



عمادة الدراسات العليا
جامعة القدس

الحياسة في العقار كسبب من أسباب كسب الملكية
"دراسة تحليلية مقارنة"

باسمة محمد علي قاديش

رسالة ماجستير

القدس - فلسطين

1438هـ/2017م

الحيازة في العقار كسبب من اسباب كسب الملكية

"دراسة تحليلية مقارنة"

إعداد الطالبة :

باسمة محمد علي قاديش

بكالوريوس قانون من جامعة القدس/فلسطين

المشرف: د. ياسر زبيدات

قدمت هذه الرسالة استكمالاً لمتطلبات الحصول على درجة الماجستير في القانون الخاص

من كلية الحقوق /جامعة القدس - فلسطين

1438هـ / 2017م



جامعة القدس
عمادة الدراسات العليا
برنامج القانون/ كلية الحقوق

اجازة الرسالة
الحياسة في العقار كسبب من اسباب كسب الملكيه
"دراسه تحليليه مقارنه"

اعداد الطالبة: باسمه محمد علي قاديش

الرقم الجامعي 21012461

المشرف: د. ياسر زبيدات

نوقشت هذه الرسالة وأجيزت بتاريخ: 18 / 6 / 2017 من اعضاء لجنة المناقشة المدرجة أسماؤهم
وتواقيعهم:

1- رئيس لجنة المناقشة: د. ياسر زبيدات
التوقيع:
2- ممتحنا داخليا : د. محمد خلف
التوقيع:
3- ممتحنا خارجيا : د. أحمد السويطي
التوقيع:

القدس - فلسطين

1438هـ - 2017م

الإهداء

إلى كل من لقنني درساً من دروس الحياة.

والذي اللهم أنزل عليهم رحمة وضياء و نور وسرور، وجازهم بالاحسان أحساناً وبالسيئات مغفرة

ورضواناً

اللهم خذهم من ضيق اللحد الى جنات الخلود، وأرحمهم واغفر لهم يا رب العالمين .

إلى من اشد بهم أزمي أخواني وأخواتي.

إلى رفيق دربي زوجي العزيز.

إلى قلذة كبدي وشمعة دربي أولادي وبناتي.

إلى أساتذتي الأفاضل اللذين علّموني أن المرء لا يكون معلماً إلا إذا كان تلميذاً لتلميذه.

واخص بالذكر الدكتور ياسر زبيدات والدكتور محمد خلف والدكتور رفيق أبو عياش والدكتور عبد

الملك الريماوي وجميع الأساتذة الأفاضل الذين قدموا لي يد العون والمساعدة لإتمام دراستي العليا.

إليكم يا أصدقائي ابعث كلماتي ولن ولم أنسى أن أهديه إلى من هو اعز من نفسي علي... وطني

الحبيب... الجريح.

إقرار

أقر أنا معدة الرسالة أنّها قدمت لجامعة القدس لنيل درجة الماجستير، وأنّها نتيجة أبحاثي الخاصة باستثناء ما تمّ الإشارة إليه حيثما ورد، وأنّ هذه الرسالة أو أية جزء منها لم يقدم لنيل أية درجة علمية عليا لأي جامعة أو معهد آخر.

الاسم: باسمة محمد علي قاديش

التوقيع:

التاريخ: 2017 / 6 / 18.

شكر وتقدير

لا بد لنا ونحن نخطوا خطواتنا الاخيرة في الحياة الجامعية من وقفة نعود الى أعوام قضيناها في رحاب الجامعة مع اساتذتنا الكرام الذين قدموا لنا الكثير باذلين بذلك جهودا كبيرة في بناء جيل الغد لتبعث الامة من جديد،،

وقبل ان نمضي نقدم أسمى آيات الشكر والامتنان والتقدير والمحبة الى الذين حملوا أقدس رسالة في الحياة، الى الذين مهدوا لنا طريق العلم والمعرفة الى جميع اساتذتنا الافاضل وأخص بالتقدير والشكر الدكتور ياسر زبيدات، كذلك الاساتذة اعضاء لجنة المناقشة الكرام.

وأخيراً لا يسعني إلا أن أجل وأُحني احتراماً إلى الدكتور رفيق أبو عياش أستاذي الفاضل والذي لم يتوانى ولو للحظات عن مساعدتي من أجل إتمام دراستي.

لكم جميعاً فائق الشكر والتقدير والامتنان

دمتم لنا ذخراً لهذا الوطن البناء.

معاً وسوياً لبناء هذا الوطن الغالي.

تحياتي وعظيم امتناني لكم جميعاً.

الباحثة

ملخص

لقد تناول الكثيرون من الدارسين والباحثين الحيابة وتشعبت وجهات النظر عندهم، و تعددت الآراء الفقهية في الحيابة وطبيعتها القانونية. من هنا تتعرض هذه الدراسة لموضوع الحيابة كسبب من أسباب ملكية العقار، كذلك تناولت الرسالة جوانب مختلفة من الحيابة كتعريفها وعيوبها وشروطها. أيضا تعرضت الدراسة إلى دعاوى الحيابة التي تؤمن الحماية القانونية للحيابة، من الاعتداء أو التعرض، وتكمن الحكمة من الحماية القانونية للحيابة في ان الحيابة تتمتع بالاهمية البالغة سواء بالنسبة للحائز من حيث ان الحيابة وسيلة للممارسة الحق.

ارتكزت الدراسة على اشكالية مفادها، ازدياد الأفراد بأعداد هائلة وملحوظة في هذا العصر صاحبه ازدياح سكاني وزحف عمراني على الاراضي، مما أدى لنشوء مشاكل تتعلق بحيابة العقار، فجاءت الدراسة لمعرفة طبيعة الحيابة القانونية، والمشاكل المنبثقة عنها في حال عدم تسويتها وفقاً للقوانين السارية والمعمول بها وما يثور من نزاعات حولها فيما بين الأفراد ليصار إلى حسم هذه النزاعات وفق القانون، لهذا وضعت الدراسة سؤالاً رئيساً منبثقاً من الاشكالية وهو ما الأبعاد القانونية والنظرية للحيابة في العقار كسبب من أسباب كسب الملكية؟

وقد جاءت أهداف الدراسة منسجمة مع ما توصلت اليه الباحثة من آثار للحيابة كسبب من أسباب كسب الملكية في العقار. استخدمت الباحثة في دراستها المنهج التحليلي المقارن الذي يجمع بصفة أساسية بين المنهج التحليلي والمنهج المقارن حيث إن طبيعة موضوع الدراسة إعتد على أسلوب التحليل المعرفي القانوني للقوانين ذات العلاقة مثل قانون الاراضي العثماني، ومشروع القانون المدني الفلسطيني للعام 2002 ومشروع قانون الاراضي الفلسطيني للعام 2004 ، كذلك التشريع المدني الاردني والمصري وغيرهما.

وقد خلصت الدراسة الى أن الحيازة تعتبر سبباً من اسباب كسب الملكية في جميع الشرائع والتشريعات منذ الرومان حتى يومنا هذه. مع ذلك لم تترك الحيازة على عواهنها بل تم تأطيرها بقواعد وقوانين فصلت جوانبها جميعها. كذلك اعتبرت الحيازة قرينة على الحق وهي وسيلة لأكتساب الحق، وان الحيازة لها اهمية مجتمعية حيث ان المصلحة العامة تتطلب حماية الحيازة لانها تمثل الامر الواقع ثم ان اباحة الاعتداء عليها تفسح المجال واسعا لنشوب الصراع بين الافراد واستخدام العنف مما يهدد الامن المجتمعي، لذلك رعتها التشريعات وأوجدت وسائل قانونية لحمايتها.

Tenure of real estate as a reason for gaining ownership and the possession of others property

Prepared by: Basema Mohamad Ali Kadash

Supervisor: Dr. yaser Zubidat

Abstract:

Tenure is one of the reasons for gaining ownership and possession of the property of others moved under rule tenure in others transferred ownership of the bond, and did not know the rule of Roman law, but property gained limitations like the funds transferred and transmitted with different duration, old French law was influenced by the Germanic rules which do not give the owner transferred or others moved right and recover moving only in cases of theft, loss, and then influenced by French law, Roman law and became owner of the transferred money and others moved claim entitlement to recover Her money and others who have moved in possession, but then went back to old French law takes it before he affected by Roman law and didn't keep claiming entitlement only in cases of stealing money and if lost, French law took possession in base money others transferred title to the property but did not put all terms as outlined recent Ordinances which were affected as the Egyptian civil code and other laws, the preliminary draft provided Palestinian civil law on the base Tenure in the property title deed clearly between his terms and implications, either mecelle as applicable law, Court of possession if you gain ownership of the property to have another role in the proof in a case where a dispute about ownership of the money of others moved between the holder of the property and receive him winner of money replacing tenure when he was Manager of the property is the owner.

And acquisitions are controlled by the same person, or by others on something material which may be treated right or visible with the appearance of the owner, or the owner of the right eye most of rights in rem which won possession, it is clear from this definition that possession of material and component elements is the physical work usually performed by the right holder or the thing according to the nature of the right or thing replace tenure, moral element is the intention of the holder in appearing to the owner or his right eye replaced thing on another possession.

Tenure required to be quiet is not associated with coercion, be non-phenomenon hidden, to be clear, no ambiguity, these are special conditions for tenancy database application as one reason for earning money are property of others moved to physical form capable of possession, to be a bona fide holder any thought that deals with the owner, and based on the possession of the right reasons. And based on the possession of a valid reason, and right reason is that coming from someone who is not the owner of the thing, or the authors ' right to be earned or tenure topic thing, or if it's coming from the owner.

- المقدمة:

إن الحيازة كاحد مصادر الحق العيني قد ترد على منقول كما قد ترد على عقار أيضاً، بالإضافة إلى أن الحيازة لا تكون سبباً في انتقال الملكية أو اكتسابها إلا بالنسبة للأشياء التي لا مالك لها والحيازة المتطلبة لكسب الملكية لا بد أن تستند إلى عنصرين أحدهما مادي يتجلى بوضع اليد على الشئ والآخر معنوي وهو نية تملك الشئ المحوز، وهي بهذا الإعتبار تصبح وسيلة من وسائل الإثبات تفيد المتمسك بها في إثبات حقه على الشئ الذي يحوزه طالما توفرت في هذه الحيازة الشروط التي يتطلبها القانون بالإضافة لعنصرها السابق الذكر المادي والمعنوي، وهذه الدراسة سوف تقتصر على حيازة العقار كسبب من اسباب الملكية.

والحيازة كسبب من أسباب كسب ملكية العقار موضوع قديم من حيث التأهيل وجديد من حيث التنظيم القانوني. لذلك عملت هذه الدراسة على استخلاص مركز حائز العقار ضمن اجراءات اثبات دعوى وضع اليد، وتبيان الأحكام والضوابط المقيدة لأثر الحيازة في إثبات ملكية العقار. وما هو موقع الحيازة في توجيه عملية الإثبات سواء في توزيع عبء الإثبات واعداد الدليل أو الترجيح بين الحجج عند تعارضها.

وجاء المشرع منذ القدم ينظم دعاوى وضع اليد ، فهي دعاوى كانت معروفة منذ عهد الرومان ونظمت في فلسطين منذ الانتداب البريطاني الذي وضع قانون منازعات وضع اليد على الاراضي وفق الباب (76) لسنة 1932 المعدل بالقانون رقم (19) لسنة 1934.¹ وقانون تسوية الاراضي

¹ - قانون منازعات وضع اليد البريطاني الباب (76) لسنة 1932 المنشور في العدد (76) من قوانين فلسطين تاريخ 1932/1/22 ، صفحة 949 المعدل بالقانون رقم (19) لسنة 1934 المنشور في العدد 459 من الوقائع الفلسطينية (الانتداب البريطاني) بتاريخ 1934 /8/23 .

والمياه رقم (40) لسنة 1952.¹ وتناولها قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية رقم (2) لسنة 2001 في المادة (39)².

والحياسة باعتبارها وضع اليد على العقار والتصرف فيه تعتبر من الموضوعات القديمة الجديدة، مارسها الانسان في بداية حياته ولم يعرف وسيلة لكسب ملكية الاشياء سوى بالحياسة لتناغمها مع تلقائية الانسان البدائي فمتى ما حاز الشيء أصبح مالكة، وكان له ان يدافع عن هذه الملكية بشتى الوسائل، والتي في مقدمتها استعمال العنف والقوة في ظل انعدام القوانين وما تؤدي به من تنظيم وسائل كسبها وشروط تحققها وكيفية حمايتها. لا سيما وان الحياسة كانت هي الوسيلة المهمة بل الرئيسة التي تكتسب الملكية الاشياء ابتداء لها في الاحوال التي لاتكون لهذه الاشياء مالك وبها نشأت الملكية سواء كان ذلك في المنقول أو في العقار مهما كانت صورة هذا العقار من البساطة البدائية كالكهف الذي يحوزه الانسان ويأوي اليه كمسكن في بداية حياته ام ارض فضاء تستخدم لزراعة أو لرعي أو غير ذلك. ويتطور المجتمعات البشرية وما تبعه ذلك من خلق قواعد قانونية تنظم حياتها ونشاطاتها في كافة المجالات ومنها حق الملكية، وما ينشأ عنه وما يرتبط به من حقوق أخرى وكيفية كسبها وسبل حمايتها، لذا فإن هذا التطور شمل أيضا الحياسة فوضعت لها القواعد التي تنظمها وتبين شروطها وما يمكن كسبه بالحياسة وما لا يمكن.

ومن هذا المنطلق تعتبر 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، ويتضح من هذا التعريف أن الحياسة عنصران مادي ويتمثل في الأعمال المادية التي يقوم بها عادة صاحب الحق أو الشيء وفقاً لطبيعة الحق أو الشيء محل الحياسة،

¹ - قانون تسوية الاراضي و المياه رقم (40) لسنة 1952، المنشور في الجريدة الرسمية الاردنية، العدد (1113) تاريخ 1952/6/16، ص 486.

² - قانون أصول المحاكمات المدنية و التجارية رقم (2) لسنة 2001 المنشور في الوقائع الفلسطينية العدد 38 بتاريخ 2001/9/5 صفحة 5 المعدل بالقانون رقم (5) لسنة 2005 قانون أصول المحاكمات المدنية و التجارية رقم (2) لسنة 2001 المنشور في الوقائع الفلسطينية العدد 55 بتاريخ 2005/6/27، ص 8.

وعنصر معنوي يتمثل في نية الحائز في الظهور بمظهر المالك أو صاحب حق عيني آخر على الشيء محل الحيازة.

ويشترط في الحيازة أن تكون هادئة غير مقترنة بإكراه، وأن تكون ظاهرة غير خفية، وأن تكون واضحة لا غموض فيها، وهذه هي الشروط الخاصة لتطبيق قاعدة الحيازة باعتبارها احد أسباب كسب الملكية فهي وجود المال الغير منقول بشكل مادي قابلاً للحيازة، وان يكون الحائز حسن النية أي يعتقد انه يتعامل مع مالك الشيء، وأن تستند حيازته إلى سبب صحيح. وأن تستند حيازته لسبب صحيح، والسبب الصحيح هو ان يصدر من شخص لا يكون مالك للشيء، أو صاحباً للحق المراد كسبه أو الشيء موضوع الحيازة، أو الحق لو انه صادراً من مالك.

لهذا كله فإن الحيازة وضع يد ينجم عن السيطرة الفعلية على حق، سواء كان الشخص هو صاحب الحق أو لم يكن، والسيطرة الفعلية على الحق تكون استعماله عن طريق أعمال مادية يقضيها مضمون هذا الحق فإن كان حق ملكية، اختلط الحق بالشيء محل الحق، وقد انتقل هذا الاختلاط إلى القانون الحديث من القانون الروماني، فيقال أن الشخص سيطرة فعلية على الشيء نفسه محل حق الملكية.

وقد جاء في الفقه الاسلامي أنّ الحيازة "هي وضع اليد على الشيء موضوع الحيازة، وإدعاء ملكيته، والتصرف فيه كتصرف المالك بملكه"¹. وللحيازة في مجال الفقه القانوني وضع خاص ذلك لأنها الوسيلة الفعالة للانتفاع بالمال واستغلاله لدرجة أنها تتفوق على الملكية، ولعل أهم مصادر الحقوق التي نصت عليها مختلف التشريعات في تقنياتها نجد الحيازة كواقعة مادية حيث يتمتع الحائز بمركز قانوني يحميه القانون لذاته ويترتب عليها آثاراً قانونية خطيرة. وتتمتع الحيازة بين الأنظمة القانونية بمكانه بالغة ، ليس من الوجهة النظرية فحسب، وإنما لما يترتب عليها من آثار خطيرة قد تضعها في

¹ - خالد، عدلي أمير، أكتساب الملكية العقارية بالحيازة في الفقه الاسلامي، الاسكندرية: منشأة المعارف، 1992، ص 19.

مكانه الصدارة بين أسباب الملكية فالحيازة هي عنوان الملكية الظاهر إذا غالباً ما يكون حائز الشيء هو مالكة، وعلى من يدعى خلاف ذلك إقامة الدليل العكس على صحة ادعاءه، وإذن فالحيازة وباعتبارها حالة واقعية قد لا تستند إلى أي حق للحائز، ورغم ذلك فقد كفل لها المشرع الحماية القانونية اللازمة. هذه الحماية لا يمكن تجسيدها بواسطة الوسائل المقررة لها قانونياً إلا إذا تبينا القواعد والأحكام العامة التي تحكمها وتنظمها كمرحلة أولى لتناولها بأكثر توضيح وتفصل في المرحلة الموالية.

- إشكالية الدراسة:

إن ازدياد الأفراد بأعداد هائلة وملحوظة في هذا العصر صاحبه ازدياد سكاني وزحف عمراني على الاراضي والعقارات، مما أدى لنشوء مشاكل تتعلق بحيازة العقار، وأن عدم تسويتها وفقاً للقوانين السارية والمعمول بها يثير نزاعات بين الأفراد. وكذلك ما تختلط به الحيازة بالملكية في أغلب الأحوال، إلا أنه قد تتوافر الحيازة دون أن تتوافر الملكية كما قد تتوافر هذه الأخيرة دون أن يكون لصاحبها الحيازة، فتكون الحيازة للغاصب والملكية لمالك العقار الذي يمتلكه كالاستيلاء بطريقة الغصب فتكون الحيازة للغاصب والملكية لمالك العقار حيث تقوم الحيازة بوضع اليد على العقار أو الحق العيني والانتفاع به من جانب الحائز أو من يقوم مقامه بنيه تملكه؛ وعلى هذا الأساس تصبح سنداً للملكية دون وقف ولا انقطاع. مما يؤدي الى حدوث المنازعات بين الافراد. ومن هنا ينبع السؤال الرئيسي للدراسة والذي يتمثل في : ما الأبعاد القانونية والنظرية للحيازة في العقار كسبب من أسباب كسب الملكية؟

أهداف الدراسة

الحياسة رغم أنها مجرد واقعة مادية إلا ان لها دور كبير باعتبارها المظهر المادي والملموس الذي يمكن من الممارسة الفعلية، لذلك كان الاهتمام بتنظيمها و العمل على حمايتها مظهرا من مظاهر حماية الاستقرار في المجتمع، والهدف الحقيقي لهذا الموضوع هو توسيع دائرة المعرفة في مجال الدراسات القانونية في القانون الخاص وابرار كيفية اكتساب ملكية العقار بالحياسة، وكذلك لمسايرة هذا الموضوع لأحداث الساعة وارتباطه الوثيق بالواقع، بالاضافة الى انه المغزى الحقيقي من التملك عن طريق الحياسة المقترنة بالتقادم المكسب هو المحافظة على النظام العام والبحث عن الامن والاستقرار وتجنب الحاق الضرر بأشخاص لحساب آخرين قد يكونوا مهمين.

أهمية الدراسة

تتجلى أهمية الدراسة في بيان دور الحياسة واعتبارها احد أسباب كسب الملكية في المال المنقول في القوانين الوضعية، حيث افترض واضعي المشروع التمهيدي للقانون المدني الفلسطيني والتشريعات المقارنة، أنّ كل حائز لحق هو مالكة إلى أن يقام الدليل على عكس ذلك، حيث انه في الغالب المؤلف ما تكون الحياسة مستندة لحق، ويكون الحائز هو مالك الشيء، أو صاحب لحق العيني ، فضلاً عن ذلك أن حماية الأوضاع الظاهرة تقتضي من المشرع حماية حائزاً المال محل الحياسة متى كانت حيازته تمت طبقاً للأوضاع التي يتطلبها القانون، وكذلك بيان دور السبب الصحيح في كسب ملكية العقار بالحياسة باعتباره شرطاً أساسياً لا بد من وجوده لكسب الملكية بالحياسة بجانب حسن النية، حيث حسن النية لوحده ليس كافياً لتطبيق هذه القاعدة كما يجب بيان نطاق قاعدة الحياسة كسب من أسباب كسب الملكية.

وتظهر أهمية الدراسة في أن الملكية من الحقوق الهامة والضرورية في حياة الأفراد على مر العصور ومن هنا كانت الضرورة ملحة لتنظيم هذا الحق منذ نشأته لبيان سلطات المالك على أمواله والقيود

الواردة على حق الملكية، لأنّ ما يملكه الإنسان من أعيان أو منافع وهو حيازة الشرع المادي أو المعنوي والانفرادية بالاستعمال والانتفاع والتصرف، ومالك الشيء هو صاحبة شرعاً. وكذلك تكمن أهمية الدراسة من أهمية الوضع القانوني المتعلق بالحيازة في العقار كسبب من أسباب كسب الملكية ويمكننا صياغة وإبراز أهمية الدراسة من جانبين هما:

الأهمية العلمية:

الأثار التي ترتبها الحيازة من الناحية القانونية، حيث تعد الحيازة سبب من أسباب ملكية العقار متى استوفت الشروط القانونية، كما ان الحيازة تعد وسيلة سهلة في إثبات الحقوق، حيث يفترض القانون أنّ الحائز هو المالك حتى يثبت العكس، كما تعد الحيازة قرينة على الملكية، وبالتالي فإن حمايتها يشكل حماية لحق الملكية.

الاهمية العملية:

الاهمية العملية المتمثلة بمسألة الحماية القانونية للحيازة ضد الاعتداءات المتكررة، وكذلك زيادة أعمال وضع اليد التي تتعرض لها العقارات. كما يتميز موضوع اثبات الملكية العقارية في الاراضي غير المسجلة بأنه أهم المواضيع التي تطرح سجلاً حاداً في ميدان القانون الخاص، وهذا نظراً للصعوبات العملية والعلمية التي تكتنف هذا الميدان خصوصاً في فئة الباحثين والمطبقين، ولعل ذلك ناتجاً عن تعدد وتشعب القوانين المطبقة في فلسطين، وكذلك الإجراءات التقنية المعقدة التي يعالجها موضوع الاثبات في الاراضي التي لم تشملها بعد عملية التسوية. ولعل ما جعلني اختار هذا الموضوع كثرة الاراضي غير المسجلة والتي لم تتم فيها بعد عملية التسوية، مما يؤدي في غالب الاحيان الى نشوب نزاعات قضائية يصعب حلها بطريقة عادلة في العديد من الاحيان، وتضارب الاجتهاد القضائي وعدم استقراره وثباته على مبادئ مستقرة في ميدان أثبات ملكية العقارات بالحيازة.

منهجية الدراسة

إتبعَت الدراسة المنهاج العلمي التحليلي المقارن، حيث يعد المنهج المقارن من افعال المناهج في العلوم القانونية نظراً لما يتميز به هذا الأخير من مميزات تتلائم مع طبيعة العلوم القانونية ويعتمد على المقارنة والتحليل في دراسة الظاهرة حيث يبرز أوجه الشبه والاختلاف فيما بين ظاهرتين أو أكثر، ويعتمد الباحث من خلال ذلك على مجموعة من الخطوات من اجل الوصول إلى الحقيقة العلمية المتعلقة بالظاهر، وذلك بتحليل ومقارنة القوانين والتشريعات ذات الصلة، ان كان من قانون الأراضي العثماني لسنة 1858 أو ما احتوته مجلة الاحكام العدلية لسنة 1882، وقانون تسوية الاراضي والمياه رقم 40 لسنة 1952، كذلك المشروع التمهيدي للقانون المدني الفلسطيني، والقانون المدني المصري رقم (131) لسنة 1948، والقانون المدني الأردني رقم (43) لسنة 1976م، مع الإطلاع على بعض القوانين الآخر، وسألقي الضوء على بعض الآراء الفقهية، وأحكام القضاء وقرارات المحاكم والسوابق القضائية الفلسطينية وقرارات المحاكم الأردنية.

الفصل الاول

إكتساب الملكية العقارية بالحيازة

الحق سواء كان عينياً أو شخصياً ينشأ عن الواقعة القانونية التي تنقسم إلى وقائع طبيعية تقع بفعل الطبيعة، وإذ لا دخل لإرادة الإنسان في إحداثها. ولكنها ترتب آثارها في الروابط القانونية القائمة، ووقائع اختيارية أو إرادية تشمل بدورها أعمالاً مادية وأخرى قانونية، فالأولى مثالها الحيازة موضوع هذه الدراسة بينما الثانية فقد تكون صادرة من جانب واحد كالوصية، أو صادرة من جانبين كالعقد، فكلها مصادر للحق رتب عليها المشرع آثاراً قانونية جعلها أسباباً لكسب الملكية.

وإذن فالمدعي بالحق لا يطلب منه إثبات الحق ذاته، إذ ذلك يظل فكرة مجردة، وإنما الذي يطلب منه هو إثبات مصدر الحق الموضوعي وشروطه المتطلبة قانوناً وذلك حتى يكون محلاً للحماية القانونية المقررة له، والتي لا يمكن تجسيدها إلا من خلال استعمال حقه في الدعوى الذي يخول له بمجرد حصول الاعتداء على حقه الموضوعي أو مركزه القانوني .

ولعل أهم مصادر هذه الحقوق والتي نصت عليها مختلف التشريعات القديمة والحديثة في تقنيناتها نجد الحيازة كواقعة مادية يتمتع فيها الحائز بمركز واقعي يحميه القانون لذاته، ويرتب عليها آثاراً قانونية قد يصح أن نصفها بالخطيرة، ذلك أن الحائز لا يستند فيها إلى أي حق، وهو يجعلها جديرة بأن تكون مادة بحثية لدراستنا هذه، خاصة إذا علمنا أن دوافع حماية المشرع للحيازة إنما تنطلق من اعتبارات تتعلق بأمن المجتمع واستقراره، وما يقتضيه الصالح العام من عدم الاعتداء على الأوضاع الواقعية القائمة حتى ولو كان المعتدي هو صاحب الحق إذ وجب عليه أن يسلك طريق القضاء للحصول على حقه، وذلك أيضاً فيه تحقيق لمبدأ استقرار التعامل، فالحيازة كسبب من أسباب كسب الملكية قد تنطوي

على مجافاة لحق المالك، لكن هذا القول يتلاشى لأن الهدف من ذلك هو الحفاظ على مصلحة الاقتصاد الوطني بتشجيع الحائز على الاستغلال والاستعمال وعقاباً للمالك المهمل على إهماله. من المفيد ان نبدأ بعرض لتطور احكام الحيابة لتطبق على جميع الحقوق، في مختلف العصور التي سبقت التشريع الحديث، ولا يقصد الوقوف عند عرض تاريخي مجرد. بل لتقصي احكامها في اصلها وتطورها لان التشريع الحديث يستمد احكامه من مصادر التشريع القديم ويعد بالنسبة اليها نهاية التطور الذي وصلت اليه الحيابة في الوقت الحاضر، وما تمتاز به من اهمية.

ومع ذلك لم يخل الحال من اختلاف بين الفقهاء فقد ذهب جانب من الفقه القانوني¹ إلى القول بان للحيابة او دعاوى الحيابة اصول رومانية، اي انها ترجع إلى القانون الروماني القديم على الرغم من ان هذا القانون كان في بدايته يخلط بين الحيابة والملكية وادى هذا التداخل بينهما إلى اعتبار الحيابة واقعة بسيطة تقع خارج اطار القانون الذي لم يكن يعترف بالحماية سوى لحق الملكية. لذلك لم تظهر دعاوى الحيابة في بداية الامر لعدم الحاجة اليها، حيث ان دعوى الملكية كانت تحمي الحيابة والملكية في آن واحد وكان القاضي الروماني يحكم بالانتفاع المؤقت لاحد الخصوم إلى حين الفصل في دعوى الملكية وذلك مقابل كفالة تضمن استرداد الملك².

وعلى ذلك تنوعت الأوامر الرومانية لحماية الحيابة إلى نوعين اساسيين هما: أوامر استبقاء الحيابة، وأوامر استرداد الحيابة، حيث كانت تهدف الاولى إلى حماية وضع اليد من اي تعرض من طرف الغير حتى يثبت ملكيته وانقسمت بدورها إلى نوعين: نوع يهدف إلى حماية حائز المنقول ونوع يهدف إلى حماية حائز العقار. أما أوامر استرداد الحيابة فقد كان الهدف منها عودة وضع اليد في حالة فقد الحيابة بالقوة لصاحبها، سواء كانت هذه القوة بسيطة ام مسلحة وانقسمت هي الاخرى على نوعين

¹ - انظر: عرفه، محمد. موجز في حق الملكية و أسباب كسبه. دم، مكتبة النهضة، 1969، ص32. حيث يورد العديد من الآراء القانونية حول ذلك.

² - عرفه، محمد. موجز في حق الملكية وأسباب كسبه، مرجع سابق، ص33.

هما: اوامر القوة البسيطة التي كانت تهدف إلى استرداد الحيابة المغتصبة بالقوة البسيطة وكان يشترط لصدور هذه الاوامر ان تكون حيابة طالب الامر خالية من العيوب، وان يرفع الطلب خلال سنة من تاريخ الغصب¹.

اما أوامر القوة المسلحة والتي كانت تهدف إلى استرداد الحيابة المغتصبة بالقوة المسلحة فلا يشترط فيها خلو الحيابة من العيوب ولا مرور سنة من تاريخ الغصب بل للحائز ان يلجأ إليها في اي وقت الا أن هذه الأوامر اخذت تتطور شيئاً فشيئاً، ففي عهد الحاكم الروماني جستيان حل محلها نظام الدعاوى، الذي كان الهدف منه حماية الحيابة الخاصة بالمنقول والعقار في دعوى واحدة يحكم فيها دائماً لمصلحة واضع اليد في وقت رفع الدعوى، كما قامت إلى جانب هذه الدعاوى اجراءات اخرى غير قضائية تهدف إلى حماية الحيابة ويلجأ إليها كل منتفع بعقار مهما كانت صفة أو أساس حقه أو سبب وضع يده اذا اقيمت له اعمال جديدة، قد تؤثر في حرية انتفاعه بالعقار أو تنتقص من حقوقه وتكون ضارة به ليتوصل لوقف هذه الاعمال اذا كانت في بداية التنفيذ او ازلتها اذا تمت لكنها كانت اجراءات عديمة الجدوى لانها غير قضائية كذلك غالباً ما يلجأ الحائز من اجل ايقاف هذه الاعمال إلى دعوى الملكية فلم تكن تشكل ضماناً كافياً يكفل حماية الحائز².

الا ان هناك جانباً آخر من الفقهاء³ يرى لا جدوى من هذا القول اذ ان دعاوى الحيابة لا تمت باي صلة إلى القانون الروماني، اما ما قيل بصدد اوامر البريتور، فهي كانت تحمي الاموال ذات النفع العام ولم يقصد بها حماية الحيابة من أي تعرض يقع عليها بل كانت ترمي إلى رد الاعتداء الخارجي واسترداد الحيابة التي اغتصبت بالاكراه فقط⁴.

¹ - عرفه، موجز في حق الملكية وأسباب كسبه، مرجع سابق، ص35.

² - غانم، ياسين، الحيابة و احكامها في التشريع القديم. دمشق: دار الفكر، 1984.ص67.

³ - غانم، الحيابة و احكامها في التشريع القديم مرجع سابق، ص67-70.

⁴ - غانم، الحيابة و احكامها في التشريع القديم، مرجع سابق، ص 67-70.

ان التشريع الكنسي كان له الفضل الكبير في وضع الاسس الحالية لدعاوى الحيازة، اذ اخذت دعاوى وضع اليد في ظل التشريع الفرنسي القديم تتطور وتتميز بطابع جديد، يرمي إلى حماية صاحب اليد من كل عدوان يعكر صفو حيازته وتعد دعوى استرداد الحيازة ارسخ دعاوى الحيازة قدما وكانت تهدف في بادئ الامر إلى حماية حقوق الاساقفة، ثم امتد نطاق الدعوى شيئا فشيئا لحماية كل من تنتزع حيازته بالقوة، وذلك باعادة ما انتزع منه اليه ولم يكون القانون الكنسي يفرق بين المنقول او العقار كما لم يكن يفرق بين الحيازة العرضية والحيازة القانونية كما انه كان يحمي الحائز ايا كانت مدة حيازته¹.

المبحث الأول : ماهية الحيازة

يتطرق هذا المبحث الى الحيازة من حيث التعريف في اللغة والاصطلاح وبيان الاتجاهات نحو الحيازة، وضوابطها والطبيعة القانونية لها.

المطلب الأول: مفهوم الحيازة

الفرع الاول: تعريف الحيازة لغةً واصطلاحاً:

تُعرف الحيازة في علم اللغة العربية وفق ما جاء في المعاجم العربية، على انها ترجع للفعل (حاز) ويقال حاز فلان الشيء أي ضمه وملكه، ويقال، حاز اليه الدواب حوزاً: ساقها برفق. كذلك ورد في تعريف الحيازة في اللغة العربية، (احتازه): ضمه واملكه ، ويقال: احتازه إلى نفسه من مال او عقار. حيازة الزارع: ما في حوزته من ارض زراعية.² وهنا نجد ان الحيازة والاحتياز والحوز معناها واحد وهي مصدر من الفعل حاز.

¹ - المالكي، خالد، دعوى الحيازة في التشريع. دمشق: مؤسسة النوري للطباعة والنشر، 2011، ص23.

² انظر: البستاني، بطرس. محيط المحيط. بيروت: مكتبة لبنان، 2011، باب الحاء. ابن منظور، محمد بن مكرم بن علي (ت:711هـ)، لسان العرب ، ج 24، بيروت: دار صادر، 2002، باب الحاء. الجوهري، اسماعيل بن حماد، الصحاح تاج اللغة وصحاح العربية، تحقيق: احمد عبد الغفور عطار، دار العلم للملايين، بيروت، 1987، 875/3.

وتعرف الحيازة وفق فقهاء المذهب المالكي بأنها: "وضع اليد على الشيء والاستيلاء عليه والتصرف
يكون بواحد من الامور سكني أو إسكان أو زرع أو غرس أو بيع أو هدم أو بناء أو قطع شجر أو
عتق أو كتابة أو ربط رقيق¹. كما عرفها الفقيه الصاوي: "الحيازة وضع اليد على الشيء والإستيلاء
عليه"².

ظل الوضع بين معظم رجال الفقه الإسلامي المحدثين أن هذا الفقه لا يحتوي على قواعد أو أحكام في
الحيازة والتقادم الا عند المتأخرين من فقهاء المذهب الحنفي، أن موضوع "الحيازة" يبين أسباب كسب
الملكية" بل أن كتب الفقه الاسلامي الحديثة تعالج موضوع الحيازة في اسباب الملك التام. وكذلك
الحال بالنسبة لمجلة الاحكام العدلية، كما سبق وأن بينا، وكذلك مرشد الحيران كما هو الحال في
المادة (72) الخاصة بأسباب التملك.³ وهناك من يرى في تعريف الحيازة عن طريق مظهرها الواقعي
وان كانت اختلفت في ألفاظها، إذ عرفت بأنها: "حيازة الشيء والانتفاع به كما يفعل المالك في ملكه
فهي حالة مادية تنشأ من وجود المال تحت تصرف حائز وظهوره ازاءه بكل مظاهر التملك"⁴.

الفرع الثاني: تعريف الحيازة في القانون

لم تحظ الحيازة في التشريعات السارية في فلسطين بالتنظيم الكامل فقد نظمها المشرع منذ الإنتداب
البريطاني بقانون دعاوى وضع اليد البريطاني الباب (76) لسنة 1932 المعدل بالقانون رقم (19)
لسنة 1934 ولكن يعاب على هذا القانون بأنه لم يخرج عن مجرد تناول بعض آثار الحيازة، إضافة
إلى الغموض الذي يعتري نصوصه.

¹ الدسوقي، شمس الدين محمد علي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، دم، دار الفكر للطباعة والنشر، د.ت، ص 196.

² الصاوي المالكي، ابو العباس احمد بن محمد، بلغة السالك لاقراب المسالك، القاهرة: دار المعارف، د.ت، ص 250.

³ باشا، محمد قدري، مرشد الحيران في معرفة أحوال الإنسان، القاهرة: دن، د.ت، ص 21.

⁴ موسى، الطيب، حيازة العقار في الفقه (دراسة مقارنة). بيروت: دار الجيل، 1991، ص 27.

في حين نجد مجلة الأحكام العدلية التي ما زالت مطبقة في فلسطين قد تناولت طرق إثبات الحيازة وترجيح البينة الادعاء بوضع اليد من خلال المواد 1754 حتى 1755، وكذلك تناولت كيفية استملاك الأشياء المباحة في الفصل الثاني في المواد 1248 وحتى 1253-حيث نصت المادة (1248) منها أن أسباب التملك ثلاثة: "الأول الناقل من مالك إلى آخر كالبيع أو الهبة، الثاني: كون واحد خلق الآخر كالإرث، الثالث إحرار شئ مباح لا مالك له وهذا إما حقيقي وهو وضع اليد حقيقية على شئ ما وإما كلمي وذلك بتهيئة سببه كوضع إناء لجمع ماء المطر أو نصب شيكاته لأجل العيد" ومرورا على قانون اصول المحاكمات المدنية والتجارية الفلسطيني رقم (2) لسنة (2001) فقد نظم المحكمة المختصة بنظر هذه الدعوى، بأن جعلها من اختصاص محكمة الصلح وذلك استنادا الى المادة (39) منه.

ومن المفيد ان نشير إلى ان مشروع القانون المدني الفلسطيني رقم (4) لسنة 2012 قد عرف الحيازة في مادته (1072) على انها: "1- الحيازة سيطرة فعلية من الشخص بنفسه أو بواسطة غيره على شئ أو حق يجوز التعامل فيه . 2- يكسب غير المميز الحيازة عن طريق من ينوب عنه نيابة قانونية."¹ أما القانون المدني الاردني فقد نظم الحيازة في المواد (1171-1197)، في حين ان القانون المدني المصري أورد الحيازة في المواد (949-984)، والقانون المدني العراقي في المواد (1145-1168). وتنص المادة "1/1171" من القانون المدني الاردني على ان "الحيازة سيطرة فعلية من الشخص بنفسه أو بواسطة غيره على شئ أو حق يجوز التعامل فيه".

وقد جاء في المادة (949) من القانون المدني المصري رقم (131) لسنة 1948 بالنص: "لا تقوم الحيازة على عمل يأتيه شخص على أنه مجرد رخصة من المباحات أو عمل يتحمله الغير على سبيل التسامح". وتنص المادة "1/1145" من القانون المدني العراقي على أن "الحيازة وضع مادي يسيطر

¹ القانون المدني الفلسطيني رقم(4) لسنة 2012 المادة رقم (1072)

الشخص بنفسه أو بالواسطة سيطرة فعلية على الشيء يجوز التعامل فيه أو بالفعل حقا من الحقوق". ويؤخذ على هذه التعريفات أنها لم تبرز الركن المعنوي للحيازة المتمثل في نية استعمال حق من الحقوق¹، أي ممارسة الحائز للسيطرة الفعلية على الشيء بإعتباره مالكا له، أو صاحب حق عيني عليه² أو ما يعبر عنه بعبارة ظاهراً بمظهر المالك أو صاحب حق عيني آخر³.

ويمكن القول إن من يرى فقهاء القانون من يرى بأن الحيازة تدور حول السيطرة الفعلية، بأنها سلطة فعلية على شيء، كأن تكون حالة واقعية تنشأ عن سيطرة شخص على شيء أو على حق عليه بصفته مالك الشيء أو صاحب الحق عليه، أو سيطرة شخص سيطرة مادية على حق، أو وضع مادي يتبدى ازاء سيطرة شخص سيطرة فعلية على حق سواء كان هذا الشخص هو ذات صاحب الحق أو لم يكن، أو انها مركز واقعي يتمثل في سيطرة فعلية على شيء⁴.

وهذه التعريفات تعد الحيازة باعتبار الوصف المادي؛ أي السيطرة الفعلية على الشيء قد تتطابق هذه السيطرة مع الحق وقد لا تتطابق، وعُد هذا التعريف ناقصاً لعدم وجود ركن التملك فالتعريفات أمعن في اظهار العنصر المادي للحيازة المتمثل في السيطرة الفعلية على الشيء مع اغفالها العنصر المعنوي، نية التملك، مما يؤدي إلى الخلط بين الحيازة ووضع اليد فضلاً عن ان تعريف الحيازة عن طريق النتائج القانونية للواقعة أو الوضع المادي يؤخذ عليه ان تعريف الشيء يكون بتحديد ماهية وجوده لا عن طريق نتائجه⁵.

¹ الأحمّد، محمد سليمان، الفرق بين الحيازة والضمان في كسب الملكية، ط1، دم، دار العلمية الدولية، 2001، ص19.

² حمزة، محمود جلال، التبسيط في شرح القانون المدني الاردني، ط1، دم، دار الحامد، 1998، ص200-202.

³ سوار، محمد وحيد الدين، الحقوق العينية الاصلية، اسباب كسب الملكية والحقوق المشتقة من حق الملكية، ط2، دم، مكتبة الثقافة للنشر والتوزيع، 1996، ص220.

⁴ راغب، وجدي، الموجز في مبادئ القضاء المدني، دم، دار الفكر العربي، 1977، ص161. أنظر ايضاً: ابو الوفاء، احمد، المرافعات المدنية والتجارية، دار المعارف، القاهرة، ص126، الشهاوي، قدي، الحيازة كسب من اسباب كسب الملكية في التشريع المصري والمقارنه، منشأة المعارف، الاسكندرية، 2002، ص12، الكبيسي، رحيم، الحماية القانونية للحيازة، دار الجامعة الجديدة للنشر، الاسكندرية، 2015، ص22.

⁵ الكبيسي، رحيم، الحماية القانونية للحيازة، الاسكندرية: دار الجامعة الجديدة للنشر، 2015، ص23.

وقد كانت الحيابة على هذا النحو هي المظهر المادي للملكية، وبمعنى اخر كانت الحيابة سلطة مادية محضة لا تنطبق الا على الاشياء المادية ولما كانت الحيابة هي المظهر المادي للملكية، فكثيرا ما كان يخلط بينها وبين الملكية في اللغة الجارية، فيقال احرز فلان هذا المال اي بمعنى تملكه اما من الناحية القانونية فكانت الحيابة تختلف تماما عن الملكية، فالحيابة واقعة مادية، والملكية حق، والحيابة سلطة قطعية اما الملكية فهي سلطة قانونية، فالنسبة للشيء الواحد، قد يكون له ملك، يتمتع بسلطات قانونية تخول له التصرف في الشيء، عن طريق القيام باعمال قانونية، ويكون له في ذات الوقت حائز، في قبضة للشيء يتمتع بسلطة قطعية تخول له استعمال الشيء عن طريق القيام باعمال مادية¹. وقد يجمع الشخص الواحد بين كونه مالكا وحائزا، وهذا يحدث في الغالب من الاحوال، ويتمتع هذا الشخص حينئذ بسلطتين سلطة قانونية، وسلطة فعلية، تخولان له القيام بكافة الاعمال المادية، والقانونية وقد تطور القانون الروماني على هذا المفهوم².

أذن نفهم مما سبق ان تعريف الحيابة في القانون هو وضع اليد على شيء والتصرف فيه مدة من الزمن بصفة متصلة علنية هادئة والمدة المقررة وفق مجلة الاحكام العدلية هي عشر سنوات في حق الأجنبي ست وثلاثين سنة في حق الأقارب دون منازعة مع نسبة الشيء المتصرف فيها إلى ملك لمتصرف بحضور من قام يدعي ملكية ذلك الشيء³.

كذلك تشمل التعاريف القانونية للحيابة موضوع المدة الزمنية المكسبة للملكية، فقد قررت محكمة بداية نابلس على شرط المدة حتى يكسب الحائز الملكية حيث جاء: "اذا كان الحائز يتصرف تصرف المالك بملكه، ويتقاضى الاجر ويدفع الضرائب، بحيث يكون التصرف مستقراً هادئاً تحت عين المدعي عليه، وفق نص المادة (3) من قانون الاحكام المتعلقة بالاموال غير المنقولة رقم(51) لسنة

¹ - عبد الرحمن، محمد شريف احمد.الحيابة (المكسبة للملكية ودعاوى الحيابة)، ط1، القاهرة: دار النهضة العربية، 2009، ص23-25.

² - المنجي، محمد، الحيابة دراسة تأصيلية. الاسكندرية: منشأة المعارف، 1985، ص67.

³ - أقرت مجلة الاحكام العدلية في موادها (1660-1675) مرور الزمن المانع من سماع الدعوى.

1958، والذي يقول: ان البيوع العادية الجارية على الارض التي لم يتم تسويتها، بموجب سند فيما يتعلق بالارض الاميرية، والمملوكة والكائنة في المناطق التي تعلن فيها التسوية، واستثيت فيه، وقد مر على تصرف المشتري لها تصرفا فعليا مدة 15 سنة في الاراضي الملك و10 سنوات في الاراضي الاميرية فإنه يعتبر مالكا لها"¹.

الفرع الثالث: ضوابط الحيابة.

لتحقق الحيابة لا بد من توفر مجموع من الضوابط وهي: وضع اليد، التصرف، النسبة ، عدم المنازعة ، طول المدة، عدم التقويت، وذلك على التفصيل التالي:

أ- وضع اليد.

المراد بشرط اليد أن يضع الحائز يده بوجه شرعي على العقار المحوز واليد والحوز مترادفان وقد جعل الفقهاء الحوز شرطا في الملك لكون المفروض في كل مالك أن يكون ماله بيده ، لا بيد غيره، وإذا كانت الحيابة حسب الرأي الغالب دليل على الملك لا سببا فيها فإن هناك حيابة تكسب صاحبها حق الملكية وتجعل الشيء المحوز ملكا له كما في إحياء الأرض الموات وهنا يلاحظ أن سبب الملك ليس هو مجرد الحيابة وإنما هو الإحياء والحيابة مجتمعين².

ب- التصرف.

التصرف هو شيء زائد عن الحوز، إنه مباشرة الحائز مختلف أنواع التصرفات على الشيء المحوز، من استعمال واستغلال وتمتع وسائر التصرفات الأخرى التي يحق للمالك أن يجريها على ملكه وأعمال

¹ - قرار محكمة بداية نابلس رقم 1995/303 بتاريخ 1995/12/5، وكذلك انظر قرار محكمة بداية نابلس رقم 2008/295 . انظر ايضا: حكم محكمة النقض الفلسطينية المنعقد في رام الله رقم 46 في النقض المدني رقم 2004/11 بتاريخ 2004/3/31 المنشور في مجموعة الاحكام القضائية و المبادئ القانونية الصادرة عن جمعية القضاة الفلسطينيين، ج2، ط1، رام الله، 2009، ص494-497.
² - الخطيب، مهدي، الموجز في وضع اليد، المنيا: دار الألفي، 2009، ص1-2.

التصرف كثيرة منها ما هو خفيف كالرعي والزرع والسكنى ونحو ذلك ومنها ما هو قوي كالبناء والهدم وكلما كان نوع التصرف قويا كان أكثر دلالة على الملك خاصة في حق الأجانب¹.

ج- عدم المنازعة.

من شدة احتياط الفقهاء لحفظ حقوق الغير أوجبوا في الحائز أن تكون حيازته هادئة وخالية من النزاع وأن يستمر هذا الهدوء والخلو من النزاع طيلة مدة الحيازة المقررة سواء بشأن واقعة الحوز في حد ذاتها، أو بشأن تصرف الحائز أو بشأن نسبة المال المتصرف فيه إلى نفسه، بحيث يسود عدم النزاع سائر شروط الحيازة وفي هذا الصدد قضت محكمة الإستئناف بطنجة بأن شرط عدم المنازعة ينبغي أن يعم المدة كما قضى المجلس الأعلى بأن من شروط الحيازة أن تطول 10 سنوات مع حضور المدعي وسكوته دون مانع طيلة المدة المذكورة².

د- المدة.

أشار مشروع القانون المدني الفلسطيني رقم (4) لسنة 2012 الى المدة الزمنية لحيازة العقار، حيث جاء في المادة (1091) بالنص: "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"³. كذلك اشارت المادة (1092) من نفس القانون الى المدة الزمنية المقترنة بحسن النية والسبب الصحيح للحيازة بالقول: "إذا وقعت الحيازة على عقار أو على حق عيني على عقار وكانت مقترنة بحسن النية واستندت في الوقت ذاته إلى سبب صحيح، فإن المدة اللازمة لكسب

¹ - بكر، عصمت، الوجيز في شرح قانون الاثبات. بغداد: مطبعة الزمان، 1997، ص54.

² - بكر ، الوجيز في شرح قانون الاثبات مرجع سابق، ص58. وجاء ايضا في نص المادة (906) من مجلة الاحكام العدلية: "اذا كان المغصوب ارضاً وكان الغاصب انشا عليها بناء او غرس فيها اشجاراً يؤمر الغاصب بقلعها وان كان القلع مضرراً بالارض فللمغصوب منه ان يعطي قيمته مستحق القلع ويضبط الارض ولكن لو كانت قيمة الاشجار او البناء ازيد من قيمة الارض وكان قد انشا او غرس بزعم سبب شرعي حينئذ لصاحب البناء او الاشجار ان يعطي قيمة الارض ويملكها .مثلاً لو انشا احد على العرصة الموروثة له من والده بناء بمصرف ازيد من قيمة العرصة ثم ظهر لها مستحق فالباقي يعطي قيمة العرصة ويضبطها.

³ - مشروع القانون المدني الفلسطيني رقم (4) لسنة 2012.

هذا الحق تكون خمس سنوات" ¹. من جانب آخر تورّد مجلة الاحكام العدلية مدد مختلفة حسب
وضعية الحياة تبدأ بعشر سنوات في حق الأجنبي وست وثلاثين سنة في حق الأقارب دون منازعة
مع نسبة الشيء المتصرف فيها إلى ملك لمتصرف بحضور من قام يدعي ملكية ذلك الشيء. ² وقد
تناول القانون المدني الاردني مسألة المدة في مادته (1181) حيث جاء موافقاً لما ذهب اليه مشروع
القانون المدني الفلسطيني رقم (4) لسنة 2012 حيث اشار الى المدة الزمنية بخمس عشرة سنة فيقول
في ذلك: "من حاز منقولا او عقارا غير مسجل في دائرة التسجيل باعتباره ملكا له او حاز حقا عينيا
على منقول، او حقا عينيا غير مسجل على عقار، واستمرت حيازته دون انقطاع خمس عشرة سنة فلا
تسمع عليه عند الانكار دعوى الملك او دعوى الحق العيني من احد ليس بذئ عذر شرعي." ³ حيث
يقابلها نص المادة (968) من القانون المدني المصري رقم (31) لسنة 1948 المعدل بالقانون رقم 6
لسنة 1976 التي تشير الى: "من حاز منقولا أو عقارا دون أن يكون مالكا له ، أو حاز حقا عينيا
على منقول أو عقار دون أن يكون هذا الحق خاصا به ، كان له أن يكسب ملكية الشيء أو الحق
العيني إذا استمرت حيازته دون انقطاع خمس عشرة سنة" ⁴.

ومن جانب آخر وفيما يتعلق بضوابط الحياة لابد ان نذكر الاشخاص الذين تعمل في حقهم الحياة
وهم على النحو الآتي ⁵:

1- الشخص الطبيعي: واث الشخص الطبيعي يسري على الاقارب مثل الاب والابن أو الاصهار او
اي صفة قرابة، وهنا لم يدقق الفقهاء بشأن الحديث عن أثر القرابة ودرجتها التي تجعل الحياة غير
مؤثرة. أن القرابة التي لا تؤثر معها الحياة إنما هي قرابة الأب مع ابنه وأن باقي القرابات يراعى

¹ مشروع القانون المدني الفلسطيني رقم (4) لسنة 2012.

² أقرت مجلة الاحكام العدلية في موادها (1660-1675) مرور الزمن المانع من سماع الدعوى

³ القانون المدني الاردني رقم 43 لسنة 1976 المنشور بالجريدة الرسمية العدد 2645 بتاريخ 1976/8/1، ص2.

⁴ القانون المدني المصري رقم (31) لسنة 1948 المعدل بالقانون رقم 6 لسنة 1976

⁵ العطار، عبد الناصر، إثبات الملكية بالحياة و الوصية (دراسة مقارنة)، دم، مطبعة السعادة، دت. ص156.

فيها علاقة المعنيين بالأمر وما إذا كانت بينهم تشاجر أو لا وهكذا لان الحياة التي لا تعتبر بين الأقارب ولو طاللت هي حياة الاب وابنه فقط ، أما البقية كالأخوة والأعمام فإما أن يكون بينهم تشاجر فحيازتهم كالأبعدين يكتفي فيها بعشر سنين وإما أن لا يكون بينهم تشاجر فأمد حيازتهم 40 سنة¹. وفي حالة أخرى تكون بادعاء أحد الورثة لملكية العقار، بوضع اليد عليه الا ان المادة (2) من القانون المعدل لقانون انتقال الاراضي لسنة 1933 نصت على ان: " تصرف أحد الورثة عن باقي الورثة يعد نيابة عنهم، ويحمل على افتراض انهم يتصرفون بالارض نيابة عن باقي الورثة، ما لم يرد هذا الاعتراض أمام المحكمة بشهادة شفوية، أو تحريرية، تثبت ان التصرف كان دون موافقة الورثة الآخرين. وفي قرار قضائي لمحكمة استئناف غزة نص على ان: " تصرف أحد الورثة يعد بالنيابة عن باقي الورثة، ولا يسقط بمضي الزمان"².

2-الشخص المعنوي: مالك العقار قد يكون شخص طبيعي أو شخص معنوي كالجماعة والشركة والمؤسسة والدولة ونحو ذلك.

وأخيرا لا بد وان تكون الحياة ظاهرة، ولا بد ان تكون يد الحائز متصلة بالشيء اي لا بد وان تكون الحياة مستمرة، ويمارس الحائز على الشيء الذي يحوزه بارادته جميع السلطات التي يمارسها المالك على ملكه، ويمكن ان يمثل الحائز اي شخص ينوب عنه في حياة الشيء، كالوكيل أو التابع أو غير ذلك، ولكن يمكن اثبات ان الحائز ليس مالكا للشيء اذ توجد فروق جوهرية بين الحياة وبين الملكية أي توجد فروق جوهرية بين الحائز وبين المالك ويجب التفرقة ايضا بين احراز الشيء وحبسه من جانب الحائز الاصلي وبين حياة الحائز العرضي ، حيث ان الحائز العرضي يجوز لحساب الحائز الاصلي حيث يصرح الحائز الاصلي للحائز العرضي بحياة الشيء مدة معينة، ويجب على الحائز

¹ - العطار، إثبات الملكية بالحياة و الوصية(دراسة مقارنة)، مرجع سابق، ص160.

² - انظر: قرار محكمة استئناف غزة رقم 2000/262 ، الصادر بتاريخ 2002/6/18 وقرار محكمة استئناف غزة رقم 99/6 الصادر بتاريخ 1999/6/16 و الفار رقم 99/135 بتاريخ 2001/2/5 وقرار محكمة بداية نابلس رقم 1995/303.

العرضي ان لا يعارض حق الحائز الاصلي، ولا يعارض حق الملك، عندما يحوز الشيء لحساب الغير، حيث يباشر الحائز العرضي الحيازة باسم الحائز الاصلي او باسم المالك¹.

الفرع الرابع: الطبيعة القانونية للحيازة

على الرغم من أنّ الانسب من الناحية البحثية أنّ لا تتناول التشريعات تعريفاً تغلب عليه الصبغة الفقهية الا ان تشريعات بعض الدول العربية مثل الاردن ومصر ارتأت ان تورد تعريفاً قانونياً للحيازة ضمن نصوص تقنيناتها المدنية، وربما يكون ذلك بحجة ضبط فكرة الحيازة وتحديدها بسبب ما اكتنفها من غموض أو ما صادفها من خلاف في حين ذهبت الاخرى إلى ترك ذلك والاكتفاء بالتعريف القانوني المقرر للحيازة في الفقه.

الا ان المجموعة الاولى لم تتفق هي كذلك على التعريف ومضمونه، وبدأ تأثرها واضحاً بالاتجاهات الفقهية السابقة في التعريف القانوني للحيازة فقد عرفها - اي الحيازة - مشروع القانون المدني الفلسطيني رقم (4) لسنة 2012 بالمادة (1072) على انها: " الحيازة سيطرة فعلية من الشخص بنفسه أو بواسطة غيره على شيء أو حق يجوز التعامل فيه." في المقابل ذكرها القانون المدني الاردني رقم 43 لسنة 1976 بالمادة (1171) منه بانها: "سيطرة فعلية من الشخص بنفسه أو بواسطة غيره على شيء او حق يجوز التعامل فيه"². واغفل النص القانوني كما يبدو العنصر المعنوي المتمثل في قصد الشخص من هذه السيطرة، اذ لم يتضمن الا العنصر المادي للحيازة المتمثل في السيطرة المادية.

والكلام ذاته يقال عن القانون المدني الكويتي رقم (67) لسنة 1980 الذي عرف الحيازة في المادة (905) منه على انها: "سيطرة شخص بنفسه أو بواسطة غيره على شيء مادي ظاهر عليه بمظهر

¹ - العبيدي، علي، شرح القانون المدني الحقوق العينية، دم، دار الثقافة، 2009، ص 140.

² - انظر : القانون المدني الاردني رقم 43 لسنة 1976 المادة رقم (1171) ، المنشور بالجريدة الرسمية الاردنية ويعمل به من 1977/1/1.

المالك او صاحب حق عيني اخر بان يباشر عليه الاعمال التي يباشرها عادة صاحب الحق"¹. الا ان الاول تبني مذهب الاتجاه الفقهي ، الذي عد الحيابة سيطرة فعلية على شيء والثاني اي القانون المدني الكويتي قد تبني الاتجاه الفقهي الثاني، بوصف الحيابة وجه ظاهر لممارسة حق معين وقد اوجز القانون المدني القطري رقم 22 لسنة 2004 هذا التعريف في المادة (935) منه بالقول انها : "وضع مادي يسيطر به الشخص على حق يجوز التعامل فيه بان يباشر عليه الاعمال التي يقوم عادة صاحب الحق"².

الا ان المشروع السوداني في قانون المعاملات المدنية رقم (5) لسنة 1984 في المادة (621 ف) منه، اوجب تطابق تلك الاعمال مع قصد الحائز لممارسة حق معين عندما عرف الحيابة بانها: "سلطة فعلية يباشرها الحائز بنفسه او بواسطة غيره على شيء مادي بحيث تكون في مظهرها الخارجي وفي قصد الحائز مزاولة للملكية او لحق عيني اخر"³.

اما القانون المدني العراقي فقد عرفها بالفقرة (1) من المادة (1145) بانها: "وضع مادي به يسيطر الشخص بنفسه أو بواسطة سيطرة فعلية على شيء يجوز التعامل فيه أو يستعمل بالفعل حقا من الحقوق"⁴. وقد زاد المشرع العراقي وغيره وصف الشيء بكونه مما يجوز التعامل فيه وهذا الوصف من الاوصاف الزائدة التي يستغنى عنها في التعريف القانوني للحيابة.

اذ سبق وان اجاز القانون المدني العراقي للشيء ان يكون محلا للحقوق المالية عندما لا يخرج عن التعامل بطبيعته او يحكم القانون في المادة (61) منه.

أزاء ذلك وكما بينت الباحثة سالفاً ذهبت تشريعات دول اخرى إلى تعريف الفقه للحيابة كما فعل المشرع المصري، حيث اعتمد على تعريف الفقه وترك الخيار مفتوحاً أمام القضاء، حتى لا تقع في

¹-انظر: القانون المدني الكويتي رقم (67) لسنة 1980 المادة رقم (905). المنشور بالجريدة الرسمية في الكويت.

²- انظر: القانون المدني القطري رقم (22) لسنة 2004 المادة رقم (935). المنشور بالجريدة الرسمية في الدوحة.

³- قانون المعاملات المدنية السوداني رقم (5) لسنة 1984 المادة رقم (621 ف). المنشور بالجريدة الرسمية في الخرطوم.

⁴- انظر: القانون المدني العراقي الفقرة (1) من المادة (1145). المنشور بالجريدة الرسمية في بغداد.

العيوب التي سادت شقيقتها من التشريعات الأخرى التي خلت من ذكر العنصر المعنوي للحيازة المتمثل في نية التملك وعدم الاضطرار بعد ذلك للدفاع عن نفسها او ذكر الاسباب الموجبه لذلك. لذا فقد الغى المشروع المصري المادة (1398) من المشروع التمهيدي للقانون المدني المصري المقابلة لنص المادة (1145) من القانون المدني العراقي، بعد ان لاقت اعتراضا من البرلمان، بعد مناقشة طويلة تم حذفها¹.واقتنى أثر المشرع المصري كل من المشرع السوري والجزائري والليبي واللبناني، في عدم وضع تعريف قانوني للحيازة.

أختلف الفقه في تحديد الطبيعة القانونية للحيازة، اذ كانت طيلة زمن كبير مجالاً للعديد من الدراسات الفقهية.حيث رأى بعض الفقهاء ان الحيازة حق من الحقوق لانها تتمثل فيها صفات الحق وذهب آخرون إلى انها واقعة مادية رتب عليها القانون بعض الاثار. لذا وجب التعرف على الطبيعة القانونية للحيازة وفق ما ذهب اليه الفقه². تتمثل صفة الحق في الحيازة، فيوجد حق الحيازة كما يوجد حق الانتفاع أو حق الاتفاق فيشمل بصفة اساسية حق الحائز حق الاستيلاء على الشيء ما دام غيره لم يثبت انه مملوك له وهذا الحق له جميع صفات الحق المطلق ويحتج به قبل الكافة، بمعنى اخر تتجلى في الحيازة صفات الحق وليس لاحد بان يجبره على التخلي عن حيازته كرها الا اذا قضى ضده في دعوى الملك، وسند هذا الرأي ان المشرع يقرر الحماية القانونية للحيازة عن طريق دعاواها الثلاث، وتمنح لرد أي اعتداء يقع على الحائز من الغير وطالما المشرع قد حمى الحيازة في ذاتها، فانها تكييف على انها حق وليست واقعة مادية واذا لم تكن كذلك فيما تربط العلاقة التي تربط الحائز بالمال المحاز.

¹ - كامل، جمال، الحماية القانونية للحيازة. ط1، دم، المركز القومي للاصدارات القانونية، 2004. ص17.
² - الكبيسي، رحيم صباح، الحماية القانونية للحيازة دراسة تاريخية تصليلية تحليلية مقارنة، الاسكندرية: دار الجامعة الجديدة، 2015، ص 45-18.

غير أن أنصار هذا الرأي¹ وإن اتفقوا على عد الحيابة حق الا انهم وقفوا حائرين عند تأصيل هذا الحق ورده إلى انواع الحقوق، العينية ام الشخصية، وكان خاتمة المطاف عندهم ان قالوا بان الحيابة حق ذو طبيعة خاصة تتعلق بالحماية التي شرعت لحماية الحائز ضد الاعتداءات المحتملة على الحيابة، اذ من المصلحة العامة ان يمكن الحائزون من حيازتهم ضمانا لاستمرار المعاملات الظاهرة إلى ان ترفع يدهم بوسائل مشروعة، ولكن هذا الحق قائم بذاته فلا هو حق عيني ولا هو حق شخصي.

الا انه لا يمكن القول بان الحيابة حق لان الحقوق التي تصلح ان تكون محلا للتعامل هي الحقوق المالية وذلك لا تكون الا عينية او شخصية، والحيابة ليست من الحقوق العينية، وذلك ان الحقوق العينية إما اصلية أو تبعية مذكورة في التقنين المدني على سبيل الحصر وليست الحيابة من بينها، وكذلك لا يمكن القول بان الحيابة حق شخصي لان الحقوق الشخصية تتم بوجود رابطة بين دائن ومدين يلتزم بمقتضاها المدين باداء التزام معين نحو الدائن، وهو امر لا يتفق مع طبيعة الحيابة التي عمادها السيطرة على الشيء سيطرة تامة².

والواقع ان الحيابة وضع مادي يتبدى ازاء سيطرة شخص سيطرة فعلية على حق، سواء كان هذا الشخص هو ذات صاحب الحق أو لم يكن، والسيطرة الفعلية على الحق تكون باستعماله عن طريق اعمال مادية يقتضيها مضمون هذا الحق، فان كان على ملكية، اختلط الحق بالشيء محل الحق، فيقال ان الشخص يسيطر سيطرة فعلية على الشيء نفسه محل حق الملكية، وتكون السيطرة الفعلية عنها عن طريق اعمال مادية هي ذات الاعمال التي يقوم بها المالك عادة في استعماله لحق الملكية،

¹ - الشهاوي، قدرى عبد الفتاح. الحيابة كسبب من اسباب كسب الملكية في التشريع المصري والمقارن. الاسكندرية : منشأة المعارف، 2002، ص11-13. حيث يفرد مساحة كبيرة لهذه الاراء القانونية.

² - الشهاوي، الحيابة كسبب من اسباب كسب الملكية في التشريع المصري والمقارن، المرجع السابق، ص 12.

فيستعمل الشيء ويستغله ويتصرف فيه تصرف المالك، فالشخص يكون حائزاً على الملكية، أو للشيء محل هذا الحق، متى استعمل بالنسبة إليه أي حق من حقوق المالك.

وفي نفس السياق أوجد القانون الحماية الكافية للحائز حتى وإن كان غير مالك مبرراً هذه الحماية بما يلي¹:

1. إن الحائز هو الذي يسيطر سيطرة فعلية على ذلك الذي يقع في حيازته، فيجب لاعتبارات تتعلق بالأمن العام أن تبقى له هذه السيطرة، فلا يتعدى أحد عليها ولو كان هو المالك للمال، وعلى المالك أن يلجأ إلى الطرق التي رسمها له القانون لاسترداد ماله من الحائز فالقانون يحمي الحيازة كما يحمي الملكية، وقد جعل كل من الحيازة والملكية طرقها الخاصة، وعلى ذلك إذا لم يرد الحائز للمالك ماله طوعاً، كان له أن يسترده عن طريق القضاء وفقاً للإجراءات التي رسمها القانون.

2. إن الحائز للمال، يكون غالباً هو المالك له، وأول مزايا الملك أن يحوز المالك المال الذي يملكه، وقل إن يوجد مالك لا يحوز ملكه بنفسه أو بوساطة غيره، لذلك يفترض القانون مبدئياً أن الحائز هو المالك، فيحمي الملكية عن طريق حماية الحيازة.

لذلك كانت الحيازة قرينة على الملكية، ولكنها قرينة قابلة لإثبات العكس. وعلى ذلك ففي الأحوال النادرة التي لا يحوز فيها المالك ماله بنفسه أو بوساطة غيره، وتكون الملكية في يد والحيازة في يد أخرى، أباح القانون للمالك أن ينتزع ماله من يد الحائز بالطرق المرسومة لذلك، طالما أقام الدليل على ملكيته، فحماية الحيازة في ذاتها إنما هي حماية للملكية ولكنها حماية مؤقتة إلى أن يقوم الدليل على أن الحائز لا يملك المال الذي في حيازته، حيث يسترد المالك ماله.

¹ - الشهاوي، الحيازة كسبب من أسباب كسب الملكية في التشريع المصري والمقارن، مرجع سابق، ص 13.

الفرع الخامس: العقارات التي ترد عليها الحيابة

تجدر الإشارة هنا أنه ليس كل مال قابل لأن يحاز، فمن الناحية الفقهية نص الفقهاء على حماية المساجد و الطرق العامة وأماكن العبادة ، أما في القانون الوضعي فالحيابة تشمل العقارات غير الحكومية أو المملوكة للدولة أما العقارات الحكومية والأموال العمومية وأملاك الدولة فلا تتأثر بالحيابة وكذلك بالنسبة للأراضي المملوكة للدولة وأراضي الوقف الاسلامي¹.

وفي فلسطين ووفق قانون الاراضي العثماني تسري الحيابة على الارض الميري². كذلك ورد في قانون تسوية الاراضي والمياه رقم (4) لسنة 1952 في المادة (8)- وهو المعمول به في فلسطين- استثناء ما يلي من الحيابة:

1- أية قطعة أرض أو أية مياه إذا كانت المصلحة تقضي بذلك وأية معاملة أو نزاع يحدث على هذه الأرض أو المياه ينظر إليه في جميع الأحوال كأنه لم يصدر بشأنه أمر تسوية ويرجع عندئذ أمر النظر فيه للمحاكم ذات الاختصاص ودوائر التسجيل³.

2- الأراضي المستعملة لأغراض عامة مما يقع تحت نوع الأراضي المتروكة تسجل باسم الخزينة وبالنيابة عن لهم منفعة فيها.

3- أي حق في أرض أو ماء لا يثبتته أي مدع يسجل باسم الخزينة.

¹ - العباسي هشام . "الحيابة وحق الملكية" دراسة منشورة على موقع www.elabbasihicham.blogspot.com تاريخ الاطلاع 2017/1/23.

² - الميري: أهم تصنيف الاراضي وفق القانون العثماني من حيث الرقعة والإنتاج، وقد شملت في فلسطين والأردن مختلف المساحات الزراعية، فضلاً عن بعض أراضي المراعي والأحراج. وقد وضعت هذه المساحات منذ العهد العثماني تحت تصرف أهالي القرى والعشائر، مجتمعين أو فرادى، مقابل دفع ضريبة العشر. وعندما صدر قانون "الطابو" كان على المنتفعين بأراضي الميري استصدار سندات تسجيل مقابل مبلغ من المال دعي "بدل المثل". لكن هذا التسجيل لم يكن لينقل ملكية الأرض- أي يعطي حق الرقبة - إلى المنتفع نقلاً كاملاً، بل ظلت الملكية الحقيقية للخزينة، بحيث يمكن للدولة استردادها في أي وقت شاءت، وليس للحائز سوى حق التصرف أو الانتفاع فقط، وبالتالي لم يكن له الحق في التنازل عنها لآخر، أو استبدال غيرها بها، أو إقامة مبان عليها، أو غرس أشجار فيها دون إذن مسبق من السلطات الحكومية المعنية. ولم يكن له أيضاً الحق في رهن الأرض أو وقفها. ويجري هذا كله خلافاً للمفاهيم السائدة في مصر والعراق حيث يقتصر لفظ "ميري" على الأراضي التي تملكها الدولة فعلاً وتظل في حوزتها. انظر: موقع الموسوعة الفلسطينية <http://www.palestinapedia.net>/الأرض- ملكية تاريخ الاطلاع 2017/7/23.

³ - قانون تسوية الاراضي و المياه رقم (4) لسنة 1952.

وقد اشار مشروع القانون المدني الفلسطيني رقم (4) لسنة 2012 الى العقارات التي ترد عليها الحيازة في مادته (1091) على انها حيازة أي عقاراً أو منقولاً أو حقاً عينياً على عقار، في ذات الوقت اشار في مادته (1093) انه لا يجوز حيازة الأموال المملوكة للدولة أو للأشخاص الاعتبارية العامة، أو الوقف، أو كسب أي حق عيني على هذه الأموال بالتقادم.

في المقابل جاء في القانون الفرنسي، انه لا يدخل في نطاق الحيازة الحقوق الشخصية، فالمستأجر والمستعير ليس لهما الا حق شخصي، تجاه المؤجر أو المعير ولا يجوز ان يكون هذا الحق الشخصي محلاً للحيازة وبالتالي فليس لهما حق عيني على العين المؤجرة أو الشيء المعار، وإنما يجوز المستأجر أو المستعير العين المؤجرة أو الشيء المعار حيازة مادية محضة ولفترة محددة. ومن جهة أخرى لم يجر القانون الفرنسي كباقي القوانين - لم نجد اثناء الدراسة أي تشريع يجيز حيازة الاملاك العامة- الأموال العامة حيث لا تقبل هذه الممتلكات التملك بالتقادم ومن ثم فلا يجوز لاي فرد أن يحوذها بقصد تملكها ويكون للدولة وللأشخاص الاعتبارية العامة كالمحافظات والمدن ان ترفع دعاوى الحيازة، لحماية الاموال العامة، وايضا اذا حصل شخص على ترخيص من جهة الادارة باستعمال مال عام، ثم حدث تعدي على حيازته من الغير يكون له ان يرفع دعوى الحيازة ضد هذا الغير¹. وفي ذات الشأن يذهب السنهوري بالقول: "انه لما كانت الحيازة وضع مادي فهي ليست بالحق العيني، ولا هي بالحق الشخصي، بل وليس هي حق أصلاً إنما هي سبب لكسب الحق فهي كالشفعة، ولكن الشفعة تختلف عنها في أنها واقعة مركبة، أما الحيازة فتكليفها القانوني أنها واقعة مادية بسيطة تحدث أثراً قانونية"².

¹ - عبد الرحمن، الحيازة المكسبة للملكية ودعوى الحيازة، مرجع سابق، ص 28-29.

² - السنهوري، عبد الرازق. الوسيط في شرح القانون المدني الجديد. بيروت: منشورات الحلبي الحقوقية، 2000، ص 785.

الفرع السادس: الحيازة العرضية

يلاحظ ان الحيازة العرضية هي حيازة محضة للشيء، يتوافر فيها العنصر المادي، اي السيطرة المادية على الشيء فقط، ولا يتوافر فيها العنصر المعنوي، اي لا يتوافر لدى الحائز نية التملك، او نية استعمال الشيء لحسابه الخاص، ومن ثم فان الحائز العرضي لا يجوز الحق لحساب نفسه، بل يحوزه لحساب الغير، فالغير هو الحائز، ويباشر العنصر المعنوي اصيلا عن نفسه، ويباشر العنصر المادي بواسطة الحائز العرضي، ولذلك تعرف الحيازة العرضية بالحيازة لحساب الغير¹.

ويشترط ان يكون الحائز العرضي حائزا فعلا للحق، ويكون له السيطرة المادية عليه، وعلى سبيل المثال لا يكفي ان يصدر عقد ايجار للمستأجر لجعله حائزا عرضيا، اذا كان لم يستولي بالفعل على الارض المؤجرة، بل لا بد وان يستولي المستأجر على الارض المؤجرة لكي يعد حائزا عرضيا، اذ العبرة بالحيازة الفعلية².

نصت المادة 1185 من القانون المدني الاردني على الاتي:

"ليس لاحد ان يتمسك بمرور الزمان المانع من سماع دعوى الملك المطلق اذا كان واضعا يده على عقار بسند، غير سندات التمليك وليس له ان يغير بنفسه لنفسه سبب وضع اليد ولا الاصل الذي يقوم عليه"

ويتضح من هذا النص ان الحائز العرضي لا يستطيع ان يحول حيازته العرضية الى حيازة قانونية بمجرد تغيير داخلي في نيته، بل يجب ان يتخذ هذا التغيير المظهر الخارجي الذي يتطلبه القانون، وعلى سبيل المثال، اذا اتجهت ارادة المستأجر في يوم ما، الى انه يحوز لحساب نفسه العين المؤجرة، فان العزم الداخلي ليس من شأنه ان يجعل منه حائزا قانونيا، منذ ذلك اليوم، و بالتالي فلا يستطيع المستأجر اكتساب ملكية العين المؤجرة بالتقادم، فما دام ان هذا العزم الجديد الطارئ لم ينبئ عن ذاته

¹ - عبد الرحمن، الحيازة المكسبة للملكية ودعوى الحيازة، مرجع سابق، ص71-73.

² - عبد الرحمن، الحيازة المكسبة للملكية ودعوى الحيازة، مرجع سابق، ص71-73.

بفعل ظاهر، فان الاعتراف بحق المؤجر في ملكية العين المؤجرة الذي ينطوي عليه عقد الايجار يظل قائما ومن ثم تظل حيازة المستأجر محتفظة بصفتها العرضية ومثال الفعل الظاهر الذي تتحول به الحيازة من حيازة عرضية الى حيازة قانونية، انكار الحائز العرضي لعقد الايجار اذا كان مستأجرا بحضور المالك، وإعراض المالك عن رفع الدعوى على المستأجر او على المستعير، مع استطاعة المالك ان رفع هذه الدعوى ووجود مقتضى لرفع الدعوى.

اذن الحيازة العرضية تقتصر على احد عنصري الحيازة، وهو العنصر المادي فقط، اما عنصر القصد فيظل موجودا لدى الحائز الاصيل، والذي يستعمل الحائز العرضي الحيازة لحسابه، ولذا تعرف الحيازة العرضية بأنها حيازة لحساب الغير، او حيازة لحساب الاصيل، ومن ثم فالحيازة العرضية مادية محضة، حيث يباشر الحائز الحيازة لحساب غيره ويلتزم برد الشيء اليه، دون ان تكون لديه النية بان يظهر بمظهر المالك، او صاحب حق عيني على الشيء محل الحيازة. وعلى هذا فالحائز العرضي هو كل شخص انتقلت اليه السيطرة المادية على الشيء يباشرها باسم المالك ولحسابه وذلك بناء على سند قانوني صحيح¹.

وعليه فالحيازة العرضية مركز يتفق مع القانون، وبذلك تختلف عن الحيازة غير العرضية، حيث انها مركز قد يتفق مع القانون كما في حيازة المالك اما بملكه، وقد يخالفه كما في حيازة المغتصب للشيء الذي يغتصبه. والحائزون العرضيون ليسوا على درجة واحدة فقد يكون الحائز العرضي تابعا للحائز الاصيل، ويشمل هذا النوع كل شخص يباشر السيطرة، المادية على الشيء لحساب غيره، ويكون تابعا له ويأتمر في هذه الحيازة او السيطرة بأوامر من يباشرها لحسابه ويلتزم بتعليماته دون ان يكون له اي حرية في التصرف².

¹ - حمزة، محمد منصور. الحماية الشرعية والقانونية للحيازة العرضية، القاهرة: المكتب العربي للاصدارات القانونية، 2010، ص40.

² - حمزة، الحماية الشرعية والقانونية للحيازة العرضية، المرجع السابق، ص41.

وقد نصت على هذا النوع من الحيابة المادة (91) من القانون المدني المصري في فقرتها الاولى بقولها "تصح الحيابة بالوساطة متى كان الوسيط بياشر باسم الحائز وكان متصلا به اتصالا يلزمه الائتمار بأوامره فيما يتعلق بهذه الحيابة".

المطلب الثاني: عنصرا الحيابة وشروط صحتها

الفرع الأول: عنصرا الحيابة.

نظراً لما دأب الفقه عليه فان للحيابة عنصرين هما العنصر المادي والعنصر المعنوي اذ لا قيام للحيابة من دونهما وتبعاً لهما تتنوع وتتعدد صور الحيابة لتتخذ صورة الحيابة القانونية والتي تتحقق باجتماع العنصرين مما لدى الحائز وصورة الحيابة العرضية التي يتخلف فيها العنصر المعنوي وتشكل بذلك مجرد حيابة مادية محضة للشيء يتوافر فيها العنصر المادي دون نية التملك. وقد اثرت بحثهما هنا كونهما يشكلان معياراً مهماً في تحقق الحيابة، ووقوعها وهما كما يلي:

اولاً: العنصر المادي للحيابة:

ينبغي لتوافر العنصر المادي ان تكون الأعمال المادية التي يمارسها الحائز تطابق الحق العيني الذي يدعيه اي ان يمارس تلك الاعمال المادية التي تصدر عادة ممن يملك الشيء او يستعمل عليه حقاً من الحقوق العينية، ويطلق على العنصر المادي عادة تعبير (وضع اليد) ذلك ان مجرد حبس الشيء لا يكفي لقيام العنصر المادي لان الحبس يظهر سلبي فلا بد من إمارات تدل عليه وبعض التشريعات في تعريفها للحيابة قد وصفت العنصر المادي بالمظهر الايجابي¹. لهذا نجد المشرع الفلسطيني اشترط الحيابة المادية حيث ذكر في المادة (1086) من مشروع القانون المدني الفلسطيني انه: "إذا تنازع أشخاص متعددون على حيابة شيء أو حق واحد عد بصفة مؤقتة أن الحائز هو من له

¹ - مبارك، سعيد، الحقوق العينية الاصلية. بغداد: دار الحرية للطباعة، 1973، ص54.

الحياسة المادية إلا إذا ظهر أنه قد حصل على هذه الحياسة بطريقة معينة". في المقابل تأتي المادة (1175) من القانون المدني الاردني لسنة 1976 متوافقة تماما مع ماورد في المادة (1086) في مشروع القانون المدني الاردني. مما يدل على تطابق التشريعات الفلسطينية و الاردنية.

وفي ذات الشأن من حيث توفر العنصر المادي والسيطرة بوضع اليد، فقد قضت محكمة النقض المصرية في قضية رقم 183 لسنة 1939 على انه: "إذا كان الثابت ان الارض المتنازع عليها أرض فضاء وليست من الاراضي التي لم يسبق الملك فيها لأحد، بل هي من الأراضي التي تلقيت الحياسة فيها بالتخلية من ملاكها المتعاقبين، فيكفي في ثبوت وضع اليد عليها القيام مع عدم المنازع بانشاء حدود لها والمرور فيها ودفع الاموال المستحقة عليها".¹

فالعنصر المادي في الحياسة يقوم على رابطة فعلية تربط الحائز لشيء المحوز وان لا تكون هذه الرابطة ظنية الدلالة، بل قطعية الدلالة على ان للحائز سلطة حقيقية تخوله حق السيطرة عليه والانتفاع به والتصرف فيه، فهو يتكون من مجموع الافعال المادية التي تكون للحياسة فتتمثل هذه السيطرة اذن في الاعمال التي تدخل في مضمون الحق العيني الذي يظهر الحائز او يدعي الظهور بمظهر صاحبه، ويراعى ان العبرة اساسا تكون بالاعمال المادية الداخلة في مضمون الحق. فلا تكفي التصرفات القانونية وحدها كالبيع والشراء والتاجر -ولو كانت داخلة في مضمون الحق - دون اعمال مادية إلى جوارها، لتحقق العنصر المادي في الحياسة، وذلك لان مباشرة هذه التصرفات لا تدل بذاتها على سيطرة من يقوم بها على الشيء لانها قد تصدر من شخص لا تتوافر له الحياسة اذ هي ترد على الحق ولا تلزم ان تكون السيطرة الفعلية لمن صدر عنه التصرف.²

على اي حال اذا كان قيام الشخص بالاعمال الداخلة في مضمون الحق الذي يظهر عليه بمظهر صاحبه وخاصة الاعمال المادية منها، يتوقف توافر العنصر المادي للحياسة فطبيعي ان تتفاوت

¹ - السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، مرجع سابق، ص 793.

² - مبارك، الحقوق العينية الاصلية مرجع سابق، ص 55-58.

الاعمال المكونة لهذا العنصر بتفاوت الحقوق العينية التي يباشرها الحائز فيما تبعا لاختلاف مضمون هذه الحقوق فمن يحوز الشيء بوصفه مالكا تتحقق حيازته في العنصر المادي اذا مارس الاعمال الداخلة في مضمون حق الملكية وخاصة ما تعلق من الاعمال المادية باستعمال الشيء واستغلاله فاذا كانت الارض زراعية فعلى الحائز ان يثبت مباشرته للاعمال المادية المتمثلة بحرث الارض وري الزرع وتسميده وحصد المحصول او جنيه بعد نضجه، اما اذا كانت منزلا فان الحيازة الفعلية تكون بثبوت سكناه له او قيامه باعمال الترميم او الهدم فيه او البناء عليه وهكذا. اما من حاز الشيء بوصفه صاحب حق انتفاع فحيازته تتحقق في عنصرها المادي متى كان قائما باستغلال الشيء واستعماله فيما اعد له ولحال يقال لصاحب حق الحيازة اذ يجب ان يقوم الحائز بالاعمال المادية التي يكون من شأنها التعدي على ملك الغير، وتحميل العقار المرتفق به بعبء استثنائي لصالح عقار الحائز الذي قام بهذه الاعمال كان يفتح مطل اقل من المسافة القانونية او يقوم بالمرور في ارض الجار في غير احوال المرور القانوني، فحيازة الحقوق غير حق الملكية تكون باستعمال الحق¹.

وحيازة الشيء تقتضي حيازة توابعه ما لم يثبت العكس واذا كان الشيء محل الحيازة غير قابل للانقسام فان حيازة جزء تكون بمثابة حيازة كل الشيء. الا انه يجب التاكيد على عدم وجود تلازم حتمي بين العنصر المادي ووجود الشيء تحت يد الحائز، فاذا كانت معظم الحقوق العينية تقتضي ان يكون الشيء تحت يد الحائز او تحت يد شخص اخر يعمل لحسابه، الا ان هناك منها ما لا يقتضي ذلك مثل حقوق الارتفاق ولذلك يكفي لتوفر العنصر المادي بصددها ان يباشر الحائز على العقار المرتفق به الاعمال المادية التي يخولها الارتفاق كالمرور مثلا مع بقاء هذا العقار في يد مالكه.

¹ - الشقيري، سيد، استرداد الحيازة. دراسة مقارنة. د م، دن، 1993، ص 87.

الا ان تلك الاعمال المادية المكونة للعنصر المادي وكما هو الحال عند صاحب الحق الذي له ان يمارس الاعمال التي تدخل في مضمون حقه بنفسه او بواسطة شخص اخر فكذا الحائز يستطيع ان يمارسها بنفسه او بواسطة غيره، وهذا هو عين ما قرره المشرع العراقي بمناسبة تعريف الحيابة في المادة (1145 ف1) من القانون المدني العراقي، اذ اجاز السيطرة الفعلية للوضع المادي من قبل الحائز او بالواسطة، ويجتمع عند الحائز في هذه الحالة عنصرا الحيابة العنصر المادي، والمتمثل بالسيطرة المادية ويباشرها بالواسطة والعنصر المعنوي، وهو القصد الذي لا ينوب عنه فيه احد ومن ثم تنتج الحيابة اثارها القانونية في شخص الحائز حيث قد بقي الحائز الاصلي هو الحائز اما الوسيط فليس بحائز، لان السيطرة المادية لا يباشرها باسمه وانما يباشرها باسم الحائز الاصلي¹.

غير ان الملاحظ ان المشرع المصري في المادة (951 ف1) من القانون المدني اشترط للحيابة بالواسطة ان يباشرها الوسيط باسم الحائز ويلتزم بأوامره فيما يتعلق بهذه الحيابة، كأن يكون خادما او مديرا لاعماله او غير ذلك في حين ان المشرع العراقي قد اجاز الحيابة من قبل الوسيط دون ذكر ذلك القيد، كما هو ظاهر من عبارة المادة (1145 ف1) من القانون المدني علما بان المشرع العراقي لم يضع نصا مقابلا لنص المادة (951 ف1) مصري². وقد ذهب المشرع المصري لاكثر من قول في تحديد شخص الوسيط، اذ ذهب فريق إلى ان الحيابة بالواسطة لها نطاق واسع حيث يستوي لسريان الحكم ان لا تكون للوسيط مصلحة في حيازته المادية للشيء كما هي الحال بالنسبة إلى التابع او تكون له مصلحة في هذه الحيابة كما هو الحال بالنسبة إلى المستأجر والمستعير اذ في كلا الحالتين يكون حائزا عرضيا يعمل لحساب الحائز الحقيقي وهو المؤجر او المعير او المتبوع.

اما الفريق الاخر، فيفرق بين الوسيط الذي يباشر الحيابة باسم الحائز ويلتزم بأوامره فيما يتعلق بهذه الحيابة كونه متصلا به اتصال التابع بالمتبوع والوسيط الذي يتمتع بشيء من حرية التصرف كصاحب

¹- الكبيسي، الحماية القانونية للحيابة، مرجع سابق، ص30-45.

²- الكبيسي، الحماية القانونية للحيابة، مرجع سابق، ص30-45.

حق الانتفاع او المستأجر، فيعد نص المادة (851ف) من القانون المدني المصري قاصرا على الاول اما الثاني فهو حائز عرضي فيما يتعلق بحق الملكية وحائز اصيل فيما يتعلق بحقه هو¹. وترى الباحثة ان تلك الاعمال المادية التي يقوم بها الحائز، تحقيقا للعنصر المادي للحيازة ينبغي ان تنطوي على امرين هما:

اولا: التعدي على ملك الغير فلا يمكن القول بوجود الحيازة الحقيقية اذا كانت تقوم على عمل يأتيه شخص على انه مجرد رخصة من المباحات او كان يتحملة الغير على سبيل التسامح منه. ثانيا: ان تكون مستمرة غير متقطعة وهذا لا يعني ان تكون تلك الاعمال المادة متواصلة بل يكفي ان تكون متكررة في مواعيد منتظمة وأوقات متقاربة تقطع في الدلالة على انتفاع الحائز بالشيء فالمرجع هو طبيعة الشيء وطريقة الانتفاع المألوف.

اما اذا كانت الحيازة لا تمارس بشكل منتظم او تتخللها حقب انقطاع غير مألوفة كانت غير جديرة بالحماية القانونية، اذ انها ليس في الحقيقة حيازة بالمعنى الصحيح ذلك ان العنصر المادي للحيازة لا يتحقق الا اذا كانت تلك الاعمال من الكثرة والاهمية، تفيد بأن من يقوم بها هو صاحب حق عيني على الشيء المحوز على ان مسألة استمرار الحيازة تعد من الامور الموضوعية المتروك تقديرها لقاضي الموضوع.

ثانيا: العنصر المعنوي للحيازة:

العنصر المعنوي في الحيازة هو نية الظهور على الشيء بمظهر صاحب الحق فيه ، فإذا كان غرض الحائز هو التملك وجب ان يسيطر على الشيء الذي ترد عليه الحيازة سيطرة مادية وان يظهر على هذا الشيء بمظهر الحق أي ان يظهر عليه بمظهر المالك ، وقد يتوافر العنصر المادي في الحيازة لدى شخص ما دون العنصر المعنوي فتكون حيازته عارضة ولا يرتب عليها القانون الآثار

¹ - الكبيسي، الحماية القانونية للحيازة، مرجع سابق، ص30-45.

التي يربتها على الحيازة القانونية ومثال ذلك المستأجر فهو وان كان يحوز باعتباره مستأجراً أي ان له السيطرة المادية على الشيء الذي ترد عليه الحيازة إلا انه لا يحوز هذا الشيء باعتباره مالكا بل باعتباره مستأجراً ومن ثم فالعنصر المعنوي في حيازته غير متوافر وهي حيازة عارضة . وقد آثار العنصر المعنوي خلافاً فقهيّاً وذلك لوجود نظريتين في الحيازة هما النظرية الشخصية أو التقليدية والنظرية المادية¹. وقد تم تناولهما سابقاً.

الفرع الثاني: شروط صحة الحيازة.

نظراً للآثار الخطيرة التي يربتها القانون على الحيازة، بوصفها تمثل مظهر الحق والوسيلة الفعالة لممارسته فمن الواجب ان تكون هذه الحيازة قائمة على نحو يتفق مع هذه المظاهر والا كانت الحيازة معيبة لا يترتب عليها اي اثر ولا تكون جديرة بحماية القانون لها.

فهناك شروط لصحة الحيازة تتمثل في ان تكون هادئة في غير اكرام، وظاهرة في غير خفاء وواضحة في غير غموض مرهون انتاج الحيازة لآثارها على نحو مطلق قبل الكافة باستيفائها، وعلّة اشتراط خلو الحيازة من العيوب ان المشرع يحمي الحيازة لذاتها، وافترض وجود النية من وجود الحيازة المادية وعدّها مظهراً للحق وقرينة عليه الا انه يجب لقيام هذه القرينة ان تكون المظاهر الخارجية للحيازة لم تخالفها ولا يكذبها واقع الحال.

اما اذا لم تتحقق هذه الشروط كانت الحيازة معيبة ولا تنتج اثارها القانونية الا بزوال العيب الذي شابها، ولكن دون ان يؤثر على وجودها فاكتمال عناصر الحيازة يعني نشأت الحيازة وظهورها لحيز الوجود، اما شروط الحيازة، فتعني ان الحيازة لا تنتج اثارها الا اذا توافرت شروطها وهي على النحو التالي:

¹ - البلداوي، عبود، دراسة في الحقوق العينية الاصلية. بغداد: مطبعة المعارف، 1975، ص 108.

1- شرط الحيابة الهادئة

المراد بالحيابة الهادئة هو ان يتمكن الحائز من الانتفاع بالشيء المحوز انتفاعا في غير عنف او قوة اما من يسعى إلى كسب الحيابة أو توطيدها بطريق الغصب أو الاكراه فان حيازته معيبة لان الغصب عمل غير مشروع ولا يترتب عليه كسب حقوق او صناعة حقوق¹.

وتعد تلك الحيابة غير هادئة اذا بدأت بالاكراه وتبقى كذلك اذا بقي الاكراه موجودا كما اذا اغتصب شخص ارضا من اخر بالوقفة وكلما حاول إستردادها استعمل القوة ضده.

ولا فرق في ان تكون القوة او التهديد قد إستعملا ضد المالك الحقيقي لاننزاع ملكه منه او استعملا ضد حائز سابق غير مالك كما يستوي أن تكون من أستعمل القوة أو التهديد هو الحائز ذاته أو أعوان له أو التهديد وأن يكون الحائز السابق قد أذعن للقوة أو التهديد فسلم العين مكرها.

غير أنه ينبغي الإشارة إلى أن شرط الهدوء لا ينتفي في الحيابة، اذا وجه للحائز إنذاراً من منازعة أو حصلت منازعة قضائية برفع دعوى على الحائز، لإسترداد حيازة العين كذلك اذا بدأت بالاكراه ثم استقرت هادئة يجعلها خالية من الاكراه، وكنتيجة لذلك اذا بدأ الحائز حيازة هادئة غير انه اضطر إلى استعمال القوة للاحتفاظ بحيابته ضد من يريد انتزاعها منه فان ذلك يكون من قبيل الدفاع الشرعي الذي يثبت لكل شخص يتمتع بمركز واقعي .

في حين يذهب فريق آخر للقول بأنه وان كان من حق الحائز ان يرد عدوان الغاصب وان يدفع القوة بمثلها، الا انه يترتب على هذا العدوان المتبادل ان تفقد الحيابة طابع الهدوء لذلك كان على الحائز ان يلجأ إلى محكمة الموضوع فاذا ما أفلح أو كسب الدعوى أمن شر الغصب بحكم قضائي واصبحت

¹ - السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، مرجع سابق، ص789.

حيازته منتجة لكافة اثارها القانونية وهو اقرب إلى فقه القانون بشكل عام صيانة للامن وتوطيدا للطمأنينة ولاستمرار النظام¹.

وقد ذهبت العديد من التشريعات(السلطانية، الاردنية، المصرية) إلى ان الحيازة اذا قامت على الغصب والعدوان تعد حيازة صحيحة، منتجة لجميع اثارها القانونية اذا تمكن الغاصب من وضع يده وضعا هادئاً لمدة سنة فيجوز له ان يحمي حيازته بدعاوى الحيازة وان يملك بالتقادم بالنسبة إلى الشخص الذي انتزع منه الحيازة وبالنسبة إلى اي شخص اخر ولو كان هو المالك الحقيقي للعين وهذه هي سمة التأقيت التي يتسم بها هذا العيب، حيث ان الحيازة تصبح هادئة من وقت زوال الاكراه، اي من الوقت الذي يتمتع فيه الحائز عن استعمال الاكراه ضد من كان محلاً له عند حصوله على الحيازة، لاستغنائه عن الاكراه، للاحتفاظ بحيازته قبله فلا ترتب الحيازة اثارها في مواجهته الا من هذا الوقت فحسب².

2- شرط الحيازة الظاهرة العلنية التي تخلو من عيب الخفاء

معنى ظهور الحيازة أن يباشرها الحائز على مشهد ومرأى من الناس أو على الأقل على مشهد ومرأى من المالك أو من صاحب الحق الذي يستعمله فلا تقوم الحيازة على اعمال تكون مشوبة بعيب الخفاء، أو عدم العلانية فهذا العيب ينصب على العنصر المادي للحيازة لان من يحوز حقاً يجب ان يستعمله كما لو كان هو صاحب هذا الحق وصاحب الحق لا يستعمله خفية بل يستعمله علناً، ومن ثم كانت تلك الحيازة المشوبة بعيب الخفاء أو عدم العلانية غير صالحة لأن تحمي بدعاوى الحيازة أو ترتيب الاثار الأخرى عليها. وهذا الشرط مرتبط ارتباطاً وثيقاً بشرط الهدوء فلا تعد الحيازة هادئة اذا كانت خفية، بوصفه انها لو كانت ظاهرة لوجهت إليها اعمال العنف وشابها عيب الاكراه فالحيازة

¹- عامر، عيد العزيز. دروس في حق الملكية. القاهرة: دار النهضة العربية، 1967، ص65.

²- الذنون، حسن، شرح القانون المدني العراقي، الحقوق العينية الأصلية. بغداد : شركة الرابطة للطبع والنشر، دت، ص96.

الظاهرة هي وحدها التي تكفل القانون بحمايتها ذلك ان حماية الحيابة مردها رغبة المشرع في المحافظة على الوضع الظاهر بوصفه انه هو الوضع القانوني حتى يثبت من يدعي عكس ذلك صحة ما يدعيه. ويستوي في هذا ان يكون الخفاء قد تم عمداً أو غير عمد لان العلانية والظهور في مباشرة العنصر المادي يمثل وصفاً موضوعياً للحيابة بصرف النظر عن نية الحائز¹.

ومن هنا تكون الحيابة معيبة بالخفاء، اذا باشر الحائز الاعمال المكونة لعنصرها المادي بصورة غير علنية أو على نحو غير ظاهر للغير، بعكس العلنية أو الظهور الذي يمارس به صاحب الحق حقه، فيحول هذا الخفاء بين المالك واي رد تجاه الحائز، وهو عيب يتصور حدوثه اكثر في المنقولات حيث يسهل اخفاؤها، أما العقارات فمن النادر أن تقع حيازتها خفية، ومن الامثلة التي تساق عادة في هذا الصدد، أن يعتاد جار عند حرث أرضه ان يحوز في كل مرة على جزء يسير من أرض جاره يصعب ملاحظته ليضمه إلى أرضه بطريقة تدريجية، وعادة ما يكون الخطأ قصداً من الحائز الذي يقدر ضرورة إخفاء حيازته عن الغير، لكنه يعيب حيازته في كل الاحوال ولو لم يتعمده.²

كذلك يلاحظ ان عيب الخفاء هو عيب نسبي، ليس من الضروري أن تكون الحيابة خافية على جميع الناس حتى بشوبها عيب الخفاء بل يكفي أن تكون خافية على صاحب الحق الذي يحوزه الحائز حتى يتمسك بأنها حيابة معيبة ولو كانت ظاهرة أمام غيره من الناس؛ و إذا غير مستأجر العين صفة حيازته من حيابة عرضية إلى حيابة أصيلة بفعل الغير، كأن إستصدر لنفسه عقد بيع للعين من الغير، لكنه يستمر في دفع الأجرة للمؤجر، فإن الحيابة وإن إنتقلت إلى حيابة أصيلة تعتبر خفية بالنسبة للمؤجر لا يحتج بها عليه. وعلى العكس من ذلك إذا كانت الحيابة ظاهرة أمام صاحب الحق لكنها خافية على سائر الناس، ليس لصاحب الحق أن يتمسك بخفاء الحيابة بدعوى أنها خافية عن

¹ - حيدر، شاكر. الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، الحقوق العينية الاصلية(الشفعة - الحيابة و التقادم) دراسة مقارنة. بغداد: مطبعة المعارف، دت، ص238.

² - سرور، محمد. موجز تنظيم حق الملكية. دم، دن، 1999، ص149-151.

الناس مادامت ظاهرة له¹. ويزول عيب الخفاء إذا ظهرت الحيابة واستطاع المالك أن يعلمها، وتصبح الحيابة سالحة كي تنتج آثارها من وقت زوال العيب، وتؤدي إلى كسب الملكية بالتقادم. والجدير بالذكر أنه إذا بدأت الحيابة ظاهرة ثم أخفيت بعدها فلا يعتد بها إلا بالمدة التي كانت ظاهرة فيها ولا تنتج آثارها إلا من وقت ظهورها².

3- شرط الحيابة الواضحة (اللبس)

معنى وضوح الحيابة الا تكون مشوبة بعيب اللبس وهذا العيب ينصب على العنصر المعنوي للحيابة على عكس عيب الخفاء الذي ينصب على العنصر المادي للحيابة كما تقدم فقد تكون الحيابة ظاهرة وهادئة اي خالية من عيبي الاكراه والخفاء، ومع ذلك يشوبها عيب اللبس والمقصود باللبس الغموض الذي يشوب نية الحائز نتيجة احتمال هذه النية أكثر من معنى مما يوقع الغير في غموض وشك بشأن هذه الحيابة، فلا يعلم هل الحائز يحوز لحساب نفسه؟ ام يحوز لحساب غيره؟ أم يحوز لحساب نفسه والغير معا؟ ومن العوامل التي تؤدي إلى حصول اللبس وجود صلة تربط صاحب الحق بالحائز كقريب أو شريك أو تابع، يخالط صاحب الحق . لا يكفي لتوافر العنصر المعنوي للحيابة أن يكون لدى الحائز قصد ونية إعتبار نفسه صاحباً للحق ، لأنّ النية أمر نفسي لا يمكن إدراكه إلا إذا دلّ عليه مظهر خارجي ، وهذا لا يكفي كذلك بل يشترط أن يكون المظهر الذي يدل على توافر حسن النية واضحاً للدلالة عليها وأن تكون الأعمال المكونة للحيابة من الوضوح بحيث تكشف نية الحائز في تملك العقار³.

وأخيراً وبهذا الشأن يعتبر السنهوري "من اجل ان تكون الحيابة صحيحة ومنتجة لآثارها القانونية، وبخاصة حتى تحمي بدعاوى الحيابة وحتى تكسب الملكية بالتقادم أو بدون التقادم، أن تكون مستمرة

¹ - سرور، محمد، موجز تنظيم حق الملكية. مرجع سابق، 150.

² - البشير، طه. الحقوق العينية. بغداد: الدار الجامعية للطباعة، 1982، ص 78.

³ الكبيسي، الحماية القانونية للحيابة، مرجع سابق، ص 140-150.

ظاهرة هادئة واضحة، أي أن تكون خالية من عيوب الحيازة. فعيوب الحيازة هي إذن عدم الاستمرار، والخفاء أو عد العلانية، و الاكراه أي غير هادئة و الغموض أ ياللبس"¹.

المبحث الثاني - آثار الحيازة القانونية

المطلب الاول: ماهية التقادم المكسب

ان التقادم المكسب هو وسيلة يستطيع الحائز بمقتضاه اذا استمرت حيازته على حق عيني مدة معينة، أن يكسب هذا الحق، ويوجد الى جانب التقادم المكسب، التقادم المسقط وهو وسيلة تؤدي الى عدم سماع دعوى صاحب الحق اذا سكت عن المطالبة به أو عن استعماله مدة معينة، وتمسك به من له مصلحة في التمسك به.

ويلاحظ ان القانون يحمي الحيازة لذاتها، سواء كان الحائز صاحب حق ام لا، وهو يمتد في ذلك بالمصلحة المحتملة لقول دعوى الحيازة، وكذلك يفترض القانون أن الحائز هو صاحب الحق، حتى يقوم الدليل على العكس، أما عن موقف الفقه الاسلامي فانه تقبل فكرة التقادم لا على انه سبب لكسب الملكية أو لسقوط الحق، بل على انه يمنع من سماع الدعوى بالحق الذي مر عليه الزمن المعين، اذ ان مرور الزمن، لا يعني في الفقه الاسلامي، اعطاء الحق لواضع اليد، مهما طال وضع يده على ملك غيره، كما ان مرور الزمن ليس دليلا على اسقاط حق صاحب الحق مهما طال مرور الزمن فأصل الحق باق في ذمة صاحبه ويجب وفاؤه، وبناء على هذا لم تبحث مجلة الاحكام العدلية الا عن التقادم المسقط المانع من سماع الدعوى².

¹ - السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، مرجع سابق، ص 841.

² - انظر المواد من 1660-1675 من مجلة الاحكام العدلية.

الفرع الأول: أساسه وطبيعته القانونية

تسري احكام التقادم المكسب لصالح كل شخص سواء كان طبيعياً أو معنوياً، كما انها تسري على كل شخص إلا اذا كان يقوم لصالحه بسبب من أسباب وقف التقادم، سواء كان هذا الشخص طبيعياً أو معنوياً، وقد اثير خلاف حول صلاحية الوقف لكسب الحق بالتقادم وكان مشروع القانون المدني المصري يقضي في المادة 2/1421 منه بأن " ليس للوقف ان يكسب حقا بالتقادم" ولكن هذا النص حذف وترك الحكم لاجتهاد القضاء، وقد أستقر القضاء في مصر على أن للوقف بصفته شخصاً إعتبارياً، ان يكسب الحق بالتقادم، واذا كان الوقف نفسه لا يقوم الا بأشهاد شرعي إذ أن الاشهاد الشرعي غير مطلوب إلا لإنشاء الوقف بادئ ذي بدء اما التملك بمضي المدة فليس انشاء لوقف بل هو ضم اعيان جديدة لوقف قائم بمقتضى واقعة مادية هي التقادم، لا تصلح للاشهاد الشرعي، كما انها لا تصلح للتسجيل¹. وفي المقابل اشارت المادة 1091 من مشروع القانون المدني الفلسطيني الى التقادم المكسب الطويل فاعتبرت انه: " 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".

اما سريان التقادم ضد الوقف، وتملك اعيانه بوضع قيد فهو جائز في القانون المدني الليبي بمضي 33 سنة وفقاً للمادة 974 من القانون المدني الليبي، وقد اصدر المشرع المصري القانون رقم 147 لسنة 1957 والذي الحق بمقتضاه الاوقاف الخيرية بالاموال العامة التي لا يجوز كسبها بالتقادم، وقد أصدر المشرع الليبي بعد القانون المدني قانون التسجيل الطارئ في عام 1965م ومنع تلك العقارات الموقوفة بالتقادم في المادة 74 منه، فاصبح تملك العقارات الموقوفة ولا توجد لدى عديم التمييز إرادة، وبالتالي فهو لا يستطيع القيام بالسيطرة المادية وهي العنصر المادي للحيازة، وهو لا يتوافر لديه ايضاً

¹ - عبد الرحمن، الحيازة المكسبة للملكية ودعاوى الحيازة، مرجع سابق، ص 34.

عنصر القصد ويكون غير قادر على السيطرة المعنوية، أي لا تتحقق عنده نية التملك، فينوب عنه نائبه القانوني في عنصرى الحيازة المادي والمعنوي¹.

هذا وقد سار المشرع في القانون المدني الاردني على نهج الفقه الاسلامي ولم ينص على سقوط الحق بالتقادم ولا على كسب الحق بالتقادم بل نص على ان: "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 الانكار دعوى الملك أو دعوى الحق العيني من احد ليس بذى عذر شرعي"²

وجرى على ذلك ايضاً نص المادة 1189 من القانون المدني الاردني، وينهج هذان النصاب نهج المادة 1660 من مجلة الاحكام العدلية، ولا يتضمن ذلك سقوط الحق، بدليل ظهوره عند عدم الانكار فقاعدة التقادم في نظر القانون المدني الأردني، هي قاعدة شكلية اثباتية، وليس قاعدة موضوعية. ويلاحظ ان القانون المدني الكويتي نص في المادة 937 منه على التقادم، ولم يساير القانون المدني الاردني في استعمال مصطلح (عدم سماع الدعوى) بل آثر النص على ان يحكم للحائز بالحق تجنباً لما قد يؤدي إليه مصطلح عدم سماع الدعوى، من الخلط بينه وبين عدم قبول الدعوى المعروف في فقه المرافعات.

الفرع الثاني: شروط التقادم المكسب

يشترط لتحقيق التقادم المكسب توافر عدة شروط، فيجب ان يوجد حق من الحقوق التي يمكن كسبها بالتقادم الطويل وان يحوزه الشخص الحيازة التي تكسبه هذا الحق، ويجب ان تدوم هذه الحيازة مدة خمسة عشر سنة كاملة دون وقف او انقطاع وبتناول هذه الشروط في الحديث عن موضوع وقف وانقطاع التقادم رغم تفاصيله الكثيرة الا اننا سوف نعطيه حقه.

¹ - عبد الرحمن، الحيازة المكسبة للملكية ودعاوى الحيازة، مرجع سابق، ص 35.

² - انظر المادة 1181 من القانون المدني الاردني.

أن الحقوق التي يمكن كسبها بالتقادم المكسب الطويل تقتصر على الحقوق العينية، أما الحقوق الشخصية فلا يجوز تملكها بالتقادم المكسب الطويل فمن حاز حقاً عينياً على منقول أو عقار حياة مكتملة الأركان والشروط تملك الحق بوضع اليد المدة الطويلة المكسبة للملكية، وعلى رأس الحقوق التي تكسب بالتقادم المكسب الطويل حق الملكية في العقار وفي المنقول على السواء، وليس كل حق عيني قابل للتملك بالتقادم المكسب الطويل بل يجب ان يكون الحق مما يجوز التعامل فيه، وأن يكون في الحياة الشخص الذي يريد تملكه، ونبحث كل ذلك على النحو الآتي¹:

1. الحقوق العينية وحدها هي التي يمكن كسبها بالتقادم المكسب الطويل.

أشار المشرع الفلسطيني في مشروع القانون المدني الفلسطيني في المواد (1091-1098) الى التقادم المكسب حيث بين ان الحقوق العينية هي التي يمكن كسبها بالتقادم، سواء كانت عقارا أو حقاً عينياً. وفي المقابل يتعرض القانون المدني العراقي في مادته 968 الى ما ذهب اليه المشرع الفلسطيني إذ يرى ان اول هذه الحقوق العينية التي يمكن كسبها بالتقادم المكسب الطويل هو حق الملكية في العقار والمنقول على السواء، اذا دامت الحياة لمدة خمسة عشر سنة كاملة فمن يضع يده على قطعة ارض لمدة خمسة عشر سنة بنية تملكها، اكتسب حق ملكيتها بالتقادم المكسب الطويل، كذلك تكسب بالتقادم الطويل ما يقيمه عليها من منشآت ومباني . وكما يكسب حق الملكية بالتقادم المكسب الطويل تكسب ايضا الحقوق العينية الاخرى، اما الحقوق الشخصية فلا تكسب بالتقادم المكسب الطويل ولكنها تنقضي بالتقادم المسقط، ولا يكسب الحق الشخصي بالتقادم حتى ولو كان قابلاً للحياة، فلا يكسب المستأجر حقه كمستأجر بوضع اليد المدة الطويلة ولكن يستطيع حمايته حقه بدعاوى الحياة لكونه حائزاً كمستأجر فقط².

¹ - الذنون، حسن، شرح القانون المدني العراقي، الحقوق العينية الأصلية . مرجع سابق، ص54.

² - الذنون، حسن، شرح القانون المدني العراقي، الحقوق العينية الأصلية . مرجع سابق، ص55-56.

2. يجب ان يكون الحق العيني قابلا للتعامل فيه وقابلا للحيازة:

يجب لاكتساب ملكية المنقول أو العقار بالتقادم المكسب الطويل ان يكون الشيء قابلا للتعامل فيه، وقابلا للحيازة فهناك اشياء لا تقبل التعامل فيها بحسب طبيعتها ويكون الشيء غير قابل للتعامل فيه بحسب طبيعته اذا لم يكن يصلح ان يكون محلا للتعاقد كالشمس والهواء والبحر وجسم الانسان¹. وقد يكون الشيء غير قابل للتعامل فيه بالنظر إلى الغرض الذي خصص له فالملك العام لا يصح التعامل فيه لانه مخصص لمنفعة عامة وتخصيصه هذا يتنافى مع جواز التصرف فيه ومع جواز تملكه بالتقادم. وقد يكون الشيء غير قابل للتعامل فيه لان ذلك غير مشروع، وعدم المشروعية قد يكون مصدرها نص القانون أو قد يرجع ذلك إلى مخالفة ذلك للنظام العام والاداب العامة.²

تنص بعض التشريعات على ان مدة التقادم المكسب الطويل عن طريق الحيازة بسوء نية هي خمس عشرة سنة كاملة، وهنا يسري على التقادم المكسب ما يسري على التقادم المسقط فيما يتعلق بالاتفاق على تعديل المادة، والامر المؤكده لا يجوز الاتفاق على تعديل مدة التقادم وذلك لان المدة تعتبر من النظام العام، فلا يجوز الاتفاق على تعديلها لا بالزيادة ولا بالنقصان، فاذا اتفق شخصان على ان مدة التقادم الطويل تكون عشر سنوات، اعتبر اتقاها باطلا لمخالفته للنظام العام، كما يبطل كل اتفاق يعمل مدة التقادم الطويل المكسب للملكية اكثر من خمس عشرة سنة، اعتبر اتقاها باطلا لمخالفته للنظام العام، كما يبطل كل اتفاق يجعل مدة التقادم الطويل المكسب للملكية اكثر من خمس عشرة سنة، على ان ذلك لا يمنع من ان تطول مدة التقادم في حالتين وهي انقطاع التقادم ووقفه، ففي حلة انقطاع التقادم لا تحسب المدة السابقة عليها وبالتالي

¹ - حيدر، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ، الحقوق العينية الاصلية(الشفعة - الحيازة و التقادم) دراسة مقارنة، مرجع سابق، ص197.

² - بشرى، عبد الله، الوجيز في الحيازة، كسب لكسب الملكية في العقار، ط1، دار عماد للنشر والتوزيع، 2007، ص121-129.

يبدأ حساب المدة من جديد، وايضا في حالة وقف التقادم تطول لا باتفاق المالك والحائز ولكن بحكم القانون¹.

الفرع الثالث: اسباب وقف انقطاع التقادم المكسب

تسري قواعد وقف وانقطاع التقادم المسقط على التقادم المكسب فيما يتعلق بحساب المدة ووقف التقادم وانقطاعه والتمسك به امام القضاء والتنازل عنه والاتفاق على تعديل المدة بالقدر الذي لا تتعارض فيه هذه القواعد مع طبيعة التقادم المكسب².

تسري قواعد التقادم المسقط على التقادم المكسب فيما يتعلق بحساب المدة ووقف التقادم وانقطاعه والتمسك به أمام القضاء والنزول عنه والاتفاق على تعديل المدة، وذلك بالقدر الذي لا تتعارض فيه هذه القواعد مع طبيعة التقادم المكسب، حيث بين المشرع الفلسطيني في القانون المدني الفلسطيني رقم (4) لسنة 2012 اسباب انقطاع التقادم المكسب حيث أشار في مادته 1097: "يقف التقادم المكسب متى وجد سبب للوقف أياً كانت مدة هذا التقادم." وجاء القانون المدني العراقي متوافقاً مع القانون الفلسطيني من حيث قواعد وقف التقادم المسقط التي تسري على التقادم المكسب، فيما عدا حالة واحدة نصت عليها المادة 2/382 مدني عراقي بقولها: " لا يسر التقادم الذي تزيد مدته على خمس سنوات في حق من لا تتوافر فيه الاهلية او في حق الغائب او في حق المحكوم عليه بعقوبة جنائية، اذا لم يكن له نائب يمثله قانوناً" فجميع قواعد وقف التقادم المسقط تسري على وقف التقادم المكسب الطويل المدة فيما عدا ما جاء بنص الفقرة الثانية من المادة 382 من القانون المدني العراقي: "فالتقادم المسقط اذا زادت مدته عن خمس سنوات لا يسري في حق من لا تتوافر فيه الاهلية والغائب والمحكوم عليه

¹ -نادية،قادري، النطاق القانوني للحيازة.الجزائر: دن،2009،ص49.

² -بشرى، عبد الله، الوجيز في الحيازة، كسب الملكية في العقار، مرجع سابق، ص154-155

بعقوبة جنائية اذا لم يكن له من يمثله قانوناً، اما التقادم المكسب الطويل المدة فانه يوقف ايا كانت مدته متى وجد سبب لوقفه.¹

المطلب الثاني: الشروط الخاصة بالتقادم المكسب القصير

الفرع الاول: السبب الصحيح

"هو السند القانوني الذي يستند إليه الحائز في حيازته والذي كان من شأنه أن ينقل الملكية لو أن الحائز كان قد تلقاه عن مالك أو صاحب حق. وهو في القانون المصري وقوانين أخرى تصرف قانوني من شأنه نقل الملكية أو الحق العيني، كعقد أو وصية، فالبيع أو الهبة أو المقايضة أو تقديم حصة في شركة أو الوفاء بمقابل يعتبر سبباً صحيحاً. وقد توسع القانون السوري في فكرة السبب الصحيح إذ أدخل فيه الاستيلاء على الأرض الموات والإرث. وإثبات السبب الصحيح يقع على الحائز"².

ترتبط الحيازة بالملكية في أغلب الأحوال ، إلا أنه قد تتوافر الحيازة دون أن تتوافر الملكية كما قد تتوافر هذه الأخيرة دون أن يكون لصاحبها الحيازة على طريق الغصب فتكون الحيازة للغاصب والملكية لمالك العقار الذي يمتلكه كالإستلاء العقار. ونقوم الحيازة بوضع اليد على العقار أو الحق العيني والانتفاع به من جانب الحائز أو من يقوم مقامه بنية تملكه؛ وعلى هذا الأساس تصبح سنداً للملكية العقارية إذا إستمرت مدة التقادم المكسب المقررة في القانون دون وقف ولا إنقطاع³ .

¹ - عبد الرحمن، فايز، الحقوق العينية الاصلية. القاهرة: دار النهضة العربية، دت، ص34.

² - الموسوعة العربية، " التقادم المكسب" مقال منشور على موقع https://www.arab-ency.com/ar_gphz تاريخ الاطلاع 2017/2/10.

³ - العبيدي، علي، الوجيز في شرح القانون المدني الاردني. عمان: دار الثقافة للنشر والتوزيع، 2009، ص298.

وفي هذا المقام تحظى الحيابة التي تستجمع الشروط القانونية اللازمة بالحماية القضائية وهي منطوية على عنصرين : الأول مادي يتمثل في وضع اليد والثاني معنوي يتجسد في نية الحائز إستعمال العقار كمالك له.

و تجدر الإشارة إلى أن الشخص الذي انتزعت منه الحيابة بالإكراه بإمكانه أن يستردها خلال سنة من وقت انتزاعها بالقوة بدعوى استرداد الحيابة ؛ فإذا لم يستردها خلال سنة أنتجت الحيابة آثارها و منها جواز التملك بالتقادم بأثر رجعي من وقت إستلاء منتزع الحيابة على العين وصيرورة حيابته هادئة، وبانقطاع العيب تصبح الحيابة هادئة منتجة لآثارها؛ وتقدير ما إذا كانت الحيابة التي إقترنت بالإكراه عند كسبها ظلت محتفظة بالعيب أم زال عنها مسألة موضوعية تخضع لتقرير قاضي الموضوع في ضوء ظروف و ملابسات الدعوى¹.

وحتى يتحصل لحائز على سند يثبت صحة ممارسة حيابته وفق الشروط القانونية العامة منها أو الخاصة ألزم المشرع الجزائري أن يتبع ويخضع الحائز مسبقا لإجراءات كي يتحصل على ملكية العقار ، منها ما يتعلق بالمنطقة التي يقع فيها العقار².

ومن اجل ان يكون سند ملكية العقار عن طريق الحيابة صحيحاً، يشترط ما يلي³:

الشرط الأول : وجود السند.

فلا يكتفي أن يظن الحائز فقط بوجود السند ، وعليه قبل البحث عن مدى حسن أو سوء نية الحائز يجب التحقق من وجود السند فعلياً و بالتالي فالنائب القانوني الحائز للعقار بموجب وصية و الذي لا يعم أنه ألغية نيابته إلا أنه حسن النية ليس بحامل للسند الصحيح ، والأمر كذلك لمن يعتقد أنه إشتري عقاراً و يضم في حيابته قطعة أرضية صغيرة مجاورة له و يحوزها ، فإن عقد البيع الذي يستند إليه

¹ - زهوين، ميسون ، " إكتساب الملكية العقارية الخاصة عن طريق الحيابة" ، رسالة ماجستير ، جامعة الإخوة منتوري - قسنطينة، دت. ص 20-30.

² - زهوين، " إكتساب الملكية العقارية الخاصة عن طريق الحيابة"، مرجع سابق ، ص 20-30.

³ - زهوين، " إكتساب الملكية العقارية الخاصة عن طريق الحيابة"، مرجع سابق ، ص 20-30.

لإثبات حيازته لهذه الأخيرة لا يعتبر سنداً صحيحاً ، لأنه لا يكفي مجرد إعتقاد الحائز بوجود السند بل لابد من وجوده حقيقة.

الشرط الثاني : أن يكون السند صحيحاً.

إن الحائز لحق عيني عقاري بموجب عقد يعتقد أنه صحيح إلا أنه عقد باطل ، فهو حائز حسن النية ، لكن ليس له السند الصحيح ، لأن العقد الباطل بطلاناً مطلقاً لا يعتبر سند صحيحاً.

الشرط الثالث : أن يكون السند بطبيعته ناقلاً محولاً للملكية.

كما لو كان التصرف صادر من المالك الحقيقي، كعقد البيع، الهبة، التبادل، حيث إستثنى المشرع من ذلك العقود التي تتوقف على مجرد استعمال وإنّفاع بالعقار كعقد الإيجار والوديعة كما أن العقود غير المشهورة لا تنقل الملكية، وعليه لا يصلح أن يكون سنداً صحيحاً لأن المراد بالسند الصحيح هو السند الناقل للملكية .

الشرط الرابع : أن يتعلق السند الصحيح بالحق العيني محل الحيازة.

يجب أن تكون هناك علاقة تامة وقاطعة وربط بين السند الصحيح والعقار محل الحيازة هذا بالنسبة لشروط السند حتى يعد كأساس أولي لإدعاء الحائز بالحيازة والتقدم المكسب قصير المدى ، إلا أن الحائز للسند الصحيح لوحده ليس له أن يتمتع بأثر التقدم المكسب القصير لإكتساب الملكية ، بل فضلاً عليه يجب أن يكون كذلك حسن النية .

الفرع الثاني: حسن النية

اتفقت اغلب التشريعات العربية على ضرورة تخفيض أجل التقدم المكسب القصير بالنسبة لحائز العقار حسن النية رغم انها اختلفت في ضبط ذلك الأجل. وبينت المادة 1088 من المشروع المدني الفلسطيني من هو حسن النية بالقول: "1- يعد حسن النية من يحوز الشيء أو الحق وهو يجهل أنه يعتدي على حق الغير، إلا إذا كان هذا الجهل ناشئاً عن خطأ جسيم .2- إذا كان الحائز شخصاً

اعتبارياً فالعبرة بنية من يمثله. 3-يفترض حسن النية ما لم يقدّم الدليل على خلاف ذلك"، في ذات السياق حدد المشرع الفلسطيني المدة الزمنية بخمس سنوات حيث جاء في المادة 1092: "إذا وقعت الحيازة على عقار أو على حق عيني على عقار وكانت مقترنة بحسن النية واستندت في الوقت ذاته إلى سبب صحيح، فإن المدة اللازمة لكسب هذا الحق تكون خمس سنوات". بينما اختلف القانون الاردني في المدة الزمنية عن القانون الفلسطيني حيث حدد القانون المدني الاردني المدة بسبع سنوات، ففي المادة 1182 منه: "إذا وقعت الحيازة على عقار أو حق عيني عقاري وكان غير مسجل في دائرة التسجيل واقتربت الحيازة بحسن النية واستندت في الوقت ذاته الى سبب صحيح فإن المدة التي تمنع من سماع الدعوى تكون سبع سنوات". كذلك حدد كل من المشرعين المصري واللبناني بخمس سنوات، في حين أراد المشرع الفرنسي ان يفرق بين نوعين من التقادم المكسب القصير احدهما خاص بحائز العقار بحسن نية في صورة ما اذا كان المالك الحقيقي موجودا بالمكان الذي يوجد به العقار وهو 10 سنوات، في حين يتضاعف هذا الاجل 20 سنة في صورة ما اذا كان المالك الحقيقي غائبا عن المكان الذي يوجد به العقار ، فإذا كان المالك غائبا ثم عاد فأن أجل التقادم يمكن ان يتراوح بين 10-20 سنة.¹

يختلف كسب الحيازة بحسب ما اذا كان الحائز حسن النية أو سيء النية ويعتبر الحائز حسن النية اذا كان يجهل انه تعدى على حق الغير شرط الا يخالجه في هذا ادنى شك، فيما يعني ان حسن النية على هذا التحديد ليس يعدو ان يكون سوى خطأ وقع فيه الحائز، اعتقاده على خلاف الحقيقة انما ليس يلزم للقول بحسن النية ان يكون الحائز معتقدا ايضا ان الحق الذي يحوزه له. فمن يستولي على منقول بنية تملكه يعرف انه ليس له لكنه يكون حسن النية ان كان يظن انه منقول متروك وهو في الحقيقة ضائع (اومفقود) لان في هذه الحالة كان يجهل انه بالاستيلاء عليه يعتدي على حق مالكة،

¹ - الوري، نبيله. حائز العقار. تونس: مجمع الاطرش للكتاب، 2015، ص 580-581 منشور على موقع <https://books.google.ps/books?id=cl-> تاريخ الاطلاع 2017/1/27 .

وقد يكون الحائز غير اهل لان يعتد بنيته، لكونه غير مميز، وقد لا يكون شخصا طبيعيا وانما شخص اعتباري، ففي الحالتين تكون العبرة في حسن النية او سوءها بنية من يمثله، وليس في هذا سوى محض تطبيق للقواعد العامة في النيابة، ومع ذلك حرص المشرع على النص هذا الحكم فيما يتعلق بالشخص الاعتباري على وجه التحديد، ففي الفقرة / ص من المادة 965 من القانون المدني المصري بانه "فاذا كان الحائز شخصا معنويا فالعبرة بنية من يمثله"¹.

لكن لما كا من شأن تقدير حسن نية الحائز على اساس من المعيار الشخصي وحده، ان يؤدي في بعض الاحيان إلى نتائج غير مقبولة، فقد قرن المشرع في معظم التشريعات التي اطلعت عليها الباحثة هذا المعيار باخر موضوعي فاشتترطت الا يكون جهل الحائز بانه يعتدي عل حق الغير ناشئا عن خطأ جسيم والا اعتبر سيء النية.

والخطأ الجسيم كما هو معروف هو الخطأ الذي لا يرتكبه اقل الناس عناية ومن امثلته هنا، جهل الحائز الذي اشترى العقار من غير مالكة ان البائع غير مالك، اذ كان بإمكانه بشيء من الاحتياط ان يعرف مالكة بالاطلاع على سجلات الشهر العقاري وقضى - تبعا لذلك - بان: "ثبوت صفة العمومية للمال بتخصيصه بالفاعل لمنفعة عامة ينتفي معها حسن نية من يحوز المال بعد حصول هذا التخصيص، اذ يمنع عليه في هذه الحالة بانه كان عند حيازته يجهل انه يعتدي على حق الغير، لان هذا الجهل يكون ناشئا عن خطأ جسيم لما يشهد به الواقع من تخصيص المال الذي يحوزه للمنفعة العامة، ومن ثم فلا يتوافر بهذا الجهل حسن النية لديه"².

وحسن النية يفترض دائما ما لم يقم الدليل على العكس، وليس يعدو هذا الافتراض ان يكون سوى تزيد لمبدأ عام مسلم به في جميع القوانين الوضعية، انما يجب ان يلاحظ انه، على الرغم من ان المشرع لم يتحفظ على هذا الافتراض بما قد ينص على خلافه في مواضع اخرى، فانه قد نص على العكس

¹-باشا، محمد، اسباب كسب الملكية (الحيازة و التقادم). القاهرة: المطبعة العالمية، دت، ص 203.

²-سرور، محمد. موجز تنظيم حق الملكية. 1999، مرجع سابق، ص 149.

فعلا في بعض هذه المواضيع، فاعتبر الحائز سيء النية في ظروف معينة ما لم يقدّم هو الدليل على حسن نيته، من ذلك افتراض سوء نية الخلف العام للحائز متى كان سلفه سيء النية¹.

ويصبح الحائز سيء النية ولو كان وقت بدء حيازته حسن النية، من الوقت الذي يصبح فيه عالما ان حيازته اعتداء على حق الغير، ولما كان ادنى شك يساوره يبدد حسن النية لديه، فانه اذا ما رفعت عليه دعوى تفيد ان الحق الذي يدعيه على الشيء الذي يحوزه ليس له، اعتبر ايضا سيء النية أو بعبارة اخرى زال ما قد كان من حسن نية من وقت إعلانه بعيوب حيازته في صحيفة الدعوى وفي كل الاحوال اعتبر المشرع سيء النية كل من كل من رفعت عليه دعوى².

وحين مراجعة قانون تسوية الاراضي والمياه رقم (40) لسنة 1952 الحيازة بحسن نية أو غيرها لم نجد سوى المادة (13) البند (6) الذي يشير الى صلاحية محكمة التسوية بشأن وضع اليد على أي أرض أو مياه مهما كانت نيته وهي التي تقرر نزع هذه السيطرة من عدمها. ومن جانب متصل بالموضوع فإن حسن النية في الحيازة مبدأ مستقر عليه في كافة النظم القانونية إلا أنه لا يوجد تعريف واحد له، لكونه مرتبط بأمور معنوية وليست مادية والقانون في فلسطين يحمي مصلحة الأشخاص حسني النية الذين يركنون في أعمالهم وتصرفاتهم إلى ظواهر الأمور. ومبنى ذلك، أن الظاهر المستقر الذي أطمأن إليه الناس في تعاملهم يبقى في حماية القانون حتى لو خالف الحقيقة ويقوم كما لو كان هو الحقيقة ذاتها.

وعند بحث مبدأ حسن النية في تسجيل العقارات في فلسطين ومدى الاعتداد به، فإننا نتوجه بالبحث نحو الأراضي المسواة المسجلة لدى دائرة الأراضي والتي أوجب القانون بأن يتم تسجيل أي معاملة بيع على مثل هذه الأراضي لدى دائرة تسجيل الأراضي وإلا اعتبر البيع باطلاً وعملياً، فإن

¹ - سرور، محمد. موجز تنظيم حق الملكية. 1999، مرجع سابق، ص 149..

² - شفيق، وجدي، الحيازة المدنية ودور النيابة العامة والقضاء في الحماية الجنائية، دم، يونيتد للصادرات القانونية، 2014، ص 50-51.

المشكلة تثار عندما يقوم شخص (البائع) بتنظيم وكالة دورية غير قابلة للعزل يقوم بموجبها ببيع قطعة الأرض العائدة له لمصلحة شخص آخر (المشتري/الغير)، بحيث يكون للمشتري فترة (15) سنة لتنفيذ مضمون الوكالة الدورية أمام دائرة تسجيل الأراضي، كون الوكالة الدورية لا تعتبر سنداً ناقلاً للملكية ولا تقوم مقام سند التسجيل، وأن التوكيل بموجبها لا يخرج عن كونه إجراء تحضيرياً لإتمام الفراغ ولا يجوز الاستناد إليها في إثبات الملكية والتصرف. وهذا ما نصت عليه المادة (3/16) من قانون تسوية الأراضي والمياه رقم (40) لسنة 1952 وتعديلاته، والمادة (11/ب) من معدل للأحكام المتعلقة بالأموال غير المنقولة لسنة 1958، حيث إن البيع خارج دائرة تسجيل الأراضي في الأراضي المسواة يعتبر بيعاً باطلاً. وفي وقت لاحق، قد يقوم ذات المالك للعقار (البائع) ببيعه مرة أخرى لمشتري ثانٍ بموجب وكالة دورية لاحقة بحيث يسارع هذا الأخير إلى تسجيلها لدى دائرة الأراضي باسمه قبل أن يقوم المشتري الأول بتسجيلها باسمه. فهنا تبرز أهمية مبدأ حسن النية. فهل في هذه الحالة تعتبر الوكالة الدورية الأولى واجبة النفاذ كون مدتها لم تنتهي ويتم فسخ والغاء التسجيل الذي حصل لمصلحة المشتري الثاني، أم هل يجب أعمال مبدأ حسن النية وبالتالي حماية المشتري الثاني الذي قد يكون لا يعلم بوجود البيع الأول الذي جرى على قطعة الأرض وبالنتيجة تثبيت ملكيته؟ وعليه، وللإجابة على هذا التسائل، ونظراً لعدم وجود نص قانوني في فلسطين يعالج هذه المسألة، فإنه يتعين علينا الرجوع إلى الاجتهادات القضائية في هذا المجال لبيان كيفية تعاطي المحكمة مع هذه المسألة وما إذا تم أعمال مبدأ حسن النية أم لا¹.

1- انظر الملاحق: القرار رقم 2009/15 الصادر عن محكمة النقض الفلسطينية بتاريخ 2009/12/22. والقرار رقم 96/263 الصادر عن محكمة الاستئناف المنعقدة برام الله بتاريخ 1997/1/28. " تسجيل العقارات في فلسطين ومبدأ حسن النية" منشور على موقع محاماة نت <http://www.mohamah.net/law> تاريخ الاطلاع 2017/7/27.

اما المشرع المصري فقد افرد مساحة واسعة من المواد لمعالجة حسن النية وسوء النية في القانون المدني المصري رقم (131) لسنة 1948، اكثر بكثير مما عالجه القانون الفلسطيني، بحيث ذكر نصوص القانون موضوع حسن النية وسوء النية في الحيازة بمواد عديده¹.

¹ - التشريعات المصرية في القانون المدني المصري رقم (131) لسنة 1948. " تنص المادة 965 مدني على ما يلي:

1. يعد حس النية من يحوز الحق وهو يجهل انه يعتدي على حق الغير الا اذا كان الجهل ناشئا عن خطأ جسيم.
2. فاذا كان الحائز شخصا معنويا فالعبرة بنية من يمثله.
3. وحسن النية يفترض دائما ما لم يقيم الدليل على العكس.

وتنص المادة 966 مدني على ما يلي:

1. لا تزول صفة حسن النية لدى الحائز الا من الوقت الذي يصبح فيه عالما ان حيازته اعتداء على حق الغير.
2. ويزول حسن النية من وقت اعلان الحائز بعيوب حيازته في صحيفة الدعوى وبعد سية النية من اغتصب باراه الحيازة من غيره.

وتنص المادة 1/955 مدني على ما يلي:

تنتقل الحيازة للخلف العام بصفاتها على انه اذا كن السلف سية النية واثبت الخلف انه كان في حيازته حسن النية جاز له ان يتمسك بحسن نيته.

تنص المادة 968 مدني على ما يلي:

من حاز منقولاً او عقاراً دون ان يكون مالكا له، او حاز حق عينا على منقول او عقار دون ان يكون هذا الحق خاصا به كان له ان يكسب ملكية الشيء او الحق العيني اذا استمرت حيازته دون انقطاع خمس عشر سنة.

وتنص المادة 959 مدني على ما يلي:

1. اذا وقعت الحيازة على عقار او على حق عيني عقاري وكانت مقترنة بحسن النية ومستتدة في الوقت ذاته إلى سبب صحيح، فان مدة التقادم المكسب تكون خمسة سنوات.
2. ولا يشترط توافر حسن النية الا وقت تلقي الحق.
3. والسبب الصحيح سند يصدر من شخص لا يكون مالكا للشيء او صاحبا للحق الذي يراد كسبه بالتقادم، ويجب ان يكون

مسجلا طبقاً للقانون.

وتنص المادة 984 مدني على ما يلي:

اذا كان الحائز سية النية فانه يكون مسؤولاً عن هلاك الشيء او تلفه ولو كان ذلك ناشئا عن حادث مفاجيء الا اذا ثبت ان الشيء كان يهلك او يتلف ولو كان باقيا في يد من يستحقه".

وهنا يلزم الإشارة أولاً إلى أنه لا توجد تفرقة بين الحيابة بسوء نية والحيابة بحسن نية بالنسبة لدعاوى الحيابة، فيجوز للحائز سواء كان سيء النية أو حسن النية اللجوء إليها لحماية حيازته ولكن التمييز بين حسن النية وسوء النية في الحيابة له أهمية بالغة في احوال اخرى، نذكر منها ما جاء بخصوص المواد القانونية الفلسطينية والمصرية سابقة الذكر. ولقد ورد في التشريعات على اختلافها، انه يعد حسن النية من يحوز الحق وهو يجهل انه يعتدي على حق الغير، الا اذا كان الجهل ناشئاً عن خطأ جسيم. ويعتبر الحائز حسن النية سواء كان حائز لحق الملكية أو حق الانتفاع أو حق الارتفاق أو حق رهن حيابة أو حق مستأجر أو غير ذلك من الحقوق، اذا كان يعتقد ان حيازته لهذا الحق لا تنطوي على اعتداء على حق الغير كأن يحوز شخص حق الملكية معتقداً انه هو المالك فيكون حسن النية في حيازته لحق الملكية سواء كان هو المالك فعلاً ام لا، كذلك يكون الحائز لحق الغير هو حق الملكية حسن النية اذا كان يعتقد انه هو صاحب الحق، فاذا اشترى شخص مثلاً عينا من شخص اخر معتقداً انه هو المالك وتمام العين من البائع فانه يحوز حق الملكية، ويكون في حيازته اياه حسن النية ما دام ان الحائز معتقداً انه اشترى من المالك وذلك سواء كان المالك يملك حقيقة أو لم يكن، وما ينطبق على واقعة الشراء ينطبق في حالات الميراث او الوصية او الهبة، فمن يحوز منزلاً او وصي له به اخر وهو حسن النية معتقداً ان الموصي هو المالك، فهو يحوز بحسن نية سواء كان الموصي مالكا او لم يكن، وكذلك اذا تعاقد الحائز مع شخص على ترتيب حق ارتفاق او انتفاع لمصلحة عقاره على عقار مملوك لهذا الشخص، او ارتهن منه مالا رهن حيابة، او استأجر العين بحسن نية سواء كان الشخص الذي تعامل معه يملك نقل الحق اليه او لا يملك، ذلك ان الحائز في جميع هذه الحالات ينطبق عليه انه يجهل انه يعتدي على حق الغير¹.

¹ - شفيق، الحيابة المدنية ودور النيابة العامة والقضاء في الحماية الجنائية، مرجع سابق، ص52.

ويعتبر الحائز سيء النية في حالتين¹:

الحالة الاولى: اعلان الحائز اعلانا صحيحا بصحيفة الدعوى التي تتضمن بان الحق الذي يحوزه ليس له وان عليه تسليمه لصاحبه، ومن تاريخ هذا الاعلان يصبح الحائز سيء النية حتى ولو كان يعتقد بالرغم من هذا الاعلان ان الحق يحوزه هو له وان المدعي غير محق في دعواه، فاذا ثبت ان المدعي محق بالصحيفة اليه، اما اذا ثبت ان المدعي غير محق في دعواه فلا يسترد من الحائز شيئاً ويترتب على اعتبار الحائز سيء النية باعلانه رسمياً بصحيفة تتضمن ذلك، وثبوت سوء نيته انه يلتزم برد جميع ثمار العين التي قبضها والتي قصر في قبضها من وقت ان يصبح سيء النية.

الحالة الثانية: وهي حالة ما اذا كان الحائز قد اغتصب بالاكراه الحيازة من غيره فلا يجوز للحائز حتى ولو كان معتقدا ان الشيء الذي يغتصبه هو حق له، ان يلجأ إلى الاكراه لاسترداده، بل يتعين عليه اللجوء إلى الطريق القانوني الذي رسمه المشرع للحصول على حقه - فالاكراه اذن هو الذي يسبغ على الحائز صفة سوء النية، ويلتزم برد العين وثمارها والمسؤولية عن الهلاك او التلف اذا كان الشيء فعلاً غير مملوك للحائز او هو ليس صاحب الحق فيه اما اذا ثبت ان الشيء المغتصب ملك للحائز او هو صاحب الحق فعلاً، حتى لو كان الحائز السابق الذي اغتصب حيازته من مالك الشيء، قد توافرت لديه عنصري وشروط الحيازة فمن حقه رفع دعوى الاسترداد مع التعويض عما اصابه من اضرار نتيجة اغتصاب حيازته والاكراه الذي وقع عله طبقاً لقواعد المسؤولية التقصيرية.

¹ - أبو سعد، محمد، منازعات الحيازة. الاسكندرية، منشأة المعارف، 1988، ص 93.

المطلب الثالث: عيوب الحيازة

تتلخص عيوب الحيازة في عدم الاستمرار والخفاء والاكراه والغموض وسنتعرض لكل عيب من هذه العيوب بشيء من التفصيل على الوجه التالي:

الفرع الأول: عيب عدم الاستمرار والتقطع وعدم العلانية

تكون الحيازة غير مستمرة اذا كانت منقطعة حيث ان تقطع الحيازة يعيبها وتكون كذلك اذا كان الشخص يباشرها بشكل غير عادي وعندما اسبغ المشرع حمايته على الحائز كان ذلك انطلاقا من فكرة ان الحائز عادة ما يحوز لحساب نفسه مثال ذلك المالك الذي يسيطر على ما يملك بشكل منتظم فاذا كان الشيء محلا لحيازة منزلا او ارضا زراعية فيجب على الحائز حتى تتوافر لحيازته طابع الاستمرار ان يقوم بسكنى هذا المنزل او بزراعة هذه الارض بشكل منتظم ودائم تماما والا كانت حيازته معيبة بعيب عدم الاستمرار والتقطع اما اذا كان هذا الغرض لا يتحقق الا في فترات معينة خلال السنة كالمراعي في فصل الشتاء التي تعتمد على المطر وكذا سكنى المنازل في المصايف والمشاتي فان مباشرة السيطرة الفعلية عليها خلال هذه الفترات لا يعيب هذه الحيازة¹.

و يذهب جانب من الفقه القانوني المصري إلى القول بان عدم الاستمرار لا يعيب الحيازة في ركنها المادي أو عنصرها المعنوي، بل يترتب عليه فقد الحيازة فعدم قيام الحائز منذ ابتداء الحيازة باعمال الاستعمال الكافية لتكوين العنصر المادي لها من شأنه الا يكسبه الحيازة ولا تكون بصدد حيازة معيبة بل لا تكون ثمة حيازة بالمرّة وللکافة الاحتجاج بعدم استمرار الحيازة فلهذا العيب اثر مطلق فالحيازة غير المستمرة هي كذلك بالنسبة للکافة وفي هذا يختلف عيب عدم استمرار الحيازة عن باقي عيوب الحيازة الاخرى فالاکراه والخفاء كلاهما له اثر نسبي بمعنى الا يعتد بهما سوى من وقع عليه الاکراه او بالنسبة لمن كانت له الحيازة خفية خلاف للحيازة غير المستمرة كما سبق وتقدير ما اذا كانت

¹-عبد اللطيف، محمد، الحيازة واثارها في القانون المدني المصري. القاهرة: دن، 1983. ص95.

الحياسة غير مستمرة او يشوبها عيب اخر من عيوب الحياسة متروك لقاضي الموضوع دون معقب عليه من محكمة النقض فقاضي الحياسة وحده هو الذي يقدر ما اذا كانت الحياسة قد استوفت جميع الشروط الواجبة قانوناً¹.

إذن ان الحياسة وفق القانون يجب أن تكون مستمرة غير متقطعة، فاذا قامت الحياسة على أعمال متقطعة تكون مشوبة بعيب عدم الاستمرار او التقطع ومن ثم لا تنتج اثارها القانونية، وتكون غير جديرة بالحماية المقرر لها قانوناً بدعاوى الحياسة ولا تنتج اثارها بالنسبة للتقادم، وحتى تكون الحياسة مستمرة يجب ان تتوالى اعمال السيطرة المادية على الشيء في فترات متقاربة منتظمة فيستعمل الحائز الشيء من وقت إلى آخر كلما تقوم الحاجة إلى استعماله كما يستعمل المالك ملكه في العادة، فإذا انقضت فترة طويلة ما بين استعمال الحائز للعين وتركه لها وكانت هذه الفترة من الطول بحيث لا يدعها المالك الحريص على الانتفاع بما يملك انتفاعاً كاملاً فان الحياسة تكون في هذه الحالة غير مستمرة او متقطعة، فلا تصلح أساساً لدعاوى الحياسة، ولا للتملك بالتقادم، لذلك يجب على الحائز أن يظهر على الشيء بمظهر المالك، فالذي يحوز الملكية يستعملها ويتصرف فيها ويستغلها، واذا كان يحوز حقاً آخر كحق الانتفاع أو الارتفاق أو حق المستأجر فالواجب عليه ألا ينقطع عن استعمال الحق الذي يحوزه كما لو كان فعلاً صاحب الحق، ولا يعني هذا أن يستعمل الحائز العين في كل وقت بغير انقطاع لكي تكون الحياسة مستمرة، بل يكفي ان يستعمل الحائز العين في فترات متقاربة ومنظمة كما يفعل صاحب الحق نفسه².

ويجب ان نشير إلى قضية مهمة في مسألة الاستمرار هو ان استعمال الشيء استعمالاً منتظماً يختلف باختلاف طبيعة الشيء نفسه. فتوجد اشياء تقتضي طبيعتها ان تستعمل على فترات متقاربة جداً، مثل حياسة الشخص لحق السكنى والتي تستلزم الا يترك الحائز العين بعض الوقت في مصيف أو

¹ - عبد اللطيف، الحياسة واثارها في القانون المدني المصري، مرجع سابق، ص 96.

² - غانم، ياسين، الحياسة و أحكامها في التشريعات العربية (دراسة مقارنة). حمص: التنوير للطباعة، 1995، ص 83.

مشتى أو نحو ذلك ثم يعود اليها، كذلك إذا حاز شخص حق المرور وجب عليه حتى لا تكون حيازته مشوبة بعيب التقطع أن يمر منه باستمرار في الاوقات المعتاد المرور فيها، وبالقدر الذي يقتضيه الانتفاع بالعقار المرتفق وتوجد اشياء تقتضي طبيعتها ان تستعمل في وقت معين ثم تترك بعد ذلك دون استعمال، فاذا حاز شخص مرعى لرعي المواشي، فان انتفاعه بالارض يكون مقصوراً على المرعى وهذا يقتضي أن يستعمل الارض في أوقات معينة هي أوقات الرعي وان ينقطع عن استعمالها في غير هذه الاوقات وإلا يعتبر هذا الانقطاع إخلالاً بالاستمرار في حيازته، كذلك لا يعتبر إنقطاعاً بالمعنى المقصود كعيب من عيوب الحيازة، الكف عن استعمال الشيء بسبب قوة قاهرة كفيضان أو استيلاء مؤقت أو احتلال جيش اجنبي¹.

ايضاً لما كان استمرار الحيازة عمل مادي ومن ثم يجوز اثباته بكافة طرق الاثبات ومنها البيينة والقرائن، ويقع على مدعي الحيازة عبء اثبات استمرارها وعدم تقطعها، الا ان بعض الفقه يسري انه طبقاً لنص المادة الاولى من قانون الاثبات ان البيينة على من يدعي خلاف الظاهر، وحائز العين حيازة مادية يسانده الظاهر إلى ان حيازته مستمرة، وبالتالي فاذا ادعى اخر خلاف ذلك فانه يقع عليه عبء اثبات ما يدعيه من عدم استمرارها².

كذلك نجد ان عيب عدم الاستمرار هو عيب مطلق وهذا العيب بخلاف عيوب الحيازة الاخرى، ومن ثم يحق لكل ذي مصلحة ان يتمسك به، ذلك بان الحيازة تكون في ذاتها غير مستمرة بالنسبة إلى الناس كافة، فكل ذي مصلحة ان يتمسك بعدم استمرارها فلا يحتج بها عليه، وعيب عدم استمرار الحيازة يزول اذا تحولت إلى حيازة مستمرة وتنتج اثارها من الوقت الذي يزول فيه العيب وتصبح الحيازة مستمرة.

¹-غانم، الحيازة وأحكامها في التشريعات العربية(دراسة مقارنة). مرجع سابق، ص 83 .

²-غانم، الحيازة وأحكامها في التشريعات العربية(دراسة مقارنة) ، مرجع سابق، ص86.

ويختلف عيب عدم استمرار الحيابة عن انقطاع التقادم، على الرغم من ان هناك اوجه للشبه ما بين تقطع الحيابة كعيب فيها وما بين انقطاع التقادم إلا ان هناك اختلاف كبير بينهما فمن حيث اوجه الاتفاق فان في كليهما تنقطع الحيابة ولا يصح ما سبق فيها أساساً للتقادم فاذا عادت الحيابة مستمرة بعد انقطاعها صلحت أن تكون أساساً للتقادم ما لم ينقطع التقادم بسبب اخر من اسباب الانقطاع، اما الاختلاف الجوهرى بين تقطع الحيابة وانقطاع التقادم ان الاخير يتقطع بالمطالبة القضائية انقطاعاً حكماً، ومع ذلك تبقى الحيابة مستمرة غير منقطعة، الا اذا اقر الحائز بحق صاحب الحق فان كليهما (التقادم والحيابة) ينقطع وتتقلب الحيابة الاصلية إلى حيابة عرضية، وعلى العكس من ذلك قد تنقطع الحيابة دون ان ينقطع التقادم، ويتحقق هذا الغرض اذا بقي التقادم مستمراً دون ان يتقطع بسبب من اسباب انقطاعه، ولكن الحائز مع ذلك يستعمل الحق في فترات متباعدة غير منظمة مما يجعل الحيابة منقطعة¹.

كذلك يختلف انقطاع التقادم عن تقطع الحيابة من حيث عبء الأثبات ففيما يتعلق بانقطاع التقادم يكون المفروض أن التقادم لم ينقطع وعلى من يدعي إنقطاعه أن يثبت ذلك، فلا يقع عبء الأثبات على الحائز بينما يقع على الحائز عبء أثبات استمرار الحيابة، كذلك يختلف إنقطاع التقادم بالمطالبة القضائية عن تقطع الحيابة، ذلك ان انقطاع التقادم بالمطالبة القضائية هو أنقطاع غير مطلق ولا ينقطع إلا لمصلحة القائم بالمطالبة القضائية أما تقطع الحيابة فهو عيب مطلق يجوز لكل ذي مصلحة أن يتمسك به كما سبق وأوضحنا.

¹-الدائني، ذكرى، "وسائل الادارة لازالة التجاوز على الأموال العامة" رسالة ماجستير، جامعة بغداد، دت، ص35.

الفرع الثاني - عيب الإكراه والغموض

تناولنا انه في الحيابة يشترط الاستمرار وعدم التقطع والظهور، ويجب فوق ذلك ان تكون الحيابة غير مشوبة بعيب الاكراه أو الغموض، وتكون الحيابة مشوبة بعيب الاكراه اذا حصل عليها الحائز عن طريق القوة او بالتهديد، الذي حصل عليها به، فاذا كان الحصول على الحيابة عن طريق الاكراه فانها تكون مشوبة بعيب الاكراه ولا تنتج اثارها ويستوي أن يكون استعمال القوة أو التهديد قد وجه إلى المالك صاحب الحق أو حائز سابق غير مالك لانتراع حيازته على أن يقوم الحائز بنفسه بأعمال الاكراه والتهديد أو يستعمل القوة لتنفيذ غرضه، وأخيرا يستوي أن يكون استعمال القوة تهديد حقيقياً أدى إلى إنتزاع الحيابة من الحائز، أو أن يكون قد أذعن للقوة والتهديد فسلم العين مكرها دون استعمالها ضده¹.

ومن المقرر ان مجرد المنازعة القضائية يثبت قانونا صفة الهدوء عن الحيابة، فرافع دعوى من دعاوى الحيابة الثلاث أو دعوى إستحقاق وتسليم العين ليس من شأنه ازالة وصف الهدوء عن الحيابة، ومن باب أولى فان مجرد توجيه إنذار على يد محضر للحائز لا يعييبها بوصف الاكراه، واذا عمد منازع الحائز إلى التصرف في العين باي تصرف قانوني كالبيع او الهبة او الرهن الحيارى فان هذا التصرف لا يعيب الحيابة بالتهديد او الاكراه².

وعيب الاكراه الذي يشوب الحيابة هو عيب نسبي لا يحتج به إلا من وقع عليه الاكراه، وهذا عين ما نصت عليه بعض التشريعات العربية، ولا ترتب الحيابة التي حصل عليها صاحبها بالاكراه أية اثار، فلا يجوز للمكروه رفع دعاوى الحيابة لحماية حيازته التي حصل عليها بالاكراه طالما ان الاكراه قائم، ولا يترتب اثارها من حيث كسب الملكية بالتقادم، بل يحق للحائز الذي سلبت حيازته بالاكراه، حتى ولو زال الاكراه، خلال سنة من سلبها ان يرفع دعوى استرداد الحيابة ضد الحائز الذي حصل على

¹ - عينيوسي، غدير، "خصوصية دعاوى الحيابة دراسة مقارنة" رسالة ماجستير، جامعة النجاح الوطنية، 2015، ص27.

² - ذكرى، "وسائل الادارة لازالة التجاوز على الأموال العامة"، مرجع سابق، ص35.

الحياسة بالقوة والتهديد، ولا تبدأ مدة السنة الا من تاريخ زوال الاكراه اذا كان من شأن هذا الاكراه أن يحول بين الحائز والمطالبة بحقه، على أنه اذا كانت الحياسة قد سلمت من حائز غير مالك، فلا يجوز للمالك أن يحتج على سلبها بالإكراه لأن الأكره لم يكن موجها اليه، ولم يقع الأكره عليه بل على الحائز التابع له، وتبعاً لذلك يجوز لمغتصب الحياسة في هذه الحالة أن يواجه المالك بحياسته بإعتبارها خالية من عيب الأكره، إلا أن يكون الأكره قد وقع على الحائز الأصلي الذي يحوز لحسابه¹.

لهذا كله لزم في الحياسة فضلا عن الاستمرار والظهور وعدم الاكراه ان تكون خالية من عيب الغموض أو اللبس، وتكون الحياسة مشوبة بعيب الغموض أو اللبس إذ هي أشتبه أمرها فيما يتعلق بعنصر القصد كأحد عنصري الحياسة بأن تكون تحتل معنيين²:

الاول: أن الحائز يحوز لحساب نفسه خاصة.

الثاني: أن الحائز يحوز لحساب غيره أو لحساب نفسه وحساب غيره معاً مما يثير لدى الغير الشك والبلبلة في حقيقة الحياسة.

والحياسة لحساب نفسه ولحساب غيره معاً مثالها حياسة الشريك على الشيوخ العين الشائعة كلها، فلا يفهم عما إذا يحوز نصيب شركائه لحسابه خاصة أم لحسابه وحساب باقي الشركاء، على الشيوخ كوكيل عنهم، فالحياسة هنا تحمل معنيين، كذلك تكون حياسة كبير العائلة للأراضي المملوكة للعائلة كلها بصفته مديراً لها، فلا يفهم منها عما إذا كان يحوز لحسابه الخاص أم لحسابه وباقي أفراد العائلة معاً³.

ويجب ان نفرق هنا بين غموض ولبس الحياسة وخفاؤها، فالحياسة الخفية هي تلك التي لا يظهر ركنها المادي أما الحياسة الغامضة فهي تلك التي تثير الشك حول حقيقة قصد من يباشر اعمالها المادية،

¹-مرسي، كامل، اسباب كسب الملكية الحياسة و التقادم. مصر: دار النهضة العربية،1952. ص30-35.

²-منصور، حسين، قانون الاثبات وطرقه. الاسكندرية: دار الجامعة الجديدة،2002، ص43.

³- ناصر، الدين، سعيد، دراسات في الملكية العقارية. الجزائر: المؤسسة الوطنية للكتاب،1986، ص86-89.

هل يباشرها لحاسب نفسه أم لحساب غيره، لان اعمال السيطرة المادية التي يقوم بها، في ضوء الظروف الخاصة التي تحيط بها تحتمل المعنيين. في ذات الشأن نجد الفقيه السنهوري يقول:

" الغموض اذن عيب يشوب العنصر المعنوي في الحيازة، وهو يصل - في نظر البعض - إلى حد اعدامها كلية ولما يؤدي اليه الغموض من اهدار لركنها المعنوي وهو رأي تعييه رأي المبالغة، خاصة اذا لاحظنا ان بعض التشريعات تفترض توافر العنصر المعنوي من مجرد توافر العنصر المادي ، ومتى كان ذلك فانه لا يكفي مجرد الاستناد إلى غموض الحيازة للقول بانها تكون منعدمة تلقائيا، والا لكان ذلك ان الحيازة الغامضة او الملتبسة لا ترتب أي أثر في مواجهة الكافة لحين ان الصحيح هو الحيازة الغامضة أو الملتبسة هي حيازة موجودة لكنها معيبة وعيبتها هذا يشل اثرها، لا في مواجهة الكافة وانما في مواجهة من التبس على أمرها فحسب دون من عداه ومن امثلة الحيازة الغامضة ان تستمر الشيء تحت يد الخادم بعد وفاة مخدومه فلا يعرف ما اذا كان يحوزه لحساب ورثة المتوفى أم ان نيته قد تغيرت وأصبح يحوزه لحساب نفسه، أما المثال الاكثر شيوعا فهو ان يستمر أحد الورثة - بعد وفاة مورثه - إلى وضع يده على التركة كلها، حيث لا يعرف ما اذا كان يحوز اليه باقي الورثة نائبا عنهم في ادارة المال الشائع أم أنه أصبح يحوزه لحسابه والغموض، كالاكراه والخفاء عيب نسبي، فلا يصح ان يتمسك به الا من التبس عليه امر الحيازة او قصد الحائز"¹.

¹ - السنهوري، مرجع سابق، بند/ 268 ص 859.

الفصل الثاني

إثبات وتسجيل الملكية العقارية المكتسبة بالحياسة والتقدم المكسب

رأينا في الفصل الأول أن الحياسة هي السلطة الفعلية للشخص علي شئ من الأشياء والذي يستعمله بصفته مالكا له أو صاحب حق عيني عليه، إحدى مظاهر الحق، ووسيلة لاكتساب الحقوق، وقد حماها القانون و تناولها الفقهاء كثيرا، و نصت عليها التشريعات والقوانين المدنية في اكثر من بلد. وتم وضع العديد من القواعد التي من شأنها حماية الحياسة، وهناك العديد من الدعاوى التي تحمي الحياسة، دعوى استردادالحياسة، ودعوى منع التعرض ودعوى وقف الأعمال الجديدة. وفي هذا الفصل وسوف نتحدث عن تسجيل الملكية العقارية المكتسبة بالحياسة و التقدم المكسب و الاليات القانونية والقضائية لذلك.

المبحث الأول: إثبات الملكية العقارية المكتسبة بالحياسة والتقدم المكسب

أن للحياسة عنصرين هما العنصر الأول العنصر المادي ، والعنصر الثاني العنصر المعنوي. وكسب الحياسة العقارية يكون بالجمع بين هذين العنصرين إذ تكون منتجة لآثارهما ويجوز حمايتها بدعاوى الحياسة كذلك كسب الحياسة لها أصول انتقال و زوال، أن كانت قد تم اكتسابها بحسن نية أو سوء نية.

المطلب الأول: الآثار المترتبة على التقدم المكسب

تناولنا ان مدة التقدم المكسب الطويل هي خمسة عشر سنة، يجب على الحائز ان يحوز الشيء طوال هذه المدة حياة مكتملة العناصر والشروط خالية من العيوب، كذلك يجب ان لا تكون هذه الحياسة قد عرض لها عارضا تسبب في وقف التقدم أو انقطاعه، فاذا استوفت الحياسة عناصرها، وشروطها ولم يحدث أن توقفت أو انقطعت لاي سبب من الاسباب، كان للحائز أن يتمسك بتملكه للشيء بالتقدم المكسب طويل المدة، فاذا تمسك به سواء عن طريق الدعوى أو الدفع، اكتسب ملكية

الشيء بالتقادم المكسب، ورتب التقادم اثاره من ملكية الحائز للشيء الذي يحوزه بأثر رجعي، على أن الحائز قد يتنازل عن التقادم المكسب بعد اكتمال مدته سواء كان تنازلاً صريحاً أو ضمناً، ولذلك نتناول في هذا المطلب بحث موضوع اعمال التقادم المكسب والاثار التي تترتب عليه في فرعين (اعمال التقادم المكسب) و (أثار التقادم المكسب).

الفرع الاول: اعمال التقادم المكسب

إن قواعد التقادم المسقط تسري على التقادم المكسب من حيث وجوب التمسك به والتنازل عنه، فاذا اكتملت مدة التقادم المكسب المدة بأن حاز الشخص العين لمدة خمس عشر سنة لم تقف ولم تنقطع فيجب عليه اذن لاكتساب ملكيتها بالتقادم أن يتمسك به سواء عن طريق الدعوى أو الدفع ذلك ان الحائز قد لا يتمسك بالتقادم بل قد يتنازل عنه صراحة أو ضمناً.

سبق ووضحنا ان قواعد التقادم المسقط تسري على التقادم المكسب فيما يتعلق بموضوع وجوب التمسك بالتقادم والدفع به، بحيث لا يجوز للمحكمة ان تقضي بالتقادم من تلقاء نفسها، بل يجب ان يكون ذلك بناء على طلب المدين أو بناء على طلب دائنيه أو أي شخص له مصلحة فيه، كذلك ويجوز التمسك بالتقادم في أية حالة كانت عليها الدعوى ولو امام المحكمة الاستئنافية¹.

ومن هنا يتضح ان المحكمة لا يجوز لها ان تقضي بتمسك الحائز العين بالتقادم من تلقاء نفسها بل لا بد ان يتمسك به الحائز، ويجب ان يتمسك به الحائز او كل ذي مصلحة ان لم يتمسك به الحائز، وان التقادم المكسب يجوز التمسك به في اية حالة تكون عليها الدعوى².

كذلك لا يجوز للمحكمة إذا عرض عليها نزاعاً ما - ولم يتمسك فيه الحائز بتملكه للعين محل النزاع بالتقادم المكسب - لا يجوز لها أن تقضي بتملكه العين بالتقادم المكسب، بل يجب على

¹ - كيرة، حسن، الموجز في احكام القانون المدني ، الاسكندرية: منشأة المعارف، 1975، ص69. انظر ايضا نص المادة 387 من القانون المدني المصري.

² - السنهوري، الوسيط ، مرجع سابق، ص1060.

الحائز أن يتمسك أمام المحكمة بأنه قد تملك العين بوضع اليد للمدة الطويلة المكسبة للملكية، حينئذ يجب على المحكمة أن تقضي به، وليس المقصود من التمسك بالتقادم أن يعلن ذو المصلحة إرادته في أن يجري التقادم بل أن التقادم يقع من غير هذا الإعلان، وإنما أريد من وجوب التمسك بالتقادم أن يكون التقادم دفعاً يدفع به الحائز دعوى التمسك، ولا بد للشأن من إبداء هذا الدفع والتمسك به، ويخلص من ذلك أمرين¹:

الاول: ان التمسك بالتقادم ليس تصرفاً قانونياً قائماً على ارادة الحائز المنفردة، بل هو دفع يدفع به الحائز مطالبة المالك.

الثاني: ان القاضي لا يثير هذا الدفع من تلقاء نفسه، بل لا بد ان يتمسك به ذو المصلحة لانه لا يعتبر من النظام العام وان كان يمت إلى المصلحة العامة.

وليس التمسك بالتقادم شكل خاص وكل ما هنالك انه يجب على الحائز وكل ذي مصلحة ان يدفع به امام المحكمة في عبارات واضحة تدل دلالة قاطعة على تمسكه بالتمسك بالتقادم المكسب فلا يكفي ان يبدي ذو المصلحة ذلك في المرافعة الشفوية او بعبارات غير واضحة في صلب العريضة او يطلب من المحكمة الاخذ بما تراه من دفع، وانما على الحائز او صاحب المصلحة ان يتمسك بالتقادم على نحو صريح وواضح سواء كان ذلك امام محكمة اول درجة أو أمام محكمة الاستئناف، فإن أبدى الدفع بالتمسك امام محكمة اول درجة وقضي لصالحه بتملكه العين بوضع اليد المدة الطويلة المكسبة للملكية وتم استئناف الحكم من المالك يكفي ان يحضر الحائز او صاحب المصلحة ويطلب تأييد الحكم المستأنف حتى يعتبر قد تمسك بالتقادم أمام محكمة الاستئناف². أما إذا كان قد كسب دعواه المبتدأة لاسباب ليس من بينها التمسك بالتقادم المكسب وتم عمل استئناف من قبل المالك فيجب على الحائز أن يحضر في الاستئناف ويتمسك صراحة بالتقادم المكسب الطويل المدة، أما إذا

¹ - هذا الرأي الفقهي يورده السنهاوري في الوسيط صفحة 1060.

² - أبو سعد، محمد، منازعات الحيازة، الاسكندرية: منشأة المعارف، 1988، ص165.

كان قد خسر دعواه فمن حقه ان يقيم استئنافاً ويتمسك بالتقادم لأول مرة امام محكمة الاستئناف ولما كان لكلا من التقادم الطويل المدة المكسب للملكية والتقادم القصير احكامه الخاصة لذلك فان التمسك بالتقادم الطويل لا يغني عن التمسك بالتقادم القصير كما في التمسك بالتقادم القصير لا يغني عن التمسك بالتقادم الطويل¹.

الفرع الثاني: آثار التمسك به

يتمثل التمسك بالتقادم بقيام الحائز وكل ذي مصلحة بالدفع ربه امام المحكمة في عبارات واضحة تدل دلالة قاطعة على تمسكه بالتملك بالتقادم المكسب، فلا يكفي ان يبدي ذي المصلحة ذلك في المرافعة الشفوية أو بعبارة غير واضحة في صلب العريضة أو يطلب من المحكمة الأخذ بما تراه من دفع، وإنما على الحائز أو صاحب المصلحة ان يتمسك بالتقادم على نحو صريح وواضح سواء كان ذلك أمام محكمة أول درجة أو أمام محكمة الاستئناف، فان أبدى الدفع بالتملك أمام محكمة أول درجة وقضي لصالحه بتملك العين بوضع اليد المدة الطويلة المكسبة للملكية وتم استئناف الحكم من المالك كي يحضر الحائز أو صاحب المصلحة ويطب تأييد الحكم المستأنف حتى يعتبر قد تمسك بالتقادم امام محكمة الاستئناف، أما اذا كان قد كسب دعواه المبتدأة لاسباب ليس من بينها التملك بالتقادم المكسب وتم عمل استئناف من قبل المالك، يجب على الحائز ان يحضر الاستئناف ويتمسك صراحة بالتقادم المكسب الطويل المدة، أما اذا كان قد خسر دعواه فمن حقه ان يقيم استئنافاً ويتمسك بالتملك بالتقادم لأول مرة امام محكمة الاستئناف، ولما كان لكلا من التقادم الطويل المدة المكسب للملكية والتقادم القصير احكامه الخاصة لذلك فان التمسك بالتقادم الطويل لا يغني عن التمسك بالتقادم القصير كما ان التمسك بالتقادم القصير لا يغني عن التمسك بالتقادم الطويل.

¹ - الشقيري، استرداد الحياة، مرجع سابق، ص 97-102.

وفي هذا الشأن أشار مشروع القانون المدني الفلسطيني رقم (4) لسنة 2012 في أكثر من مادة حول آثار التقادم المكسب والتمسك به¹. حيث نفهم من هذه النصوص انه من حاز منقولاً أو عقاراً دون ان

¹ - مادة (1091)

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.

مادة (1092)

1. إذا وقعت الحيازة على عقار أو على حق عيني على عقار وكانت مقترنة بحسن النية واستتدت في الوقت ذاته إلى سبب صحيح، فإن المدة اللازمة لكسب هذا الحق تكون خمس سنوات .
2. لا يشترط توافر حسن النية إلا وقت تلقي الحق .
3. السبب الصحيح هو سند يصدر من شخص لا يكون مالكاً للشيء أو صاحباً للحق الذي يراد كسبه بمرور الزمن ويجب أن يكون مسجلاً طبقاً للقانون .

مادة (1093)

1. لا يسري التقادم فيما يتعلق بحقوق الإرث بين الورثة .
2. لا يجوز تملك الأموال المملوكة للدولة أو للأشخاص الاعتبارية العامة، أو الوقف، أو كسب أي حق عيني على هذه الأموال بالتقادم .
3. لا يجوز التعدي على الأموال المشار إليها بالفقرة السابقة، وفي حالة حصول التعدي يكون للجهة الإدارية المختصة حق إزالته إدارياً .

مادة (1094)

إذا ثبت قيام الحيازة في وقت سابق معين وكانت قائمة حالاً، فإن ذلك يكون قرينة على قيامها في المدة ما بين الزميين، ما لم يقدّم الدليل على خلاف ذلك.

مادة (1095)

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.

مادة (1096)

يكون مالكا له، او حاز حقا عينيا على منقول او عقار دون ان يكون هذا الحق خاصه به، كان له ان يكسب ملكية الشيء او الحق العيني اذا استمرت حيازته دون انقطاع . ان التمسك بالحيازة والعقار المحاز وفق القانون الفلسطيني مدة خمسة عشرة سنة، يعطي الحائز حق التملك. وقد ذهبت معظم القوانين العربية الى ذلك، حيث قضت المادة (1179) من التقنين المدني الاردني بان "1- لا تنقضي الحيازة اذا حال دون مباشرة السيطرة الفعلي على الشيء أو الحق مانع وقتي 2- ولا تسم الدعوى بها اذا استمر هذا المانع سنة كاملة وكان ناشئا من حيازة جديدة وقعت رغم ارادة الحائز او دون علمه 3- وتحسب السنة من الوقت الذي بدأت فيه الحيازة الجديدة اذا كانت ظاهرة ومن وقت علم الحائز الاول اذا بدأت خفية، واذا وجد مانع جوهري من اقامة الدعوى تحسب السنة من وقت القدرة على

تسري قواعد التقادم المسقط على التقادم المكسب فيما يتعلق بحساب المدة ووقف التقادم وانقطاعه والتمسك به أمام القضاء والنزول عنه والاتفاق على تعديل المدة، وذلك بالقدر الذي لا تتعارض فيه هذه القواعد مع طبيعة التقادم المكسب.

مادة (1097)

يقف التقادم المكسب متى وجد سبب للوقف أياً كانت مدة هذا التقادم.

مادة (1098)

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 هذا الميعاد .

مادة (1099)

1. من حاز بسبب صحيح منقولاً أو حقاً عينياً على منقول أو سنداً لحامله فإنه يصبح مالكا له إذا كان حسن النية وقت حيازته .

2. إذا كان حسن النية والسبب الصحيح قد توافرا لدى الحائز في اعتباره الشيء خالياً من التكاليف والقيود العينية، فإنه يكسب الملكية خالصة منها .

3. الحيازة في ذاتها قرينة على وجود السبب الصحيح وحسن النية ما لم يعم الدليل على خلاف ذلك."

اقامتها"¹. وقضت المادة 922 من التقنين المدني الكويتي بان: " لا تزول الحيازة اذا حال دون السيطرة الفعلية مانع وقتي، فاذا كانت الحيازة واردة على عقار وسلبت من صاحبها ثم استردها خلال ثلاث السنوات التالية لفقدائها اعتبرت انها لم تزول اصلا"².

والملاحظ ان التقنين المدني الكويتي يختلف عن التقنين المدني المصري في كونه لم يجعل حيازة العقار تقتضي بمضي سنة على فقدها وقيام حيازة جديدة عليه، كما فعل التقنين المدني المصري، بل رأى المشرع الكويتي ان الحيازة لا تزول الا بمضي ثلاث سنوات على سلب حيازة العقار دون استرداده أو التمسك به.

- مبررات وجوب التمسك بالتقادم من الحائز أو من صاحب المصلحة بصفة عامة:

ويمكن تبرير هذه القاعدة بالمبررات الاتية³:

1. أن كسب الملكية أو الحق ليس من النظام العام، فهو وان كان بيني على اعتبارات تتعلق بالمصلحة العامة، ويرتبط وجوده بالتالي بالنظام العام، إلا أن تطبيقه على الوقائع الفردية، من الناحية العملية، يتصل بالصالح الخاص، وغير متعلق بالنظام العام، ولهذا يجب ترك أمر التمسك به الى الحائز أو الى ذي المصلحة، فيكون له الخيار أن شاء تمسك به، وأن شاء نزل عنه حسبما يتراءى له.

2. أن التقادم يثير وقائع كثيرة لا يتسنى للقاضي أن يستخلصها من تلقاء نفسه حتى من واقع الأوراق والمستندات، إذ يثير البحث في الحيازة وشروطها وهي وقائع يصعب على القاضي أن يعرفها دون أن يثيرها الخصوم أمامه، وتكون موضوعاً لمناقشتهم حتى يتضح وجه الصواب لأن الحقيقة هي بنت الخلاف كما يقال.

¹- انظر : القانون المدني الاردني رقم (43) لسنة 1976 المواد رقم(1178-1179).

²- بشرى، الوجيز في الحيازة، مرجع سابق، ص105-108.

³- عبد الرحمن، الحيازة المكسبة للملكية، مرجع سابق، ص440.

3. وقد رأى المشرع أن هناك حالات يفيد فيها الغاصب من كسب الملكية بمضي المدة استناداً الى نصوص القانون وعمد الى إعطاء فرصة للحائز لكي يتروى ويراجع نفسه، فقد يستيقظ ضميره، ويرفض الاستفادة بمال يعلم انه غير مملوك له، حتى لو كان القانون يعطيه الحق في ذلك إذ أن نصوص القانون في صدد التقادم لا تعني أن اكتساب الحق يمضي المدة عادلاً وسائغاً.

4. وفي تبرير قاعدة وجوب التمسك بالتقادم من جانب الحائز ويحظر على القاضي القضاء به من تلقاء نفسه، يمكن القول بأنه اذا اثار القاضي التقادم من تلقاء نفسه وحكم به للحائز، فانه يكون بذلك قد خالف النظريات العقلية والقواعد القانونية التي تجعل الحيابة مع مضي المدة الطويلة في ذاتها، لا تفيد دليلاً يقينياً على الملكية ولا توجب حكماً جازماً في الحقوق، إذ أن القاضي بذلك يجعل الشك يقيناً والظن دليلاً فضلاً عن ذلك يكون القاضي قد حكم أو فصل في شيء بدون طلب الخصم وإنما لم يطلبه.

والتبرير الصحيح لقاعدة وجوب التمسك بالتقادم من جانب الحائز أو ذي المصلحة يكمن في أن الحيابة الممتدة قد لا يكون الحائز في بعض حالاتها مالكا للحق، بل غاصبا له، وقد ترك المشرع الامر له ليقرر الاستفادة أو عدم الاستفادة من هذا الحق حسبما تمليه عليه أخلاقه وضميره، والوازع الديني الذي يتوافر لديه، فقد يابى ضمير الحائز أن يقبل مثل هذا الحق المغصوب ولا يتمسك بالتقادم.

المطلب الثاني - الآليات القانونية لإثبات الحيابة والتقادم المكسب

هناك علاقة ما بين الحيابة والملكية، أوردها القانون ضمن آليات معينه، وفي الغالب قد يكون الحائز هو المالك، بل قد تكون الحيابة ذاتها هي سبب كسب الحائز للملكية، كما هو الشأن في الاستيلاء وكما هو الأمر في كسب الحائز حسن النية للمنقول وكسبه للثمار، وكما هو الشأن في التقادم حيث يكسب الحائز الملكية بالتقادم الطويل أو القصير.

ولكن قد يتضح ان الحائز ليس هو المالك، وأنه لم يكسب الملكية لا بالحيابة ولا بسبب آخر من اسباب كسب الملكية، فحينذ اذا رفع المالك دعوى الاستحقاق على الحائز واسترد منه ملكه، قد يقتضي الامر استرداد الحائز من المالك المصروفات التي قد تكبدها في حفظ الشيء عندما كان في حيازته، كذلك قد تتحقق مسؤولية الحائز عن ملك الشيء أو تلفه اذا هلك أو تلف وهو في حيازته¹.

اعتبرت معظم التشريعات الحيابة في حد ذاتها قرينة على الملكية أو الحق العيني الآخر إلى ان يقوم الدليل على ما يخالف ذلك. بحيث يكفي الحائز ان يستند إلى هذا المظهر الواقعي فيكون من يدعي ملكية الشيء أو الحق العيني الذي في حوزة الحائز أن يرفع هو دعوى الحق فيقف فيها الحائز موقف المدعى عليه، وهو أمر لا تخفى أهميته بالنسبة للحائز، خاصة اذا كان يعوزه غير الحيابة دليل على حقه فيما يحوز، فهو - كمدعى عليه - لن يكون مطالباً بتقديم مثل هذا الدليل، وانما يكفيه ان يستند إلى مجرد حيازته للشيء محل هذا الحق فتغدو الحيابة على هذا النحو وسيلة سهلة ومختصرة لحماية ذاته، والمدعى هو الذي يتحمل عبء المناضلة في اثبات ما يدعيه هو من حق على هذا الشيء، وقد لا يكون ذلك بالسهل ابداً، بل ان المشرع، حين تكون الحيابة وارده على عقار

¹ - الشهاوي، الحيابة كسب من اسباب كسب الملكية في التشريع المصري المقارن، مرجع سابق، ص 220.

وضع تحت يد الحائز من الدعاوي ما يمكنه من حماية لذاتها ولو لم تكن مستندة إلى حق كدعوى منع التعرض، ودعوى وقف الاعمال الجديدة ودعوى استرداد الحيابة¹.

وعلى الرغم من أن الحيابة لا تعدو في ذاتها أن تكون مجرد حالة واقعة، إلا ان لها في النظم القانونية آثارها البالغة الاهمية، ففضلا عما سبق من أن المشرع يعتبرها قرينة على الملكية، فإنه يخول كذلك الحائز حسن النية لشيء لا يملكه، أما اهم الاثار التي تترتب على الحيابة، فهي صلاحيتها - بذاتها - لان تكون سبباً لكسب الملكية، أما في الحال: اذا وردت على منقول، وكان الحائز حسن النية ويستند في حيازته له إلى سبب صحيح، أو بعد مضي مدة معينة فيما يعرف اصطلاحاً بالتقادم المكسب. ولعل أهمية الاثرين الاخيرين هي التي تقف وراء معالجة المشرع للحيابة، كنظرية عامة، لاسباب كسب الملكية².

الفرع الأول: الآليات القضائية لإثبات الحيابة التقادم المكسب

إن لإثبات الحيابة والتقادم المكسب طرق وآليات قضائية يلجأ إليها صاحب الحق، متمثلة بدعاوى الحيابة الثلاث، حيث يقول العلامة عبد الرازق السنهوري: "قد ميز التقنين المدني الجديد بين دعاوى الحيابة الثلاث تمييزاً واضحاً وخصها بنصوص، وردت بين النصوص المتعلقة بالحيابة، ويلاحظ ان هناك فرقاً جوهرياً بين دعوى استرداد الحيابة من جهة وبين دعوى منع التعرض ودعوى وقف الاعمال الجديدة من جهة اخرى ففي حين ان الدعويين الاخيرين تحميان الحيابة بعد أن تستقر وبعد أن تدوم سنة على الاقل ويراد بهما دفع التعرض عن هذه الحيابة المستقرة إذا بدعوى الاسترداد تعطى لكل حائز ولو كان حائزاً عرضياً ولو لم تدم حيازته سنة واحدة بل ولو لم تستمر حيازته غير يوم أو اقل ما دامت هذه الحيابة قد انتزعت منه عنوة أو كان قد فقدها خفية ثم أن دعوى منع التعرض تتميز

¹ - دراسة بعنوان "دعوى الحيابة" منشور على موقع www.startimes.com تاريخ الاطلاع 2017/1/24.

² - شفيق، الحيابة المدنية، مرجع سابق، ص 16-17.

عن دعوى وقف الاعمال الجديدة في أن الدعوى الاولى تدفع عن الحيابة اعتداء قد وقع فعلا في حين أن دعوى وقف الاعمال الجديدة تحمي الحيابة لا من اعتداء قد وقع فعلا بل من اعتداء يوشك ان يقع وهو سيقع حتما لو تمت الاعمال التي بدىء بها"¹.

وقبل التعرض لبحث الآليات القضائية المتمثلة بدعاوى الحيابة الثلاث تجدر الاشارة إلى ان التشريعات لم تضع تعريفا للدعوى وانما وضعت شروطا لقبولها وهي وسيلة قانونية يلجأ اليها صاحب الحق طالبا من السلطة القضائية حماية حقه، وقد حولها المشرع للافراد للدفاع عن حقوقهم بعد أن حرمهم حق اقتضاؤها بانفسهم. ويتعين لقبول الدعوى ان يكون لرافعها مصلحة في ذلك والمصلحة هي المنفعة التي تعود على المدعى من التجائه إلى القضاء وهي الباعث إلى رفع الدعوى"².

وكما تكون المصلحة هي شرط لقبول الدعوى تكون كذلك شرطا لقبول أي طلب أو دفع أو طعن في الحكم. والمصلحة التي يعقد بها هي المصلحة القانونية التي تستند إلى حق وان تكون شخصية ومباشرة كما يجب ان تكون قائمة وحالة ويستوي ان تكون المصلحة مادية أو أدبية ومعنى ان تكون المصلحة شخصية ومباشرة أن يكون رافع الدعوى هو صاحب الحق المراد حمايته ومعنى أن تكون المصلحة قائمة وحالة أن يكون حق رافع الدعوى قد اعتدى عليه، أما اذا كانت المصلحة محتملة فانه تكفي المصلحة المحتملة اذا كان الغرض من الطلب الاحتياط لدفع ضرر محقق أو الاستيثاق لحق يخشى زوال دليله عند النزال فيه"³. وقد منح مشروع القانون المدني الفلسطيني رخصة رفع هذه الدعوى بنص 1085 والتي تبين بوضوح موضوع هذه الدعوى فتقول: "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

¹ - السنهوري، الوسيط، مرجع سابق، ص 927.

² - سيف، رمزي، الوسيط في شرح قانون المرافعات المدنية، القاهرة: مكتبة النهضة المصرية. 1959، ص 62.

³ - سيف، الوسيط في شرح قانون المرافعات المدنية، مرجع سابق، ص 62.

العمل الذي يكون من شأنه أن يحدث الضرر". ومن جانب ذات صلة فقد جاء حكم قاضي الأمور المستعجلة في محكمة بداية نابلس في الطلب رقم 2014/116 " بالتدقيق أجد ان المستدعي قد تقدم بهذا الطلب لوقف المستدعي ضده من أعمال البناء على قطعة الارض رقم 13 المعروفة بالجبل من أراضي دير شرف و التي يملك المستدعي فيها حصصاً أثرية مشاعية بموجب حجة تخارج المبرز ط/3 و ان المستدعي ووكيله لم يسمحوا له بالبناء وحيث أن المحكمة تجد وفق ظاهر تلك البينة وهي حجة التخارج الكلي المبرز ط/3 وإخراج القيد المبرز ط/2 ان هناك حق ظاهر للمستدعي يستوجب الحماية المستعجلة لدرء مثل هذا الخطر وأن حماية هذا الحق لا تكون إلا إذا تم اللجوء الى القضاء المستعجل لأن اللجوء الى القضاء العادي مهما قصرت مواعيده فإنه لا يحقق الحماية المنشودة كما تجد ان تلك الحماية الوقتية ليس من شأنها المساس بأصل الحق وذلك حفاظاً على المراكز القانونية للخصوم. لذلك ولتوافر شرائط القضاء المستعجل وللكفالة لكل عطل وضرر المبرز ط/4 و التي تضمن المستدعي ضده كل عطل وضرر قد يلحق به إذا تبين ان المستدعي غير محق في طلبه. فأني أقرر الحكم بوقف المستدعي ضده من أعمال البناء على قطعة الارض رقم 13 من أراضي الجبل دير شرف وإلزام المستدعي بإقامة دعواه خلال ثمانية أيام من تاريخ صدور هذا القرار وبعكس ذلك يعتبر القرار كأن لم يكن على أن تعود الرسوم و المصاريف على الفريق الخاسر بالنتيجة"¹.

وكما يجب ان يكون لرافع الدعوى مصلحة شخصية ومباشرة قائمة وحالة يجب ايضا ان يكون للمدعي صفة في رفعها وكذلك المدعى عليه والا حكم بعدم قبولها وتتوافر هذه الصفة اذا كان لرافعها مصلحة معتدى عليها اما بالنسبة لصفة المدعى عليه فان الدعوى لا تقبل اذا كان ليس له شأن بالنزاع. هذا بالاضافة إلى انه يجب ان يتوافر لاطراف الدعوى الاهلية اللازمة للتقاضي والا كانت اجراءات الخصومة باطلة حيث انها شرط لحصة انعقاد الخصومة والمرجع في اهلية التقاضي هو قانون

¹ - غدير عنبوسي، "خصوصية دعوى الحيازة"، مرجع سابق، ص 59.

الاحوال الشخصية وقضت محكمة النقض المصرية ببطلان الاجراء المبني على انعدام صفة احد الخصوم في الدعوى مقرر لمصلحة من وضع لحمايته ولا شأن لها بالنظام العام¹.

اذن الحيازة تحمي الأوضاع الظاهرة كونها قرينة على الملكية، ومن ثم فإنها تهدف إلى حماية الحائز بصرف النظر عن المالك الحقيقي، وبالنتيجة تحقيق حماية الأمن والنظام العامين، لأنها تقوم على مبدأ أساسي وهو عدم جواز اقتضاء الشخص حقه بنفسه، فما على من يدعي خلاف الظاهر إلا اللجوء إلى القضاء، ومما لا شك فيه أن دعاوى الحيازة وكغيرها من الدعاوى الأخرى تخضع في رفعها للشروط المنصوص عليها القوانين والتشريعات، غير أن هذه الشروط تعالج بما يتناسب أو يتوافق وطبيعة دعاوى الحيازة، وحتى تتمتع الحيازة بالحماية المقررة لها ومن ثم ممارسة دعاوى الحيازة لابد من توافر أركانها وشروط صحتها. أخيراً من أوجه حماية الحيازة أن لحائز العقار اذا فقد الحيازة ان يطلب خلال السنة التالية لفقدائها ردها اليه فإذا كان فقد الحيازة خفية بدأ سريان السنة من وقت أن ينكشف ذلك. ويجوز ايضاً أن يسترد الحيازة من كان حائزاً بالنيابة عن غيره².

الفرع الثاني: شروط رفع دعوى استرداد الحيازة

بناء على ما سبق من يجوز لمن سلبت حيازته، ان يلجأ لرفع دعوى استرداد حيازة موضوعية وله ان يقيم دعوى استرداد حيازة مستعجلة، اذا ما توافرت شروط الاستعجال.

في ذات الشأن أعطى المشرع المصري الحق لمن صدر ضده الحكم في الظلم، ان يقيم دعوى استرداد حيازة موضوعية، إلا انه لا يجوز له أن يقيم دعوى استرداد حيازة مستعجلة، لان الحكم الصادر في التظلم يحز حجية متى يقضى بالغائه أو بما ينقصه بحكم موضوعي، ومن ثم يكتسب

¹ - سيف، الوسيط في شرح قانون المرافعات المدنية، مرجع سابق، ص62.

² - شفيق، الحيازة المدنية، مرجع سابق، ص51-52.

حجية أمام القضاء المستعجل الذي يتقيد به، ولا يجوز له ان يقضي على خلافه¹. ومن جانب ذات صلة فقد جاء حكم محكمة النقض المصرية: " عملا بالقانون رقم 79 لسنة 2007 بما يلي: "لما كانت دعاوى الحيازة تقدر قيمتها بقيمة الحق الذي ترد عليه الحيازة عملا بنص الفقرة الرابعة من المادة 37 من قانون المرافعات وكان الحق مثار النزاع هو حق المطعون عليه في الانتفاع بالعين المؤجرة اليه، وكان القانون رقم 52 لسنة 1969 الذي يحكم واقعة النزاع قد اضى على عقود ايجار الاماكن التي تخضع لحكمه امتدادا قانونيا غير محدود المدة معا تعتبر معه قيمة عقد الايجار - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - غير قابلة للتقدير، ومن ثم وعملا بنص المادة 41 مرافعات تعتبر قيمتها زائدة على (مائتين وخمسين جنيها) فان الحكم الصادر في الدعوى الماثلة يكون مما يجوز استئنافه امام محكمة الاستئناف"².

وحتى تستقيم دعوى استرداد الحيازة الموضوعية، يجب ان تتوافر لها عدة مقومات وشروط، يختلف بعضها عن دعوى منع التعرض ودعوى وقف الاعمال الجديدة، حيث ان دعوى استرداد الحيازة تحمي الحيازة حتى وان كانت حيازة عرضية، حتى ولو لم تستمر سنة كاملة، بل ولو لم تستمر سوى يوما واحدا، ما دامت قد اغتصبت بالقوة، اما الدعوتان الاخرتان فتحميان الحيازة بعد ان تستقر، وبعد ان تستمر سنة كاملة، ويراد بها دفع هذا التعرض على هذه الحيازة المستمرة. فقد منح المشرع الفلسطيني في مشروع القانون المدني الفلسطيني رقم (4) لسنة 2012 بنص المادة 1083 منه الرخصة للحائز باسترداد حيازته اذا وقع عليها الغصب " للحائز أن يرفع في الميعاد القانوني دعوى استرداد الحيازة على من انتقلت إليه حيازة الشيء أو الحق المغتصب منه ولو كان هذا الأخير حسن النية".

¹ - مصطفى، احمد، دعوى استرداد الحيازة علما وعملا وفقا لآخر قانون المرافعات واحداث احكام محكمة النقض. ط3، دم، دار المجد للنشر والتوزيع، 2014، ص45.

² - الطعن رقم 924 / 47 ق - جلسة 1980/4/26

وبقراءة النص السابق من مشروع القانون المدني الفلسطيني وما يقابله في التشريعات المقارنة يتبين موضوع دعوى الاسترداد و المتمثل في الشيء محل الحيازة الذي يباشر عليه الحائز سلطته الفعلية بقصد الظهور عليه بمظهر المالك وتستلزم الحيازة ان يكون الشيء محل الحيازة قابلاً لأن ترد عليه ملكية خاصة وأن يكون مما يجوز التعامل فيه. ومهما يكن الشيء محل الحيازة سواء كان عقاراً أو حقاً عينياً فإن هناك أربع حالات تكون دعوى استرداد الحيازة إذا اغتصببت فيها حكم القاضي باختلاف كل حالة بحسب ما تنص عليه المادة 1094 من مشروع القانون المدني الفلسطيني و المادة 959 من القانون المدني المصري¹.

ولكن طبيعة دعوى استرداد الحيازة كدعوى عقارية تقضي رفع الدعوى على من يكون العقار تحت يده، ولو لم يكن هو الغاصب كما انها دعوى عينية تعطي الحائز حق تتبع العقار في يد من انتقلت اليه الحيازة ولو كان هذا حسن النية، لان الغرض المقصود منها هو رد حيازة الحق العيني العقاري لا التعويض عن فعل الغصب ولان المشرع عدها من دعاوى الحيازة. أما القول بانها دعوى شخصية يطلب فيها المدعي تعويضاً عن الضرر الذي لحقه من سلب حيازته فهذا الامر ليس خاصاً بدعوى استرداد الحيازة وحدها بل هو حائز لسائر المدعين في دعاوى الحيازة الاخرى بجانب الطلب الاصيل، حماية الحيازة لذلك فان الهدف الاساسي لدعوى استرداد الحيازة يظل حماية الحائز والغرض منها هو اعادة الحيازة إلى صاحبها.

وقد تنبه القانون المدني المصري إلى هذا الامر وما فيه من خلاف، فنص بشكل صريح في المادة (960) منه على ان: "للحائز ان يرفع في الميعاد القانوني دعوى استرداد الحيازة على من انتقلت اليه حيازة الشيء المغتصب منه ولو كان هذا الاخر حسن النية". حيث تطابق حكم هذه المادة مع المادة

¹ - عينوسي، "خصوصية دعاوى الحيازة"، مرجع سابق، ص38.

1083 و المادة 1084 من مشروع القانون المدني الفلسطيني. فأكد بذلك صفة الدعوى هذه العينية العقارية شأن اخواتها دعاوى الحيازة.

وتطبيقاً لذلك قضت محكمة النقض المصرية بالقول انه: "لما كان المؤجر يلتزم بضمان انتفاع المستأجر بالعين المؤجرة عملاً بنص المادة (571) من القانون المدني فان هذا الضمان يمنع المؤجر من تأجير العين للغير ويحق للمستأجر عقد المخالفة بوصفه حائزاً للعين المؤجرة ان يرفع في هذه الحالة دعوى استرداد الحيازة على من انتقلت اليه حيازتها من المالك المغتصب ولو كان المستأجر الاخير حسن النية اعمالاً لنص المادة (960) من القانون المدني"¹.

والمدعى عليه في دعوى استرداد الحيازة هو الشخص الذي انتزع الحيازة من الحائز ولا يشترط ان يكون ذلك عن طريق القوة وان كان هذا هو الغالب حيث يكفي ان يستولي على العقار غصباً وقهراً أو خلسة دون علم الحائز ولا يشترط ان يكون المدعى عليه سيء النية حيث أن إنتزاعه للحيازة يعد عملاً عدوانياً يوجب قبل كل أمر آخر ان ترد الحيازة إلى الحائز. ولا يجوز للمدعي ان يرفع دعوى استرداد الحيازة ضد المدعى عليه اذا كان مرتبطاً معه بعقد وكان انتزاع الحيازة يدخل في نطاق هذا العقد حيث يجب على المدعي في هذه الحالة ان يلجأ إلى دعوى العقد لالزام المدعى عليه بشروط العقد.

للمدعي ان يرفع هذه الدعوى ضد من انتقلت اليه حيازة العقار المغتصب وذلك عملاً بنص المادة 1083 والمادة 1084 من مشروع القانون المدني الفلسطيني والمادة 959 من القانون المدني المصري- تم التعرض لهما سابقاً-. ومهما يكن الشيء محل الحيازة سواء كان عقاراً أو حقاً عينياً فإن هناك أربع حالات تكون دعوى استرداد الحيازة إذا اغتصب يختلف فيها حكم القاضي باختلاف كل

¹- مصطفى، دعوى استرداد الحيازة علماً وعملاً وفقاً لآخر قانون المرافعات وحدث احكام محكمة النقض، مرجع سابق، ص49.

حالة بحسب ما تنص عليه المادة وعلى القاضي عند الحكم في دعوى استرداد الحيازة أن يفرق بين حالات أربع وهي¹:

1- حيازة المدعي دامت مدة لا تقل عن سنة .

2- حيازة المدعي لم تدم سنة كاملة لكن انتزعت منه بالقوة.

3- حيازة المدعي لم تدم سنة كاملة ولم تنتزع بالقوة لكن المدعي عليه لا يستند الى حيازة أحق بالتفضيل.

4- حيازة المدعي لم تدم سنة كاملة ولم تنتزع بالقوة لكن المدعي عليه يستند الى حيازة أحق بالتفضيل.

وفيما يلي تفصيل هذه الحالات الاربع على النحو الآتي²:

▪ الحالة الاولى حيازة المدعي دامت مدة لا تقل عن سنة:

إذا كانت حيازة المدعي استمرت مدة لا تقل عن سنة قضى للمدعي برد حيازته وبإعادة العقار إلى أصله إن كان المدعي قد أحدث به تغييراً كما لو كان المدعي عليه قد أقام بناءً جديداً قضى بهدمه أو هدم بناء كان قائماً قضى بإعادته، وللقاضي أن يحكم على المدعي عليه بغرامة تهديدية ليحمله على تنفيذ ما قضى به وله أن يحكم للمدعي بتعويض عما أصابه من ضرر وذلك طبقاً لقواعد المسؤولية التقصيرية.

▪ الحالة الثانية حيازة المدعي لم تدم سنة كاملة لكن انتزعت منه بالقوة:

إذا كانت حيازة المدعي لم تستمر سنة كاملة ولكن الحيازة قد انتزعت منه بالقوة ففي هذه الحالة يجب على القاضي أن يحكم برد حيازة المدعي إليه عملاً بنص المادة 1083 والمادة 1084 من مشروع

¹ - هذه الحالات مشروحة وفق نصوص مشروع القانون المدني الفلسطيني و ما يقابله من نصوص القانون المدني المصري، كذلك وفق المراجعات والشروحات التي أوردتها غدير عينبوسي في رسالتها منقولاً الدكتور مدحت الحسيني، الحماية الجنائية و المدنية للحيازة في ضوء القانون رقم 23 لسنة 1992، ط3، دار المطبوعات الجامعية، 1992، ص127.

² - الكبيسي، الحماية القانونية للحيازة، مرجع سابق، ص140-148.

القانون المدني الفلسطيني والمادة 959 من القانون المدني المصري، والفقرة الثانية من المادة 959 من القانون المدني العراقي. حيث انه لا يشترط في هذه الحالة ان تستمر حيازة المدعي سنة كاملة وهذه الدعوى شرعت جزاء على انتزاع الحيازة بالقوة وللقاضي أيضا أن يحكم بغرامة تهديدية أو بتعويض الضرر كما سبق القول.

▪ الحالة الثالثة حيازة المدعي لم تدم سنة كاملة ولم تنتزع بالقوة لكن المدعى عليه لا يستند

الى حيازة أحق بالتفضيل:

إذا كانت حيازة المدعي لم تستمر سنة كاملة ولم تنتزع حيازته بالقوة ولكن المدعى عليه لا يستند إلى حيازة أحق بالتفضيل قضى للمدعي برد حيازته إليه وبإعادة العقار إلى أصله وبالغرامة التهديدية وبالتعويض كما سبق القول لأن المدعى عليه لم يثبت أن حيازته للعقار أحق بالتفضيل وأن كان له أن يرفع دعوى الملكية ويحمل عبء إثبات حق ملكيته للعقار¹.

• الحالة الرابعة حيازة المدعي لم تدم سنة كاملة ولم تنتزع بالقوة لكن المدعى عليه يستند

الى حيازة أحق بالتفضيل:

إذا كانت حيازة المدعي لم تستمر سنة كاملة ولم تنتزع حيازته بالقوة ولكن المدعى عليه يستند إلى حيازة أحق بالتفضيل ففي هذه الحالة لا يقضى المدعي برد حيازته حيث أن المدعى عليه يستند إلى حيازة الحق بالتفضيل وذلك عملاً بنص الفقرة الأولى من المادة 959 من القانون المدني المصري وإذا أراد المدعي أن يسترد هذا العقار فليس أمامه إلا رفع دعوى الملكية ويقع عليه عبء إثبات الملكية فان أفلح في اثباتها إسترد العقار من المدعى عليه².

ولمحكمة الموضوع السلطة التامة في التحقق من إستيفاء الحيازة للشروط التي يتطلبها القانون إلا أن ذلك مشروط بأن تقيم قضاءها على أسباب سائغة وواقعة سلب الحيازة وتاريخها من المسائل

¹ - السنهاوري، الوسيط في شرح القانون المدني، مرجع سابق، ص 922.

² - السنهاوري، الوسيط في شرح القانون المدني، مرجع سابق، ص 923.

الموضوعية المتروك تقديرها ولقاضي الموضوع ووضع اليد واقعة مادية يجوز إثباتها بكافة الطرق وللقاضي أن يستقي دليله من أي مصدر ولا عليه أن أعتمد في ذلك على تقارير الخبراء المقدمة في الدعوى¹.

ودعوى استرداد الحيازة في القانون المصري تشارك دعاوى المسؤولية في نواح متعددة وأيضاً تشارك دعاوى الحيازة في عدة نواح. فمن حيث كونها تشارك دعاوى المسؤولية فإن هذا يظهر في نواح متعددة:

1- فهي ترد الحيازة حتى للحائز العرضي، الذي لا يحوز لحساب نفسه بل يحوز لحساب غيره، فيكفي ان يكون للشخص مجرد سيطرة مادية على الشيء، فاذا انتزعت منه هذه السيطرة كان هذا عملاً غير مشروع جزاؤه رد هذه السيطرة لمن كانت له من قبل عن طريق دعوى استرداد الحيازة.

¹ - الخطب، مهدي كامل. الموجز في وضع اليد المكسب للملكية العقارية على ضوء احكام محكمة النقض، ط3، مصر: دار الالفي لتوزيع الكتب القانونية، دت، ص4-81. قضت المادة 958 من التقنين المدني المصري بأن: "1. لحائز العقار، ان يطلب خلال السنة التالية لفقدائها ردها اليه، فاذا كان فقد الحيازة خفية، بدأ سريان السنة من وقت ان يكتشف ذلك" و2- ويجوز ايضاً ان يسترد الحيازة من كان حائزاً بالنيابة عن غيره" بينما قضت المادة 959 من ذات التقنين المدني المصري بأن: "1- اذا لم يكن من فقد الحيازة قد انقضت على حيازته سنة وقت فقدها، فلا يجوز ان يسترد الحيازة الا من شخص لا يستند إلى حيازة احق بالتفصيل، والحيازة الاحق بالتفصيل هي الحيازة التي تقوم على سند قانوني واذا لم يكن لدى اي من الحائزين سند او تعادلت سنداتهم، كانت الحيازة الاحق هي الاسبق في التاريخ، 3- اما اذا فقد الحيازة بالقوة فللحائز في جميع الاحوال ان يسترد خلال السنة التالية حيازته من المعتدي". كما قضت المادة 960 من النقض المدني المصري بأن: "للحائز ان يرفع في الميعاد القانوني دعوى استرداد الحيازة على من انتقلت اليه حيازة الشيء المغتصب منه ولو كان هذا الاخير حسن النية". ويقابل نص المواد 958 و 949 و 860 من التقنين المدني المصري نص المواد 962 - 964 من التقنين المدني الليبي، ونص المواد 1150 - 1153 من التقنين المدني العراقي و نص المواد 924 - 926 من التقنين المدني الكويتي، ولا مقابل النصوص الواردة في التقنين المدني المصري في هذا الشأن ثمة نصوص مماثلة في التقنين المدني الاردني او في قانون الملكية العقارية اللبناني، او في التقنين المدني السوري.

2- وكذلك الحال فيما لو قامت الحيازة على عمل من اعمال التسامح أو على ترخيص إداري يجوز الرجوع فيه في أي وقت فإننا لا نكون بصدد حيازة بالمعنى الصحيح، بل بصدد مجرد حيازة مادية، ومع ذلك إذا انتزعت هذه السيطرة من صاحبها كان هذا ايضا عملا غير مشروع وجاز أن ترد هذه السيطرة إلى من كانت له من قبل، عن طريق دعوى استرداد الحيازة.

3- وإذا اكتملت للحيازة عناصرها فأصبحت حيازة قانونية ولكنها لم تستقر استقرارا كافيا بان لم تدم مدة سنة كاملة، فان انتزاعها بالقوة يعتبر عملا غير مشروع، وتكون دعوى استرداد الحيازة هنا ايضا جزاء على القوة التي أستعملت في نزع الحيازة ورد الحيازة في هذا الغرض أقرب إلى أن يكون جزاء على عمل غير مشروع هو القوة التي أستعملت من أن يكون حماية لحيازة لم تستقر ولم تدم مدة كافية¹.

ودعوى إسترداد الحيازة تاخذ حكم الدعاوى العينية العقارية، لا من حيث الاختصاص القضائي فحسب، ولكن من حيث أن الحائز الذي سلبت حيازته يتتبع بها العقار حيثما كان، سواء لدى من سلب الحيازة أو لدى من انتقلت اليه الحيازة بعد ذلك، أيضا على فرض حسن النية. فلقد شرعت دعوى استرداد الحياة لحماية الحائز من اعمال الغصب وليسترد حيازته ممن سلبها منه، فهي تقوم أساساً على رد الاعتداء غير المشروع، حيث أن دعوى منع التعرض كافية لإسترداد الحيازة لمن سلبت منه حيازته حيث أن سلب الحيازة اخطر واشد من التعرض لها².

الفرع الثالث: صور التمسك بالحيازة والجهة القضائية المختصة

إن دعوى إثبات الملكية العقارية بالحيازة باعتبارها وسيلة لحماية مركز قانوني تستعمل عن طريق الطلب أو عن طريق الدفع فالطلب والدفع وسيلتا إستعمال الدعوى وهو الأصل الذي جاءت به أحكام

¹- منصور، منصور، حق الملكية في القانون المدني المصري. ط2، القاهرة: مكتبة عبد الله وهبة، 1982، ص98-101.

²- عبد الجواد، محمد، الحيازة و التقادم المكسب في الفقه المقارن. الاسكندرية: منشأة المعارف، 1977، ص176.

القوانين الفلسطينية والقوانين المعمول بها في أراضي السلطة الفلسطينية، كذلك ما يقابلها من القوانين العربية المدنية (الاردني ، المصري ، العراقي وغيرها).

الدعوى هي الطريق الأصلي الذي يستعمله الحائز لطلب الحماية القضائية في حالة الأعتداء على مركزه القانوني ويمكن تصور ذلك في الحالتين التاليتين¹:

وجود من ينازع الحائز والمدعى، في حيازته عن طريق التعرض لها أو خروج العين من حيازته بعد أن تملكها بالتقادم المكسب ، وفيما يلي نتناول تبعاً صور التمسك بالحيازة أمام القضاء.

أولاً: عن طريق الطلب

الطلب عمل إجرائي يتضمن إعلان الشخص عن رغبته في الحصول على حماية حقه في القضاء، وعليه موضوع الطلب هو المنفعة المراد بها إصدار الحكم من القاضي والموضوع هذا المفهوم هو الذي يميز الطلب القضائي عن الدفع. أما سبب الطلب فهو الأساس القانوني والواقعي الذي يستند عليه الحائز في إدعائه، وإذا كان الطلب القضائي ينشأ علاقة قانونية بين الخصوم والمحكمة فإن هذه الأخيرة ملزمة بالفصل فيه وإلا اعتبرت مستتكة عن إحقاق الحق².

وبمجرد تقديم الطلب إلى القضاء تترتب جملة من الآثار القانونية بالنسبة للحقوق المتنازع عليها بين الخصوم، سواء بالنسبة للخصوم أو بالنسبة للمحكمة التي تنتظر النزاع ولا تثبت تلك الآثار إلا بعد صدور الحكم. هذا بالنسبة للصورة الأولى التي يستعملها الحائز أمام الجهات القضائية للحصول على حماية واثبات حيازته والى جانبها توجد وسيلة ثانية المتمثلة في الدفع وبها يتم وتتكامل الأدوات التي يستخدم بها الحق في الدعوى أمام القضاء.

¹ - زهوين، ميسون، " إكتساب الملكية العقارية الخاصة عن طريق الحيازة"، مرجع سابق، ص99.

² - زهوين، " إكتساب الملكية العقارية الخاصة عن طريق الحيازة"، مرجع سابق، ص100.

ثانيا: عن طريق الدفع

الدفع هو الأداة الثانية من أدوات استعمال الحق في الدعوى، يجسد فيها القاضي إدعائه بالملكية عن طريق التقادم طالباً من القضاء الحصول على الحماية القضائية، فيجوز للحائز أن يتمسك بالتقادم المكسب في شكل دفع ضد المدعي.

فالتقادم المكسب دفاع عن خصومة قائمة، ويحتفظ به صاحبه إلى أن تقام عليه الدعوى، فهو ليس إنكاراً فحسب أو موقفاً سلبياً من جانب المدعى عليه وإنما يتضمن إدعاء كالمطلب تفصل فيه المحكمة. والدفع هو الإجراء الذي يجيب به الخصم على طلب خصمه بقصد تقادي الحكم له في الموضوع فهو يوجه إلى أصل الحق المدعى به، وحيث يتميز هذا الدفع بأنه لا يتعلق بالنظام العام بل هو مقرر لمصلحة الخصوم، ولكل ذي مصلحة في الدعوى ولا يجوز للقاضي ان يثيره من تلقاء نفسه. ولما كان هذا الدفع دفع موضوعي مقرر لمصلحة الأطراف فيمكن التمسك به في أية مرحلة كانت عليها الدعوى، فإذا فات الحائز التمسك به أمام محكمة الدرجة الأولى جاز له أن يتمسك به أمام جهة الاستئناف ما لم يقفل باب المرافعة. هذا ما نصت عليه المادة 321 في الأمر رقم 154/66 المتضمن الإجراءات المدنية من القانون الجزائري¹. وعلى ذلك جاء حكم النقض الفلسطينية المنعقدة في رام الله "إن مسألة مصلحة الاطراف هي من حق الخصوم و الذي يملكون إثارتها قبل أي دفع آخر..."².

وأخيراً فإن الحكم الصادر في هذا الدفع بقوله ورفض الدعوى أو رفض الدفع الموضوعي يكون حكماً موضوعياً حاسماً للنزاع بصفة نهائية، ويجوز حجية الشيء المقضي به بالنسبة لموضوع الدعوى فلا يجوز إقامة دعوى جديدة وهذا حسب الأحكام العامة للدفع الموضوعي. وإذا كان الحق في الدعوى

¹ - زهوبين، " إكتساب الملكية العقارية الخاصة عن طريق الحيابة"، مرجع سابق ، 101-102.

² - انظر نقض مدني فلسطيني رقم 2010/58 تاريخ 2010/10/24 منشور على في احكام قضائية على موقع المقتفي، تاريخ الزيارة .2017/7/29.

يستعمل بوسيلتين أساسيتين كقاعدة عامة فإنه قد يتم إستعماله بأدوات أخرى تعتبر إستثناء وارد على الأدوات العادية التي يتم بها إستخدام الدعوى كالتحكيم ونظام الأوامر. ومهما كانت الصور التي يستعين بها الحائز في دعواه الرامية إلى تعزيز مركزه القانوني فإنه يجب إن تمارس أمام الجهات القضائية المختصة.

الفرع الرابع: سلطة القاضي في اثبات ملكية العقار عن طريق الحيابة

إنه مجرد توافر أركان الحيابة واستيفائها للشروط القانونية الصحيحة لا يكفيان للحصول على الحكم القاضي بتثبيت الملكية المكتسبة عن طريق الحيابة، بل تخضع الدعوى التي ترفع أمام القضاء إلى قواعد الاختصاص المحلي والنوعي على حد سواء. وطالما كان الامر كذلك فإن للقاضي سلطة بحث مدى إثبات الملكية العقارية، لأن الحكم الذي يصدره يكون السند المكرس لهذه الملكية طالما توافرت في الحائز الشروط القانونية المطلوبة¹.

بالرجوع إلى المادة 1083 و1084 من مشروع القانون المدني الفلسطيني، و المادة 959 من القانون المدني المصري نجد عدد من الحالات يبرز فيها سلطة القاضي للنظر في إثبات ملكية العقار عن طريق الحيابة والدعوى الخاصة بها، من حيث:

اولاً: ان يكون المدعي واضحاً يده على العين وضع يدي مادي وقت وقوع الغصب والأكراه أي يكون لرافع الدعوى حيابة مادية حالية².

ثانياً: أن يقع سلب الحيابة فيتعين أن تكون حيابة المدعي قد سلبت من العين أي يكون الفعل يتكلم عنه المدعي قد أدى إلى فقد حيابته للعقار سواء كان سلب الحيابة قد وقع بالقوة والاكراه أو بغير القوة

¹ -زهوين، " إكتساب الملكية العقارية الخاصة عن طريق الحيابة"، مرجع سابق، ص103.

² - نقض 1936/10/12 مجموعة عمر-1-1167 ونقض 1938/2/3 مجموعة عمر-2-216 وارد لدى عيبنوسي، غدير. "خصوصية دعاوى الحيابة دراسة مقارنة". رسالة ماجستير، جامعة النجاح، 2015، ص76.

ففي الحالتين يحق لمن سلبت حيازته ان يرفع دعوى استرداد الحيازة ، لكن المشرع سهل الامر على من سلبت حيازته بالقوة فأجاز له ان يوقع الدعوى ولو لم تكن الحيازة قد استمرت سنة كاملة قبل سلبها¹.

ثالثا: أن تستمر الحيازة مدة سنة على الاقل قبل سلبها بالإكراه وفي بعض الحالات المدة تختلف باختلاف حالات سلب الحيازة.

رابعا: أن ترفع الدعوى أمام قاض الامور المستعجلة خلال السنة التالية لفقد الحيازة بالاكراه².

خامسا: الاستعجال- فالاستعجال شرط لاختصاص قاض الامور المستعجلة بالنظر في الدعوى كما هو الشأن في كافة الدعاوى التي يخشى عليها فوات الوقت³. ان طابع الاستعجال لقضايا الحيازة تعزز من سلطة القاضي في إثبات ملكية العقار من عدمه عن طريق الحيازة، وذلك لان دعاوى الحيازة ومشكلاتها لا تتعرض للملكية، كما سبق البيان، فقد تقتصر على حماية الحيازة في ذاتها، فهي بذلك تحمل طابع الاستعجال حيث ان اجراءاتها غير طويلة وغير معقدة كدعاوى الملكية وهي قريبة الشبه بالدعاوى المستعجلة التي لا يجوز التعرض فيها لأصل الحق، ويدور بحثها في ظاهر الاوراق⁴.

¹-مصطفى، دعوى استرداد الحيازة، مرجع سابق، ص114.

²- البشير، طه، الحقوق العينية. بغداد: الدار الجامعية للطباعة، 1982، ص86.

³- قضت محكمة النقض الفلسطينية في حكمها الصادر بتاريخ 2013/12/13 في دعوى رقم 2003/35 "وعليه وحيث أن من شأن الخوض فيما إثارة الطاعنان المساس بأصل الحق الذي هو أختصاص القضاء العادي ولا يعني أنه يتمتع التعرض لأصل الحق على الاطلاق وإنما يمنع التعرض للحق على نحو يؤثر في المراكز القانونية للخصوم وبعبارة أخرى فإن قاضي الأمور المستعجلة أن يبحث في الطعن ويصدر قرار حسبما يدل ظاهر الحال".

⁴- مصطفى، احمد. دعوى استرداد الحيازة، مرجع سابق، ص23-27. قضت محكمة الامور المستعجلة بالقاهرة بالدعوى رقم 1065 لسنة 1977 - مدني مستعجل القاهرة في 1977/10/12. وبالدعوى رقم 6812 لسنة 1978 - محكمة الامور المستعجلة بالقاهرة في 1978/2/20

"يختص قضاء الامور المستعجلة بنظر دعوى استرداد الحيازة، ويتعين لاختصاصه توافر الشروط الاتية:

- أ. ان يكون المدعي حائزا للعقار او حق عيني اصلي عقاري حيازة مادية هادئة
- ب. وقوع اعتداء على هذه الحيازة
- ج. استمرار الحيازة لمدة سنة
- د. رفع الدعوى في ظرف سنة من تاريخ سلب الحيازة.
- هـ. توافر الاستعجال وعدم المساس باصل الحق
- و. ان تدخل في ولاية جهة القضاء العادي.

ولذلك يجوز أن ترفع دعاوى الحيازة أمام محكمة الامور المستعجلة، وبالاخص دعوى استرداد الحيازة، ودعوى وقف الاعمال الجديدة، أما بالنسبة لدعوى منع التعرض فالرأي الغالب والمتبع وما استقرت عليه أحكام المحاكم على أنه لا يجوز رفع دعوى منع العرض أمام القضاء المستعجل، أي عدم اختصاص القضاء المستعجل بدعوى التعرض¹.

لهذا كله مُنح القاضي دوراً ايجابياً وبعض السلطات التي تمكنه من تكملة ورقابة عمل الخصوم في الإثبات حتى لا يتمكن الخصوم من ضحد الحقيقة والتلاعب بالأملك العقارية، وعليه فللقاضي ومن تلقاء نفسه إحالة القضية على التحقيق وهذا لسماع الشهود وتوجيه اليمين المتممة وإجراء معاينة. كما يتمتع القاضي بسلطة تقديرية واسعة في تقدير الاولوية وقبولها أو رفضها دون أن تكون عليه رقابة من المحكمة العليا شريطة أن لا يخرج عن المدلول والمعنى الذي يعطيه له الدليل من دون تبديل الوقائع. لذلك فعلى القاضي أن يتأكد من الملف التقني الذي يقدمه الحائز والمتمثل فيما يلي²:

- مخطط الملكية معد من طرف خبير معتمد سواء كان خبير عقاري أو مهندس معماري في القياس أو حتى من مكتب دراسات للتأكد من المساحة بدقة ومدى إحترام الملكيات المجاورة والارتفاقات أن وجدت والبيانات التي يحتويها.
- شهادة من البلدي تثبت أن العقار لا يدخل ضمن املاك البلدية أو احتياطاتها العقارية.
- شهادة من دائرة أملاك الدولة تثبت الطبيعة القانونية للعقار أن كان يدخل ضمن أملاك الدولة أم لا.
- شهادة من المحافظة العقاري تحدد الوضعية القانونية للعقار وهل سبق وان حرر عقد ملكية لفائدة الغير ام لا.

ز. عدم الجمع بين دعوى الحق امام القضاء العادي ودعوى الحيازة امام القضاء المستعجل"

¹-مصطفى، دعوى استرداد الحيازة، المرجع السابق، ص23-27.

²- زهوين، " اكتساب الملكية العقارية الخاصة عن طريق الحيازة" مرجع سابق، ص103-104.

إلا أنه فضلا عن ذلك، يستحسن أن يتحقق من مدى صحة المعلومات الواردة عن الحيابة بحيث ينتقل الى المكان وسماع الملاك المجاورين لانهم أعلم بالحيابة من الشهود التي يحضرهم المدعي. وبالتالي فإن الملف التقني بتلك المقومات ونظراً لأهميته على القاضي أن يحرص على وجوده وتبدو أهمية خاصة في مسألة الإثبات بالقرائن، فالقاضي له استخلاص هذه القرائن من ملف الدعوى، وتكفي قرينة واحدة لتكوين عقيدة القاضي في حكمه شريطة أن تكون كافية ومنتجة في الدعوى.

المطلب الثالث: الآليات غير القضائية لإثبات الحيابة والتقدم المكسب

تتمثل الآليات غير القضائية لإثبات الحيابة بالإجراءات المدنية من مسح عقاري وسجلات عقارية وتأسيس إجراءات لمعاينة حق الملكية العقارية، وتسليم سندات الملكية عن طريق تحقيق عقاري. وقد وضح القانون جملة من الاحكام مقررة لفائدة الحائز الذي تتوافر فيه الشروط القانونية الصحيحة عند ممارسة الحيابة بصورة سليمة والامر يتعلق إما بالحصول على عقد الشهرة الذي يحرره الموثق أو شهادة الحيابة التي يسلمها رئيس المجلس البلدي ، حيث نتج عن بطيء عمليات المسح العقاري أن بقيت عقارات الى يومنا هذا لم تحرر عقودها ومرد ذلك أنها عمليات مكلفة للغاية إذ تتطلب نفقات باهظة كي يتم مسح جميع الأراضي الى جانب عدم توفر القدر الكافي من الرجال المتخصصين في عملية المسح، وبناء على كل تلك المعطيات وكذا كون مسار الملكية العقارية في بلادنا تتداول في ملكية الأراضي من جيل الى جيل وبالتالي غياب السندات المكتوبة، الأمر الذي دفع بالمشرع إلى إيجاد حل لتطهير الوضعية العقارية للأملاك التي لم تتم فيها بعد عمليات مسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري بصورته الفلسطينية الحديثة، مع وجود العراقيل التي يضعها الاحتلال، تلك

الأسباب جعلت المشرع يلجأ الى قوانين قديمة مثل القوانين العثمانية والأردنية حتى الأوامر العسكرية الاسرائيلية، لتسجيل الاراضي وتصنيفها وإثبات ملكيتها إما لاشخاص أو للدولة¹.

¹- انظر : 1- قانون الأراضي العثماني لسنة (1858م: صدر قانون الأراضي سنة (1858م)؛ حيث نظم الأراضي الأميرية والمتروكة اما الأراضي الملك، فقد تركها خاضعة للأحكام الشرعية، وبعد ذلك أصبحت الأراضي الأميرية بموجبه تابعة له، أما بقية الأراضي من المملوكة والموقوفة، فبقيت تابعة للأحكام الفقهية، فأصدرت في عام (1859م) لائحة تعليمات بحق هذه الفترة ظهرت الأوقاف غير الصحيحة سندات الطابو، وقانون الطابو عام(1861م) وملحقاته عام (1867م)؛ حيث سيطرت الدولة العثمانية على الأراضي، وجعلت التصرف بالأراضي من خلال القوانين المحددة، التي تضعها ، وكان حق التصرف يُثبت بأوراقٍ تدعى حجج شرعية، تكون مصدقة من القضاء فاذا ما ضاعت، كان وضع اليد على الأرض، والتصرف بها، هو الذي يحدد ملكيتها، وهذا هو السبب الذي كان نتيجته إصدار قانون الطابو وملحقاته.

2- قانون التصرف في الأموال غير المنقولة(1920م): نظم هذا القانون المعاملات المتعلقة بالأراضي الأميرية والأراضي الموقوفة، كما اعتبر إذن (3) على المحاكم النظامية والشرعية سماع دعوى المتصرف دون سند طابو مأمور التسجيل شرطاً لفراغ الأرض، وأن يكون متوفراً، بمجرد إجراء معاملة الفراغ أمام دوائر الطابو، وفي حال وفاة أحدهم، يقوم فروعه مقامه، إن لم يكن له فرع انتقل نصيبه لزوجته الحي.

3-قانون نزع الملكية الانتداب البريطاني لسنة 1926م أعطى هذا القانون للحكومة، أو أي مجلس بلدي، أو محلي، أو شخص على وشك القيام بمشروع بصفته (المنشئ) بعد موافقة المندوب السامي عليه، بأنه للمنفعة العامة للتفاوض مع صاحب الأرض، و الاتفاق عليها بالبيع، أو الاستئجار، يمنح بذلك امتياز لنزع الملكية في حال رفض صاحب الأرض الموافقة على ما سبق.

4- قانون تسوية الأراضي والمياه الذي صدر بتاريخ (1933)؛ والذي أرسى قواعد ثابتة للملكية وأعطى «ساري المفعول الي ان صدر قانون للقيود قوةً ثبوتيةً مطلقةً لا يجوز الطعن بها أمام المحاكم الذي بقي سارياً حتى صدور اول قانون تسوية الأراضي التسوية رقم (9) لسنة (1937م)الذي بقي سارياً حتى صدور اول قانون تسوية الاراضي والمياه في العهد الاردني و الذي يحمل رقم (40) لسنة (1952م) والذي يعمل على بيان كيفية إجراء التسوية في الأراضي من جداول ادعاءات وحقوق وإجراءات أخرى عديدة، ولا يزال هذا القانون سارياً في الضفتين: الغربية والشرقية؛ إذ لم يميز بين أنواع الأراضي وأصنافها، عند الادعاء بالحقوق

5- سن الاحتلال الاسرائيلي العديد من الأوامر العسكرية، التي تهدف إلى السيطرة على الأراضي، والحياة المدنية في الضفة الغربية؛ وخصوصاً بعد عام (1967م)، وأبقى القوانين السارية أثناء الحكم الأردني سارية المفعول بما لا يتعارض مع أي أمرٍ عسكري، وبلغ عدد الأوامر العسكرية ما يقارب من (1300) أمرٍ عسكري في الضفة الغربية وما يقارب من (900) أمرٍ عسكري في قطاع غزة.

6- قانون انتقال الأموال غير المنقولة المؤقت رقم 8 لسنة (1941م)قانون انتقال الأموال غير المنقولة المؤقت لسنة (1941م) الذي وضع الشروط الأساسية للوصية سواء كان المتوفى أجنبياً مسلماً، أو غير مسلم، و هي على التوالي:

1. أن تكون موقعة ومكتوبة ومختومة في نهايتها من قبل الموصي، أو أي شخص آخر عهد إليه الموصي بذلك، وفي كلتا الحالتين يتم ذلك بحضور شاهدين على الأقل، على أن يكون كل شاهد قد أتم (18) سنة من العمر، وأن يكونا سليمي العقل عند التوقيع، وأن يشهدا بحضور الموصي على الوصية
2. أن لا يكون الموصي أقل من 18 سنة عند عمل الوصية
3. أن لا يكون قد أجبر على الوصية، أو تم التحايل عليه.

المبحث الثالث: انتقال وزوال الحيازة

اولا: انتقال الحيازة:

يقصد بانتقال الحيازة من حائز إلى حائز آخر أن يكون هناك اتصالا ما بين الحائزين لا تنقطع به الحيازة القديمة عن الحيازة الجديدة، ولا تعتبر الحيازة الجديدة حيازة مبتدأ، بل امتداد للحيازة القديمة، فتكون هناك حيازة سابقة تتصل بها حيازة اخرى نابعة منها تسمى الحيازة اللاحقة، وهذا الاتصال ما بين الحيازتين السابقة واللاحقة يكون من شأنه جواز ضم مدة الحيازة السابقة إلى مدة الحيازة اللاحقة، لان الاتصال يحمل الحيازة السابقة إلى مدة الحيازة اللاحقة، لان الاتصال يجعل الحيازة السابقة تستمر في الحيازة اللاحقة فيكون هناك استمرار للحيازة¹. وترتيباً على ما تقدم فان استيلاء الشخص على منقول وحيازته إذا لم يكن للمنقول مالك، ليس فيه انتقال للحيازة، لانه لا توجد حيازة أخرى، وانتقلت حيازته للحائز الجديد، وأغتصاب الشخص لقطعة أرض مملوكة لغيره وفي حيازته بالاكراه ليس فيه انتقال للحيازة، لأن الأعتصاب بشيء حيازة جديدة متقطعة الصلة بالحيازة القديمة وليست استمرارا لها وبالتالي لا يجوز للمغتصب طلب ضم مدة الحيازة السابق المغتصبة حيازته، كذلك اذا توفى شخص وترك عقارا يورث عنه فحازه آخر غير وارث، فلا يستطيع هذا الأخير أن يضم إلى حيازته حيازة سابقة، لأن حيازته تعتبر حيازة مبتدأ لا تتصل بالحيازة السابقة، ولا تعد استمرارا لها ، لذلك فان المقصود بانتقال الحيازة من حائز إلى حائز آخر هو ان تكون الحيازة في هذا الانتقال حيازة متصلة لا تنقطع اللاحقة منها عن السابقة، ولا تعتبر اللاحقة حيازة مبتدأ، والحيازة بهذا المعنى تنتقل باحد طريقتين، الاول بالميراث وهذا هو انتقال الحيازة إلى الخلف العام من المورث إلى الوارث، والثاني وهو انتقال الحيازة إلى الخلف الخاص كانتقال الحيازة من البائع إلى المشتري².

¹ - كيره، حسن، الموجز في احكام القانون المدني، مرجع سابق، ص 143.

² - بشرى، الوجيز في الحيازة، مرجع سابق، ص 89-91.

وقد تعرضت المواد (1075-1077) من مشروع القانون المدني الفلسطيني لانتقال الحيازة¹، بالمقابل تعرضت نصوص المواد 952، 953، 954، 955 من القانون المدني العراقي لموضوع انتقال الحيازة من حائز إلى آخر².

ثانياً: زوال الحيازة:

تزول الحيازة إذا فقدت عنصرها المادي والمعنوي، وقد تزول الحيازة إذا فقدت عنصرها المادي فقط، وتزول الحيازة إذا فقدت عنصرها المعنوي فقط. نتاولنا ان للحيازة عنصرين: العنصر المادي وهو السيطرة المادية على الشيء، والعنصر المعنوي وهو قصد استعمال الحق، وتزول الحيازة إذا فقد الحائز العنصرين معا ويتحقق ذلك في حالتين:

الاول: فقد الحيازة بإرادة الحائز متطابقة مع حيازة خلفه الخاص في الحيازة، مثال اذا باع الحائز العين التي في حيازته إلى شخص آخر وسلمه العين، فقد بذلك السيطرة المادية عليها وعنصر قصد استعمال الحق لحساب نفسه وبالتالي يفقد الحيازة بعنصرها.

الثاني: ان يفقد الحائز الحيازة بعنصرها بإرادته وحده فالحائز قد يتخلى طوعاً وإرادته عن حيازته للشيء ويفقد عنصري الحيازة من سيطرة مادية على الشيء وقصد استعمال الحق، مثال ذلك في المنقول قد يلقى به مالكة في الطريق متخلياً عن حيازته بذلك الحيازة والملكية بإرادته أما العقار فاذا تخلى عنه مالكة فقد حيازته دون ملكيته³.

¹ نص المادة 1075 " 1- تنتقل الحيازة من الحائز إلى غيره إذا اتفقا على ذلك وكان في استطاعة من انتقلت إليه أن يسيطر على الحق الواردة عليه الحيازة، ولو لم يكن هناك تسلّم مادي للشيء موضوع هذا الحق ..2- يجوز أن يتم نقل الحيازة دون تسليم مادي إذا استمر الحائز واضعاً يده لحساب من يخلفه في الحيازة، أو استمر الخلف واضعاً يده ولكن لحساب نفسه." كذلك اشارت المادة 1077 " 1- تنتقل الحيازة للخلف العام بصفاتها، على أنه إذا كان السلف سيئ النية، وأثبت الخلف أنه كان في حيازته حسن النية جاز له أن يتمسك بحسن نيته، 2- يجوز للخلف الخاص أن يضم إلى حيازته حيازة سلفه في كل ما يرتبه القانون على الحيازة من أثر".

² - بسام ، محمد سليمان."التنظيم القانوني للحيازة دراسة تأصيلية - تطبيقية" مجلة جامعة الموصل، المجلد (14) العدد (50).

³ - العكلي، رحيم، دراسات في قانون المرافعات المدنية. بغداد، مكتبة مصباح، 2006، ص106.

وقد يفقد الحائز السيطرة المادية على الحق الذي يستعمله فيفقد حيازته ولو استبقى العنصر المعنوي وهو قصد استعمال الحق، مثال ذلك اذا اغتصب شخص من الحائز ارضه كانت في حيازته او كان لديه حيوان فضاع منه هنا يفقد الحائز السيطرة المادية على الشيء فيفقد بذلك احد عنصري الحيازة فتزول حيازته.

واستثنت بعض القوانين من ذلك بعض الموانع المؤقتة، مثل ما نصت عليه الفقرة الاولى من المادة 957 من القانون العراقي المدني بقولها: " لا تنقضي الحيازة اذا حال دون مباشرة السيطرة الفعلية على الحق مانع وقتي"¹ والمقصود بالمانع الوقتي هنا المانع الطبيعي كالفيضان أو حالة حرب فلا تعتبر الحيازة هنا قد زالت بزوال السيطرة المادية على الشيء ويبقى الحائز حائزاً في أثناء المدة التي استغرقها الفيضان أو حالة الحرب، وتزول الحيازة ايضاً بفقد عنصرها المادي إذا هلك الشيء أو تم الاستيلاء عليه من الدولة بالطريق القانوني وهو نزع الملكية مقابل تعويض عادل وأدخل في التنظيم العام². وقد وافقت نصوص مشروع القانون المدني الفلسطيني ما ذهب اليه القانون المدني العراقي حيث اعتبر أن الحيازة لا تزول بالمانع المؤقت أو الذي له سقف زمني مؤقت فأشارت المادة رقم(1080) إلى ذلك بالقول:"1- لا تنقضي الحيازة إذا حال دون مباشرة السيطرة الفعلية على الشيء أو الحق مانع وقتي. 2- تنقضي الحيازة إذا استمر المانع سنة كاملة، وكان ناشئاً عن حيازة جديدة، وقعت على الرغم من إرادة الحائز أو دون علمه، وتحسب السنة ابتداءً من الوقت الذي بدأت فيه الحيازة الجديدة، إذا بدأت علناً، أو من وقت علم الحائز الأول بها إذا بدأت خفية."

ويقابل النصوص الفلسطينية نص المادة 856 و 957 من التقنين المدني المصري، كذلك نص المادة 923 من التقنين المدني الكويتي ونص المادتين 815 و 815 من التقنين المدني السوري، ونص

¹- انظر القانون المدني العراقي المادة رقم (957). كذلك مشروع القانون المدني الفلسطيني مادة رقم (1080).

²- كامل، الحماية القانونية للحيازة، مرجع سابق، ص46.

المادتين 9560 و861 من التقنين المدني الليبي، ونص المادتين 1178 و1179 من التقنين المدني الاردني¹.

وقضت المادة 922 من التقنين المدني الكويتي بان:

1. تزول الحيازة إذا تخلى عن سيطرته الفعلية على الشيء أو فقد هذه السيطرة باية طريقة اخرى.
 2. لا تزول الحيازة إذا حال دون السيطرة الفعلية مانع وقتي، فإذا كانت الحيازة واردة على عقار وسلبت من صاحبها ثم استردها خلال ثلاث السنوات التالية لفقدائها اعتبرت أنها لم تزل أصلاً.
- والملاحظ أن التقنين المدني الكويتي يختلف عن التقنين المدني المصري في كونه لم يجعل حيازة العقار تنقضي بمضي سنة على فقدانها وقيام حيازة جديدة عليه، كما فعل التقنين المدني المصري، بل رأى المشرع الكويتي أن الحيازة لا تزول إلا بمضي ثلاث سنوات على سلب حيازة العقار دون استرداده².

وقضت المادة 1178 من التقنين المدني الاردني بان "تزول الحيازة اذا تخلى الحائز عن سيطرته الفعلية على الشيء أو الحق أو فقدتها باي طريقة اخرى، بينما قضت المادة 1179 من ذات التقنين المدني الاردني بان "1- لا تنقضي الحيازة اذا حال دون مباشرة السيطرة الفعلي على الشيء أو الحق مانع وقتي 2- ولا تسم الدعوى بها اذا استمر هذا المانع سنة كاملة وكان ناشئاً من حيازة جديدة وقعت رغم ارادة الحائز او دون علمه 3- وتحسب السنة من الوقت الذي بدأت فيه الحيازة الجديدة اذا كانت ظاهرة ومن وقت علم الحائز الاول اذا بدأت خفية، وإذا وجد مانع جوهري من اقامة الدعوى تحسب السنة من وقت القدرة على اقامتها"³.

¹ - انظر القوانين المدنية للدول المشار اليها.

² - بشرى، الوجيز في الحيازة، مرجع سابق، ص 105-108.

³ - انظر : القانون المدني الاردني رقم (43) لسنة 1976 المادة رقم(1178-1179).

والتأبث أن التقنن الاردنن ىتفق فى اءكامه مع التقنن المءنن المصرى. والمستفء من هءه النصوء أن الءىزة تزول بزوال عنصرها الماءى؁ وهو السىطرة الفعلفة على الءق الءى ىستعمله الءائر؁ كما أن الءىزة تزول إىضا بزوال عنصرها المعنوى وهو قصد الءائر أن ىستعمل الءق لءساب نفسه؁ إذ ان الءىزة متى فقءت أءء عنصريها الماءى أو المعنوى؁ تكون قد فقءت أءء مقوماتها فتزول؁ ومن باب اولى تزول الءىزة اذا فقءت العنصرىن معا؁ العنصر الماءى والعنصر المعنوى.

الخاتمة (النتائج والتوصيات)

خلال هذه الدراسة تبين معنا أن الحيازة تعتبر سبباً من أسباب كسب الملكية في جميع الشرائع والتشريعات منذ الرومان حتى يومنا هذه. مع ذلك لم تترك الحيازة على عواهنها بل تم تأطيرها بقواعد وقوانين فصلت جوانبها جميعها. ومن هنا فقد وضحت الدراسة بداية تعريف الحيازة حيث وردت في اللغة بمعانٍ متعددة منها ما يتصل بموضوع الدراسة فقد وردت الحيازة في اللغة بمعنى استحقاق الشيء وضمه وجمعه، كذلك وردت بمعنى التوجه والانفراد. وتبين أن الحيازة أعم وأشمل من الاحراز. أما في الاصطلاح فقد تعددت اتجاهات الفقهاء في تعريفهم للحيازة، من حيث التعريفات القانونية. تناولت الدراسة أيضاً الطبيعة القانونية للحيازة، حيث وضعت العديد من التشريعات (الفلسطينية، الاردنية، المصرية) تعريفاً منصوفاً عليه بنص قانوني واضح. ثم تعرضت الدراسة الى عناصر الحيازة وشروطها حيث ان الحيازة لا تقوم بدون توفر عنصرها المادي والمعنوي. وكان لأثار الحيازة نصيباً من البحث و التحليل، وعالجت الرسالة أسباب وشروط التقادم المكسب، وجاءت عيوب الحيازة من حيث إستمرارها وتقطعها وعدم العلانية و عيب الأكره و الغموض من ضمن ما اشتملت عليه الرسالة.

وأما الفصل الثاني من الرسالة فقد تناول آليات إثبات وتسجيل الملكية العقارية المكتسبة بالحيازة والتقادم المكسب. وأخيراً تناولت الدراسة إنتقال الحيازة و زوالها. وقد خلصت الدراسة الى نتائج جوهرية نجملها فيما يأتي.

النتائج:

اولاً: أن الحيابة تقوم على عنصرين أساسيين هما، العنصر المادي والعنصر المعنوي. وبشكل العنصر المادي مجموعة الاعمال المادية التي يقوم بها الحائز، وتجعله يسيطر على العقار محل الحيابة أو يستعمل بالفعل حقا من الحقوق، ويصح أن يباشر الحائز تلك الاعمال بنفسه أو بواسطة غيره. أما العنصر المعنوي أو قصد التملك فهو الضابط الذي يميز الحيابة القانونية عن غيرها، فالحيابة التي تستجمع العنصرين هي الحيابة الحقيقية. كذلك تبين أن شروط الحيابة تتمثل بالهدوء والوضوح والعلانية، ويترتب على عدم تحققها عدم إنتاج الحيابة لأثارها ومنها حمايتها على الرغم من عدم التأثير على وجودها والاستمرار ليس منها وإنما هو قوام الحيابة.

ثانياً: أن الحيابة العقارية محمية بالقانون لتحقيق ضمانات العدالة. بل أن هذه الحماية هي الأصل لتأكيد الاستقرار الكافي في المراكز القانونية عن طريق القضاء، وهي دعاوى موضوعية، وعينية تعطي الحق للحائز بتتبع العقار في يد من انتقلت اليه الحيابة ولو كان حسن النية، وهي دعوى عقارية لان الحيابة التي حماها القانون بدعاوى الحيابة هي الحيابة الواردة على عقار، ان المقصد من دعوى الحيابة هو حماية الحيابة نفسها حماية كاملة مستقلة عن حماية الملكية أو أصل الحق.

ثالثاً: هنا نصل إلى نتيجة مهمة ، وهي أن القانون وهو يحمي الحيابة بوصفها وضعاً مادياً ليس في ذلك أي تعد أو مساس بالحماية الخاصة للملكية، بوصفها حقاً عينياً حرمت التشريعات الاعتداء عليه. ومن أجل ضمان استقلال وفصل الحماية عن حماية الملكية وضع المشرع قاعدة عدم جواز الجمع بين دعوى الحيابة ودعوى الملكية شرطاً أساسياً لا غنى عنه.

التوصيات:

بناء على ما تم بحثه في هذه الدراسة الخاصة بموضوع الحيابة كسبب مكسب للملكية ، والنتائج التي

تم التوصل لها فأنا نوصي المشرع الفلسطيني وأصحاب العلاقة بالقوانين ما يلي:

اولاً: توفير الحماية القانونية اللازمة لحائز العقار الذي حاز على العقار في مدة التقادم المكسب

للحيابة بغض النظر عن مدة التقادم، وذلك بتوفير الحماية القانونية لهذا الحائز من الغير فيما لو ظهر

بعد انقضاء المدد المنصوص عليها في القانون، وخصوصاً أنه حسن النية في مواجهة الغير، ولا

يصار الى تطبيق قاعدة الحق أسبق الى حماية القانون، وذلك لسبب واحد ان التناقض في الحالتين)

الحيابة الهادئة ومقولة الحق أسبق لحيابة القانون) حيث ان القانون جاء لحماية الحق، والاصل ان

القانون يتوجب ان يحمي هذا الحائز حسن النية والذي اكتسب هذا العقار بمرور الزمن حيابة هادئة.

ثانياً: يا حبذا إعادة النظر في العديد من مواد مشروع القانون المدني الفلسطيني رقم 4 للعام 2012

خاصة المواد المتعلقة بالحيابة وتعريفاتها حيث لم تحدد هذه المواد الاشخاص التي تسري عليهم

نصوص هذه المواد. كذلك مراجعة المادة 39 من أصول المحاكمات المدنية والتجارية حيث من

المفروض أن تتضمن أنواع دعوى الحيابة وتحديد الشروط الواجب توفرها في هذه الدعوى الامر الذي

افتقدته هذه المادة.

ثالثاً: تمكين القضاء النظر في قضايا الحيابة وفقاً للسلطة التقديرية للهيئات القضائية المختصة كون

ما يتم العمل به في فلسطين يستند الى تشريعات قام بوضعها مشرع أجنبي أو عربي، وفي ذات المقام

انه لا يوجد لدينا سوى مذكرات إيضاحية في هذا الخصوص ومشروع قانون مدني فلسطيني لم يتم

تطبيقه حسب الاصول حتى تاريخ إعداد الرسالة.

رابعاً: أن يسارع المشرع الفلسطيني بنشر القانون المدني الفلسطيني في الجريدة الرسمية ليتم الاخذ به

وتطبيقه بالسرعة الممكنة، بالنظر الى كثرة المنازعات الحقيقية الواقعة على الكثير من الأراضي

الفلسطينية والاعتداءات وخصوصاً المنازعات الواقعة على العقارات التي تقع ضمن أحواض طبيعية وهذا خلق اشكاليات ومنازعات فعلية بين الافراد مما يتطلب اللجوء للقضاء لحلها.

خامساً: ضرورة إلغاء قانون وضع اليد البريطاني. وإلغاء أي أوامر عسكرية احتلالية وما زال العمل بها في محاكمنا أو الاستناد إليها في أي دعوى أو قضية تخص الحيابة العقارية في فلسطين.

سادساً: بما أن دعوى استرداد الحيابة شرعت من اجل حفظ الامن والاستقرار في المجتمع ، نوصي بتعديل المادة 1094 من مشروع القانون المدني الفلسطيني بحيث تقتصر على أحقية الحائز بالتملك وتمكينه من ذلك. لانه الهدف من هذه التشريعات الخاصة بالحيابة هو حمايتها بذاتها للمصلحة العامة.

ملاحق

شرح قوانين وأحكام

أولاً: القوانين الصادرة ما قبل 1912م

في العام (1858م) أصدرت الدولة العثمانية قانون الأراضي العثماني، وفيه تم تقسيم، على خمسة اقسام وهي: أراضي ملك، وموقوفة، وأميرية وموات، ومتروكة وفيما يلي أتناول القوانين التي نظمت هذه الأراضي حتى عام 1912 .

ثانياً: قانون الأراضي العثماني لسنة (1858م)

صدر قانون الأراضي سنة (1858م)؛ حيث نظم الأراضي الأميرية والمتروكة اما الأراضي الملك، فقد تركها خاضعةً للأحكام الشرعية، وبعد ذلك أصبحت الأراضي الأميرية بموجبه تابعةً له، أما بقية الأراضي من المملوكة والموقوفة، فبقيت تابعةً للأحكام الفقهية، وخلال فأصدرت في عام (1859م) لائحةً تعليماتٍ بحق هذه الفترة ظهرت الأوقاف غير الصحيحة سندات الطابو، وقانون الطابو عام(1861م) وملحقته عام (1867م)؛ حيث سيطرت الدولة العثمانية على الأراضي، وجعلت التصرف بالأراضي من خلال القوانين المحددة، التي تضعها ، وكان حق التصرف يُثبت بأوراقٍ تدعى حججٍ شرعية، تكون مصدقةً من القضاء فاذا ما ضاعت، كان وضع اليد على الأرض، والتصرف بها، هو الذي يحدد ملكيتها، وهذا هو السبب الذي كان نتيجته إصدار قانون الطابو وملحقته.

وهي تتمثل في :

*الشريعة الإسلامية والفتاوى الحنفية:وهي مصدر مهم لهذا القانون مع مراعاة قاعدة تغيير الأحكام بتغير الزمان، وكذلك تم اعتماد المذهب الحنفي مذهباً رسمياً في الدولة العثمانية** . القوانين

الحديثة: ومثال على ذلك قانون الانتقال المستمد من أحكام الإرث. في دولة العراق. العرف و العادة:
حيث استمدت بعض الأحكام منهما مثل قانون اللزمة.

فقد صاغت لجنة قانونية أحكام هذا القانون في 21 نيسان (1858م)؛ وهو مكون من مائة واثنين وثلاثين (132) مادة وخاتمة، من ضمنها اثنتان وثمانون (82) مادة عالجت شؤون الأراضي الأميرية، وخمسون (50) مادة منها عالجت أقسام الأراضي الأخرى، وفي الخاتمة؛ حيث تم الإعلان ورد فيها "أنَّ هذا القانون يكون مراعيًا للإجراء اعتبارًا من تاريخ إعلانه " عنه في عام (1858م) وبذلك يكون ساري المفعول من تاريخ إعلانه.

ثالثًا: مجلة الأحكام العدلية لسنة 1882م

حيث قام بصياغتها مجموعة من الفقهاء العثمانيين في عهد السلطان العثماني عبد الحميد ، وقد اشتملت على مقدمة من القواعد الفقهية في (99) مادة، و(1851) مادة؛ حيث تقدمت بتقرير إلى الوزير عالي باشا تناولتها الوكالات، والكفالات والإقرار، والصلح، والبيانات، والقسمة، والإكراه، والشفعة، والحجز، والغصب، والنهب، وغيرها الكثير، وقد طُبعت باللغة التركية بداية بأمر من السلطان عبد الحميد الثاني ثم ترجمت إلى العربية فيما بعد

رابعًا: قانون تقسيم الأموال غير المنقولة المشتركة لسنة (1911 م)

هذا القانون ما زال ساريًا في قطاع غزة دون الضفة الغربية، وقد نظَّم الأحكام المتعلقة بقسمة الأموال المشتركة غير المنقولة، سواء الأميرية أو الملك أو الوقف، سواء كانت القسمة رضائية أو كانت قسمة قضائية؛ حيث تتطلب القسمة الرضائية موافقة جميع الشركاء، ولهم أن يتفقوا على الكيفية التي تتمُّ بها القسمة، وفقًا لما يرونه مناسبًا .

أما القسمة القضائية، فيتم اللجوء للقسمة القضائية في حال طلب أحد الشركاء القسمة في، حين أن البقية يرفضون، أو في حال كان أحد الأطراف ناقص الأهلية، أو غائبا وهذا القانون قد تم إلغاؤه صراحة في الضفة الغربية؛ ليحل محله قانون تقسيم الأموال المشتركة .الأردني رقم(48) لسنة(1953م)

خامسا: القوانين الصادرة بعد (1912م)

وبعد عام 1912 صدرت عدة قوانين وهي قانون تملك الاجانب لسنة 1914 ،وقانون التصرف في الاموال غير المنقولة لسنة (1920) وقانون انتقال الاموال غير المنقولة لسنة (1920).

سادسا: قانون تملك الأجانب لسنة (1914م)

في عام (1914م) ارتأت الدولة العثمانية وضع قانون يقيّد تملك الأجانب في أراضيها، فأصدرت قانون تملك الأجانب، إلا أن هذا القانون احتوى على العديد من الثغرات التي استطاع الأجانب من خلال الالتفاف على النص وتحويله لصالحهم؛ حيث نصت المادة(2) (منه" تجري على أملاك الأجانب، سواء أقاموا أم لا في داخل الدولة، جميع أحكام القوانين العثمانية مثلهم .مثل الرعايا المنتمين بالجنسية العثمانية.

سابعا: قانون التصرف في الأموال غير المنقولة(1920م)

نظم هذا القانون المعاملات المتعلقة بالأراضي الأميرية والأراضي الموقوفة؛حيث حضر ، كما اعتبر إذن(3)على المحاكم النظامية والشرعية سماع دعوى المتصرف دون سند طابو مأمور التسجيل شرطا لفرغ الأرض، وأن يكون متوفرا، بمجرد إجراء معاملة الفراغ أمام دوائر الطابو، وفي حال وفاة أحدهم، يقوم فروعه مقامه، إن لم يكن له فرع انتقل نصيبه لزوجه الحي

ثامنا: قانون انتقال الأموال غير المنقولة(1920م)

هذا القانون ما زال ساريا في كل من الضفة وقطاع غزة، وقد نظم هذا القانون الأحكام ، لدى (3) (المتعلقة بانتقال الأموال غير المنقولة، والتي حدد مفهومها بالأراضي الأميرية والموقوفة وفاة من هي في عهده؛ حيث يتم انتقال حق التصرف بهذه الأراضي، وفقا للقواعد الخاصة الواردة في هذا القانون، ويتم انتقال هذه الأموال غير المنقولة لأصحاب حق الانتقال، حيث عالج القانون المذكور بذات الوقت حالة أبناء الطوائف الدينية وهنا برز التدخل الأوروبي في سياسة الدولة العثمانية، حيث اعترض الأوروبيون على التشريع الإسلامي بإعطاء الذكر مثل حظ الأنثيين، فما كان أمام العثمانيين إلا أن يقبلوا بهذا الاعتراض، وصححوا بذلك القانون وتم إقرار ، واستمر الحال مبدأ التساوي بين الذكر والأنثى في الميراث في الأراضي الأميرية و الموقوفة على ما هو حتى (1991/4/16)؛ حيث حصلت العديد من التصحيحات بالانتقالات بإخضاعها للشريعة الإسلامية، على سبيل المثال إجراء التقسيم الشرعي للذكر، مثل حظ الأنثيين في الأراضي الأميرية، و الموقوفة، وإعطاء الربع للزوجة، وتوريث الحفيد الذي مات والده في ، وهكذا وبعد استطلاع القوانين المتعلقة بالأراضي التي (5) حياة جده، بموجب الوصية الواجبة صدرت في العهد العثماني، تنتقل بالحديث عن الانتداب البريطاني والقوانين التي صدرت خلال هذه الفترة وهذا ما سنبحثه في المبحث الثاني.

تاسعا: قوانين الأراضي في ظل الانتداب البريطاني 1917م-1948م

بدأ الانتداب البريطاني على فلسطين في عام (1917م) بعد هزيمة الدولة العثمانية، حيث .وكان (1) (قام بإنشاء ثلاثة ألوية في فلسطين، هي اللواء الشمالي، و اللواء الجنوبي، ولواء القدس على رأس كل لواء حاكم عسكري بريطاني، ومن ثم تكون تحت إمرته سلطة الإدارة العسكرية، .وكان من أهم القرارات في تلك الأثناء، (2) (واستمر الحال على ما هو عليه حتى عام (1920م (قرار منع كل

المعاملات المتعلقة بملكية الأراضي الأميرية، ووقفها خاصة، وأغلقت بناء على ذلك دوائر تسجيل الأراضي، وفيما يلي نعرض للقوانين التي صدرت في ظل الانتداب البريطاني لمناطق السلطة الفلسطينية (الإدارة العسكرية والإدارة المدنية)

عاشرا: الإدارة العسكرية وتسجيل الأراضي

أنشأت الجيوش البريطانية الإدارة العسكرية في الأراضي الفلسطينية، بقيادة الجنرال ؛ حيث اوقف كل المعاملات التي تتم على الأراضي، والخاصة (موني) في عام(1918م) بملكية الأراضي الأميرية، وقام بتعيين لجنة للأراضي مكونة من بريطانيين وأفراد من البعثات الصهيونية؛ لمتابعة أمور الأراضي وإجراء المسح الأولي لها ثم المسح النهائي من خلال الخرائط وفحص سجلات الأراضي وتعديل قوانينها بما يتلائم معها، وبعد انتهاء مدة المشروع يتم نقل ملكية الأراضي المهملة والغير مأهولة إلى المؤسسات الصهيونية وبالرغم مما قد يحدث الإدارة العسكرية بتقسيم الأراضي المشاع على الفلاحين فقد طالبت جريدة فلسطين والمزارعين وذلك بسبب ما تحققه لهم من فوائد

حادي عشر: قانون محاكم الأراضي لسنة 1921م

- أصدره المندوب السامي للبيت في ملكية الأراضي و المنازعات الناشئة عنها- .
- أعطى المحاكم سلطة الأمر، بتسجيل أي نوعٍ من أنواع الأراضي مع تحديد الحدود في دائرة الطابو والفصل بالنزاعات القائمة على الأراضي المشاعية، وأراضي الحكومة غير وكان دورها يقتصرُ على نزع الملكية وخاصة في الأراضي المرهونة. الأميرية

ثاني عشر: قانون نزع الملكية الانتداب البريطاني لسنة 1926م

أعطى هذا القانون للحكومة، أو أي مجلس بلدي، أو محلي، أو شخص على وشك القيام بمشروع بصفته (المنشئ) بعد موافقة المندوب السامي عليه، بأنه للمنفعة العامة التفاوض مع صاحب الأرض، و الاتفاق عليها بالبيع، أو الاستئجار، يمنح بذلك امتياز لنزع الملكية في حال رفض صاحب الأرض الموافقة على ما سبق، ويطلب منه تقدير التعويض، أو الإجازة لرفعها له في تقرير مفصل

وبعد انسحاب القوات البريطانية من فلسطين تولى الجيش الأردني إدارة الضفة الغربية، وأصدرت العديد من القوانين التي طبقت عليها، وأعلنت فيما بعد الوحدة بين الضفتين، وأصبحت الضفة الغربية والأردن وحدة واحدة و فيما يلي أتناول العهد الأردني بالشرح، وما هي القوانين التي طبقت لدينا حتى فك الارتباط بين الضفتين؟

ثالث عشر:قوانين الأراضي في العهد الأردني (1948-1967)

قلّ الحديث عن هذه الحقبة التاريخية التي مرت على فلسطين لقلّة المراجع وندرتها، وفي هذه الفترة صدرت العديد من القوانين التي نظمت موضوع الأراضي، حيث بقي قانون تسوية الأراضي والمياه الذي صدر بتاريخ (1933)؛ والذي أرسى قواعد ثابتة للملكية وأعطى ،ساري المفعول الي ان صدر قانون للقيّد قوةً ثبوتيةً مطلقةً لا يجوز الطعن بها أمام المحاكم الذي بقي ساريا حتى صدور اول قانون تسوية الأراضي التسوية رقم (9) لسنة (1937م)الذي بقي ساريا حتى صدور اول قانون تسوية الاراضي والمياه في العهد الاردني و الذي يحمل رقم (40) لسنة (1952م) والذي يعمل على بيان كيفية إجراء التسوية في الأراضي من جداول ادعاءات وحقوق وإجراءات أخرى عديدة، ولا يزال هذا القانون ساريا في الضفتين: الغربية والشرقية؛ إذ لم يميز بين أنواع الأراضي وأصنافها، عند الادعاء بالحقوق

وفي عام (1950م) صدر القانون المؤقت الموحد، لقوانين الضفتين رقم (34) لسنة (1950)؛ وبذلك تمّ توحيد القوانين المتعلقة بالأراضي، مع إبقاء الحكومة الأردنية على القوانين العثمانية، مطبقة في الضفتين، والمتمثلة بالمجلة، وقانون الأراضي، إلى أن صدر القانون رقم (28) لسنة (1950م) والقاضي بتوحيد الضفتين وتبع ذلك صدور القوانين الأردنية المتعلقة بالأراضي، كما شرع القانون رقم (6) لسنة (1964م) تسجيل الأراضي غير المنقولة، التي لم يسبق تسجيلها (وهو موضوع هذه الدراسة) ليكون مساندا لقانون التسوية في تثبيت الحقوق، وإلى أن تشملها التسوية في وقت لاحق، وحتى تشمل الادعاءات بصفته قانونا مؤقتا. ولكن ما يؤخذ على هذا القانون أنه لم يسجل إلا ما يقارب ثلث الأراضي، وترك ثلثي الأراضي، فقد كان يشترط لقبول التسجيل المجدد أن لا يكون قد جرى تسجيلها في السابق، سواء كان بموجب قيود تركية، أو انجليزية، وذلك منعا للازدواجية في التسجيل، وما يشيبهه من مشاكل. وكانت السندات الصادرة بموجبه لها نفس القوة والثبوتية، التي تكون لسندات التسوية، ولم يميز هذا القانون أيضا بين أنواع الأراضي على كافة أشكالها .

كما صدر في سنة (1967م) قرار يقضي بإغلاق جميع دوائر تسجيل الأراضي، ومنعها من إجراء أي معاملة تتعلق بالأموال غير المنقولة، وبذلك توقفت كل الأعمال، وانسحبت الفرق إلى الأردن، إلى أن تمّ فك الارتباط في عام (1988م)، وفي هذا العام أعلن قيام دولة فلسطين

رابع عشر: الأراضي في ظل الاحتلال الإسرائيلي 1967-1994

كان للاحتلال الإسرائيلي جذور طويلة امتدت من عهد السلطان عبد الحميد الثاني الذي بإصداره قانون تملك الأجانب سمح لهم بالدخول إلى الأراضي الفلسطينية واستمروا بالتغلغل حتى عام (1947/11/29م) الذي تم فيه التصويت على مشروع تقسيم فلسطين، وكان للدولة اليهودية نصيب

يعادل 62% من مساحة فلسطين، حسب قرار التقسيم رقم (818) عام 1947

. وبذلك بدأ الاحتلال الإسرائيلي بإصدار منشور رقم (1) والذي جاء ، فيه أن "يتقلد الجيش الإسرائيلي زمام الحكم لإقرار الأمن و النظام العام "ذلك بسن العديد من الأوامر العسكرية، التي تهدف إلى السيطرة على الأراضي، والحياة المدنية في الضفة الغربية؛ وخصوصا بعد عام (1967م)، وأبقى القوانين السارية أثناء الحكم الأردني سارية المفعول بما لا يتعارض مع أي أمرٍ يصدر عن قوات الجيش الإسرائيلي، وبلغ عددُ الأوامر العسكرية ما يقارب من (1300) أمرٍ عسكري في الضفة الغربية وما يقارب من (900) أمرٍ عسكري في قطاع غزة. وهنا قمت بتقسيم فترات سن القوانين إلى أربع فترات وهي:

1. من سنة 1967م-1971م

صدرَ خلالها ما يقارب من (200) أمر عسكري أرسى خلالها الاحتلالُ الأسسَ القانونية، إلا أنه لم يتم نشر أي أمرٍ منها بين الناس، وبذلك سيطرت بها على الحياة المدنية للفلسطينيين؛ حيث عدلت قانون تنظيم المدن بالأمر العسكري رقم (418)؛ وسمحت بموجب الأمر رقم (419) للهيئات الأجنبية بالتملك في فلسطين، حيث اعتبر اليهود من الاجانب؛ وذلك كخطوة أولية في تهويد الأرض ، ومثلها الأمر رقم (1025) الذي ينصُ على رفع القيود التي وضعها القانون الأردني لسنة (1953م) على امتلاك الأجانب للأراضي وحيازتها؛ حيث أعطى القائد العسكري الحقَ في السماح لهم بالتملك و الحيازة، ومنع المواطنين من الاطلاع على سجلات (الطابو) منعًا باتا. أما الأمر رقم (841) فقد أعطى القاضي العسكري الحقَ في التدخل في عمل المحاكم بالاطلاع، أو السحب، وكذلك اصدر الأمر العسكري رقم 47 لسنة (1964م) (والخاص بتشكيل لجنة للكشف على الأراضي وتقدير قيمتها لأغراض استيفاء الرسوم المنصوص عليها في نظام رسوم انتقال الأراضي لسنة (1939م) الصادر بتاريخ (16/12/1930م) وتعديلاته

2. من العام 1971 إلى العام 1981م

قامت خلالها القوات الإسرائيلية بتسهيل الاستيطان ، وخير مثال عليها الأمر رقم (847) الذي يقضي بتمديد مفعول الوكالة الدورية من (5) سنوات إلى (10) (ومن ثمَّ إلى (15) سنة وكذلك الأمر رقم 335 لسنة (1970م) المعدل لقانون استملاك الأراضي للغايات العامة لسنة (1943م)

3. من العام 1981-1994م

وهي تتعلق بالأراضي الكبيرة، والتي رافقها تعديل قانون الضرائب المفروضة، وإدخال قانون ضريبة الأملاك، خلال هذه الفترة. وصدر كذلك الأمر العسكري رقم (59 لسنة 1967م)؛

خامس عشر: قانون انتقال الأموال غير المنقولة المؤقت رقم 8 لسنة (1941م)

قانون انتقال الأموال غير المنقولة المؤقت لسنة (1941م) الذي وضع الشروط الأساسية للوصية سواء كان المتوفى أجنبياً مسلماً، أو غير مسلم، و هي على التوالي:

1. أن تكون موقعة ومكتوبة ومختومة في نهايتها من قبل الموصي، أو أي شخص آخر عهد إليه الموصي بذلك، وفي كلتا الحالتين يتم ذلك بحضور شاهدين على الأقل، على أن يكون كلُّ شاهد قد أتم (18) سنة من العمر، وأن يكونا سليمي العقل عند التوقيع، وأن يشهدا بحضور الموصي على الوصية

2. أن لا يكون الموصي أقل من 18 سنة عند عمل الوصية

3. أن لا يكون قد أُجبر على الوصية، أو تم التحايل عليه.

كما تناول القانون حالة وفاة أي شخص ينتقل ما في تصرفه من الأراضي الأميرية، والموقوفة إلى أشخاص محددين حسب الدرجات المشار إليها في المادة 15 من ذات القانون، (1) :وحدد أصحاب حق الانتقال وفق ما يأتي

1. الدرجة الأولى من أصحاب حق الانتقال، وهم فروعهم أي أولاده، وأحفاده، ومن ثم لأحفاد ؛ حيث أعطى أولاد الفرع المتوفى في (2) (الأولاد، وفيها أيضا نص على الوصية الواجبة حياة والده المتوفى بعده نصيبا من التركة، حسب المسألة الانتقالية للذكر مثل حظ الأنثيين
2. الدرجة الثانية، وهم والدا المتوفى وفروعهما؛ بحيث توزع التركة بالتساوي بينهما، إذا كان الوالدان لا يزالان على قيد الحياة، أما إذا كان احدهما متوفى، فإنها تنتقل إلى فروعهم من المتوفى حسب ما هو مذكور بالدرجة الأولى- 3 .
3. الدرجة الثالثة وهم جدا وجدنا المتوفى وفروعهم؛ حيث يوزع بينهم بالتساوي حق الانتقال، فاذا نال أحد الورثة أكثر من حصة من عدة جهات نال ما أصابه .إذا اجتمع بأصحاب حق الانتقال من درجة أولى، و النصف إذا (3)
4. يأخذ زوج المتوفى الربع كان مع أصحاب الدرجة الثانية
5. تنتقل حصة السدس للأبوين إذا كان أحدهما مع أولاد المتوفى موجودين، كما تناول في بحيث يكون للمحكمة أن تنظم القرارات التي تراعي (4) مادته (10) قضية القاصرين مصالحهم، وتحافظ على حقوقهم، وهي على التوالي:

أ- تفويض بيع أو إجارة حصة هذا الشخص، أو أي قسم منها

ب- بيان كيفية استعمال هذه الحصة واستثمارها

ت- بيان كيفية دفع مبالغ من أصل رأس المال لإعالة هذا الشخص.

ث- تعيين من يقوم مقام هذا الشخص.

سوابق قضائية في فلسطين

اولاً: القرار رقم 2009/15 الصادر عن محكمة النقض الفلسطينية بتاريخ 2009/12/22

الوقائع:

قام مورث الطاعنة (جميلة) إبان حياته ببيع كامل حصصه في القطع المذكورة في البند الأول، إلى كل من الطاعنة جميلة وغان وذلك بموجب وكالة دورية تحمل الرقم 298/90/2320 بتاريخ 1990 /10/6 مناصفة وبالتساوي فيما بينهما وأقر بقبض الثمن، وقام بتسليمهم كامل الحصص المباعه وسمح لهم التصرف بها تصرفاً مطلقاً وهي وكالة يتعلق بها حق الغير وغير قابلة للعزل وقد رفع يده عن التصرف بالحصص المباعه، ولدى توجه المدعية إلى دائرة تسجيل الأراضي من أجل نقل وفراغ وتسجيل ما ورد في الوكالة الدورية أعلم السيد مأمور تسجيل الأراضي المدعية بأنه لا يمكن تنفيذ الوكالة المذكورة، لان كامل القطع موضوع الوكالة الدورية قد سجلت باسم المدعى عليه الأول (علي محمد يوسف علي) بموجب وكالة لاحقة رقم 310/92/2305 -عدل نابلس- وقد تم تسجيلها بموجب عقد البيع رقم 94/1254 بتاريخ 1994/12/17.

ولقد أستندت محكمة الاستئناف المنعقدة برام الله في العديد من قراراتها لقرار محكمة النقض هذا. نذكر على سبيل المثال: القرار رقم 2010/575 الصادر عن محكمة استئناف رام الله الموقرة بتاريخ 2011/6/15، حيث أعتبرة أن الوكالة الدورية الأولى التي تحمل الرقم 2004/12288 هي الأولى بالتنفيذ من الوكالة اللاحقة عليها، مستندة في ذلك إلى نص المادة (11) من القانون المعدل للأحكام المتعلقة بالأموال غير المنقولة رقم (51) لسنة 1958 وقرار محكمة النقض الفلسطينية رقم 2009/15 الذي سبق بيانه.

المبادئ القانونية:

أ- البيوعات التي تتم خارج دوائر تسجيل الأراضي المختصة تعتبر بيوعات باطلة بطلانها مطلقاً لتعلق ذلك بالنظام العام.

ب- الوكالة الدورية لا تعتبر سنداً ناقلاً للملكية ولا تقوم مقام سند التسجيل، وأن التوكيل بموجبها لا يخرج عن كونه إجراء تحضيرياً لإتمام الفراغ ولا يجوز الاستناد إليها في إثبات الملكية والتصرف، وإذا أقيمت دعوى الملكية أو منع المعارضة بالاستناد لهذه الوكالة فإن الدعوى والحالة هذه لا تكون قائمة على سبب قانوني صحيح.

ت- الوكالة الدورية واجبة النفاذ أمام دائرة تسجيل الأراضي وملزمة لطرفيها، وأن الوكالة الدورية الأولى هي الواجبة التنفيذ ويتوجب شطب أية قيود لدى دائرة تسجيل الأراضي تتعارض معها. ث- يجوز في البيع الخارجي العدول عن البيع في أي وقت إلى أن يمر الزمن على تصرف المشتري، بينما تعتبر الوكالة الدورية ملزمة وواجبة النفاذ ولا يجوز للبائع الرجوع عنها.

الأسباب القانونية :

أ- يتبين من وقائع وبيانات الدعوى أنه ليس هنالك جدل بين الخصوم حول المالك الأصلي لقطع الأراضي وبشأن ثبوت ملكيتها لصاحبها محمد يوسف قبل نشوء الوكالة الدورية موضوع الدعوى أو أية وكالات أخرى تتعلق بالقطع موضوع الدعوى.

ب- أن الوكالة الدورية التي يتعلق بها حق الغير تختلف عن عقد البيع الخارجي وذلك بأن (المالك) البائع بموجب هذه الوكالة إنما يقبض الثمن من المشتري ثم يوكل شخصاً آخر بموجب سند ليس سنداً عادياً إنما بموجب سند منظم ومصادق عليه من الكاتب العدل وتكون ملزمة لأطرافها منذ تاريخ تنظيمها.

ت- إن إعطاء وكالة لاحقة للوكالة الأولى السارية المفعول والواجبة التنفيذ يشكل إعتداء على حق

لمن نظمت الوكالة الأولى لمصلحته وهي الطاعنة وهو حق ثابت بموجب الوكالة الدورية الأولى المعطاة لها من السابق، ويتمثل هذا الحق في تنفيذ تلك الوكالة في أي وقت من الأوقات ضمن مدة الخمسة عشر سنة المنصوص عليها في القانون.

قرار المخالفة :

نختلف مع الأغلبية المحترمة فيما ذهبت إليه من أن الطاعنة (المدعية) لا تطالب في دعواها بتثبيت ملكيتها للأراضي موضوع الدعوى ولا تدعي أصلاً هذه الملكية بالاستناد للوكالة الدورية التي تتمسك بها وإنما تطالب بتنفيذ هذه الوكالة وإبطال معاملة البيع والتسجيل التي تمت بعد تنظيم تلك الوكالة الخ. فمن ناحية نرى أن المطالبة بتنفيذ الوكالة الدورية لا يعدو أن يكون مطالبة بتثبيت ملكية العقارات موضوع هذه الوكالة للمدعية، ومن ناحية أخرى نجد أن المشرع حصر إجراء جميع معاملات التصرف في الأراضي التي تمت فيها التسوية وإصدار سندات التسجيل في دوائر تسجيل الأراضي واعتبر التصرف بالأراضي خارج دائرة التسجيل تصرفاً باطلاً وجريمة يعاقب مرتكبها بغرامة. وبما أن المالك قد باع العقارات إلى مشترٍ حسن النية هو المطعون ضده الأول بموجب وكالة تم تسجيلها بموجب عقد رسمي نظم ووقع أمام الموظف المختص في دائرة تسجيل الأراضي وبما أن عقد البيع هذا عقد صحيح في ذاته نظم بين مالك لم يفقد ملكيته للأرض و بين مشتري حسن النية، ومحلله أرضٍ خلت صحيفتها في السجل العقاري من أي قيود تحول دون العقد فلا يبقى أمام الطاعنة بصفتها المستفيد من هذه الوكالة سوى الرجوع على من باعها بطلب الفسخ والتعويض إن كان له محل ذلك أن هذه الوكالة الأولى تبقى آثارها نسبية بين البائع والمشتري ولا تسري في حق الغير الذي انتقلت إليه الملكية بالتسجيل في دائرة التسجيل بعد أن أطمئن إلى أن الأرض مسجلة باسم من باعه وفقاً للقانون، والقول بغير ذلك يتناقض مع غاية المشرع من إتمام أعمال التسوية الخ.

ثانيا: القرار رقم 96/263 الصادر عن محكمة الاستئناف المنعقدة برام الله بتاريخ 1997/1/28

الوقائع :

إن المستأنف الأول كان بتاريخ 1992/6/18 قد باع للمستأنف عليه قطعة الأرض رقم 95 حوض خلة العدس رقم (10) من أراضي رام الله وذلك بموجب الوكالة الدورية رقم 92/795- عدل رام الله. ثم قام بعد ذلك وفي ظل سريان مفعول الوكالة الدورية المذكورة ببيع ذات القطعة للمستأنف الثاني مباشرة أمام دائرة تسجيل الأراضي برام الله بموجب عقد بيع رقم 95/306 بتاريخ 1995/5/29، حيث سجلت قطعة الأرض المذكورة باسم الأخير لدى سجلات الأراضي استناداً لهذا البيع.

المبادئ القانونية :

أ- الوكالة الدورية وإن كانت لا تعد سنداً ناقلاً للملكية إلا أنها عقد ملزم لطرفيها وواجبة النفاذ ولا يجوز للبائع بموجبها أو لورثته من بعده التنازل عنها، لأن هذه الوكالة واجبة النفاذ خلال خمسة عشر سنة ما لم يقر الدليل على بطلانها.

ب- لا تثريب على محكمة البداية بقبول الدعوى على اعتبار أنها غير مقدرة القيمة واستيفاء الرسم بناء على ذلك، طالما أن الوكالة الدورية موضوع الدعوى لم تتضمن قيمة العقار الذي يقر البائع بقبض ثمنه.

ت- لا يرد القول ببطلان الوكالة الدورية التي محلها أرض ميري موقوفة، ذلك أنه ليس في القانون ما يقضي ببطلان بيع مثل هذه الأراضي والتنازل عن حق التصرف فيها.

ث- لا يجوز للبائع بموجب الوكالة الدورية أن يبيع العقار محل الوكالة لشخص آخر حتى أمام دائرة تسجيل الأراضي، لأن البائع لا يملك الحق بعد إعطاء الوكالة الدورية للمشتري الأول أن يبيع العقار لآخر بسبب تعلق حق الغير فيها.

ج- لا يرد القول بعدم توافر الخصومة بين المشتري بموجب الوكالة الدورية والمشتري بموجب العقد أمام دائرة تسجيل الأراضي، ذلك أن الأول لا يستطيع تسجيل العقار محل الوكالة ما دام العقار مسجلاً أمام دائرة التسجيل باسم المشتري الثاني.

ح- تصديق الوكالة وتوقيع الموكل عليها أمام كاتب العدل من الأمور التي لا يطعن بها إلا بالتزوير.

الأسباب القانونية :

أ- إن الوكالة الدورية لم تتضمن قيمة محددة لثمن العقار موضوعها وبالتالي فلا تثريب على المحكمة في قبول محكمة البداية الدعوى على هذا الأساس.

ب- ليس هنالك في نصوص قوانين الأراضي ما يفيد ببطلان الوكالة الدورية في بيع أرض ميرى موقوفة.

ت- إن الوكالة الدورية ملزمة لطرفها وإن تصرف البائع ببيع العقار مرة أخرى لشخصٍ ثانٍ حتى لو كان حسن النية ليس من شأنه التأثير على حق المشتري الأول.

ث- إن قيام المستأنف الثاني بشراء الأرض موضوع الوكالة وتسجيلها باسمه يشكل معارضة للمتأنف عليه واعتداء على حقه في تسجيل تلك الأرض باسمه الثابت له بموجب الوكالة الدورية.

ج- إن القول بأنه على المستأنف المبادرة بتنفيذ الوكالة الدورية فور حصوله عليها هو قول يفتقر إلى أساس قانوني في ظل وجود نص في القانون يجعل الوكالة الدورية سارية المفعول ومرتببة لآثارها القانونية خلال خمس عشرة سنة من تاريخ تنظيمها.

التعليق :

إن مبدأ حسن النية يستفيد منه عادة المشتري الثاني لتثبيت ملكيته للعقار الذي كان أسبق في تسجيله من المشتري الأول، ومن خلال استعراض الأحكام السابقة، نرى أن محكمة النقض لم تأخذ بمبدأ حسن النية لا من قريب ولا من بعيد، وأكتفت في قرارها بالقول أن الوكالة الدورية الأولى واجبة التنفيذ،

كون إعطاء وكالة دورية لاحقة للوكالة الأولى السارية المفعول الواجبة التنفيذ يشكل إعتداء على حق لمن نظمت الوكالة الأولى لمصلحته وهي الطاعنة وهو حق ثابت بموجب الوكالة الدورية الأولى المعطاة لها من السابق، ويتمثل هذا الحق في تنفيذ تلك الوكالة في أي وقت من الأوقات ضمن مدة الخمسة عشر سنة المنصوص عليها في القانون. فالمحكمة لا تتناول حسن النية ولم تعالجه كون أولاً هنالك وكالة دورية لصالح المشتري الأول سارية المفعول وغير منتهية وله حق تنفيذه خلال 15 سنة من تاريخ تنظيمها، و بالتالي لم تعر إهتمام بكون المشتري الثاني سيء نية أو حسن نية. إن محاولة القضاة المخالفين -مع الإحترام- محاولة إعمال مبدأ حسن النية بغرض حماية المشتري الثاني بقولها "أن المالك قد باع العقارات إلى مشتري حسن النية هو المطعون ضده الأول بموجب وكالة تم تسجيلها بموجب عقد رسمي نظم ووقع أمام الموظف المختص في دائرة تسجيل الأراضي وبما أن عقد البيع هذا عقد صحيح في ذاته نظم بين مالك لم يفقد ملكيته للأرض و بين مشتري حسن النية، ومحله أراضٍ خلت صحيفتها في السجل العقاري من أي قيود تحول دون العقد ... فلا يبقى أمام الطاعنة بصفتها المستفيد من هذه الوكالة سوى الرجوع على من باعها بطلب الفسخ والتعويض إن كان له محل ذلك أن هذه الوكالة الأولى تبقى آثارها نسبية بين البائع والمشتري ولا تسري في حق الغير ..."، هو أمر وإن كنا في جزء منه يتماشى مع القانون، إلا أن الأخذ برأي المخالفة هذا يفرغ الوكالة الدورية من مضمونها ويفقدها قوتها القانونية على عكس ما كفله القانون لها من قوة. عدا عن ذلك إن إعمال قرار المخالفة يفتح المجال لظهور إشكالية جديدة تتمثل في تعدد لا حصر له من الوكالات الدورية على نفس العقار حيث يستطيع مالك العقار بيعه أكثر من مرة لعدة مشتريين بحيث يكون المشتري الأخير الأسبق في التسجيل هو حسن النية وتثبت ملكيته وهو الأمر الذي يتم السعي لتفاديه وإيجاد حل له. وعليه، يكون ما توصلت إليه الأغلبية المحترمة في قرارها بالأخذ بالوكالة الأسبق بالتنظيم وبالتالي عدم التطرق إلى حسن النية ، هو رأي سليم ويتماشى مع القانون والمنطق السليم وما تقتضيه العدالة.

قائمة المصادر والمراجع.

اولا: القوانين:

- 1- مشروع القانون المدني الفلسطيني رقم(4) لسنة 2012.
- 2- القانون المدني الاردني رقم 43 لسنة 1976 .
- 3- القانون المدني الكويتي رقم (67) لسنة 1980 .
- 4- القانون المدني القطري رقم (22) لسنة 2004 .
- 5- قانون المعاملات المدنية السوداني رقم (5) لسنة 1984 .
- 6- القانون المدني العراقي الفقرة (1).
- 7- القانون المدني المصري رقم 131 لسنة 1948.
- 8- قانون الاراضي العثماني لسنة 1858 .
- 9- قانون التصرف في الاموال غير المنقوله رقم (49) لسنة 1953.
- 10- القانون المؤقت لتوحيد الضفتين رقم (34) لسنة 1950.
- 11- قانون انتقال الاموال غير المنقوله المؤقته رقم (8) لسنة 1947.
- 12- قانون تسجيل الاراضي غير المنقوله التي لم يسبق تسجيلها رقم (6) لسنة 1964.
- 13- قانون تسويه الاراضي والمياه رقم (40) لسنة 1952.
- 14- قانون تسويه الاراضي والمياه رقم (9) لسنة 1937.
- 15- قانون تقسيم الاموال غير المنقوله المشتركه رقم (48) لسنة 1953.
- 16- قانون تقسيم الاموال غير المنقوله المشتركه لسنة 1932.
- 17- قانون نزع الملكيه رقم (28) لسنة 1926.
- 18- قوانين فلسطين (مجموعه درايتون - الانتداب البريطاني) العدد 13.

19- مجلة الاحكام العدليه .

20- مجموعه الاوامر العسكريه والمناشير .

21- المذكرات الايضاحيه لمشروع القانون المدني الفلسطيني كتاب 2.

22- مشروع القانون المدني الفلسطيني 2002.

23- مشروع قانون الاراضي الفلسطيني 2004.

ثانيا: الكتب:

(1) ابن منظور، محمد بن مكرم بن علي (ت:711هـ)، لسان العرب ، ج 24، بيروت: دار صادر،2002،باب الحاء.

(2) أبو سعد،محمد. منازعات الحيازة. الاسكندرية،منشأة المعارف،1988.

(3) باشا،محمد.اسباب كسب الملكية (الحيازة و التقادم).القاهرة: المطبعة العالمية،دت.

(4) البستاني،بطرس.محيط المحيط.بيروت: مكتبة لبنان، 2011، باب الحاء.

(5) بشرى، عبد الله. الوجيز في الحيازة، كسبب لكسب الملكية في العقار. ط1، دار عماد للنشر والتوزيع،2007.

(6) البشير،طه.الحقوق العينية.بغداد: الدار الجامعية للطباعة،1982.

(7) بكر،عصمت. الوجيز في شرح قانون الاثبات. بغداد: مطبعة الزمان،1997.

(8) البلداوي،عبود. دراسة في الحقوق العينية الاصلية.بغداد: مطبعة المعارف،1975.

(9) حيدر،شاكر. الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ، الحقوق العينية الاصلية(الشفعة - الحيازة و التقادم) دراسة مقارنة. بغداد ،مطبعة المعارف،دت.

(10) الخطيب، مهدي كامل. الموجز في وضع اليد المكسب للملكية العقارية على ضوء احكام

محكمة النقض، ط3، مصر: دار الالفى لتوزيع الكتب القانونية،2009.

- (11) الذنون،حسن. شرح القانون المدني العراقي، الحقوق العينية الأصلية. بغداد : شركة الرابطة للطبع و النشر،دت.
- (12) سرور،محمد.موجز تنظيم حق الملكية.دم،دن،1999.
- (13) السنهوري، عبد الرازق. الوسيط في شرح القانون المدني الجديد.بيروت: منشورات الحلبي الحقوقية،2000.
- (14) سيف،رمزي.الوسيط في شرح قانون المرافعات المدنية، القاهرة: مكتبة النهضة المصرية.1959.
- (15) شفيق، وجدي. الحيابة المدنية ودور النيابة العامة والقضاء في الحماية الجنائية، يونيتد للاصدارات القانونية،2014.
- (16) الشقيري،سيد. استرداد الحيابة.دراسة مقارنة. د م، دن ،1993.
- (17) الشهاوي، قدي عبد الفتاح. الحيابة كسبب من اسباب كسب الملكية في التشريع المصري والمقارن. الاسكندرية : منشأة المعارف، 2002.
- (18) طلبة،أنور. الحيابة . الاسكندرية: المطتب الجامعي الحديث،2004.
- (19) عامر،عبد العزيز. دروس في حق الملكية.القاهرة:دار النهضة العربية،1967.
- (20) عبد الجواد،محمد.الحيابة و التقادم المكسب في الفقه المقارن. الاسكندرية: منشأة المعارف،1977.
- (21) عبد الرحمن. محمد احمد. الحيابة (المكسبة للملكية ودعاوى الحيابة) . ط1، القاهرة: دار النهضة العربية، 2009.
- (22) عبد الرحمن،فايز. الحقوق العينية الاصلية.القاهرة: دار النهضة العربية،دت.
- (23) عبد اللطيف،محمد . الحيابة واثارها في القانون المدني المصري. القاهرة: د م، 1983.

- (24) العبيدي، علي. الوجيز في شرح القانون المدني الاردني. عمان: دار الثقافة للنشر و التوزيع، 2009.
- (25) العبيدي، علي. شرح القانون المدني الحقوق العينية. دار الثقافة، 2009.
- (26) عرفه، محمد. موجز في حق الملكية و أسباب كسبه. مكتبة النهضة، 1969.
- (27) العطار، عبد الناصر. إثبات الملكية بالحيازة و الوصية (دراسة مقارنة). مطبعة السعادة، دت.
- (28) العكيلي، رحيم. دراسات في قانون المرافعات المدنية. بغداد: مكتبة مصباح، 2006.
- (29) غانم، ياسين. الحيازة و احكامها في التشريع القديم. دمشق: دار الفكر، 1984.
- (30) غانم، ياسين. الحيازة و أحكامها في التشريعات العربية (دراسة مقارنة). حمص : التنوير للطباعة، 1995.
- (31) كامل، جمال. الحماية القانونية للحيازة. ط1، المركز القومي للاصدارات القانونية، 2004.
- (32) الكبيسي، رحيم صباح، الحماية القانونية للحيازة دراسة تاريخية تاصيلية تحليلية مقارنة، الاسكندرية: دار الجامعة الجديدة، 2015.
- (33) كيره، حسن. الموجز في احكام القانون المدني، الحقوق العينية الاصلية. الاسكندرية: منشأة المعارف، 1975.
- (34) المالكي، خالد. دعوى الحيازة في التشريع. دمشق: مؤسسة النوري للطباعة و النشر، 2011.
- (35) مبارك، سعيد. الحقوق العينية الاصلية. بغداد: دار الحرية للطباعة، 1973.
- (36) مرسي، كامل. اسباب كسب الملكية الحيازة و التقادم. مصر: دار النهضة العربية، 1952.
- (37) مصطفى صقر. "فلسفة وتاريخ النظم الاجتماعية والقانونية" دت.
- (38) مصطفى، احمد. دعوى استرداد الحيازة علما وعملا وفقا لآخر قانون المرافعات و احدث احكام محكمة النقض. ط3، دار المجد للنشر و التوزيع، 2014.

- 39) المنجي، محمد. **الحيازة دراسة تأصيلية**. الاسكندرية: منشأة المعارف، 1985.
- 40) منصور، حسين. **قانون الاثبات وطرقه**. الاسكندرية: دار الجامعة الجديده، 2002.
- 41) منصور، منصور. **حق الملكية في القانون المدني المصري**. ط2، القاهرة: مكتبة عبد الله وهبة، 1982.
- 42) موسى، الطيب. **حيازة العقار في الفقه (دراسة مقارنة)**. بيروت: دار الجيل، 1991.
- 43) نادية، قادري. **النطاق القانوني للحيازة**. الجزائر: دن، 2009.
- 44) ناصر الدين، سعيد. **دراسات في الملكية العقارية**. الجزائر: المؤسسة الوطنية للكتاب، 1986.
- 45) والي، فتحي. **الوسيط في قضاء القانون المدني**. القاهرة: دار النهضة العربية، 1991.
- 46) وزارة العدل بعنوان "الحيازة كسبب من اسباب اكتساب الملكية" الجزائر : المدرسة العليا للقضاء، 2007 .

ثالثا: الرسائل الجامعية والدراسات:

- 1- ميسون زهوين. " إكتساب الملكية العقارية الخاصة عن طريق الحيازة" رسالة ماجستير، جامعة الإخوة منتوري - قسنطينة، 2007.
- 2- عينبوسي، غدير. "خصوصية دعاوى الحيازة دراسة مقارنة". رسالة ماجستير، جامعة النجاح، 2015.
- 3- الدايني، ذكرى. "وسائل الادارة لإزالة التجاوز على الأموال العامة" رسالة ماجستير، جامعة بغداد، دت.
- 4- بسام محمد سليمان. "التنظيم القانوني للحيازة دراسة تأصيلية - تطبيقية" مجلة جامعة الموصل، المجلد (14) العدد (50).

رابعاً: المواقع الالكترونية:

1- حماية الحيابة بين النيابة العامة و القضاء" بحث منشور على موقع t-dz.com

www.droi تاريخ الاطلاع 2017/1/28.

2- بن يعيش،محمد. "الحيابة فقهاً وقانوناً" دراسة منشوره على موقع

<https://anibrass.blogspot.com/2013/11/2452012.htm> تاريخ الاطلاع

[2017/1/22](https://anibrass.blogspot.com/2013/11/2452012.htm)

3- الوريمي، نبيله. **حائز العقار**. تونس: مجمع الاطرش للكتاب، 2015، ص 580-581 منشور

على موقع <https://books.google.ps/books?id=cl-> تاريخ الاطلاع

[2017/1/27](https://books.google.ps/books?id=cl-)

4- العباسي هشام . "الحيابة وحق الملكية" دراسة منشورة على موقع

www.elabbasihicham.blogspot.com تاريخ الاطلاع 2017/1/23.

5- دراسة بعنوان "دعوى الحيابة" منشور على موقع www.startimes.com تاريخ الاطلاع

[2017/1/24](http://www.startimes.com)

تم بحمد الله

فهرس المحتويات

الصفحة	الموضوع	الرقم
أ	الإقرار	1
ب	شكر و تقدير	2
1	فهرس المحتويات	4
3	ملخص الدراسة	5
5	Abstract	6
6	مقدمة الدراسة	7
9	إشكالية الدراسة	8
10	أهمية الدراسة	9
10	أهداف الدراسة	10
12	منهجية الدراسة	11
13	الفصل الاول: اكتساب الملكية العقارية بالحيازة	12
16	المبحث الاول: ماهية الحيازة	13
16	المطلب الاول: مفهوم الحيازة	14
16	الفرع الاول: تعريف الحيازة في اللغة وإصطلاحاً	15
17	الفرع الثاني: تعريف الحيازة في القانون	16
21	الفرع الثالث: ضوابط الحيازة	17
25	الفرع الرابع: الطبيعة القانونية للحيازة	18
30	الفرع الخامس: العقارات التي ترد عليها الحيازة	19
32	الفرع السادس: الحيازة العرضية	20
34	المطلب الثاني: عناصر الحيازة وشروط صحتها	21
34	الفرع الاول: عناصر الحيازة	22
39	الفرع الثاني: شروط صحة الحيازة	23
44	المبحث الثاني: آثار الحيازة القانونية	24
44	المطلب الاول: ماهية التقادم المكسب	25
45	الفرع الاول: أساسه وطبيعته القانونية	26
46	الفرع الثاني: شروط التقادم المكسب	27
49	الفرع الثالث: أسباب وقف انقطاع التقادم المكسب	28

50	المطلب الثاني: الشروط الخاصة بالتقادم المكسب القصير	29
50	الفرع الاول: السبب الصحيح	30
52	الفرع الثاني: حسن النية	31
60	المطلب الثالث: عيوب الحيابة	32
60	الفرع الاول: عيب عدم الاستمرار والتقطع وعدم العلانية	33
64	الفرع الثاني: عيب الاكراه والغموض	34
67	الفصل الثاني: إثبات وتسجيل الملكية العقارية المكتسبة بالحيابة والتقادم المكسب	35
67	المبحث الاول: إثبات الملكية العقارية المكتسبة بالحيابة والتقادم المكسب	36
67	المطلب الاول: الآثار المترتبة على التقادم المكسب	37
68	الفرع الاول: اعمال التقادم المكسب	38
70	الفرع الثاني: آثار التمسك به	39
75	المطلب الثاني: الآليات القانونية لإثبات الحيابة والتقادم المكسب	40
76	الفرع الاول: الآليات القضائية لإثبات الحيابة والتقادم المكسب	41
79	الفرع الثاني: شروط رفع دعوى استرداد الحيابة	42
86	الفرع الثالث: صور التمسك بالحيابة والجهة القضائية المختصة	43
89	الفرع الرابع: سلطة القاضي في إثبات ملكية العقار عن طريق الحيابة	44
92	المطلب الثالث: الآليات غير القضائية لإثبات الحيابة والتقادم المكسب	45
94	المبحث الثاني: إنتقال وزوال الحيابة	46
99	الخاتمة(النتائج والتوصيات)	47
103	الملاحق	48
120	قائمة المصادر والمراجع	49