول لم تتم فيه أعمال التسوية مستقلاً عن باقي الورثة يعتبر أنه تصرف به بالنيابة عن باقي الورثة أو بالوكالة عنهم ما لم يقدم بينة قوية على أن هذا التصرف لم يكن على ذلك النحو... عملاً بأحكام المادة (1/4) من القانون رقم 51 لسنة 1958

يرى الباحث مما سبق أن عيب اللبس والغموض وعدم وضوح الحيابة ينصب على العنصر المعنوي للحيابة، ولا يختلط بغيره من العيوب الأخرى، أي أنه عيب مستقل عن سائر العيوب، إلا أنه ظهر رأي آخر يرى (الفقيه الفرنسي بودرى وتسيه) بأن عيب اللبس والغموض ليس بعيب مستقل، بل يختلط بسائر العيوب الأخرى، أي يمكن أن يكون هناك لبساً حول عيب الإكراه أو الخفاء، أي أنه غير ثابت تماماً، بالتالي تكون الحيابة مشوبة بعيب اللبس والغموض، لكن هذا الرأي يخلط بين خلو الحيابة من سائر العيوب وبين درجة إثبات خلوها منها، بالتالي إن كان ثابت أن الحيابة خالية من العيوب لا تكون مشوبة بعيب اللبس والغموض، وأصبح لا معنى لوجود العيب ولا داعي له، كون أن القانون اشترط أن تكون الحيابة خالية من تلك العيوب السابق ذكرها، بالتالي يجب أن يكون خلوها من هذه العيوب خلواً تاماً لا يكون معه مجال للشك حول خلوها من تلك العيوب أم لا¹، ويخالف الباحث الرأي الأخير كون أن عيب اللبس هو عيب مستقل بذاته لوجود النص عليه بالقانون ولا مجال لأن يختلف مع سائر العيوب الأخرى، لأنه لا يصبح له داعٍ بإيراده مع باقي العيوب إذا قلنا أنه عيب غير مستقل بذاته، ويمكن أن يختلط بالعيوب الأخرى، وظهر رأي آخر (محمد علي عرفة، ج2، فقرة 76) يقول بأن اللبس يؤدي إلى عدم وجود الحيابة كونه يهدم العنصر المعنوي، لكن تعرض هذا الرأي للنقد كونه يتعارض مع افتراض العنصر المعنوي لدى الحائز، أي مجرد قيامه بالأعمال المادية المكونة للحيابة قرينة على وجود العنصر المعنوي وهو النية، وما دام أن عيب اللبس يثار حول نية الحائز أي العنصر المعنوي، بالتالي هم يناقضون أنفسهم كون أن الشك أصلاً يثار حول وجود النية لدى الحائز من عدمها²، ولم يلق هذا الرأي قبولاً.

المعدل للأحكام المتعلقة بالأموال غير المنقولة إذ أن عبء إثبات أن التصرف على وجه الاستقلال لم يكن بالنيابة عن باقي الورثة أو الوكالة عنهم يقع على عاتق من يدعيه وأن إثبات ذلك لا يكون إلا من خلال بيينة قوية تقيده".

¹ السنهوري، عبد الرزاق أحمد: الوسيط في شرح القانون المدني الجديد أسباب كسب الملكية، (المجلد الثاني)، (858/9)، (859)، وانظر المطري، محمد يحيى محمود: دور الحيابة في المنقول في القانون المدني المصري واليميني دراسة مقارنة، (62).

² الصدة، عبد المنعم فرج: الحقوق العينية الأصلية (دراسة في القانون اللبناني والقانون المصري)، (545).

عيب اللبس كسائر العيوب الأخرى هو عيب نسبي بحيث لا ترتب الحيازة آثارها تجاه من التبس عليه أمرها، وهو عيب مؤقت، أي يمكن أن يزول وتصبح الحيازة فيما بعد صحيحة، وهذا ما أكدته المادة (1172) من القانون المدني الأردني¹، والمادة (2/949) من القانون المدني المصري²، والعيب كما سبق توضيحه أنه يشوب العنصر المعنوي للحيازة، لكن لا يهدمها إلا أنه يثير الشك في توافر العنصر المعنوي وتبقى الحيازة قائمة لكنها معيبة³.

لذلك إذا كانت حيازة الوارث أو الشريك على الشيوع بها لبس وغموض تبقى محتقظة بالصفة التي بدأت بها، ما لم يقدّم الدليل على عكس ذلك، وهذا ما أكدته المادة (2/1175) من القانون المدني الأردني⁴، والمادة (967) من القانون المدني المصري⁵، إذا تم إثبات زوال اللبس والغموض تكون الحيازة واضحة منتجة لآثارها، ويزول عيب اللبس إذا قام الحائز بالتصرف في الشيء المحوز بوضوح بدون أي لبس وأن تكون حيازته لذلك الشيء لحساب نفسه لا لحساب غيره، ولا يشترط في زوال عيب اللبس والغموض أن تتغير صفة الحائز بالطرق التي تم الحديث عنها عندما تم الحديث عن الحيازة العرضية وتحولها لحيازة قانونية وهي بفعل من الحائز نفسه أو بفعل من الغير، كون أن الحيازة التي بها لبس وغير واضحة تختلف عن الحيازة العرضية، والمطلوب في الحيازة المعيبة

¹ القانون المدني الأردني، مادة (1172): "إذا اقترنت الحيازة بإكراه أو حصلت خفية أو كان فيها لبس فلا يكون لها أثر تجاه من وقع عليه الإكراه أو أخفيت عنه الحيازة أو التبس عليه أمرها إلا من الوقت الذي تزول فيه هذه العيوب".
² القانون المدني المصري، المادة (2/949): "إذا اقترنت بإكراه أو حصلت خفية أو كان فيها لبس لا يكون لها أثر قبل من وقع عليه الإكراه أو أخفيت عنه الحيازة أو التبس عليه أمرها، إلا من الوقت الذي تزول فيه هذه العيوب"، بالمقابل عالج مشروع القانون المدني الفلسطيني مسألة أن عيب اللبس هو عيب نسبي ومؤقت كسائر العيوب الأخرى في المادة (2/1085): "إذا اقترنت الحيازة 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". وهو نفس نص القانون المدني الأردني والمصري.

³ عمران، السيد محمد السيد: الملكية في القانون المصري (أحكامها بوجه عام، قيودها، صورها، الحقوق المتفرعة عنها وأسباب كسبها)، الإسكندرية: د، ن، 1993، (342).

⁴ القانون المدني الأردني، المادة (2/1175): "تبقى الحيازة محتقظة بصفاتها التي بدأت بها وقت كسبها ما لم يقدّم دليل على عكس ذلك".

⁵ القانون المدني المصري، المادة (967): "تبقى الحيازة محتقظة بصفاتها التي بدأت بها وقت كسبها ما لم يقدّم دليل على عكس ذلك"، بالمقابل عالج مشروع القانون المدني الفلسطيني مسألة أن الحيازة تبقى محتقظة بالصفة التي بدأت فيها ما لم يقدّم الدليل على عكس ذلك في المادة (1102): "تبقى الحيازة محتقظة بصفاتها التي بدأت بها وقت كسبها ما لم يقدّم الدليل على خلاف ذلك". وهو نفس نص القانون المدني الأردني والمصري.

بعيب اللبس والغموض هو زوال العيب لا تحويل صفة الحياة، لذلك يكفي أن يقوم الحائز بإزالة اللبس والغموض بتصرف يظهر منه بشكل واضح أنه يحوز ذلك الحق لحساب نفسه ومثال ذلك: أن يقوم الشريك على الشيوع الذي تصرف بالمال الشائع بمنع باقي الشركاء بالتصرف في ذلك الحق الذي تصرف به، فالتصرف الصادر منه يستدل منه على أن حيازته صحيحة ولا يشوبها أي عيب ولا يوجد بها أي لبس، وتصبح حيازته صحيحة منتجة لآثارها من تلك اللحظة، بشرط أن تكون تلك التصرفات التي قام بها صحيحة، بها معارضة لأية حيازة أخرى يمكن أن تخالط حيازته¹.

هناك عدة قرائن تدل على الحيازة الغامضة كالعلاقة التي تربط بين صاحب الحق وبين الحائز الذي قد يكون قريباً له أو شريكاً أو خادماً²، وأيضاً لموقف الحائز دوراً في إثبات عيب اللبس والغموض، فمثلاً إذا كان الحائز خادماً أو وريثاً والتزم الصمت بعد وفاة المالك الأصلي للشئ الذي يدعي حيازته لنفسه لا لحساب المالك الأصلي وادعائه بأن المالك الأصلي قد وهبه إياه مثلاً ولم يصدر منه أي فعل يثبت ذلك، إلا بعد قيام ورثة المالك الأصلي برفع دعوى عليه، فتصرفه يثير اللبس والغموض في حيازته³.

مسألة تقدير الحيازة الغامضة والتي بها لبس من المسائل الموضوعية ولمحكمة الموضوع السلطة التامة في استخلاص نية التملك بحسب وقائع الدعوى وملابساتها، ولا رقابة عليها من محكمة النقض⁴.

¹ السنهوري، عبد الرزاق أحمد: الوسيط في شرح القانون المدني الجديد أسباب كسب الملكية، (المجلد الثاني)، (9/ 860، 861).

² خالد، عدلي أمير: الحماية المدنية والجنائية لوضع اليد على العقار على ضوء أحكام محكمة النقض، (62).

³ المطري، محمد يحيى محمود: دور الحيازة في المنقول في القانون المدني المصري واليميني دراسة مقارنة، (64).

⁴ حسن، علي أحمد: التقادم في المواد المدنية والتجارية " فقهاً وقضاءً"، (155).

المطلب الثاني: أن تكون الحيازة مستمرة.

معنى أن تكون الحيازة مستمرة: أن تكون الأعمال المادية التي يباشرها الحائز ظاهرة ومتوالية، وفي فترات متقاربة ومنتظمة، وهذا ما أكدته المادة (1/1173) من القانون المدني الأردني¹، فلا تقوم الحيازة على أعمال مادية متقطعة، فيجب على الحائز أن يباشر أعمال السيطرة المادية في حيازته من وقت لآخر، وكلما تطلبت الحاجة لذلك، وليس شرطاً أن يقوم بممارسة تلك الأعمال المادية بصورة منتظمة في جميع الأوقات بلا انقطاع، بل بحسب طبيعة الشيء المحاز والحاجة التي يتطلبها استعماله، أي بفترات متقاربة ومنتظمة كما يستعملها ويباشرها المالك على ملكه في العادة، فمثلاً من يحوز حق عيني على عقار كحق المرور يجب عليه أن يتصرف به ويظهر بمظهر المالك له ولا ينقطع عن استعماله في الأوقات التي يستعمل بها بالعادة²، فحق المرور لا يتطلب استعماله أن يقوم الحائز بالمرور طيلة الوقت منه بلا انقطاع، بل يجب عليه أن يمارس الحق كما يمارسه المالك على ملكه، فمن كان يملك قطعة أرض مشجرة بأشجار الزيتون وله حق مرور من أرض جاره فهنا ممارسته لهذا الحق تكون خلال فترة موسم قطف ثمار الزيتون وفترات متتابعة الأرض والعناية بها وتقليمها وحرثتها، أما باقي السنة لا يتم بالعادة استخدام حق المرور، بالتالي لا يشترط على صاحب حق المرور أن يمر من الطريق طيلة الوقت، لكن إذا لم يمارس حقه بالمرور خلال موسم قطف الثمار وتكرر الترك لأكثر من موسم تصبح حيازته لحق المرور متقطعة غير منتظمة.

يرى العلامة الدكتور السنهوري أن القانون المدني المصري أغفل ذكر عيب عدم الاستمرار من ضمن عيوب الحيازة، وأن هذا العيب كان مذكوراً في المشروع التمهيدي للقانون، بحيث تمت

¹ القانون المدني الأردني، المادة (1/1173): "تعتبر الحيازة مستمرة من بدء ظهورها باستعمال الشيء أو الحق استعمالاً اعتيادياً وبصورة منتظمة"، وبالمقابل عالج مشروع القانون المدني الفلسطيني هذه المسألة وذلك في المادة (1090): "تعتبر الحيازة مستمرة من بدء ظهورها باستعمال الشيء أو الحق استعمالاً عادياً وبصورة منتظمة"، والمادة (2/1399) من المشروع التمهيدي للقانون المدني المصري: "كذلك لا تقوم الحيازة على أعمال متقطعة، أما إذا اقترنت بإكراه أو حصلت خفية أو كان فيها لبس فلا يكون لها أثر قبل من وقع عليه الإكراه أو أخفيت عنه الحيازة أو التمس عليه أمرها إلا من الوقت الذي تزول فيه هذه العيوب".

² المنجى، محمد: الحيازة، (52).

الموافقة على النص بعد حذف عبارة (كذلك لا تقوم الحيازة على أعمال متقطعة)، وحذفت العبارة دون أي سبب صريح في لجنة المراجعة، بالتالي حتى تكون الحيازة صحيحة منتجة لآثارها يجب أن تكون خالية من عيوب الحيازة وعيب عدم الاستمرار هو من ضمن هذه العيوب¹.

بالمقابل فإن القانون المدني الأردني لا يعتبر عدم استمرار الحيازة عيب من عيوبها، وإنما تحدث عن الاستمرار مباشرة فتكون الحيازة مستمرة من بدء ظهورها واستعمال الشيء أو الحق استعمالاً عادياً، وبصورة منتظمة، بالتالي عد عدم توافر شرط استمرار الحيازة تخلف الحيازة وعدم وجودها، بحيث إذا لم تكن مستمرة وتخللها فترات انقطاع غير عادية بحيث يستشعر من طول الانقطاع أن الحائز تخطى عن حيازته²، كون أن القانون المدني الأردني عالج مسألة استمرار الحيازة وبين متى تكون الحيازة مستمرة ومتى يمكن الاستدلال على استمرارها ووضع قرائن على استمرار الحيازة وذلك في المادة (1/1173)، والمادة (2/1184)³، وكذلك الحال القانون المدني المصري عالج

¹ السنهوري، عبد الرزاق أحمد: الوسيط في شرح القانون المدني الجديد أسباب كسب الملكية، (المجلد الثاني)، (840/9)، 841)، والحاشية.

² أبو عرابي، غازي: الوجيز في الحقوق العينية الأصلية - دراسة مقارنة، (266، 267).

³ القانون المدني الأردني، المادة (1/1173): "تعتبر الحيازة مستمرة من بدء ظهورها باستعمال الشيء أو الحق استعمالاً اعتيادياً وبصورة منتظمة"، والمادة (2/1184): "وضع اليد إذا كان قائماً مع ثبوته في وقت سابق يعد قرينة على قيامه بين الزميين ما لم يتم دليل ينفيه"، وبالمقابل سار مشروع القانون المدني الفلسطيني على نهج القانون المدني الأردني في هذه النقطة بحيث عالج مسألة استمرار الحيازة ولم يجعلها عيب من عيوب الحيازة وذلك في المادة (1090): "تعتبر الحيازة مستمرة من بدء ظهورها باستعمال الشيء أو الحق استعمالاً عادياً وبصورة منتظمة"، وهي نفس النص الأردني وجعل عدم استمرار الحيازة، بمعنى تخلفها وعدم وجودها كون أن الاستمرار يتعلق بمباشرة الأعمال المادية للحيازة، والتي هي ركنها المادي، بالتالي إذا لم تستمر مباشرة الأعمال المادية يعني سقوط الحيازة، إلا أنه في المذكرات الإيضاحية للمشروع قد عاد وقال أن عدم الاستمرار هو عيب من عيوب الحيازة، وأنه حتى تسلم الحيازة من هذا العيب وتكون مستمرة غير منقطعة يجب أن تتوالى أعمال السيطرة المادية على الشيء المحاز كلما تقوم الحاجة إلى استعماله كما يستعمله مالكة في العادة، فإذا كانت الفترة بين استعمال الشيء وعدم استعماله طويلة أي فترة لا يتركها المالك الحريص على الانتفاع بملكه فتعتبر الحيازة في هذه الحالة غير مستمرة ومنقطعة لا تصلح أساساً للتملك ولا لدعاوى الحيازة، ومعرفة هل كان استعمال الشيء محل الحيازة منظم وبفترات متقاربة يكون حسب طبيعة الشيء محل الحيازة. وهنا يظهر التخبط في مشروع القانون المدني الفلسطيني كون أنه مزيج من نصوص القانون المدني المصري والقانون المدني الأردني، فقد مزج المشروع بين فكرة القانون المدني المصري الذي اعتبر عدم استمرار الحيازة هو أحد عيوبها، وفكرة زوال الحيازة بعدم استمرارها والتي هي فكرة القانون المدني الأردني، فكان حري بالمشروع حسم هذه المسألة كونه تم معالجة مسألة استمرار الحيازة بنص خاص، بالتالي لا حاجة لاعتبار عدم الاستمرار من ضمن العيوب، لأنه لو كان عدم استمرار الحيازة من ضمن العيوب التي تم نكرها لما قام المشرع المصري بحذف عدم

مسألة القرينة على استمرار الحيازة وذلك في المادة (971)¹، بالتالي إذا أثبت الحائز مدة وضع اليد السابقة على حيازته وكان يحوز العين حالاً فذلك دليل على أن الحيازة كانت مستمرة ما بين الزمنين، ومن يدعي خلاف ذلك عليه أن يثبت أن الحيازة لم تكن مستمرة².

على الرغم من عدم إيراد استمرار الحيازة من ضمن العيوب التي ذكرها المشرع المصري، إلا أنه اعتبر عدم استمرار الحيازة هو عيب من عيوبها، وكان هذا الأمر لا حاجة له كون أن محكمة النقض المصرية اعتبرت عدم استمرار الحيازة عيب مطلق، بالتالي إذا تخلف الشرط لا يؤدي إلى كسب الملكية وعدم إنتاج الحيازة آثارها³.

إذا كانت الحيازة قائمة على أعمال متقطعة كما لو مضى بين العمل والآخر مدة طويلة لا يتركها المالك الحريص في الانتفاع بما يملك دون قيامه بهذا الانتفاع وانقطعت السيطرة المادية على الشيء محل الحيازة، بالتالي تكون غير مستمرة ومن ثم لا تصلح لكسب الملكية ولا لترتيب أي أثر من آثار الحيازة⁴.

يرى الباحث مما سبق أن موقف المشرع الأردني كان هو الصواب بعدم اعتبار عدم استمرار الحيازة من ضمن العيوب، ونظم مسألة الحيازة والدلائل على وجودها بنص خاص، كون أن تلك العيوب التي تم ذكرها كانت عيوب نسبية لا تزول الحيازة بوجودها، وكانت مؤقتة، أي تصبح الحيازة منتجة لآثارها من وقت زوالها، وشرط استمرار الحيازة ليس من ضمن تلك العيوب، كونه

الاستمرار من ضمن العيوب وأبقى عليها، كون أن تلك العيوب نسبية ومؤقتة ولو كان عدم الاستمرار من ضمن تلك العيوب فهو أساساً عيب مطلق، بالتالي لا حاجة للبحث في مسألة هل هو عيب أم لا.

¹ القانون المدني المصري، المادة (971): "إذا ثبت قيام الحيازة في وقت سابق معين وكانت قائمة حالاً، فإن ذلك يكون قرينة على قيامها في المدة ما بين الزمنين ما لم يقدّم الدليل على العكس"، وبالمقابل عالج مشروع القانون المدني الفلسطيني مسألة القرينة على استمرار الحيازة وذلك في المادة (1106): "إذا ثبت قيام الحيازة في وقت سابق معين وكانت قائمة حالاً، فإن ذلك يكون قرينة على قيامها في المدة ما بين الزمنين ما لم يقدّم الدليل على خلاف ذلك"، وهو ذات النص المصري.

² سوار، محمد وحيد الدين: شرح القانون المدني الحقوق العينية الأصلية أسباب الملكية والحقوق المشتقة من حق الملكية، (248/2، 249).

³ نقض 45/928 بتاريخ 1987/11/16، المشار إليه في كتاب عرفه، السيد عبد الوهاب: المرجع في الحيازة المدنية وحمايتها الجنائية، دن، 2007، (30).

⁴ خالد، عدلي أمير: الحماية المدنية والجنائية لوضع اليد على العقار على ضوء أحكام محكمة النقض، (64).

يتعلق ويتصل بالأعمال المادية المكونة للحيازة والتي هي ركنها المادي، بالتالي عدم توافر الركن يؤدي إلى زوال الحيازة، وعدم استمرار الحيازة يعني زوالها وهدمها وعدم وجودها وليس عيب من عيوبها، بل هو شرط يتعلق بركنها المادي.

ويرى البعض (عبد المنعم الصدة، إسماعيل غانم، عبد المنعم البدرابي)، بأن تخلف شرط استمرار الحيازة معناه تخلف الركن المادي، كون أن شرط الاستمرار يتعلق بالركن المادي ومباشرة أعمال السيطرة المادية، بالتالي ليس هو مجرد عيب يلحق بالحيازة بل يحول دون وجودها وقيامها كلياً، فإذا لم يتم الحائز باستعمال العقار محل الحيازة استعمالاً مألوفاً وفي الأوقات والظروف التي يقتضيها العقار محل الحيازة، فإنه يترتب على ذلك فقدان الركن المادي لها أي هدمها، بالتالي لا نكون بصدد عيب من عيوب الحيازة تبقى معه قائمة¹، دليل ذلك أن كلاً من المشرعين المصري والأردني لم يوردا عدم الاستمرار من ضمن تلك العيوب، لكن المادة (1399) من المشروع التمهيدي للقانون المدني المصري والتي تقابل المادة (949) من القانون المدني المصري كانت تنص في بدايتها على أنه: "لا تتم الحيازة على أعمال متقطعة"، وكانت المذكرة الإيضاحية للمشروع تقول أن استمرار الحيازة أحد شروطها وليس عيب من عيوبها، ولكن عندما جاء المشرع وحذف تلك العبارة التي كانت بالمشروع دليل على أن الاستمرار هو شرط أساسي وليس ضمن العيوب، بالإضافة إلى ذلك أن من ينادون بأن عدم استمرار الحيازة هو من ضمن عيوبها جعلوه عيباً مطلقاً لا نسبياً كباقي العيوب، بالتالي لا يجعل معه الحيازة منتجة لآثارها في مواجهة الكافة في حين أن باقي العيوب هي نسبية وتنتج آثارها في مواجهة الكافة، لذلك لا حاجة للقول بأنه عيب وهو عيب مطلق².

وذهب رأي آخر (مشار إليه في عبد المنعم الصدة) إلى أن المشرع المصري أحسن بعدم النص على أن الاستمرار هي صفة لازمة للحيازة كون أن عدم الاستمرار بالانتفاع بالعقار لا يفقد الركن المادي للحيازة، وذلك لطبيعة العقار المحاز وأعمال السيطرة المادية التي يقتضيها طبقاً لما

¹ خالد، عدلي أمير: الحماية المدنية والجناحية لوضع اليد على العقار على ضوء أحكام محكمة النقض، (279، 280).

² الصدة، عبد المنعم فرج: الحقوق العينية الأصلية (دراسة في القانون اللبناني والقانون المصري)، (546-548).

خصص له، فقد تكون الأعمال المادية لا يمكن مباشرتها إلا في أوقات متباعدة وغير مستمرة، فهنا تبقى الحيازة قائمة¹.

ويرى الباحث أنه لا خلاف بين الرأيين من حيث كيفية استعمال العقار محل الحيازة، فجعل شرط الاستمرار صفة ملازمة لأعمال السيطرة المادية أو القول بأن عدم الاستمرار هو عيب بالنهاية تكون الحيازة مستمرة في كلتا الحالتين بحسب طبيعة الشيء محل الحيازة، فلو كان محل الحيازة حق ارتفاق بالمرور إلى أرض زراعية فاستخدام هذا الحق بالمرور خلال موسم جني الثمار والزراعة والعناية بالأرض فقط وتركه باقي أيام السنة لا يعني أن هناك تقطع في الحيازة وأنها غير مستمرة كون الاستمرار يختلف باختلاف طبيعة الشيء محل الحيازة، فلو كان محل الحيازة حق السكنى فهنا لو قام صاحب الحق بترك العقار أوقات الصيف وذهب للتصيف في منطقة أخرى وعاد بعدها، أو تركه بسبب السفر، فهنا لا يعني تركه العقار خلال فترة الصيف أنه ترك مباشرة الأعمال المادية وتخلّى عنها، بالتالي أصبحت حيازته غير مستمرة، لكن لو كان يستعمل حق السكنى مدة شهر ويتركه باقي السنة، فهنا طبيعة الحق محل الحيازة تقتضي أن يستمر بمباشرة الأعمال المادية، فالمالك الحقيقي لا يترك منزله طيلة السنة ويبقى به شهر مثلاً، فهنا تعتبر حيازته لحق السكنى غير مستمرة.

كما سبق وتم الإشارة إليه أنه ليس شرطاً لاستمرار الحيازة أن يقوم الحائز باستعمال الشيء محل الحيازة طيلة الوقت دون توقف، وإنما ينبغي عليه استعماله في الأوقات التي يجب عليه استعماله بها حسب طبيعة الشيء المحاز، لكن إذا كان عدم الاستمرار في الحيازة ناجم عن قوة قاهرة حالت بين الحائز واستعماله للشيء محل الحيازة لفترة معينة، فالحيازة لا تعتبر غير مستمرة كون أن التوقف بالحيازة كان جبراً بفعل قوة قاهرة مثل حدوث فيضان أدى لغمر الأرض التي يحوزها الحائز ويقوم بزراعتها، فعدم تمكنه من الزراعة لفترة معينة لا يعني إنتهاء استمراره بالحيازة طالما أنه كان يقوم بزراعة الأرض في أي وقت كانت تسمح به الظروف، ولكون حدوث فيضان خارج عن إرادة الحائز منعه من استعمال الأرض، فذلك لا يؤدي إلى عدم استمرار الحيازة، الذي يمكن

¹ المرجع السابق، (280).

الكافة الإحتجاج به، فإذا ادعى أحد حيازة شيء وكانت حيازته غير مستمرة، يحق لأي شخص أن يحتج في مواجهته بأن حيازته غير مستمرة حتى لو كان الشخص ليس له أي علاقة بالشيء محل الحيازة¹.

مسألة استمرار الحيازة للمدة التي حددها المشرع هو شرط ضروري حتى يستطيع الحائز الدفاع عن حيازته وحمايتها بالطرق التي رسمها له المشرع، والحيازة المقصودة والمطلوبة هي التي تتفق مع طبيعة الشيء محل الحيازة وبالطريقة التي يستعملها صاحب الحق في ملكه، لكن القانون المدني المصري وضع شرطاً إضافياً حتى يستطيع الحائز حماية حيازته وذلك في المواد (959)، (1/962)²، أنه يجب أن تمضي على الحيازة مدة سنة كاملة حتى يتم إسباغها بالحماية القانونية وإمكانية الحائز لرفع دعاوى الحيازة لحماية حيازته، وذلك بسبب أنه ليس مجرد الحيازة لفترة قصيرة يكسب الحائز الحماية القانونية وإنما يجب أن تمضي مدة معقولة، لذلك لا تقوم الحيازة على أعمال متقطعة وإنما يجب أن يكون بها استمرارية على الأقل للمدة التي حددها القانون حتى يستطيع الحائز حماية حيازته بالطرق القانونية، ويتحقق هذا الاستمرار بتوالي الأعمال المادية التي يباشرها الحائز على الحق الذي يدعي حيازته دون أن يتخلل مدة حيازته فترات انقطاع غير اعتيادية، فالأصل بالحيازة حتى تكون محمية بدعاوى حماية الحيازة أن تستمر مدة سنة، إلا أن المشرع المصري وضع استثنائين على ذلك في المادة (959) ، أنه حتى لو لم تمض مدة سنة على حيازة الحائز فيستطيع حمايتها بحالتين فقط وهما استثنائين الأول: إذا كانت حيازة المدعي أفضل من حيازة المعتدي، والحيازة الأفضل هي التي تكون قائمة على سند قانوني، فإذا لم يكن لديهم أي سند أو تعادلت السندات فيما بينهم تكون الحيازة الأفضل للأسبق تاريخاً، الثاني: أنه إذا فقدت الحيازة

¹ حسين، محمد عبدالظاهر: حق الملكية، د، ن، 2006، (317، 318).

² القانون المدني المصري، المادة (959): "1- إذا لم يكن من فقد الحيازة قد انقضت على حيازته سنة وقت فقده فلا يجوز أن يسترد الحيازة إلا من شخص لا يستند إلى حيازة أحق بالترتيب، والحيازة الأحق بالترتيب هي الحيازة التي تقوم على سند قانوني، فإذا لم يكن لدى أي من الحائزين سند أو تعادلت سنداتهم كانت الحيازة الأحق هي الأسبق في التاريخ، 2- أما إذا كان فقد الحيازة بالقوة فللحائز في جميع الأحوال أن يسترد خلال السنة التالية حيازته من المعتدي".
المادة (1/962): "من حاز عقاراً واستمر حائزاً له سنة كاملة وخشي لأسباب معقولة التعرض له من جراء أعمال جديدة تهدد حيازته، 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".

من الحائز بالقوة، والمقصود بالقوة ليست القوة المادية وحسب وإنما أن يكون سبب من أسباب الإكراه كالتهديد والتخويف، ففي هاتين الحالتين يستطيع الحائز حماية حيازته حتى لو لم يمض على حيازته إلا عدة أشهر¹.

إلا أن القانون المدني الأردني لم يشترط استمرار الحيازة لمدة معينة حتى يستطيع الحائز حماية حيازته من أي تعرض أو اعتداء، بالتالي يكون الحائز محمياً بدعاوى حماية الحيازة من لحظة بدء حيازته، فإذا تعرض لأي اعتداء يستطيع الدفاع عن حيازته ومباشرة دعاوى حماية الحيازة، وقد أحسن المشرع الأردني بذلك، كون أن الهدف من دعوى استرداد الحيازة هو حماية الأمن والسلم الاجتماعي وحماية الأوضاع المستقرة وتحقيق العدالة حتى لا يقوم أي شخص بأخذ حقه بيده دون اللجوء للقضاء، بالتالي لو صدر حكم في صالح المغتصب بالحيازة بحجة أن حيازته أحق بالتمتع، فإن ذلك سيؤدي إلى انتشار الفوضى بين الناس، بحيث يقوم كل شخص بأخذ حقه بيده، لذلك الأفضل أن من انتزعت منه حيازته يقوم باستردادها ومن قام بوضع يده على حيازة غيره يستطيع الذهاب للمحكمة ورفع دعوى منع التعرض أو الاستحقاق، وذلك حتى يعم الأمن والسلم بين الناس، ويشعر الناس بالطمأنينة لوجود قانون يحمي حقوقهم².

ويرى الباحث أن موقف القانون المدني الأردني هو الأفضل بعدم إيراد شروط إضافية حتى يستطيع الحائز حماية حيازته، وأن موقف القانون المدني المصري والذي على نهجه سار المشروع قد خلق بلبلة في نصوصه، وأن إيراد شرط إضافي حتى يستطيع الحائز حماية حيازته ووضع على هذا الشرط استثناءات فلا داعي لها، وهذا الشرط قد فقد صفته وهذه الاستثناءات لا داعي لها، لأن الحائز يلجأ لحماية حيازته إذا فقدت منه أو تعرض لاعتداء، بالتالي الحائز الذي تعرض لاعتداء على حيازته أو انتزعت منه حيازته يستطيع مباشرة دعاوى حماية الحيازة، ولا داعي لإيراد هكذا نص في القانون المدني المصري.

¹ العجيلي، لفته هامل: أحكام دعاوى حماية الحيازة "دراسة في ضوء أحكام القانون وآراء الفقه وتطبيقات القضاء"، بيروت: منشورات الحلبي الحقوقية، 2015، (27-30).

² قادري، نادية: النطاق القانوني للحيازة في القانون الجزائري، (208، 209).

مجلة الأحكام العدلية خلت من النص الصريح الذي يوضح الاستمرارية في الحيازة من حيث كفيته وظروفها، إلا أنها تحدثت عن المدة اللازمة لمرور الزمن المانع من سماع الدعوى في المادة (1662)¹ وما أكدته محكمة النقض الفلسطينية بأن مرور الزمن بشكل عام يصلح سبباً لدفع الدعوى وليس لكسب الملكية²، وما أكدته محكمة التمييز الأردنية³، كما أن المادة (68)، والمادة (78) من قانون الأراضي العثماني لسنة 1958⁴، نصت صراحة على ضرورة الاستمرارية في حيازة الأرض الأميرية⁵.

¹ مجلة الأحكام العدلية، المادة (1662): "إن كانت دعوى الطريق الخاص والمسيل وحق الشرب في عقار الملك فلا تسمع بعد مرور خمس عشرة سنة، وإن كانت في عقار الوقف فليمتولي أن يدعيها إلى ست وثلاثين سنة، وكما لا تسمع دعاوي الطريق الأراضي الأميرية بعد مرور عشر سنوات، كذلك لا تسمع دعاوي الطريق المسيل الخاص وحق الشرب في الأراضي الأميرية بعد أن تركت عشر سنوات".

² انظر حكم محكمة النقض الفلسطينية رقم (2009/199) الصادر بتاريخ 2010/2/2، موقع المقتفي: L2RiL211cXRhZmkvanVkJ21lbnQveG1sL2p1ZGdtZW50L0NBU1MvQ212aWwvMjAxMC8yLzE5OV8yMDA5LnhtbA، تاريخ الزيارة 2020/11/10، الساعة 9 مساءً، " ... وأن مرور الزمن يصلح لدفع الدعوى وليس لكسب الملكية وذلك عملاً بأحكام المادة (3) من (قانون رقم 51 لسنة 58 قانون التصرف بالاموال غير المنقولة)..."

³ انظر قرار محكمة التمييز الأردنية في الدعوى حقوق رقم (1974/184)، "إن التصرف مدة مرور الزمن بالأرض يصلح سبباً لدفع الدعوى، ولا يصلح سبباً للإدعاء إلا في الحالة المنصوص عليها في المادة 3 من قانون رقم 51 لسنة 1958"، المشار إليه في كتاب عيسه، حسين عاهد: الوجيز في الحقوق العينية الأصلية وفق مجلة الأحكام العدلية والتشريعات النافذة في فلسطين، (296).

⁴ قانون الأراضي العثماني لسنة 1958، المادة (68): "إذا كان أحد متصرفي المزارع لا يزرع حقله ولا يزرع من طرفه عارية أو إجارة وعطله ثلاث سنوات متوالية بدون أن يتحقق له عذر من الأعذار الصحيحة مثل ترك الأراضي سنة أو سنتين بحسب درجة قابليتها أو أكثر بحالات استثنائية حسب الموقع لأجل مجرد استراحتها أو أن تكون فاضت عليها المياه مدة ثم بعد ذلك نضبت فتركها خالية لبينما تكسب القوة أو أنه كان أسيراً حربياً فتكون تلك المزرعة مستحقة للطابو سواء كان المتصرف موجوداً في المحل الكائنة به الأراضي أو بعيداً مسافة السفر"، المادة (78): "إذا كان إنسان يزرع أرضاً أميرية أو موقوفة ويتصرف بها عشر سنين بدون منازع يكون حق القرار ثابتاً له سواء وجد بيده سند معمول به أو لم يوجد ولا ينظر إلى تلك الأراضي بنظر المحلول بل يلزم أن يعطى ليده سند طابو جديد مجاناً وإنما إذا أقر واعترف هو ذاته بأنه ضبطت تلك الأراضي بغير حق عندما صارت محولة فلا يعتبر حينئذٍ مرور الزمان بل يتكلف لأخذ تلك الأراضي بمثل الطابو وإذا لم يقبل فتعطى بالمزاد إلى طالبها".

⁵ عيسه، حسين عاهد: الوجيز في الحقوق العينية الأصلية وفق مجلة الأحكام العدلية والتشريعات النافذة في فلسطين، (286، 287).

إلا أن النافذ في فلسطين وحسب ما تقتضيه أحكام المادة (3) من القانون المعدل لأحكام الأموال غير المنقولة رقم (51) لسنة 1958 النافذ في الضفة الغربية¹، والمادة (78) من قانون الأراضي العثماني السابق ذكرها، فإنه يشترط في الحياة بالإضافة إلى الشروط السابق ذكرها في حكم محكمة النقض الفلسطينية حقوق رقم (23) لسنة 2007 الصادر بتاريخ 2008/2/18 بقولها: "... الشروط الواجب توافرها في دعوى منع التعرض وهي أن يكون المدعي حائزاً العقار موضوع الدعوى بصورة قانونية ومستمرة حياة ظاهرة وواضحة وهادئة..."، فإنه يشترط في حياة الأراضي الأميرية والعقارات المملوكة الكائنة في المناطق التي لم تعلن فيها التسوية أو التي استتبت منها، أولاً: وجود سند مكتوب تم بموجبه البيع، ثانياً: تصرف المشتري بالعقار تصرفاً فعلياً، ثالثاً: مرور مدة زمنية على التصرف الفعلي مقدارها متوقف على نوع هذا العقار، فتكون عشر سنوات في العقارات الأميرية، وخمس عشرة سنة في العقارات الملك، وبناءً على ذلك يكون المشتري الذي أمضى المدة المطلوبة صاحب حق ويحق له مباشرة دعوى نفاذ عقد البيع الذي يعطيه في النهاية الحق في الملكية أو التصرف، وهنا يكون مرور الزمن سبباً لإقامة دعوى إنفاذ التصرف القانوني (العقد) من قبل واضع اليد لتثبيت حقه في الأرض محل الحياة، وعليه فإن حق القرار المنصوص عليه في المادة (78) من قانون الأراضي العثماني ليس إلا مروراً للزمن الإيجابي الذي يصلح أن يكون حجة للدعوى والإثبات، بالإضافة إلى صلاحيته كحجة للدفع وبذلك يكون مرور الزمن في هذه الحالة مكسباً لحق التصرف²، وهذا ما أكدته محكمة استئناف رام الله³.

¹ القانون المعدل لأحكام الأموال غير المنقولة رقم (51) لسنة 1958 النافذ بالضفة، المادة (3): "تعتبر البيوع العادية الجارية بموجب سند فيما يتعلق بالأراضي الأميرية والعقارات المملوكة الكائنة في المناطق لم تعلن فيها التسوية أو التي استتبت منها نافذة إذا مر على تصرف المشتري تصرفاً فعلياً مدة عشر سنوات في الأراضي الأميرية وخمس عشرة سنة في العقارات المملوكة".

² عيسه، حسين عاهد: الوجيز في الحقوق العينية الأصلية وفق مجلة الأحكام العدلية والتشريعات النافذة في فلسطين، (295-298).

³ انظر حكم محكمة استئناف رام الله حقوق رقم (1994/93) الصادر بتاريخ 1994/6/20، موقع المقتفي: <http://muqtafi2.birzeit.edu/muqtafi2/transform/fulltext/L2RiL211cXRhZmkvanVkZ211bnQveG1sL2p1ZGdtZW50L0FQUc9DaXZpbC8xOTk0LzYvOTNfMTk5NC54bWw>، تاريخ الزيارة 2020/11/10، الساعة 10 مساءً، "...التصرف المقترن بسند بيع عادي أي أنه أسس دعواه وفقاً لأحكام المادة الثالثة من القانون رقم 51 لسنة 58 المعدل للأحكام المتعلقة بالأموال غير المنقولة التي اعتبرت البيوع العادية الجارية بموجب سند فيما يتعلق بالأراضي

وتختلف مسألة تقطع الحيازة أي عدم الاستمرار عن انقطاع التقادم، ففي حالة كانت الحيازة مستمرة وتم فقد الحيازة لسبب ما ومن ثم قام الحائز باسترداد حيازته خلال المدة القانونية فإنه يبقى مستمراً في حيازته ولا يبدأ من جديد، كونه حصل فقد للحيازة وانقطاع للاستمرار، أما في مسألة انقطاع التقادم فإن ذلك يؤدي إلى هدم المدة السابقة والبدء بحساب مدة التقادم من جديد¹، فالتقادم المكسب ينقطع إذا تخلى الحائز عن حيازته أو فقدها بفعل الغير، لكن لا ينقطع هذا التقادم إذا قام الحائز باسترداد حيازته خلال سنة أو قام برفع دعوى استرداد الحيازة خلال المدة التي حددها القانون، وهذا ما أكدته المادة (975) من القانون المدني المصري²، وقد ينقطع التقادم المكسب انقطاعاً حكماً بالمطالبة القضائية، وأيضاً بإقرار الحائز بحق صاحب الحق، وهذا ما أكدته المادة (383)، (1/384) من القانون المدني المصري³، بالمقابل القانون المدني الأردني لم يأخذ بفكرة التقادم

الأميرية والعقارات المملوكة الكائنة في المناطق التي لم تعلن فيها التسوية أو التي أستثنت منها نافذة إذا مر على تصرف المشتري تصرفاً فعلياً مدة عشر سنوات في الأراضي الأميرية وخمس عشرة سنة في العقارات المملوكة. وثابت أن هذه المادة أجازت التمسك بمرور الزمن كسبب لكسب الملكية إذا كان هناك سند بيع خارجي مقترن بتصرف المشتري فعلياً مدة مرور الزمن القانونية..."، وانظر حكم محكمة استئناف رام الله حقوق رقم (1994/177) الصادر بتاريخ 1995/1/23، "...إننا لا نقر محكمة البداية على التعليل الذي جاء في القرار المستأنف لرد الدعوى للسببين المشار إليهما لأنه بالرغم مما ورد في المادة 2 من قانون التصرف بالأموال غير المنقولة رقم 49 لسنة 1953 والمادتين 4 (1) و 11 من قانون انتقال الأراضي لسنة 1920 وبقية المواد الأخرى من قوانين الأراضي من اعتبار البيوع التي تقع خارج دائرة تسجيل الأراضي خلافاً لأحكام هذه المواد باطلة بطلاناً مطلقاً وأن عقد بيع العقار بهذه الطريقة لا يعتبر ناقلاً للملكية أو سنداً مقبولاً لإثباتها، ورغم أن المبدأ العام بخصوص التصرف بالأرض مدة التقادم هو أن مرور الزمن يصلح لدفع الدعوى ولا يصلح سبباً لكسب الملكية، فإن المشرع استثناء من ذلك جاء بحكم جديد هو تمكين المشتري بموجب سند بيع خارجي من الاستناد إلى التصرف مدة مرور الزمن كسبب مكسب لحق ملكية العقار في الأراضي غير المشمولة بالتسوية، إذا بالرجوع إلى أحكام المادة الثالثة من القانون المعدل للأحكام المتعلقة بالأموال غير المنقولة رقم 51 لسنة 1958 نجدها تعتبر البيوع الخارجية بموجب سند فيما يتعلق بالأراضي الأميرية والعقارات المملوكة الكائنة في المناطق التي لم تعلن فيها التسوية أو التي استثنت منها نافذة إذا مر على تصرف المشتري تصرفاً فعلياً مدة عشر سنوات في الأراضي الأميرية وخمس عشرة سنة في العقارات المملوكة، وقد جاء في قرار محكمة التمييز رقم 78/225 سنة 1978 (يتضح من نص المادة الثانية من قانون التصرف رقم 49 لسنة 1953 أن البيوع خارج دائرة التسجيل لا تعتبر ناقلة للملكية ولا تصلح حجة لإثبات الملكية إلا في الحالة المنصوص عليها في المادة الثالثة من القانون المعدل للأحكام المتعلقة بالأموال المنقولة...".

¹ هنداي، نور الدين: الحماية الجنائية للحيازة، (40).

² القانون المدني المصري، المادة (975): "1- ينقطع التقادم المكسب إذا تخلى الحائز عن الحيازة أو فقدها ولو بفعل الغير

2- غير أن التقادم لا ينقطع بفقد الحيازة إذا استردها الحائز خلال سنة أو رفع دعوى باستردادها في هذا الميعاد".

³ القانون المدني المصري، المادة (383): "ينقطع التقادم بالمطالبة القضائية ولو رفعت الدعوى إلى محكمة غير مختصة وبالتبني، وبالجزء، وبالطلب الذي يتقدم به الدائن لقبول حقه في تقليص أو في توزيع وبأي عمل يقوم به الدائن للتمسك بحقه أثناء السير في إحدى الدعاوى"، والمادة (1/384): "ينقطع التقادم إذا أقر المدعي بحق الدائن إقراراً صريحاً أو ضمناً".

المكسب تماشياً مع الفقه الإسلامي، وإنما تبنى فكرة مرور الزمن المانع من سماع الدعوى، فتحدث عن حالة إقرار المدين بالحق ففي هذه الحالة يقطع مرور الزمن المقرر لعدم سماع الدعوى، وهذا ما أكدته المادة (459)¹، كذلك عالج مسألة انقطاع المدة المقررة لسماع الدعوى في حاله المطالبة القضائية أو أي إجراء قضائي يقوم به الدائن للمطالبة بحقه، وهذا ما أكدته المادة (460)²، بالتالي تختلف أسباب انقطاع التقادم عن تقطع الحيازة وعدم استمرارها، فالتقادم ينقطع حكماً بالمطالبة القضائية، لكن مع ذلك تبقى الحيازة مستمرة، لكن في حالة إقرار الحائز بحق صاحب الحق هنا ينقطع التقادم، وتتقلب الحيازة من أصلية إلى عرضية أي لحساب الغير، لكن قد يتشابه انقطاع التقادم مع تقطع الحيازة في حالة تخلي الحائز عن سيطرته الفعلية على الشيء أو الحق محل الحيازة أو فقده للشيء أو الحق محل الحيازة بأيّة طريقة، فهنا يشتبه تقطع الحيازة مع انقطاع التقادم، لكن الفرق بينهم أن انقطاع التقادم يحصل عادة بفعل الغير بأن يقوم بانتزاع الحيازة من الحائز ولا يقوم الحائز باستردادها خلال المدة، أما تقطع الحيازة يكون بفعل الحائز نفسه بأن يقوم بالانقطاع عن استعمال الحق إلا في فترات متباعدة غير منتظمة، وعلى الرغم من ذلك لو انقطع التقادم بتخلي الحائز عن حيازته أو بفقدتها فإن ذلك يفترض وجود حيازة سابقة مستمرة، بالتالي ينقطع التقادم دون انقطاع الحيازة في حالة المطالبة القضائية، حيث ينقطع التقادم حكماً بإقرار الحائز بحق صاحب الحق وينقطع التقادم وتبقى الحيازة مستمرة في حالة المطالبة القضائية، وتتقلب إلى حيازة عرضية في حالة الإقرار، وعلى العكس من ذلك قد تنقطع الحيازة دون أن ينقطع التقادم، وذلك إذا لم ينقطع التقادم لأي سبب من الأسباب السابق ذكرها وبقي الحائز يتقطع في

¹ القانون المدني الأردني، المادة (459): "إقرار المدين بالحق صراحة أو دلالة يقطع مرور الزمان المقرر لعدم سماع الدعوى".

² القانون المدني الأردني، المادة (460): "تنقطع المدة المقررة لعدم سماع الدعوى بالمطالبة القضائية أو بأي إجراء قضائي يقوم به الدائن للتمسك بحقه".

وبالمقابل عالج مشروع القانون المدني الفلسطيني مسألة انقطاع التقادم وذلك في المادة (1110): "1- ينقطع التقادم المكسب إذا تخلى الحائز عن الحيازة أو فقدها ولو بفعل الغير. 2- لا ينقطع التقادم بفقد الحيازة إذا استردها الحائز خلال سنة أو رفع دعوى باستردادها في الميعاد"، وكذلك في المادة (421): "ينقطع التقادم بالمطالبة القضائية ولو رفعت الدعوى إلى محكمة غير مختصة وبالتبعية، وبالحجز، وبالطلب الذي يتقدم به الدائن لقبول حقه في تقليص أو في توزيع وبأي عمل يقوم به الدائن للتمسك بحقه أثناء السير في إحدى الدعاوى"، وكذلك في المادة (1/422): "ينقطع التقادم إذا أقر المدين بحق الدائن إقراراً صريحاً أو ضمناً"، وهو ذات موقف القانون المدني المصري.

حيازته في فترات متباعدة غير منتظمة، لذلك لا حاجة لانقطاع التقادم لأنه بالأساس لا يوجد حياة أصلاً لكي تصلح أساساً للتقادم، لكن هناك اختلاف بين انقطاع التقادم وتقطع الحياة من ناحية عبء الإثبات فمن يدعي انقطاع التقادم عليه إثبات ذلك، لأنه بالأساس لا ينقطع التقادم إلا بالحالات السابق ذكرها، بالتالي لا يقع عبء الإثبات على الحائز، أما فيما يتعلق بتقطع الحياة فعلى إثبات أن الحياة مستمرة غير منقطعة يقع على الحائز، وكذلك من ناحية من له الحق بالتمسك بتقطع الحياة وانقطاع التقادم، فمسألة تقطع الحياة وعدم استمرارها هي أمر مطلق يحق لكل ذي مصلحة التمسك بها، لكن انقطاع التقادم إذا كان بناء على مطالبة قضائية وما في حكمها فالانقطاع غير مطلق، ولا يحق لكل شخص التمسك به إلا من قام بالمطالبة القضائية وما في حكمها، أما إذا كان انقطاع التقادم بتخلي الحائز عن حياته أو فقدها دون استردادها خلال المدة، فيكون التمسك بانقطاع التقادم مطلقاً أي لكل ذي مصلحة التمسك بهذا الدفع، وأيضاً في إقرار الحائز لصاحب الحق في حقه تتقلب حياته إلى حياة عرضية أي لحساب الغير ويحق لكل ذي مصلحة التمسك بانقطاع التقادم¹.

ومسألة تقدير شرط استمرار الحياة متوفر أم لا هو من مسائل الواقع التي تختص بها محكمة الموضوع دون رقابة عليها من محكمة النقض²، أما إذا دفع أحد الخصوم بأن حياة خصمه غير مستمرة أو مشوبة بأي عيب آخر، وجب على محكمة الموضوع أن تتعرض لهذا الدفع وأن ترد عليه وتسبب حكمها به، فإذا لم تقم بذلك وأغفلته يكون حكمها مشوباً بالقصور ويخضع لرقابة محكمة النقض³.

¹ السنهوري، عبد الرزاق أحمد: الوسيط في شرح القانون المدني الجديد أسباب كسب الملكية، (المجلد الثاني)، (846/9-848).

² المالكي، خالد عزت: دعاوى الحياة في التشريع السوري، (27).

³ النمر، محمد أحمد محمود: الحماية الوقتية للحياة بين النظرية والتطبيق العملي، (47، 48).

الخاتمة

وتشمل أهم النتائج والتوصيات التي توصل إليها الباحث.

النتائج:

1- يشترط في الحياة بدايةً حتى تكون صحيحة أن تكون مبتدأة أي يتوافر بها العنصر المادي المتمثل بالأعمال المادية والسيطرة المادية، والعنصر المعنوي المتمثل بالقصد والنية، وهذا لم تعالجه أي من التشريعات بنص واضح وصريح.

2- القانون المدني الأردني أخذ بالنظرية الشخصية للحياة، أي وجوب توافر الأعمال المادية والقصد، في حين أن القانون المدني المصري أخذ إبتداءً بهذه النظرية ولكنه توسع بها ومدّها لتشمل الحقوق الشخصية كما فعلت النظرية المادية وجعل هناك استثناءً وحيداً وهو المستأجر الذي حماه بدعوى استرداد الحياة بعكس القانون المدني الأردني الذي لم يحم المستأجر بدعوى حماية الحياة، وموقف مشروع القانون المدني الفلسطيني ذات موقف القانون المدني المصري.

3- القانون المدني الأردني لم يحصر الحياة العرضية بأحد، وجعلها مطلقة، في حين أن القانون المدني المصري قصر الحياة العرضية في حديثه عن تعريف الحياة على الحالة التي يكون بها الحائز العرضي متصلاً بالحائز الأصلي ويلتزم بأوامره، بينما مشروع القانون المدني الفلسطيني خلط بين القانونين فجعلها مطلقة في تعريفه للحياة، لكن عاد وجعلها مقيدة أثناء حديثه عن الحياة العرضية، وهذا يوضح النقل بدون دراسة للنصوص والتعارض فيما بينهم.

4- أن الإكراه الذي يعيب الحياة هو الذي يحصل إبتداءً من قبل الحائز نفسه، وأن يكون غير مشروع، وأن مجرد المنازعة القضائية أو توجيه إنذار أو إخطار للحائز أو حصول أي تصرف قانوني على العين محل الحياة لا يشوب الحياة بعيب عدم الهدوء.

5- مجلة الأحكام العدلية تعتبر الحيابة بمرور الزمن تكون مانعة من سماع الدعوى ولم تتبنى فكرة التقادم المكسب أو المسقط، وعلى نهجها سار القانون المدني الأردني.

6- الشروط المتعلقة بالحيابة لم ترد بنص صريح في مجلة الأحكام العدلية أو التشريعات الأخرى النافذة في فلسطين ولكن مفهوم النصوص التي تعالج هذا الموضوع تتطلب وجود هذه الشروط وأيضاً لما استقر عليه الإجتهد القضائي في محكمة النقض الفلسطينية الذي تضمن هذه الشروط في القرار رقم 2007/23.

7- القانون المعدل لأحكام الأموال غير المنقولة رقم (51) لسنة 1958 النافذ في الضفة الغربية أوجد شروط إضافية فيما يتعلق بالأراضي الأميرية والعقارات المملوكة في المناطق التي لم تتم بها أعمال التسوية أو التي استثنيت منها بأن البيوع الخارجية تعتبر نافذة بعدة شروط: وجود عقد، التصرف، مرور مدة 10 سنوات في الأراضي الأميرية و15 سنة في العقارات المملوكة، بالتالي إذا لم تنطبق هذه الشروط على الحيابة في فلسطين لا يعتد بها.

8- شرط استمرار الحيابة معالج تشريعياً في القانون المدني الأردني، ولم يعتبره المشرع عيباً من عيوب الحيابة في حين أن القانون المدني المصري اعتبر عدم استمرار الحيابة هو من ضمن عيوبها وهذا ما قاله شراح القانون المدني المصري ومنهم العلامة السنهوري، في حين أن رأي الباحث مطابق لموقف القانون المدني الأردني بأن استمرار الحيابة هو شرط من شروطها يتعلق بالركن المادي للحيابة وتخلفه يعني تخلف الحيابة وزوالها.

9- الحائز يكون محمياً بدعاوى الحيابة بعد مرور سنة على حيازته، في حين يمكن أن تكون الحيابة محمية بدعاوى الحيابة حتى لو كانت مدة الحيابة أقل من سنة، وذلك في حال كانت حيازة المدعي أفضل من حيازة المعتدي، وإذا فقدت الحيابة بالقوة سواء مادية أو معنوية.

التوصيات:

بناءً على النتائج التي توصل لها الباحث فإنه يوصي بالتوصيات الآتية:

1- تعديل المادة (1171) من القانون المدني الأردني والمادة (1/1084) من مشروع القانون المدني الفلسطيني لتصبح كالاتي: (الحياسة هي سيطرة الشخص بنفسه، أو بواسطة غيره على شيء أو حق مادي يجوز التعامل فيه، ظاهراً عليه بمظهر المالك أو صاحب حق عيني آخر من الحقوق العينية التي يجوز كسبها بالحياسة)، كون أن المشرع الأردني لم يترك تعريف الحياسة لاجتهاد الفقه والقانون وقام بتعريف الحياسة وأخطأ بالتعريف كونه لم يتم إبراز العنصر المعنوي في الحياسة وسار على نهجه مشروع القانون المدني الفلسطيني.

2- تعديل المادة (1/951) من القانون المدني المصري لتصبح كالاتي: (تصح الحياسة بالواسطة متى كان الوسيط يباشرها باسم الحائز ولحسابه)، كما أوصي بحذف الفقرة الأولى من المادة (1086) من مشروع القانون المدني الفلسطيني كونه تم الحديث عن الحياسة بالواسطة (العرضية) عند تعريف الحياسة ولكنه عاد وتحدث عنها مرة أخرى وخطب بين النص الأردني والمصري وهذا يوضح النقل الأعمى للنصوص، كون أن القانون المدني المصري حصر الحياسة بالواسطة (العرضية) في الحالة التي يكون بها الحائز العرضي متصل بالحائز الأصلي ويلتزم بأوامره على عكس القانون المدني الأردني الذي جعلها مطلقة كون أن الحياسة بالواسطة ليس شرطاً أن يكون الحائز لحساب الغير متصل بالحائز الأصلي ويلتزم بأوامره كالولي والوصي وغيرها.

3- ضرورة النص في القانون المدني الأردني على طرق تحول الحياسة العرضية إلى قانونية بإضافة فقرة ثانية للمادة (1185) كالاتي (ولكن يستطيع أن يكسب بالتقادم إذا تغيرت صفة حيازته إما بفعل الغير بشرط توافر حسن النية لدى الحائز، وإما بفعل منه يعتبر معارضة لحق المالك)، كون أن القانون المدني الأردني لم يعالج مسألة طرق تحول الحياسة العرضية إلى قانونية كما فعل القانون المدني المصري ومشروع القانون المدني الفلسطيني.

4- إقرار الحماية القانونية للحائز العرضي حتى يستطيع الدفاع عن حيازته من أي تهديد أو غصب وذلك بالنص عليها في القانون كآلآتي: (يستطيع من يحوز لحساب غيره الإستفادة من دعاوى الحيازة).

5- ضرورة إقرار مشروع القانون المدني الفلسطيني بعد تعديل بعض نصوصه حتى يكون هناك قانون مدني يعالج كافة الأمور المتعلقة بالحيازة بنصوص واضحة وصريحة، كون أن كافة شروط الحيازة القانونية لم تعالجها أي من التشريعات النافذة في فلسطين وإنما يمكن الإستدلال عليها من بعض نصوص مجلة الأحكام العدلية وبعض القوانين المتعلقة بالأرضي وشروحات الفقهاء .

6- ضرورة تعديل المواد (2/1272) من القانون المدني الأردني، والمادة (2/1016) من القانون المدني المصري، والمادة (2/1166) من مشروع القانون المدني الفلسطيني بحذف شرط الظهور في حقوق الإرتفاق كي يتم اكتسابها بالتقادم، لأن هذا النص اقتبس من القانون الفرنسي ولا داعي له لدينا، كون أن النص في فرنسا كان له أسبابه بسبب الأعراف والتقاليد هناك، والتي لا مثل لها لدينا، بالتالي كان حري بالمشرع عدم اقتباس هذا النص والعدول عنه.

قائمة المصادر والمراجع

أولاً: المصادر

- القانون المدني الأردني رقم (43) لسنة 1976 المنشور بالجريدة الرسمية الأردنية، العدد 2645، بتاريخ 1/8/1976.
- مجلة الأحكام العدلية، ط1، عمان: دار الثقافة للنشر والتوزيع، 1999.
- القانون المدني المصري رقم(131) لسنة 1948 المنشور بالوقائع المصرية، العدد108مكرر(أ)، بتاريخ1948/7/29.
- قانون الأراضي العثماني لسنة 1958.
- القانون المعدل لأحكام الأموال غير المنقولة رقم (51) لسنة 1958 النافذ بالصفة.
- قانون الأراضي المعدل رقم (78) لسنة 1933 النافذ في غزة.
- قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية رقم (2) لسنة 2001.
- حيدر، علي: درر الحكام شرح مجلة الأحكام العدلية، طبعة خاصة، المجلد الثالث، بيروت: دار عالم الكتب للطباعة والنشر والتوزيع ، 2003.
- حيدر، علي: درر الحكام شرح مجلة الأحكام العدلية، طبعة خاصة، المجلد الثاني، بيروت: دار عالم الكتب للنشر والتوزيع، 2003.
- السنهوري، عبد الرزاق أحمد: الوسيط في شرح القانون المدني الجديد أسباب كسب الملكية، (المجلد الثاني)، ج9، ط3، بيروت: أمانة عمان الكبرى، 2000.
- السنهوري، عبد الرزاق أحمد: الوسيط في شرح القانون المدني الجديد (مصادر الإلتزام)، المجلد الأول، ط3 الحديثة، بيروت: منشورات الحلبي الحقوقية، 2000.
- ابن قدامة، أبو محمد عبد الله بن أحمد بن محمد (ت: 541 - 620هـ): المغني، تحقيق: طه الزيني وآخرون، 10ج، ط1، مكتبة القاهرة، (1389 هـ - 1969م).

- ابن قدامة، شمس الدين أبو الفرج عبد الرحمن (ت: ٦٨٢ هـ): الشرح الكبير على المقنع، تحقيق: الدكتور عبد الله بن عبد المحسن التركي- الدكتور عبد الفتاح محمد الحلو، 30 ج، ط1، القاهرة: هجر للطباعة والنشر والتوزيع والإعلان، ١٤١٥هـ- ١٩٩٥م.
- الأصبحي، مالك بن أنس بن مالك بن عامر (ت: ١٧٩هـ): المدونة، 4 ج، ط1، دار الكتب العلمية، ١٤١٥هـ - ١٩٩٤م.
- الزرقاني، عبد الباقي بن يوسف بن أحمد (ت: ١٠٩٩هـ): شرح الزرقاني على مختصر خليل وحاشية البناني، ضبط: عبد السلام محمد أمين، 8 ج، ط1، بيروت: دار الكتب العلمية، ١٤٢٢هـ- ٢٠٠٢م.
- السرخسي، محمد بن أحمد بن أبي سهل (ت: ٤٨٣هـ): المبسوط، 30 ج، د. ط، بيروت: دار المعرفة، ١٤١٤هـ- ١٩٩٣م.
- الشافعي، أبو عبد الله محمد بن إدريس بن العباس (ت: ٢٠٤هـ): الأم، 8 ج، د. ط، بيروت: دار المعرفة، ١٤١٠هـ- ١٩٩٠م.
- الكاساني، علاء الدين أبو بكر بن مسعود بن أحمد (ت: ٥٨٧هـ): بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، 7 ج، ط2، دار الكتب العلمية، ١٤٠٦هـ - ١٩٨٦م.
- أبو رحمة، إبراهيم وآخرون: المذكرات الإيضاحية للقانون المدني الأردني، عمان: المكتب الفني، 2000.
- ديوان الفتوى والتشريع الفلسطيني: المذكرات الإيضاحية لمشروع القانون المدني الفلسطيني.

ثانياً: المراجع

- أبو السعود، رمضان: الوجيز في الحقوق العينية الأصلية: مصادر وأحكام الحقوق العينية الأصلية في القانون المصري واللبناني، بيروت، لبنان: منشورات الحلبي، 2002.
- أبو عرابي، غازي: الوجيز في الحقوق العينية الأصلية - دراسة مقارنة، ط1، عمان: دار وائل للنشر، 2016.
- الأهواني، حسام الدين كامل: الحقوق العينية الأصلية - أسباب كسب الملكية، د م، د ن، 1999.
- باشا، محمد كامل مرسي: شرح القانون المدني الجديد الحقوق العينية الأصلية أسباب كسب الملكية - الحياة والتقدم، ج4، ط2، الإسكندرية: المطبعة العالمية، 1952.
- البدرابي، عبدالمنعم: حق الملكية (الملكية بوجه عام وأسباب كسبها)، مصر: دن، 1994.
- الجمال، مصطفى محمد: نظام الملكية، القاهرة: شركة سعيد رأفت للطباعة، 1985.
- حسن، علي أحمد: التقدم في المواد المدنية والتجارية " فقهاً وقضاءً"، الإسكندرية: منشأة المعارف، 1985.
- الحسيني، مدحت محمد: الحماية الجنائية والمدنية للحياة، ط3، الإسكندرية: دار المطبوعات الجامعية، 1993.
- حسين، محمد عبدالظاهر: حق الملكية، دن، 2006.
- خالد، عدلي أمير: اكتساب الملكية العقارية بالحياة في الفقه الإسلامي، الإسكندرية: دار المطبوعات الجامعية، 2003.
- خالد، عدلي أمير: اكتساب الملكية العقارية بالحياة (في ضوء المستجدات من أحكام محكمة النقض والفقه القانوني)، الإسكندرية: دار الفكر الجامعي، د ت.
- خالد، عدلي أمير: الحماية المدنية والجنائية لوضع اليد على العقار على ضوء أحكام محكمة النقض، الإسكندرية: منشأة المعارف، 1992.

- خالد، عدلي أمير: تملك العقارات بوضع اليد (في القانون المدني المصري وقوانين البلاد العربية مع المقارنة بالفقه الإسلامي على ضوء أحدث أحكام النقض وما توصل إليه الفقه)، الإسكندرية: منشأة المعارف، 1992.
- خليل، عدلي: التقادم الجنائي والمدني في ضوء أحكام محكمة النقض، ط1، القاهرة: دار النهضة العربية، 1992.
- الدناصوري، عز الدين وآخرون: الحياة المدنية وحمايتها الجنائية "في ضوء الفقه والقضاء"، ط3.
- رسلان، نبيله: الوجيز في الحقوق العينية الأصلية أحكامها ومصادرها، طنطا: جامعة طنطا، 1995.
- زكي: محمود جمال الدين: الوجيز في الحقوق العينية الأصلية، القاهرة: مطبعة جامعة القاهرة، 1978.
- السرميني، عبد الجواد وآخرون: القانون المدني (الحقوق العينية الأصلية)، ج1، سوريا: منشورات جامعة حلب، 1990.
- سعد، نبيل إبراهيم: الحقوق العينية الأصلية أحكامها-مصادرها، الإسكندرية: دار الجامعة الجديدة، 2006.
- سكيكر، محمد علي وآخرون: شرح القانون المدني والحقوق العينية الأصلية، الإسكندرية: منشأة المعارف، 2004.
- سوار محمد وحيد الدين: شرح القانون المدني(الحقوق العينية الأصلية الأشياء والأموال حق الملكية والحقوق المتفرعة عن حق الملكية أسباب كسب الملكية)، دن، 1994.
- سوار، محمد وحيد الدين: شرح القانون المدني الحقوق العينية الأصلية أسباب الملكية والحقوق المشتقة من حق الملكية، ج2، ط1، عمان: دار الثقافة، 1999.
- الشهاوي، قدري عبد الفتاح: الحياة كسب من أسباب كسب الملكية في التشريع المصري والمقارن، الإسكندرية: منشأة المعارف، 2003.

- الصدة، عبد المنعم فرج: الحقوق العينية الأصلية (دراسة في القانون اللبناني والقانون المصري)، بيروت: دار المهضة العربية، 1982.
- صلاح، شوقي محمد: الوجيز في الحقوق العينية الأصلية، ط2، دن، 2015.
- طلبة، أنور: التقادم (التقادم المسقط، مدد التقادم، الوقف والإنقطاع، الحيازة)، دن، 2004.
- طلبة، أنور: الحيازة (الحيازة الأصلية والعارضية)، الإسكندرية: المكتب الجامعي الحديث، 2004.
- طه، غني حسون: الحقوق العينية في القانون المدني الكويتي دراسة مقارنة - حق الملكية، ج1، الكويت: مطبوعات جامعة الكويت، 1977.
- عامر، عبدالعزيز: دروس في حق الملكية، القاهرة: دار النهضة العربية، 1967.
- عبد التواب، معوض: الموسوعة الشاملة في الحيازة، ط1، القاهرة: مكتبة عالم الفكر والقانون، 2003.
- عبد الرحمن، فايز أحمد: الحقوق العينية الأصلية، ط1، القاهرة: دار النهضة العربية، 2007.
- عبد الرحمن، محمد شريف عبد الرحمن أحمد: أسباب كسب الملكية: الحيازة المكسبة للملكية ودعاوى الحيازة، ط1، القاهرة: دار النهضة العربية، 2010.
- عبد السلام، سعيد سعد: الوجيز في الحقوق العينية الأصلية والتبعية، ج1، القاهرة: دن، 2000.
- عبد اللطيف، محمد: التقادم المكسب والمسقط، ط1، القاهرة: مطابع دار النشر للجامعات المصرية، دت.
- عبد المعطي، منير: الحماية المدنية والجنائية للحيازة، ط1، مصر: دار العربي للتوزيع، دت.
- عبد الرحمن، أحمد شوقي محمد: الحقوق العينية الأصلية (حق الملكية والحقوق العينية المتفرعة عنه)، دن، 2004.

- عبيدات، يوسف محمد: الحقوق العينية الأصلية والتبعية، ط1، عمان: دار المسيرة للنشر والتوزيع، 2001.
- العبيدي، علي هادي: الوجيز في شرح القانون المدني "الحقوق العينية"، عمان: دار الثقافة، 2014.
- العجيلي، لفته هامل: أحكام دعاوى حماية الحياة " دراسة في ضوء أحكام القانون وآراء الفقه وتطبيقات القضاء"، بيروت: منشورات الحلبي الحقوقية، 2015.
- عرفه، السيد عبد الوهاب: المرجع في الحياة المدنية وحمايتها الجنائية، الإسكندرية: دار الجامعة الجديدة، 2007.
- العطار، عبد الناصر توفيق: إثبات الملكية بالحياة وبالوصية في قضاء محكمة النقض المصرية (دراسة مقارنة)، طبعة السعادة، دن.
- عمران، السيد محمد السيد: الملكية في القانون المصري (أحكامها بوجه عام، قيودها، صورها، الحقوق المتفرعة عنها وأسباب كسبها)، الإسكندرية: دن، 1993.
- عمران، محمد علي: الحقوق العينية الأصلية في القانون المدني المصري - أسباب كسبها وصورها، مصر: مكتبة سعيد رأفت، 1986.
- عيسه، حسين عاهد: الوجيز في الحقوق العينية الأصلية وفق مجلة الأحكام العدلية والتشريعات النافذة في فلسطين، ط1، فلسطين: دن، 2019.
- غانم، ياسين: الحياة وأحكامها في التشريع السوري والتشريعات العربية "دراسة مقارنة"، ط3، حمص-سوريا: تنوير للتنفيذ والطباعة، 2000.
- الفكهاني، حسن وآخرون: الوسيط في شرح القانون المدني الأردني رقم 43 لسنة 1976، ج8، القاهرة: الدار العربية للموسوعات، 2001.
- فودة، عبد الحكم: أحكام دعاوى حماية الحياة (تحليل عملي على ضوء الفقه وقضاء النقض)، الإسكندرية: دار الفكر الجامعي، 1996.
- قاسم، محمد حسن: موجز الحقوق العينية الأصلية (حق الملكية)، ج1، ط1، بيروت: منشورات الحلبي الحقوقية، 2005.

- كركبي، مروان وآخرون: الأموال والحقوق العينية العقارية الأصلية، ط2، بيروت: دار صادر، 1999.
- كيرة، حسن: الحقوق العينية الأصلية أحكامها ومصادرها، ط4، الإسكندرية: منشأة المعارف، 1995.
- كيرة، حسن: الموجز في أحكام القانون المدني "الحقوق العينية الأصلية أحكامها ومصادرها"، ط3، الإسكندرية: منشأة المعارف، 1998.
- كيرة، حسن: دروس في الحقوق العينية الأصلية أحكامها ومصادرها، المجلد الثاني، الإسكندرية: منشأة المعارف، 1969.
- المالكي، خالد عزت: دعاوى الحيازة في التشريع السوري، د،ن، 1997.
- مبارك، سعيد عبد الكريم: موجز أحكام القانون المدني الأردني الحقوق العينية، ط1، عمان: دائرة المكتبة الوطنية، 1996.
- مبارك، سعيد عبدالكريم: محاضرات في الحقوق العينية الأصلية، البصرة: دار الطباعة الحديثة، 1969-1970.
- محمد، عبد الحميد عثمان: المفيد في شرح القانون المدني البحريني(أحكام حق الملكية)، البحرين: جامعة البحرين، 1426هـ.
- محمد، محمد عبد الجواد: الحيازة والتقادم في الفقه الإسلامي المقارن بالقانون الوضعي، الإسكندرية: منشأة المعارف، دون سنة نشر.
- مصطفى، فتحي حسن: الملكية بوضع اليد في ضوء الفقه وأحكام النقص حتى عام 1989، الإسكندرية: منشأة المعارف، 1990.
- المنجي، محمد: الحيازة، ط2، الإسكندرية: منشأة المعارف، 1985.
- المنجي، محمد: الحيازة، ط3، الإسكندرية: منشأة المعارف، 1993.
- منصور، محمد حسين: الحقوق العينية الأصلية (الملكية والحقوق المتفرعة عنها- أسباب كسب الملكية)، الإسكندرية: دار الجامعة الجديدة، 2007.

- منصور، منصور مصطفى: حق الملكية في القانون المدني المصري، القاهرة: مكتبة عبد الله وهبة، 1965.
- المهدي، أحمد وآخرون: منازعات الحيازة على العقار والمنقول والطرق القانونية لإنهائها، ط1، القاهرة: دار العدالة، 2006.
- المهدي، أحمد وآخرون: منازعات الحيازة على العقار والمنقول والطرق القانونية لإنهائها، ط1، القاهرة: دار العدالة، 2006.
- النمر، محمد أحمد محمود: الحماية الوقتية للحيازة بين النظرية والتطبيق العملي، مصر المحلة الكبرى: دار الكتب القانونية، 2004.
- هرجه، مصطفى مجدي: الجديد في الحيازة وفقاً لأحدث التعديلات، القاهرة: دار محمود للنشر والتوزيع.
- هرجه، مصطفى مجدي: الحلول العلمية في مشاكل الحيازة ومسكن الزوجية، الإسكندرية: دار المطبوعات الجامعية، 1996.
- هنداوي، نور الدين: الحماية الجنائية للحيازة، القاهرة: دار النهضة العربية، 1993.

ثالثاً: الرسائل الجامعية

- الدعامسة، رائد عبدالله محمد: الحيازة ودعاوى حمايتها القضائية" دراسة فقهية قانونية مقارنة"، (رسالة دكتوراه غير منشورة)، عمان: الجامعة الأردنية، 2006.
- هياجنه، عبد الناصر زياد علي: أحكام الحيازة كسبب من أسباب كسب الملكية العقارية في القانون المدني الأردني، (رسالة ماجستير غير منشورة)، عمان: الجامعة الأردنية، 1998.
- قادري، نادية: النطاق القانوني للحيازة في القانون الجزائري، (رسالة ماجستير غير منشورة)، الجزائر: جامعة العقيد الحاج لخضير ، 2008-2009.
- المطري، محمد يحيى محمود: دور الحيازة في المنقول في القانون المدني المصري واليميني دراسة مقارنة، (رسالة دكتوراه غير منشورة)، القاهرة: جامعة القاهرة كلية الحقوق.

- عميرة، سليمان علي سليمان: **الحياسة الحياسة في القانون المدني الأردني " دراسة مقارنة"**، (رسالة ماجستير غير منشورة)، عمان: جامعة آل البيت، 2005.
- سكر، فرج إبراهيم عبدالله: **الحياسة في المنقول كسبب من أسباب كسب الملكية** دراسة تحليلية مقارنة"، (رسالة ماجستير غير منشورة)، فلسطين-غزة: جامعة الأزهر، 2011.

رابعاً: الأبحاث المنشورة

- كاظم، حسن محمد: **الحياسة في القانون المدني**، مجلة دراسات الكوفة، العدد 18، 2011، بحث منشور في دار المنظومة.

خامساً: مواقع الكترونية

- موقع مقام، <https://maqam.najah.edu>
- موقع المقتفي: (منظومة القضاء والتشريع في فلسطين)،
http://muqtafi.birzeit.edu/Legislation/GetCJRelated.aspx?id=A305_836
- صفحة المحامي ناصر الفقيه للمحاماة،
<https://www.facebook.com/241179955903299/posts/5309962588335>
- موقع محكمة النقض المصرية: https://www.cc.gov.eg/civil_judgments

An-Najah National University
Faculty of Graduate Studies

The Legal Possession of Property Comparative Study

By
Shorayh Wasif Fayez Musleh

Supervisor
Dr. Ali Musleh Al-Sartawi

**This Thesis is Submitted in Partial Fulfillment of the Requirements for
the Degree of Masters of Private Law, Faculty of Graduate Studies,
An-Najah National University, Nablus- Palestine.**

2021

**The Legal Possession of Property
Comparative Study**

By

Shorayh Wasif Fayez Mosleh

Supervised

Dr. Ali Musleh Al-Sartawi

Abstract

Praise be to God, Lord of the worlds, whose justice the heaven and the earth rose, and the Ruler among His servants as they are different . Blessing and peace be upon then most honorable of creation and the seal of the prophets and messengers, our master Mohammad, and :

The study dealt with the issue of the terms of ownership acquisition, in light of regulation of its provisions in accordance with the Jordanian Civil Law NO. (43) OF 1976, the Egyptian Civil Law No. (131) of 1948 and the Palestinian Civil Law draft, and in light of the Cord of Judicial Provisions in addition to the Ottoman Land Law. For the year 1958 and the amending law for the provisions of immovable funds No. (51) for the year 1958 in force in the West Bank and the amended Land Law No. (78) for the year 1933 in force in Gaza by conducting a comparison between the provisions of these legislations regarding their organization of the subject of the study, and then addressing the provision made by this legislation.

The study consisted of an introduction, two chapters and a conclusion. The first chapter discussed the concept of passion, and its condition that it be a beginner rather than accidental, then clarified what the initiate passion is and what distinguishes it from accidental where the beginner is required to have the two elements of possession in it namely the material element

represented by the material works and the intangible element represented by the intention and intention and how to achieve the actions of it is necessary for the possessor to personally undertake the possession work and he can exercise it through others with the conditions that must be met so that his possession is considered valid.

Then the study dealt with the issue of possessing in the magazine AL-Ahkam Al-Adliya and it came up with the hand and seizure, not possession then clarified the morale element and its strength . Then it is not considered a holder.

For the materialist theory, it is based on the fact that it is satisfied with the material works of possession regardless the intangible components of this theory indicated that there is no dispute between legal and incidental possession . The difference between these two theories is that the material theory protects the the holder for the account of others such as the tenant in claims for the protection of tenure, while the traditional theory dos'nt protect the holder for the account of others by claims for protection of tenure. In the Journal of Legal Provisions and the Position of the Palestinian Civil Law Project, the researcher touched on the incidental possession and cases of its transformation into legal possession, and the most important differences between casual and legal possession. Then the researcher talked about the actions of permissibility . its definition and the images of performing its actions which may be a negative action, that is refraining from performing a positive action or action through taking an

action . Finally, the researcher touched on acts of tolerance what distinguishes them from acts of permissibility and the possibility of transforming acts of tolerance into legal possession that produce their effects.

The second chapter includes the rest of the conditions of possession that possess ownership , so the first section states the condition that possession be quit in terms of its definition and the defect of coercion and conditions that affect possession , its types, its image and the extent of its impact on possession, then the researcher discussed the condition that the possession be apparent in the sense of its appearance, as well as the defect of invisibility that marred the emergence of possession and the extent of its impact on the possession.

The second section includes the condition of clarity of possession, its definition when it is clear and the extent of the influence of the defect of confusion and ambiguity on its clarity. Also, the section includes the condition of continuing possession and what is applied in Palestine in relation to this condition.

Finally, a conclusion is drawn up which included the most important results that the study reached in addition to the most important recommendations suggested by researcher.

